

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

La Capacidad de Motivarse con la Norma Penal en los
Adolescentes Comprendidos entre 16 y 18 años.

Para optar el Título Profesional de

ABOGADO

Presentado por:

Bachiller: Bruce Eugenio Muñoz Oyarce

Asesor: Mg. Pedro Cerdán Urbina

Cajamarca – Perú

2016

COPYRIGHT 2016 by

BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE

Todos los Derechos Reservados

DEDICATORIA.

Para Luis y Gardely,

mis padres, a quienes les debo todo,

incluido su cariño y bendiciones.

AGRADECIMIENTO.

Mi agradecimiento al Mg. Pedro Cerdán Urbina, al Mg. Juan Carlos Tello Villanueva, por la asesoría brindada en el desarrollo de la presente investigación; la que sin duda alguna repercutirá en el beneficio de un mejor desarrollo académico.

Agradezco a mis docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por los conocimientos brindados en el aprendizaje del Derecho y sobre todo por el entusiasmo al momento de impartir la cátedra universitaria, sin duda su esfuerzo repercute en los estudiantes que seguimos sus pasos.

Yo en un tiempo opiné de modo diverso.

Respetaba entonces más los libros que mi razón

(Manuel Lorenzo de Vidaurre)

... y al volver la vista atrás se ve la senda que

nunca se ha de volver a pisar...

(Antonio Machado)

ÍNDICE

	PÁG.
CARÁTULA	i
PÁGINA DE DERECHO DE AUTOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
EPÍGRAFE	v
GLOSARIO.....	x
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT	xiii
Capítulo I. Aspectos Metodológicos	14
1.1. Planteamiento del problema.....	14
1.1.1. Contextualización.....	14
A. Descripción de la situación actual.....	14
B. Identificación de situaciones futuras	14
C. Presentación de alternativas.....	15
1.1.2. Descripción del problema.....	15
1.1.3. Formulación del problema.....	17
1.2. Hipótesis	17
1.3. Justificación e importancia	17
1.3.1. Justificación científica	17
1.3.2 Justificación técnica – práctica.....	18
1.3.3. Justificación institucional y personal.....	19
A. Justificación institucional	19
B. Justificación personal.....	20
1.4. Delimitación de la investigación.....	21
1.4.1. Teórica.....	21
1.4.2. Espacial	21

1.4.3. Temporal.....	21
1.5. Objetivo.....	21
1.5.1. Objetivo general.....	21
1.5.2. Objetivo específico.....	22
1.6. Ubicación geográfica	22
1.7. Diseño de la investigación	22
1.8. Tipo de investigación	22
1.9. Método de investigación	23
1.9.1. Método histórico.....	23
1.9.2. Método comparativo	23
1.9.3. Método dogmático	23
1.10. Población, muestra, unidad de análisis	23
1.10.1. Población	23
1.10.2. Muestra.....	23
1.10.3. Unidad de análisis.....	23
1.11. Técnica e instrumentos de recopilación de información	24
1.11.1. Técnica	24
1.11.2. Instrumento.....	24
Capítulo II. Marco Teórico.....	25
2.1. Marco Legal	25
2.1.1. A nivel nacional.....	25
2.1.2.1. Constitución Política del Perú (1993)	25
2.1.2.2. Código Penal Peruano	26
2.1.2. A nivel internacional.....	27
2.1.2.1. Convenio internacional sobre los Derechos del Niño (1989)	27
2.1.2.2. Declaración universal de los Derechos Humanos (1948)	28

2.1.2.3. Reglas mínimas de las naciones unidas sobre medidas no privativas de libertad.....	29
2.1.3. Código del Niño y del Adolescentes – Ley N° 27337	31
2.1.4. Legislación Comparada	33
2.1.4.1. Constitución Política de Chile.....	33
2.1.4.2. Constitución Política de Costa Rica	40
2.1.4.3. Constitución Política de Nicaragua.....	43
2.2. Marco Referencial.....	48
2.2.1. Situaciones actuales al momento de realizar la investigación	54
2.3. Marco doctrinal	58
2.3.1. Teorías en el campo del derecho penal	58
2.3.1.1. Principio de legalidad	58
2.3.1.2. Principio de proporcionalidad	61
2.3.1.3. Test de proporcionalidad.....	63
2.3.1.4. Principio de última ratio.....	65
2.3.1.5. Principio de unidad en el ordenamiento jurídico	68
2.3.1.6. Teoría conflictiva y sus mecanismos o criterios de solución.....	69
2.3.1.7. Teoría del delito	70
2.3.1.8. Teoría de la culpabilidad	71
2.3.1.9. Las medidas de seguridad	85
2.3.1.10. Teoría de los inimputables efectivos	86
2.3.1.11. El régimen jurídico de la minoría de edad en el Derecho Civil.....	87
2.3.1.12. La propuesta de la doctrina de la protección integral del menor en conflicto con la ley penal.....	89
2.3.2. Teorías en el campo de la psicología	92
2.3.2.1. Teoría Cognitiva – Evolutiva.....	92
2.3.2.2. Teoría humanista	94

2.3.2.3. Teoría del desarrollo psicológico del ser humano	94
2.4. Marco conceptual.....	100
2.4.1. La imputabilidad.....	100
2.4.2. La infracción penal.....	103
2.4.3. La capacidad progresiva del adolescentes.....	107
2.4.4. El delincuente menor de edad.....	111
2.4.5. El fuero tutelar del menor y el fuero tutelar ordinario.....	113
2.4.6. Bien Jurídico Protegido	114
2.4.7. Una orientación político criminal	115
2.4.8. La impunidad	116
2.5. Definición de términos básicos.....	117
Capítulo III. Contrastación de la hipótesis.....	118
Justificación de la propuesta de modificación normativa.....	132
Conclusiones	134
Recomendación.....	134
Referencia Bibliográfica	135

GLOSARIO

- a. **Adolescencia.** Del latín *adolescencia*, que significa período de la vida humana que sigue a la niñez y precede a la juventud.
- b. **Adolescente.** Proviene del latín, *adolescens, entis*, es un adjetivo que significa que está en la adolescencia.
- c. **Aplicación.** Del latín *applicatio*, acción y efecto de hacer algo, especialmente en el estudio.
- d. **Capacidad.** Del latín *capacitas*, cualidad de capaz.
- e. **Capaz.** Del latín *capax*, apto para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación. Que puede realizar la acción que se expresa.
- f. **Comprensión.** De *comprehender*, entender, alcanzar o penetrar algo.
- g. **Conexión.** Del latín *connexio* que significa enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra.
- h. **Delinquir.** Del latín *delinquere*, que significa cometer delito.
- i. **Determinar.** Del latín *determinare* hacer que alguien decida algo.
- j. **Edad.** Del latín *aetas*, que significa tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales o vegetales.
- k. **Emancipar.** Libertar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre.
- l. **Entender.** Del latín *intendere*, saber con perfección algo, conocer el ánimo de la intención de alguien, tener la intención o mostrar la voluntad de hacer algo, tener amplio conocimiento y experiencia en una materia determinada.
- m. **Fundamento.** Del latín *fundamentum*, que significa razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo
- n. **Inhibición.** Del latín *inhibitio* “acción de remar hacia atrás”, desde la psicología se refiere al componente de los sistemas de regulación, psicológicos o fisiológicos, que actúan en los seres vivos.

- o. Infractor.** Del latín *tardío infractor*, *oris* “el que rompe, el que quiebra”, que significa el que quebranta una ley o un precepto.
- p. Jurídico.** Del latín *iuridicus*, que significa que atañe al derecho o se ajusta a él.
- q. Menor.** Del latín *minor*, dicho de una persona que tiene menos edad que otra.
- r. Peligroso.** Del latín *periculosus*, dicho de una persona que puede causar daño o cometer actos delictivos.
- s. Ponderación.** Etimológicamente proviene de la locución latina “*pondus*”, por tanto, ponderación aparece como la forma en que se aplican los principios. Es decir, como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.
- t. Psicológico.** Pertenece a la psique.
- u. Psique.** Del griego *psyche*, que significa principio de la vida, alma.
- v. Sanción.** Del latín *sanctio*, que significa pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores.
- w. Sicariato.** Actividad criminal desempeñada por sicarios.
- x. Sicario.** Del latín *sicarius*, que significa asesino asalariado.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación nos enfocamos en definir el principal fundamento jurídico que determina la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad, teniendo en cuenta para ello la capacidad del adolescente al momento de cometer los hechos delictivos; sin embargo, en el trayecto de la investigación describimos que los hechos delictivos que son cometidos por los adolescentes comprendidos entre las edades antes mencionadas nos dan una visión de la capacidad de motivarse con la norma penal que tienen los adolescentes y las acciones que vienen en la actualidad siendo cada vez más violentas y que van atentando contra los bienes jurídicos legalmente regulados por el Estado peruano. La investigación que se presenta, se fundamenta en los principios del derecho penal para poder asentar las bases que nos permita obtener un resultado que sea jurídicamente posible y sobre todo que no atente contra los derechos fundamentales del ser humano, perfilando la investigación a que el resultado propuesto no se basa en un mero capricho sino es la respuesta a la proporcionalidad entre el ser y el deber ser del derecho. Las teorías psicológicas nos permiten entender el desarrollo en la parte psicológica del ser humano, tema sumamente importante para descifrar la imputabilidad en los adolescentes, teniendo en cuenta que se ha considerado siempre que por la inmadurez psicológica de los adolescentes estos no pueden ser sancionados penalmente. Toda esta problemática se presenta a partir de la conducta desplegada por los adolescentes y su constante vulneración a bienes jurídicos penalmente tutelados, siendo así que deja abierta la puerta de la investigación para indagar sobre la imputabilidad del adolescente y si aún sigue siendo correcto establecer la incapacidad del adolescente al momento de cometer ilícitos penales.

EL AUTOR

ABSTRACT.

In the present work of research we focus on defining the main legal foundation that determines the application of a criminal sanction to teenagers included between 16 and 18 years of age, taking into account for this the capacity of the teen at the time of committing the crime; However, in the course of the research we describe that the crimes committed by teenagers covered between these ages before mentioned are a vision of their capacity of motivation is with the standard criminal that have teenagers and their actions that come currently being each time more violent and that are attempted against their goods legally regulated by the State Peruvian. The research that is presented, is based on the principle of the right criminal for to settle them based on that we allow get a result that is legally possible and especially that not follow you against their rights fundamental of the human being, profiling it research to the result proposed not is based in a mere whim but is its response to the proportionality between the benefit and the duty of the right. These theories psychological allow us understand the development in its part psychological of the human being, theme extremely important for decoding the imputability in teenagers, taking into account that is considered whenever by the immaturity psychological of teenagers these not can be sanctioned criminally. All these problems arise from the conduct displayed by adolescents and its constant violation criminally protected legal property being so leaves open the door of the research to inquire about the accountability of the teenager and if it is still correct to establish the inability of adolescents at the time of committing criminal offences.

THE AUTHOR

CAPITULO I

Aspectos Metodológicos

1.1. Planteamiento del problema

1.1.1. Contextualización.

A. Descripción de la situación actual (causas).

- El incremento de la criminalidad por parte de los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad.
- Adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad involucrados en situaciones delictivas.
- La falta de severidad para sancionar penalmente a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 de edad por su posibilidad de motivarse con la norma penal.
- La falta de respuesta por parte del Estado peruano a través del Ius Puniedi, para sancionar a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad.

B. Identificación de situaciones futuras (pronóstico).

- El fomento de la Organizaciones Criminales de adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad.
- El descontrol de la delincuencia a manos de los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años.
- La integración del ordenamiento jurídico.

C. Presentación de alternativas

- La sanción penal para adolescentes menores comprendidos entre 16 y 18 años edad.
- Bajar la edad para declarar la inimputabilidad de un menor de edad, teniendo en cuenta su capacidad para motivarse; esto significaría la modificatoria del artículo 20 inciso 2 del Código Penal Peruano.
- Programa de prevención para evitar el fomento de futuros adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que se dediquen a delinquir.

1.1.2. Descripción del problema.

En la actualidad los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad son inimputables, por esta razón el adolescente que comete una acción tipificada como delito para el Derecho Penal, es una persona eximida de responsabilidad penal por la simple razón de no poder comprender la ilicitud de un hecho punible.

Para estos casos de los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que despliegan conductas tipificadas como hechos delictivos no opera para ellos los artículos del Código Penal vigente; sino más bien son de aplicación las reglas del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337).

En ese sentido, para el ordenamiento jurídico peruano, cuando un adolescente comete un hecho reprochable y que afecte bienes jurídicos, lo que estará cometiendo es tan solo una infracción, por lo que se le denomina “adolescente infractor”.

Como se puede apreciar, los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad no tienen ninguna responsabilidad penal; en caso

cometieran atentados contra bienes jurídicos legalmente protegidos, solo podrán ser sancionados con medidas socio - educativas.

La problemática de los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que cometen hechos delictivos es cada vez más graves y se viene acrecentado cada día más, en la actualidad los adolescentes menores de edad cometen gravísimos delitos y no son sancionados penalmente porque al parecer la capacidad de motivación que tendrían no es la suficiente y por tal razón no serían conscientes por los actos criminales. Para ello nos remontamos a lo que sucedió en la década de los noventa cuando un sujeto de nombre Juan Aguilar Chacón, más conocido por el sobre nombre del “NEGRO CANEBO”, era un adolescente que se burló de la justicia y de las leyes, que en ese tiempo no estaban hechas para la naturaleza de sus crímenes, asesinó a varias personas, infringiendo de esta manera la norma penal.

Uno de los casos más sonados por la prensa nacional en los últimos años es el que corresponde al delincuente juvenil conocido por el apelativo de “Gringasho”, este adolescente próximo a cumplir la mayoría de edad, ya lleva por lo menos, ocho asesinatos a sueldo (Honores, 2012).

Esta problemática de los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que delinquen constituye un reto para el sistema de justicia puesto que al momento de cometerse el ilícito pena estos adolescentes son menores de edad y por tal razón no pueden ser sancionados penalmente puesto que al no tener capacidad para motivarse su conducta no se encuadran dentro de un elemento de la teoría del delito es por ello que el artículo 20º inciso 2 del Código Penal

que establece que son inimputables los menores de 18 años, por esta razón no responden a la norma penal.

1.1.3. Formulación del problema.

¿Cuál es el principal fundamento jurídico que determina la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad?

1.2. Hipótesis

El principal fundamento jurídico que determina la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad es la capacidad de motivación frente a la norma penal.

1.3. Justificación e importancia

1.3.1. Justificación científica

La presente investigación aporta a determinar el principal fundamento jurídico que determina la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad, puesto que de esta manera se demuestra que cumplen con los elementos de la culpabilidad, esto quiere decir que un adolescente comprendido entre 16 y 18 años tiene conocimiento de la imputabilidad y la exigibilidad; y a la vez distingue entre las conductas antijurídicas.

Esta investigación aporta al conocimiento científico en deslumbrar en un primer momento que el adolescente menor de edad comprendido entre las edades antes mencionadas tiene una capacidad absoluta y el dominio de los hechos al momento de desplegar una conducta delictiva.

En un segundo momento al desarrollar la presente investigación se aporta con llenar ese vacío que existe en relación a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que delinquen, ya que al demostrar que dichos adolescentes tiene capacidad de motivación se los podrá considerar como sujetos capaces y así poder aplicarles una sanción penal.

En un tercer momento la presente investigación se apoya en una teoría del derecho penal la cual es la “teoría del delito” puesto que la capacidad de motivación del sujeto agente, para la presente investigación “el adolescente comprendidos entre 16 y 18 años de edad”; su conducta se ve exenta de responsabilidad penal ya que dentro de la culpabilidad su accionar delictivo es sopesado por la supuesta incapacidad que tendría para motivarse con la norma penal y con ello llevándolo a la inimputabilidad.

En un cuarto momento la investigación que se desarrolló reformula que los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años no tiene capacidad de motivarse, con al presente investigación se quiere dejar demostrado que un adolescente con las edades mencionadas tiene la suficiente capacidad para poder discernir entre el accionar jurídico y el accionar antijurídico.

1.3.2. Justificación técnica – práctica

Con la ola de violencia que azota el país y sobre todo con la intervención de los adolescentes menores de edad que delinquen y que atentan directamente contra la norma penal es motivo suficiente para preguntarse si estos adolescentes pueden responder penalmente por los hechos cometidos, es por esa razón que la presente tesis toma

como objeto de estudio la capacidad de motivación que tienen los adolescentes menores de edad y comprendidos entre 16 y 18 años de edad para poder motivarse con la norma penal.

Se deja en claro que el tema desarrollado es original y de controversia nacional ya que el argumento de los menores que cometen delitos ha sido y es motivo de múltiples discusiones entre los penalistas, en cuanto a la dogmática se refiere, ésta se ha cuestionado sobre las consecuencias de la culpabilidad del menor de edad, dando motivo a afirmaciones sobre la inimputabilidad o en todo caso hasta donde llega su responsabilidad penal (Chunga Lamonja, 2007, pág. 15).

Con la presente investigación se dará una idea para resolver el problema de si se debe aplicar una pena a las conductas criminales desplegadas por los adolescentes menores de edad comprendidos entre 16 y 18 años, desde esta perspectiva es conveniente el desarrollo de la presente tesis.

1.3.3. Justificación institucional y personal

A. Justificación institucional.

La sociedad evoluciona constantemente, esto acarrea cambios en sus integrantes – los seres humanos – muchos de ellos son parte de una inconciencia y degradación moral dando resultado al desorden social en el que se vive a nivel mundial y específicamente a nivel nacional.

Se vive la inseguridad ciudadana en las grandes como pequeñas ciudades de nuestro país, en tanto la delincuencia abarca, no solo a los mayores de edad como delincuentes “rankeados”, sino que ahora los adolescentes menores de edad (por su condición de inimputables – con la creencia que son sujetos que por su desarrollo aun no alcanzan la

madurez física-psicológica, son considerados por la normatividad vigente como menores infractores de la ley penal, pese a cometer delitos, es decir, los adolescentes menores de edad involucrados en el mundo de la criminalidad son tanto o más peligrosos que cualquier delincuente adulto, y bajo la teoría de su incapacidad y la falta de motivación con la norma penal sus conductas quedan impunes.

Debemos reflexionar detenidamente sobre la capacidad del adolescente al momento de infringir la norma penal. Seguiremos obsesionados por el relato romántico de que no alcanzan la madurez somática y que por tanto son infractores y no delincuentes. De un extremo, cómo explicar a los familiares de las víctimas, el romanticismo de la norma penal, del otro lado valdría la pena, preguntarnos acaso: ¿quién es ese menor delincuente? ¿Dónde y con quién vive?, ¿cuál es su delito? ¿Qué pena se le debe imponer?

B. Justificación personal.

Partiré estableciendo que el derecho penal en sí, es medio de control social formal, por el cual se pretende castigar las conductas desviadas o las que atenten contra los bienes jurídicos penalmente tutelados, en este línea no podemos olvidar un principio fundamental que rige al derecho penal el cual es el “principio de ultima - ratio” o el principio de la última razón, o de la intervención mínima del derecho penal.

Ahora bien, en el mundo de la criminalidad de los adolescentes menores de edad se deja notar tres momentos claramente visibles, los cuales son: primero los inicios de los adolescentes en el mundo criminal, a partir de familias disfuncionales, falta de oportunidades, falta de empleo, falta de educación; segundo el desarrollo de conductas de los adolescentes menores de edad en el mundo criminal tal como es el

robo de una fruta, luego el robo de un celular, para luego por allí robar dinero entre otros actos criminales; tercero la parte final o lo que se puede llamar el prontuario delictivo, en este nivel los adolescentes menores de edad se convierten en asesinos, en personas que no les interesa la vida, y que por demostrar valentía y ganar dinero asesinan sin el más mínimo de los remordimientos; entonces, llegado a la tercera etapa o nivel, nos encontramos con la última fase, en donde las condiciones ya no van a permitir prevenir sino más bien actuar, por esta razón el Estado a través del Ius Puniendi debe sancionarlos penalmente.

1.4. Delimitación de la investigación

- 1.4.1. **Teórica:** la presente investigación se desarrolló en el campo del derecho penal.
- 1.4.2. **Espacial:** la presente investigación desarrolló su estudio para todo el ámbito nacional esto quiere decir “el Estado peruano”.
- 1.4.3. **Temporal:** el presente trabajo es meramente dogmático no contempla una línea temporal determinada.

1.5. Objetivo.

1.5.1. Objetivo General.

Determinar el principal fundamento jurídico que determine la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Demostrar la capacidad de motivación que tiene el adolescente comprendido entre 16 y 18 años.
- Proponer una reforma al artículo 20° inciso 2 del Código Penal, que establece la inimputabilidad de los menores de 18 años.
- Proponer una reforma al artículo 30° de la Constitución Política del Perú que establece la ciudadanía a partir de los 18 años.

1.6. Ubicación geográfica.

La presente investigación desarrolló base su estudio dentro del territorio peruano, teniendo en cuenta la realidad que vive el Perú al momento de realizarse el estudio.

1.7. Diseño de la investigación.

En la presente investigación se utilizó el diseño no experimental - transaccional descriptivo, en tanto que no se manipularon las variables y la recolección de la información se realizó en un solo momento, en un tiempo único, puesto que el propósito es describir las variables para analizar un fenómeno que se produce en el presente, el cual es el comportamiento delictivos de los adolescentes menores de edad comprendidos entre 16 y 18 años de edad que atentan contra la vida el cuerpo y la salud en su modalidad de homicidio, parricidio y asesinato.

1.8. Tipo de investigación.

La presente investigación es de carácter básico, de tipo descriptivo – explicativo y propositivo; ya que, nos encontramos dentro de una investigación no experimental en la cual se observara la realidad problemática y producto de ello se describe lo que viene sucediendo

para luego explicar los comportamientos, y producto de ello terminar en una propuesta.

1.9. **Método de la investigación.**

1.9.1. **El Método Histórico:** se ha descrito la evolución que ha tenido los comportamientos en los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que delinquen y a través de la historia determinamos la evolución y su capacidad de motivación frente a los tipos penales.

1.9.2. **El Método Comparativo:** Por medio del cual se realiza comparaciones a través del derecho comparado, para determinar la realidad a nivel de otras legislaciones y su forma de tratar a los adolescentes que comenten actos delictivos.

1.9.3. **El Método Dogmático:** puesto que se parte del supuesto de que las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual, en la tesis presentado se hace uso de los principios técnicos explicativos de las instituciones jurídicas.

1.10. **Población, muestra, unidad de análisis.**

1.10.1. La población está constituida por todos los casos a nivel nacional de adolescentes menores comprendidos entre 16 y 18 años de edad que cometan actos criminales.

1.10.2. La muestra para el presente trabajo no lo contiene por ser de carácter meramente dogmático y no constituir un trabajo de campo.

1.10.3. La unidad de análisis lo constituye el artículo 20º inciso 2 del Código Penal, que establece la inimputabilidad para los menores de 18 años.

1.11. Técnica e instrumentos de recopilación de información.

1.11.1. La técnica de la recolección de la información es la observación documental, pues se han identificado los documentos pertinentes para la recopilación de la información.

1.11.2. El instrumento de la recolección de la información que se ha utilizado es el *fotocopiado, el escaneo, las impresiones de artículos, libros, revistas, periódicos* que han tenido la información del tema de tesis.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

El sustento teórico de la investigación que se presenta, se basa en los temas que engloba el principal fundamento jurídico que determina una aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad que comentan hechos delictivos, cuyo estudio y análisis requieren de su conceptualización que nos permite de esta manera conocer sus características, contenido, naturaleza, entre otros.

Son aspectos teóricos que sólo es posible desarrollar luego de una minuciosa revisión de la literatura existente, recopilando información relevante sobre el estado de la cuestión.

2.1. Marco legal.

2.1.1. A nivel nacional.

2.1.2.1. Constitución Política del Perú (1993).

a. Artículo 2º:

Toda persona tiene derecho:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión condición económica o de cualquier otra índole.

b. Artículo 4º:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en su situación de abandono.

2.1.2.2. Código Penal Peruano

En el Código Penal Peruano, el tratamiento de la imputabilidad ha variado, tanto así que en el antiguo Código Penal Peruano de 1863 diferenciaba entre: menores de 9 años; mayores de 9 años y menores de 15; menores de 18 años y mayores de 15; y, por último, mayores de 18 años.

Los menores de 9 años eran considerados como irresponsable en derecho penal. A quienes se encontraban entre 9 y 15 años, se le favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. Para imponer una sanción penal a un menor perteneciente a este grupo, era en consecuencia, necesario probar que había obrado con discernimiento. Además, el Juez debía atenuar con mesura la pena y, en todo caso al menos en dos grados. Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad, pero aún procedía la atenuación de la pena. De esta manera, la mayoría penal era atribuida a los 9 años. Los mayores de esa edad caían, por lo tanto, en el dominio del derecho penal en cuanto incurrieran en una acción delictiva, salvo que hubieran sido menores de 15 años y actuado sin discernimiento, la Ley elevaba así el límite de la mayoría penal (Hurtado Pozo, 2005, pág. 612).

Con la adopción del Código de 1924 se produjo, en nuestro país, un cambio importante en el ámbito del derecho de menores. Inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hizo suyos los principios que, partiendo de los EE.UU de América, ganó poco a poco terreno en las legislaciones europeas de comienzos del siglo pasado. El pasado decisivo que se dio

entonces consistió en el abandono del discernimiento como factor discriminante entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso.

Es así que en el Código Penal actual se regula la inimputabilidad en el artículo 20 que prescribe:

Está exento de responsabilidad penal:

2; El menor de 18 años; ()*

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 25564, publicado el 20-06-92, cuyo texto es el siguiente:

“2) El menor de 18 años, con excepción de aquel que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delito de terrorismo, en cuyo caso deberá ser menor de 15 años;” ()*

(*) Numeral sustituido por el Artículo 3° de la Ley N° 26447, publicada el 21-04-95, cuyo texto es el siguiente:

“2. El menor de 18 años.”

2.1.2. A nivel internacional.

2.1.2.1. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad y reconoce sus derechos y asistencia especiales para el logro de su bienestar. En toda acción o medida que se tome en relación a

ellos, se considera el interés superior del niño, debiendo ser escuchado y su opinión tomada en cuenta. Todo niño que sea privado de libertad deberá ser tratado con dignidad y humanidad, teniendo en cuenta las necesidades de las personas de su edad y se promoverá su reintegración social. La prisión se llevará a cabo conforme a ley, como último recurso y por el más breve plazo. (Tejada Calderón, 2014, pág. 40)

2.1.2.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo a lo largo de las últimas seis décadas. Además, sigue siendo una fuente de inspiración para cada uno de nosotros, ya sea en momentos de conflicto, en sociedades que sufren represión, en la lucha contra las injusticias, y en nuestros esfuerzos por lograr el disfrute universal de los derechos humanos.

La Declaración supone el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Independientemente de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel,

religión, idioma o cualquier otra condición, el 10 de diciembre de 1948 la comunidad internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos (Tejada Calderón , 2014, pág. 41).

2.1.2.3. REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (Tejada Calderón, 2014, pág. 42).

A. Principios Generales.

Objetivos fundamentales.

a. Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

b. Las reglas tienen por objetivo fomentar, propugnar así como divulgar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar y hacer reflexionar a los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

c. Las reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

d. Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

e. Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

B. ALCANCES DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados (Tejada Calderón, 2014, pág. 43).

a. Las reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

b. A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los

antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

c. Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

d. Se considerará la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas.

e. Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

2.1.3. Código del Niño y del Adolescente – Ley N° 27337.

En el año 2000 finalmente entraría en vigencia el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes que ha restablecido el respeto de la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo en su artículo VII del Título Preliminar que “La Convención es fuente de interpretación y aplicación”, y el artículo VIII que “es deber del Estado, la familia, las instituciones públicas y privadas y las organizaciones de base velar por la correcta aplicación de los principios, derechos y normas establecidas en el presente Código y en la Convención sobre los Derechos del Niño”. Se ha

vuelto, pues a un régimen de legalidad en el respeto de los derechos humanos de los menores de edad.

Hemos visto hasta aquí como los Estados no tuvieron límites precisos en el trato de la delincuencia juvenil a través del tiempo, pues no reconocieron en un inicio derechos humanos a los menores de edad, quienes fueron sometidos conjuntamente con los adultos a un mismo sistema penal. El reconocimiento pleno de la integridad y derechos de los menores de edad se dio principalmente a partir de 1989 con la Convención sobre los Derechos del Niño. Este reconocimiento es el reconocimiento de los derechos humanos de los menores de edad y, con ello, la imposición de límites al poder político – estatal en el control de la delincuencia juvenil. El reconocimiento pleno de los derechos humanos, es pues una conquista reciente y quizás por eso mismo aún débil. En el Perú este reconocimiento íntegro de los derechos del niño y del adolescente se haría efectivo recién en el año 1993, para sufrir luego los efectos del decreto legislativo 895, durante la misma década. (Tejada Calderón, 2014, pág. 39).

Hoy, reafirmados los derechos del niño y del adolescente con el Nuevo Código del Niño y Adolescente, y reafirmados también, a través de éste, los postulados de la Convención sobre los derechos del Niño, y el tratamiento que existe es el brindar medidas de protección al menor. En dicho cuerpo legislativo se prevén una serie de derechos y deberes que parten de reconocer al adolescente, dejándosele ver como un objeto de tutela y represión. En tal sentido, el artículo 191º del Código del

Niño y del Adolescente es quien regula expresamente que el sistema de justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar, razón por la que al momento de emitir sentencia el Juez, debe tomar en cuenta la existencia de daño causado, la gravedad de los hechos acontecidos, el grado de responsabilidad del adolescente, el informe multidisciplinario y el informe social correspondiente (Tejada Calderón, 2014, pág. 39).

2.1.4. Legislación Comparada.

2.1.4.1. Constitución Política de Chile.

Artículo 19º: La Constitución asegura a todas las personas:

1º. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte solo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

2º. La igualdad ante la Ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la Ley.

Ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3º. La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida.

Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y del Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismo.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la Ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La Ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una Ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna Ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

5° La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la Ley.

6°. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones;

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:

- a. Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- b. Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las Leyes;
- c. Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la Ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del Juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al Juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

d. Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su caso o en lugares públicos destinados a este objeto.

Los encargados de las presiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ningún incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le de dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e. La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como

necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9, será reconocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la Ley contemple;

f. En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrá ser obligado a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la Ley;

g. No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;

h. No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales, e

i. Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada

judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;

8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente (Tejada Calderón, 2014, pág. 51)

Ley de la responsabilidad penal del adolescente. Ley 20.084 (2007).

La presente ley se ajusta en términos generales a lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño que es ratificado por Chile y promulgado mediante Decreto Supremo N° 830 de fecha 14 de agosto de 1990. Cumple con la obligación de establecer una edad mínima de responsabilidad, que está fijada en los 14 años de edad, y crea un sistema especial para ser aplicado entre tal edad y los 18 años no cumplidos, con garantías penales y procesales explícitas.

Lo medular de la LRPA en cuanto a sus principios, plantea que se crea un sistema de responsabilidad jurídica de carácter sancionatorio, aunque limitado específicamente a la comisión de hechos tipificados en el Código Penal y en las demás leyes penales, a lo que denomina infracción a la ley penal, se determina un criterio de intervención penal especial, reducida o moderada, tanto en relación con los delitos como a las sanciones, respecto de los tipos penales, se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave, que será la

que se podrá aplicar, como último recurso, con una sanción privativa de libertad (Tejada Calderón, 2014, pág. 52).

Se propone la existencia de un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control y ejecución de la sanción. En relación con esto, cabe señalar que existirán medidas no privativas de libertad, de carácter reparatorio, y otras privativas de libertad. Como señala la LRPA, en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, las sanciones que se aplicarán a los adolescentes serán las de la siguiente Escala General:

Penas de delitos:

- a. Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social;
- b. Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social;
- c. Libertad asistida especial;
- d. Libertad asistida;
- e. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y
- f. Reparación del daño causado.

Penas de faltas:

- a. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad;
- b. Reparación del daño causado;
- c. Multa, y
- d. Amonestación.

Las sanciones estarían limitadas específicamente a la comisión de hechos tipificados en el Código Penal y en las demás leyes penales, a lo que denomina genéricamente infracción a la ley

penal. Se determina un criterio de intervención penal especial, reducida o moderada, tanto en relación con los delitos como a las sanciones. Respecto de los tipos penales, se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave, que serán las únicas a las cuales se podrá aplicar, como último recurso, una sanción privativa de libertad dentro de las que se encuentra el arresto domiciliario, el sistema cerrado con custodia de gendarmes en la periferia del recinto y sistema semicerrado, donde los jóvenes pueden salir a estudiar y visitar a sus familias.

2.1.4.2. Constitución Política de Costa Rica.

a. Artículo 71°. Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo.

b. Ley de justicia penal. Ley 7576 (1996).

La Ley de justicia juvenil de Nicaragua recientemente aprobado por el Congreso crea una “justicia penal del adolescente” para las personas entre dos años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un delito o contravención en el Código penal o leyes especiales. Esta Ley hace referencia con respecto al menor de edad en cuanto a los actos cometidos por una menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de Ley; la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgados penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios (Tejada Calderón, 2014, pág. 61).

Cabe mencionar que el proceso penal juvenil tendrá como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o participe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes. Asimismo, buscará la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley. El juez penal juvenil, podrá aplicar las siguientes sanciones: sanciones socio – educativas (amonestaciones y advertencias, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación del daño de la víctima), ordenes de orientación y Supervisión (instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él, abandonar el trato con determinadas personas, eliminar las visitas de bares, discotecas y centros de diversión determinados, matricularse en un centro de educación) y Sanciones Privativas de la Libertad (internamiento domiciliario, internamiento durante el tiempo libre, internamiento en centros especializados). Estas sanciones señaladas tienen la finalidad primordialmente educativa y de aplicarse en su caso, lo deberán hacer con intervención de la familia y el apoyo de especialistas (Tejada Calderón, 2014, pág. 61).

Reforma de la Ley N° 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil

Ley N° 9021: Reformas Ley N° 7594 Código Procesal Penal, Ley N° 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley N° 8460 Ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles, Ley N° 7333 Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Penal (2012).

Artículo 3.- Refórmese los artículos 28, 59, 115 bis y 116 de la Ley N° 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil, de 8 de marzo de 1996. Los textos son los siguientes:

Artículo 28º.- Órgano judiciales competentes, sobre los hechos ilícitos cometidos por menores de edad decidirán, en primera instancia, los juzgados penales juveniles y en alzada, los tribunales de apelación de sentencia penal juvenil. Además, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer del recurso de casación que por esta ley le corresponden y el juez de ejecución de la sanción penal juvenil tendrá competencia para la fase de cumplimiento de la pena.

Artículo 59º.- Carácter excepcional de la detención provisional, la detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince, y solo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La detención provisional no podrá exceder de tres meses. Cuando el juez estime que debe prorrogarse lo acordará así estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan. En ningún caso, el nuevo término será mayor de tres meses.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil y la Sala de Casación, excepcionalmente y mediante resolución fundada, podrán autorizar una prórroga de la detención provisional superior a los plazos anteriores y hasta por tres meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

Artículo 115º.- Decisión del recurso de apelación, inmediatamente después de la audiencia oral, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil resolverá el recurso planteado salvo en caso complejos, según criterio del Tribunal, que podrá resolver, en un plazo máximo de tres días, el recurso interpuesto.

Artículo 115º bis.- recurso de apelación en sentencia penal juvenil, el recurso de apelación de sentencia penal juvenil permitirá el examen integral del fallo en el juzgamiento de los delitos, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena.

El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantados al debido proceso que encuentren en la sentencia (Tejada Calderón, 2014, pág. 63).

Artículo 116º.- Recurso de casación, el recurso de casación procede contra los fallos dictados por el Tribunal de Apelaciones de Sentencia Penal Juvenil, en el juzgamiento de los delitos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Penal.

2.1.4.3. Constitución Política de Nicaragua

Capítulo I Derechos Individuales.

Arto. 23º. El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte.

Arto. 24º. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad.

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por la justa exigencia del bien común.

Arto. 25º. Toda persona tiene derecho:

- 1) A la libertad individual.
- 2) A su seguridad.
- 3) Al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.

Art. 26º. Toda persona tiene derecho:

- 1) A su vida y a la de su familia.
- 2) A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
- 3) Al respeto de su honra y reputación.
- 4) A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

2.5.4.4. Código de la niñez y la adolescencia del País de Nicaragua.- Ley N° 287.

Nicaragua es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que fue suscrito el veinte de noviembre de mil novecientos noventa y luego ratificado en el mes de octubre del mismo año.

Que la Constitución Política de la República de Nicaragua en su artículo setenta y uno establece la plena vigencia de la convención sobre los Derechos del Niño, por lo que se requiere dar efectividad a los derechos, libertades y garantías

reconocidos en dicha Convención (Tejada Calderón, 2014, pág. 65).

Que en Nicaragua las niñas, niños y adolescentes representan un poco más de la mitad de la población del país y es necesario dotarlos de un instrumento jurídico que favorezca su maduración equilibrada, adecuando para ello la legislación nacional. Y que es responsabilidad gubernamental promover y apoyar políticas, programas y proyectos, en favor de la niñez y la adolescencia, prevaleciendo siempre como principio fundamental de la Nación el interés superior de las niñas, niños y adolescentes (Tejada Calderón, 2014, pág. 65).

La Justicia Penal Especial del Adolescentes que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o leyes penales especiales.

Los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre quince años y dieciocho años de edad, a quienes se le comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se le aplicarán las medidas establecidas en el presente libro.

A los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece años y quince años cumplidos a quienes se les atribuyere la comisión de un delito o falta, se establecerá su responsabilidad mediante el procedimiento regulado en este libro. Comprobada la existencia del delito o falta y la responsabilidad mediante el procedimiento regular en este libro. Comprobada la existencia del delito o falta y la responsabilidad,

el Juez competente resolverá aplicándole cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el libro Segundo de este Código, o de las medidas contempladas en este Libro exceptuando la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad.

Las niñas y niños que no hubieren cumplido los trece años de edad, no serán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, velará y protegerá en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Se prohíbe aplicarles, por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad (Tejada Calderón, 2014, pág. 66).

La Justicia Penal Especializada del Adolescente se aplicará al adolescente que cometa un hecho punible en el territorio de la República de Nicaragua, según las reglas y excepciones establecidas por el Código Penal o leyes especiales. En caso de que no se pudiese establecer por ningún medio la edad de una persona presumiblemente menor de 18 años, será considerada como de tal edad y quedará sujeta a las disposiciones de este Código especial del adolescente, y respeto a sus derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción en su familia y en la sociedad y las garantías del debido proceso, lo

mismo que la protección de los derechos e intereses de las víctimas y ofendidos del delito (Tejada Calderón, 2014, pág. 66). La aplicación de las disposiciones de la Justicia Penal Especial del Adolescente, tanto a nivel procesal como de ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de adolescentes. La interpretación y aplicación de las disposiciones de la Justicia Penal Especial del Adolescente deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal, con la doctrina y normativa internacional en materia de niñez y adolescencia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política, los Tratados, Convenciones y demás Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua.

Reforma del CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA – Ley N° 287.

Las reformas parciales al Libro Tercero de la Ley N° 287 “Código de la Niñez y la Adolescencia” (CNA), referido a la Justicia Penal Especializada, son necesarias porque desde que entró en vigencia en 1998 nunca se ha modificado a pesar del incremento poblacional y de la delincuencia juvenil, entre otros factores.

El Arto. 95° de la Ley 287 párrafo 1° dice: “La Justicia Penal Especializada del Adolescente (...) se aplicará a los adolescentes que tuvieren 13 años de edad cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta por el Código Penal o Leyes Penales Especiales”. De estos, solo a los adolescentes entre los

15 años cumplidos y los 18 años no cumplidos se les puede aplicar una medida que implique privación de libertad “en centro especializado”, la cual no puede ser mayor de 6 años.

En una ulterior reforma, el hecho es que los 18 años de edad puede disminuirse a 16 ó 15 años máximo, en caso de asesinatos, violaciones, asesinatos atroces u otros delitos graves, todo en base a priori a estudios y criterios científicos – naturales, a encuestas, doctrinas, consultas populares, consultas a magistrados, jueces y fiscales, entre otras. Las medidas socioeducativas, de orientación y supervisión, entre otras, se mantienen (Tejada Calderón, 2014, pág. 67).

El CNA manda a construir el Centro Especial para Adolescentes (Aro. 214), uno para mujeres otro para varones, pero los mismos “brillan por su ausencia”. Esto significa que el reo adolescente no puede corregirse apropiadamente en centro especializado (arto. 202, 203, 206). Si se piensa en reformar las penas es condición “sine qua non” construir el centro especial para adolescentes, de lo contrario el problema continuará.

2.2. Marco referencial.

Allá por el año 306 antes de Jesucristo, en la ley de las XII tablas existían disposiciones especiales aplicables a los niños que habían cometido robos. Los romanos reconocieron que la responsabilidad por esos delitos era atenuada. También puede señalarse que la delincuencia de menores no es en modo alguno una cosa peculiar de nuestra generación (C. Kvaraceus 1964, 14).

La definición del término “delincuencia juvenil” (de menores de edad) al parecer es usada por primera vez en Inglaterra en el año 1815, en el caso contra 5

menores de edad, quienes fueron condenados a la pena de muerte entre 8 y 12 años de edad por el Tribunal de OLDBAILE, en Estados Unidos el término fue utilizado por educadores y filántropos americanos en 1323.

El tratamiento jurídico del menor al que se le imputa la comisión de un ilícito penal ha experimentado una evolución considerable ya desde finales del S. XVIII, pero sobre todo durante el S. XIX y principios del XX, como consecuencia de los importantes cambios sociales ocasionados por la revolución industrial, por la evolución científica del Derecho Penal y Procesal Penal y por las aportaciones propugnadas por las corrientes humanitarias de la época. Esta evolución vino caracterizada por el salto de aplicación a la delincuencia de menores de un sistema puramente penal a otro de naturaleza especializada, a partir de su consideración como fenómeno jurídico autónomo, perfectamente independiente del de la delincuencia de mayores (Sanz Hermida 2002, 23).

Se señala que la expresión “justicia de menores”, tiene sus orígenes en la creación del Primer Tribunal para Niños en la Ciudad de Chicago (Illionis, USA), en 1899 y en el empleo de los Estados de Rhode Island, Massaxhusetts e Indiana, de la doctrina denominada del “*parens patriae*”, según la cual se autorizaba a sus respectivos órganos legislativos la protección de los niños “como haría un padre con sus hijos”. De este modo cabe definir la justicia de menores, en sentido amplio, como la que entiende en aquellas materias en las cuales está en juego el interés del menor o, en sentido estricto, como el sistema jurídico sustantivo, orgánico y procesal del tratamiento específico y autónomo de la delincuencia de menores (Sanz Hermida 2002, 24).

En otros tiempos, las tabulaciones de los datos estadísticos relativos a los antecedentes familiares de los menores delincuentes, parecían siempre indicar que esos jóvenes procedían de medios sociales poco acomodados. En una

segunda conclusión, establecida también en ese informe de las Naciones Unidas, se indica que esa tendencia ha sufrido un gran cambio. Hoy en día ya no puede decirse que la delincuencia de menores se limita a un determinado grupo socio-económico. Hay cada vez más indicaciones del aumento del número de adolescentes de clases adineradas que delinquen (C. Kvaraceus 1964, 21).

La autonomía tradicionalmente se ha fundado en la idea de que la madurez en sentido biológico, psicológico y social se adquiere a través de un proceso de crecimiento progresivo, variable desde el punto de vista subjetivo y fuertemente condicionado por factores externos, entre ellos, la educación y el ambiente familiar, económico y social en el que el sujeto vive lo que necesariamente ha de tener un reflejo en el modelo jurídico que se prevea para su tratamiento. Sin embargo, la creación de nuevas fórmulas jurídicas, por necesidades prácticas, no tuvo un desarrollo teórico previo, por lo que se ha afirmado que la justicia de menores ha sido un auténtico banco de pruebas en el que se ha verificado el funcionamiento efectivo de instituciones nuevas, como paso previo a su incorporación al sistema jurídico general (Sanz Hermida 2002, 24).

En casi todas las ciudades del mundo afectadas por el problema, una de las manifestaciones más visibles de la delincuencia de menores es la banda de adolescentes que constituye un fenómeno social de la vida moderna (C. Kvaraceus 1964, 18), alguno de los integrantes de estas bandas han cometido asesinatos mientras que otros se limitan a imitar o insultar a transeúntes.

Es necesario entender que el conflicto social en relación a los menores de edad y los hechos que cometen, no son como se pretenden verlos, como sólo faltas sino más bien deben ser vistos como lo que son hechos delictivos, los cuales se quieren atenuar, para no cargar el sistema penal con sujetos delincuentes, empero desde la filosofía y los métodos en los que se basa el

sistema de justicia general para adultos existe un conflicto para la aplicación del sistema penal a jóvenes menores de edad. Es por ello que algunos autores opinan que “ni la supuesta etiología del delito en jóvenes y adultos, ni su fenomenología criminal, ni su prevención ni su victimología apoyan la distinción” (Sanz Hermida 2002, 68), sin embargo la edad es lo que diferencia a los sujetos que comenten delitos, y para algunos autores esta sería la única diferencia y, por tanto, habría que preguntarse si este sólo dato justifica considerar a la delincuencia juvenil al margen de la adulta, como algo específico.

Se suscitó que en la generación de los años 1970 pasará a la historia como la generación de la disconformidad. Desde siempre, los jóvenes han dado motivos para que se hablara de ellos, pero nunca como hoy han acaparado la atención del público. Ellos son los verdaderos protagonistas de la sociedad actual. Su protesta se dirige contra todo y contra todos. No creen en nada de cuanto aquí aparece válido. Se considera una generación fracasada. Los mitos de la sociedad como el bienestar, el triunfo, la conquista del líder, les han defraudado (Gómez Mendoza, 2013, pág. 20).

La presente investigación presenta como antecedente también el proyecto de ley N° 1951/2012-CR, que sustenta la responsabilidad penal de los menores de edad y que a la vez propone una modificatoria al código penal en su artículo 20º inciso 2.

Sin embargo, existen investigadores a nivel nacional que se han dado a la tarea de poner en claro la conducta de los menores de edad; a continuación se presentan algunas investigaciones que se han realizado sobre delincuencia juvenil y la participación de los adolescentes en el mundo de la criminalidad.

TESIS: “El Debido Proceso y La Justicia Juvenil” para obtener el grado de Magister en Derecho mención en Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de San Marcos (Lima, 2005).

AUTOR: Hernández Alarcón, Chistian Arturo, en la que concluyó:

“A pesar que en nuestro país se ha adscrito a un modelo garantista en la Justicia Penal Juvenil, basada en el doctrina de la Protección Integral; la práctica nos permite observar el modelo teórico por el que la legislación ha optado dista mucho de la realidad, por lo que se hace necesaria una reforma legislativa que legitime la fidelidad al modelo de la Justicia de la Doctrina de Protección Integral, tanto en el ámbito penal como procesal que favorezca su observancia por parte de los operadores”.

TESIS: “EL COMPONENTE SOCIO EDUCATIVO”: ¿SANCIÓN U OFERTA SOCIAL?, para obtener el Grado de Doctor en la Universidad Nacional de San Marcos, (2006):

AUTOR: Lavanderos Svec, Jorge concluyó:

“Para que exista culpabilidad en una conducta típica y antijurídica, cometida por un adolescente, se requiere la presencia de los tres elementos de ella (copulativos): la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud y la autodeterminación del adolescente. El imputable es el sujeto – adolescente – que reúne las condiciones que el Derecho fija para que una persona deba responder de un hecho y por ende, sufrir una pena. La imputabilidad es definida como la capacidad de conocer el injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento. Capacidad de comprensión y de querer. El adolescente debe poseer condiciones de madurez y conciencia moral para que así le sea atribuido como a su causa consciente y libre. La referencia valorativa de la imputabilidad es la motivabilidad normal del autor por la norma según la fase vital de desarrollo en que se encuentra. Sus características psíquicas y su

estado de conciencia. De ello denota también la importancia de la aplicación de la sanción correcta, no solamente deteniéndonos si se trata de una sanción penal o de una oferta social. Están relacionados la conciencia y la acción; en cada caso concreto ello puede variar significativamente, pero si reúne lo necesario, el Estado habrá actuado responsablemente ya que se asegura de que el culpable ha actuado con un grado de participación interna que permita que su acción sea reprochada por el derecho”

TESIS: “LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA LEY PENAL” para obtener el Grado de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, (2009).

AUTOR: Cruz y Cruz Elba, en la que concluyó:

“Si consideramos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como los avances más importantes que la civilización ha realizado en el ámbito jurídico para la protección de valores que pueden juzgarse de importancia universal; entonces, la tendencia a seguir por los legisladores de los diversos países debe ser, a grandes rasgos, el modelo garantista, cuyo punto de partida lo constituye el instrumento internacional conocido como Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En este sentido, el interés superior del niño es la pauta a seguir en el Derecho de Menores infractores. No obstante ello, ante la alarma social que ha generado los últimos tiempos el comportamiento ilícito de los jóvenes, motivando en gran medida por un manejo poco ético en los medios y por propaganda política, se ha impulsado la realización de reformas que se constriñan a elevarse la severidad de las medidas y del tratamiento dado a los menores, con un carácter meramente sancionador”.

2.2.1. Situaciones actuales al momento de realizar la investigación.

Cae sicario de 17 años acusado de matar a su padrastro, Trujillo en el día lunes 19 de octubre del 2015, agente del Departamento de Investigación Criminal (DEPINCRI) de la provincia de Virú, la Libertad, capturaron a un adolescente de 17 años acusado de asesinar a su padrastro, en Trujillo. Gerardo Bebe; el menor detenido, acribilló de 7 balazos a su padrastro, Edwin Javier Rodríguez Veneros "HUACO", un peligroso delincuente que inició una relación sentimental con su madre, María del pilar Espejo Abanto "Tía Pilar", presunta integrante de la sanguinaria organización criminal "Los Ochenta de Trujillo".

Según la policía, "Gerardo bebe" asesinó a su padrastro cuando tenía 14 años por encargo de sus hermanos Maycol y Julio Becerra Espejo, alias "Loco Maycol" y "Gordo Julio", cabecillas de "LOS OCHENTA" y actualmente en prisión. Para ambos sujetos, "Huaco" "era un estorbo en el engranaje" de la banda que dirigían.

El Criminen ocurrió el 05 de abril del 2013, en el convulsionado Distrito de Florencia de Mora, en Trujillo. "se tendría información de que los hijos "de Tía Pilar" nunca aceptaron la relación con Huaco tras el asesinato de su padre, Gerardo Becerra Catalán Loco Gera, ultimado por hampones rivales en el 2003, añadieron fuentes policiales".

Gerardo Bebe fue capturado tras un trabajo de inteligencia a la 1:30 a.m, del último sábado, cuando se dirigía de Trujillo a Lima. Cuando fue intervenido por la policía, presentó un DNI falso de Dennis Fabrizio Franco Matencio (18) el Cuarto Juzgado Especializado de Familia de

Trujillo ordenó su captura por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud.

Para la policía, “Gerardo Bebe” es uno de los más avezados sanguinarios que operan en Trujillo.

Se inició en el hampa cuando tenía solo 12 años. En su cuenta de Facebook publicó fotografías posando con una máscara y dos pistolas, y se declaró admirador del desaparecido narcotraficante Pablo Escobar (http://elcomercio.pe/lima/policiales/polvos-azules-padre-menor-15-encargo-matar-dirigente-polvos-azules-noticia-1757512?ref=flujo_tags_423696&ft=nota_12&e=titulo, 2014).

En el Perú, la falta de educación y la despreocupación del Estado por las poblaciones más vulnerables está llevando a la sociedad a descender al sub mundo del sicariato, con ello empezó a formarse hace más de una década los sicarios adolescentes menores de edad. Esta realidad que actualmente azota al Perú es el fiel reflejo de un Estado despreocupado por la educación; sin embargo, llegado a este punto en el cual no hay vuelta atrás, el Estado peruano debe intervenir eficazmente para parar la ola de criminalidad que azota a la sociedad, empero la situación del adolescentes¹ que se dedican a quitar la vida por placer y dinero es un tema jurídico que tiene en jaque al Estado, puesto que por la condición de menor de edad que tiene el sicario, no

¹ El adolescente menor de edad que se dedica a cometer hechos delictivos, atentando muchas veces contra la vida el cuerpo y la salud, en sus diferentes modalidades, se encuentra con plena capacidad de motivación, esto es, se encuentra en un estado de conciencia que le permite discernir entre las conductas jurídicamente tuteladas y las conductas antijurídicas, esto nos lleva a tener una visión cercana, enfocándonos que el adolescente menor de edad que delinque despliega su conducta con el pleno conocimiento que su acción es ilegal y que contraviene el ordenamiento jurídico; vale decir, no de manera técnica pero si de manera social.

se lo puede juzgar con el sistema penal vigente, con ello se mantiene un mal dicho respaldo a los actos criminales que se vienen realizando en el Perú.

Y ante el aumento de los casos de organizaciones criminales que contratan adolescentes menores de edad para realizar asesinatos, aprovechando la reducción de pena que tienen si son capturados, se reaviva el debate de si deberían ser juzgados como adultos para recibir penas mayores de encarcelamiento.

Puesto que la noticia de adolescentes menores de edad que son contratados para cometer asesinatos es cada vez más frecuente, ante esto ha resurgido el debate de si estos jóvenes deberían ser tratados como mayores de edad ante la ley. Incluso el Ministro de Interior, José Luis Pérez Guadalupe, propuso que el tema sea discutido para un eventual cambio en las leyes que castigan este delito. Sin embargo, el ex - director de la POLICIA NACIONAL, Eduardo Pérez Rocha, respalda esta iniciativa también admite que es un tema difícil de implementar pues se deberá modificar el *Código del Niño y el Adolescente y sobretodo, renunciar a varios tratados internaciones ya suscritos por el Estado Peruano* (LA REPÚBLICA, 2015).

Con esta situación existe una propuesta por parte del ex - director de la Policía Nacional la cual es la de modificar la LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO para que en los delitos de *homicidio calificado la pena se aplique por igual para todo infractor no menor de 15 años* (LA REPÚBLICA, 2015).

Con ello llevaríamos a un endurecimiento de las penas para los menores de edad que se dedican a matar y al parecer no sería la solución definitiva pero si ayudaría a prevenir más hechos delictivos. Para que sea efectiva, esta medida debe acompañarse de una política penitenciaria para delincuentes juveniles centrados en la reinserción a la sociedad (LA REPÚBLICA, 2015).

Hay un total de 159 adolescentes internos en centros de rehabilitación del Perú por haber cometido el delito de homicidio, informó el presidente del Poder Judicial, Enrique Mendoza, según dijo, de ese total, 67 se encuentran internados en el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima "MARANGUITA", el titular del Poder Judicial se expresó a favor de una modificatoria legal que permita reducir de 18 a 16 años le edad de imputabilidad penal, a un menor de 15 años que haya matado por encargo no se le puede aplicar más de 6 años de internamiento. O sea, este sicario, a los 21 años, está en la calle, y no porque esté resocializado, sino por el límite de la sanción. Esto debe cambiarse para preservar la seguridad ciudadana y es el Congreso quien debe modificar las normas, manifestó (http://elcomercio.pe/lima/policiales/polvos-azules-padre-menor-15-encargo-matar-dirigente-polvos-azules-noticia-1757512?ref=flujo_tags_423696&ft=nota_12&e=titulo, 2014).

Otra medida planteada por Mendoza es que los menores que hayan cometido delitos cumplan con la sanción de internamiento en un centro juvenil no por 6 años como máximo, sino hasta haber sido realmente rehabilitados, empero, la rehabilitación de un ser humana que ha llegado a cometer un acto criminal de sicariato, puede llevar mucho

tiempo su rehabilitación y para ello, el Estado peruano debe contar con una gama de profesionales en el campo de la psicología que le permitan poder cumplir el objetivo, ahora bien, es necesario saber que un sujeto menor de edad puede ser rescata del mundo oscuro de la delincuencia, y por tal razón es importante que estos centros de rehabilitación cuenten específicamente con los profesionales adecuados, para que los menores que ingresan a dicho centro puedan rehabilitarse, y no llegar a perfeccionarse en actos criminales. La propuesta planteada nos acerca un poco más a las sanciones que debe cumplir un menor de edad por los actos cometidos, la rehabilitación de un menor de edad lleva un compromiso especial por el cual el Estado tendría que introducir en la conciencia de aquel menor de edad nuevos valores que le permitan cambiar su forma de pensar y de actuar y para ello se necesita obligatoriamente una política de Estado un presupuesto especial por medio del cual no se invierta en poner más policías en las calles sino que dicho presupuesto esté destinado exclusivamente a rescatar y rehabilitar a los menores de edad que se encuentran inmiscuidos en el mundo del sicariato, pero esto no se podría realizar sin la ayuda del derecho penal, pues en este punto nos encontramos ante una cara diferente del derecho penal, no un derecho penal castigador ni un derecho penal reparador ni rehabilitador sino un derecho penal rescatador a partir del imperio de la Ley.

2.3. Marco doctrinal

2.3.1. Teorías en el campo del derecho penal.

2.3.1.1. Principio de legalidad.

El primer acercamiento que tenemos al principio de legalidad nos es natural; la razón de esto es que los fenómenos naturales que suceden a nuestro alrededor obedecen a las leyes de la naturaleza. Cuando una manzana cae al suelo simplemente está ajustando su actuación a la ley de la gravitación universal. Cuando hemos colocado nuestro libro favorito en el buró junto a nuestra cama, esperamos sin siquiera pensarlo encontrarlo ahí mismo al día siguiente, en el mismo estado de reposo, cumpliendo con una de las leyes de Newton a menos, claro está, que actúe sobre él una fuerza resultante y lo mueva de ese lugar. Siempre esperamos que las cosas que suceden naturalmente, sigan actuando apegadas a la legalidad natural, como lo señaló Mario Bunge: “todo cuanto acontece satisface por lo menos una Ley”, este es el principio de legalidad natural; la Ley rige el acontecimiento, el acontecimiento se sujeta a la Ley y nunca esperamos que el acontecimiento natural ajusta su actuación al orden legal natural. Ahora bien, en el mundo del derecho no corre lo mismo, y no ocurre porque la relación de causalidad que existe en el mundo natural no existe en el derecho. Lo que existe en el derecho es una relación de imputación, una conexión entre el acto y su consecuencia, porque el mundo del derecho es un deber ser (Islas Montes, 2009, pág. 4)

Existen ciertas garantías e instituciones creadas constitucionalmente en favor del individuo que limita todo el ámbito en que se desenvuelve el Derecho Penal.

José Hurtado Pozo dice al respecto: “el ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado cuya misión primordial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir al *Ius Puniendi*”. Sin embargo, es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines.

El Derecho Penal define qué acciones son calificadas como infracciones y señala las penas que deben imponerse a sus autores. Diversos tratadistas del Derecho Penal indican que esta rama del Derecho tiene como funciones primordiales; la determinación de los actos de las personas calificadas como infracciones y las penas que dichos actos acarrearán. Además es importante señalar que el Derecho Penal tiene como única fuente a la Ley (Bocanegra, pág. 3).

En este sentido el principio de legalidad es un principio fundamental. Generalmente es reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados; ello se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder. Así, este Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados afectando sus derechos, incluso aquellos que el subordinado tiene en la más alta estima, aquellos que son básicos para su

subsistencia, porque el Estado legisla, dicta y emite actos que trascienden el estatus de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente (Islas Montes, 2009, pág. 3).

El principio de legalidad está para intervenir en estas ocasiones, cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado (Islas Montes, 2009, pág. 3).

2.3.1.2. Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

Al hablar del principio de proporcionalidad, es imprescindible mencionar al autor alemán Robert Alexy, quien afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio (Burga Coronel, pág. 255).

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). Cabe precisar que el principio de

proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal. Pero a pesar de ello, sin dejar de advertir que en el contenido del principio en estudio se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos, concuerdo con que la idea de proporcionalidad se inspira en consideraciones político criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico, ya que, como en adelante se dirá, al surgir desde las bases constitucionales, el principio en examen se erige en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas (Fuentes Cubillos, 2014, pág. 18).

Vale decir que el principio de proporcionalidad exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, pero también se invoca para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los adolescentes menores de edad que comenten hechos delictivos en relación a los sujetos adultos, en coordinación con

los actos de magnitud grave que comenten dichos adolescentes menores de edad (Fuentes Cubillos, 2014, pág. 20).

2.3.1.3. Test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad aparece estructurado de la siguiente manera: a. razonabilidad/proporcionalidad; b. idoneidad del medio o medida; c. necesidad; d. proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.

a. Razonabilidad / proporcionalidad.

Tenemos que en un primer momento, el Tribunal equiparó los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, tratándolos de manera similar, y argumentando que “(...) si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios.

Conforme a los argumentos expuestos, el Tribunal finalmente llega a integrar la razonabilidad en el principio de proporcionalidad, explicando que “uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad. (Burga Coronel, pág. 258)

b. Idoneidad del medio o medida.

Este sub-principio ha sido conceptualizado por nuestro Tribunal como una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Es decir, que el análisis de idoneidad supone, "(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante" (Burga Coronel, pág. 259). De dicha conceptualización, se puede afirmar que la idoneidad o adecuación debe ser medida con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen de que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulte o se mencionen como fines a los derechos no comprometidos realmente.

c. Necesidad.

El Tribunal Constitucional ha definido a este sub-principio como el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del "análisis de una relación medio - medio", esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipótesis que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos".

d. Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina alemana de Alexy, ha establecido que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”, la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. En ese sentido, recordemos que “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”. En razón de lo cual, el Tribunal ha optado por una estructura de tres niveles siguiendo el esquema Alexiano (Burga Coronel, pág. 260).

En ese sentido, podríamos afirmar que el principio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención estatal en los derechos fundamentales.

2.3.1.4. Principio de última ratio.

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras

formas de control menos lesivas formales o informales. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más gravoso (Carnevali Rodríguez, 2014, pág. 22).

El derecho penal deberá intervenir solo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

Por lo que se refiere al aspecto cuantitativo del incremento de la criminalidad, el legislador tiene ante sí tres grandes opciones político criminal: criminológica, estructural y normativa. La primera obliga al legislador a incidir sobre las causas de la criminalidad; se trata, obviamente, de una opción de largo alcance que exige un enorme esfuerzo y que requiere mucho tiempo, se trata de una opción integrada por elementos caracterizados por una incerteza ineludible. La segunda vía de solución requiere que el legislador fortalezca la estructura judicial y penitenciaria para afrontar el incremento de criminalidad. La tercera opción obliga al legislador a adoptar soluciones normativas que no suelen requerir gastos para las arcas del Estado pero que sí implican con frecuencia un coste coherente teleológico del sistema (Palazzo, pág. 436).

Un buen número de ordenamientos conceden al acusado la posibilidad de extinguir el delito aceptando una pena inferior a la ordinaria. Se trata de una despenalización en abstracto en la medida en que los delitos a los que abarca están determinados por el legislador en relación con infracciones leves; pero también lo es en concreto en cuanto se queda a expensas de la voluntad del acusado, a la que se le concede una especie de derecho a la

degradación punitiva. Es notorio que este tipo de medidas se inspiran en una finalidad de deflación del sistema basada en un trueque utilitarista entre el Estado y el individuo, y mucho menos en asegurar una adecuada proporción entre el delito y la sanción vinculada al principio de última ratio.

Las medidas de despenalización en concreto tal y como aparecen configuradas en algunos países europeos están sujetos a una intrínseca e indefectible contradicción, porque la impunidad del hecho concretamente exiguo o insignificante se contrapone a la función primordial del legislador expresada en la selección mediante un tipo de ilícito criminal abstracto. De manera que estamos ante un hecho que aun siendo conforme al tipo abstracto, se revela en concreto carente del desvalor que debería expresar en ese tipo delictivo (Palazzo, pág. 437).

Téngase en cuenta que los bienes jurídicos tienen en el Derecho Penal un instrumento para su protección, aunque no es el único, dado que este derecho solamente interviene en la última fase, cuando el delito se ha manifestado, de ahí, que surja el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, debiendo ser la última ratio de la política social del Estado, en la protección de los bienes jurídicos más importantes, frente a las violaciones más graves. Esta última intervención del derecho penal es lo que se conoce como principio de intervención mínima, que exige que el sistema penal de control social solo actúe frente a las agresiones más graves, no pudiendo intervenir contra meras irregularidades o ilegalidades urbanísticas, pues éstas encontrarán su mecanismo de control en el orden

Contencioso – Administrativo (Martínez Rodríguez, pág. 32). El sistema penal posee un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora, de ahí, que el derecho penal no sancione todas las acciones contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, tan solo castigará las violaciones más peligrosas.

2.3.1.5. Principio de unidad en el ordenamiento jurídico.

En la línea de lo expuesto, es necesario tomar en cuenta que el Derecho debe contar con una unidad que de coherencia y contenido para todo el sistema legal vigente (antijuricidad única). El principio de unidad debe ir acompañado de cierta coherencia, teniendo como punto de partida los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, evitando que hayan contradicciones y vacíos dentro del ordenamiento jurídico; de forma tal que no pueda acontecer a la luz de este principio que el Derecho civil otorgue capacidad de contraer matrimonio a los adolescentes entre 16 y 18 años, mientras que el Derecho Penal les permite ejercer su libertad sexual por la capacidad de decisión que el adolescente presenta por un lado y por otro el Derecho Penal declara la inimputabilidad del adolescente cuando comente atentados contra el sistema jurídico penal, es decir, por un lado le otorga capacidad de decisión y por otro lado le quita la capacidad de decisión, esta situación solo ejemplifica la ruptura de la coherencia y unidad que el precepto legislativo analizado genera en el ordenamiento jurídico (Planea, 2010, pág. 21).

2.3.1.6. Teoría conflictiva y sus mecanismos o criterios de solución.

Conforme se ha expuesto, hoy en día se encuentra profundamente arraigado un pensamiento conflictivista de los derechos fundamentales, el cual es entendido como una visión que concibe a la realidad jurídica de estos como un ámbito de conflicto permanente entre ellos mismo (derechos) o entre los derechos y los bienes públicos.

Recordemos que el conflictivismo trata de reducir los derechos fundamentales que no deben ser ignorados o suprimidos a normas fundamentales, y estas últimas a reglas. No obstante, encontramos en palabras de CianCiardo², que este problema puede superarse distinguiendo claramente entre principios y reglas. Las normas fundamentales son enunciados normativos que pueden o no estar recogidos textualmente en las Constituciones y, a su vez, pueden consistir en principios normativos que trata que algo sea realizado en la mayor medida posible y cuya aplicación debe efectuarse con razonabilidad y proporcionalidad y en reglas normativas, que mandan la realización necesaria de algo. Así, el autor propone como solución, buscar sistemas de reconocimiento de los principios fundamentales, que deben considerar siempre la relación entre los diversos principios de la Constitución.

² Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral e Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Ciencia y Técnicas de la Argentina (CONICET). Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral entre 2007 y 2011.

Aceptar que los derechos fundamentales son realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, el cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan o ponderan derechos, significa admitir la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Ello implicaría que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado y afectado en su contenido jurídico, es decir, queda vulnerado (Burga Coronel, pág. 263).

2.3.1.7. Teoría del delito.

El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, se desprende del Estado, pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión a cerca del “concepto material del delito”, es decir, de la cualidad en cuanto ha contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el concepto formal de delito, la conducta punible solo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al código Penal y le suministra al legislador un criterio político – criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se

deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. La exigencia de que el Derecho penal solo puede proteger “bienes jurídicos” ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas (Roxin, Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 52).

Se partió de la base de que el Derecho penal solo tiene que asegurar determinados “bienes” previamente dados, como la vida, la integridad corporal, el honor, la administración de justicia, y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido (Roxin, Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 52).

La teoría del delito responde a la pregunta ¿qué es delito?, ¿cuáles son las características que debe tener cualquier delito?

TEORÍA DEL DELITO			
TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD	PUNIBILIDAD
		<ul style="list-style-type: none"> - <u>Imputabilidad.</u> - Conocimiento de la antijuricidad. - Exigibilidad 	

2.3.1.8. Teoría de la culpabilidad.

La culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, sin que para ello sea un obstáculo que se

considere indemostrable la fundamentación del reproche de la culpabilidad en la libertad de decisión del ser humano como persona individual. En este sentido, para tratar como libre al autor que mantiene intacta su capacidad de gobernarse basta con que otra persona situada en su lugar hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias. El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho considerado en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que en él se actualiza, y lo decisivo en este juicio es la culpabilidad por el hecho concreto, aunque también deba otorgarse relevancia a la culpabilidad por la conducción de la vida cuando se analiza por ejemplo, la evitabilidad del error de prohibición (Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch , & Köhler, 2000, pág. 94).

Roxin admite que la culpabilidad es ciertamente insuficiente para justificar la imposición de una pena; pero no dice, y ahí está precisamente el problema, que ello se debe a la debilidad misma del concepto tradicional de culpabilidad que él sigue manteniendo, pues un concepto de culpabilidad se apoya en la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, es una ficción generalizadora, imposible de verificar empíricamente en el caso concreto (Claus, 1981, pág. 23), la culpabilidad que se ejerce sobre los menores de edad radica en la capacidad de motivarse por la norma jurídico penal, con ello, por el estado de capacidad relativa que ellos tienen, no son culpables de sus actos jurídicos y sobre todo penales, pero la culpabilidad tiene una función protectora de los ciudadanos, sirviendo en todo caso de límite máximo a la magnitud de la

pena que se puede imponer en el caso concreto. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque, como decía Listz, ningún fundamento metafísico de la pena, la libertad de voluntad está en situación de poder limitarla. Roxin incurre en este punto en una contradicción difícilmente superable: primero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz por sí solo de servir de fundamento a la imposición de una pena, luego, sin embargo, atribuye a ese concepto ficticio nada menos que una función limitadora del poder de intervención estatal. La culpabilidad, cuyo contenido sigue siendo el tradicional cuestionado por casi todos, e incluso por el propio Roxin, aparece y desaparece como un fantasma al que sólo se da beligerancia cuando interesa buscar un ángel guardián protector que asuste al coco del Leviathán estatal y que, en cambio, se oculta cuidadosamente del Estado. Pero es que, además, la función protectora que Roxin asigna al principio de culpabilidad no es tan amplia y eficaz como pudiera pensarse. El principio de culpabilidad solo serviría, en todo caso, de protección para los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado. Con razón indica Haffke que el principio de culpabilidad solo puede desplegar su eficacia protectora a costa de la desprotección del autor incapaz de culpabilidad (enfermo mental, menor de edad), que queda a merced del terror, de la instrumentalización y de la manipulación de todas las medidas de seguridad o de mejora del poder estatal. Mientras más proteja el principio de culpabilidad,

menos protegidos serán los que no tienen la suerte de ser culpables. Como dice Baurmann, los incapaces de culpabilidad tendrán más razones para temer las medidas estatales que los culpables (Claus, 1981, pág. 25).

Pues bien, se establece que la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político – criminal por la teoría de los fines de la pena, en un derecho dirigido a la defensa de los bienes jurídicos fundamentales para la colectividad y para el individuo que en ella se integra, la culpabilidad debe ser la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a un medio tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, y no un obstáculo para el logro de dichas metas.

Y con mucha razón, dice Luzón Peña que el requisito de la culpabilidad se deriva asimismo de la exigencia de necesidad de la intimidación general: la imposición de pena al no culpable tampoco es necesaria a efectos de prevención general frente a los culpables, pues la impunidad del no culpable no supone merma del efecto inhibitor o intimidatorio de la conminación penal para la persona normalmente motivable, ya que éste no se identifica con aquél; y por la misma razón es menor la necesidad de prevención general si la culpabilidad está disminuida. Si en un momento histórico determinado se consideró, que el enfermo mental, el menor de edad o el que actúa en error inevitable de prohibición no era culpable de los hechos cometidos, y por tanto, no debían ser castigados con una pena,

ello no se hizo para debilitar la prevención general y las motivaciones inhibitorias emanadas de la prohibición penal, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general se robustecía al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conductas contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás, que son la mayoría que no se encuentra en dichas situación. Existen además, sin duda, otras razones: posibilidad de elaborar el conflicto por otros medios, separación tajante entre ciudadanos normales y ciudadanos anormales consiguiendo un efecto marginador y estigmatizador de éstos con la declaración de enfermedad mental. Pero lo que está claro es que todas estas causas de exclusión de la culpabilidad tienen un origen y un fundamento exclusivamente preventivo y ciertamente preventivo general. Aunque en el caso concreto devengan en un problema individual y deban tenerse en cuenta también dentro de lo posible y de los límites que permita la prevención general las finalidades preventivas especiales como por ejemplo la resocialización del delincuente o por lo menos su no desocialización (Claus, 1981, pág. 29).

Llegamos al punto en el cual se discute la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del menor delincuente que se dedica al sicariato, la culpabilidad supone que el menor delincuente dedicado al atentado contra el bien jurídico vida supone que él hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una voluntad de libertad de esta clase no

existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un menor delincuente puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito. Y puesto que no sería posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de culpabilidad. Si la pena es la respuesta a una conducta culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo “eo ipso” la supresión de la pena. No con la pena, sino con un sistema de medidas de seguridad debe protegerse la sociedad de los abusos individuales que perturben la paz social.

Si se aceptara la idea de que los límites de las causas de exclusión de la culpabilidad se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena, me parece insoslayable la conclusión de que la categoría de la culpabilidad, debería designarse más exactamente desde un punto de vista científico, con el nombre de responsabilidad, ya que la culpabilidad es sólo una condición necesaria, pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal. La significación de una tal concepción en la comprensión de la culpabilidad como fundamento de la pena se debe enjuiciar de un modo diferenciado (Claus, 1981, pág. 155).

A. La imputabilidad.

En la teoría jurídica general, la imputabilidad es la síntesis de las condiciones psíquicas mínimas y

necesarias, dada la causalidad el encadenamiento entre el agente y su acto, que hacen que el delito tenga un autor punible. Imputar (de imputare) es atribuir a otro una culpa, delito o acción. Para que un acto humano se pueda configurar como delito es necesario que el hecho comporte la violación de una norma positiva de la ley penal, presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus aspectos material y subjetivo. Existe imputación cuando la persona tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su acción u omisión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y conocimiento. La falta de uno de estos elementos remite al fenómeno jurídico de la inimputabilidad (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 32).

TESIS: “EL COMPONENTE SOCIO EDUCATIVO: ¿SANCIÓN U OFERTA SOCIAL?, PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARCOS, (2006)” AUTOR: LAVANDEROS SVEC, JORGE CONCLUYE:

“Para que exista culpabilidad en una conducta típica y antijurídica, cometida por un adolescente, se requiere la presencia de los tres elementos de ella (copulativos): la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud y la autodeterminación del adolescente. El imputable es el sujeto – adolescente que reúne las condiciones que el Derecho fija para que una persona deba responder de un hecho y por ende, sufrir una pena. La imputabilidad es

definida como la capacidad de conocer el injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento. Capacidad de comprensión y de querer. El adolescente debe poseer condiciones de madurez y conciencia moral para que así le sea atribuido como a su causa consciente y libre. La referencia valorativa de la imputabilidad es la motivabilidad normal del autor por la norma según la fase vital de desarrollo en que se encuentra. Sus características psíquicas y su estado de conciencia. De ello denota también la importancia de la aplicación de la sanción correcta, no solamente deteniéndonos si se trata de una sanción correcta, no solamente deteniéndonos si se trata de una sanción penal o de una oferta social. Están relacionados la conciencia y la acción; en cada caso concreto ello puede variar significativamente, pero si reúne lo necesario, el Estado habrá actuado responsablemente ya que se asegurará de que el culpable ha actuado con un grado de participación interna que permita que su acción sea reprochada por el derecho (Tejada Calderón, 2014, pág. 21)”

La imputabilidad es uno de los elementos de la culpabilidad dentro de la teoría del delito, relacionada directamente con la capacidad del sujeto que delinque para poder relacionar su actuar con la infringibilidad de la norma penal, el legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico penalmente normalmente es imputable. Pero eso no regula - al

contrario que en el caso de los adolescentes la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. Respecto de la responsabilidad de los adolescentes, es decir, de las personas que con el momento del hecho tenía entre 16 y 18 años de edad se tiene que considerar que un adolescente es jurídico penalmente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión (Roxin, 1997, pág. 848) “MIENTRAS EN LOS ADULTOS LA IMPUTABILIDAD SE PRESUPONE EN EL CASO NORMAL Y SOLO SE EXCLUYE EXCEPCIONALMENTE CONFORME AL ARTÍCULO 20 NÚMERAL 1 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE, EN CASO DE LOS ADOLESCENTES SE DEBE CONSTATAR LA IMPUTABILIDAD EN CADA CASO CONCRETO Y FUNDAMENTARSE ADEMÁS EN LA SENTENCIA”.

No obstante se estaría considerando dos niveles para los cuales se imputaría a un adolescente la responsabilidad penal es así que en el segundo nivel se encuadra en la capacidad de comprensión y de inhibición, mientras que en el primer nivel se reemplazan los estados de diagnósticos de conexión biológico – psicológicos por la falta de madurez moral y mental.

El primer nivel relacionados a la conexión biológico – psicológico en la cual los adolescentes especialmente los

varones son más violentos se relaciona con el carácter hormonal. Cerebralmente, la regulación de algunas hormonas como la testosterona y la cortisona entre otras están relacionadas con la agresión; los niveles de testosterona durante el embarazo son relativamente altos lo que permite organizar el cerebro. En el nacimiento esta hormona se disminuye, pero en la adolescencia se vuelve a incrementar drásticamente en los hombres, lo que explica su mayor agresividad pero, a medida que envejecemos vuelve a disminuir por lo que también hay un decremento en los comportamientos violentos (Hodenilson Darinel, 2015, pág. 57). Se debe considerar que en una de las funciones ejecutivas del cerebro donde se toman las decisiones, se desarrolla el lenguaje del idioma y se procesa la información, la depresión y los problemas de regulación emocional, a lo largo de la historia está comprobado que en la adolescencia parece ser la etapa de mayor vulnerabilidad para el desarrollo de las conductas antisociales ya que en esta etapa es donde se empiezan a dar los procesos formativos de la personalidad y ello aunado a la falta de carencia de valores impartida desde el núcleo familiar conllevaría a lo que manifestaba Sócrates en el siglo IV a.C, nuestros jóvenes parecen gozar del lujo, son mal educados y desprecian la autoridad. No tienen respeto a los adultos y pierden el tiempo yendo y viniendo de un lado para otro.

Se analiza el nivel dos que se encuadra en la capacidad de comprensión y de inhibición. La capacidad de comprensión está relacionada a si un adolescente puede ser plenamente responsable de una muerte, comprendiendo el injusto específico del perjuicio, según el artículo 20 inciso 2 del Código Penal vigente la inimputabilidad del menor de 18 años; sería posible que un adolescente sea excluido de la responsabilidad siempre y cuando fuere un débil mental aunque de esta manera solo exista una imputabilidad notablemente disminuida, pero desde un punto de vista puramente de culpabilidad ello es conceptualmente imposible, pero cobraría sentido si se distingue con la opinión entre culpabilidad y comprensión; entonces, se puede incluir la responsabilidad aun cuando en el adolescente exista una pequeña medida de culpabilidad, esta comprensión no sería entonces únicamente una causa de culpabilidad, sino en ocasiones también una causa de responsabilidad.

Si el sujeto menor de edad adolescente muestra una peligrosidad general comprendiendo las consecuencias de una actuación delictiva como lo es el quitar la vida, entonces es responsable penalmente y las consecuencias de las acciones realizadas deben tener una respuesta por parte del derecho penal y con ello El Estado peruano. Pues la comprensión esta entendida como la facultad de poder discernir entre valores tanto

positivos como negativos; esto es, la integración a nivel mental de hechos dañinos tanto para la propia persona como para la sociedad.

La inimputabilidad, más que una condición, es el juicio atribuible a la persona que habiendo perpetrado una acción delictiva, satisface las premisas contenidas de la normatividad penal. Inimputable es, al contrario del imputable, el sujeto que al ejecutar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de orientar su comportamiento de conformidad con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o circunstancias socio-culturales específicas. La presencia demostrada de una de estas situaciones le impide al sujeto percatarse de que está lesionando o poniendo en riesgo determinado bien jurídico típicamente tutelado, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica, a pesar de percibir la ilicitud de su conducta. Al respecto, Agudelo Betancur comenta: “y es que en esto consiste la inimputabilidad: no es la capacidad de comprender la realización del hecho, sino es la incapacidad de comprender la ilicitud o antijuridicidad de éste” (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 34)

Esta condición personal del agente le impide actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional, ya sea por carencia de conciencia plena de la antijuridicidad de su acción u omisión, o ya sea por inexistencia de libertad

para comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a una persona una conducta típica y antijurídica desde una de estas modalidades de culpabilidad, ni endosarle responsabilidad penal materialízale en la imposición de una medida punitiva ordinaria (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 34)

Las nociones de imputabilidad e inimputabilidad se han reconceptuado contemporáneamente para calificar la situación de índole subjetivo que corresponde al autor. Esta apreciación permite endosarle culpabilidad, desde un vínculo de dolo, culpa o preterintención, o sustraerlo de esa valoración cuando carece de esos condicionamientos subjetivos. Citando de nuevo a Gaitán Mahecha: imputable es el que es capaz de producir una acción dolosa o culposa de forma que le sea atribuible causalmente desde el punto de vista subjetivo, inimputable es el que carece de esa capacidad y así se convierte en autor de la acción, cuya valoración demanda un examen particular desde el punto de vista subjetivo (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 34)

Examinando este fenómeno a la luz de la teoría del delito, Fernández Carrasquilla acota lo siguiente: (...) el delito es una unidad objetiva – subjetiva, sometida a un doble juicio de valor legal. En primer lugar, un juicio de valor sobre el acto y, en segundo lugar, un juicio de valor sobre el autor. El juicio de valor sobre el acto conduce a

determinar si la conducta es o no antijurídica, y el juicio de valor sobre el autor a determinar si éste obró o no en forma reprochable, o como suele decirse, culpable (Gaviria Trespalcios, 2005, pág. 35)

Cuando se predica que un sujeto es inimputable, se está emitiendo un juicio de valor sobre el sujeto autor. Gaitán Mahecha observa: el inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad, la culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, y como juicio desvalorativo, de reproche personal, comprende la conciencia de la antijuridicidad del acto. La culpabilidad falta totalmente en los casos de inimputabilidad (Gaviria Trespalcios, 2005, pág. 35).

La obligación de la sociedad y del Estado en la adopción e implementación de políticas públicas, de carácter prioritario, en materia de educación, salud, deporte, cultura, esparcimiento, seguridad pública, justicia, trabajo, producción y consumo hacia el niño y adolescente. De forma complementaria, se establece la necesidad de que se adopten planes especiales sobre temas especiales enfocados hacia la infancia y adolescencia, tales como la trata de personas, programas de adopción, trabajo infantil, entre otros.

Un sistema de protección basado en la Constitución y la ley, y a través del cual no es el niño o el adolescente los

que se encuentran en una situación irregular, sino que son las instituciones, públicas o privadas, las que se encuentran en tal condición por no poder satisfacer las necesidades de aquellos (Resolución del Tribunal Constitucional, 2008).

2.3.1.9. Las medidas de seguridad.

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también medidas de seguridad y que esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas. A tenor de la discusión de las teorías penales se comprende asimismo por qué un Derecho penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad: la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad. Cuando por ejemplo un deficiente mental que solo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad justifica solo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en

un hospital psiquiátrico en atención de los fines de corrección y aseguramiento.

El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivo especial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, los acentos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivo especial no aparece de la misma forma en las medidas en particular (Roxin, Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 104).

Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino solo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena (Roxin, Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, 1997, pág. 105).

2.3.1.10. Teoría de los inimputables efectivos.

En la evolución que ha tenido la incursión de los adolescentes en el mundo delincriminal a lo largo de la historia; primero sirvieron como espías, luego fueron utilizados como soplones y

ahora conocidos como inimputables efectivos. Este término de inimputables efectivos radica en que los menores de edad por no ser alcanzados por la norma penal ejecutan atentados contra la vida sin ser penalmente sancionados, la ley no los castiga como a un adulto, es importante tocar ésta temática porque actualmente ha tenido relevancia en la sociedad peruana, la ola de criminalidad que azota el país se acrecienta cada día con más fulgor y son los adolescentes uno de los principales protagonistas del incremento de la criminalidad, enfocado directamente en los atentados contra la vida.

2.3.1.11. El régimen jurídico de la minoría de edad en el Derecho Civil.

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad va unida a la personalidad, de tal modo que todas las personas tienen capacidad jurídica. Pero no todas las personas pueden ejercitar esos derechos de la misma manera. Junto a la capacidad jurídica existe la capacidad de obrar, que determina la eficacia de los actos realizados por una persona y está vinculada a las condiciones que deben concurrir en ella para poder ejercitar tales derechos por sí misma. Pero la capacidad de obrar puede estar limitada en virtud de ciertas causas, entre las que destaca la minoría de edad. Los menores de edad no pueden realizar todos los actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse este defecto de capacidad de obrar mediante la patria potestad o la tutela; sin embargo, existen excepciones por las cuales, y una de las circunstancias que se debe tener en cuenta es si el menor está o no emancipado, la emancipación se

produce, además de por alcanzar la mayoría de edad, por el matrimonio del menor, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

Se debe tener en cuenta la capacidad y esta debe entenderse como la capacidad de discernimiento o de entender, que se reconoce con carácter general para el ámbito familiar y tutelar entre los doce y catorce años y que el ordenamiento civil reconoce expresamente.

Loablemente, Albaladejo condensa una esfera de capacidad al menor (bien porque de ella esté derogada la regla general de incapacidad o bien porque sea la esfera en que la regla general de su capacidad no sufre restricción) por lo que en los casos de faltas de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos es cosa que se ha de realizar no mecánicamente sino viendo, si a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido al menor (Montejo Rivero, 2012, pág. 26).

Desde lo anterior, puede considerarse al menor con capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere gradualmente. Linacero supone “el suficiente juicio o discernimiento a los 16 años; esta edad podría funcionar como dato objetivo para permitir al menor una cierta actividad patrimonial” en plena armonía con el sistema de gradaciones de la capacidad de obrar del menor de acuerdo a su edad.

2.3.1.12. La propuesta de la doctrina de la protección integral del menor en conflicto con la ley penal.

La finalidad de esta doctrina es brindar a los adolescentes una protección garantista, lo cual se encuentra fundamentado en su condición de sujeto de derecho y en la Convención sobre los Derechos del niño. Así, la doctrina de la protección integral logra crear una nueva categoría jurídica – la del adolescente que se encarga de reunificar los derechos humanos y tiene una finalidad restitutiva de derecho. Por otro lado, se concibe a la trilogía adolescente-familia-Estado y se incorporan como nuevos principios jurídicos al adolescente como sujeto de derechos.

En relación al adolescente en conflicto con la ley penal si bien es necesario brindarles una nueva oportunidad, debido a que los adolescentes se encuentran en una etapa de formación, en la que su personalidad atraviesa una serie de cambios tanto internos como externos; existen casos críticos e los que se requiere de una intervención más severa y proporcional por parte del Estado.

Por ejemplo, en el caso colombiano se ha cambiado el concepto de inimputabilidad por el de la titularidad de derechos y en contraprestación, una responsabilidad penal disminuida en comparación a los adultos; con los cual, se les otorga responsabilidad penal aunque dentro de una dimensión pedagógica, específica y diferenciada. Es por ello que en Colombia, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se basa en la protección y recuperación del adolescente y tiene como finalidad la protección y recuperación

del adolescente y tiene como finalidad la protección, educación y restauración. Al momento de aplicar sanciones que pueden ir desde amonestaciones hasta la privación de libertad se deben tener en cuenta criterios como la naturaleza y gravedad del delito cometido, la proporcionalidad y la edad del adolescente.

Con ello, lo que se busca es analizar la situación del adolescente, dependiendo del caso y establecer un tratamiento especial. De esta forma, lo que se demuestra es que desaparece la presunción del adolescente como inimputable y se analizará el caso en concreto según el delito cometido. También será fundamental comprender su actuación posterior para verificar si, efectivamente, el menor comprendía o no la ilicitud de los actos que lo llevaron a delinquir. Se debe otorgar mayores garantías, mayor intervención por parte del Estado y como última alternativa se debe aplicar la privación de libertad como excepción a la regla en aquellos delitos que atenten contra la vida y la libertad sexual (Arce Guzman , 2012, pág. 14).

Esta doctrina considera al adolescente como un sujeto de derechos y en consecuencia ha de respetarse los diferentes derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponden a esa persona en desarrollo, le reconoce también las libertades de todo ser humano.

La teoría de la protección integral reconoce al adolescente como sujeto de derechos con libertades y deberes que deben ser respetados y garantizados, abandonando con ello la concepción de los menores de edad como seres incapaces y como ciudadanos potenciales. Esta teoría nos brinda la noción de

capacidad evolutiva de los adolescentes, la cual supone que en esta etapa se les deberá reconocer el ejercicio progresivo de sus derechos y libertades. En suma de lo que se trata es de concebir a los adolescentes como verdaderos sujetos con facultades para tomar decisiones respecto de su propia vida, y asumir responsabilidades, con capacidad jurídica para autodeterminarse, actuar en el mundo del derecho y realizar actos jurídicos válidos.

En materia penal se considera infractor penal al adolescente y transgresor penal, al niño, para el primero habrá medidas socio-educativas, para el segundo medidas de protección.

Esta doctrina presenta algunos rasgos centrales tales como:

- Las nuevas leyes se proponen como un instrumento para el conjunto de la categoría infancia y no solo para aquellos en circunstancias prácticamente difíciles.
- Se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica.
- Se desvinculan situaciones de mayor riesgo, de patología de carácter individual, posibilitando que las deficiencias más agudas sean percibidas como omisiones de las políticas sociales básicas no más el niño o el adolescente que se encuentra en situación irregular, sino la persona o institución responsables por la acción u omisión.
- Se asegura jurídicamente el principio básico de igualdad ante la Ley. Así por ejemplo en el tratamiento de casos

de naturaleza penal, se sustituye el binomio impunidad – arbitrariedad por el de severidad – justicia.

- Se eliminan las internaciones no vinculadas a la comisión debidamente comprobada de delito o falta.
- Consideración de la infancia como sujetos plenos de derechos.
- Incorporación explícita de los principios básicos del derecho contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño.
- Tendencias a la eliminación de eufemismos falsamente tutelares, reconociéndose la internación o la “ubicación institucional” según consta en las reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, como una verdadera y formal privación de la libertad.

2.3.2. Teorías en el campo de la psicología.

2.3.2.1. Teoría Cognitivo – Evolutiva.

Jean Piaget refiere, la adolescencia es vista como un periodo en el que se producen importantes cambios en las capacidades cognitivas, y por tanto, en el pensamiento de los jóvenes, asociados a procesos de inserción en la sociedad adulta. Durante esta etapa los jóvenes acceden en un grado u otro a formas de razonamiento propias de los que se denomina pensamiento formal. Esta nueva capacidad cognitiva les capacita para el desarrollo de un pensamiento autónomo, crítico, que aplicará en su perspectiva sobre la sociedad y en la elaboración de proyectos de vida. Desde esta perspectiva la adolescencia se produce, pues, por una interacción entre

factores individuales y sociales (Adrián Serrano & Rangel Gascó, pág. 10).

El ser humano comienza desde los 12 años en adelante a formarse un sistema coherente de lógica formal, a partir de esta edad ya cuenta con las herramientas cognoscitivas que le permiten solucionar muchos tipos de problemas de lógica, comprender las relaciones conceptuales entre operaciones matemáticas, ordenar y clasificar los conjuntos de conocimiento. Durante la adolescencia las operaciones mentales que surgieron en las etapas previas se organizan en un sistema más complejo de lógica y de ideas abstractas.

La diferencia entre el pensamiento de un niño y de un adolescente radica en que los niños de primaria razonan lógicamente, pero solo en lo tocante a personas, lugares y cosas tangibles y concretas, en cambio, los adolescentes piensan en cosas con que nunca han tenido contacto, pueden generar ideas acerca de eventos que nunca ocurrieron (como sería Europa si Alemania hubiera ganado la segunda guerra mundial), y puede hacer predicciones sobre hechos hipotéticos o futuros, los adolescentes pueden discutir complejos problemas sociopolíticos que incluyan ideas abstractas como derechos humanos, igualdad y justicia. También pueden razonar sobre las relaciones y analogías proporcionales, resolver las ecuaciones algebraicas, realizar pruebas geométricas y analizar la validez intrínseca de un argumento. El adolescente cuenta ya con la capacidad de pensar de forma reflexiva y de forma abstracta

(Desarrollo del niño y del adolescente. Compendio para educadores, SEP, 2000, pág. 14).

2.3.2.2. Teoría humanista.

Las cualidades únicas de cada ser humano son el foco central de la teoría humanista. Al rechazar la idea de que nuestra conducta está determinada principalmente por procesos inconscientes, por el aprendizaje de nuestro ambiente o por el procesamiento cognitivo racional, esta teoría afirma que la persona posee la capacidad natural para tomar decisiones acerca de su vida y para controlar su conducta. Cada individuo tiene la capacidad y la motivación para alcanzar niveles más elevados de madurez, y por naturaleza, cada ser humano busca alcanzar su pleno potencial.

La terapia humanista enfatiza el “libre albedrío”, la capacidad de los seres humanos para hacer elección y tomar decisiones acerca de sus vidas, en lugar de confiar en estándares sociales.

2.3.2.3. Teoría del desarrollo psicológico del ser humano.

Período comprendido desde los 13 a los 19 años aproximadamente. Se manifiesta por la presencia de dos clases de síntomas: fisiológicos y psicológicos.

- a) Sistemas fisiológico: Desarrollo de la función sexual, cambio del timbre de voz, dureza de los huesos, crecimiento piloso, rápido crecimiento de la talla, maduración del sistema nervioso, gran actividad glandular, aumento de la capacidad pulmonar.
- b) Síndrome psicológico: Los más importantes son:
 - Ubicación del Yo en el mundo real.

- Preocupación por el futuro.
- Vida sentimental intensa.
- Conducta retraída.
- Distanciamiento y agresividad hacia el sexo opuesto como también ocultamiento de una atracción cada vez más honda y confusa.
- Susceptibilidad y amor propio exagerados.
- Necesidad de arquetipos. Estos pueden ser positivos o negativos.
- Conducta contradictoria e inestabilidad.
- Impulso de realización.
- Impulso a la independencia o emancipación de la realidad.
- Sentimientos de valor: justicia, verdad, etc.

Y el desarrollo de la adolescencia empieza con la primera pubertad acompañada en la sombra por los primeros intereses eróticos debidos ya a verdadera sexualidad, con evidentes reflejos en la psicología y la conducta; el psiquiatra SILVIO VENTURÍ insistía sobre el carácter normal de algunos de esos intereses (autoerotismo) en las primeras edades de la vida y también en el periodo de la pubertad y hasta en el que sigue inmediatamente. En este período (crisis de la pubertad en la adolescencia) han fijado particularmente su atención los psicólogos, los endocrinólogos y hasta los criminalistas, pues surgen entonces puntos de vista especiales; sin embargo, surge el pensamiento de saber si la mente criminal realmente ¡existe! Y si esta afirmación fuera cierta que modela esta mente que

luego, y frente a estímulos disparadores diversos se transforman en actos, en conductas y comportamientos delictivos.

El procedimiento que construye y ejecuta un acto criminal tiene, sin duda, sus columnas fundamentales en esos factores biológicos, sociológicos, psicológicos, antropológicos, filosófico - metafísicos, pero hay algo que hace falta para una mejor comprensión del acto criminal (Cáceres Velásquez, 2005, pág. 99).

Etimológicamente la adolescencia proviene del verbo latino “adolecere” que significa crecer; crecer hacia la madurez. Así pues la adolescencia es la etapa evolutiva de paso del niño en adulto, periodo de transición y cambio (Tomas, pág. 03).

La adolescencia, es un período de transición, una etapa del ciclo de crecimiento que marca el final de la niñez y preuncia la adultez, para muchos jóvenes la adolescencia es un período de incertidumbre e inclusive de desesperación; para otros, es una etapa de amistades internas, de aflojamiento de ligaduras con los padres, y de sueños acerca del futuro.

Muchos autores han caído en la tentación de describir esta edad con generalizaciones deslumbrantes, o al contrario, la califican como una etapa de amenazas y peligros, para descubrir, al analizar objetivamente todos los datos que las generalizaciones, de cualquier tipo que sean, no responden a la realidad. Si hay algo que podamos afirmar con toda certeza, podemos decir que, esta edad es igual de variable, y tal vez además de cualquier otra edad (Palacios de Muñoz, pág. 05).

La adolescencia es quizás la época más complicada en todo el ciclo de la vida humana. Los adolescentes son muy conscientes y están seguros de que todo el mundo los observa, entre tanto, su cuerpo continuamente los traicionan; sin embargo la adolescencia también ofrece nuevas oportunidades que los jóvenes abandonan de diferentes maneras. No sabemos porque la maduración comienza cuando lo hace, ni podemos explicar tampoco cuál es el mecanismo exacto en la que la desencadena, solo sabemos que a cierta edad determinada por factores biológicos esto ocurre. Todos estos factores ayudan de una manera u otra a crear responsabilidad en cada joven, lo que hace temprana o tardíamente que este obtenga una maduración intelectual que le hará abrir la memoria y pensar mejor las cosas antes de actuar.

Aunque el crecimiento y maduración sean un continuum, la adolescencia la podemos dividir en tres etapas: temprana (11-13 años), media (14-17 años) y tardía (17-21 años), durante las cuales el ser humano alcanza la maduración física, el pensamiento abstracto y establece su propia identidad (Casas Rivero & Gonzáles Fierro, 2005, págs. 21-22). Es importante recalcar que ninguna definición será lo suficientemente buena como para describir adecuadamente a cada adolescente, no son un grupo homogéneo y tienen una gran variabilidad en su maduración. Además, los distintos aspectos biológicos, intelectuales, emocionales o sociales pueden no llevar al mismo ritmo madurativo y pueden ocurrir retrocesos, sobre todo en momentos de estrés y de tomar con seriedad las conductas que

acarrear responsabilidades sociales. Sin embargo esto no significa que no sepan lo que están haciendo o que se encuentren en un estado mental de abstracción que no les permita darse cuenta de las consecuencias de sus actuaciones, a partir de investigaciones sociales se puede conocer que cuando los adolescentes son abandonados por sus padres y delegada la crianza y socialización a otros cuidadores como los abuelos, surge un sentimiento de inseguridad y de tensión que queda en el plano de lo inconsciente y tiene consecuencias en las futuras relaciones esta afirmación es acreditada con la teoría de la estructuración de Anthony Giddens que nos habla de la seguridad ontológica entendida como un sentimiento de confianza; que proviene en lo sustancial de rutinas predecibles y de cuidado instituidas por figuras parentales (Hodenilson Darinel, 2015, pág. 44). Si estas rutinas se quebrantan por cualquier razón los aspectos cimentados de la personalidad pueden alterarse, llegando a un aspecto de conductas antisociales y para refrenar el sentimiento de no aceptación y rencor social aunando el ambiente socio cultural en el que el adolescente se desarrolla la personalidad del adolescente toma la visión del mundo desde una perspectiva lesiva cambiando el parámetro de comportamiento; sin embargo, el aspecto psicológico del mismo para los actos delictivos que atentan contra la vida son claros supuesto que la personalidad no ha sido formada adecuadamente y más aún se encuentra en estado de manifestaciones opuestas a la realidad social, pero ello no impide una valoración y distinción entre lo bueno y lo

malo, entre lo adecuado y lo inadecuado entre las acciones que son benéficas y acciones dañinas puesto que el problema no se encuentra en la parte psicológica de los adolescentes sino en la personalidad que se halla atrapada por parámetros de violencia, aunado a ello los adolescentes que cometen atentando contra la vida, el nivel de agresividad, es proporcional al grado de violencia y maltrato que sufrieron en la infancia; los que fueron más maltratados física y psicológicamente por parte de los padres o los primeros cuidadores, no generarían un control sobre sus impulsos y sus deseos violentos, estos adolescentes tienden más a tener reacciones inmediatas de violencia, son impulsivos y agresivos, no reflexionan sobre las consecuencias de sus acciones, ello lleva a que los agentes socializados en ambientes de violencia, incorporan en la conciencia práctica el homicidio como algo natural, para ello es normal ver matar y matar por tal razón, de estos ambientes inseguros surge una inseguridad ontológica, que los predispone a armarse, siente una necesidad a aprender a defenderse mediante la fuerza y la violencia.

En consecuencia las conductas jurídico penalmente reprochables por el ordenamiento jurídico cometida por los adolescentes no tiene ninguna relación con la parte psicológica de los mismo, puesto que los adolescentes menores de edad realizan sus acciones con un sentimiento de venganza hacia una sociedad que para ellos les ha dado la espalda y que durante un periodo de tiempo han sido adoctrinados para atentar contra la vida el cuerpo y la salud sin llevar con ello a una

disminución de sus facultades biológicas – psicológicas para el desarrollo de la criminalidad, son seres humanos consciente desde su perspectiva de los daños que causan al cometer un asesinato, desde esta perspectiva el Estado a través del Derecho Penal debe intervenir, ahora la manera en la que debe hacerlo de forma sancionadora o de otra forma es cuestión de perspectiva de un beneficio social y de resultados para la batalla que se libra contra la criminalidad.

2.4. Marco conceptual

2.4.1. La imputabilidad

Es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Para Castellanos Tena, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad. Es decir, para que un sujeto sea culpable, antes debe ser imputable, y solo puede ser imputable, quien tiene la capacidad de entender y de querer. (Aptitud o capacidad frente al Derecho Penal). Constituye “el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo”.

Por tanto, si una persona es imputable, es penalmente responsable, es decir, se encuentra en una situación jurídica de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

2.4.1.1. Elementos.

- a) De tipo físico.
 - Salud.
 - Edad.

- b) De tipo psicológico.
 - Desarrollo mental.
 - Consciencia y situación emocional

2.4.1.2. Evolución de la responsabilidad.

a) Escuela clásica.

Su base fue el libre albedrío. (discernimiento y conciencia de sus actos para elegir entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu: responsabilidad moral)

b) Positivismo.

Negó el libre albedrío y enarboló el determinismo de la conducta. La responsabilidad depende de una diversidad de factores, no solo internos sino también externos, y la responsabilidad ya no es moral, sino social por el hecho de vivir en sociedad.

c) Acciones liberae in causa

Actualmente se acepta una postura ecléctica, libre en su causa, se refiere a los actos ilícitos ejecutados bajo el influjo de un estado de inconciencia absoluta o relativa. Son imputables, si el autor intencional o imprudentemente se procuró el ubicarse en ese estado.

2.4.1.3. Elementos negativos de la imputabilidad

Se puede definir como el conjunto de causas que pueden anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Causas de inimputabilidad:

A. Trastorno mental.

Trastorno transitorio o permanente de las facultades psíquicas. El sujeto debió encontrarse en ese estado al momento de la comisión del hecho.

Debe ser tal magnitud que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión.

B. Sordomudez y ceguera.

Si es de nacimiento, la Psicología, afirma que no tendrá un desarrollo pleno de la inteligencia ni la capacidad de conocer, de allí siendo normales se los trata como si fueran oligofrénicos.

Estos inimputables, aun cuando no son sujetos de sanción penal, si lo son de medidas de tratamiento o seguridad en las instituciones adecuadas, salvo que el trastorno mental hubiese sido transitorio y no se juzgue necesaria tal medida. De imponerse, no podrán exceder del tiempo máximo fijado como pena en la ley, en caso de no ser suficiente el tiempo de tratamiento deberá ponerse a disposición de la autoridad sanitaria o la responsabilidad de sus representantes legales o legítimos.

C. La inconsciencia o situaciones ajenas a los patológicos.

La inconsciencia es una perturbación temporal ajena a lo patológico y carente de base somática. Estas perturbaciones se muestran en situaciones, para que sean eximentes, que deben estar en el momento del acto

o sea, anular totalmente el conocimiento y la voluntad del autor en ese momento

D. Miedo grave.

Se sustenta en la afectación y perturbación de las facultades de juicio y decisión del agente por la que no puede optar por otro medio practicable y menos perjudicial. Obedece a procesos causales psicológicos. Y no debe confundirse con el temor fundado (inculpabilidad), que es un proceso material y consiente en torno de una situación de riesgo o de peligro.

E. Lo regulado en el Código Penal artículo 20°. Son causas de inimputabilidad: los menores de 18 años.

2.4.2. La infracción penal.

Se puede hablar en nuestro país de infracción de la ley penal, cuando un adolescente atenta contra el sistema jurídico penal; puesto que nuestro sistema jurídico lo define al adolescente como como un infractor del sistema jurídico, esta idea no es tan acertada al momento de cotejar el sistema jurídico con la realidad, cabe mencionar que los hechos cometidos por los adolescentes van más allá de meras infracciones al ordenamiento jurídico, ya que en el sistema jurídico penal los hechos cometidos por los adolescentes sería tipificados como un delito al igual que los casos cometido por un mayor de edad; en el asunto del menor de edad, éste se encuentra sujeto a una inimputabilidad que lo protege, que le permite ser inmune al sistema penal, el Código de los Niños y Adolescentes ha recogido el término “medida de seguridad” del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil (Ley 8069, 1990); sin embargo; no encontramos en ningún cuerpo normativo latinoamericano una

definición de medida de seguridad, es más, no existe uniformidad con respecto a su nomenclatura. El código de menor de Colombia las llama “medias de rehabilitación” o simplemente “medidas” en su artículo 195. Asimismo se llaman “medidas” en el Código de la Niñez y la Juventud de Guatemala en el Código de la Niñez y Adolescencia de Honduras, “medidas socioeducativas” en el Código del Niño, niña y el adolescente de Bolivia, en la República Dominicana (Tejada Calderón, 2014, pág. 74), por esta razón la Ley N° 27337 Código de los Niños y Adolescentes, no define con exactitud las medidas de seguridad, solamente establece que se tiene por objeto la educación del adolescente en su artículo 229° y se tiene que tener en cuenta en su aplicación la capacidad del adolescente para cumplir con el (art. 230°).

La infracción, debe estar enfocada a hechos delictivos no graves o de bagatela, por la cual merezca ser llamado infracción pues no tendría el nivel de impacto sociedad de vulnerabilidad, tal como la tiene el bien jurídico vida. En la doctrina de la situación irregular, sí se encuentra un concepto de medida de seguridad. Según Luis Mendizabal Oses “son aquellas en las que la finalidad esencial no es la de penar ni la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente al adolescente contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento y contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida (Tejada Calderón, 2014, pág. 74). Es así que la infracción a la que hace mención el

sistema jurídico se la pueda entender siempre y cuando se encuentre dentro de los parámetros por las que todo adolescente por el hecho de serlo, padece, sufre, debe de sufrir alguna inadaptación. Se produce en su vida un cierto desequilibrio que ha de superar para encontrar ese proceso de interiorización y de integración social que le conducirá a su maduración personal (Gómez Mendoza, 2013, pág. 20), durante este proceso de integración por la que pasa el adolescente, en la exteriorización de sus actos puede llegar a cometer infracciones contra el sistema jurídico penal; sin embargo, ello conllevaría por ejemplo a ocultar un delito de homicidio en primer grado, la respuesta es evidente, un accionar de tal magnitud no se podría catalogar como una infracción puesto que la consecuencia de tal accionar conllevaría a defender el accionar delictivo que tendría un adolescente.

Estas perspectivas doctrinarias tienen su sustento en la protección de los derechos del niño y del adolescente es una preocupación constante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, ha sido plasmada en diferentes instrumentos internacionales, los cuales reconocen que todos los niños y adolescentes, en su calidad de seres humanos, tienen todos los derechos, libertades y garantías que se encuentran consagrados en los mismos, sin discriminación de ninguna clase. Asimismo, establecen la obligación de brindar una protección específica a favor de la infancia la señalar que todos los niños y adolescentes tienen derechos a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Que el concepto de protección comprende no solo las acciones para evitar cualquier perjuicio sobre el desarrollo del niño y del adolescente,

sino también la adopción de medidas que permitan su crecimiento como personas y ciudadanos. De esta forma, en materia de infancia se debe entender por protección “le conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y la consolidación de las circunstancias mínimas para la construcción de sus personalidad, a partir del conocimiento del otro y de la necesidad de alcanzar la realización propia”.

Que la concepción del niño y del adolescente como persona sujeto de derechos es un postulado que fue enunciado por primera vez en la Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Niño de 1959, siendo posteriormente consolidado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado ha llevado a un proceso de cambio estructural en el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, cuyas disposiciones han sido implementadas de forma progresiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados, incluyendo el Perú (Resolución del Tribunal Constitucional, 2008).

No se debe ignorar la realidad del país en la cual la delincuencia juvenil se ha convertido en un creciente problema de inseguridad ciudadana. Se tiene la obligación de enfatizar que ningún sistema de responsabilidad penal juvenil solucionará esta situación sin el desarrollo de políticas de prevención que logre socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y con su comunidad.

La aplicación de la justicia juvenil debe verse como el último elemento de una política integral en materia de infancia y adolescencia. La

ratificación de tratados internacionales y la adopción de leyes especiales, como el Código de los Niños y Adolescentes, es un importante paso que el Tribunal no puede desconocer, pero esto es aún insuficiente. Si el Estado, con el apoyo de la sociedad civil y del sector privado a través de destina recursos en materia de salud, educación, alimentación, vivienda e infraestructura, los índices de criminalidad juvenil y la inequidad en nuestro país tenderán a aumentar (Resolución del Tribunal Constitucional, 2008).

2.4.3. La capacidad progresiva del adolescente.

Asciende la capacidad progresiva del adolescente como tendencia del Derecho de Familia contemporáneo, encaminada al reconocimiento de autonomía y participación al menor. Encuentra éste su punto de partida en el concepto de evolución de las facultades, desde la mira de autorrealización personal del menor, varios autores señalan la compatibilidad del concepto de competencia, proveniente de la bioética con el ejercicio de los derechos personalísimos del adolescente (Montejo Rivero, 2012, pág. 29). La consideración del adolescente en este sentido se tiene que ver como una ampliación en el ejercicio de los derechos fundamentales hacia un régimen más dinámico y reflexible de capacidad de obrar del adolescente que tributa a la postre a una efectiva realización de sus derechos. A cuyos efectos, debe delinearse dicha capacidad; sin embargo, “no es plena, sino limitada; pero no por ser incapaz, sino en función de su propio desarrollo, de acuerdo con la capacidad de entendimiento”.

La referida capacidad de entendimiento viene a coincidir con la capacidad natural, definida por Albaladejo como “aquellas condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente”, de trascendencia en el

tema que nos ocupa y en lo relativo al menor como sujeto del Derecho de daños. De esta manera nuevos parámetros fijarían su responsabilidad civil en la actualidad, en dicho ámbito se distinguen dos situaciones: el menor imputable, o inimputable en consonancia a la aptitud cognoscitiva suficiente del adolescente para comprender la acción y prever sus posibles repercusiones, nada limitaría a la víctima accionar directamente contra un adolescente capaz de entender y de querer (Montejo Rivero, 2012, pág. 29), lo cual hace pensar que en la medida que el niño crece y es poseedor de un pensamiento abstracto adquiere discernimiento para emitir su opinión en los asuntos que le afecten. Premisa esencial en la doctrina de protección integral, la participación del adolescente y el reconocimiento del adolescente como sujeto de derechos.

El ser humano se encuentra inmerso en un conflicto interno, y con ello las formas de ver la vida cambia, el respeto por los derechos de los demás se ha perdido, el significado de existencia ya no existe. Los factores por los cuales el hombre puede convertirse en un ser peligroso son muchos, la peligrosidad es un factor que se adquiere a través del tiempo (tanto físico como no físico). ¿Puede el ser humano nacer con la maldad interna?, ¿puede nacer el delincuente nato?, así como prescribe Lombroso, esta teoría ha queda desfasada con el avance de la criminología y las ciencias penales, sin embargo, como explicamos la peligrosidad del adolescente menor, sujetos que desde muy corta edad se dedican a delinquir, a atentar contra sus semejantes con el único fin de conseguir dinero y prestigio, y de esa manera sobrevivir en la sociedad.

La peligrosidad en los adolescentes menores llega a índices alarmantes, cada vez que un sujeto adolescente menor de edad delinque, es una incógnita para El Estado, los adolescentes menores de edad, tiene encorralado a El Estado, no se puede actuar con el Derecho Penal, pues la culpabilidad de estos sujetos se reduce, el artículo 20°, inciso 2, los ampara.

El diccionario de la Lengua Española dice que peligrosidad contiene la calidad de peligroso. Peligroso deriva del latín periculosus, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Los términos peligroso y peligrosidad se aplican a diferentes aspectos del conocimiento humano; tanto a situaciones como a cosas, así como también a los animales y al ser humano mismo.

En cualquiera de estos ámbitos la idea de peligro es el riesgo de daño, una situación es peligrosa cuando implica riesgo de ocasionar daño, un ejemplo de situaciones peligrosas son la serie de futuros acontecimientos perjudiciales que tratan de prevenir las llamadas funciones de seguridad.

El concepto peligrosidad aplicado al delincuente observa dos situaciones:

Uno la existencia de ciertos individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlo (peligrosidad social) y dos la de quien siendo delincuente puede volver a violar la ley penal (peligrosidad criminal).

Los atentados contra el bien jurídico vida por parte de los adolescentes menores de edad, se ha ido incrementando en la última década, ellos se han convertido en sicarios, quitando la vida por dinero, por venganza

y por placer, según Valtueña una de las profesiones más demandadas en Latinoamérica es la del sicario. En El Salvador, Guatemala, Honduras y México el sicariato recluta a innumerables jóvenes, incluso menores de edad, que son seducidos por la facilidad de ganar dinero, respeto y temor (Hodenilson Darinel, 2015, pág. 22). En un proceso de formación asesina, los jóvenes provenientes de los estratos menos favorecidos de la sociedad comienzan matando perros y animales de compañía para soltar los nervios. Para graduarse, los sicarios han de asesinar a una persona en una situación que implique riesgo.

Una vez ha dado muerte a su objetivo, el asesino debe asistir al entierro de la víctima para demostrar que nadie lo miró cometiendo el crimen. Cumplida la prueba, el sujeto se convierte en sicario profesional. Durante 2009 se produjeron cerca de 21.000 asesinatos a manos de sicarios en América Latina. Ajustes de cuentas, narcotráfico, tráfico de inmigrantes son las empresas a las que los servicios especializados del terror ofrecen sus pistolas, nervios y vidas (Hodenilson Darinel, 2015, pág. 23). Sin embargo en el Perú el sicariato no es profesional, y con ello la edad promedio de los sicarios no suele pasar de los 20 años.

El origen de los adolescentes que asesinan por dinero ocurre gracias al crimen organizado. Según los analistas de seguridad, lo atribuyen a la terminación del arreglo implícito existente principalmente entre los traficantes de drogas y los gobiernos locales y estatales, así es como se originan los adolescentes que asesinan, quienes son los encargados de matar a suelo, o por órdenes; lo hacen porque se les hace común por el ambiente en el que se desenvuelven.

2.4.4. El delincuente menor de edad.

¿Qué es un delincuente menor de edad?

Esta pregunta preocupa a muchas personas; buscan una contestación, y con frecuencia encuentran una respuesta cruel o airada. No deja de estar cargada de elementos emotivos y en muchos casos parece existir el sentimiento de que el delincuente menor de edad se comporta así con el propósito de molestar, cuando no de amenazar, a las personas más decentes y educadas (C. Kvaraceus 1964, 13). Esto con la intención de querer hacer notar su presencia en la sociedad, pero cada vez existe un número mayor de adultos que experimentan la necesidad urgente de averiguar la verdad en cuanto al ser humano joven marcado. Ahora bien, la delincuencia de menores no es un fenómeno nuevo, en el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, recomendó: “sin tratar de formular una definición modelo de los que se debe entender por delincuencia de menores en cada país, recomienda, a) que el significado de la frase delincuencia de menores se limite lo más posible a las transgresiones del derecho penal, y b) que no se creen, ni siquiera con el fin de protección, nuevas formas legales de delito que castiguen las pequeñas irregularidades o manifestaciones de inadaptación de los menores, pero por las que no se procesaría a los adultos” (C. Kvaraceus 1964, 15).

El delincuente menor de edad, es aquella persona que al no haber alcanzado la mayoría de edad se dedica a desplegar conductas que son tipificadas como delitos. También puede señalarse que la delincuencia de menores no es en modo alguno una cosa peculiar de nuestra generación. Y puestos a la defensiva, mucho pueden decir que no es patrimonio exclusivo de un país o una cultura.

En casi todas las ciudades del mundo afectadas por el problema, una de las manifestaciones más visibles de la delincuencia de menores es la banda de adolescentes que constituye un fenómeno social de la vida moderna. Pese a las notables diferencias nacionales, las bandas de muchachos de trece a diecinueve años son grupos, que no tienen finalidades concretas.

Téngase en cuenta que el artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 señala que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Martín López 2001, 15)”.

Una pregunta que siempre merece un poco de reflexión, al hilo de lo que estamos discutiendo es: ¿por qué resulta tan arduo lograr que cambie un delincuente juvenil? Para contestar esa pregunta, bueno será que valoremos lo que depara el comportamiento habitual de un menor delincuente en primer lugar, para luego profundizar más en lo que significa la carrera delictiva de la mayoría de los jóvenes delincuentes (Vicente Garrido y Redondo Illescas s.f., 147). El menor tiene unas conductas aprendidas, en buena medida antisociales, que le proporcionan una serie de beneficios, similares a los que reporta la sociedad si se cumplen sus exigencias, pero por la vía de la delincuencia: dinero, prestigio dentro de su grupo, poder, excitación, cierto respeto, autoestima, etc. Pero tampoco debemos olvidar que actuando de modo antisocial evita determinadas conductas y situaciones que le pueden parecer amenazantes, como ser responsables, trabajar, someterse a normas, comprometerse en

proyectos, ofrecer una personalidad débil, etc. (Vicente Garrido y Redondo Illescas s.f., 147).

2.4.5. El fuero tutelar del menor y el fuero tutelar ordinario

Se sabe que el proceso penal es un instrumento susceptible de usos degradados y degradantes. La experiencia al respecto es clara. Tan clara como la que existe sobre las formas de control panóptico, violento y destructivo, administrado sub especie de educación y de tutela (Martín López 2001, 15). Pero es igualmente obvio que tanto los recursos del derecho penal como los educativos pueden ser correctamente utilizados, conforme a los principios de la disciplina constitucional en materia de garantías. Y lo es también que no hay ninguna incompatibilidad de principio entre proceso penal garantista y proyecto educativo para el menor en concreto. Ciertas formas de desarrollo práctico del proceso penal están, efectivamente, contraindicadas para los menores pero, si bien se mira, eso ocurre por las mismas razones que lo están también para los mayores (Martín López 2001, 15).

El derecho penal democrático, como se ha mencionado, opera en una doble vertiente: busca dar respuesta con racionalidad y equilibrio a la violencia criminal; y, al hacerlo, intenta evitar las relaciones informales. Graduar, pues, la violencia representa por los delitos y la representada por las penas (Martín López 2001, 15).

De acuerdo al autor nacional Castillo Ríos, el fuero tutelar o de menor se diferencia del fuero común u ordinario por (Alarcón Canto 1999, 07):

- El fuero común se preocupa de la seguridad social y sus fallas se refieren a la (privación de la libertad).
- El fuero común se instruye, juzgado y sentencia.

(El fuero tutelar se estudia, orienta y protege al menor)

- El fuero común se ocupa de la investigación del delito.
(El fuero tutelar se ocupa del menor en sí mismo)
- El fuero tutelar no constituye un proceso, (es absolutamente informal)
- En el fuero común se analiza el acto antisocial, en el fuero tutelar se estudia la personalidad del menor.
- En el fuero común la sanción es la pena en el fuero tutelar la consecuencia jurídica es la medida protectora o educativa.

2.4.6. Bien jurídico protegido.

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado, en consecuencia se puede decir: los ***bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre las bases de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*** (Roxin 1997, 56).

El bien jurídico que es la vida humana se concreta en la existencia de todo hombre, y por ende es el objeto de la acción del homicidio, asesinato y parricidio; por ende se abarca por la protección toda formación humana, recordamos en este punto la afirmación de Liszt: "Todo lo parido por la mujer hay que considerarlo, a partir del parto como humano" (Donna, pág. 15). Se ha dicho bien que la vida humana

es un proceso dinámico, y por ende no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de cuándo comienza la vida humana.

2.4.7. Una orientación político criminal.

La posición eminentemente humanista que caracteriza el texto punitivo supone colocar, en un primer rango de valoración, a aquellos injustos que atentan contra la vida humana; en el sentido de la vitalidad elemental del ser humano, el soporte material es espiritual del hombre, plataforma esencial para constituirse en portador del resto de bienes jurídicos. Hoy en día, la orientación político – criminal incide de forma decidida a otorgar una mayor protección a la vida humana, la cual ha de comprenderla en su diversas manifestaciones (Cabrera Freyre, 2013, pág. 11).

La definición más antigua establece y es la de JULIUS CLARUS el homicidio es la muerte de un hombre ocasionado por otro hombre, pero dicha diferencia se amplía en relación a lo que se puede expresar. CARMIGNANI concibió la siguiente definición considerada hoy como la fórmula clásica al respecto: homicidium est hominis caedes ab homine iniusta patrata, homicidio es la muerte de un hombre realizada injustamente por otro hombre. A la definición presentada fue acogida por CARRARA.

Los delitos contra la vida se encuentran regulados en el Título Primero del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, por lo que cabe las siguientes precisiones: primero, el tipo base se encuentra previsto en el artículo 106°, que importa la modalidad simple del homicidio, cuya realización típica viene determinada por la acción de matar que ejecuta el autor, eliminando al sujeto pasivo del delito, cuando cesan irreversiblemente sus funciones cerebrales, esto desde

un aspecto objetivo, y, desde un aspecto subjetivo, el dolo directo y/o dolo eventual, quiere decir, que el autor debe dirigir su conducta, conociendo de forma virtual el riesgo que concreto que esta entraña para la vida de la víctima, y que finalmente se concretiza en el resultado lesivo, no es necesario la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, el denominado “animus necandi”, que parte de una consideración subjetiva del injusto, ajeno al principio de legalidad material (Cabrera Freyre, 2013, pág. 13).

2.4.8. La impunidad.

El los delitos que son cometidos por menores de edad que comprenden sus edades entre los 16 y 18 años, tiene una marca de impunidad, generando la creación de más delitos, se refleja en la realidad que a mayor impunidad mayor frecuencia del delito; la impunidad causa una marcada resistencia social y una conciencia de retaliación.

La ausencia de procesos de socialización que controlen los instintos, en este sentido, se evidencian los elementos objetivos y subjetivos de la estructura; el aspecto objetivo se manifiesta cuando los organismos del Estado no están ahí para controlar los enfrentamientos, o cuando no están presentes mediante las escuelas, el deporte, la recreación y las opciones de capacitación para el trabajo (Hodenilson Darinel, 2015, pág. 72). Al darse estas condiciones, el camino es un estado de anomia generalizado y las condiciones para la respuesta del grupo social son el castigo, mientras que el castigo otorgado por el Estado, en el caso de los menores generalmente es leve. De esta forma, la justicia penal y social es defectuosa y lleva a los inocentes a involucrarse con el delito, y llegando pos supuesto a matar. Estas condiciones favorecen a la producción y reproducción de la violencia y del incremento de

adolescentes que se suman a las filas de la delincuencia llegando a caer en el sicariato y por lo general, los adolescentes menores de edad que delinquen se tiene a la fecha la concepción que son inimputables por el hecho de considerar su incapacidad, lo cual no viene a ser tan acertada puesto que, los adolescentes tiene capacidad de discernimiento, de consideración y de razonamiento que le permiten tener una respuesta ante situaciones diversas, esto es ante ilícitos penales y ante conductas antijurídicas.

2.5. Definición de términos básicos.

El fundamento jurídico, está relacionado en forma directa, con las teorías, las normas, los principios que en el campo del derecho se hace uso para argumentar de forma sistemática y lógica una posición, es por esa razón, que el fundamento jurídico, es el resultado de la aplicación de la criteriología al campo del derecho, puesto que, en un principio se mantiene un criterio determinado de una problemática, para luego aplicar la criteriología siendo esta la ciencia que estudia al criterio y hace uso de otras disciplinas para alcanzar un resultado sistemático y lógico.

La sanción penal, es la aplicación de una norma de carácter penal a la conducta desplegada, habiendo pasado para ello los filtros de la teoría del delito, esto es la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad.

La capacidad de motivación, se refiere a la comprensión del ser humano de sus acciones pero en relación a su desarrollo psicológico, es por esa razón que la capacidad de motivación se encuentra directamente relacionada con el discernimiento o la forma de comprender y entender las conductas que se gestan en la parte interna (psiquis) y se exteriorizan en el mundo físico.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

El principal fundamento jurídico que determine la aplicación de una sanción penal a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad es: *la capacidad de motivación frente a la norma penal.*

La forma más factible de decir que ha quedado demostrada la hipótesis planteada sería asumir aquella teoría por la cual se establece la existencia de la capacidad de motivarse por la norma penal que tiene el adolescente comprendido entre 16 y 18 años de edad al momento de atentar contra el sistema jurídico penal, vulnerando los bienes jurídicos establecidos por un Estado democrático de derecho, pues respondería ésta a la función dogmática de la culpabilidad (uno de los elementos de la teoría del delito). Más la demostración de nuestra hipótesis no pasa simplemente por esa solución; hay que buscarla sin que, a priori, se niegue a la condición objetiva de la culpabilidad su existencia en el plano de la dogmática penal, y el ordenamiento jurídico en su conjunto es así que se debe asumir, junto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los principios básicos del derecho penal y a la vez la teoría cognoscitiva y humanista que son necesarias para contrastar la hipótesis.

Si partimos del hecho que la capacidad de discernimiento que tiene el adolescente comprendido entre los 16 y 18 años de edad, se ve mermada por su edad biológica, en este sentido habría una desconexión con la parte psíquica, es decir, que las circunstancias consideradas como hechos delictivos (para nuestro caso la posibilidad de dejar impune hechos delictivos) no se encontrarían abarcadas por el conocimiento del sujeto agente (el adolescente comprendido entre 16 y 18 años) o la actuación culpable de éste, y teniendo en cuenta que el aspecto psicológico juega un rol importante para poder determinar la inimputabilidad del sujeto, que el Código Penal lo regula en el artículo 20º inciso 2 al prescribir: Está exento de responsabilidad penal:

(...) el menor de 18 años; la posibilidad de que un adolescente de 16 y 18 años de edad ejecute un atentado criminal contra los bienes jurídicos legalmente tutelados y que su actuación quede impune por el hecho que al momento de cometer el ilícito penal no tiene la capacidad de motivarse con la norma penal es cada vez más alto.

Es por esta razón que empezaremos por analizar el desarrollo humano y deslumbrar el momento en el cual el ser humano tiene capacidad para discernir y poder actuar de acuerdo a su voluntad, es así, que tomaremos como referencia los estudios del epistemólogo, psicólogo y biólogo suizo, Jean Piaget, considerado como el padre de la epistemología genética, famoso por sus aportes al estudio de la infancia y por su teoría constructivista del desarrollo de la inteligencia; manifiesta Jean Piaget que durante la etapa de la adolescencia que comienza a los 12 años de edad el ser humano accede en un grado u otro a formas de razonamiento propias de lo que él denomina pensamiento formal, esta forma de verse la adolescencia se produce por una interacción entre factores individuales y sociales, Jean Piaget llega a la conclusión que desde los 12 años en adelante el ser humano forma un sistema coherente de lógica formal, lo que lleva a un desarrollo de la comprensión de las relaciones conceptuales, llegado a este punto se hace una clara diferenciación entre el pensamiento de un niño y de un adolescente, esto radica en que los niños de primaria razonan lógicamente, pero solo en lo tocante a personas, lugares y cosas tangibles y concretas, en cambio, los adolescentes piensan en cosas con que nunca han tenido contacto, pueden generar ideas de eventos que nunca ocurrieron³, se deja notar que desde la etapa de la adolescencia el ser humano cuenta con la capacidad de pensar de forma reflexiva y de forma abstracta, se debe tener presente que aunque el desarrollo, crecimiento y maduración sean un continuum, la adolescencia la podemos dividir en tres etapas: temprana, media y tardía, durante la cual el ser humano alcanzaría la maduración física, el pensamiento abstracto y estableciendo su propia

³ Marco teórico

identidad en los cuales el adolescente puede sufrir retrocesos en su desarrollo sobre todo en momentos de estrés y no toma muchas veces con seriedad las conductas que acarrearán responsabilidades sociales; sin embargo, esto no significa que no sepan lo que están haciendo o que se encuentren en un estado mental de abstracción que no les permita darse cuenta de las consecuencias de sus actuaciones. Se considera que el adolescente tiene la capacidad y la motivación para alcanzar niveles más elevados de madurez y por naturaleza, busca alcanzar el pleno potencial.

Es necesario comprender que el adolescente entre 16 y 18 años de edad cuenta con la capacidad necesaria para poder discernir entre las circunstancias que suceden a su alrededor y en tal sentido tienen la suficiente razonabilidad y a la vez capacidad de poder entender la norma penal y de esa manera motivarse con la misma, ésta motivación se la puede descifrar de lo que en doctrina se conoce como la teoría de la protección integral en la cual se nos brinda la noción de la capacidad evolutiva de los adolescentes, lo que supone que llegado a esta etapa se les deberá a los adolescentes reconocer el ejercicio progresivo de sus derechos y libertades y de lo que se trata es de concebir a los adolescentes como verdaderos sujetos con facultades para tomar decisiones respecto de su propia vida, y auto-determinarse, actuar dentro del mundo del derecho y realizar actos jurídicos válidos.

En esta perspectiva parecería que somos muy duros al momento de querer sancionar a un adolescente que tendría entre 16 y 18 años; entonces, salta a la vista los hechos contundentes que el ordenamiento jurídico tiene como parámetros al momento de conceder derechos y obligaciones a los adolescentes, atendiendo a estos derechos y deberes se sustentó que el adolescente tiene la capacidad de decisión por voluntad propia al momento de tener relaciones sexuales y en tal sentido se aprobó que la libertad sexual debe ser considerada a partir de los 14 años, el mismo ordenamiento jurídico deja de manifiesto la capacidad del adolescente al momento de decidir; que ocurre entonces cuando el adolescente asesina a sangre fría sin el más mínimo de los

remordimientos, qué ocurre entonces con los actos criminales que comete el adolescente, por qué considerarlos inimputables en los caso de comisión de hechos delictivos, refiriéndonos a que la norma jurídico - penal no puede sancionarlos cuando despliegan conductas antijurídicas; en este punto, todo el ordenamiento jurídico se contradice y va en contra del principio de unidad del ordenamiento jurídico, pues por una parte otorga derecho y obligaciones al adolescente y lo declara con capacidad absoluta y libre iniciativa al momento de tener relaciones sexuales, pero para los delitos que éste comete lo declara inimputable.

Pero cuál sería el fin último de una sanción penal, con una pena privativa de la libertad, pues la respuesta saldría a la luz, y, una de ellas es la capacidad que tiene el adolescente al momento de cometer el ilícito penal y también la congruencia que debe tener el ordenamiento jurídico en su conjunto, si por un lado, se le otorga deberes y derechos a los adolescentes a partir de los 14 años, porque claramente se considera que tiene libertad de decisión por su capacidad de discernimiento, por otro lado, existe también la protección a los bienes jurídicos.

Cuando se determina los parámetros para enfocar la edad entre los 16 y 18 años al momento de una responsabilidad penal, se tiene en cuenta siempre la capacidad, en este sentido la capacidad relativa, o lo que en el Derecho Civil se conoce como la incapacidad relativa, regulado en el artículo 44° que a la letra prescribe: “son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad(...)”; la plena manifestación de la voluntad al momento de realizar un hecho esta poseída por lo que hemos venido determinado desde los comienzos de la investigación, es determinante que el desarrollo del ser humano es progresivo y dentro de ello las normas juegan un rol sumamente importante, pues bien, no solamente el derecho penal reconoce al adolescente sus deberes y derechos sino que también el derecho civil lo hace cuando surgen momentos excepcionales, los momentos particulares que se producen se dan en la emancipación, y un adolescente se puede

emancipar cuando adquiere una profesión o contrae matrimonio, ello aunado al nuevo estatus que adquiere frente al ordenamiento jurídico. Si seguimos una línea lógica y tenemos como base el principio de unidad del ordenamiento jurídico, donde es necesario tomar en cuenta que el derecho debe contar con una unidad que de coherencia y contenido para todo el sistema legal vigente (antijuricidad única), el principio de unidad debe ir acompañado de cierta coherencia. Empero, la forma de unificar el ordenamiento jurídico mantiene una base sólida y fundamental, la cual viene a ser la no vulneración a los derechos fundamentales y de esa forma a los principios que regulan el ordenamiento jurídico, es así, que al plantear la capacidad que tiene el adolescente, no se vulnera ningún derecho fundamental, y cuando se manifiesta que tiene la suficiente madurez psicológica para responder por sus actos, no se atenta contra sus derechos fundamentales; pero el análisis cambia de perspectiva cuando el adolescente comete un hecho delictivo; entonces todos sus derechos y deberes que tienen se ven mermados por la errónea concepción de su incapacidad, si por un lado viene ganado deberes y derechos dentro de la sociedad, como es posible que el adolescente con plena capacidad de determinar sus acciones y con suficiente desarrollo psicológico no pueda responder frente a los hechos delictivos cometidos, es justamente en este punto, que se aprecia una incongruencia en el ordenamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, resalta un elemento de la teoría del delito, justamente la culpabilidad que lo conforma entre otros elementos la imputabilidad que vendría a ser la síntesis de las condiciones psíquicas mínimas y necesarias, para que se produzca una especie de encadenamiento entre el agente y su acto; para ello se deslinda que existe imputación cuando la persona tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su acción u omisión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y conocimiento, en este sentido si faltara uno de estos elementos se remite al fenómeno jurídico de la inimputabilidad.

Entonces, para que exista la culpabilidad en una conducta típica y antijurídica, cometida por un adolescente, se requiere la presencia de los tres elementos de ella de manera copulativa esto es: *la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud y la autodeterminación del adolescente*⁴.

El imputable es el adolescente que vendría a reunir las condiciones que el derecho fija para que una persona deba responder de un hecho y por ende, aplicársele una pena, por ello la imputabilidad es definida como la capacidad de conocer el injusto del autor y determinarse conforme a ese conocimiento, es por esa razón que la capacidad de comprensión y de querer están aunadas a que el adolescente posea condiciones de madurez y conciencia ética, no obstante se puede discernir que se considerarían dos niveles para los cuales se imputaría a un adolescente la responsabilidad penal, es así que en el primer nivel se tiene que considerar los estados de diagnóstico de conexión biológico - psicológico, en la cual los adolescentes alcanzarían un desarrollo integral y el desarrollo biológico y psicológico se encuentran relacionados, y en el segundo nivel se encuadra la capacidad de comprensión y de inhibición, entendido para ello si el adolescente es consciente dentro de los parámetros normales del mundo en el que se desenvuelve y para ello se estima lo manifestado líneas supra, cuando nos referimos al desarrollo psicológico del adolescente, no se debe entender a un adolescente como un débil mental ni mucho menos como una persona incapacitada. La inimputabilidad, más que una condición, es el juicio atribuible a la persona que habiendo perpetrado una acción delictiva, satisface las premisas contenidas de la normatividad penal, debemos hacer una diferenciación que el inimputable es lo contrario del imputable, el sujeto que al momento de cometer la conducta típica no está en condiciones de conocer y comprender su antijuricidad o de orientar su comportamiento de conformidad con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o

⁴ Roxin, Jakobs, Shünemann, Frisch, Köhler; 2000; sobre el estado de la teoría del delito; Civitas; referido a la culpabilidad y la libertad de decisión del hombre, extracto sacado del marco teórico de la presente investigación.

circunstancias socio culturales específicas, pues estas situaciones le impiden al sujeto percatarse de que está lesionado o poniendo en riesgo determinado bien jurídico típicamente tutelado, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica, a pesar de percibir la ilicitud de su conducta.

Se hace mención a lo que comenta Agudelo Betancur: “y es que en esto consiste la inimputabilidad, no es la capacidad de comprender la realización del hecho, sino es la incapacidad de comprender la ilicitud o antijuridicidad de éste”; entonces la inimputabilidad, se puede entender que más que una condición es el juicio atribuible a la persona que habiendo perpetrado una acción delictiva, satisface las premisas contenidas de la normatividad penal. Inimputable al contrario del imputable es el sujeto que al ejecutar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de orientar su comportamiento de conformidad con dicha comprensión, por su inmadurez psicológica, trastorno mental o circunstancias socio – culturales específicas.

A la luz de la teoría del delito, el delito es una unidad objetiva – subjetiva, sometida a un doble juicio de valor, llevando a un juicio de valor sobre el acto y en un segundo momento a un juicio de valor sobre el autor, en el segundo punto a lo referido sobre el juicio de valor sobre el autor se determina si éste obró o no en forma reprochable o culpable, para este punto cuando se predica que un sujeto es inimputable se emite un juicio de valor sobre el sujeto autor, siendo más específicos sobre el adolescente, el adolescente actuaría sin culpabilidad por ser inimputable, pero la inimputabilidad no es incapacidad de acción o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino más bien incapacidad de culpabilidad y la culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y como juicio desvalorativo de reproche personal, comprendiendo la conciencia de la antijuridicidad del acto.

Aunados a sustentar la hipótesis planteada hacemos mención al derecho comparado, se muestra que se llega a determinar la capacidad del adolescente al momento de cometer sus hechos delictivos y en tal sentido la motivación con la norma penal, para llegar a este nivel se hace uso de la legislación internacional, donde nos muestra que los adolescentes entre los 15 y 17 años se les puede aplicar una medida que implique privación de la libertad claro está en centros especializados, esto nos hace reflexionar en la forma como la legislación internacional viene tratando los temas de los adolescentes que delinquen y su forma de aplicar el derecho penal, esta perspectiva nos demuestra que la idea planteada en la presente investigación no es descabellada y al contrario tiene sus sustento en la psicología y en los principios generales de derecho penal. En la legislación Nicaragüense se muestra como los menores de 18 años de edad les aplican una medida que implique privación de libertad. En tal sentido las cárceles deben cumplir un fin resocializador pues de nada ayuda que se aplique una medida de seguridad a un adolescente que asesina y se dedica por encargo a matar y cometer ilícitos penales, cuando las medidas de seguridad deberían cumplir un fin preventivo en futuros delitos de naturaleza grave para el orden jurídico, pero no es proporcional aplicar una medida de seguridad a los adolescentes que cuentan con un prontuario expediente delictivo y más aún si se tiene pleno conocimiento de su capacidad de discernimiento y su fortaleza para comprender la norma penal; sin duda estamos convencidos que el camino delincuencial tiene sus etapas, es justamente acá donde el Estado debe intervenir previniendo hechos delictivos, en los inicios cuando el adolescente por falta de oportunidades comete hechos delictivos llamémosle de bagatela o delitos menores, como por ejemplo, el hurto de un celular; no cuando se menciona el encierro a los adolescentes entre 16 y 18 años de edad con una sanción penal, porque desde el encierro existe en ese momento una respuesta por parte del Estado a la criminalidad de los adolescentes, a la fecha en el mundo de la criminalidad saben perfectamente que la ley penal no puede sancionar a los adolescentes y por

esa razón delinquen sin la más mínima reprochabilidad, pero con ello, no queremos afirmar que una pena privativa de la libertad parará el actuar delictivo de los adolescentes que se quedan en las calles, sino más bien, permitirá desarticular a las bandas criminales de adolescentes⁵.

La aplicación irrestricta al principio de legalidad nos remite una y otra vez al artículo 20º inciso 2 del Código Penal; sin embargo, la inimputabilidad penal se la tiene que revisar y entender en relación a la capacidad de discernimiento y la capacidad de ubicación psíquica del adolescente de acuerdo a su desarrollo físico; ahora bien, la manera de poder satisfacer dicha necesidad de cumplimiento de la capacidad psicológica del menor es a través de las investigaciones realizadas que en la primera parte de la contrastación de la hipótesis se demuestra.

El delito es todo accionar típico, antijurídico y culpable, en este sentido cuando se habla de acción típica y antijurídica se habla de un injusto penal. Si el injusto aparece en el hecho concreto la culpabilidad opera en el autor, pero dentro de una de las características de la culpabilidad se encuentra la imputabilidad que se la niega con la inimputabilidad para hacer del adolescente exento de una responsabilidad penal por la capacidad de motivación al momento de cometerse el injusto (imputabilidad); sin embargo, con la aclaración líneas supra, no pretendemos apartarnos de la investigación realizada, puesto que se tiene que tener en cuenta que un adolescente comprendido entre 16 y 18 años de edad, se topa con la capacidad de motivarse por la norma penal que prohíbe atentar dolosa o culposamente contra los bienes jurídicos protegidos, ya que, es a partir de los doce años que el adolescente tiene plena capacidad de discernimiento y puede darse cuenta de lo que está permitido y de lo

⁵ Con esta afirmación se quiere dejar claro, que todo el sistema judicial debe funcionar de una manera articulada y en perfecta armonía, puesto que de nada sirve que existan medidas privativas de la libertad, mientras que no se haya resuelto la problemática del sistema penitenciario; sin embargo, no podemos quedarnos callados ante las situaciones que se dejan notar a simple vista, como es la capacidad que alcanzó ya el adolescente entre 18 y 16 años, capacidad que le permite ingresar al mundo criminal y delinquir, atentando contra bienes jurídicos legalmente tutelados.

que no está permitido jurídicamente, con ello podemos verificar que la madurez mental del adolescente le permiten tener una capacidad de motivación ante situaciones concretas. Entonces, para que exista culpabilidad en una conducta típica y antijurídica, cometida por adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad, se requiere que concurren tres elementos la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad, es aquí que el adolescente para cometer un hecho delictivo y ser responsable penalmente debe poseer condiciones de madurez y conciencia moral para que de esa manera le sea atribuido como una causa consciente y libre.

Dentro de los tres elementos primordiales para que la culpabilidad opere en el adolescente este debe tener la capacidad de comprensión y de querer; al reunir el adolescente las condiciones que el derecho fija para que una persona deba responder de un hecho y por ende, sufrir una pena, nos encuadramos dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico. La imputabilidad se ha definido en capítulos anteriores a esta investigación y se refiere como la capacidad de conocer el injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento, es justo allí cuando la capacidad de comprensión y de querer del adolescente saltan a la vista, al referirnos a las primeras planas de las revistas criminales de menores, un ejemplo no muy lejano es del típico adolescente sicario apodado "Gringasho"⁶, un adolescente que se encontró al momento de cometer sus actos criminales entre las edades de 14 a 17 años, encontrándose comprendido entre las edades en las cuales el ser humano tiene la

⁶ Llegando a establecer este ejemplo, de uno de los casos más sonados en los últimos años, en relación al adolescente Alexander Manuel P.G; no se toma como un punto de partida en relación a la investigación que se desarrolla, puesto que la capacidad de motivación del ser humano y sobre todo del adolescente, se encuentra en plenitud a partir de la edad en la cual los adolescente vienen perpetrando hecho delictivos, aunado a ello la generalidad del desarrollo humano nos permite encontrarnos frente a la evolución de la capacidad del adolescente, es por ello, que al tomar como ejemplo los casos más sonados a nivel nacional sobre adolescentes que delinquen, nada tiene que ver con los parámetros de la seguridad social, esto es, una cosa es la investigación a partir de la teoría del delito en relación a un elemento de la culpabilidad llevado al campo de los adolescentes que delinquen y otra muy diferente establecer los límites de una seguridad social, la cual por sus características tiene otra organización y sobre todo otra forma de operación.

capacidad de enfocar su discernimiento, teniendo la capacidad de comprensión y de querer realizar un hecho, poniendo en evidencia lo que la psicología establece en el desarrollo del ser humano, la referencia valorativa de la imputabilidad a los adolescentes comprendidos entre las edades de 16 y 18 años.

Es oportuno aclarar que la conciencia y la acción están relacionadas, el adolescente actúa en este sentido con un grado de participación interna que permite que su acción sea reprochable por el derecho, esto por su capacidad del sujeto se relaciona con la infringibilidad de la norma penal, se llega a la conclusión en este punto que la madurez del adolescente comprendido entre 16 y 18 años de edad le permite percibir a nivel de la conciencia que el incurrir en atentados contra la vida son hechos jurídicamente penados y que además incurre en una conducta inaceptable en un Estado democrático y de derecho, pues al momento del hecho el adolescente es lo suficientemente maduro, por su desarrollo mental para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión.

En una forma de impunidad, el adolescente sabe que si comete un acto delincuencia su accionar solamente se considera como una infracción al ordenamiento jurídico, y por tal infracción no le corresponde pagar con una pena, sino que solamente se le aplicará una medida de seguridad que le permita después de un tiempo reintegrarse a la sociedad; sin embargo, las medidas de seguridad son endebles para tratar a un adolescente que se dedica a un mundo criminal, en las entrevistas que especialistas realizan a los adolescentes del mundo criminal, ellos afirman que por su edad los hechos que comenten son declarados en impunidad, se tiene en cuenta que nuestro sistema judicial para tratar a los adolescentes que delinquen se somete al Juez y Fiscal de Familia, teniendo para ello su propio proceso judicial, y con los beneficios que la Constitución les permite, pero los hechos cometidos por adolescentes involucrados en atentados graves a los bienes jurídicos legalmente protegidos, nos permite preguntarnos por ejemplo si en un atentado contra la vida la medida de

seguridad es adecuada, si mientras las familias de las víctimas sufren un drama por la pérdida injustificada de un ser querido, la pérdida de un familiar o amigo por la satisfacción egóica de un adolescente que se cree superior por el hecho de quitar la vida a otro ser humano; ésta perspectiva nos hace reflexionar al respecto y decimos que la impunidad en los adolescentes que delinque se da desde el momento que el sistema penal no actúa para sancionarlos, puesto que se debe pagar una reparación civil por los daños causados; las víctimas son olvidadas muchas veces en los accionares delictivos.

La norma Nacional e Internacional hace una especial consideración con los menores de 18 años que delinque; nada tenemos que criticar a tales dispositivos, pero es sabido que la sociedad y por ende el ser humano van cambiando, evolucionando o involucionando nada se mantiene quieto, ni los pensamientos, ni la sociedad se mantiene en un eterno reposo, todo va cambiando, en ese cambio lamentablemente el adolescente que atenta contra los bienes jurídicos legalmente tutelados ha evolucionado psicológicamente pero ha involucionado moralmente.

Que quede claro, que a nivel Nacional se cuenta con Centros Juveniles en los cuales están reclusos adolescentes que atentan contra el sistema jurídico penal. Los adolescentes que se encuentran cumpliendo una medida de seguridad, muchos de ellos son adolescentes que han atentado contra la Vida el Cuerpo y la Salud, es por esa razón que al ingresar a estos centros de rehabilitación juvenil lo único que hacen es empeorar la situación de los adolescentes que se encuentran internos por delitos leves; los más ranqueados adolescentes que han atentado contra el sistema jurídico penal se mezclan y conviven con adolescentes por infracciones penales, el resultado de tal accionar es evidente, en un momento se interrumpe la rehabilitación de los adolescentes que verdaderamente ha infringido la ley penal con delitos menores pues los adolescentes más avezados se sabe que su patrón psicológico de discernimiento de la realidad no tiene ninguna alteración a nivel psíquico, su forma de actuar va de

acuerdo a su desarrollo psicológico y biológico y nos atrevemos a decir por la investigación realizada, que su patrón psicológico es completamente desarrollado con la capacidad de saber a cabalidad lo que ocurre a su alrededor, y los daños que causan con sus actuaciones.

Una vez contrastada las hipótesis se considera al adolescente delincuente desde diferentes ópticas, así por ejemplo para el educador, el delincuente adolescente puede ser el resultado de una serie de condicionantes que el sujeto encontró sin buscarlos; es un enfermo de la conducta y de repente con un derecho a curación y sin otros límites que los señalados por la impotencia humana. Los estudios realizados describen a la adolescencia como fundamentalmente urbana, con nuevas pautas de convivencia, que muestra alta dosis de desencanto respecto a las normas de la sociedad formal y a las instituciones políticas. Se puede observar que existe una subcultura de adolescentes, que se desarrolla efectivamente en muchos planos en distintas maneras de valores y normas de comportamiento que la cultura global está inmersa.

Muchas veces la existencia de esta subcultura de adolescentes es marginada en la sociedad actual, pues siendo la sociedad a la que le correspondería actuar en la dura tarea de formar a las generaciones de ciudadanos para el mejor porvenir del país, en esta ardua labor falla en el desarrollo de la misma, y producto del error que se produce una subcultura de menores adolescentes basada en el terror. Si desde la perspectiva delincencial la latitud con la que se producen los hechos delictivos con menores de edad, es producto de la degradación que sufre la sociedad en el ámbito de sus esferas de control, tal como lo es la Familia, si la familia en su forma de organización falla, los seres más vulnerables en este caso como son los menores de edad (los hijos de familia), están expuestos a ingresar al mundo delincencial.

La fenomenología de la delincuencia es un mundo complejo lleno de interrogantes, la delincuencia del adolescente es un reto y un desafío; sin embargo, para un jurista, delincuente es todo aquel que infringe cualquiera de las leyes sancionada en el Código

Penal, con esta perspectiva el sujeto adolescente menor de edad que infringe una norma sancionada en el Código penal, conlleva a una perspectiva de desorden, inmiscuida en la desobediencia y la promiscuidad.

Los criterios por los cuales se da la noción del fenómeno de la delincuencia de menores adolescentes se basa en dos elementos: por un lado la comisión por un adolescente de un acto considerado como delictivo, y la minoría de edad del sujeto del hecho; aunque estos dos criterios se emplean en la mayoría de los países del mundo, puesto que existen diversas interpretaciones acerca de lo que constituye un acto delictivo y quienes son menores de edad no solo de un país o de otro, sino también entre diferentes jurisdicciones en un mismo país.

Pero la tarea nos enfoca en aseverar, que el ordenamiento jurídico es un todo en su conjunto, que tiene como uno de sus principios básico la unidad del ordenamiento jurídico, llevando a ello a poder afirmar que si por un aparte se nos brinda derechos por otro lado también se tiene obligaciones que respetar y cumplir, formas de conducta con las cuales se tiene que vivir, y, no se puede exigir respeto a los derechos fundamentales, si no se es capaz de respetar los derechos fundamentales de los demás.

El derecho penal responde a la Constitución Política del Estado, y cuando se propone una modificatoria al Código Penal en su artículo 20 inciso 2 relacionado a la imputabilidad del menor, tiene repercusión directamente en la Constitución, para seguir la línea de la unidad del ordenamiento jurídico se debe considerar al ciudadano peruano como tal a partir de los 16 años, para evitar las contradicciones entre el Derecho Penal y la Constitución.

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Atendiendo a la propuesta de modificación del artículo 20º inciso 2 del Código Sustantivo, a continuación precisamos las razones jurídicas que justifican dichas propuestas.

En primer lugar, en miras de la unidad del ordenamiento jurídico que por una parte otorga derechos y obligaciones a los adolescentes por otro lado ellos deben responder a sus actos delictivos, en este orden de ideas el artículo 20º inciso 2 del Código Penal establece la inimputabilidad a los menores de 18 años, lo cual siendo coherentes con el ordenamiento jurídico que viene otorgando derechos y obligaciones, se debería optar por su modificatoria.

En segundo lugar, la inimputabilidad del inciso 2 del artículo 20º del Código Penal, queda demostrado que en la etapa de la adolescencia el ser humano tiene plena capacidad de comprensión y de acción de los actos que realiza, y por ello el adolescente comprendido entre las edades de 16 y 18 años, es completamente imputable quedando de esta manera demostrado que el inciso 2 del artículo en mención viene siendo superado por la realidad.

LEY N°**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA****POR CUANTO**

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 20 INCISO 2 DEL CÓDIGO**PENAL**

Artículo 1°.- Modifica el artículo 20° del Código Penal

Modifíquese el artículo 20° del Código Penal en el inciso 2 en los términos siguientes:

Está exento de responsabilidad penal: *el adolescente que al momento de cometer un hecho delictivo tenga menos de 16 años de edad.*

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico si los adolescentes adquieren Derechos y Obligaciones por su capacidad de discernimiento y comprensión de los hechos, en tal sentido deben al momento de cometer hechos delictivos responder por sus actos.

SEGUNDA. Queda demostrado que el adolescente comprendido entre 16 y 18 años de edad tiene la capacidad de motivarse por la norma penal; esto es, tiene la facultad de discernimiento, de análisis y comprensión sobre los hechos que realizan.

TERCERA. En base a lo anterior se ha propuesto la modificatoria del artículo 20° inciso 2 del Código Penal, en relación a la inimputabilidad se encuentra amparada por los estudios realizados en el campo de la psicología y el desarrollo del ser humano.

CUARTO. Se ha llegado a determinar que para responder al principio de unidad del ordenamiento jurídico y evitar una contradicción con la Constitución Política del Estado se debe modificar el artículo 30 de la Constitución.

QUINTO. A través de la investigación realizada, se ha llegado a determinar que en el Perú a comparación con los países de Chile, Costa Rica y Nicaragua; aún falta para poder formar un Sistema de Justicia Penal que incorpore a los adolescentes que infringen la norma penal.

RECOMENDACIÓN:

Habiendo realizado el estudio para determinar el principal fundamento jurídico que permita sancionar penalmente a los adolescentes comprendidos entre 16 y 18 años de edad, se recomienda que en miras de seguir buscando la unidad del ordenamiento jurídico se debe analizar con detalle los alcances del artículo 30° de la Constitución Política del Perú, relacionado exclusivamente en la edad para alcanzar la ciudadanía.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Adrián Serrano, J., & Rangel Gascó, E. (s.f.). La transición adolescente y la educación . En *Aprendizaje y Desarrollo de la personalidad*.
- Álvarez Jiménez, J. (2010). *Característica del Desarrollo Psicológico de los adolescentes*.
- Arce Guzman , A. (2012). La propuesta de la doctrina de la protección integral del menor en conflicto con la ley penal. *Revista Pólemos*, 46.
- Bocanegra, J. (s.f.). *El principio de legalidad en el Derecho Penal Peruano*. Lima: Pontifice Universidad Católica del Perú.
- Burga Coronel, A. (s.f.). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, 267.
- C. Kvaraceus, W. (1964). *La delincuencia de menores un problema del mundo moderno*. UNESCO.
- Cabrera Freyre, A. (2013). *Curso elemental de Derecho Penal, Parte Especial*. Lima: Legales.
- Cáceres Velásquez, A. (2005). *Psicología de la Criminalidad*. Lima: Imprenta de la UAP.
- Carnevali Rodriguez, R. (2014). Derecho Penal como ultima ratio. *Ius Praxis*, 48.
- Casas Rivero, J., & Gonzáles Fierro, M. (2005). Desarrollo del adolescente. Aspectos físicos, psicológicos y sociales. *Unidad de Medicina del Adolescente. Servicios de Pediatría. Hospital de Móstoles, Madrid*, 21-22.

- Claus, R. (1981). *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. España: Sección Graficas Madrid.
- Coba García , L. (2011). *Homicidio con jurisprudencia de casación*.
- Cruz y Cruz Elba. (2009). *Los menores de edad infractores de la ley penal*. Madrid.
- Desarrollo del niño y del adolescente. Compendio para educadores, SEP. (2000). *Teoría del desarrollo cognoscitiov de Piaget*. México.
- Donna, E. (s.f.). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal Cul Zoni Editores.
- El Comercio. (19 de 10 de 2015). *Página oficial el Comercio*. Recuperado el 11 de 02 de 2016, de http://elcomercio.pe/lima/ciudad/menores-infractores-seran-privados-su-libertad-hasta-10-anos-noticia-1843362?ref=flujo_tags_423696&ft=nota_2&e=titulo
- Fuentes Cubillos, H. (2014). El principio de proporcionalidad en el derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius Praxis*, 28.
- G., A. M. (s.f.). *Derecho penal, parte especial*. Perú.
- Gaviria Trespalcios, J. (2005). *La Inimputabilidad: Concepto y al alcances en el Código Penal Colombiano*. Bogotá : Revista Colombiana de Psiquiatría.
- Geisse Graepp, F., & Echeverría Ramírez, G. (2003). *Bases y Limites para la responsabilidad penal de los adolescentes*. Santiago de Chile.
- Gomez Mendoza, G. (2013). *Delincuencia Juvenil*. Lima: Ediciones Normas Jurídicas.
- González Lillo, D. (2015). *El delito de parricidio*. Universidad de Valparaíso.
- Hernández Alarcón, C. (2005). *El debido Proceso y la Justicia Juvenil*. Lima.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Grupo Infagon.

Hodenilson Darinel, M. (2015). *Investigación del Sicariato y de los Factores que influyen en la persona para convertirse en sicarios*. Guatemala : Universidad Rafael Landívar.

Honores, J. (2012). Cada vez más niños integran bandas criminales en el Perú. *Diario Perú 21*.

http://elcomercio.pe/lima/policiales/polvos-azules-padre-menor-15-encargo-matar-dirigente-polvos-azules-noticia-1757512?ref=flujo_tags_423696&ft=nota_12&e=titulo. (28 de 10 de 2014). *El Comercio*. Recuperado el 10 de 02 de 2016, de http://elcomercio.pe/lima/policiales/polvos-azules-padre-menor-15-encargo-matar-dirigente-polvos-azules-noticia-1757512?ref=flujo_tags_423696&ft=nota_12&e=titulo

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I* (3era. Edición ed.). Lima: Grijley.

Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 12.

LA REPÚBLICA. (21 de 06 de 2015). *Sicariato Juvenil. Se debe juzgar a menores de edad como adultos*. Recuperado el 05 de 02 de 2016, de <http://larepublica.pe/politica/9467-sicariato-juvenil-se-debe-juzgar-menores-de-edad-como-adultos>

Lavanderos Svec, J. (2006). *El componente socio educativo: Sanción u oferta social*. Lima.

Malatesta Reyes, R., & Hernandez Nieto, D. (1997). *Diccionario de términos jurídicos*. Lima: Mantaro.

Martín Lopez, M. (2001). *La responsabilidad penal del menor*. Madrid: EDITA.

Martínez Rodríguez, J. (s.f.). *El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*.

Montejo Rivero, J. (2012). *Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del derecho familiar contemporáneo*. Cuba: Universidad de Camagüey.

Muñoz Conde, F. (1999). *Derecho Penal Parte Especial*. España: Tirant lo Blanch.

Ossorio, M. (2003). *Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.

Palacios de Muñoz, H. (s.f.). *Psicología Evolutiva*. Caracas : Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

Palazzo, F. (s.f.). *Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal*. Florencia.

Planea. (2010). *Situación, barreras legales y alternativas frente a la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre y con adolescentes de 14 a 18 años de edad*.

Quezada Lucio, N. (2010). *Metodología de la Investigación*. Lima: Macro E.I.R.L.

Resolución del Tribunal Constitucional, Exp. N° 03247-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional 14 de agosto de 2008).

Román Romero, N. (2008). *La Conducta Infractora del Menor de Edad en la Sede del Distrito Judicial de Cajamarca*. Cajamarca: UNC.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general I*. Madrid: Thomson Civitas.

- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Roxin, C., Jakobs, G., Schünemann, B., Frisch , W., & Köhler, M. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Civitas.
- Ruiz Lázaro. (2013). *Psicología del Adolescente y su entorno. Siete días Médicos*, 01.
- Sánchez Zorrilla, M. (2006). *Guía para elaborar tesis*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.
- Sanz Herminda, Á. (2002). *El nuevo proceso penal de menor*. España.
- Tejada Calderon , S. A. (2014). *Efectos de las Medidas Socieducativas en el Perú y en el derecho comparado en los países de Chile, Costa Rica y Nicaragua*. Trujillo.
- Tomas, R. (s.f.). *Aspectos Psicológicos de los Adolescentes*. Centro Londres.