

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POST GRADO



**“LA CULPABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

AUTORA:

MG.CARMEN GRACIELA MIRANDA VIDAURRE

ASESOR:

DR. ALEJANDRO LAMADRID UBILLÚS

LAMBAYEQUE- PERU

2016

UNIVERSIDAD NACIONAL “PEDRO RUÍZ GALLO”

ESCUELA DE POST GRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

TÍTULO

**“LA CULPABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACOR EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

PRESENTADA POR:

MAGISTER EN DERECHO: CARMEN GRACIELA MIRANDA VIDAURRE

ASESOR: DOCTOR ALEJANDRO LAMADRID UBILLÚS.

LAMBAYEQUE- PERÚ

2016

**“LA CULPABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO”**

POR

**MAGISTER EN DERECHO CARMEN GRACIELA MIRANDA
VIDAURRE.**

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL “PEDRO RUÍZ GALLO”, PARA OPTAR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

APROBADA POR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
Presidente

Dr. Renán Arbildo Paredes
Secretario

Dr. Oswaldo Mendoza Otiniano
Vocal

DEDICATORIA

Con todo amor a los niños del Perú, sobre todo a aquellos menos favorecidos, para que reciban un trato más digno, cuando enfrenten problemas con la justicia.

RESUMEN

Es innegable que los Estados tienen el deber de establecer un sistema diferenciado de sanciones para los menores infractores, el cual debe estar orientado por la doctrina de la Protección Integral que sustenta la Convención sobre los Derechos del Niño, y que implica que se rodee de las máximas garantías al proceso que se sigue a un adolescente infractor, proceso en el que se establecerá su responsabilidad, la que a su vez puede generar la privación de su libertad por tiempos muy prolongados, según las últimas modificaciones introducidas al Código de los Niños y Adolescentes, mediante el Decreto Legislativo N° 1024.

El problema que se analiza en el presente trabajo de investigación radica en que de manera incorrecta los hechos delictivos cometidos por menores, en nuestro país, reciben un tratamiento jurídico totalmente asimétrico en comparación con los adultos, situación que se suscita por no reconocer que nos encontramos frente a un Derecho Penal especial.

La ausencia de una doctrina jurídica que explique los elementos de la culpabilidad del adolescente es una de las razones de dicha desigualdad, por lo que nuestro aporte es la formulación de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente infractor de la ley penal, ya que ello contribuirá a la imposición de sanciones debidamente fundamentadas, con respeto a los Principios que informan la Convención sobre los Derechos del Niño.

En los años de vigencia de la Convención sobre los derechos del Niño, han surgido en muchos países posiciones y discusiones de reconocidos juristas, las que se han analizado en el presente trabajo y que revelan la necesidad de uniformizar criterios para otorgar un tratamiento legal diferenciado y garantista a los adolescentes infractores.

ABSTRACT

Is undeniable that States have a duty to establish a differentiated system of criminal punishment directed to minor offenders, based on the comprehensive protection doctrine of the Convention on the Rights of the Childs that implies the utilization of the highest number of guaranties inside the trial, in which be decided their liability, wich in turn could lead the deprivation of their liberty for a long period of time according to the latest amendments made to the *Código de los Niños y Adolescentes*.

Presently research work explores the problem related to the criminal offensescommitted by minorsreceive legal treatment wholly disproportionate compared with adults, that is raised in not recognize that we are faced with a special criminal law.

The absence of a legal doctrine that explain the elements of culpability in minor offenders is one of the reasons for that inequality, therefore, our contribution is the establishment of legal criteria that support the culpability in minors, which will contribute to the applications of criminal sanctions sufficiently substantiated in acordance with principles of the Convention on the Rights of the Childs.

In the years that the Convention has been in force, in many countries different jurist opinions has emerged which have been analyzed in this research work, and reveal the need to standardise criteria to grant a differentiated legal treatment which provides more guaranties to the minor offefnders.

ZUSAMMENFASSUNG

Es ist unbestreitbar, dass die Staaten die Pflicht haben, ein differenziertes System von Sanktionen für jugendliche Straftäter zu schaffen, die durch die Lehre von der umfassenden Schutz geführt werden sollte, die das Übereinkommen über die Rechte des Kindes unterstützt, die das bedeutet, umgibt die maximale Garantien für den Prozess folgt einem jugendlichen Straftäter, ein Prozess, in dem die Verantwortung hergestellt wird, was wiederum zu Freiheitsentzug für sehr lange Zeit führen kann, nach den neuesten Änderungen des Kodex von Kindern und jugendlichen , durch das Gesetzesdekret Nr 1024.

Das Problem in dieser Forschung diskutiert wird, ist, dass falsch kriminelle Handlungen von Minderjährigen begangen, in unserem Land, eine voll asymmetrische rechtliche Behandlung erhalten im Vergleich zu Erwachsenen, eine Situation, die Anerkennung ergibt sich für nicht, dass wir vor einem besonderen Strafrecht.

Das Fehlen einer Rechtslehre, die die Elemente der Schuld Teenager erklärt ist einer der Gründe für diese Ungleichheit, so dass unser Beitrag die Formulierung von rechtlichen Kriterien ist die Schuld der jugendlichen Straftäter des Strafrechts, da dies zu untermauern tragen zur Verhängung von Sanktionen, das Übereinkommen zugrunde liegen über die Rechte des Kindes richtig in Bezug auf die Grundsätze untermauert.

In den Jahren der Gültigkeit des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, sie haben in vielen Ländern Positionen und Diskussionen namhafter Juristen entstanden, die in dieser Arbeit und zeigen die Notwendigkeit analysiert wurden für einheitliche Kriterien Differential rechtliche Behandlung zu gewähren und garantista jugendliche Straftäter.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	5
1.1. Planteamiento del problema.....	5
1.2. ¿Cómo surge el problema?.....	8
1.3. ¿Cómo se manifiesta el problema y qué características tiene?	11
1.4. Descripción de la metodología utilizada.....	14
1.5. Formulación de hipótesis.....	15
1.6. Identificación de variables.....	15
1.7. Objetivos del trabajo de investigación.....	16
1.8. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	16
1.9. Población.....	17
CAPÍTULO II	
MARCO CONCEPTUAL.....	21
2.1. El adolescente y la criminalidad. Introducción.....	21
2.1.1. Aspectos que perfilan la condición especial del menor.....	21
2.2. Evolución histórica de la infancia.....	23
2.3. El menor como persona en proceso de formación.....	26
2.4. La necesidad de una regulación jurídica especial de los menores como integrantes de un grupo diferenciado.....	32
2.5. Consideraciones previas.....	38
2.6. Aspectos relevantes de la criminalidad de menores. Introducción.....	42
2.7. Sociedad de riesgo.....	45
2.8. Teorías explicativas de la criminalidad.....	49
2.8.1. Teorías psicobiológicas.....	50
2.8.2. Teorías psicomorales.....	51
2.8.3. Teorías psicosociales o interaccionistas moderadas.....	51
2.8.4. Teorías del conflicto.....	53
2.8.5. Teorías críticas o radicales o de la criminalización.....	53
2.8.6. Orientación ecléctica de la comprensión de la criminalidad.....	54
2.9. Factores criminógenos en los menores en ámbitos sociales e institucionales.....	56
2.9.1. En el ámbito educativo.....	56

2.9.2.	En el contexto de las relaciones socioeconómicas.....	57
2.9.3.	En el área de las relaciones laborales.....	58
2.9.4.	Por la pertenencia a determinados grupos étnicos.....	58
2.9.5.	Por el consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y drogas tóxicas.....	59
2.9.6.	Por el efecto de los medios de comunicación.....	60
2.10.	Balance.....	60

CAPÍTULO III

Marco Teórico.....	63
3.1. El menor en el entorno de las ciencias penales.....	63
Cuestiones dogmático-penales sobre la responsabilidad del menor infractor. Introducción.....	63
3.2. Principios del Derecho Penal relevantes en materia de menores...	67
3.2.1. Principio de legalidad.....	67
3.2.2. Principio de Proporcionalidad.....	69
3.2.3. Principio de intervención mínima.....	70
3.2.4. Principio de Culpabilidad.....	70
3.3. Evolución de la culpabilidad en la historia de la dogmática penal.....	71
3.3.1. La Escuela Clásica.....	74
3.3.2. La Escuela Positivista.....	75
3.3.3. La Escuela Causalista.....	77
3.3.4. La Escuela Neo Causalista.....	79
3.3.5. La Escuela Finalista.....	80
3.3.6. La Escuela Funcionalista.....	84
3.3.7. Toma de Posición.....	86
3.4. Tratamiento del adolescente infractor en la doctrina actual. Introducción.....	90
3.5. Posición de la doctrina sobre los elementos de la culpabilidad.....	100
3.6. El concepto de culpabilidad del adolescente en doctrina nacional.....	102
3.7. Derecho comparado y la reforma del ordenamiento jurídico peruano. Introducción.....	109
3.7.1. Evolución de la justicia de menores.....	110
3.7.1.1. Modelo tutelar o de protección.....	110
3.7.1.2. Modelo educativo.....	111

3.7.1.3.	Modelo de responsabilidad.....	113
3.7.1.4.	Toma de posición.....	115
3.8.	La responsabilidad del menor en el Derecho Internacional y en el Derecho Comparado. Introducción.....	116
3.8.1.	Organismos internacionales y Normas Internacionales.....	117
3.8.1.1.	Organización de las naciones unidas (ONU).....	117
3.8.1.2.	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)	120
3.8.1.3.	La Organización de los Estados Americanos (OEA) ...	120
3.8.2.	En Europa Continental.....	122
3.8.2.1.	Alemania.....	122
3.8.2.2.	España.....	123
3.8.3.	En América.....	125
3.8.3.1.	Brasil.....	125
3.8.3.2.	México.....	127
3.8.3.3.	Chile.....	128
3.8.3.4.	Costa Rica.....	130
3.8.3.5.	Perú.....	131
3.8.4	Balance.....	132
3.9.	Bases para la construcción de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente que infringe la ley penal en el ordenamiento jurídico peruano. Preliminares.....	134
3.10.	Pautas orientadoras de la construcción de criterios jurídicos razonables que sustente la culpabilidad de los adolescentes que infringen la ley penal.....	143

CAPÍTULO IV

ADOPCIÓN DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS DE LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL DE MENORES

4.1.	Preliminares.....	157
4.2.	Principios orientadores de la culpabilidad de los menores.....	158
4.2.1.	Principio Interés Superior del Niño.....	158
4.2.2.	Principio No Discriminación.....	159
4.2.3.	Principio de Responsabilidad por el Hecho.....	160
4.2.4.	Principio de Proporcionalidad.....	160

4.2.5.	Principio de Dignidad.....	161
4.3	Criterios jurídicos que sustentan la culpabilidad del adolescente infractor	161
4.3.1.	Imputabilidad relativa.....	161
4.3.2.	Exigibilidad de un comportamiento adecuado.....	164
4.3.3.	Definición de la culpabilidad del menor.....	165
4.3.4.	Proceso penal y culpabilidad del menor infractor.....	165

CAPÍTULO V

5.1.	Resultado de la investigación de campo y contrastación de hipótesis. La culpabilidad del menor en opinión de los jueces y fiscales especializados, jueces y fiscales mixtos.....	168
5.1.1.	Universo y muestra.....	168
5.1.2.	Resultados de la encuesta sobre culpabilidad del menor.....	168
5.1.2.1.	Presentación de resultados.....	168
5.2.	Interpretación.....	178
5.3.	Contrastación de la hipótesis en función a la muestra.....	179
5.4.	Discusión de resultados.....	181

CAPÍTULO VI

	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. PROYECTO DE LEY.....	183
	Conclusiones.....	183
	Recomendaciones.....	185
	Propuesta alternativa.....	186
	Referencia bibliográfica.....	188

INTRODUCCIÓN

La criminalidad constituye uno de los fenómenos sociales que más relevancia viene teniendo en los distintos lugares del mundo, lo que ocasiona grave inseguridad ciudadana y temor, ello, debido a las características que presenta y sobre todo por las consecuencias que de ella se generan en los miembros de la colectividad; es considerada de por sí, un problema de gran dimensión por la vulneración de los intereses jurídicos, los cuales son implícitos a los diferentes actos de criminalidad, que obviamente merecen una respuesta por parte del Estado, concretizándose en disposiciones normativas incorporadas a su ordenamiento jurídico a manera de patrones de comportamientos prohibidos, que los miembros de un grupo social tienen que observar y por ende ajustar su conducta a dichas directivas por la existencia de la condición de la imposición de una sanción por parte del aparato estatal.

El fenómeno criminal que a priori implicaría únicamente un problema con relevancia exclusivamente jurídica, ha pasado con el correr de las décadas, a ser considerado uno de carácter complejo, en el cual interactúan diversas variables y factores extrajurídicos que se relacionan, tanto disciplinas que forman parte de las ciencias sociales como de las ciencias naturales, denotándose una enorme inquietud por su análisis con la intención de encontrar las posibles soluciones este gran problema de la humanidad, el mismo que además se ha venido diversificando en cuanto a las modalidades que se presentan y a la clase de sujetos que participan.

En el presente trabajo de investigación nuestro interés se centra en analizar la forma en que el Estado y la sociedad, vienen enfrentando la delincuencia de los adolescentes, la que se torna también una preocupación por el incremento de hechos ilícitos que cometen los menores de edad, que además resultan ser violentos, en muchos casos. La necesidad de estudiar el tema, ha surgido de la constatación de vulneración de derechos que acarrea el hecho de no haberse regulado en nuestro país, una norma acorde con los términos del artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en que se regula el tratamiento que

debe darse a los niños- éste término utiliza la Convención- que infringen la ley penal, a quienes se les debe considerar inocentes mientras no se acredite su culpabilidad.

Conocido es que los adolescentes vienen siendo juzgados y sentenciados a sanciones que los privan de su libertad, como por ejemplo la internación, que lo confina en un centro de rehabilitación hasta por 10 años; sin embargo y a pesar que claramente la Convención establece que para la imposición de una sanción debe tenerse en consideración la Culpabilidad, la cual será establecida en un Debido Proceso, verificamos que éste elemento del delito no se analiza, ni se toma en cuenta, dejando al menor en clara desventaja frente al adulto, que si cuenta con todas las garantías que le proporcionan las normas internacionales de Derechos Humanos, así como las garantías penales y procesales expresadas en los principios axiológicos que caracterizan el “modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal”¹.

En nuestro país, por carecer de una normatividad clara y de una base sólida que respalde el Derecho Penal Juvenil, el adolescente infractor carece de la seguridad jurídica que se torna imperativa por tratarse de una persona en desarrollo, por lo que a través del presente estudio, creemos pertinente formular los criterios jurídicos o parámetros que deben ser tomados en cuenta como elementos de la culpabilidad del adolescente infractor.

La formulación de criterios jurídicos, servirán para solucionar la ausencia de un tratamiento diferenciado para este tipo de problemas, y sobre todo para contar con sustento válido que sirva para fundamentar una sanción en base al análisis de la culpabilidad del adolescente infractor, distanciada del derecho penal de adultos, y que además deberá tener en cuenta el Interés Superior del Niño, al momento de establecer las razones que justifican la imposición de las sanciones señaladas en el Código de los Niños y Adolescentes, cuyo tratamiento se ha obviado en la norma nacional.

¹Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón” Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid, 2001. 5ta. Edición. Pág. 93

En la primera parte de nuestro trabajo se abordarán los aspectos metodológicos, explicando con claridad el problema materia de análisis, el mismo que surge de la realidad que apreciamos día a día, cuando advertimos que los adolescentes que infringen la ley penal, vienen siendo juzgados y sancionados con medidas que le privan de su libertad ambulatoria hasta por 10 años, sin respetarse las garantías que surgen de la propia Convención. El eje central de la presente investigación consiste en proceder a la formulación y construcción de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente infractor y que justifiquen la aplicación de las medidas socio educativas previstas en el Código de los Niños y Adolescentes, y que impliquen el establecimiento de un marco jurídico especial que lo regule de forma específica, diferenciada y teniendo en cuenta la diversificación de grupos de los menores, atendiendo a parámetros de edad, que determinen las consecuencias jurídicas a ser aplicadas. Así también establecer el fundamento teórico de la culpabilidad del adolescente que infringe la ley penal y proponer las pautas normativas que de legeferenda son necesarias para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad del adolescente infractor de la ley penal.

A su vez en la segunda parte se desarrollan los aspectos que perfilan la condición especial del menor, la evolución de la infancia a través de la historia, la necesidad de una regulación jurídica especial para los menores; así como se abordan aspectos relevantes de la criminalidad de los menores, el estudio del menor en un contexto biológico, psicológico y sociológico para que a partir del mismo procedamos a determinar su ubicación y relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su estatus jurídico de sujeto de derecho y en base a estos presupuestos, analizar el aspecto criminológico de la criminalidad juvenil o de menores; detallando las diferentes teorías explicativas de la criminalidad y los factores criminógenos de los menores en diferentes ámbitos.

En la tercera parte nos referiremos al Tratamiento del adolescente infractor en la doctrina actual, los modelos de justicia de menores, un

estudio comparado del grupo de ordenamientos jurídicos extranjeros más importantes a efectos de conocer los aportes que han realizado para abordar y enfrentar la problemática de la culpabilidad o responsabilidad en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, que servirán de pautas referenciales para las propuestas de reforma que se plantean en este trabajo de investigación.

También se señalan los criterios jurídicos propuestos para sustentar la culpabilidad del adolescente infractor, que contribuirá a la imposición de sanciones debidamente fundamentadas, con respeto de los Principios que informan la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la cuarta parte de la investigación se presentarán los resultados de la investigación y discusión, con presentación de la muestra; y en base a este conjunto de conocimientos se procederá a esbozar, construir y proponer la reforma urgente y necesaria que requiere nuestra legislación nacional en materia de Justicia Penal de menores y que constituyan las bases referenciales y pautas direccionales para la construcción a futuro de un imprescindible DERECHO PENAL JUVENIL PERUANO basado en el modelo de justicia de la responsabilidad penal juvenil, que consideramos fundamental para abordar de una manera más idónea, en términos humanitarios y de efectividad, la compleja problemática de la delincuencia de los adolescentes.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Planteamiento del problema.

La delincuencia de los adolescentes, conforma una problemática bastante compleja, cuyo abordaje encierra varios ángulos, sobre todo en nuestro país, en donde en el campo legislativo nos encontramos sumamente atrasados en relación a esta temática. En ese sentido debemos indicar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico y la misma jurisdicción de menores presentan enormes deficiencias que se traducen en una Administración de Justicia sumamente arbitraria, inequitativa e irrazonable, de lo que nos da cuenta la realidad judicial; ello como consecuencia de tener una legislación inspirada en ideas completamente superadas y que no se encuentran en sintonía con un Estado Democrático de Derecho y sus principios fundamentales, ni con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En buena cuenta, la problemática que se aprecia, radica en que, de manera incorrecta, equivocada e inexplicable los hechos delictivos cometidos por menores en nuestro país reciben un tratamiento jurídico totalmente disímil en comparación al que reciben los adultos, para quienes se ha establecido un sistema de justicia implementado con una serie de garantías que emanan desde la misma Constitución, pasando por el Código Penal, en donde se encuentran previstos una serie principios que impiden la atribución arbitraria de hechos delictivos y la imposición de una sanción desproporcionada; además de contar con un nuevo modelo de proceso penal, que se caracteriza por ser garantista, y en donde el respeto de los derechos fundamentales del procesado son una prioridad, sumado a la existencia de medios alternativos al proceso penal, que no se encuentran previstos en el Código de los Niños y Adolescentes; por lo que podría afirmarse como punto de partida, que los adolescentes se encuentran en el lado opuesto de la moneda, pues en la actualidad se hallan impedidos de ser juzgados con los Principios y Garantías del Derecho Penal, subsistiendo una supuesta “protección” al

menor, que le imposibilita gozar de los mismos privilegios que los adultos, ello debido por un lado a que nuestra legislación de la materia – Código del Niño y del Adolescente- se sustenta en una ideología que en la práctica no logra afianzar al menor como un sujeto de derecho, dejándolo fuera de las garantías establecidas en la Constitución y en la normatividad internacional, al no contarse con principios básicos específicos que determinen cabalmente si la conducta ilícita puede serle atribuida al adolescente, en tanto que los elementos de la culpabilidad en materia de adultos, no pueden ser simplemente aplicados a éste, en razón a que uno de los elementos de la culpabilidad, es la imputabilidad, la que por mandato legal no puede ser atribuida al adolescente quien es considerado inimputable y por lo tanto surge la necesidad de establecer los parámetros que deberán tomarse en cuenta para definir su culpabilidad y por ende la aplicación a los menores que infringen la ley penal, de una sanción, cuya imposición resulte plena de legitimidad, en tanto que se trata de una medida judicial que priva de la libertad y que tiene efectos aún más nocivos que los que genera el derecho penal para los adultos, puesto que los menores se encuentran expuestos a la imposición de sanciones desproporcionadas e irrazonables, ya que tanto fiscales como jueces, proponen y determinan a su libre albedrío el quantum de duración de la medida a imponer y que de tratarse de una medida de “internación” implica una privación de libertad muy larga y sometida a las penumbras que ello involucra; configurándose una situación de completa asimetría en relación al tratamiento de los adultos, puesto que los menores no cuentan con la posibilidad de poder beneficiarse con todo el abanico de resguardos y garantías que brinda la doctrina del derecho penal de adultos, los mismos que se encuentran sumamente limitados. En los años de vigencia del Código de los Niños y Adolescentes, no se han establecido criterios o lineamientos para la imposición de las medidas socio-educativas, hoy sanciones, por parte del órgano judicial; tampoco se conocen los criterios que asumen los Fiscales al momento de solicitar el quantum de las sanciones. Entendemos que esta situación se suscita por la ausencia de una doctrina jurídica que explique los elementos de la

culpabilidad a aplicarse en los casos de adolescentes que infringen la ley penal, debido a la inexistencia de estos parámetros o criterios. De ahí que resulte necesario para nuestro trabajo destacar el nivel de importancia que debe tener el Derecho Penal de adultos, en la solución de conflictos sociales originados en las conductas de los infractores menores² de edad; fundamento suficiente para delimitar los conceptos que aún no se encuentran desarrollados en la doctrina, lo que ha permitido que durante los años de vigencia de la Convención sobre los derechos del Niño, no se utilice ningún parámetro, para resolver la asignación de responsabilidad a los adolescentes infractores, dejando de lado toda la gama de recomendaciones y observaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, que desde el año 2001, establece que los Estados deben priorizar en sus decisiones, el Interés Superior del Niño, y por ende los órganos estatales deberán explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido a la decisión; así tenemos que la Observación General N° 10, establece que: “En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restauradora, cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva

²El término menor se entiende como la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad. Aceptado por el Instituto Interamericano del niño, órgano de la OEA.

seguridad pública”³. De ésta observación se infiere que el Comité de los Derechos del Niño, ha puesto de relieve la importancia de reconocer una menor culpabilidad en los niños que tienen conflicto con la ley penal, justamente en base a su situación particular de personas en desarrollo, priorizándose soluciones que posibilitan otras formas de respuesta a dichos conflictos, ajenas a la intervención del derecho penal; en consecuencia, cabe generar una corriente doctrinaria que permita analizar la responsabilidad que se asigna al menor infractor, en base a esa menor culpabilidad de la que habla el Comité.

1.2 ¿Cómo surge el problema?

La criminalidad de las últimas décadas del siglo XX y la de inicios del siglo XXI, se presenta muy disímil tanto en términos cuantitativos como cualitativos, puesto que no solamente ha existido un aumento considerable de crímenes, sino que nos encontramos ante la aparición de nuevas formas de criminalidad con la presencia de nuevos actores, los mismos que presentan una gran diversidad en cuanto a caracteres sociales, biológicos y psicológicos, lo cual indica de manera clara y evidente que la criminalidad del mundo actual –el de la sociedad post moderna-, ya no está conformada únicamente y exclusivamente por hechos realizados por aquellas personas mayores de edad que pertenecen a los estratos sociales más desfavorecidos y dedicados a la comisión de delitos tradicionales (contra la vida, la integridad física, la libertad y el patrimonio), sino que, también se aprecia el ingreso a éste mundo de personas de otros niveles sociales que se pueden denominar más favorecidos e incluso de aquellas que conforman las denominadas “clases de élite”, encontrando aquí la presencia en gran medida las nuevas modalidades de criminalidad (delitos económicos, delitos contra el Estado –específicamente contra la administración pública-, tráfico de drogas entre otros), pero además se tiene la presencia de una mayor agresividad y organización entre las personas que delinquen dando

³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, pg. 5.

origen a la denominada “Criminalidad Organizada”; trayendo como consecuencia que el estudio y tratamiento criminal, tenga que ser diversificado, sistematizado e incluso especializado, precisamente por las exigencias que nos plantea el presente.

Dentro de esa gama de variantes que presenta la criminalidad, consideramos que un segmento importante que resalta entre ellos es aquel conformado por aquellos sucesos ilícitos que tienen como protagonistas de su realización y comisión, a aquellos que son considerados niños por la Convención de los Derechos del Niño, y que conforman la llamada “Criminalidad de menores”, que constituye uno de los aspectos de la criminalidad que mas notoriedad viene adquiriendo en la actualidad debido al tratamiento mediático que recibe, haciéndolo aparecer como un desbordante crecimiento del índice de hechos ilegales cometidos por los menores a nivel mundial y en específico en nuestro país, en donde es cada vez mayor el número de menores de edad que se incorporan al mundo de la criminalidad –ya sea de manera situacional, ocasional o permanente- y a una edad más temprana, lo que sin duda constituye una enorme preocupación para la sociedad, puesto que en ella se encuentran inmersos seres humanos que por su particular condición bio-sico-social presentan una condición más vulnerable y merecen un tratamiento preferente y prioritario por parte del Estado; sin embargo el análisis de las estadísticas existentes, señalan que en realidad no existe un crecimiento desmesurado de la criminalidad de menores; empero, ello no implica su olvido, más aún, si nos encontramos con una sociedad, plagada de desigualdades y abusos, que restringen el ejercicio real de los derechos de los niños y adolescentes, especialmente de aquellos que se encuentran en conflicto con la ley penal, sometidos a un proceso judicial en el que después de establecer su responsabilidad, se le impone sanciones, que supuestamente tienen como fin su rehabilitación, entre ellas la denominada sanción de internación, que puede tener una duración mínima de un día y prolongarse hasta 10 años, lo que implica no sólo la privación de la libertad del adolescente que es declarado culpable de la

comisión de un hecho delictivo, sino la privación de otros derechos básicos para su desarrollo integral. Sin embargo a pesar de negarse la existencia de un sistema penal juvenil, el tratamiento jurídico que recibe el adolescente infractor, en la práctica se realiza bajo algunos de los principios establecidos en la Teoría General del Delito que son de aplicación en el tratamiento de los adultos que infringen la ley penal, aunque no en todos los casos, ya que aún se impone la doctrina de la situación irregular; a pesar del tiempo transcurrido desde la vigencia de la Convención, no se ha diseñado una teoría jurídica que responda a las exigencias del mundo de hoy, ni a las necesidades de los infractores a la ley penal, que son menores de edad, siendo indispensable que exista una delimitación doctrinaria que nos permita definir los elementos que determinan la culpabilidad, para hacer viable la imposición de las sanciones, entre ellas la internación, que constituye una medida privativa de libertad al adolescente en conflicto con la ley penal.

Para tal fin debemos tener claro que el Derecho Penal forma parte de un sistema de control social, siendo el “instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables para la sociedad. Pero, es de gran importancia entender que este instrumento no es el único del que dispone la sociedad y el Estado para ejercitar el control social sobre las conductas de los ciudadanos. En efecto, toda sociedad genera sistemas de control, formales e informales, es decir de adecuación de los comportamientos sociales a pautas de organización de la convivencia que cada sociedad o grupo social quiere o puede darse. Este control social se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente, como las normas morales o religiosas, la educación en el seno familiar o en la escuela, etc., y también naturalmente, a través de las normas jurídicas, las generales, las penales, junto con el aparato institucional destinado a aplicarlas y hacerlas cumplir, como son los jueces, la policía y el sistema penitenciario”⁴. El control formal, conforme su propio

⁴Serrano-Piedecabras Fernández, José Ramón. Conocimientos científicos y fundamentos del derecho penal. Ed. Gráfica Horizonte. Lima, Perú 1999. Pag. 3

nombre lo expresa es una garantía frente al abuso, por lo que es hora de instaurar un verdadero Derecho Penal Juvenil, reconociendo que el menor que es hallado responsable de un delito, debe ser castigado, pero imponiéndosele una sanción que sea debidamente fundamentada.

1.3 ¿Cómo se manifiesta el problema y qué características tiene?

Como se ha señalado, durante los años de vigencia de la Convención sobre los derechos del Niño, en el Perú, el Código de los Niños y Adolescentes, ha consagrado el Principio de Legalidad, que guarda relación con la Tipicidad; así también ha incorporado en dicho cuerpo legal, los Principios de Confidencialidad y Reserva del Proceso, que obliga a resguardar la imagen e identidad del adolescente; se señala además que se deben respetar las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño, y las leyes vigentes sobre la materia. Pero a pesar de las modificaciones introducidas en Setiembre del año 2015, no se ha indicado nada respecto a los otros elementos del delito, llámese antijuricidad y culpabilidad, con lo que los parámetros utilizados para resolver los casos de adolescentes infractores a la ley penal, se circunscriben a lo señalado en el Código comentado, dejando de lado en la práctica las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, que establecen que los Estados deben priorizar en sus decisiones, el Interés Superior del Niño y ponen de relieve la existencia de una menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia; punto de partida importante para mejorar las legislaciones internas de todos los países del orbe, que han suscrito la Convención sobre los Derechos del niño, toda vez que pone en evidencia la necesidad de contar en principio con un sistema separado de justicia de menores y un trato diferente a los niños; en consecuencia la manifestación más clara del problema planteado es la ausencia de una normatividad que permita a la judicatura la aplicación de sanciones acordes con las garantías que todo proceso penal debe tener, más aún, si a quien se va a sancionar es a un menor

de edad, para quien se proclama protección por su nivel de desarrollo, que aún está en evolución.

Ahora bien, la Convención de los derechos del Niño, en su artículo 37 b) señala: “Los Estados velarán porque: ningún niño, sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizarán tan sólo como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda”. De igual modo, el artículo 40 inciso b), literal i), de la citada norma internacional, establece que deberá preservarse la inocencia del menor, mientras no se pruebe su culpabilidad. Esta disposición normativa establece claramente dos aspectos importantes: una relacionada a las medidas privativas de la libertad, que podrán ser utilizadas por todos los países que han suscrito la Convención, por lo que el Perú, se encuentra habilitado a hacer uso de dichas medidas, que implican la privación de libertad; y en segundo lugar trae a colación que la sanción que se impone deberá tener como presupuesto la demostración de la culpabilidad del adolescente. En concordancia con dichas normas, y en aplicación del Principio de Legalidad que consagra el artículo 189 del Código de los Niños y Adolescentes, se establece claramente que está prohibido procesar o sancionar a un adolescente por acto u omisión que no esté previamente calificado en las leyes penales de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. Y entendemos como infracción punible, a aquella que el Estado, como titular inmediato y directo del iuspuniendi, ha considerado como delito. En concepto de Miguel Polaino, “el delito (acción típica, antijurídica, culpable y punible, no es un suceso natural, sino la expresión de un sentido, mediante el cual un sujeto plenamente imputable afirma su disconformidad con una norma jurídica, poniendo en entredicho su vigencia: esto es, defrauda una expectativa normativa, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico.”⁵ En relación a la pena, Polaino Navarrete, destaca que ésta se reserva para el autor plenamente imputable, existiendo una interrelación normativa entre delito y pena,

⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal. Ed. Grijley. Lima Perú. 2008. Pág. 51.

poniendo de manifiesto dicho autor que “la pena se rige por el principio de culpabilidad que es el fundamento y límite de la pena, esto es, se impone al autor imputable de un delito”⁶ . Y traemos a colación estos conceptos del Derecho Penal, en tanto que, en nuestro ordenamiento jurídico no está reconocida la existencia de un Derecho Penal Juvenil, sino que en base al Principio del Interés Superior del Niño, la respuesta estatal para aquellos menores que infringen la ley penal, tiene como consecuencia la imposición de sanciones orientadas a la reeducación y rehabilitación, no considerándosele como penas, en tanto que el menor es inimputable; pero es innegable que la consecuencia jurídica de la infracción cometida, puede ser el internación, esto es privación de la libertad ambulatoria del menor infractor, en caso ésta dolosa y sancionada como pena privativa de libertad no menos de seis años, siempre que no se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas, según reza el artículo 235 del Código de los Niños y Adolescentes, que además precisa otras situaciones que justifican tal medida de privación de libertad, entre las que apreciamos el incumplimiento de las sanciones anteriores, la reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos, y por último la alta peligrosidad del adolescente; siendo estas últimas posibilidades totalmente negadas en el derecho penal de adultos, por lo que consideramos que el problema que se enfrenta tiene una característica de suma gravedad, para el adolescente infractor, quien hace frente a un proceso penal, en total desventaja.

De otro lado, el artículo 20 del Código Penal, establece las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, verificándose que declara inimputables a los menores de 18 años de edad; esta norma resulta clara a la luz del Derecho Penal de adultos, teniendo en cuenta que la imputabilidad es uno de los elementos importantes de la culpabilidad, pero no resulta aplicable en el tratamiento de los adolescentes a quienes se les incrimina la comisión de una infracción a la ley penal; tal

⁶Ibídem. Pag. 53

regulación jurídica, afecta gravemente el interés superior del menor infractor de la ley penal, a quien se le puede imponer una sanción, sin mayor análisis jurídico respecto a su culpabilidad, situación que debe corregirse, acorde con las novísimas corrientes jurídicas; y ser apreciada tomando en cuenta otros aspectos importantes, entre ellos, la capacidad civil que se le reconoce al adolescente según las normas civiles. Consideramos que la trascendencia de la presente investigación radica en la formulación de pautas o reglas de orden jurídico que sustenten las sanciones que se imponen al adolescente infractor, más aún, si como advertimos del artículo 20 inciso 2 del Código Penal, la norma sustantiva los identifica como inimputables; y si esto es así, deberíamos negar de plano la aplicación de la teoría de la culpabilidad que justifica la imposición de una sanción penal, en tanto que las sanciones dirigidas a los adolescentes, tienen un objetivo diferenciado de la pena privativa de libertad; pero ya es hora de que nuestro país, ingrese al grupo de países que han introducido a su legislación la imputabilidad de los adolescentes, lo que sin duda posibilita un mejor tratamiento de la culpabilidad, puesto que siempre debe tenerse en cuenta que previamente a una sanción debe comprobarse en forma fehaciente la responsabilidad del adolescente como autor o partícipe del acto ilícito.

La elaboración de criterios jurídicos permitirán la uniformidad de las decisiones judiciales, ya que estableciendo los parámetros que sirvan de referencia para la declaración de culpabilidad del adolescente, por el hecho ilícito cometido, se evita un tratamiento injusto y a veces antojadizo, de parte de los órganos encargados de la persecución y el juzgamiento; esto cobra mayor importancia cuando nos enfrentamos a hechos ilícitos que ameritan la imposición de la internación, en cuyo caso corresponde un reforzamiento de las garantías y derechos que corresponden al menor, pero también la necesidad de declarar la responsabilidad del menor, en relación con el desvalor de su acción.

No podemos negar que existen deficiencias precisamente por la ausencia de una teoría que explique la naturaleza de la culpabilidad del adolescente, no obstante que la propia Convención ha consolidado dicho

principio como pauta rectora para una sentencia declaratoria de responsabilidad; y si bien se garantiza el Principio de Legalidad, según el cual, ningún adolescente podrá ser acusado o declarado culpable, por acto u omisión que no esté previsto como delito por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron, no nos dice nada en relación con la culpabilidad, aunque sí regula expresamente que sólo se le declarará culpable de los cargos que se le imputen si estos han quedado demostrados más allá de toda duda razonable.

La Convención toma como sustento, la capacidad del adolescente de infringir la ley penal, y nuestro Código se encarga de regular la edad mínima para establecer la responsabilidad; sin embargo, no basta éste parámetro para medir la capacidad de responsabilidad penal del adolescente, ya que esta debe ser analizada a partir de la posibilidad que éste tenga, para comprender y asumir las consecuencias de sus actos⁷, así como otros elementos que se consignan a lo largo del presente trabajo de investigación, para sustentar los criterios jurídicos que nos proponemos formular; no es suficiente en nuestra opinión, que las sentencias que emita el Poder Judicial, tengan una simple enunciación respecto a la comprensión del injusto por parte del adolescente que ha infringido la ley penal o actuar conforme a esa comprensión, sino que deben precisarse otros elementos que permitan analizar individualmente estas circunstancias, que vienen dadas por la verificación del disfrute de todos los derechos del niño, reconocidos en la Convención.

De manera tal que al formular criterios doctrinarios que sustenten la culpabilidad del adolescente al infringir la ley penal, estos deben tener en cuenta, que en nuestro ordenamiento jurídico, el adolescente es considerado inimputable en forma explícita por el ordenamiento penal; por ello, el análisis de la capacidad que tiene al infringir la ley penal, requiere de una base doctrinaria diferenciada, que permita afirmar que dicha capacidad se sustenta en los principios jurídicos del moderno Estado de Derecho; de otro lado es latente la necesidad que todos

⁷ RESTREPO GONZÁLES, Diana Patricia. La responsabilidad psicológica del menor infractor. Ed. Leyes. Bogotá, 2004. Pág. 15.

aquellos que de una u otra forma participan en el sistema de justicia en el Perú, tengan a la mano herramientas que sirvan para reforzar las garantías sustantivas y procesales en los procesos que se siguen contra adolescentes infractores; por ello la formulación de criterios jurídicos para concluir en la culpabilidad del adolescente podrán servir en un futuro cercano, para elaborar una teoría de la culpabilidad del adolescente infractor de la ley penal, y además para la aplicación de los mecanismos alternativos a una sentencia declaratoria de responsabilidad; así también en el campo de la ejecución de las sanciones que se le han impuesto; consideramos que esta problemática ha sido olvidada a lo largo de los años de vigencia de la Convención y a la fecha necesita una respuesta inmediata y urgente por parte del Derecho y en particular del Derecho Penal Juvenil, a través de un marco normativo adecuado que permita su tratamiento conveniente por las agencias judiciales, fiscales y de defensoría.

No debemos dejar de lado, que la Convención sobre los Derechos del Niño, recomienda que la respuesta al delito cometido por menores, ha de ser proporcional a las circunstancias y a la gravedad del delito, pero también a la edad, a la menor culpabilidad, a las necesidades del menor, así como a las necesidades de la propia sociedad; sin embargo por encima de estos intereses sociales, siempre deberá prevalecer la necesidad de salvaguardar el interés superior del niño y fomentar su reintegración a la sociedad.

El aporte jurídico que se pretende es valioso porque se trata de la elaboración de criterios jurídicos que sustenten la responsabilidad del infractor a la ley penal, menor de edad, que no puede ser tratado como imputable, por mandato de la ley.

Resulta importante tener en cuenta pronunciamientos como el emitido por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03247-2008-PHC-TC - proceso constitucional de Habeas Corpus - a fin de determinar cuál es su posición jurídica, y cómo se vienen resolviendo en sede constitucional, los rubros relacionados a nuestro tema de estudio; así

como el enfoque de la Corte Interamericana y otros órganos internacionales, en materia de menores.

Parecería ser que la norma vigente fuera clara en su contenido. Sin embargo, las decisiones de la judicatura en nuestro medio, no son uniformes, precisamente por el poco desarrollo doctrinario sobre el tema. De ahí que sea necesario hacer un análisis profundo de la problemática que acarrea dicha incertidumbre y que ha permitido que un mismo ilícito penal, con similares características, sea merecedor a una simple amonestación por parte de algunos juzgados, mientras que otros jueces de zonas alejadas, impongan medidas de internación, en detrimento del derecho a la igualdad y a un debido proceso del adolescente en conflicto con la ley penal. Así también nos preocupa la especialización de los jueces, lo que no es exactamente la regla, de ahí que una normatividad inadecuada impide que las decisiones judiciales sean predictibles y objetivas, lo que ha traído consigo una impartición de justicia que linda con lo increíble.

De otro lado, si partimos del análisis del concepto del Debido Proceso, que a lo largo de la historia constitucional peruana, ha evolucionado, y al que se han integrado una serie de derechos fundamentales, deberemos asumir que de ningún modo son derechos renunciables, menos aún si los analizamos desde la perspectiva de favorabilidad, por tratarse de personas que están en desarrollo, como los adolescentes; siendo por ello importante traer a colación los “Principios de Retributividad, Principio de Legalidad, Principio de Necesidad o de Economía del derecho penal, Principio de Lesividad o de la ofensividad del acto; Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; Principio de jurisdiccionalidad; Principio Acusatorio; Principio de la carga de la prueba o de verificación y Principio del contradictorio o de la defensa o refutación”⁸; los cuales finalmente son de suma trascendencia en un proceso penal a adolescentes.

⁸FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón” Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid, 2001. 5ta. Edición. Pág. 93.

En consecuencia, la realidad nacional nos impone la obligación de impulsar una transformación en el tratamiento del adolescente infractor, a fin de construir un sistema penal juvenil, respetuoso de los derechos humanos y acorde con la Convención sobre los derechos del Niño.

1.4 Descripción de la metodología utilizada.

Los métodos de investigación científica sirven para descubrir nuevos hechos o fenómenos, en todos los campos de la realidad, para la formulación del saber científico. Existen diferentes métodos de investigación, y el tema de estudio, nos ubica dentro del campo socio jurídico del menor infractor, por tanto se ha acudido al método de investigación inductivo-deductivo-dogmático, y siendo la dogmática jurídica una disciplina perteneciente al Derecho, ésta tiene un carácter eminentemente sistemático.

1.4.1 El tipo de investigación es de nivel básica explicativa en su secuencia temporal seccional, es de corte transversal o sincrónica, de acuerdo a la cronología de la investigación y considerando que el problema sigue latente, es de tipo Prospectiva, y Propositiva, en atención a que se están planteando propuestas de legeferenda.

1.4.2 Inductivo-deductivo:

Sobre la base de un conocimiento particular de la situación que viven los adolescentes internados en el Centro Juvenil “José Quiñones Gonzáles” de Chiclayo y otros centros juveniles del Perú, se ha llegado a emitir un juicio respecto a la problemática que enfrentan todos los adolescentes que sufren detención por mandato judicial, sea ésta a mérito de una sentencia condenatoria o por internación preventiva.

1.4.3 Dogmático:

Mediante el cual proporciono criterios jurídicos para determinar la culpabilidad del adolescente infractor.

1.5 Formulación de hipótesis.

Si se formularan criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad de un adolescente infractor de la ley penal, entonces se contribuirá a la imposición de sanciones debidamente fundamentadas, con respeto a los Principios que informan la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.6 Identificación de las variables.

Los datos que se usaron para comprobar la hipótesis planteada y que fueron contrastados entre sí, son los siguientes:

1.6.1 Variable Independiente:

La formulación de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente infractor.

1.6.2 Variable Dependiente:

Contribuirá a la imposición de sanciones debidamente fundamentadas, con respeto a los Principios que informan la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.7 Objetivos.

1.7.1 Objetivo General:

Formular los criterios jurídicos o parámetros que deben ser tomados en cuenta como elementos de la culpabilidad del adolescente infractor, necesidad que surge de los propios términos del artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño y que permitirán la aplicación motivada y sostenida en base jurídica, de la medida de detención, encarcelamiento, internación o prisión del menor, y que en nuestro país se conoce como sanción de internación; para lo cual se propugna básicamente la reforma del artículo 20 del Código Penal.

1.7.2 Objetivos Específicos:

1.7.2.1 Analizar los principios que informan Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el Principio Superior

del Niño, lo que contribuirá a la imposición de sanciones debidamente fundamentadas.

1.7.2.2 Explicar con base teórica la aplicación de las sanciones que privan de la libertad a los adolescentes infractores de la ley penal.

1.7.2.3 Describir las tendencias actuales existentes en pro y en contra de la aplicación de criterios de culpabilidad para los adolescentes infractores de la ley penal.

1.7.2.4 Establecer los criterios de culpabilidad, que servirán de base para la formulación de un futuro Derecho Penal Juvenil en el Perú.

1.8 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

Las técnicas seleccionadas para la recolección de datos son la recopilación documental, encuestas, entrevistas, la observación directa de la investigadora.

En cuanto al Análisis Estadístico de los datos, se ha hecho uso de fórmulas estadísticas, con la finalidad de consolidar la información obtenida y elaborar los gráficos que se presentan.

1.9 Población.

Está conformada por todos los Juzgados de Familia del Perú y la Muestra, los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de Lambayeque.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. El Adolescente y la Criminalidad. Introducción

2.1.1. Aspectos que perfilan la condición especial del menor.

La temática planteada en el presente trabajo, requiere de forma preliminar abordar la situación del menor en un contexto biológico-psicológico- social, para engarzarlo con el aspecto jurídico y la problemática que encierra. En ese sentido es necesario tener en cuenta estos aspectos preliminares, debido a que el problema de los menores infractores no solamente puede enfocarse como individuos que han cometido un injusto jurídico penal, pues implicaría partir de una realidad fragmentaria e incompleta⁹.

Es importante considerar que el ser humano en cuanto a su estructura presenta una conformación de varios aspectos, como son, de carácter biológico, psicológico y social, los mismos que tienen un gran relevancia para la realización de cualquier estudio que tenga que ver con el hombre; en el caso de la criminalidad la situación no es distinta, puesto que estas dimensiones estructurales interactúan, condicionando y determinando el comportamiento del hombre; no obstante no se presentan de manera uniforme en los seres humanos, puesto que cada uno evidencia un desarrollo en diferente grado; teniendo como contrapartida la existencia de disfunciones biológicas o psíquicas en un grupo importante de personas, sean estas congénitas o adquiridas en el curso de su existencia, cuestiones anómalas que se ven ampliadas al contexto social y de medio ambiente, que tampoco se presentan de una manera igual a las personas¹⁰.

Consideramos que es conveniente en primer término, tratar al menor como ser social, puesto que no debemos perder de vista que es una

⁹ HALL GARCIA, Ana P. La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004, p. 39.

¹⁰ HERRERO HERRERO, César. Delincuencia de menores tratamiento criminológico y jurídico, 2da edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 21.

persona que forma parte de la sociedad, pero a la vez “no se puede pasar por alto que, se encuentra atravesando una etapa evolutiva muy importante; por lo que su condición de niño, hace que la titularidad de sus derechos y la exigencia de responsabilidades frente a la sociedad sea regulada de forma distinta a la de los adultos¹¹.

Este análisis es necesario, porque constituye un aspecto que hay que tener muy en cuenta en el ámbito de la criminalidad y más aún si se trata de la criminalidad de menores. Es por ello que se debe examinar la influencia interactiva, o psico-sociológica, en el surgir de la criminalidad, ya que no puede obviarse el hecho que el hombre nace, se desarrolla y muere en un contexto social y configura su forma de vida en base a las pautas y directrices que le trasmite la sociedad en la que nace y vive y que le permiten adaptarse o, en su caso no adaptarse a ella, con más o menos márgenes de discrecionalidad o de decisión personal. Siendo que estas precisiones que son analizadas de manera general para la delincuencia de adultos, también se deben tener en cuenta en los delitos cometidos por menores, pero con sus respectivos matices, debido a que se trata de una clase de seres que no han alcanzado el desarrollo de su personalidad, y por el contrario se encuentran en pleno proceso evolutivo de tránsito y de crecimiento a la instancia adulta, lo que por sí mismo implica que el menor aún no ha llegado a la madurez mínima y a las potencialidades que ostenta un adulto, lo que constituye la base y el sustento que respalda y justifica la necesidad de un tratamiento diferenciado y menos represivo que el de los adultos.

En efecto, “una concepción singularizada y personalista, en torno al menor, dentro de la cual gira, precisamente, el principio de “*el mayor interés del menor*”, no puede permitir que los menores, *aquí los menores delincuentes*, sean considerados como seres “*standard*” o en serie. Exige tratarlos, a todos los efectos, de forma individualizada, para constatar el grado de madurez o inmadurez en su desarrollo psicobiológico, psicomoral y psicosocial. Y desde luego, para poder ponderar sus actuales motivaciones y actitudes ante la infracción.”¹² En

¹¹HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 39.

¹²HERRERO HERRERO, Ob. Cit., p. 22.

consecuencia, queda clara la necesidad de tratar el tema de la responsabilidad penal del menor de 18 años y mayor de 14, con criterios psicológicos, ya que ésta disciplina nos permitirá establecer la relación existente entre el desarrollo del adolescente y su capacidad para comprender y responsabilizarse del acto infractor cometido.

Al respecto en el presente trabajo analizamos las diferentes teorías de la psicología, que explican los niveles de desarrollo de un niño.

2.2. Evolución histórica de la infancia

A lo largo de la historia, el reconocimiento del niño como un ser individual, pleno de derechos es reciente; así podemos expresar que uno de los más importantes autores que se dedicó a estudiar el origen de la categoría “infancia”, Philippe Ariés, concluyó en 1962, que “durante siglos, los niños no fueron diferenciados de los adultos, eran mirados con indiferencia”¹³, “siendo las tasas de mortalidad infantil tan altas, que toda familia contaba con la posibilidad de que habría decesos en su descendencia”¹⁴.

La historia revela que por ejemplo, en Esparta, cada recién nacido era sometido a la Asamblea de Ancianos, que decidía si respetaban su vida o no; en caso de que no fuera útil, era enviado al Monte Taigeto y lanzado desde la cima. Sin embargo también existían algunas leyes de protección para los pequeños, pues por ejemplo “el Estado estaba obligado a proteger a los huérfanos de guerra y podía juzgarse por un tribunal los daños infligidos por un tutor, a la persona de un huérfano que se hallara bajo su cuidado. Platón en *La República* y *las Leyes*, propone separar a los niños de sus padres, para educarlos y convertirlos en ciudadanos virtuosos; mientras que Aristóteles, concibe al niño como un proyecto de hombre al que es necesario educar para la adquisición de hábitos adecuados y de una disciplina estricta”¹⁵.

¹³La infancia y la Familia. Francia, París. Ed. Paris. 1973. Pág. 38. Recuperado de: iin.oea.org./cursos a distancia/ el niño y su vida familiar. Philippe Ariés.

¹⁴Ochoa, Jorge. “La infancia como construcción cultural”. Rev. Centro de investigación y desarrollo de la Educación. CIDE. Santiago 1983. Pág. 1

¹⁵GONZÁLES CONTRÓ, Mónica. Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2008. Págs. 21-22

En Roma, la potestad del Pater, se imponía, siendo el único que ostentaba la capacidad de decidir en la familia; “existía incluso el llamado “tollereinfantum”, que significaba que el padre tenía la prerrogativa de acoger al niño y exponerlo en la puerta de un domicilio o en un basurero público, esperando que alguien lo recogiera”,¹⁶ práctica utilizada especialmente con aquellos niños nacidos con deformaciones.

Con el cristianismo y debido a las enseñanzas de la religión, la situación de los niños comienza a transformarse. Así Grossman, sostiene que “San Bartolomé condenó el infanticidio y el aborto; San Justino y San Félix, enseñaron a los emperadores paganos, la protección de miles de niños abandonados”¹⁷. Sin embargo estas recomendaciones, tardaron en llevarse a cabo, subsistiendo por mucho tiempo el infanticidio y el abandono. Más tarde, la iglesia empezó a proteger a los niños, por medio de los orfanatos; el cristianismo reforzó la responsabilidad de los padres, de alimentar y educar a sus hijos, porque los habían recibido de Dios, naciendo así el principio por el cual, la paternidad da más deberes que derechos.

“Durante la Alta Edad Media (siglos V al X), debido a los problemas sociales existentes, como la disminución del poder, la monarquía, el fortalecimiento de la familia patriarcal, la tutela vuelve a ser considerada como un instituto básicamente privado; el varón jefe de familia, acogía a hijos, sobrinos, parientes lejanos, viudas y huérfanos. En el Fuero Juzgo, se encuentran normas que favorecen a los hijos, quitando al padre el poder de vender, donar o privar de la vida a sus hijos, estableciendo la mayoría de edad, a los 15 años”¹⁸.

Entre los siglos XI a XV, se consolidó el modelo de familia extensa, en la que el patriarca debía reunir el máximo número de hombres bajo su dominio para poder defender la posesión de las tierras; en esta época el niño garantizaba la continuidad de la estirpe.

¹⁶La infancia y la Familia. Francia, París. Ed. Paris. 1973. Pág.38. recuperado de: [iin.oea.org/cursos_a_distancia/ el niño y su vida familiar](http://iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_niño_y_su_vida_familiar). Philippe Ariés.

¹⁷GROSSMAN, Cecilia y MESTERMAN Silvia. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Ed. Buenos Aires. Argentina. 1998. 2da. Edición. Págs. 81, 85.

¹⁸GONZÁLES CONTRÓ, Mónica. Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2008. Pág. 27

En España, durante el siglo XIV, surge una figura denominada “padre de huérfanos”, que era un mecanismo de control-represión, y en el que se visitaban lugares públicos y se detenían huérfanos y personas de mal vivir, conduciéndolos a una casa refugio, en donde se les enseñaba un oficio o se juzgaba a los menores que habían cometido delitos.

En el siglo XV aparece la corriente de estudiar el comportamiento sexual de los niños, para preservarlos de del peligro, iniciándose un cambio en la forma de educarlos, de hablarles, considerándolos seres asexuados, cuya moral debe preservarse.

Así, “hasta el siglo XVII, el culto a la Virgen y al niño Jesús, permiten que el niño sea visto como una cera blanda, susceptible de ser moldeada, apareciendo los primeros manuales de crianza de los niños”¹⁹. En realidad la historia señala que en el siglo XVIII, aún se le da la categoría de infante, pero no se le considera en realidad una persona; “es Rosseau, quien advierte características especiales en la infancia, y es a partir de este siglo que diversos autores empiezan a discutir sobre formas especiales para su educación e instrucción”²⁰.

En el siglo XIX la infancia empieza a tener mayor atención de los adultos; “sin embargo las condición es sociales existentes la explotación del niño obrero seguía manteniéndose, lo que indica que “aún estaba lejos la concepción de la infancia como situación propia de todo niño”²¹.

Esta situación permanece hasta el siglo XX, época en la que se producen diversos movimientos a favor de la infancia, por lo que es en este siglo en que se desarrollan mejores condiciones para la niñez, concebida como una etapa que requiere condiciones especiales para su desarrollo, así como el rol fundamental de la familia y la participación de la comunidad en la mejora de oportunidades para la atención de sus necesidades.

¹⁹ Ibídem. Pág. 31.

²⁰ JARAMILLO, Leonor. Concepción de Infancia. En Revista Zona próxima, del Instituto de Estudios superiores en Educación. Universidad del Norte Colombia. Recuperado de: www.rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/zona.

²¹ HALL GARCIA, Ana P. La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004, p. 45.

“En el campo asistencial el Estado comenzó a asumir las competencias que hasta entonces correspondían a la caridad individual que imponía la religión. Así también los legisladores empezaron a incorporar criterios protectores a favor de la infancia”²²

La información recogida nos permite aseverar que la infancia no ha tenido un tratamiento especial ni diferenciado favorable a lo largo de la historia de la humanidad; y aunque no existen registros en específico no podría afirmarse que el niño se encontraba en mejores condiciones sociales, económicas y laborales que los adultos de su época; el desarrollo de la sociedad ha pasado por etapas en que incluso los adultos eran esclavos, explotados, avasallados o muertos sin ningún tipo de responsabilidad de quien causaba estos tratos inhumanos; de ahí que el menor quien se encontraba en un estado de indefensión absoluta, no podría haber tenido una situación mejor.

2.3. El menor como persona en proceso de formación

En la actualidad nadie puede negar que un menor de edad es una persona en desarrollo, quien necesita para tal fin, de condiciones especiales que deben ser cubiertas asertivamente, para lograr una adecuada evolución.

“A través del tiempo han surgido diversas teorías que tratan de explicar los cambios que se presentan en el ser humano durante su desarrollo, siendo las más importantes las siguientes”²³.

La Teoría Psicodinámica o Psicoanalítica de Freud: que explicaba que cada etapa del desarrollo estaría determinada por deseos inconscientes relacionados con determinadas funciones biológicas; el desarrollo está determinado por tres instancias, a saber, el Ello o principio del placer; el Yo o principio de la realidad y el Superyo o la conciencia.

Sigmund Freud, fue el creador del Psicoanálisis, y autor de la teoría de la personalidad que ha tenido mayor influencia, propuso la existencia de la motivación inconsciente en la conducta del ser humano; consideró que

²² Ib ídem. Pág. 46-47.

²³ En revista electrónica de Universidad de Murcia España. Teorías sobre la psicología del desarrollo. ocw.um.es

“la conducta sana es aquella por la cual la persona comprende su motivación. Las causas importantes para la conducta perturbada son inconscientes. Por tanto, se sigue de esto que la meta de la terapia sea hacer consciente lo inconsciente”²⁴.

El movimiento neofreudiano, representado por Eirc From, Karen Horney, Harry Strack Sullivan, puso de relieve tanto las funciones del yo, como las influencias sociales. Sin embargo, ésta teoría ha sido superada, al no contar con una base científica rigurosa.

La teoría Conductual: cuya orientación se basa principalmente en el trabajo sobre condicionamiento clásico de Pavlov y Hull y en los conceptos sobre condicionamiento operante de Skinner. “Del condicionamiento clásico se ha aprendido que los estímulos que se asocian con reforzamiento incondicionado comienzan a desarrollar propiedades reforzantes propias, en particular si se aparea con frecuencia el estímulo condicionado con un estímulo incondicionado y el intervalo entre ambos estímulos es óptimo. El enfoque operante se caracteriza por el punto de vista de que la conducta se mantiene por sus consecuencias.”²⁵

La Teoría del Aprendizaje, según la cual el desarrollo se da a través de mecanismos como la observación e imitación del comportamiento de personas que podemos considerar como modelos de comportamiento. Existen varios enfoques del aprendizaje social, incluyendo los de Miller, Bandura y el propio Phares, “pero en ellos el ambiente se considera como la principal fuerza que moldea la conducta. Con el adecuado control del ambiente, el proceso de aprendizaje explicará la adquisición y la modificación de la conducta”²⁶.

La Teoría Cognitiva, que explica el desarrollo desde los procesos intelectuales del individuo o la capacidad de pensar, así como es producto de la interacción social con individuos importantes para él. (Piaget, Vygostsky)

²⁴PHARES, Jerry E. Psicología Clínica. Conceptos, técnicas y métodos. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V. México-Santafé de Bogotá. 1996. Pág. 69.

²⁵Ib ídem. Págs. 87-88.

²⁶Ib ídem. Pág.91.

“Paiget, divide el proceso de adaptación en dos partes: asimilación y acomodación. Asimilación consiste en recibir o incorporar las experiencias en las estrategias propias; por acomodación se entiende un cambio o modificación en los conceptos o estrategias ante la nueva información que ha sido asimilada. Ejemplo: un niño asimila al estirar la mano para recibir un juguete, un adulto asimila al asignar un objeto nuevo a una categoría ya conocida, por ejemplo clasificar el pan, como alimento propio del desayuno. A medida que se asimilan nuevas experiencias los esquemas actuales se ajustan para que encajen en la nueva situación”²⁷.

Por su parte Vygostsky, fue el primero en señalar que el pensamiento del niño no se desarrolla dentro de un vacío, sino que está sujeto a las influencias del contexto socio cultural en el que crece.

Teoría Humanista, o Fenomenológica, que explica el desarrollo humano a partir de las cualidades innatas de cada individuo, siendo importante las motivaciones intrínsecas que son las que finalmente determinan su conducta y formación. (Rogers, Maslow). La posición de Rogers, se basa en que la percepción de la persona acerca del mundo es el determinante principal de la conducta.

La Teoría Evolutiva, considera que existen factores genéticos y biológicos que influyen en el desarrollo del individuo. Dentro de los seguidores de esta teoría que se basan en la teoría de Darwin, se ha abierto paso la Teoría etológica, de Lorenz, que explica determinados patrones de desarrollo a partir de determinantes biológicos.

Estas teorías son las más importantes que se han desarrollado durante el siglo XX, teniendo ellas algunos enfoques que se asemejan, otorgando importancia a la necesidad de abordar el desarrollo del individuo, dentro de un contexto social, es decir en su relación con otros individuos.

En criterio de Ileana Enesco²⁸, la situación actual de la Psicología del Desarrollo, presenta los siguientes enfoques: “Enfoque etológico, enfoque del ciclo vital, enfoque ecológico y enfoques cognitivos. En

²⁷SARASON, Irwin G. SARASON, Bárbara R. Psicología: fronteras de la conducta. Ed. Harla. México 1984. Pág. 22.

²⁸ ENESCO Ileana. Psicología del desarrollo. www.enciclonet.es Pág. 8.

cuanto al primero señala la autora, que se basa en el estudio de las diferentes especies a través de la observación en laboratorio, método que aplicado al desarrollo humano, permitió a Jhon Bowlby, formular la teoría del apego, que describe la relación bebé-madre o cuidador, a través del cual se crean vínculos afectivos, se origina la comunicación, o comportamientos agresivos, defensivos, de cooperación, ayuda, juego, etc.²⁹; esta perspectiva etológica, ha identificado los períodos de tiempo en que las especies se encuentran aptas para aprender ciertas conductas de su entorno.

Los Psicólogos que realizan el Enfoque del ciclo vital, sostienen que el desarrollo humano puede tomar diversas direcciones, dependiendo de diversas influencias, que pueden ser biológicas, físicas, sociales, y especialmente el contexto histórico y cultural en que se desarrolla el individuo. Sostienen que las habilidades intelectuales de los individuos no se desarrollan de igual manera para todos, e inclusive no hay una sola forma de razonamiento y de pensamiento, existiendo diversas formas de resolver un mismo problema, lo que se encuentra supeditado a la influencia de factores normativos y no normativos, los primeros relacionados con la edad, factores biológicos, determinado momento histórico, y los no normativos, como por ejemplo situaciones no generalizables.

El Modelo Ecológico, aspira a conseguir una visión integrada del individuo en su contexto físico y socio cultural; se sostiene que el carácter recíproco de las relaciones humanas, permite que niños de la misma edad, se adapten de forma diferente, según la relación que tengan con los padres o con personas significativas.

Los Enfoques cognitivos, señalan que “la diferencia entre niños y adultos no reside en su estructura mental, sino en que los primeros tienen peores estrategias de atención y memoria y un conocimiento menor de la realidad. En otras palabras el niño suele ser novato en la mayoría de asuntos, mientras que el adulto suele ser el experto, de ahí que actúen de manera diferente”³⁰.

²⁹ Ibídem. Pág. 9.

³⁰ UNESCO Ileana. Psicología del desarrollo. www.enciclonet.es Pág. 11.

Como vemos existen diversas clasificaciones respecto a la Teoría de la Personalidad, que en definitiva han servido para ayudar a comprender la conducta de los individuos, desde sus primeros años de vida, encontrando entre ellas, un común denominador consistente en la influencia que ejercen en el desarrollo de un individuo, los factores externos, los cuales conjuntamente con los factores internos van definiendo su personalidad; se deja en claro además que estos constituyen elementos integrantes de la formación del individuo, de ahí que si existieran errores de comprensión no corregidos oportunamente o mensajes emitidos por los adultos reforzando una situación negativa, ello repercutiría en la formación del individuo, en su proceso de aprendizaje y de interrelación.

Además de las teorías expuestas, que sin duda nos permiten tener un conocimiento importante, respecto al desarrollo de la personalidad del individuo, para nuestro estudio también resulta importante tener en cuenta el grado de desarrollo de la inteligencia de los adolescentes, a fin de poder comprender si éste presenta dicha cualidad, como punto de partida para verificar su capacidad de decisión debidamente motivada.

Al respecto existen definiciones de inteligencia, y si bien éstas no son aceptadas universalmente, existen las siguientes clases de definiciones: “1. Definiciones que enfatizan la adaptación al ambiente – adaptabilidad a nuevas situaciones; capacidad de enfrentarse con varios tipos de situaciones. 2. Definiciones que se enfocan en la capacidad de aprender – relacionadas con la educabilidad en el amplio sentido del término. 3. Definiciones que enfatizan el pensamiento abstracto – la capacidad para utilizar una variedad más extensa de símbolos y conceptos; capacidad para emplear tanto símbolos verbales como numéricos”³¹.

Las definiciones formuladas por los teóricos destacan la capacidad del individuo para actuar en forma propositiva, capacidad para resolver problemas con discernimiento, para adaptarse a situaciones nuevas, para beneficiarse de su experiencia, para adaptarse a las normas culturales y sociales; pero estas definiciones no se excluyen entre sí.

³¹PHARES, Jerry E. Psicología Clínica. Conceptos, técnicas y métodos. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V. México-Santafé de Bogotá. 1996. Págs. 186-187.

En 1983, Howard Gardner, desarrolló la teoría de las Inteligencias múltiples, proponiendo que la vida humana requiere del desarrollo de varios tipos de inteligencia, identificando hasta 6 tipos de inteligencias, que son las siguientes:

- 1) “Inteligencia lingüística, que es la capacidad de dominar el lenguaje para poder comunicarnos con los demás, la que no se circunscribe a la oralidad, sino también se desarrolla a través de la escritura y los gestos”³².
- 2) “Inteligencia lógico matemática, que es la capacidad para resolver problemas relacionados con los números y las relaciones que se pueden establecer entre ellos, y nos permite predecir las conexiones causales entre las cosas que pasan. Por ejemplo, si le añado tres unidades a cinco, obtendré ocho, porque las he sumado. Gracias a esta inteligencia somos capaces de pensar coherentemente y razonar lógicamente.
- 3) Inteligencia espacial, que es la habilidad para observar el mundo y los objetos desde diferentes perspectivas, habilidades relacionadas directamente con la navegación y rotación de objetos directamente en nuestra mente. Del nivel de desarrollo de esta inteligencia dependerá la facilidad para aparcar un coche, construir una maqueta, etc.
- 4) Inteligencia musical, que es la capacidad de componer e interpretar música.
- 5) Inteligencia corporal y cinestésica, que son las habilidades corporales y motrices que se requieren para manejar herramientas o expresar ciertas emociones o sentimientos mediante el cuerpo.
- 6) Inteligencia personal, referida tanto al acceso a la propia vida sentimental como a la capacidad para percatarse de otros individuos y realizar distinciones entre ellos”³³.

Esta clasificación resulta importante para nuestra investigación, por cuanto, el tema en estudio se relaciona en forma específica con la culpabilidad del adolescente que comete infracciones a la ley penal; es

³²REGADER Bertrand. Recuperado de: www.psicologiymente.net/autores/bertrand-regader

³³PHARES, Jerry E. Psicología Clínica. Conceptos, técnicas y métodos. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V. México-Santafé de Bogotá. 1996. Pág. 189.

decir, interesa conocer los enfoques de la Psicología, a fin de que se tome en cuenta el desarrollo de su personalidad, desarrollo del pensamiento, la influencia del ambiente, el proceso de aprendizaje, así como su desarrollo en relación con su entorno; reconocer que el desarrollo humano es complejo, y que se desenvuelve en los aspectos físico, social, cognoscitivo, emocional o socio-afectivo, resulta de particular importancia, ya que en cada caso en especial, deberá analizarse el crecimiento, el desarrollo motor, los sentidos, los sistemas corporales, el cuidado de la salud, la nutrición, el sueño, el abuso de drogas, el desarrollo sexual, el cambio en los procesos intelectuales, el aprendizaje, el recuerdo, la solución de los problemas, la comunicación, las influencias hereditarias y ambientales en el proceso de desarrollo; en el plano emocional, el desarrollo del apego, la confianza, el amor, el afecto, las emociones, temperamento, concepto de sí mismo, la autonomía, el estrés, las perturbaciones emocionales y de conducta, el desarrollo moral y el de los padres, el empleo y roles vocacionales.

Lo expuesto nos permite concluir que el desarrollo humano debe ser explicado desde una perspectiva multidimensional, que comprenda factores externos e internos. Ninguna de las teorías expuestas resulta suficiente por sí misma, para explicar todos los aspectos que conforman la constitución de un ser humano, pero las diversas clasificaciones respecto a la Teoría de la Personalidad, que se han expuesto, han servido para comprender la conducta de los individuos, desde sus primeros años de vida, encontrando entre ellas, un común denominador consistente en la influencia que ejerce en el desarrollo de un individuo, los factores externos, los cuales conjuntamente con los factores internos van definiendo su personalidad; si existen errores de comprensión de los niños no corregidos oportunamente o mensajes emitidos por los adultos reforzando una situación negativa, ello repercutirá en la formación del individuo, en su proceso de aprendizaje y de interrelación.

2.4. La necesidad de una regulación jurídica especial de los menores como integrantes de un grupo diferenciado

El rápido recorrido a través de la historia realizado en los puntos anteriores, nos permite concluir que la infancia ha tenido diversa importancia, desarrollándose desde la apreciación del niño como un ser indefenso, hasta constituir parte de la propiedad de otro ser humano, para luego considerársele inocente, incapaz, primitivo, y gracias a los movimientos sociales del siglo XX, llegar a considerársele como un sujeto de derechos.

Esta situación ha surgido después de haberse reconocido que el niño es un ser en formación, que requiere de cuidados especiales durante sus primeros años, así como de un ambiente apropiado para su adecuado desarrollo, y en específico la familia, como primer agente socializador, seguido de la escuela. Luego la interrelación del niño con la sociedad debe comprender la participación social de la infancia, mediante diversos mecanismos como programas sociales que permitan consolidar su desarrollo.

Estas políticas de Estado deben permitir el aseguramiento de su participación en programas pre escolares y escolares, impedir la deserción escolar, asegurar un mejor rendimiento, para que esta preparación le permita al niño un futuro en que pueda desarrollarse con autonomía, tolerancia, respeto por el otro, por el medio ambiente, entre otros aspectos de suma importancia.

También es importante señalar que la familia juega un rol importante en el desarrollo del menor, es éste el lugar donde vivirá sus primeras experiencias, aprenderá normas y valores que servirán para relacionarse con los demás, con una conducta socialmente aceptable. De hecho el adulto es un modelo que sirve de pauta de comportamiento para el menor; así si el menor se desarrolla en un ambiente de afecto y de seguridad, sin duda tendrá éste tipo de relación como pauta para su propia vida; caso contrario si se desenvuelve en un ambiente de violencia, de inseguridad o desconfianza, este aprendizaje orientará sus relaciones futuras. De ahí que la presencia de los padres en el hogar, creará bases afectivas que tendrán como correlato, la estabilidad emocional, y la formación en valores. En cambio, si la ausencia de la madre o padre en el hogar es prolongada, y no existe un reemplazo

afectivo – abuelos, tíos- los niños sufrirán trastornos en su desarrollo afectivo, conductual, cognitivo, que a la larga le impedirá mantener adecuadas relaciones con el grupo social.

El desarrollo de la autonomía, entendida como la capacidad de asumir decisiones por sí mismo, teniendo en cuenta diferentes puntos de vista, es una capacidad que se desenvuelve como producto del aprendizaje, el mismo que se da en el hogar o en la escuela; orientado a conseguir que el ser en formación adquiera destrezas para el análisis de los problemas de su entorno y la asunción de soluciones acordes con el medio en que se desenvuelve.

Estos aspectos particulares de la infancia, permiten afirmar que la infancia es un grupo con necesidades y capacidades diferentes, siendo a partir de este reconocimiento que surge la concepción jurídica del “interés superior del niño y del adolescente”, criterio que se entiende como todo aquello que favorezca el desarrollo íntegro del menor.

En la Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño de 1924, ya se reconocía la existencia de derechos específicos para los niños, así como la responsabilidad de los adultos, sobre su bienestar; en sus cinco artículos se procura su protección a través del aseguramiento de su desarrollo material y espiritual, refiriéndose a la presencia de niños enfermos, con deficiencias, desadaptados, huérfanos y abandonados, a quienes se les debe atender y ayudar, debiendo además recibir auxilio primero, en casos de calamidad, protegido de explotación y educado para inculcarle sentimientos del deber de servir a su prójimo.

La Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de Noviembre de 1989, es una norma internacional de carácter especial para la protección de los derechos humanos de los niños, la misma que contiene derechos específicos que le favorecen, disponiendo que los Estados parte, deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales, educativas apropiadas para proteger al niño de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos, explotación, incluido el abuso sexual.

La Convención establece, como se ha señalado, una serie de pautas de carácter obligatorio para los Estados firmantes; para nuestro estudio es importante mencionar en primer lugar, que el artículo 1° señala que se considera niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad. Premisa de la que partimos para precisar la importancia que ha tenido la construcción de un marco jurídico internacional, que posibilite la dación de normas internas de protección a sus derechos, reconociendo por cierto, que como parte de su desarrollo, debe recibir atención y prepararse para una vida independiente en sociedad, y sobre todo ser educado en un espíritu de paz, solidaridad, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad.

Sin embargo a pesar de las directrices de la Convención, no puede negarse que el tratamiento jurídico interno, varía según la sociedad en que se desarrolle; así en una sociedad se priorizará el respeto a los mayores, mientras que en otra, la libertad y el aprendizaje serán los aspectos más importantes. De ahí que cada uno de los derechos reconocidos en la norma internacional, haya sido analizado desde diversas perspectivas.

También es necesario hacer un breve análisis del artículo 5 de la Convención, ya que ésta señala que “a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de orientación y dirección y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida.”³⁴

Gerinson Lansdown (2005), señala que el concepto *facultades en evolución*, “ocupa un lugar importante en el equilibrio que la Convención establece entre el reconocimiento de los niños como protagonistas de su propia vida con la prerrogativa de ser escuchados y respetados, y de que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo ello no implica que pueda exponerseles en

³⁴LANSDOWN, Jerison. La evolución de las facultades del niño. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF-SAVE DE CHILDREN. 2005. Pág. 9.

forma prematura a responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta”³⁵.

Sostiene que en el anotado artículo 5, se han identificado 4 niveles de participación en el proceso decisorio: ser informado; expresar una opinión informada; lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones; también nos indica que comprender el concepto de facultades en evolución y aplicar sus consecuencias en el ámbito de los derechos del niño, es un proceso complejo que tiene repercusiones en la legislación relacionada con la familia, en la justicia juvenil, en la libertad de culto, empleo, entre otros.

Esta lectura del artículo 5 de la Convención, nos indica que a medida que el niño va adquiriendo capacidades, va dejando de ser plenamente dependiente, para asumir decisiones y responsabilidades que son importantes en su vida. Ello va de la mano con el derecho reconocido en el artículo 12, que señala su facultad de emitir opinión, en los asuntos que le afecten, según su edad y su madurez; esto significa que a mayores competencias y capacidades, sus opiniones serán tomadas en cuenta, para tomar las decisiones que les atañen.

En relación a la búsqueda de competencias vinculadas con la edad, algunas investigaciones indican que hasta los 11 o 12 años, la competencia intelectual de los niños para pensar en el futuro, es menos sofisticada que en niños entre 12 a 18 años. Otras investigaciones notan que la capacidad de razonamiento moral está más desarrollada en adolescentes más próximos a la edad adulta. Existen pruebas que demuestran que hasta los 16 años, a muchos adolescentes les resulta difícil imaginarse los riesgos y las consecuencias que acarrearán sus propias decisiones o reconocer los intereses personales de los demás.³⁶

³⁵Ibídem. Pág. 9.

³⁶LANSDOWN, Jerison. La evolución de las facultades del niño. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF-SAVE DE CHILDREN. 2005. Pág. 41.

Otros estudios citados por el autor, señalan que los adolescentes son capaces de reflexionar sobre lo que es conveniente para la sociedad, desarrollando un punto de vista legal y moral.

Sin embargo, es conveniente resaltar que el desarrollo de las capacidades de las que hablamos, no es uniforme, ya que cada niño responderá de acuerdo con el medio socio cultural en el que se desenvuelve, así como su extracción social, la proveniencia étnica, entre otros aspectos que deben ser tomados en cuenta en cada caso en particular, para poder atribuirles responsabilidad.

De otro lado resulta interesante la teoría moral formulada por Piaget, quien sostuvo en líneas generales que el niño desde pequeño se adapta a las prohibiciones y sanciones que se le imponen, y si bien en una primera etapa aceptan la subordinación que ejercen sobre él los adultos, luego durante su desarrollo “el niño evalúa su responsabilidad en la conformidad con la regla planteada”, surgiendo de ese modo una moral autónoma, que será utilizada luego al tomar su decisión, y resolver entre el deber y el deseo. Señala el autor, que si el adolescente no actúa de acuerdo al sistema de valores que ha construido, no es posible eximirse de responsabilidad, en tanto que tiene conocimiento de su deber.³⁷

Este punto de vista refuerza el planteamiento que viene dado en el artículo 5 de la Convención, respecto al desarrollo de competencias del niño; Lansdown, señala que en los estudios existentes, relacionados en especial con el consentimiento para la aplicación de tratamientos médicos, entre los elementos esenciales para la toma de decisiones, encontramos los siguientes:

- “La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: el niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes.

³⁷RESTREPO González, Ana Patricia. La responsabilidad psicológica del menor infractor. Editorial Leyer. Bogotá Colombia, 2004. Págs. 43-44.

- La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: el niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo.
- La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: el niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y a largo plazo.
- La construcción de una escala de valores relativamente estable: el niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar una decisión³⁸.

El mismo autor señala que en el sistema de justicia penal estadounidense, la competencia se define como la capacidad del adolescente de realizar consultas con un abogado, combinada con una comprensión objetiva de la causa instruida en su contra.

2.5. Consideraciones previas.

En consecuencia la necesidad de una regulación jurídica especial en materia de menores, y en especial de menores infractores a la ley penal, es resultado de los diferentes enfoques psicológicos, educativos y socio-económicos que se han ido presentando para resolver la problemática en dicho tema. Tal tratamiento diferenciado viene siendo regulado por la ley, la misma que ha establecido en los diversos países, límites para la responsabilidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Sin embargo esto no resulta suficiente en la medida que el sólo hecho de tener una edad comprendida entre los 14 y 18 años, no satisface en rigor el análisis que debería realizarse respecto a las capacidades del menor, puesto que, como hemos visto su desarrollo de personalidad, inteligencia, emociones e inclusive la escala de valores o desarrollo moral, estará siempre sujeto a sus experiencias, aprendizaje, manifestaciones internas, y otros que no resultan contundentes para la

³⁸LANSDOWN, Jerison. La evolución de las facultades del niño. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF-SAVE DE CHILDREN. 2005. Pág.77.

imposición de medidas judiciales que gravan su libertad y perturban su desarrollo.

Importante resulta también la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la sentencia emitida el 24 de febrero de 2012, en el caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, destaca la importancia que debe darse tanto a la opinión del niño en la toma de decisiones que le afecten, así como el hecho que debe tomarse en consideración sus opiniones cuando está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente. Señala así: “La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos

los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”³⁹.

Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño “no sólo establece el derecho

³⁹ Observaciones Generales Del Comité De Los Derechos Del Niño. Recuperado de: www.unicef.org.

de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones”⁴⁰.

En Perú, el Decreto Legislativo 1024, publicado el 23 de setiembre de 2015, modificó diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes, entre ellos el art. 230, dando pautas a los órganos jurisdiccionales para la imposición de las sanciones a los adolescentes infractores a la ley penal, señalando los criterios para la determinación de la sanción, la misma que tiene una finalidad educativa, socializadora y rehabilitadora; significando tal decisión legislativa, un reconocimiento implícito, de que la consecuencia de la violación de la norma penal o leyes especiales por parte de un menor, es la sanción, la misma que deberá por cierto estar rodeada de todas las garantías de las que es titular un adulto en la misma circunstancia; y si esto es así, no puede seguirse sosteniendo que la responsabilidad que se le imputa al adolescente no debe ser evaluada con las garantías que corresponden al derecho penal, entre ellas el Principio de Culpabilidad.

El artículo 229 del Código de los Niños y Adolescentes de Perú, señala además que las disposiciones contenidas en el Capítulo VII se aplican al adolescente de catorce a dieciocho años de edad, a quien se le imputa

⁴⁰CASO ATALA, Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos del 196 a 200. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/docs.

responsabilidad como autor o partícipe de un hecho punible, tipificado como delito o falta en el Código Penal y Leyes Especiales, confirmándose así el límite mínimo de inimputabilidad establecido en el Código Penal, no habiéndose bajado la edad de responsabilidad, ello en concordancia con la Convención.

Sin embargo, no se ha modificado el artículo 215 del CN y A, que señala la obligación del juzgador de evaluar la responsabilidad del adolescente al momento de emitir sentencia; y por ello se deja al libre criterio del órgano judicial, los parámetros que le servirán para dicha decisión.

2.6. Aspectos relevantes de la criminalidad de menores.

Introducción

En algunos países, como España, Colombia, Alemania y otros, el tema de la responsabilidad penal del adolescente infractor, viene siendo analizado en forma permanente, habiéndose sostenido la necesidad de revisar el concepto clásico de imputabilidad, con la finalidad de no incorporar al adolescente al derecho penal propio de los adultos; en tal sentido se discute que, en el caso de menores en conflicto con la ley penal no sólo deberá tomarse en cuenta la capacidad de comprensión de lo injusto y la capacidad de motivación por la norma, sino otros factores como la interacción social, al momento de fundamentar la inimputabilidad del menor.

Otras corrientes establecen la necesidad de eliminar el Derecho Penal de menores, por lo que debe adoptarse una solución extra penal, “en una clara posición abolicionista”⁴¹; posición que no compartimos, por la situación actual de alta inseguridad ciudadana.

En el Perú, desde nuestro punto de vista, el problema consiste en fundamentar la imputabilidad del menor, contrariamente a lo que consagra el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, y una vez establecido

⁴¹ HALL GARCÍA, Ana Paola. La responsabilidad penal del menor. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2004. Pág.32.

dicho marco, analizar cuáles son los factores que sustentan su culpabilidad del menor, la misma que, tanto la Convención como el Código de los Niños y Adolescentes prevén, a efectos de imponer una medida de sanción al adolescente que infringe la ley penal.

Nuestro país tiene definida su política criminal en materia de menores, habiendo señalado como edad de responsabilidad penal, la de 14 años, lo cual constituye un avance frente a otras legislaciones, así como la respuesta a los compromisos asumidos a la firma de la Convención.

Sin embargo, la situación social que vive nuestro país, que se ve amenazada por la inseguridad ciudadana que reina en muchas regiones, con la exigencia por parte de la sociedad, de penas duras y tratamiento no diferenciado cuando se trata de adolescentes, nos da señales de alerta, ya que nos encontramos ante un serio peligro de retroceso y vulneración de los derechos de los menores.

En principio consideramos que a la luz de la Convención es importante reconocer que en la práctica existe un Derecho Penal de Menores, que se justifica en tanto que, existiendo una vulneración a la norma penal, la que reviste un daño a la sociedad, resulta necesaria la respuesta de los órganos del Estado, para restablecer el orden y permitir la paz social; por ende la respuesta a la transgresión penal, no puede ser otra que la limitación de alguno de los derechos de los que goza el adolescente, que deberá ser establecida en base a las limitaciones impuestas por la norma especial. En consecuencia, nuestro punto de vista, no coincide con quienes sostienen que resulta discutible defender la inclusión del menor en el ámbito del derecho penal, bajo el argumento de que así podrá ser beneficiado con las garantías del derecho penal⁴²; los abolicionistas del derecho penal de menores señalan que debe construirse un sistema alternativo, desplazando la solución de este conflicto hacia jurisdicciones como la civil o administrativa; sin embargo debemos admitir que hoy en día, observamos conductas violentas y

⁴² HALL GARCÍA, Ana Paola. La responsabilidad penal del menor. Ed. jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2004. Pág.317.

vulneración de bienes jurídicos importantes, que no podrían ser asumidas por dichas áreas.

Por el contrario compartimos la opinión del ilustre jurista Juan Bustos, cuando señala citando a Peter Alexis Albretch, “el derecho penal del niño-adolescente es derecho penal”⁴³. Y esto es importante, expresa, porque habrá de aplicarse tanto los principios garantistas materiales y formales, así como los principios garantistas desarrollados por el Derecho del niño; pudiendo considerársele como un subsistema diferente al subsistema del derecho penal de adultos.

De ahí que resulte de vital importancia tomar en cuenta Principios básicos consagrados por la Convención de los Derechos del Niño, como por ejemplo el Principio del Interés Superior del Niño, que contiene en sí derechos importantes como el derecho a la educación, a la salud, a la recreación, a la socialización y otros que han surgido de las diversas corrientes que tratan el tema, como por ejemplo el Principio de la autonomía progresiva del niño/niña, por el cual se reconoce “que el ejercicio de los derechos de un menor es progresivo, siendo sus intereses y necesidades diferentes a la de los adultos y por consiguiente el control penal ha de tener en cuenta esta realidad”.⁴⁴

Por su parte García Pablos⁴⁵, señala que “un derecho penal del menor no ha de ser un mini derecho penal que se limite a atenuar las sanciones, de lo que se infiere que se requiere el desarrollo de *un modelo de responsabilidad* que tome en consideración la especial situación de un menor, en base las fases evolutivas de su desenvolvimiento”.

Es importante anotar que en cuanto a la teoría del delito, la tipicidad y la antijuricidad, deben concurrir necesariamente para formular una

⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El derecho penal del Niño-Adolescente. Ed. Jurídicas de Santiago. Chile, 2007. Pág. 15.

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El derecho penal del Niño-Adolescente. Ed. Jurídicas de Santiago. Chile, 2007. Pág. 24.

⁴⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Reflexiones criminológicas y políticas criminales al modelo de responsabilidad penal. Ed. Universidad Complutense. Madrid 2005. Pág. 77.

imputación de orden penal; sólo se puede castigar una conducta si ésta es típica, y si ha lesionado un bien jurídico protegido; sin embargo en cuanto a ésta última deberá tomarse en cuenta el Interés Superior del Niño.

Pero en cuanto a la responsabilidad, la teoría establece que ésta tiene su base en el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, lo cual implica que se trata de una persona capaz, titular de derechos. Y si nos referimos a los ilícitos penales cometidos por un menor, el Estado debe estar en capacidad de exigirle al adolescente determinadas respuestas, por lo que primero deberá comprobar si cumplió con cubrir sus necesidades y si la exigencia responde al Interés Superior del niño.

2.7. Sociedad de riesgo

Si bien la mayoría de países del mundo ha experimentado un desarrollo tecnológico, especialmente impulsado por el uso de mecanismos de información rápidos, aunque no siempre eficaces, ésta situación no ha beneficiado a la infancia; asimismo los vaivenes de la economía mundial, han debilitado a los fuertes y empobrecido más a los países más pobres, las consecuencias de estas crisis económicas, políticas, sociales, educativas, vienen teniendo rápido impacto en el interior de los hogares, persistiendo la delegación de la crianza de los hijos a terceros o a familiares que pueden o no convivir en el mismo domicilio; tiene repercusión también en el desarrollo educativo y social de los menores, quienes se ven afectados por la pobreza, la desigualdad social, la falta de acceso a la salud, vivienda digna, educación, recreación y demás derechos de los cuales formalmente goza la infancia y que origina un adecuado desarrollo.

Esta situación de desprotección y falta de recursos, muchas veces no deja opciones a grupos sociales empobrecidos o desplazados quienes se refugian en el alcohol, las drogas, la prostitución, o la delincuencia, como fórmulas erróneas de evasión de una realidad que les castiga.

No son suficientes por cierto, ninguna de las políticas que adoptan los Estados, y eso se advierte de la permanente publicación de noticias que dan fe de los diferentes problemas que afectan a la infancia, variando la realidad de la misma, según el grado de desarrollo económico de los países.

Cuando nos referimos a la sociedad de riesgo, debemos traer a colación, los puntos de vista existentes en la actualidad; así tenemos que: en palabras de Fernando Robles, “El concepto de riesgo ha tratado de ser precisado por la sociología desde tres perspectivas diferentes. La postura *objetivista* en la investigación de riesgos, cuyo principal exponente es Ulrich Beck, sostiene que la cuestión de su tratamiento se desprende de condiciones principalmente estructurales existentes en la sociedad, mientras que la postura *culturalista*, representada por Mary Douglas, tematiza exclusivamente la construcción cultural de las semánticas de riesgo. Por otro lado, el *constructivismo sistémico operativo* de Niklas Luhmann, sitúa los aspectos objetivos y la construcción social de los riesgos, en el horizonte de su teoría de la observación, desde la cual cualquier aseveración al respecto involucra el tema del observador. Un concepto de riesgo así concebido, como observación de observaciones, no se interesa tanto por la existencia “real” de los riesgos ni por la posibilidad de los daños, sino por la probabilidad de que dichos daños aparezcan en el horizonte de las decisiones que se asuman para realizar cualquier acción. En una sociedad de riesgo, es justamente esta probabilidad de calcular riesgos y de medir daños, la que desaparece. Por ello, una sociología del riesgo tiene siempre presente el problema del procesamiento de la inseguridad en el contexto de decisiones contingentes”⁴⁶.

Esta breve reseña nos permite apreciar que desde las perspectivas señaladas, vivimos en una sociedad que está en constante cambio, construyendo en forma permanente fórmulas para prevenir catástrofes, y

⁴⁶ ROBLES, Fernando. ¿Convivencia escolar en una sociedad de riesgo? Departamento de Sociología de la Universidad de Concepción Chile. En Revista de Organización de Estados Americanos para la Educación, la ciencia y la cultura. N° 2. Agosto-setiembre 2003. Recuperado de: www.oei.es/valores2/monografias.

disminuir posibles daños, causados por éstas. Y el peligro se encuentra presente en todas las sociedades y las afectan en su desarrollo, de ahí que se torne necesario asumir acciones que tiendan a disminuirlas o desaparecerlas, de ser posible.

En la sociedad del riesgo, el análisis de los problemas que enfrenta la infancia, debe ser asumido desde dos niveles: la prevención del riesgo, que no presenta una situación específica de maltrato o abandono o maltrato, y es responsabilidad de los poderes públicos; y la reparación del riesgo, que se da cuando el menor es víctima de maltratos, genera la asunción de políticas de protección a la infancia⁴⁷.

Son los padres los primeros responsables de cubrir las necesidades de sus hijos, siendo en algunos casos ayudados por el entorno familiar, que inclusive debe sustituirlo de ser necesario; y finalmente el Estado mediante sus órganos encargados de la Educación, Justicia, Salud, Servicios Sociales, tienen el deber de intervenir en la reparación del riesgo, tratando en lo posible de no separar al menor de su entorno familiar.

Dentro de la explicación del concepto de riesgo vinculado con la infancia, se elaboran diversos conceptos que señalaremos en forma breve; así tenemos: “a) Factores de riesgo, que se refieren a determinadas condiciones en la vida del menor y/o su entorno que hacen posible la aparición del maltrato dentro de su ambiente familiar; b) Familias en riesgo, son caracterizadas por presentar condiciones favorables para que se genere el maltrato infantil, generalmente se presenta en familias en riesgo de exclusión social; c) Riesgo de maltrato, que identifica circunstancias que pueden precipitar el maltrato infantil; d) Evaluación del riesgo, que se realiza cuando el maltrato ya se ha producido, siendo obvio que no tienen la capacidad de modificar lo sucedido, porque se trata de un hecho pasado, pero trata de determinar el riesgo de repetición del maltrato; e) Riesgo de desamparo, en el que se determinó

⁴⁷MESA RAYA, Carmen. El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio jurídico. Recuperado de: www.aragon.es/gobierno Aragón. Pág. 255

el maltrato y desprotección, pero aún no requiere una declaración de desamparo; f) Declaración de riesgo, que es la declaración administrativa que identifica una situación de desprotección susceptible de intervención; g) Riesgo en la toma de decisiones o riesgos asociados a la intervención, que hace referencia a los efectos perjudiciales que puede tener la intervención⁴⁸; estos factores han de tomarse en consideración al momento de evaluar caso por caso, la situación que afronta un adolescente infractor de la ley penal; puesto que muchas veces los factores de riesgo mencionados se presentan en forma conjunta, en un mismo menor de edad, lo que origina no sólo retraso en su desarrollo de personalidad e inteligencia, sino también muchas veces hace posible el poco o nulo desarrollo de la moral del individuo.

Eva Gibert, sostiene: “Tanto vulnerabilidad como desvalimiento a parecen actualmente en los escritos técnicos, asociados fuertemente a la idea de riesgo social, pero sin recortar los límites de ambigüedad de esta expresión. Señala que por vulnerabilidad se entiende la imposibilidad de defensa frente a hechos traumatizantes o dañinos, debido a la insuficiencia de recursos psicológicos defensivos personales o ausencia de apoyo externo, además de incapacidad para adaptarse al nuevo escenario generado por los efectos de la situación riesgosa; en cuanto al desvalimiento, se aplica al que carece de recursos y de ayuda, que puede deberse a una motivación propia (psicopatología, impedimentos físicos, enfermedades) o bien producto de la exclusión social (desempleo por ejemplo)”⁴⁹.

Los riesgos que afronta la infancia, no sólo son de orden socio-económico, sino son múltiples; sin embargo la protección que se brinda desde la familia es muy importante para desarrollar su personalidad y para mejorar sus capacidades. Es interesante además el apoyo que las instituciones públicas brindan a grupos de niños que presentan riesgos de sufrir maltratos y vejaciones a sus derechos, sin embargo este apoyo

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 256

⁴⁹ GIBERTI, Eva; GARAVENTA Jorge; LAMBERTI Silvio. Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares. Ed. Novedades Educativas. Buenos Aires, 2005. Pág. 28.

no logra abarcar toda la problemática, ni resolverla, porque las Políticas Públicas mayormente se quedan en proyectos o fórmulas que no vienen acompañadas de los presupuestos para implementarlas, siendo notoriamente insuficientes las escasas acciones que se desarrollan frente al desvalimiento o la vulnerabilidad por parte del Estado; pero frente a estos fenómenos también han aparecido conductas vulnerables de los padres, frente a sus hijos adolescentes, quienes sobrepasan sus capacidades de liderazgo o conducción de la familia, con actitudes no sólo de rebeldía propia de la adolescencia, sino más allá, con el consumo de drogas, ausentismo escolar, incorporación a pandillas juveniles y otras conductas que no se previnieron en forma oportuna.

Por eso es importante para nuestro estudio considerar la influencia que ejerce la familia en el desarrollo del niño; pero sin olvidar que también juega un rol significativo el entorno social y la correspondiente y oportuna intervención de los órganos estatales, que con la ejecución de políticas públicas, están llamados a corregir la situación de vulnerabilidad de la infancia.

2.8. Teorías explicativas de la criminalidad

El fenómeno criminal, es antes que nada, uno de carácter social, como también lo es la criminalidad de menores como un segmento especial de la sociedad; por lo que corresponde empezar su estudio por medio de la disciplina científica encargada de ello como es la Criminología, siendo necesario tener en cuenta los estudios realizados en este campo, que buscan explicar los agentes causantes de la criminalidad y que también sirven de pauta referencial para abordar el tema en estudio, sobre todo porque como se observará, se manifiesta de manera patente la relevancia de los aspectos estructurales que se presentan en el ser humano mencionados en el apartado anterior.

También es de suma importancia conocer el enfoque que la criminología ha venido dando a los problemas de la delincuencia juvenil, así llamada en muchas partes del mundo, pues es de larga data, y ha tenido diferente tratamiento a lo largo de los años; ésta revisión de las teorías

que vamos a mencionar nos permitirá aproximarnos a una explicación del porqué delinque la gente, cómo se inicia el accionar delictivo de las personas, en específico de los menores de edad, para así poder contar con elementos que nos ayuden a formular los criterios jurídicos que pretendemos formular.

En la literatura, existen una serie de clasificaciones dentro de la Teoría de la Criminalidad, entre ellas, las teorías Psicobiológicas, las teorías Sociológicas, y otras; trataremos de formular un breve resumen que nos permita apreciar las características más importantes de algunas de ellas.

2.8.1. Teorías Psicobiológicas

Para este conjunto de teorías, se pretende situar el origen del paso a criminal, “en la existencia de una pluralidad heterogénea de factores, de carácter genético, psicobiológico, psicofisiológico, que incidiendo de forma aislada, o en convergencia en el individuo afectado, le impulsan, con mayor o menor fuerza, a la acción antisocial. Aquí entrarían, asimismo, los casos de anomalías genéticas, como malformación, repetición de grupos cromosómicos, concebidas conforme a la descripción de autores como Jakobs”⁵⁰. Al respecto las teorías Psicobiológicas o Biopsicológicas, conocidas también como “neurología del comportamiento” tienen como “objetivo principal estudiar las modificaciones que en la conducta humana, producen lesiones cerebrales bien definidas en cuanto a localización y tamaño”⁵¹. En palabras de Borges, “la conducta humana tiene características propias, entre ellas que el hombre, a diferencia de otros seres vivos, tiene conciencia de sí mismo; en segundo lugar, la conducta humana no es simplemente adaptativa, sino que el hombre más que adaptarse al medio, lo modifica y lo transforma, y trata incesantemente de crear las mejores condiciones que le permitan lograr su independencia del medio ambiente”.⁵²

⁵⁰ HERRERO HERRERO, Ob. Cit., p. 79.

⁵¹ www.anam.org.ve/FTPANM. Neurología de la conducta. Julio Borges Iturriza.

⁵² *Ibíd.* Pag. 174

Dentro de este grupo de teorías, encontramos la Tesis de Lombroso, quien sostenía que las causas de la criminalidad son físicas y biológicas, señalando que el delincuente nato tenía como características especiales la insensibilidad moral, precocidad antisocial, vanidad, imprevisión e incorregibilidad.⁵³ Otros seguidores de la Escuela Positivista, como Enrico Ferri y Raffaele Garófalo, expresaron la importancia de los factores de predisposición biológica, como los exógenos, proponiendo desde esta perspectiva un tratamiento para la delincuencia juvenil.

2.8.2. Teorías Psicomorales

Para este grupo de teorías, “la delincuencia sería reflejo de la configuración, en él activada por elementos biofisiológicos, psicológicos, sociológicos, morales o, lo que es más probable, por la convergencia, en distinto grado, de todos estos factores de una personalidad delincencial. Personalidad estructurada a partir de un conjunto de radicales o características fundamentales, vertebradoras de la misma, operantes en grado superior a la media, y expresivas, por su tendencia, de valores contrarios a los de la comunidad⁵⁴. Sus autores señalan además que estas radicales estarían representadas sustancialmente por el egocentrismo, la labilidad afectiva, la agresividad y la indiferencia afectiva, siendo la cuarta la que lo capacita para llevar a cabo una acción antisocial.

2.8.3. Teorías psicosociales o interaccionistas moderadas

“Desde el punto de vista de estas teorías, la delincuencia es fruto de interacción entre estímulos individuales, sociales y situacionales. Prevalciendo en todo caso, los estímulos sociales y situacionales, de carácter destructor; se impondrían, casi siempre, a determinados individuos, venciendo su escasa resistencia interior

⁵³VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones Penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 65

⁵⁴HERRERO HERRERO, Ob. Cit., p. 80

frente a aquellos, por carecer de recursos personales adecuados (de valores de convivencia, de respeto al prójimo, de motivación adversa) y no poder o no querer hurtarse, por convicción o situación, al maléfico influjo de los mismos, directa y prolongadamente provocador.”⁵⁵ Para estas teorías, la criminalidad

puede ser producto del aprendizaje o como aceptación de una cultura acogedora de ideales antisociales o como fruto de la ausencia o deficiente control social.

Uno de sus representantes, Erik Erickson, psicoanalista alemán, señaló que “la personalidad está influenciada por la sociedad; enfatiza las funciones del yo y también destaca un punto de vista optimista de que los problemas y crisis humanos ofrecen una oportunidad para triunfar sobre la adversidad y dominar al mundo”⁵⁶. Fue el pionero del Ciclo Vital, que consta de 8 etapas, que deben ser resueltas satisfactoriamente para lograr un desarrollo saludable del yo”⁵⁷.

Es decir, la explicación que aporta esta teoría respecto de la delincuencia juvenil, vienen a ser las dificultades que tienen los individuos en sus procesos de socialización; señala que entre los 12 a 20 años, se presenta la etapa de identidad del yo contra confusión de rol, cuya resolución exitosa conduce a la fidelidad y la no exitosa a la incertidumbre.

Alexander Lacassagne, proporciona una gran importancia “al medio social en que se desenvuelve el individuo, llegando a sostener que la criminalidad podría disminuir si las causas sociales que la originan cambian”⁵⁸.

Este criterio sigue vigente, en tanto que se viene demostrando con los mecanismos que se utilizan para la atención de los adolescentes en conflicto con la ley penal, la nula reincidencia en

⁵⁵ Ob. Cit. Pág. 80

⁵⁶ PHARES, Jerry E. Psicología Clínica. Conceptos, técnicas y métodos. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V. México-Santafé de Bogotá. 1996. Pág. 74.

⁵⁷ Ib ídem. Pág. 73

⁵⁸ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones Penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 76

la comisión de ilícitos por parte de éstos, cuando son atendidos en sus necesidades básicas de educación, recreación, luego orientados y capacitados para la realización de una actividad económica.

Otro representante de ésta teoría fue Gabriel Tarde,⁵⁹ quien sostenía que siendo el crimen un comportamiento social podía ser imitado, e inclusive podría convertirse en una moda o costumbre que se transmite por tradición.

2.8.4. Teorías del conflicto

Se señala que “la delincuencia se desencadena impulsada por las contradicciones internas de las modernas sociedades, cultivadoras decididas de los valores del “tener” sobre los del “ser”; abiertos a la opulencia y receptivos de grandes bolsas de pobreza y hasta de miseria. O exaltadoras del éxito puramente material, a la vez que cicateras en proporcionar a sus miembros igualdad de oportunidades para lograrlo. En este tipo de sociedades se engendra la frustración, la agresividad, el resentimiento, todos ellos ingredientes de la delincuencia”⁶⁰.

En este grupo de teorías advertimos la Teoría de la asociación diferencial o de los contactos diferenciales de Edwin Shuterland, quien señala que “las personas al vivir en sociedad, se relacionan con otras, que pueden ser respetuosas de la ley o por el contrario con personas que fomentan la violación de las normas; siendo así una persona tendrá mayores oportunidades de delinquir si ha aprendido a definir con más frecuencia los términos de violación de ley que los de respeto.”⁶¹

2.8.5. Teorías críticas o radicales o de la criminalización

⁵⁹ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 77

⁶⁰ Ib. Idem. HERRERO HERRERO, César. Pág. 81

⁶¹ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 81

Conciben a la delincuencia “como un vasto etiquetamiento adherido a las clases bajas de la sociedad y elaborado por aquellos que poseen el control formal e informal, político, social, económico y jurídico de la misma. La delincuencia sería, por ello, algo definitorio y no algo ontológico. No algo auténtico y real, sino algo artificial. Criminalidad, al menos por la parte atribuida a los desposeídos de todo poder, que equivaldría a formulación avasalladora de la prepotencia”⁶². A esta corriente le interesa demostrar que el hecho considerado ilícito por el grupo de poder, no necesariamente es considerado como tal, por la sociedad en general.

Esta teoría señala que el sistema de justicia juvenil es el gran causante del problema de la delincuencia y tiende a propiciar la salida del sistema de la mayoría de los jóvenes. Está considerada como “nueva escuela de Chicago”, siendo sus principales exponentes Edwin M. Lemert y Howard S. Becker.

Lemert, citado por Vásquez González⁶³, precisa que “el modelo de desviación por rotulación de secuencias, pasa por una desviación primaria, producida por la inadaptación escolar, luego viene el castigo, que incluye malas notas, amonestaciones del maestro, nueva desviación primaria; mayor castigo, amenaza de exclusión o expulsión; desviación u hostilidad por el castigo recibido, reforzamiento de la conducta desviada, y finalmente la aceptación del status de inadaptado y el esfuerzo para perfeccionarse en él.

De otro lado, la Criminología Crítica, ha planteado también el problema de la juventud, en el que Taylor⁶⁴ manifiesta que “la situación de criminalidad de los menores, tiene que ver con las experiencias de penuria y escasez vividas durante su infancia, paulatino empobrecimiento de la población, desempleo juvenil y la inseguridad que se vive por la proliferación de delitos de abuso sexual en niños o adolescentes, así como la presencia del alcohol.”

⁶² Al respecto ver ampliamente en: SERRANO MAÍLLO, Antonio. Introducción a la Criminología, Dykinson, Madrid, 2003.

⁶³ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 104

⁶⁴ Citado por VÁSQUEZ González Carlos. Pág. 109

2.8.6. Orientación ecléctica en la comprensión de la Criminalidad

Se ha coincidido en la doctrina que la delincuencia ordinaria –la no patológica-, se explica de una manera más conveniente, desde criterios eclécticos, porque la aparición del acto antisocial difícilmente se debe a factores que van a una sola dirección; por lo que comúnmente se presenta la convergencia de factores múltiples perdiendo de vista la relevancia que presenta la capacidad de decisión libre, que ha de presumirse, salvo prueba en contrario, en todo hombre mayor de edad, estadísticamente normal. Es por ello que García Pablós, concluye señalando que “El crimen para la moderna criminología, pierde sus connotaciones patológicas, y se contempla como problema social y comunitario con todas sus consecuencias e implicaciones. No es por tanto un tumor, ni una epidemia ni una lacra, ni una cifra; es antes bien un conflicto interpersonal, un doloroso problema social y comunitario de todos, de la comunidad, que nace y debe resolverse en ella”⁶⁵. De cuyo concepto debe afirmarse que para comprender la delincuencia, ha de efectuarse, principalmente entrelazando factores de naturaleza Psicomoral y Psicosocial.

Y efectivamente, estas teorías denominadas también integradoras, toman en cuenta la existencia de factores exógenos como la desorganización social, la socialización inadecuada, que junto a la tensión-frustración, el débil vínculo convencional, aunado al fuerte vínculo delincencial, ocasionan el comportamiento delincuente.

La Teoría Integradora formulada por Farrington, señala que “la delincuencia juvenil se produce mediante un proceso de interacción entre el individuo y el ambiente, en 4 o 5 etapas; en cuya primera etapa el individuo desea poseer bienes materiales, prestigio social o búsqueda de excitación; luego de ello, se busca la forma legal o ilegal de alcanzar esos objetivos, y en tanto no le es posible

⁶⁵: GACIAPABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de Criminología, Tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 1999. Págs. 1058-1059

obtener el objeto de sus deseos mediante métodos legítimos debido a la incapacidad de alcanzar metas, pasa a la siguiente etapa, consistente en analizar la posibilidad de cometer actos delictivos, en la que se evidenciará la capacidad de análisis del significado de infringir la ley, que pondrá a prueba el aprendizaje interiorizado respecto a respetar o no las normas según haya advertido comportamientos favorables o desfavorables a la delincuencia. En la cuarta etapa, el individuo asume una decisión tomando en cuenta las circunstancias inmediatas, como por ejemplo los beneficios o costos de su acción.”⁶⁶

De este análisis Farrington⁶⁷, llega a establecer que los jóvenes que son más propensos a cometer delitos, son aquellos que proceden de clases económicas bajas, porque no podrán alcanzar sus metas con mecanismos legales; igualmente aquellos niños que han sufrido maltratos de sus padres, serán más proclives a actos ilícitos porque carecen de controles internos sobre comportamientos desaprobados socialmente, mientras que los que pertenecen a familias criminales consideran que la delincuencia tiene justificación.

2.9. Factores criminógenos en los menores en ámbitos sociales e institucionales

2.9.1. En el ámbito educativo

El rol de la escuela no se encuentra delimitado a la impartición de conocimientos, sino que cumple un rol fundamental en formación de valores como la solidaridad, la tolerancia, la justicia, etc., y que resulta una labor compleja porque los anti valores se encuentran presentes en la sociedad; y porque a veces los educadores no asumen el compromiso de preparar a sus alumnos para enfrentar los problemas que se irán presentando en su desarrollo.

⁶⁶ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Pág. 113

⁶⁷ Ib ídem. Pág. 114

La escuela tiene una función complicada y no siempre utiliza los mejores mecanismos para orientar al educando a la obtención de soluciones a los diferentes dilemas que se presentan; aunque debe reconocerse que conjuntamente con la orientación en la familia constituyen un soporte válido en el desarrollo de las capacidades de los menores.

Sin embargo no se debe dejar de mencionar que la escuela representa un ámbito competitivo, donde se resalta siempre la presencia de alumnos aplicados y distinguidos, frente a aquellos que ocupan los últimos puestos en rendimiento, originando la grave consecuencia psicológica de sentirse marginados o menos listos. A su vez, ello provocará reacciones personales o de grupo, con tendencia a resaltar aún de mala manera en el grupo, llegando a presentarse comportamientos hostiles o de agresión, lo cual a la larga generará distorsiones en el desarrollo de la personalidad de los escolares, frente a los malos tratos de sus pares o de sus maestros.

Esta “situación que invade al menor, pasa a formar parte de sus ya inmaduros mecanismos de reacción y de control, y su deslizamiento hacia la acción antisocial se ve potenciado por la imagen hostil que ha asimilado de ese entorno”⁶⁸.

2.9.2. En el contexto de las relaciones socio-económicas

Herrero, trae a colación trabajos empíricos realizados por Moore y Arthur, relacionados con la materia, que señalan que “las precarias condiciones económicas familiares, el hábitat inadecuado, las relaciones sociales distorsionantes, con respecto al modelo considerable como normal, impiden la aproximación a valores de realización personal equilibrada y por tanto favorecedores de una relativa adaptación social y de la convivencia”⁶⁹

⁶⁸ HERRERO HERRERO, César. Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico. Ed. Dykinson. Madrid 2008. 2da. Edición. Pág. 91

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 91

Y es que efectivamente, la mayor parte de adolescentes involucrados en problemas de violencia contra la ley, provienen de estratos sociales deprimidos económicamente, impedidos de continuar con su aprendizaje básico, echados a un mundo de adultos para el que no están preparados y obligados muchas veces a auto sostenerse, frustrándose así sus aspiraciones educativas, económicas y personales; constituyéndose estas precarias condiciones de vida en un impedimento para salir del círculo de pobreza o de violencia en que se sumerge, propiciando su ingreso al mundo de la drogadicción o de la delincuencia.

2.9.3. En el área de las relaciones laborales

Como queda dicho en el párrafo precedente, esta falta de capacitación y aprendizaje, conducirá al adolescente a situaciones como la mendicidad o la explotación laboral, puesto que su falta de preparación y capacidades son manifiestas; de ahí que conforme lo afirma Eva Giberti, “la ignorancia genera vulnerabilidad”⁷⁰; y si bien la autora mencionada formula dicha expresión al analizar la vulnerabilidad de los niños frente al SIDA, la misma afirmación es válida para los diferentes ámbitos de la vida de un menor; pues es de suyo conocido que los menores son explotados, muchas veces con la venia de sus padres, quienes lejos de protegerlos y cuidarlos les asignan la responsabilidad de sostener económicamente la casa, frustrando su desarrollo y sus posibilidades a futuro.

2.9.4. Por la pertenencia a determinados grupos étnicos

El concepto de grupos étnicos hace referencia a diferentes grupos de personas que se encuentran diferenciados de otros, por adoptar cierto tipo de organización social, o que presentan características físicas especiales, entre otros aspectos singulares, que le dan pertenencia especial a un grupo humano. La discriminación de la que son víctimas algunas etnias, favorece la

⁷⁰GIBERTI, Eva y otros. Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares. Ed. Novedades Educativas- Noveduc. Buenos Aires México. 2005. Pág. 103

aparición de conductas ilícitas, pues generalmente se encuentran asociadas a la violencia social o al olvido social; sectores marginados desde siempre, a los que no llega el Estado con escuelas, postas médicas, servicios básicos, generan grupos sociales fácilmente deslizables hacia la comisión de ilícitos.

2.9.5. Por el consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas y drogas tóxicas

Herrero señala: “No existe consenso de que el consumo de drogas sea la génesis de más del 60 por ciento de la criminalidad”⁷¹; sostiene además que las sustancias estupefacientes pueden generar reacciones agresivas, obnubilantes de la conciencia, hacer aflorar reacciones paranoides u otras de desinhibición.

Vásquez González, sostiene en cambio, que “en relación a la delincuencia juvenil y drogodependencia se debe diferenciar entre la delincuencia funcional en la que el adicto se ve obligado a delinquir para proporcionarse los medios económicos que le permitan comprar el producto y la delincuencia inducida, que es la situación del individuo que tras consumir drogas, le aumentan la posibilidad de involucrarse en actividades delictivas”⁷².

Otro dato importante que aporta el autor mencionado, es que entre otras corrientes, se conoce “la denominada delincuencia relacional o periférica, que es un tipo de delincuencia con características propias que consiste en la utilización de menores por parte de la delincuencia adulta relacionada con las drogas, sea para transportar droga o como vigilancia, labores por las cuales reciben una paga que trastoca las relaciones familiares, pues convierte al menor en proveedor del hogar, propiciando un cambio de roles, donde el hijo se convierte en cabeza de familia, y la familia entera, en cómplice de esa criminalidad organizada.”⁷³

⁷¹HERRERO HERRERO, Ob. Cit., p. 93

⁷²VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid. 2003. Pág. 164

⁷³Ibídem. Pág. 166

Nosotros consideramos que este factor sí favorece la delincuencia juvenil, no existiendo estudios cuantitativos al respecto, en la realidad peruana.

2.9.6. Por el efecto de los medios de comunicación

Carlos Vásquez Gonzáles, recomienda tratar el tema desde dos enfoques; “el primero en relación al tratamiento que los medios de comunicación hacen sobre los actos delictivos cometidos por niños y jóvenes y de otro lado el enfoque de los programas infantiles y juveniles.”⁷⁴

En cuando al primer punto es innegable que se magnifican los hechos cometidos por los adolescentes, generando reacciones adversas en el colectivo social, llegando inclusive a ser tan fuerte la presión mediática que los legisladores ven la necesidad de implementar medidas legales que en nada van a mejorar la situación de los adolescentes, incrementando las sanciones y bajando los estándares de protección que son exigibles frente a un tratado internacional, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

En relación a los programas infantiles y juveniles, es irrefutable que a pesar de la restricción de horarios y otras previsiones legislativas, se hace caso omiso a las recomendaciones respecto a los programas en horarios familiares; así vemos que las películas, programas de humor, programas juveniles y otros, contienen mensajes de violencia y agresividad, inclusive las canciones de tinte machista que invitan a la comisión de delitos.

2.10. Balance

Es claro que la delincuencia de los adultos y la de los menores presentan aspectos diferenciales; sin embargo puede manifestarse que con las matizaciones precisas, su orientación puede proyectarse al mundo de la delincuencia juvenil e, incluso, algunas

⁷⁴Ibidem. Pág. 168

de ellas están destinadas a explicar, de forma específica, a ésta, como es el caso por ejemplo de la teoría de la asociación diferencial o la teoría de las subculturas⁷⁵.

Herrero Herrero, manifiesta que en forma concreta se debe indicar en primer término que con no rara frecuencia, en base de los actos antisociales de menores de edad, se encuentran en dosis muy notables, factores psico fisiológicos o psico biológicos. Del mismo modo también se presentan como relevantes factores de carácter psicomoral (crisis de identidad personal, de conflicto individual), que subyacen por ejemplo en el llamado “delito utilitario”, cometido por adolescentes. Delito que, por su objeto material, ha de encuadrarse dentro de los delitos contra el patrimonio, pero cuyo móvil no es el lucro, sino dar respuesta a su ansia de afirmación personal en que él cree, “prestigio” del dinero. Por otra parte también es innegable la existencia de factores sociales en el origen de la delincuencia juvenil; concretamente en la denominada “delincuencia heredada” (no herencia genética sino por aprendizaje generacional, familiar o temprana convivencia), cobrando relevancia la teoría de la asociación diferencial. También tenemos el caso de la delincuencia “organizada de menores”, en la delincuencia de jóvenes inmigrantes; delincuencia engendrada por las oscilaciones económicas, como también operan los factores sociales en la delincuencia incubada a impulsos de disfunciones familiares características⁷⁶.

Tomaremos en cuenta para concluir este capítulo, el análisis realizado por David Hawkins,⁷⁷ comentado por Vásquez Gonzáles, quien proporciona un estudio completo de los factores que pueden favorecer la delincuencia juvenil; entre ellos, “Factores individuales (complicaciones pre natales y post parto, Índice bajo de frecuencia

⁷⁵HERRERO HERRERO, Ob. Cit., p. 86.

⁷⁶HERRERO HERRERO, Ob. Cit., pp. 86-87.

⁷⁷ VÁSQUEZ Gonzáles, Carlos. Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003. Págs. 118-119.

cardíaca, Desórdenes internos, Hiperactividad, problemas de concentración, desasosiego e impaciencia, agresividad, pronta iniciación en comportamientos violentos, implicación en otras formas de comportamiento antisocial, creencias y actitudes favorables a la desviación o comportamientos antisociales); Factores familiares(padres delincuentes, maltrato infantil, prácticas de dirección familiar pobres, bajos niveles de participación o implicación familiar, pobres vínculos familiares y conflictos familiares, actitudes paternas favorables al uso de sustancias tóxicas y a la violencia, separación de padres e hijos. Factores escolares (fracaso escolar, baja vinculación escolar, hacer novillos y abandonar la escuela, frecuentes cambios de colegio). Factores respecto a su grupo generacional (hermanos delincuentes, amigos delincuentes, ser miembro de una banda). Factores sociales y comunitarios (Pobreza, comunidad desorganizada, disponibilidad en la comunidad de drogas y armas de fuego, miembros adultos del barrio implicados en actividades delictivas y exposición a violencia y prejuicios raciales”.

Ahora bien, en este estado de cosas, es importante coincidir con los autores mencionados, en la medida que todos los factores en conjunto merecen ser analizados, puesto que la experiencia nos enseña que la mayoría de jóvenes que cometen ilícitos penales, presentan características personales diferentes, que van desde un bajo auto concepto, falta de control de impulsos, déficit de empatía, pensamiento y actitud egocéntrica, escasas habilidades sociales, todo lo que contribuye a la aparición de conductas delictivas; ello aunado a la ausencia de padres o del control de estos, violencia familiar, bajo status económico o marginación económica que impide un desarrollo educativo y social de los hijos, malos ejemplos familiares, carencias afectivas, fracaso escolar, grupo de pares inadecuados, drogas; todos ellos, son factores coadyuvantes para la aparición de conductas ilícitas.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1. El menor en el entorno de las ciencias penales

3.1.1. Cuestiones dogmático-penales sobre la responsabilidad del menor infractor. Introducción

A partir de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, se han ido definiendo las cuestiones relativas a las consecuencias que resultan de la comisión de delitos por parte de los adolescentes; habiéndose establecido en muchos países la edad legal para asumir responsabilidad penal y otros aspectos relacionados, bajo los criterios del Derecho Penal, es decir, cuestiones dogmáticas clásicas que pertenecen a él.

Es importante precisar que además de la Convención, el tratamiento del infractor encuentra sustento en diversos instrumentos internacionales, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, conocida como Reglas de Beijing, aprobada el 29 de Noviembre de 1985, por resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobada por resolución N° 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1990; y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riadh, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

El nuevo enfoque que introdujo la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene su fundamento en la Doctrina de la Protección integral de la infancia, que se basa en el respeto de los derechos de los niños, en la adopción de mecanismos para su protección y en el ámbito de la aplicación de la ley penal, en reforzar las garantías que se otorgan a los adultos, cuando sean los menores quienes enfrenten tal circunstancia.

Es importante que los países cuenten con mecanismos legales que acorde con los instrumentos internacionales mencionados, prevean el uso de respuestas alternativas a la privación de libertad; o de ser necesaria, que ésta se encuentre señalada como último recurso y alternativamente con la adopción de soluciones flexibles favorables al menor.

Según señala Mary Beloff, en nuestro país el Código de los Niños y Adolescentes “regula la respuesta estatal al delito de los menores de 18 años de edad, sin resolver dogmáticamente si estos son responsables o imputables”⁷⁸; la autora realiza además una seria crítica a la debilidad del contradictorio en el proceso que afronta un adolescente y sostiene que un tema que aún no ha sido resuelto por la jurisprudencia es aquél que se refiere a la forma cómo se compatibiliza la responsabilidad especial del adolescente, sus circunstancias personales y el acto ilícito cometido.

El Tribunal Constitucional Peruano, se pronunció en el año 2008, acerca de la necesidad de contar con un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que “desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en el cual el Juez, la defensa y el Ministerio Público, tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo el binomio impunidad-arbitrariedad, por el binomio severidad-justicia. En casos excepcionales se permite una privación de la libertad, pero bajo un régimen especial, de acuerdo con la Constitución, la Convención de los derechos del Niño y demás instrumentos internacionales”⁷⁹.

El Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil descrito por el Tribunal Constitucional, debe respetar los siguientes principios:

“a) *El principio de igualdad y no discriminación: Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural*

⁷⁸BELOFF, Mary. En revista: Justicia y Derechos del Niño N° 8. Editado por UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile. 2006. Pág. 19.

⁷⁹STC.Exp. 03247-2008-HC/TC. www.tc.gob.pe

o social. En esta misma línea, el sistema de administración de justicia debe desarrollar acciones para proteger a determinados grupos vulnerables, tales como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia.

- b) El respeto a la opinión del niño: El niño tiene derecho a participar y a emitir su opinión en todos los asuntos que le correspondan o tengan algún efecto sobre su vida. En instancias judiciales, las autoridades deben asegurar que la participación del niño no genere represalias y sea lo menos traumática posible.

- c) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: Este principio implica que el Estado debe formular políticas de prevención de delincuencia juvenil así como proveer medios para asegurar el pleno desarrollo del niño en la sociedad. En el plano de administración de justicia, se prohíbe, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la prisión perpetua o la pena de muerte. Asimismo, la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.

- d) La dignidad del niño: El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.

- e) El respeto al debido proceso : En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa

de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso.

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”⁸⁰.

Esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el año 2008, reconoce la necesidad de incorporar un Sistema de responsabilidad penal juvenil a la legislación nacional; sin embargo el tiempo ha transcurrido y no se ha realizado ningún cambio legislativo favorable a los menores infractores; por el contrario se ha modificado el Código de los Niños y Adolescentes, para permitir la imposición de sanciones privativas de la libertad de hasta 10 años; con lo que se ha agravado la situación de los adolescentes.

La importancia de retomar la iniciativa del Tribunal Constitucional, que se ha perdido en el tiempo, pasa por sentar las bases sólidas para la construcción de un sistema de justicia especializado, el cual ya tiene un camino señalado por la dogmática penal, en la medida que ésta le sirve de sustento, específicamente en las categorías de Tipicidad, antijuricidad, que mayormente no encuentran resistencia en la doctrina. Y por eso es relevante traer a colación los Principios del Derecho Penal que resultan importantes para el tratamiento del adolescente infractor.

⁸⁰STC.Exp. 03247-2008-HC/TC. www.tc.gob.pe

3.2. Principios del Derecho penal relevantes en materia de menores

3.2.1. Principio de Legalidad

El artículo 183 del CN y A., consagra el Principio de Legalidad al señalar que se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal. Este principio se consagró por primera vez en la Declaración Francesa del Hombre y del ciudadano de 1789, resultando ser un mecanismo que asegura la libertad de los individuos frente al poder punitivo del Estado. Bustos Ramírez, señala que “su contenido viene dado por la reserva de la ley (*nullum crimen nullapoena sine legescripta*), la exigencia de taxatividad y de certeza (*nullum crimen nullapoena sine legestricta*) y la exigencia de la irretroactividad (*nullum crimen nullapoena sine legepraevia*).”⁸¹ En cuanto a la reserva de ley, se entiende que solo por ley, puede establecerse una conducta punible, descartándose por ejemplo a la Jurisprudencia, la costumbre o los Principios Generales del Derecho. “La exigencia de taxatividad y certeza, rechaza la analogía como fuente creadora de delitos. Y la exigencia de irretroactividad, tiene como sustento que un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior; así también que se aplique una pena más grave o diferente”⁸².

Se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna, en su artículo 2.24 inc. d y exige que por ley se establezcan los delitos y las conductas prohibidas, así como su marco sancionatorio; también se configura como “un derecho subjetivo de los ciudadanos ya que garantiza que lo prohibido se encuentre previsto en norma previa,

⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. Derecho penal Parte General. Ara Editores. Lima 2004.

Tomo I, pág. 566.

⁸² *Ibídem*, pág. 567

escrita y estricta, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en la norma jurídica”⁸³.

También está previsto en el artículo 40. 2. a, de la Convención sobre los derechos del niño, que señala la obligación de los Estados de garantizar que no se acuse ni se declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

De otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuenta también con abundante jurisprudencia respecto al Principio analizado, estableciendo categóricamente que en un Estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad, presiden toda la actuación de todos los órganos del Estado.

El Tribunal Constitucional del Perú, en diversas sentencias, ha consagrado y desarrollado el Principio de legalidad, señalando lo siguiente: “Principio de legalidad penal: El Principio de Legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito, la prohibición de la analogía y de las cláusulas legales indeterminadas”⁸⁴.

El tratadista Hurtado Pozo, señala que “El Principio de legalidad en el ámbito penal, es una columna esencial del derecho penal moderno. En gran medida, constituye un caso particular del principio general de legalidad, junto, por ejemplo, al principio nullumvctigal sine lege, propio del derecho fiscal. El ejercicio del poder punitivo implica ciertas restricciones de los derechos fundamentales, es especial el de la libertad, pero siempre basadas

⁸³ www.tc.gob.pe. STC Exp. 1805-2005-PHC/TC. Precedente vinculante

⁸⁴ www.tc.gob.pe. STC Exp. 1805-2005-PHC/TC. Precedente vinculante.

en normas y reglas preexistentes a la realización del comportamiento en cuestión”⁸⁵.

En líneas generales podemos manifestar que el Principio de Legalidad en materia penal, sirve de base para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para el adolescente que ha infringido la ley penal; puesto que, aun cuando se pretenda negar la existencia de un derecho penal para adolescentes en Perú, no queda duda que conforme al artículo 183 del Código de los Niños y Adolescentes, sólo podrá declararse su responsabilidad respecto a hechos que previamente se encuentren tipificados como delitos o faltas en la ley penal; de ahí que pueda concluirse que el Principio de Legalidad Penal sirve de sustento para la aplicación de sanciones a los menores que hubieran infringido la ley penal, garantizando así su derecho a la libertad, así como las garantías que emanan de dicho Principio.

3.2.2. Principio de Proporcionalidad

“Este Principio tiene una triple dimensión que se formula en sub principios: la intervención restrictiva de los Poderes Públicos sobre los derechos de los ciudadanos, debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Y en el campo penal cobran mayor importancia. Así en primer lugar el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima. En segundo lugar el principio de adecuación requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan. En tercer y último lugar el principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o

⁸⁵ HURTADO Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte general. Ed. Grijley. Lima 2005. Pág. 140

restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión”⁸⁶.

Este Principio guarda íntima relación con el Principio de Legalidad, por lo que debe inferirse que aun cuando no se encuentra mencionado como una garantía del proceso contra el adolescente infractor, está dirigido al legislador y al juez, en tanto que precisa en primer lugar del diseño de normas penales que protejan a los ciudadanos y que a su vez éstas se encuentren sometidas al límite que tiene el Estado para seleccionar el objeto de protección penal y sus consecuencias jurídicas.

3.2.3. Principio de intervención mínima

El Derecho Penal debe intervenir sólo cuando los otros mecanismos de control social hayan fracasado, de ahí que se le considere como última ratio, que en realidad quiere decir que la intervención represiva del Estado debe dirigirse a la protección de bienes jurídicos de especial significado. “Última ratio quiere decir también graduación de la intervención sancionadora administrativa y penal. Este modo de graduar la intervención penal tras la civil y administrativa, fundamenta constitucionalmente el carácter subsidiario del derecho penal, frente a los demás instrumentos jurídicos, cuya eficacia pretende subsidiariamente asegurar”⁸⁷.

3.2.4. Principio de culpabilidad

Respecto a este Principio, debemos señalar que no se encuentra previsto en nuestra Constitución, sin embargo el Tribunal Constitucional Peruano ha resaltado que su existencia se desprende del Principio de Legalidad en materia penal. El fundamento 25, de la Sentencia emitida en el expediente N° 00014-2006-AI/TC, señaló: *El principio de la culpabilidad es uno de los*

⁸⁶BERDUGO GÓMEZ de la Torre y otros. Lecciones de Derecho Penal parte general. Editorial Praxis, S.A., Barcelona 1996. Pág. 47

⁸⁷BERDUGO GÓMEZ de la Torre y otros. Lecciones de Derecho Penal parte general. Editorial Praxis, S.A., Barcelona 1996. Pág. 50.

pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado”⁸⁸.

Por su parte el jurista Luigi Ferrajoli expresa: “La tercera condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del “cuando” y del “qué” prohibir es la de la culpabilidad. Por exigirlo dicha condición, que corresponde al llamado elemento subjetivo o psicológico del delito, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer”.⁸⁹

Este Principio de aplicación para el derecho penal de adultos, no tiene desarrollo en la situación de los adolescentes, siendo necesaria la elaboración de algunos criterios que sostengan la culpabilidad de los adolescentes infractores.

3.3. Evolución de la culpabilidad en la historia de la dogmática penal

La culpabilidad, como se ha expresado líneas arriba, es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor, por la acción típica y antijurídica que ha cometido, mediante una pena estatal. Esta definición de culpabilidad no ha sido fácil de desarrollar; a lo largo de la evolución

⁸⁸ www.tc.gob.pe Expediente N° 00014-2006-AI/TC. Fundamento 25.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta. Madrid 2001, quinta edición. Pág. 487

del pensamiento jurídico- penal, las diversas escuelas dogmáticas han apostado con sus correspondientes enfoques en el significado y contenido de aquella.

Jescheck, señala que “la culpabilidad es reprochabilidad por la formación de la voluntad. De acuerdo con el contexto en el que es utilizado, el concepto de culpabilidad se subdivide en el principio de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como medida de la pena. El primero afirma que la pena criminal sólo puede ser fundamentada si al autor le puede ser reprochado el hecho y que la pena sólo es admisible dentro de los límites de la culpabilidad. La culpabilidad como fundamento de la pena es la encarnación de los requisitos que pueden excluir o fundamentar la reprochabilidad del hecho en atención a la existencia de la amenaza penal. Finalmente la culpabilidad como medida de la pena es la personificación de las circunstancias que responsabilizan al autor y que son tenidas en cuenta en la determinación de la pena”⁹⁰.

El autor señala que el “Principio de Culpabilidad no sólo presupone que la persona pueda decidirse libremente, sino también que lo puede hacer correctamente. Junto a la libertad del querer debe encontrarse la capacidad de valorar”⁹¹.

Como vemos, el concepto de Culpabilidad tiene diversas aristas, y si bien en el derecho penal de adultos es importante analizarlo para justificar la imposición de la pena, no puede dejarse de resaltar la importancia de su determinación en el derecho penal juvenil, toda vez que el ordenamiento jurídico peruano no establece su confirmación en los procesos seguidos contra el adolescente infractor.

Dentro de la composición de la categoría de la “culpabilidad”, nos interesa de manera particular uno de sus componentes, como es la “*imputabilidad*”, la misma que presenta una enorme relevancia en la temática abordada, puesto que su cabal, claro y preciso entendimiento, constituirá el presupuesto y la base sobre la cual se procederá a plantear

⁹⁰ JESCHECK, HANS HEINRICH Y WIIGEND THOMAS. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Instituto Pacífico. Lima., 2014. Volumen I, pág. 595.

⁹¹ *Ibidem*. Pág. 608

la reforma del Sistema judicial de menores; ello a partir de la construcción de un sistema de responsabilidad penal de menores, siendo necesario realizar una exploración de las principales posturas teóricas al respecto para proceder a asumir una posición que nos permita en base a ella, esbozar y construir nuestra propuesta que expondremos en el presente trabajo de investigación.

Al respecto debemos indicar que la imputabilidad es considerada como una categoría jurídico-formal, desempeñando el rol de una especie de filtro o mecanismo selectivo dentro del sistema penal, y las consecuencias que conllevan sus causas de exclusión, desde la perspectiva del control social y las garantías del derecho penal. Pese a que la imputabilidad presenta una gran relevancia dentro del derecho penal, la doctrina penal ha descuidado su estudio e investigación, habiéndonos quedado prácticamente retrasados en este aspecto, en donde los sucesivos movimientos doctrinales se centraron en aspectos de carácter sistemático, debido a que la discusión se concentraba en determinar si la imputabilidad era un problema de capacidad de acción, de deber, de delito, de pena, o de culpabilidad; siendo que una vez establecido que se trataba de un problema de capacidad de culpabilidad, el interés doctrinal se dirigió a establecer si la imputabilidad era un presupuesto o, por el contrario, un elemento de la culpabilidad, es por ello que FRANK consideró que la “imputabilidad” ha sido “*el fantasma errante de la teoría del delito*”⁹².

Por su parte Percy García, en la misma línea sostiene que “el significado dogmático del término culpabilidad, así como su ubicación sistemática en la teoría del delito no son temas resueltos en la dogmática penal, sino que por el contrario han sido permanentemente discutidos desde distintas perspectivas y con variados argumentos”⁹³.

A continuación procederemos a mencionar las opiniones que han vertido al respecto los movimientos doctrinales más importantes:

⁹² Citado por HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 92.

⁹³ GARCÍA CAVERO Percy. Derecho Penal. Parte General. Jurista Editores E.I.R.L. Lima 2012. Pág. 619

3.3.1. La Escuela Clásica

Fue este movimiento doctrinal que dio origen a la “fundamentación de la culpabilidad en base al libre albedrío”; siendo uno de sus principales representantes el notable maestro italiano Francesco CARRARA, para quien “la responsabilidad penal es el resultado de un proceso de imputación gradual, que va desde la comprobación del encuadramiento de acción en la ley, la configuración del sujeto como su causa física, hasta llegar al ámbito de la indagación moral, la cual tiene dos peldaños: La comprobación del nexo psíquico (conciencia y voluntad) y la evidencia de la libertad; constituyendo precisamente la “*libertad*”, en un atributo indispensable de la voluntad de modo que esta no puede existir sin aquella”⁹⁴.

Para Francesco Carrara, representante máximo de ésta Escuela, la edad del infractor era una causa para modificar la imputación, por tratarse de una razón que afecta la inteligencia del agente; señaló sin embargo que “no todos los menores carecían de la capacidad de discernimiento, estableciendo un primer período conocido como infancia, desde el nacimiento hasta los siete años; luego la impubertad próxima a la infancia, desde los siete hasta los doce años, edad en la que se presume jure et de jure, que no hay discernimiento suficiente para merecer una censura de la justicia; un segundo período que comprende la impubertad próxima a la minoridad, de los doce a los catorce años y minoridad, de catorce a dieciocho años, edad en la que se tiene una capacidad juris tantum para delinquir, siendo en esta edad que el sujeto debe dar cuenta de sus actos, correspondiendo al Juez, examinar su tiene suficiente discernimiento”⁹⁵.

⁹⁴ CARRARA, Francesco. Opúsculos de derecho criminal. Vol. I., (Trad. Ortega Torres y Guerrero), Bogotá, 1976, pp. 232-239. El mismo en: Programa de derecho criminal, Vol. I., (Trad. Ortega Torres y Guerrero), Bogotá, 1956, p. 71.

⁹⁵ DIAS CORTÉS, Lina Mauriola. Derecho Penal de Menores. Ed. Temis. Bogotá, 2009. Pág. 28

3.3.2. La Escuela Positivista

En líneas generales esta concepción teórica, surge como reacción, por un lado contra los métodos de investigación que existían en esos momentos que “propugnaban el conocimiento de un derecho que sólo en la imaginación ha existido, de un derecho absoluto, eterno, ideal e irrealizable de un derecho dogmático; y por otro lado, como consecuencia de la grandísima extensión dada a la aplicación del método experimental y positivo, por lo que consideran que se debe sustituir el método objetivo de observación y experimentación, el método natural y positivo. En suma, la admiración de los positivistas por las ciencias de la naturaleza los llevó a entender que éstas eran de aplicación válida, incluso en el campo de las ciencias humanas y sociales, pero este giro metódico no fue más que el resultado del ambiente positivista de ese momento”⁹⁶.

“Los rasgos fundamentales del positivismo pueden resumirse en un resultado: el desmonte de todo el sistema de garantías implantadas por la Escuela Clásica, siendo palpable principalmente en tres aspectos”⁹⁷. 1) El delito. El cual deja de ser estudiado como límite a la actuación del Estado, porque una vez que se desplaza la atención al delincuente, el delito aparece como el reflejo de una personalidad peligrosa, frente a la cual la sociedad ha de defenderse. 2) La responsabilidad penal. La idea de responsabilidad social reemplaza al concepto de culpabilidad, considerando que el delincuente por naturaleza está determinado al delito; es por ello que las consecuencias penales que se deriven de sus actos, deben fundamentarse únicamente en su peligrosidad. 3) La sanción penal. Al considerar los positivistas que los delincuentes se encuentran predestinados a delinquir por naturaleza, es que proceden a sustituir la pena por la medida de

⁹⁶ GARCIA PABLOS DE MOLINA, Ob. Cit. Pág. 436

⁹⁷ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 111-112.

seguridad, por lo que no se trata de reaccionar frente a un hecho cometido, sino de prevenir actos delictivos futuros.

Al quedar establecida la tesis de la peligrosidad, como base de la respuesta penal frente al delincuente, llevó a que la distinción entre imputables e inimputables desapareciera, pues su existencia dificultaba la intervención penal frente a los que la Escuela Clásica denominó inimputables y el Positivismo calificó como peligrosos. Con ello se pretendía ampliar la intervención del derecho penal frente a los clásicos que consideraban inimputables, pues las penas eran proporcionales al delito y estaban fundamentadas en el principio de responsabilidad moral, quedando fuera de la órbita de la sanción penal una gran masa de delincuentes habituales, menores y enfermos mentales, ante los cuales era necesario actuar con medidas de carácter preventivo especial, inexistentes desde el punto de vista de la Escuela Clásica. De modo tal que la distinción entre sujetos imputables e inimputables perdió utilidad, pues igualmente podía ser peligroso un imputable o inimputable, y es que tan peligrosa era la persona normal, que cometía un acto delictivo, como la persona que tenía una inteligencia anormal, enferma o incompleta en su desarrollo; la única diferencia entre ambos era que presentaban una peligrosidad de diferente grado. En consecuencia el positivismo criminológico, procedió a distinguir entre dos clases de hombres por un lado en sujetos normales y anormales, peligrosos y no peligrosos⁹⁸.

Esta concepción doctrinal, ha tenido una influencia muy importante en su momento en legislaciones penales, pero hasta la fecha en cuanto a la legislación adoptada en materia de menores, no, puesto que en gran medida ha sustentado la ideología tutelar por medio de la cual se cualificaba personas y no hechos. Es decir no se trataba de que el menor hubiera realizado un acto delictivo, sino que partía de que el menor era un ser peligroso. Es por ello que la

⁹⁸HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 116-117.

intervención de estas instancias conllevaba una señalización, incluso más fuerte que la impuesta por la intervención del derecho penal frente a los adultos. Un menor que haya sido internado en un establecimiento de educación o reforma siempre será considerado un delincuente, independientemente de si se ha realizado o no un hecho delictivo. Del mismo modo no se debe perder de vista de que la privación de libertad siempre produce un fenómeno de despersonalización, produciéndose una intensificación de sus efectos en los menores, pues se trata de personas en proceso de formación. De modo tal que el internamiento por constituir la intervención más fuerte de la ideología tutelar frente al menor, facilitaba etiquetarlo como un futuro delincuente.

3.3.3. La Escuela Causalista

La Teoría Causalista del delito, basada en el concepto causal de acción, concebía la acción (en el sentido de una mera causalidad natural) como movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos, provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad. Lo que el autor quiso concretamente es indiferente; *el contenido de la voluntad sólo es relevante en sede de culpabilidad*. Sobre la base de este concepto de acción exento de contenidos de valor e intención se desarrolló una construcción bipartita objetiva-subjetiva de la teoría del delito, en donde acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito, y la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo⁹⁹.

Influenciada por el positivismo naturalista, la corriente causalista se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos

⁹⁹ AMBOS, Kai, 100 Años de la Teoría del Delito de Beling, Consulta Junio 2011, pág. 6.; en síntesis se puede indicar que el Causalismo asumía a “la acción, como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, como relación psicológica del autor con su hecho, al ser objetos materiales del mundo real, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos”, al respecto véase SCHÜNEMANN, Bernd, en el Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Trad. Silva Sánchez, José María, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 44. Recuperado de:<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>.

propios de las ciencias empíricas¹⁰⁰. A fines del siglo XIX y comienzos del XX imperaba la teoría psicológica de la culpabilidad como correlato del concepto causal de acción. En esta comprensión se entendía a la culpabilidad como el nexo psicológico entre el autor y el resultado lesivo, es decir una relación de causa a efecto que permitiera hacer responsable a un sujeto. El dolo y la culpa eran considerados como formas de la culpabilidad. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad era concebida como un presupuesto de la culpabilidad¹⁰¹. Ampliando estas ideas, la culpabilidad era considerada como una vinculación de naturaleza psicológica entre el hecho y el sujeto; respaldados en los principios causal-naturalistas que la concepción clásica empleaba en el análisis del delito, los clásicos (Liszt, Mayer, Radbruch) estimaban que la voluntad del realizador del hecho es causa de éste¹⁰², es decir, la voluntad pasa a ser causa del acto, siempre que concurra dolo o culpa, hipótesis en las que la culpabilidad se agota. En el dolo el sujeto se representa el hecho y, además, lo quiere; en la culpa no se lo representa y no lo quiere. Tanto el dolo como la culpa no admiten graduación en la doctrina clásica y son dos formas de culpabilidad que no cuentan con un elemento común unificador: Hay o no hay dolo, hay o no hay culpa, no se conciben estados intermedios.¹⁰³

El fundamento de la culpabilidad era la libertad, pero en sentido amplio, no explicada por la metafísica, sino libertad del libre albedrío y referida exclusivamente al ámbito jurídico, la libertad trascendente; VON LISZT, se refiere a la decisión de determinar la voluntad de acuerdo a las normas que regulan, en general, nuestro

¹⁰⁰ MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2^{da} edición, Editorial B de F,

Montevideo- Buenos Aires, 2003, p. 196.

¹⁰¹ CEREZO MIR, José, Derecho Penal. Parte General. Obras Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 859-860.

¹⁰² GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte General, Tomo II, 3^{era} edición, Editorial Jurídica de

Chile, Santiago, 2003, p. 200; en el mismo sentido V. Liszt señalaba que: “No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad del autor”, al respecto véase HORMAZABAL, Hernán y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Lecciones de Derecho Penal, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 313.

¹⁰³ GARRIDO MONTT, Mario, Op. Cit., p. 200

comportamiento dentro de la sociedad¹⁰⁴. En el caso de la “*imputabilidad*” se precisa que el autor tenga una capacidad psíquica que le permita disponer de la riqueza necesaria de representaciones para hacer una valoración social completa, de tal modo que la firmeza motivadora de las normas (generales, jurídicas, morales, religiosas, etc.) corresponda a la medida media, y que la dirección y rigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada especialmente anormal¹⁰⁵. De lo cual se puede colegir que para este planteamiento doctrinal, la distinción entre imputables e inimputables, da lugar a la consideración de dos categorías de personas: “*los imputables*”, que tienen una capacidad psíquica normal que les permite desenvolverse en sociedad; y los “*inimputables*” que, en cambio, son los concebidos como anormales, los incapaces de conducirse de acuerdo a las normas impuestas por la sociedad.

3.3.4. La Escuela Neo Causalista

El desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad se vio favorecida por la influencia de la filosofía neokantiana, o filosofía de los valores¹⁰⁶. Lo decisivo del concepto normativo de culpabilidad es la reprochabilidad: Una conducta culpable, es una conducta reprochable. Y un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor: a) Es espiritualmente normal (capaz de imputación); b) ha tenido una cierta relación concreta con respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa), y, c) ha obrado en circunstancias normales (sin estar bajo la presión de una situación

¹⁰⁴ VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, 18 ava edición (Trad. Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña), Madrid, 1916, p. 202. BUSTOS RAMIREZ, Ob. Cit., p. 492.

¹⁰⁵ VON LISZT, Ob. Cit., pp. 396-397.

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, 2003, pp. 213-214: “Simplificando, podría resumirse el planteamiento neokantiano en los términos siguientes: si las ciencias experimentales suponen la aplicación a la materia empírica de las categorías del entendimiento, las ciencias del espíritu requieren la subsunción de aquella materia empírica bajo otro tipo de categorías a priori, específicas de esta clase de ciencias. Las ciencias naturales y las espirituales no se distinguen, pues, por su objeto -en ambos casos la misma materia fenoménica-, sino por las categorías a priori mediante las cuales el hombre puede tomar conocimiento de él. En este sentido, para los neokantianos las dos clases de ciencias no se diferencian por razón de su objeto, sino por su método”.

característica de una causa de inculpabilidad)¹⁰⁷. Esta corriente considera a la culpabilidad como un hecho psicológico valuado con arreglo a una norma, mediante un juicio tendiente a decidir si ese comportamiento, que significa un apartamiento objetivo del derecho, es subjetivamente reprochable al autor por implicar una infracción a su deber de actuar como el derecho se lo exigía. El contenido de la culpabilidad no se agota por los elementos psicológicos contenidos en el dolo y la culpa (aunque estos elementos aún permanecían en el contenido de la culpabilidad)¹⁰⁸. La imputabilidad para esta corriente doctrinaria, es entendida como la responsabilidad personal del sujeto en cuanto a la comisión de actos delictivos. Esta responsabilidad requiere libertad completa y pleno uso de las facultades intelectuales; teniendo como elementos a la “inteligencia” y la “voluntad”. En tanto que la declaración de inimputabilidad y la supuesta absolucón penal, que ésta conlleva, requieren la total carencia de libertad e inteligencia, por lo que nuevamente los inimputables son los inferiores, los que no saben ser libres, lo que no poseen inteligencia¹⁰⁹.

3.3.5. La Escuela Finalista

Sin embargo, la teoría normativa de la culpabilidad alcanzaría una nueva reconfiguración gracias a la corriente finalista, liderada por Hans Welzel, precisando que el fundamento de la culpabilidad radica en el poder actuar de otro modo, que constituye una estructura lógico-objetiva anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido¹¹⁰. El reproche de

¹⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3^{era} reimpresión, Editorial Temis,

Santa Fe de BOGOTÁ, 1996, p. 150.

¹⁰⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Derecho Penal. Parte General, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 244.

¹⁰⁹ HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 100.

¹¹⁰ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal. Evolución y Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal, p. 194, en <http://www.cienciaspenales.net>, Consulta Junio 2011; WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Trad. Bustos Ramírez, Juan e Yáñez Pérez, Sergio, 4^{ta} edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 177: “(...) La libertad no es un estado, sino un acto: El acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. En la falta de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: La

culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto, sino que concretamente este hombre había podido en esta situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma¹¹¹, es decir, una conducta antijurídica puede serle reprochada a su autor cuanto este podía haberse abstenido de realizarla y haber realizado en su lugar, una conducta adecuada las exigencias del derecho¹¹². Así, desde esta posición se sostiene que no es humanamente posible pretender que una persona actúe de una manera, cuando las circunstancias que la agobian le imponen otra actitud, en honor a este argumento, se abandona el héroe de la historieta que todo lo puede, por el hombre de carne y hueso, es decir a través de los postulados finalistas se puede distinguir entre lo exigible y lo que no es razonablemente exigible a un sujeto determinado¹¹³.

En cuanto al plano estructural, el dolo y la culpa son trasladados al ámbito de la tipicidad y expurgados de la categoría de la culpabilidad; de esta forma, en la sistemática finalista se tiene en cuenta no solo la acción típica y antijurídica, que constituye el juicio de reproche de la culpabilidad, sino también la imputabilidad o capacidad, la conciencia actual o posible de la antijuricidad y las circunstancias del caso concreto que podrían dar lugar a la apreciación de la inexigibilidad de la obediencia al derecho¹¹⁴.

Este nuevo concepto de culpabilidad abandona definitivamente su definición como el nexo psicológico entre el autor y su hecho, y convierte su concepción en un concepto puramente normativo. De tal modo que para el finalismo, la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al sujeto, porque, conociendo la

culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”.

¹¹¹ WELZEL, Hans, Op. Cit., p. 169.

¹¹² GRACIA MARTIN, Luis, Fundamentos de Dogmatica Penal, Idemsa, Lima, 2005, p. 446.

¹¹³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Op. Cit., p. 247.

¹¹⁴ CEREZO MIR, José, Op. Cit., p. 862.

antijuridicidad de su conducta, pudo haber actuado conforme a la norma y no lo hizo¹¹⁵.

Como puede verse, la construcción del concepto de culpabilidad sigue teniendo como base el libre albedrío, pero se ha dado un paso más al concretar la libertad en abstracto. En ese sentido se tiene que el libre albedrío en el finalismo de WELZEL, al ser la capacidad de determinarse de acuerdo a sentido, no es la libertad de actuar de otra manera que sostienen los indeterministas; por lo que el libre albedrío tampoco debe entenderse como la posibilidad de elegir entre valor y desvalor, bueno y malo, porque comprobar esto sería imposible; ello debido a que la libertad no es un estado, sino un acto de liberación de la voluntad conforme a sentido, la falta de este acto fundamental la culpabilidad; por lo que la *“culpabilidad”* es la *“la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”*¹¹⁶.

Asimismo se establece que la culpabilidad, como juicio de reproche basado en la falta de determinación conforme a sentido, presupone tres condiciones: 1) En primer lugar, es necesario que el sujeto reúna las condiciones físicas y psíquicas que le permitan motivarse conforme a la norma; constituyendo la *“imputabilidad”*, como la condición central del juicio de reproche; sin ella no existe culpabilidad, pues la persona carecería de la libertad para actuar conforme a sentido, 2) La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y 3) Ausencia de causas de exclusión de culpabilidad¹¹⁷. En el caso de la *imputabilidad*, presenta dos elementos: a) Uno cognoscitivo, que mide el conocimiento del

¹¹⁵VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte general, 3era edición, Bogotá, pp. 547-549. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de derecho penal. Parte general, 4ta edición, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 202-203.

¹¹⁶HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 100.

¹¹⁷WELZEL, Ob. Cit., p. 201.

injusto y b) Otro volitivo, que se refiere a la capacidad de actuar conforme a ese conocimiento, es decir, conforme a sentido¹¹⁸.

De lo apreciado anteriormente se tiene, que se ha procedido a construir una línea general de la naturaleza del ser humano y su libertad, pero no se ha comprobado la capacidad de un sujeto para auto determinarse conforme a sentido ante una situación concreta; constituyendo por el contrario en un juicio existencial sobre una realidad individual y que su constatación requiere ser realizada por medio de un método empírico; no obstante se tropieza con la dificultad de que la imputabilidad no es un dato que pueda ser percibido por lo sentidos, en donde si bien desde ramas del conocimiento como la psiquiatría pueden comprobar la existencia de determinados estados mentales anormales (como enfermedades mentales, perturbaciones de la conciencia, etc.), pero la exclusión de la capacidad de culpabilidad en estos estados ya queda fuera de su juicio científico. Es por ello que ante la imposibilidad de la ciencia para determinar positivamente quienes tienen dicha capacidad, se ha optado por hacer una selección negativa, que consiste en una enumeración de los casos en los que se supone que esa capacidad no existe¹¹⁹. De esta manera se llega a determinar que se excluye a todas las personas que aún no son capaces de la misma autodeterminación, estos son los que por su juventud, sordomudez, o por alguna anormalidad mental no son capaces de culpabilidad¹²⁰.

En consecuencia, a partir de esta noción de imputabilidad, permite clasificar a las personas; por un lado, se encuentran las que tienen capacidad para ser libres y de otro las que no poseen esa capacidad. Es por esta razón, que la declaración de inimputabilidad posee un significado de minusvalía y de desigualdad en relación con los imputables; a la luz de estos razonamientos, el menor como

¹¹⁸ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 216-217.

¹¹⁹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de derecho penal. Parte general, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 207-208.

¹²⁰ WELZEL, Ob. Cit., p. 201

inimputable, llevaría aparejada una etiqueta de incapacidad para conducirse con base a su libertad¹²¹.

3.3.6. La Escuela Funcionalista

En esta etapa del pensamiento jurídico penal, las concepciones funcionalistas se puede resumir en dos vertientes: Corte moderado (Claus Roxin) y tendencia radical (Gunther Jakobs).

Para ROXIN “la culpabilidad debe denominarse “responsabilidad”, porque exige para que se configure la imputación subjetiva del actuar antijurídico, la concurrencia tanto de la culpabilidad como de la necesidad preventiva de la pena”¹²². La culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena. Roxin señala que, si alguien por las razones que sean, no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objeto castigarlo; cualquiera que sea la teoría de la pena que se mantenga, no se puede pretender retribuir una culpabilidad inexistente, no tiene sentido querer apartar a la generalidad de la causación de consecuencias inevitables, y un efecto de prevención especial en personas, a las que no se puede reprochar su conducta, es innecesario, no se puede alcanzar por medio de la pena¹²³. Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación¹²⁴. De modo tal que será lo mismo la carencia de culpabilidad, es decir la inculpabilidad o irresponsabilidad tanto por el hecho de que la conducta no obedece o reacciona a una norma sino también por la falta de una necesidad de la pena en el sentido de prevención. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: Solo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el supuesto y la medida de la

¹²¹ HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 100.

¹²² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Op. Cit., p. 249.

¹²³ ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2^{da} edición, Trad. MUÑOZ CONDE,

Francisco, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 89-90.

¹²⁴ ROXIN, Claus, Prevención y culpabilidad en Derecho Penal, Trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Reus, Madrid, 1981, p. 71

culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible¹²⁵.

En cuanto a la “**imputabilidad**”, procede a adherirse a un método mixto de carácter “psíquico-normativo” o psicológico-normativo, pues los estados psicológicos defectuosos no son del todo constatables sin una aportación valorativa (normativa). Asimismo considera que la capacidad de comprensión y de inhibición como criterio decisivo para la asequibilidad normativa, no se basa por completo en una atribución puramente normativa sino que posee un fundamento empírico-psicológico, por eso se requiere la unión de ambos criterios¹²⁶.

Por su parte **JAKOBS** fundamenta su “concepto de culpabilidad a través de la prevención general y se mide de conformidad a dicha prevención, que se concibe en términos positivos y aun preferentemente como ejercicio en la fidelidad hacia el derecho.”¹²⁷ Para esta teoría funcional, la culpabilidad abarcaría todo; las demás categorías penales no pasarían de ser conceptos auxiliares para entender mejor la culpabilidad¹²⁸. La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho como motivo de conflicto. Se pune para mantener la confianza en la norma, para ejercitar el reconocimiento general de la norma.¹²⁹ Es decir, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida que el derecho penal funciona. El límite que establece la culpabilidad para la pena no discurre en torno a lo que el delincuente ha merecido según la

¹²⁵ Véase REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Op. Cit., p. 249.

¹²⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Traducción de Luzón Pena, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 823-824.

¹²⁷ Ídem, p. 250.

¹²⁸ JAKOBS, Gunther, Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, Trad. CancioMelia y Feijoo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 60: “(...) Desde el punto de vista del derecho penal, el concepto de culpabilidad es el que separa el sentido de la naturaleza. Toda sistematización previa al escalón del juicio de culpabilidad está configurada sobre la base de conceptos auxiliares cuyo cometido consiste en hacer más manejable el concepto de culpabilidad. Dichas categorías penales no tienen, por consiguiente, más que una función didáctica”.

¹²⁹ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho Penal. Parte General, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 393.

opinión general, sino en torno a lo necesario para el mantenimiento de la confianza hacia el derecho (comunicación instrumental)¹³⁰. De modo tal que para esta concepción el derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual sino la sociedad. El concepto de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada¹³¹.

3.3.7. Toma de posición

Expuestas las teorías de la culpabilidad desarrolladas a través del tiempo, consideramos de importancia para nuestro estudio la teoría de la Escuela Finalista, toda vez que centra su atención y estudio en la comprobación de la capacidad del sujeto, esto es la posibilidad de entender su acto u omisión y la posibilidad de realizar una conducta distinta a la prohibida. Sin embargo en nuestro medio, en razón de la declaración de inimputabilidad de los adolescentes, consagrada en el Código Penal, no se realiza caso por caso, el análisis pertinente que permita declarar la culpabilidad por el acto, que es una garantía básica de un proceso penal. Y esto es posible porque el Código de los Niños y Adolescentes no ha desarrollado esta garantía básica que si prescribe la Convención, limitándose a señalar en el artículo 215 que al emitir sentencia el Juez tendrá en cuenta el grado de responsabilidad del adolescente, sin que dicha previsión normativa sea entendida por los operadores de justicia, como un análisis de la culpabilidad, en razón a que el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, establece que los menores de edad son inimputables; siendo la imputabilidad un elemento de la culpabilidad.

Este problema fue analizado por la Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 51 “El sistema penal juvenil en el Perú: análisis jurídico social, en el que quedaron plasmadas las

¹³⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Op. Cit., p. 251.

¹³¹ JAKOBS, Gunther, Op. Cit., p. 67

deficiencias encontradas en la legislación nacional, en relación a la Convención de los Derechos del Niño, siendo que se advirtió la omisión del Principio de Culpabilidad, una de las garantías sustantivas básicas en el Sistema de Justicia Penal Juvenil, señalando que se podía aplicar supletoriamente el Código Penal. También se encontraron deficiencias respecto de los Principios de Legalidad, ya que no existen límites para garantizar una medida proporcional con la infracción cometida; y en cuanto a los Principios de Humanidad, Jurisdiccionalidad, Presunción de Inocencia y Defensa, estos habían sido afectados por el Decreto Legislativo 895.

Así también el Informe Defensorial N° 123 de la Defensoría del Pueblo, “Situación de los adolescentes infractores de la ley penal, privados de libertad”, aprobado en Julio del año 2007, señala dentro de su análisis que la doctrina de la Situación Irregular, vigente antes de la Convención, en materia de infracciones penales, “el menor de edad era considerado irresponsable penalmente e inimputable y se le trataba como una persona incapaz, incluyéndolo así en la categoría de personas diferentes a las normales, siendo la base de una discriminación y marginación, expresada en la pérdida de garantías personales, reforzando el rol paternal del juez. De esta forma se afirmaba que las normas aplicables en estos procesos no correspondían al derecho penal, por tener una naturaleza distinta, lo que no era cierto debido a que la lógica sancionadora era idéntica, de manera tal que al menor se le aplicaba la severidad del derecho penal, pero sin ninguna garantía que lo protegiera”¹³². Agrega que por dicha circunstancia no se requería probar la culpabilidad del infractor.

El Informe Defensorial acotado formula un interesante planteamiento sosteniendo que un primer paso para desarrollar un sistema de responsabilidad penal juvenil, es diferenciar

¹³²Informe Defensorial N° 123. La situación de los adolescentes infractores de la ley penal, privados de libertad. (Supervisión de los centros juveniles. Año 2007). Pág. 19. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/tablas.

inimputabilidad, con ausencia de responsabilidad; y señala que si bien el adolescente es inimputable, puede ser sometido a un proceso penal en el que se aplique una medida socio educativa en caso de encontrarse responsable.

El Informe Defensorial N° 157 del año 2012, titulado Sistema Penal Juvenil, ha sido realizado teniendo como uno de sus objetivos básicos el análisis del sistema de justicia penal juvenil, de acuerdo a los estándares de la legislación nacional e internacional de la materia.

El Informe Defensorial, analiza las propuestas existentes para modificar la edad de imputabilidad penal, señalando la existencia de un Proyecto de ley, rebajando la edad de responsabilidad penal a partir de los 16 años; al respecto en el Informe anotado se recuerda que, “el Comité de los Derechos del Niño aprobó en su 44º período de sesiones la Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores, precisando: El límite de edad superior para la justicia de menores. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes el límite de edad superior para la aplicación de las normas de la justicia de menores. Esas normas, que son especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años. El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores. Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores

a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción.”¹³³

Estas recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, marcan la pauta respecto a la edad en que debe considerarse a un menor exento de responsabilidad penal; por lo que la Defensoría concluye que la propuesta de disminuir la edad de inimputabilidad señalada en el Código Penal, sería una afectación a las obligaciones asumidas por el Estado Peruano.

El análisis realizado por la Defensoría del Pueblo del Perú, a lo largo de estos años, nos permite afirmar que desde hace algún tiempo se ha destacado la ausencia de normas especiales que resuelvan el problema de la culpabilidad del adolescente que infringe la ley penal, y por tanto la aplicación de la previsión contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que establece que para la imposición de una pena se requiere la responsabilidad penal del autor; de ahí que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se pueda desarrollar criterios de culpabilidad aplicables en específico a los adolescentes.

La Defensoría hace notar asimismo que a pesar de estar proscrito el derecho penal de autor, al momento de la imposición de una sanción a un menor de edad, se toma en cuenta características de su personalidad, como la reiteración en la comisión de infracciones

¹³³ Informe Defensorial N° 157-2012. Sistema Penal Juvenil. Julio 2012. Pág. 30. Recuperado de: www.defensoria.gob.pe/modules.

o en el cumplimiento de medidas, lo que retrotrae el estado de la cuestión a la doctrina de la situación irregular.

Estas recomendaciones deben ser tomadas en cuenta por el Estado Peruano; y es de especial significado para la presente investigación, en la medida que se ha detectado la omisión en la legislación de la materia, respecto al Principio de Culpabilidad, que es materia de nuestro trabajo, otorgándole una gran importancia en la medida que debe tomarse como punto de partida para la imposición de una sanción privativa de libertad.

Así también las apreciaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo, en los Informes mencionados, nos permiten afirmar que el Código de los Niños y Adolescentes, contiene normas que atentan contra el Principio de Responsabilidad Penal, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. La prohibición de la responsabilidad objetiva, nos conduce a la obligación de acreditar que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (culpa)¹³⁴.

3.4. Tratamiento del adolescente infractor en la doctrina actual.

Introducción

La culpabilidad del adolescente infractor, es un problema que viene siendo álgidamente discutido por diversos autores, siendo importante traer a colación dichos estudios, en la medida que muchas posiciones asumidas, son compartidas en nuestro estudio, resultando evidente que es de general aceptación que la respuesta que se brinda ante un delito cometido por un menor de edad, tiene naturaleza sancionatoria, y por tanto debe tener sustento en los conceptos que sirven de base para el derecho penal de adultos, especialmente en relación a la culpabilidad, la

¹³⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal en Procesos Sumarios. Gaceta Jurídica Tomo II. Pág-93. Expediente 607-98, Lima.

cual viene presentada por las diferentes corrientes doctrinarias, de manera casi similar, y que reconocen la necesidad de dotar al menor de edad, de garantías mayores a las que las normas reconocen a los adultos, precisamente en razón a su edad; observando también que en algunos casos se continúan aplicando criterios que pertenecen al sistema tutelar.

Encontramos diversos estudios realizados por juristas, que nos informan respecto a una aproximación a la solución del problema planteado; así tenemos que la profesora Joselyne Castaignede¹³⁵, al analizar la responsabilidad penal del menor en el Derecho Francés, formula una crítica a la tendencia existente en Francia, de endurecimiento progresivo del tratamiento de la responsabilidad del menor infractor. Manifiesta que mediante Ley del 9 de septiembre del 2002, el Tribunal Supremo reintrodujo expresamente el criterio del discernimiento como condición de responsabilidad penal del menor; de ahí que sólo los menores con capacidad de discernimiento podrán responder penalmente por sus actos; siendo la constatación de discernimiento la condición que afecta a todos los menores, con independencia de su edad. Como se aprecia el planteamiento formulado por la profesora Joselyne Castaignede, nos permite establecer el primer punto de reflexión de este trabajo, consistente en la importancia de verificar la capacidad de discernimiento del adolescente, lo que implica que el juez al momento de decidir, deberá apreciar no sólo los hechos materia del proceso, sino también deberá evaluar el grado de desarrollo y la madurez del adolescente y verificar en esencia si al momento de la comisión de los hechos por los que se le juzga, tuvo la capacidad de comprender los mismos, de decidir por sí mismo, sin influencias externas, evaluar la consecuencia de sus actos, entre otros aspectos relacionados con la valoración de sus competencias.

¹³⁵ CASTAIGNEDE, Joselyne Profesora de Derecho Penal y Criminología, Directora del Master en Criminología y derecho de los menores en dificultad. Universidad de Bayona, Facultad de Pau, Francia. "La responsabilidad penal del menor, en el derecho francés". En Revista EGUZKILORE N° 23 San Sebastián. País Vasco. Dic. 2009. Págs. 279-286

El jurista venezolano Martínez Rincones, al referirse a la Cuestión de la culpabilidad en el derecho penal juvenil venezolano, manifiesta que “la culpabilidad juvenil es fiel reflejo de la *teoría normativa* de la culpabilidad, mientras que la culpabilidad de adultos lo es de la teoría subjetiva tradicionalmente propia del Derecho Penal Clásico.”¹³⁶ El autor citado señala que “la culpabilidad juvenil, representa un juicio de reproche que determina la desaprobación de la conducta típica y antijurídica del adolescente, que teniendo la capacidad para comprender su accionar delictivo, realiza la acción criminosa.”¹³⁷

Por su parte la profesora de la Universidad de Extremadura-España, Beatriz Cruz Márquez, manifiesta que existen factores que necesariamente deben ser incluidos en el examen y medición de la culpabilidad del menor infractor, que posibiliten la atenuación de las consecuencias jurídicas, siempre que se haya afectado su capacidad de motivarse por la norma penal. Entre estos supuestos en que puede faltar el elemento cognitivo de la culpabilidad, se debe tomar en cuenta: a) la comprobación de la socialización deficitaria del menor debido al escaso interés de quienes detentan su custodia, y como consecuencia de ello se haya afectado su desarrollo ético-moral; b) la presencia de obstáculos en la interiorización de las normas sociales, especialmente si el menor sigue un patrón de conducta marginal. Y en relación al elemento volitivo de la culpabilidad, la dependencia intensa que tenga el menor con su entorno más cercano, que lo conduzca a sujetarse a las instrucciones de estas personas, a pesar de comprender el carácter injusto del hecho; así también en los delitos sexuales la presencia de un impulso sexual irrefrenable que le impida su comportamiento.¹³⁸

Señala además, comentando la Ley de Responsabilidad Penal del Menor de España, que pese a la ausencia de una mención expresa de las peculiaridades de la culpabilidad del menor, se entiende que se trata

¹³⁶ MARTÍNEZ RINCONES, José. La cuestión de la culpabilidad en el derecho penal juvenil venezolano. En Revista CENIPEC N° 23. Enero Diciembre 2004. Págs. 71-91

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores; del pronóstico de la peligrosidad a la culpabilidad. Documento de trabajo N° 24 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública. Extremadura, España. 2011. Págs. 23-24

de garantizar un sistema penal juvenil, separado del régimen de adultos; siendo de suma importancia incluir una referencia legal expresa al grado de madurez del menor infractor, al momento de evaluar su influencia en la capacidad de comportarse de forma adecuada a la norma penal, así como la presencia de situaciones que hayan afectado su capacidad de culpabilidad en su aspecto cognitivo y/o evolutivo, de forma tan relevante que incluso logre excluirla.¹³⁹

Cibory Mauricio Miranda Martínez¹⁴⁰, Profesor de Derecho Penal Juvenil, Oficial Mayor de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de El Salvador, manifiesta que en cuanto a la aplicación del *principio de legalidad*, contenido ampliamente en el art. 1 C.Pn, este principio es acogido directamente por mandato de los arts. 35 inciso 2º Cn, 40.2 letra “a” CDN y 5 inciso 1º LPJ, así como también tienen el resto de principios fundamentales contenidos en el derecho penal en general como son: “dignidad humana”, “lesividad del bien jurídico”, “responsabilidad”, “proporcionalidad” y “necesidad”; de ahí se advierte que se identifica categóricamente el Principio de responsabilidad, reconociéndose su importancia conjuntamente con los otros principios mencionados, en razón a que el desarrollo de la teoría del delito, considera la culpabilidad como un elemento de la estructura del delito, que no puede ser obviado. Señala el jurista mencionado que también pueden ser de aplicación, la mayoría de disposiciones generales tales como: Las reglas sobre el concurso aparente de leyes; los principios de territorialidad y extraterritorialidad; la clasificación de los hechos punibles y sus formas de ejecución; las diferentes formas modificadoras del tipo; excluyentes de la responsabilidad penal; circunstancias atenuantes; circunstancias agravantes; grados de autoría y participación; no así, las penas principales y otras más que pudiesen contrariar al derecho penal juvenil; posición que compartimos plenamente, porque este plexo de

¹³⁹ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente. En Revista AFDUAM 15 de la Universidad Autónoma de Madrid. 2011, pág. 260. www.uam.es/otros/adfuam.

¹⁴⁰ MIRANDA MARTÍNEZ, Cibory Mauricio. El Derecho Penal Juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal y la relación de complementariedad. En Revista Electrónica especializada en Derecho Penal Argentino. Recuperado de: www.unifr.ch./ddp/articulos/a

garantías permitirá imponer una sanción justa, proporcional y adecuada al delito atribuido al menor.

Alguno de estos criterios o sistemas para delimitar la responsabilidad penal de los menores, tuvieron un desarrollo histórico en España, tal como apreciaremos:

- a) El criterio del discernimiento, utilizado por los Códigos penales españoles de los años 1822, 1848 y 1870. Se regulaba la responsabilidad del menor señalándose que durante la infancia, no existe imputabilidad, siendo una presunción iuris et de iure; en la adolescencia se presume la irresponsabilidad, pero como en algunos casos el adolescente puede poseer consciencia de sus actos, siendo necesario analizar el grado de discernimiento en el momento de la comisión del hecho; si el discernimiento está ausente, se le debe tratar como un niño y se le declarará inimputable. En cuanto al discernimiento existen diversas posiciones; señala Carlos Vázquez¹⁴¹, que algunos autores como Carrara, Rossi y Silvela, consiste en la distinción entre el bien y el mal, entre lo justo e injusto, siendo una cuestión de conocimiento, sin relación alguna con el aspecto volitivo; Von Liszt, lo entiende como la capacidad de comprender la antijuridicidad y la punibilidad del acto; mientras que para Florián, el discernimiento consiste en la capacidad de concebir y comprender la importancia moral y jurídica del hecho humano. Existiendo además el criterio de Prins, quien establece la diferencia entre discernimiento social que consiste en saber que existen dos caminos, uno honrado y otro que no lo es y el discernimiento jurídico, esto es, el conocimiento básico de saber que existen policías, que el robo se castiga etc... De ahí que el criterio de discernimiento en los años en que se concibió como fórmula para establecer la inculpabilidad o culpabilidad del menor no era realmente precisa, por la dificultad en establecer su

¹⁴¹VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones Penales y criminológicas. Ed. Colex. Madrid 2003. Pág. 226

presencia en cada caso; este criterio cayó en desuso y se sustituyó por el criterio biológico.

- b) Criterio biológico-cronológico, utilizado por la legislación española, que en el Código Penal de 1928, declaró inimputable al menor y con ello se dejó de lado el criterio del discernimiento; para la norma en mención se estableció que el menor de 16 años quedaba fuera de toda responsabilidad penal, mientras que a los jóvenes entre 16 y 18 se les consideraba semi imputables, atenuándoseles la pena. Sin embargo este criterio también tuvo críticas, formuladas por A. Besson, quien manifestó que el hecho de cumplir una determinada edad, no necesariamente indica que un joven haya adquirido la madurez suficiente de un día a otro; así como que no siempre igual edad se corresponde con igual desarrollo físico, psíquico o de madurez. Para contrarrestar ésta corriente crítica se propuso que se prevea un sistema de edad variable, individualizado caso por caso; pero esta opción no fue aceptada por la inseguridad jurídica que provocaría.

De lo expuesto se aprecia que se han venido aplicando a lo largo de la historia diferentes criterios para permitir la imposición de medidas sancionadoras, en respuesta a la violación de la norma penal, llegándose inclusive a acuñar “conceptos tales como semi imputabilidad o imputabilidad disminuida, los cuales siguen siendo tan pobres como carentes de contenido” en criterio de Guzmán Díaz¹⁴².

La jurista española doctora Ana Hall García¹⁴³, sostiene que la responsabilidad penal que se puede exigir a un menor no puede ser propia del derecho penal común; pero tampoco puede entenderse la inimputabilidad que se le atribuye, como una exoneración de su responsabilidad, en tanto que eso sería negarle su condición de

¹⁴² GUZMÁN Díaz, Carlos Andrés. Responsabilidad penal del adolescente. Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo. Grupo Editorial Ibañez. Colombia, Bogotá. 2012. Pág. 116

¹⁴³ HALL GARCIA, Ana P. La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004, p. 405.

persona, siendo necesario que el Estado pueda crear un nivel de responsabilidad diferente para los menores. Y es justamente dicha opinión, la que nos mueve a realizar el análisis de la responsabilidad o culpabilidad del adolescente, materia de la presente investigación, ya que a pesar del tiempo transcurrido desde la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño, los países aún no han establecido los criterios a tomar en cuenta para atribuir culpabilidad al menor que infringe la ley penal y que origina consecuencias jurídico penales que lo privan de su libertad ambulatoria. Hall García, nos llama la atención para aceptar la responsabilidad penal del menor, a pesar de lo que denomina, “falta de inventiva” para solucionar este conflicto y enfrentar la realidad presente, cual es, que el derecho penal de menores seguirá existiendo, al igual que los límites al juspuniendi.

Por su parte, Guzmán Díaz, señala que “si bien en el estudio realizado se ha “pretendido una aproximación a la teoría del delito que parte de conceptos análogos al derecho de quienes han alcanzado la mayoría de edad, es en el elemento imputabilidad donde la diferenciación y la desigualdad positiva debe tener mayor trascendencia. Y esa diferencia está reconocida en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo preámbulo precisa que ha de reconocérseles a los menores su falta de madurez física y mental, así como en su artículo 12 que se refiere a la capacidad de formarse su propio juicio en razón de su edad y madurez; el artículo 27 la posibilidad de alcanzar un desarrollo acorde con su condición mental, moral y social; y el artículo 29 que reconoce la gradualidad en la madurez, capacidades y aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad”¹⁴⁴.

Este importante alcance del jurista Guzmán Díaz, nos permite realizar una interpretación sistemática de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que señala como obligación de los Estados el reconocimiento de una situación especial de vulnerabilidad y desarrollo incompleto, que ha de tomarse en cuenta para atender todo aquello que

¹⁴⁴ GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. Responsabilidad penal del adolescente. Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo. Ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2012.

tenga relación con su situación específica; en especial, debemos reconocer, al adolescente infractor de la ley penal, a cuyo favor se deben extender las garantías que la Convención establece.

Mary Beloff, Profesora Adjunta de Derecho Penal Juvenil de la Universidad de Buenos Aires, se pregunta ¿Cómo construir entonces un sistema de responsabilidad penal especial para personas menores de edad, que no frustre el postulado de protección especial?; y se responde manifestando que “La idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien pueda constituirse como ciudadano pleno sino logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive”¹⁴⁵.

En la misma línea admitimos que frente a una infracción a la ley penal cometida por un adolescente, que aún no es ciudadano para nuestro ordenamiento jurídico, le corresponde un tratamiento diferenciado en la medida que su comportamiento ilícito puede estar motivado por su falta de desarrollo en general. De ahí que tal como Mary Beloff, sostiene, es necesario ingresar al análisis de la imputabilidad que representa una verdadera garantía a la reacción estatal; no obstante los adolescentes son tratados por el Estado como capaces de comprender y querer y actuar conforme esa comprensión, a pesar de ser considerados inimputables, *juris et de jure*.

Por su parte, el jurista Miguel Cillero, refiriéndose a la responsabilidad penal del adolescente, precisa que “cualquier sistema de reacción estatal frente a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años, debe considerar conjuntamente las limitaciones propias del poder punitivo que emanan del sistema penal y del interés superior del niño. Por ello toda restricción de derechos y

¹⁴⁵ BELOFF, MARY. Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave. En “Infancia y Democracia en Argentina”. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Ed. Del Signo. Buenos Aires 2004. Pág. 31.

aplicación de consecuencias penales son un mal, que debe reducirse al mínimo”¹⁴⁶.

De ahí la importancia de diseñar un sistema basado en la responsabilidad por el hecho, y no por las condiciones del autor; lo que igualmente nos lleva al análisis de la Convención que orienta la actividad de los Estados en materia de responsabilidad penal del adolescente, hacia técnicas de apartamiento de proceso mediante la Remisión, y la privación de libertad como último recurso del que dispone el Estado y bajo los Principios de mínima intervención y dignidad humana.

Y al respecto Emilio García Méndez, sostiene que es conveniente construir un sistema de responsabilidad penal juvenil con algunas características importantes, entre las que resalta que la “responsabilidad penal significa que a los adolescentes se les atribuyen en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de sus hechos, que siendo típicos, antijurídicos y culpables, significan la realización de algo denominado crimen, falta o contravención. Siendo las leyes penales el punto de referencia común para adultos y menores de 18 años, el concepto de responsabilidad difiere de manera sustancial respecto del de imputabilidad en tres puntos fundamentales: a. Los mecanismos procesales; b. El monto de las penas difiere del monto de las medidas socio educativas; y c. El lugar físico del cumplimiento de la medida”¹⁴⁷.

Consideramos que es imperiosa la necesidad de establecer un sistema penal juvenil, ya que si bien se vienen aplicando los conceptos del derecho penal de adultos, que constituyen una garantía para el adolescente; sin embargo en relación al elemento culpabilidad, no se ha logrado asumir una postura garantista, habiéndose decantado el Código de la materia por señalar que en una sentencia de condena, se debe establecer la responsabilidad del infractor, pero sin establecer cuáles

¹⁴⁶ CILLERO, MIGUEL. La responsabilidad penal de adolescentes y el Interés Superior del Niño. ¿Complemento o contradicción?. En En “Infancia y Democracia en Argentina”. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Ed. Del Signo. Buenos Aires 2004. Pág. 39

¹⁴⁷ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. Adolescente infractor y derechos fundamentales. ¿ Qué tipo de responsabilidad?. En “Conflictos Familiares, su prevención y tratamiento”- Universidad Externado de Colombia. Perú. Agosto de 2012. Pág. 49.

son los parámetros que se deben tomar en cuenta para la imposición de una sanción.

Compartiendo tan importante opinión de Emilio García, afirmamos que efectivamente la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal, debe ser resuelta con las garantías y principios que se aplican al adulto que comete el delito; pero en tanto la norma establezca la inimputabilidad del adolescente, no será posible, pues los criterios de responsabilidad deben estar definidos y establecidos normativamente; construir estos criterios es nuestra tarea, orientada y sostenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que extraemos los diversos derechos que se le han concedido al menor.

También es preciso mencionar que Bustos Ramírez¹⁴⁸, sostiene que “la teoría de la responsabilidad del sujeto, se basa en el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, y esta autonomía tiene relación con la capacidad del sujeto, titular de derechos, aunque estos los pueda ejercitar en forma graduable. Citando a Jiménez Salinas, recuerda que durante mucho tiempo se le negó a los jóvenes la capacidad de responsabilidad, y se decía que estaba exento de responsabilidad, equiparándolo con la eximente de enajenación mental; sin embargo tal orientación en lugar de favorecer a los menores, los perjudicó, porque se les privaron de las garantías mínimas de un Estado de Derecho, pero no de sus consecuencias. En la actualidad se está casi unánimemente de acuerdo en que el Estado puede exigir al adolescente desde una perspectiva política criminal, una determinada respuesta, pero para ello debe haber promocionado o configurado condiciones para exigir tal respuesta.”

Esta posición del jurista Bustos, nos recuerda que efectivamente, al adolescente infractor, no se le viene tratando desde hace muchos años, como un incapaz o una persona privada de discernimiento, sino como alguien que ejerce su autonomía y sus derechos; sin embargo no se

¹⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. El Derecho Penal del Niño-adolescente. Ed. Jurídicas de Santiago. Chile, 2007. Pág. 35-36

debe perder de vista, su situación especial debido al grado de desarrollo que evidencia y además evaluar si el Estado cumplió con las necesidades de desarrollo y formación del adolescente. Siendo además primordial destacar que la exigencia de una respuesta determinada o exigibilidad, supone en palabras de Bustos, la existencia de una exigibilidad sistémica, una exigibilidad de la conciencia del injusto y la exigibilidad de otra conducta.

3.5. Posición de la doctrina sobre los elementos de la culpabilidad

A fin de desarrollar nuestra propuesta es importante traer a colación los elementos de la culpabilidad que han sido extensamente tratados por la doctrina; siempre teniendo en cuenta que la “Convención de Derechos del Niño” constituye un instrumento jurídico que sirve como pauta de referencia importante para perfilar la conceptualización jurídica de los menores. Al respecto cabe indicar que esta normativa internacional parte por considerar al niño como un ser humano, siendo este un presupuesto necesario e indispensable para poder concebir y fundamentar su situación jurídica como persona y sobre todo como sujeto de derechos¹⁴⁹. Todo ello obviamente en un contexto social, teniendo en cuenta que los menores como personas humanas, como sujetos sociales, interactúan en el medio social y producto de ello se originan relaciones jurídicas que a su vez generan derechos y deberes. De modo tal que los menores como parte de la sociedad son a su vez, actores sociales y esta definición implicará siempre la necesidad de hablar de ellos como sujetos de deberes, pero también titulares de derechos¹⁵⁰.

En relación a la “*imputabilidad*”, el profesor de la Universidad de Bonn, considera que se trata de si la acción antijurídica que constituye una expresión de un déficit de fidelidad del Derecho o si al autor se le puede distanciar de la antijuridicidad de su acción. En ese sentido considera

¹⁴⁹ HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 52.

¹⁵⁰ HALL GARCIA, Ob. Cit., p. 53.

que la culpabilidad importa la determinación de qué factores relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor y qué factores puede invocar el autor como disponibles para él. De modo tal que el concepto de culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena, es según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo general, se trata de mantener el reconocimiento general de la norma¹⁵¹.

En cuanto al tema de los menores de edad, ambos autores alemanes se han pronunciado en relación a esta temática teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación de su país, limitándose a su comentario. En el caso de Jakobs, señala que en relación a los niños (personas menores de catorce años), son inimputables, siendo que el fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma. En tanto que los adolescentes (personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años), ha de verificarse la imputabilidad caso por caso¹⁵².

En los apartados anteriores hemos procedido a desarrollar de manera muy breve la posición de las principales corrientes doctrinales, puntualmente el elemento de la categoría culpabilidad denominada “imputabilidad”, haciendo referencia además a su contraparte como es la inimputabilidad, con la finalidad de hacer una revisión de cómo la ciencia del derecho penal ha procedido a abordar esta temática; sobre todo teniendo en cuenta su relevancia en la presente investigación, puesto que estamos tomando como punto de partida el artículo 40 de la Convención, en el que se establece la declaración de culpabilidad.

¹⁵¹ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons Editores, 1997, pp. 582-584.

¹⁵² JAKOBS, 1997, pp. 629-630.

Sin embargo, en el ámbito del derecho penal de adultos, el reproche que sirve de sustento para declarar la culpabilidad, sólo puede realizarse respecto a un sujeto imputable, por lo que si no hay imputabilidad, tampoco puede haber culpabilidad, y en consecuencia la ausencia de ésta ocasiona la inexistencia de la sanción como consecuencia del delito.

3.6.El concepto de culpabilidad del adolescente en la doctrina nacional

En nuestro ordenamiento jurídico, la inimputabilidad de los menores de edad, viene establecida en el Código Penal, habiéndose adoptado la fórmula biológica, que excluye la responsabilidad penal, por la existencia del factor etario; ésta fórmula biológica se viene cuestionando, ya que muchas veces, la edad de inimputabilidad conduce a resultados insatisfactorios, siendo por ello que se propuso la fórmula mixta o Biopsicológica, que establece que para precisar la imputabilidad o inimputabilidad de las personas, es necesario tener en cuenta, la capacidad de comprensión del injusto y la capacidad de actuar en consecuencia con esa comprensión.

En nuestro medio, los juristas analizan el concepto de culpabilidad según la Escuela a la que se adscriban; así tenemos que Peña Cabrera Freyre, señala que “Según el orden jurídico-constitucional peruano, el Principio de Responsabilidad personal (culpabilidad), no está reconocido expresamente, sin embargo lo podemos deducir de varios conceptos constitucionales; sobre todo del artículo 1° que consagra al ser humano y a su dignidad como el valor supremo del Estado y la sociedad, donde la autorrealización del individuo y su participación en los procesos sociales, sólo resulta factible en un orden normativo donde se respete al máximo las libertades fundamentales. La privación de libertad sólo es legítima en cuanto se manifiesta un hecho de significativa lesividad para los intereses jurídicos superiores, pero la intensidad de la reacción estatal debe ser proporcional al grado de afectación del bien y sobre todo al reproche personal que recae sobre su autor. La imposición de

una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado contra su dignidad”¹⁵³.

Para Javier Villa Stein, la categoría de la culpabilidad es la “cuarta categoría del delito. Con ella se trata de la censura social a que se hace merecedor el que realizó el tipo penal, quebrantando la norma contenida en él, por tener capacidad suficiente de adecuarse a dicha norma y por conocer además su carácter obligatorio y no existir situación extrema que explique y comprenda su distanciamiento de la exigencia jurídica”¹⁵⁴.

Por ello la categoría dogmática de la culpabilidad para el sistema penal de adultos, vendría a ser un referente importante para nuestro trabajo de investigación; así el modelo finalístico, como hemos señalado líneas arriba, identifica que la culpabilidad se encuentra comprendida por tres elementos: a) exigibilidad de un comportamiento adecuado; b) conciencia de antijuridicidad y c) la capacidad de comprensión del injusto a determinarse de acuerdo con esa comprensión. De hecho, estos tres elementos no pueden ser aplicados para establecer la culpabilidad del adolescente, en tanto que, requieren de la presencia de un sujeto imputable, pero su análisis resulta de importancia para diseñar los parámetros que sirvan de sustento para la aplicación de la sanción que priva de libertad al adolescente hallado culpable de la comisión de una infracción penal.

En tal sentido, resulta importante anotar que la exigibilidad de un comportamiento adecuado, se encuentra relacionada con la posibilidad que tiene el adolescente de no ser doblegado por factores externos que minen su capacidad de acción y que por ende implicaría el reconocimiento de la existencia de una causa de exclusión de culpabilidad; en igual sentido se realizaría el análisis de las condiciones que presenta su entorno, ya que el actuar en grupo o pandillas siempre

¹⁵³ PEÑA CABRERA Freyre, Alonso Raúl. Derecho Penal-Parte General. Tomo I. Ed. Idemsa, Lima 2011.

Pág. 788

¹⁵⁴ VILLA STEIN, Javier. La culpabilidad. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima 1997.

va a generar una acción totalmente diferente de aquella en que el adolescente actuara solo.

En cuanto a la conciencia de la antijuridicidad, el problema se presentaría al momento de efectuar el análisis del conocimiento del injusto por parte del adolescente; el cual podría no ser actual, sino sólo potencial, presentándose así un error vencible sobre la ilicitud de la conducta; de ahí que tal duda tendría que ser resuelta, concluyendo en la no sanción del comportamiento.

Y finalmente en cuanto a la capacidad de comprensión del injusto a determinarse de acuerdo con esa comprensión, también se requiere previamente que la persona sea imputable, situación que está descartada de plano en nuestra legislación. Sin embargo, no debemos olvidar que los actos infractores, tienen una connotación penal, aun cuando el Código Penal lo descarte, al declarar la inimputabilidad; y consideramos además que así tiene que ser, para respetar los derechos de los adolescentes incriminados, en especial el Principio de Legalidad que sustenta el Derecho Penal.

Ahora bien, es importante traer a colación la Opinión Consultiva N° 107 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al referirse a la imputabilidad, señala: “ La imputabilidad, desde la perspectiva penal- vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias- es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los

menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal”¹⁵⁵

De hecho, la culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como viene conceptualizada por las diferentes corrientes doctrinarias que se han expuesto, no podría ser asumida como un criterio para resolver los casos de los infractores a la ley penal; en principio porque como ya se ha expuesto, se encuentran excluidos de la norma penal, que declara en su artículo 20 inciso 2 que el menor de 18 años, se encuentra exento de responsabilidad penal, siendo ésta la primera barrera u obstáculo a vencer, ya que lo que se requiere para mejorar la intervención del Estado en materia de justicia juvenil, es aceptar que en la época en que vivimos lo que se requiere no es declarar a rajatabla que los adolescentes no comprenden el carácter delictuoso de sus hechos, sino otorgarles un trato diferenciado para la solución de la problemática materia de estudio, en tanto que los menores de edad, merecen especial protección, conforme lo precisa el artículo 4 de la Constitución Política.

En ese sentido consideramos necesaria la formulación de criterios diferenciados que tengan su fundamento en la propia Convención; es por ello que consideramos completamente erróneo que no se haya legislado en el código de la materia, el Principio de Culpabilidad para justificar la imposición de una medida socio educativa, ahora sanción, dejando al libre albedrío del juzgador el análisis de las razones por las que llega a determinar la imposición de una sanción.

Nosotros consideramos que el adolescente debe permanecer separado de la justicia penal de adultos; pero en sintonía con la concepción actual de las ciencias extrajurídicas que se encargan del estudio de la mente y del comportamiento del hombre, incorporar a la legislación peruana mecanismos que permitan establecer claramente, no sólo la necesidad de imposición de sanciones privativas de libertad a menores de edad, sino analizar el supuesto de “inimputabilidad” que se ha establecido en

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 17-2002 de 28 de agosto de 2002. Recuperado de: www.iin.oea.org.

términos generales para aquellos que se encuentran entre 0 a 18 años de edad; para tal fin se tomará en cuenta que es a través de la psicología evolutiva que se debe precisar la condición específica del adolescente, ya que entre los menores de edad vamos a encontrar un sub grupo que si tendrían capacidad de asumir la responsabilidad de los hechos que han realizado, y estaría representado por las personas comprendidas entre los catorce y dieciocho años de edad, a quienes debe reconocérseles capacidad de culpabilidad para determinar la imposición de una sanción, claro está, pero una de carácter especial, con parámetros que tomen en cuenta los Principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, y que aborden el problema acorde con la especial protección que establece la Constitución Política.

Es por ello que procedemos a sostener que el menor que se ubique dentro de este rango de edades no debe continuar incluido dentro del ámbito de la inimputabilidad, puesto que se trata de un sujeto de derecho que por razones valorativas de carácter político criminal debe responder en forma distinta que los adultos, pero finalmente responder, conforme lo señala el Código de los Niños y Adolescentes que ha previsto sanciones de hasta 10 años de internación; por eso consideramos que es necesario proceder a un cambio de enfoque, que considere que a los menores le puede ser atribuida una imputabilidad restringida, por la existencia de limitaciones estructurales o funcionales en su ser o por presentar alguna de minusvalía o recorte en sus aptitudes, es decir no desde el punto de vista biológico o psicológico, sino un cambio normativo, en donde a partir de la consideración de la situación especial que presenta el menor por tratarse de una persona que se encuentra en desarrollo y crecimiento, conlleve a que reciba un tratamiento especial por parte del Estado, ello justificado en base al elemental principio constitucional de igualdad, el que implica realizar un tratamiento paritario para quienes se encuentra en condiciones de igual, no obstante en el caso de quienes no se presenten como iguales se debe tratarlos con desigualdad, en este caso por medio de una

regulación normativa que tenga en cuenta su estado de vulnerabilidad que permita equilibrar su situación en comparación al resto de personas.

En tanto que el sub grupo del que forman parte, aquellas personas que se encuentran por debajo de dicha edad, por su condición y por estadio de desarrollo que presentan, se entienden que es prudente considerarlos exentos de culpabilidad, es decir, existe la necesidad de mantenerlos fuera de la esfera de la respuesta del Estado, esto es, sin posibilidad alguna de formularles condena alguna. De modo tal que el menor por debajo de 14 años, debe estar exento de responsabilidad penal, en base a una decisión que dista mucho de ser sólo naturalista, sino también sociopolítica y político criminal, que refleja la obligación del Estado de considerar su especial condición en la sociedad. Siendo que desde el ámbito constitucional, ya se establece el deber de los poderes públicos de promover las condiciones de libertad e igualdad y remover los obstáculos que impidan a la persona su participación en la sociedad. Es por ello que la declaración de exención de responsabilidad debe entenderse como un deber del estado, no como muestra de benevolencia y solidaridad hacia el menor.

Todo ello nos hace pensar en la necesidad de un DERECHO PENAL ESPECIAL PARA LOS MENORES, conforme también se ha venido discutiendo en la ciencia penal contemporánea, siendo necesario para ello una legislación específica que lo contenga, como viene ocurriendo en otros países, principalmente de Europa continental, que permita un tratamiento escalonado y diferenciado de los menores, agrupándolos en torno a la condición que presenten, teniendo como pauta referencial los parámetros cronológicos. Precisamente porque los menores -tanto los niños como los adolescentes- no deben ser pasibles de sanciones que establece el derecho penal ordinario de adultos, justamente como hemos indicado por su pertenencia a un grupo de personas que por distintos factores (algunos biológicos, psicológicos, sociales, culturales, etc.) han tenido dificultades para participar igualitariamente en sociedad.

Los menores no son menos personas que aquellos que son considerados imputables, ni tienen menos dignidad y autonomía, simplemente, son personas en situaciones de desigualdad pues además del incumplimiento efectivo de los derechos sociales del menor, también se suma el ordenamiento jurídico, en general, el que nos demuestra la desigualdad del menor para acceder a los medios participativos imprescindibles para actuar en sociedad. Si no se han satisfecho las necesidades básicas del menor, ni se le ha permitido integrarse como miembro activo y participativo de la sociedad, por existir normas que regulan sus capacidades, tampoco podemos incorporarlo al derecho penal de adultos, que es lo que viene haciéndose en la práctica, imponiéndole sanciones drásticas que le privan de su libertad ambulatoria; por lo que la aceptación de las especiales necesidades del menor deben tomarse en cuenta tanto a la hora de otorgarle la titularidad de sus derechos, como a la hora de exigirle responsabilidades. Por lo tanto sus especiales necesidades deben traducirse en la unificación de garantías.

En conexidad con lo mencionado anteriormente consideramos necesario, hacer referencia al límite superior establecido para los menores para ser excluido de la jurisdicción penal ordinaria. En ese sentido en primer término debemos indicar que es necesario tener en cuenta “criterios político jurídicos”, ello debido a que la Constitución hace referencia a los 18 años; por lo que la plena participación política social del ser humano, se alcanza al cumplir esa edad. El Estado debe tomar muy en cuenta la situación diferenciada en que se encuentran los menores en la sociedad, para que en base a una correcta interpretación de esta realidad diferenciada, se tenga en cuenta, tanto a la hora de otorgar la plena participación del menor en sociedad, como a la de enfrentarlo a la exigencia de responsabilidades. Es por ello que las razones sociopolíticas de participación social y también los criterios político-criminales, en relación a la ciencia penal, refuerzan nuestro planteamiento.

Del mismo modo se debe tener en cuenta que al ser el derecho penal un medio de control social que conlleva restricciones de libertades y derechos, implica generalmente que esta rama del derecho tiende a segregar y estigmatizar al sujeto, por lo que se debe medir y racionalizar su aplicación en los menores por cuanto se trata de personas que se encuentran en proceso de desarrollo, puesto que la aplicación ordinaria del derecho penal común, podría alterar gravemente su formación participativa en la sociedad¹⁵⁶.

3.7.Derecho comparado y reforma del ordenamiento jurídico peruano. Introducción

En este apartado procederemos a realizar una exposición genérica respecto a las corrientes doctrinarias existentes relacionadas con la forma cómo encarar la criminalidad de menores. En ese sentido, hay quienes consideran que es necesario juzgarlos de acuerdo a un derecho penal especialmente adecuado a las peculiares condiciones del autor (derecho penal de menores), otros, en cambio, argumentan que dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que prevé el derecho penal (aunque éste sea especial), y los efectos negativos y estigmatizadores, que su aplicación acarrea, lo adecuado es sacarlos de su competencia e introducirlos en un sistema de responsabilidad extrapenal. Por otra parte está la opción de someter al menor al derecho penal común, el mismo que no presenta mucho apoyo en el derecho comparado, con excepción de muy pocos países pertenecientes al derecho anglosajón.

No debe perderse de vista que respecto a los menores infractores se ponen de relieve múltiples problemas, de seguridad ciudadana, de necesidades educativas y de protección, de conciencia social, etc., que hacen complicada la adopción de una solución infalible. Siendo que la denominada “justicia de menores” desde su aparición, ha dado a la luz tres grandes modelos: el modelo de protección, el educativo y el de

¹⁵⁶ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 217.

responsabilidad; los mismos que a continuación procederemos a describir.

3.7.1. Evolución de la justicia de menores

3.7.1.1. Modelo tutelar o de protección.

Este modelo tiene su origen dentro de un periodo protector o tutelar, en el cual la delincuencia juvenil se constituye como consecuencia del nacimiento de la sociedad industrial, que vino a evidenciar las desigualdades sociales y a causar inestabilidad social; lo cual era inconveniente para los intereses burgueses que estaban en plena consolidación, por lo que tenía que intervenir y disolver el conflicto, puesto que el problema de los menores que delinquían escapaba de manos del Estado. Es por ello que el Estado se valió de los oportunos movimientos de las clases sociales altas que, con propósitos filantrópicos, se lanzaron a luchar por una pretendida exclusión de los menores del sistema penal, además de incluir un sistema de protección a los mendigos y a los pobres¹⁵⁷.

Este modelo protector o tutelar si bien nació con objetivos piadosos de proteger a los más necesitados, no obstante el tema de fondo fue ejercer control sobre ellos. Asimismo no podemos perder de vista que la historia ha dado clara muestra de que este sistema aunque enfatizaba una finalidad protectora, no obstante en la práctica, esta ideología permitió la imposición de verdaderas penas a los menores, no en vano se ha dicho que fue una “reacción reforzada”, pues además de no renunciar a los instrumentos del derechos penal, los intensificó al dejar de lado los límites y garantías que rodean a éste¹⁵⁸.

¹⁵⁷ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 226. En el mismo sentido: CHUNGA LA MONJA. El adolescente infractor y la ley penal. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 46.

¹⁵⁸ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 227.

Este modelo fue implementado en América Latina alrededor de la década de los treinta, bajo el nombre de doctrina de la situación irregular o modelo tutelar, que de manera resumida podemos decir que entre sus características presenta: i) Mantenimiento de una concepción etimológica positivista de la criminalidad que justificó la intervención estatal coactiva frente a infractores de la ley penal, basándose en ideas de resocialización y defensa social. ii) Otro rasgo era la sustitución de las penas por medidas de seguridad aplicables no sólo a los infractores, sino también a los menores en situación irregular, de abandono, peligro material o moral, etc. iii) Por último el argumento de tutela era el punto central de este modelo, pues le permitió obviar problemas político criminales.

En criterio de Vásquez Gonzáles, los principios básicos de este sistema son los siguientes: elección de la clase y duración de la medida según la necesidad de tratamiento del menor; investigación de la personalidad con ayuda de expertos; medidas privativas de libertad temporalmente indeterminadas; determinación del momento de la puesta en libertad por expertos in status judicial; aplicación de tratamiento médico, farmacológico y social terapéutico sin consentimiento del menor afectado; introducción del tratamiento pre delictual, por medio de medidas privativas de libertad, para formas de vida desviada; y rechazo de las garantías procesales, argumentando que ese modo de tratamiento se lleva a cabo precisamente para bien del afectado”¹⁵⁹

3.7.1.2. Modelo educativo

Este modelo, tiene como coyuntura político social, la creación del Estado de bienestar social, que fue el hecho que lo precedió, que comenzó a surgir en los finales de la Segunda Guerra Mundial y llegó hasta aproximadamente 1975; su razonamiento se centró fundamentalmente en considerar al Estado como guardián de la

¹⁵⁹ VÁSQUEZ GONZÁLES, Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Editorial Colex, Madrid. 2003. Pág. 253

seguridad, responsable además de erradicar la pobreza y mejorar la condiciones de trabajo, salud, educación, etc.; dirigiendo sus esfuerzos básicamente a la protección de los menos privilegiados, con el objetivo de erradicar sus pésimas condiciones de vida, muestra de ello fue la legislación social apuntada a una política asistencial dirigida a la protección de menores y mujeres¹⁶⁰.

En el ámbito de la justicia de menores, la crisis del modelo protector hizo que este evolucionará hacia el educativo. Siendo que este modelo se asentaba en la idea de evitar la inclusión de los menores en la justicia penal. De este objetivo participaban jueces, policías, educadores y trabajadores sociales, quienes no remitían los casos (ni siquiera a los más graves) a la justicia, sino que buscaban soluciones extrajudiciales. Los cambios operados por este modelo no se limitaban a las cifras antes mencionadas, también se abandonaron (en forma considerable) los métodos represivos, frente a los cuales predominaban la acción educativa y, además, desaparecieron las instituciones de internados; con ello el objeto de atención de la justicia de menores se amplió a su familia, a quien se le ofrecía la ayuda necesaria¹⁶¹. Otro cambio importante es que para conceder ayuda al menor, los organismos de asistencia pedían su consentimiento. En consecuencia con este modelo se busca que la “Justicia sea vista como el último eslabón del trabajo social, siendo considerado el juez de menores como casi un súper asistente social”, en donde se intentaba evitar que los casos donde se implicaran menores llegaran al conocimiento judicial, buscando soluciones alternas¹⁶².

A finales de los años sesenta, este modelo fue criticado, advirtiéndose que la llamada educación y rehabilitación, tenía como trasfondo una situación de marginación que se dirigía hacia jóvenes de clases menos favorecida.

¹⁶⁰HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 229.

¹⁶¹CHUNGA LAMONJA, Ob. Cit., p. 47.

¹⁶²HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 230.

3.7.1.3. Modelo de responsabilidad

El modelo de responsabilidad se inicia durante los años sesenta, desarrollándose bajo el amparo de las normas internacionales de la época, postulándose el derecho de los menores a ser tratados como personas diferentes de los adultos¹⁶³.

La excesiva libertad del modelo educativo hizo que éste cayera en crisis; ello debido a que las condiciones de vida de los jóvenes de los ochenta eran más duras que las anteriores, de tal modo que el mundo de los menores y el de los adultos cada vez se acercaban más y hacían evidente la necesidad de una reforma. La misma que se comenzó a gestar ante un precedente jurisdiccional de la justicia norteamericana como fue la sentencia del “CASO GAULT” en el año 1967, con la cual se inició una época nueva en la historia de los modelos de protección. Precisamente los motivos que originaron la sentencia aludida influyeron para que gran parte de los Estados volvieran a examinar sus leyes juveniles, y alguno de ellos las modificaran por considerarlas inconstitucionales; justamente este hecho ayudó a sentar las bases de la lucha por los derechos y garantías del menor; siendo que la preocupación por éste tema se extendió hasta Europa y marcó la dirección de los cambios legislativos que ahí se dieron. Por lo que el menor pasó de ser objeto de tutela a ser sujeto de derechos y ello hizo que la gravedad de los hechos por él cometidos fuera un factor más importante a valorar y, por ende, su responsabilidad pasó a un primer plano¹⁶⁴.

Este modelo de responsabilidad busca en resumidas cuentas educar en la responsabilidad, y evitar un discurso de política criminal que, bajo la apariencia protectora, en realidad sitúa al menor en posición desventajosa respecto al adulto¹⁶⁵. Teniendo

¹⁶³ VÁSQUEZ Gonzáles, Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas. Editorial Colex, Madrid. 2003. Pag. 254

¹⁶⁴ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 232.

¹⁶⁵ HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 233.

como rasgos característicos los siguientes: i) El menor es más responsable de sus actos. ii) Se da un acercamiento entre las garantías y derechos de adultos y menores. iii) La intervención de la justicia se limita a lo indispensable. iv) En cuanto a las medidas, se amplía su catálogo y se reduce la aplicación de las que conllevan privación de libertad. v) Se introduce la necesidad de establecer límites a la edad penal.

En el caso de América Latina, se tuvo que esperar poco más de dos décadas desde el caso “GAULT”, para empezar el cambio de paradigma, ello ocurrió con posterioridad a la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que es el punto de partida en el que se inicia un avance del modelo de situación irregular hacia el de la doctrina de protección integral, también llamada doctrina de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia.

Esta doctrina de la Protección Integral está compuesta principalmente por la Convención referida, las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil; siendo que la doctrina de protección integral se caracteriza por los siguientes elementos:¹⁶⁶ a) Definir al menor como sujeto de derechos (y no como objeto de compasión); b) Diferenciar las competencias de la política social y la política criminal, desjudicializar cuestiones como la falta de recursos materiales (que en la doctrina de la situación irregular daba lugar a actuación judicial); c) Defender la inimputabilidad de los menores sin que ello obste al reconocimiento de las mismas garantías que los adultos en materia criminal. d) Ampliar el catálogo de medidas aplicables al menor infractor, estableciendo medidas alternativas al internamiento. e) Determinar que la privación de libertad será el último recurso a aplicar.

¹⁶⁶HALL GARCIA, Ob. Cit., pp. 234.

3.7.1.4. Toma de posición

Nuestro estudio tiene como principal objetivo sentar las bases para la construcción de un Derecho Penal Juvenil, que afiance el modelo de responsabilidad, que es el que desarrolla tanto la Convención de los Derechos del Niño, como los diversos Convenios y Tratados Internacionales de la materia, que tienden a aplicar un modelo garantista para el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal; este modelo de responsabilidad básicamente busca reforzar el respeto a los derechos y garantías que se reconocen a un adulto en un proceso penal, así como hacer partícipe de él, a la víctima a quien se le debe brindar atención y apoyo, y reducir las sanciones que priven de libertad al infractor, bajo el compromiso de reparar el daño y someterse al tratamiento que surja como necesidad luego del proceso.

El adolescente no debe ser sancionado con una medida de privación de libertad, por delitos que no afecten gravemente el interés social; debiendo recurrirse a esta medida, sólo en casos en que se requiera un tratamiento permanente y diferenciado para su resocialización.

De ahí que en cuanto al modelo de justicia de menores, nos interesa que se propenda a la especialización de los entes encargados, tales como Policías, Fiscales, Jueces, Psicólogos, Educadores, e inclusive aquellos que ejecutan las sanciones dictadas por el órgano judicial.

También resulta importante señalar que para un mejor tratamiento del adolescente infractor, así como para la imposición de las sanciones que se han incrementado en nuestro ordenamiento jurídico con la dación del Decreto Legislativo N° 1024 es de rigor, plantear modificaciones legislativas, pues no se puede seguir juzgando y sancionando a los menores de edad, a medidas que lo priven de su libertad, hasta por 10 años, sin realizar un análisis riguroso de los hechos investigados y a sancionar, en base a las

categorías dogmáticas del Derecho penal, que como todos sabemos les sirven de garantías para que el Estado no incurra en la imposición de penas arbitrarias y carentes de proporcionalidad.

El hecho de que el adolescente sea considerado responsable de un delito, sin mayor análisis respecto a su culpabilidad, permite que las sanciones que se le apliquen sean solo analizadas conforme lo establece el artículo 215 del Código de los Niños y Adolescentes, esto es, la existencia del daño causado, gravedad de los hechos, el grado de responsabilidad del adolescente y el Informe del Equipo Multidisciplinario y el Informe Social.

Como se aprecia, la norma señala expresamente que tales circunstancias deben ser materia de análisis por parte del Juez, al momento de imponer la sanción al adolescente. A pesar que el Juez y el Fiscal, son expertos en derecho y que conocen meridianamente el Derecho Penal y sus categorías, por mandato de la ley, deben verificar aspectos que no sustentan la culpabilidad, como por ejemplo la existencia del daño causado. Entendemos por daño, al detrimento patrimonial que sufre una persona, como consecuencia de la acción de otro; pero para efectos de la imposición de una sanción, no vendría a colación dicho análisis; lo que sugiere es la imposición de una reparación civil por el daño ocasionado por el delito. Y si bien la norma señala el grado de responsabilidad del adolescente, deja al libre albedrío de Jueces y Fiscales, la elaboración caso por caso, de los elementos de esa responsabilidad, que por lo general al no existir pautas ni orientaciones legales, se realizan aún con los criterios tutelares de la doctrina de la Situación Irregular del niño, que han sido superados a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.8.La responsabilidad del menor en el Derecho Internacional y en el Derecho comparado. Introducción

Siendo un tema de actualidad a nivel mundial, es necesario recalcar que el Derecho Penal Juvenil o de adolescentes como

también se le denomina, ha ido asentándose y generando el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que deben ser respetados en el proceso judicial contra personas menores de edad. Se trata en primer lugar de reconocer que el menor cuya edad, es considerada en las legislaciones de diversos países, como una edad de atribución o responsabilidad penal especial, debe contar con un estándar de garantías diferenciadas para posibilitar un juzgamiento válido.

Para tal finalidad y a partir de la Convención de los Derechos del Niño, se han ido adoptando una serie de instrumentos internacionales que se tornarán obligatorios en la medida que complementan las normas de la Convención y que sirven para su interpretación y aplicación. Trataremos de resumir los mismos, explicando lo más importante de cada uno de ellos.

3.8.1. Organismos internacionales y Normas Internacionales

3.8.1.1. Organización de las naciones unidas (ONU)

La Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. La Convención cuenta con diversos Principios que deben guiar la actuación de las autoridades de los diversos países, en todo aquello que afecte la infancia, especialmente en materia de responsabilidad penal como son el Principio de no discriminación, según el cual el sistema de justicia especializado aplicable a un menor que ha infringido la ley penal, no podrá ser utilizado como un sistema de políticas públicas, dirigidas a grupos de excluidos. También tenemos el derecho de Participación de los niños, niñas y adolescentes, consagrado en el artículo 12, en el que se consagra el derecho a participar y expresar su opinión incluso en los procesos administrativos y judiciales y de obligar a los adultos a tomar en cuenta esta opinión, lo que de hecho implica el reconocimiento de la autonomía progresiva de los menores de 18 años de edad, pudiendo no sólo declarar, sino aportar pruebas en

su defensa. Y el Principio del Interés Superior del niño, que resulta fundamental y es la base angular de la Convención, por el cual toda medida que se adopte en relación a un menor, deberá hacerse respetando sus derechos y libertades. Situándonos en el artículo 37 de la Convención, establece una serie de obligaciones para el Estado, tales como la prohibición de la cadena perpetua, o la pena de muerte, prohíbe detenciones ilegales o arbitrarias, introduciendo el Principio de Legalidad que actúa para impedir acciones abusivas por parte del Estado, utilizando la privación de libertad como último recurso, y siempre bajo la obligación de brindar un trato respetuoso de su dignidad, que fortalezca su desarrollo. El Principio de Legalidad, adquiere relevancia, puesto que se trata de aplicar al menor, el poder punitivo del Estado frente a la violación de la ley penal, de ahí que sea importante también que las sanciones sean aplicadas siempre bajo el Principio de Proporcionalidad y prefiriendo las medidas alternativas cuando se acredite la comisión de un delito; el menor no podrá ser obligado a declararse culpable de un delito, y será considerado inocente hasta que no se haya demostrado su responsabilidad, debiendo contar con un abogado de su elección o de oficio, debiendo explicársele de qué se le acusa, de manera tal que sea comprensible para él, según su grado de desarrollo. De preferencia habrá un proceso acusatorio, en que tenga la posibilidad de contradecir las pruebas que se presenten en su contra. La Convención es un Tratado de Derechos Humanos, y por consiguiente no deja margen a la discrecionalidad, habiéndose comprometido los países firmantes a adecuar su legislación a dicha norma internacional.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, esto es, anterior a la Convención; en ellas se señalan diversas pautas a seguir en los procesos contra menores que cometen delitos,

sosteniendo la importancia del respeto de garantías tales como el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos y el derecho de apelación ante una autoridad superior, debiendo protegerse su intimidad e impedir la publicación que dé lugar a la individualización de un menor delincuente. Señala además los Principios rectores de la sentencia y la resolución, precisando que sólo se impondrá privación de libertad en caso el menor haya cometido un delito grave en que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia de cometer delitos graves.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, aprobada por Resolución N° 45/113 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990. En ella se desarrollan pautas importantes para el tratamiento de los menores privados de libertad, reconociendo que estos son muy vulnerables a los malos tratos y a la violación de sus derechos, recomendando que la privación de su libertad sea el último recurso; señala que la privación de libertad de un menor deberá realizarse en condiciones que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores, quienes deberán disfrutar de programas útiles que sirvan para su sano desarrollo y para promover su sentido de responsabilidad y mejorar sus posibilidades como miembros de la sociedad. Es esencial que se respeten sus derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales que le corresponden conforme a la legislación nacional o internacional.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como directrices de Rihad. Las Directrices de Rihad, consideran que la prevención de la delincuencia juvenil es parte de la prevención del delito en la sociedad; se señala que: “Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil, es necesario que toda la sociedad procure un

desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de su infancia”; la sociedad influye en el desarrollo de los adolescentes, quienes deben desarrollar una función activa y participativa en la sociedad, siendo importante que no se ponga en peligro el desarrollo del joven, debiendo crearse oportunidades educativas para atender sus necesidades. Da gran importancia a los sistemas educativos los mismos que deben orientarse a enseñar los valores fundamentales y fomentar el respeto por su identidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales y lo más importante, consideran a los niños como miembros de pleno derecho en la sociedad.

3.8.1.2. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

Este organismo internacional ha venido colaborando con los diversos países en la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, proporcionando asistencia técnica y programas de capacitación para la creación y funcionamiento de la justicia especializada, en tanto que la propia Convención establece un sistema de justicia especializada en materia de menores infractores a la ley penal. Para Unicef, es preciso llevar a cabo campañas de sensibilización y conocimiento de las normas internacionales vigentes, así como llevar adelante campañas de capacitación a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como jueces, fiscales y policías; promover la justicia restaurativa como una forma de solucionar los conflictos y establecerse una edad mínima de responsabilidad penal garantizándose el respeto al debido proceso en los casos de conflicto entre los niños y el sistema de justicia.

3.8.1.3. La Organización de los Estados Americanos (OEA)

El artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren de parte de su

familia, de la Sociedad y del Estado”; igualmente el artículo VII de la Convención requiere a los Estados que garanticen a los niños, niñas y adolescentes la protección, el cuidado y la ayuda especial que requieran.

“La Organización de Estados Americanos, mediante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha abordado el problema de la justicia juvenil, mediante las decisiones que ha asumido a raíz de las peticiones, medidas cautelares y otros que le vienen formulando los Estados miembros de la OEA”¹⁶⁷. En el año 2011 elaboró un informe en el que se analizaron los avances normativos de los últimos años, verificándose que muchos Estados cuentan con una legislación especial en materia de justicia juvenil, que en muchos casos se adecúa a los estándares internacionales sobre la materia; sin embargo también pone de relieve las debilidades del sistema y la distancia que existe entre el discurso de los Estados y la realidad que afrontan los niños acusados de infringir la ley penal, cuyos sistemas de justicia se caracterizan por la falta de especialización de los agentes estatales, así como el abuso de las medidas de privación de libertad. Es de gran preocupación para la CIDH, que en algunos países la edad de imputación penal sea a los 7 años, y en otros países se someta a los menores a partir de 15, 16 y 17 años, al sistema de justicia penal de adultos, y obligados a cumplir penas carcelarias con adultos; inclusive se presentan aún casos en que los menores de edad, son sometidos a procesos penales, aún sin haber infringido la ley penal. A juicio de la Comisión, falta aún mejorar las normas internas de los países, así como dotar a los adolescentes que han infringido la ley pena, de las mismas garantías y derechos de los que gozan los adultos, y adicionalmente de una protección especial que lo pueda liberar de abusos, como la supresión de las garantías procesales, entre otros.

¹⁶⁷ Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la niñez. www.cidh.org. Documento 78. 13 de Julio de 2011.

El marco jurídico que la CIDH reconoce en materia de justicia juvenil, está conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil, además de los instrumentos de derechos humanos de alcance general.

Respecto al Sistema de Justicia Juvenil, la CIDH ha expresado: “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflicto con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferenciado a los niños”¹⁶⁸.

3.8.2. En Europa Continental

3.8.2.1. Alemania

“El Derecho Penal Juvenil regulado por la Jugendgerichtsgesetz alemana, es un derecho penal de autor eminentemente educativo; pero a la vez es un derecho penal de naturaleza especial por razón de las personas a quienes va dirigido; siendo un derecho penal porque para la aplicación de sus consecuencias se requiere como presupuesto ineludible la comisión de una infracción delictiva, tipificada como tal en el Código Penal”¹⁶⁹.

Cano Paños, señala que en el Derecho Penal juvenil alemán, pueden distinguirse tres regímenes jurídicos distintos al momento de determinar la responsabilidad penal de los menores: “1) el

¹⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10

¹⁶⁹ CANO PAÑOS, Miguel Angel. El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España. Ed. Atelier. Libros Jurídicos. Barcelona 2006. Pág. 151.

régimen de los niños, es decir todos aquellos menores de 14 años, que son inimputables, o sea irresponsables penalmente, en cuyos casos se comunica al Juez Tutelar, para que trabaje el caso con los padres o con la escuela; conforme al artículo 19 de la ley, se puede señalar que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad comienza en el Derecho Penal Juvenil alemán, al cumplir los 14 años de edad, considerándoseles imputables pero de un modo limitado o condicionado a que posea la madurez suficiente, atendiendo a su desarrollo moral y psíquico para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión. Por lo que a partir de esa edad el ordenamiento jurídico alemán, exige una responsabilidad penal, aunque no se parte de una presunción de imputabilidad de los menores, sino que ésta se determina caso por caso, en que se compruebe la madurez suficiente para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión”.¹⁷⁰ Siendo por ello que se puede señalar que el modelo alemán, adopta en parte el modelo del discernimiento a la hora de determinar la responsabilidad penal de los menores, siendo necesario demostrar en cada caso concreto la existencia de dichos factores personales y fundamentar minuciosamente dicha responsabilidad.

3.8.2.2. España

La Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobada el 12 de enero de 2000, remite al Código Penal o leyes especiales, las acciones u omisiones constitutivas de delito aplicables a los jóvenes entre 14 y 17 años de edad, conteniendo además una serie de normas procesales para llevar a cabo un proceso en contra de menores comprendidos en dichas edades. La ley española establece en su artículo 7, párrafo 3 lo siguiente: “Para la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de un modo flexible, no sólo a la prueba y a la valoración de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del

¹⁷⁰ Ibídem. Pág. 156-157

menor”; de ahí que Cano Paños, señale que “la LORPM se deba considerar como un Derecho Penal de autor y un Derecho Penal de carácter educativo y no están sometidas al principio de culpa y retribución por el hecho”¹⁷¹.

La mencionada ley establece al igual que la Ley alemana, tres regímenes jurídicos diferentes al momento de establecer responsabilidad penal; los menores de catorce son inimputables y penalmente irresponsables, por lo que hasta esta edad, un menor que cometa alguna infracción a la ley penal, será sometido a un procedimiento asistencial; a aquellos que sean mayores de 14 y menores de 18, se les considera penalmente imputables y responsables, siendo a partir de dicha edad que el ordenamiento jurídico exige responsabilidad penal, que es distinta a la de los adultos ya que primordialmente la intervención será de orden educativo; la ley hace una subdivisión, separando a los menores entre catorce y dieciséis, de los dieciséis a dieciocho, diferenciándolos en las medidas que se les imponen, con duraciones más cortas para el primer grupo, justificándose ésta medida en la madurez que se va alcanzando según la edad que se tenga.

El autor Cano Paños, formula una objeción válida a la ley analizada, señalando que es discutible que “el legislador haya dispuesto que todos los mayores de catorce y menores de 18 años tengan la madurez suficiente para comprender lo injusto del hecho y actuar conforme esa comprensión; de ahí que pueda ocurrir que un menor entre esas edades pueda no tener dicha madurez que lo haga acreedor a una capacidad de culpabilidad”¹⁷².

Asimismo es necesario tener en cuenta que esta LORPM, ha sufrido diversas modificaciones mediante las leyes orgánicas 7 y 9

¹⁷¹CANO PAÑOS, Miguel Angel. El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España. Ed. Atelier. Libros Jurídicos. Barcelona 2006. Pág.

186

¹⁷²Ibíd. Pág. 197

del año 2000, debido a que las medidas correctoras inicialmente establecidas por la LORPM, eran insuficientes, extendiendo el límite de régimen cerrado hasta 8 años, y en delitos de Terrorismo se sancionó con prisión igual o superior a 15 años, para menores de más de 16 años e internamiento de 1 a 4 años para menores de 16 años; en criterio de Díaz Cortés, “estas reformas han sido criticadas por la doctrina por vulnerar de forma flagrante los distintos criterios recogidos en los textos internacionales que vinculan al Estado Español”.¹⁷³ Señala además que en la LORPM, quedó concretado en España, en modelo de responsabilidad. “En efecto, si bien el artículo 19 del Código Penal de 1995, excluye la responsabilidad criminal conforme al Derecho Penal general, no lo hace respecto a la posibilidad de que esta se determine según un Derecho Penal especial juvenil, el cual quedó definido con la LORPM. Es decir, se excluye la aplicación del código a los menores de dieciocho años, pero no una hipotética responsabilidad penal, al margen o extramuros del Código”¹⁷⁴.

De otro lado mediante Ley Orgánica 8 de 2006 se modificó nuevamente la LORPM, incorporando como causa para la medida de internamiento en régimen cerrado los hechos que se cometan cuando se actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio.

De ahí que se pueda afirmar que desde el año 2000 hasta la fecha, se vienen dando modificaciones a la LORPM, que si bien enfatizan el Interés Superior del Niño, no son ajenas a las corrientes que tienen por finalidad imponer mayores sanciones a los menores ubicados en el grupo de mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

3.8.3. En América

3.8.3.1. Brasil

¹⁷³DÍAZ CORTES, Lina Mariola. Derecho Penal de Menores. Ed. Temis S.A. Bogotá, 2009. Pág. 165

¹⁷⁴DÍAZ CORTES, Lina Mariola. Derecho Penal de Menores. Ed. Temis S.A. Bogotá, 2009. Pág.175

El Estatuto del Niño y del Adolescente, (Ley 8069) de 1990, señala que los menores de 18 años de edad son penalmente inimputables, habiendo fijado medidas que van desde la Advertencia, Obligación de reparar el daño, Prestación de servicios a la comunidad, Libertad asistida, Régimen de semi libertad, Internación; esta última sólo se aplica cuando la infracción se cometa mediante violencia o amenaza o el adolescente haya cometido con anterioridad otras conductas graves o no haya cumplido con la medida impuesta. La edad mínima de responsabilidad penal es de 12 años; establece que para los adolescentes que pasen a la condición de victimizadores, le son aplicables medidas socio educativas. “La norma legal establece un sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, estructurado a partir de una visión garantista, fundado en principios tales como el de Reserva Legal; el de culpabilidad; el de inimputabilidad penal-frente a la legislación destinada al adulto-; el de Excepcionalidad en la privación de libertad; el de Brevedad en la privación de libertad; el del Contradictorio; el de amplia Defensa.”¹⁷⁵

Importantes son las previsiones del Estatuto de Crianca e do adolescente- ECA- en el tema de Responsabilidad Penal Juvenil, ya que los Principios que la sustentan son garantistas a efecto de evitar vulneración a los derechos fundamentales de los niños; sin embargo, no existen reglas para la ejecución de las medidas socio educativas, ni tampoco la posibilidad de un acuerdo de remisión ante el Ministerio Público, así como la ambigüedad en la definición de los tipos penales, constituyen en criterio de Costa Saravia, “rendijas” en el sistema, por donde se introduce el germen de la doctrina tutelar.

Y es que aún cuando la legislación de Brasil, sea la que más se aproxima a lo que señala la Convención, en definitiva se presta a

¹⁷⁵COSTA SARAIVIA, Joao Batista. La responsabilidad penal de los adolescentes: el debate actual en Brasil. En Infancia y Democracia en Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Emilio García Méndez (compilador). Ediciones del signo. Buenos Aires. 2004. Pág. 122.

ser interpretada lejos de sus ideales. Existiendo también como en casi todos los países de Latinoamérica, el peligro latente de disminución de la edad de imputabilidad penal.

Bolivia: Ley 548¹⁷⁶. El título denominado Responsabilidad Social de los adolescentes, del Código del Niño, niña o adolescente, trata del tema de los adolescentes que infringen la ley penal, siendo de aplicación a los adolescentes que tengan de 14 a 16 años, y que cometan un hecho tipificado como delito; la norma les reconoce a los adolescentes, los derechos y garantías de la presunción de inocencia, a ser oído, a la defensa técnica y material, derecho a guardar silencio, a contar con la presencia de sus padres, a ser notificado de todos los actos procesales, a no ser incomunicado, a permanecer internado en la localidad más próxima a su domicilio y mantener comunicación con sus familiares y defensor; a la confidencialidad, al debido proceso, a la integridad, a la proporcionalidad de las sanciones, a la excepcionalidad de la privación de libertad; se consagran los Principios de Legalidad, Lesividad; así también se establecen las medidas socioeducativas consistentes en sanciones, órdenes de orientación y medidas privativas de libertad, estas últimas, pueden ser arresto domiciliario, semi-libertad y privación de libertad en centros especializados.

Dicha norma señala que la responsabilidad penal del adolescente será atenuada en cuatro quintas partes respecto del máximo penal correspondiente al delito establecido en la norma penal.

3.8.3.2. México

Ley de Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, tiene diseñado en su Libro II, un conjunto de Principios, normas y procedimientos que se aplican a los menores que hayan infringido la ley penal, que tengan entre 14 y 18. Se establecen los Principios que informan el sistema de responsabilidad del adolescente,

¹⁷⁶ www.unicef.org/bolivia.

señalando que se dan en base a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se consagran los Principios de Legalidad, del Debido Proceso y garantías procesales; el derecho de Defensa, el Principio de Inmediación, Prohibición de juzgamiento en ausencia, Oralidad, contradicción, entre otros aspectos. Se señala que las personas menores de 14 años no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido un hecho punible. Los menores de 14 años, serán sujetos de rehabilitación y asistencia social, medidas de protección y tratamiento que cada caso amerite. A partir de los 14 años de edad, si es posible declarar la responsabilidad penal del adolescente, previo proceso a cargo del Juez de Garantías y ante los Jueces de conocimiento, quienes les impondrán únicamente las sanciones señaladas en la ley, las cuales son Amonestación, Reglas de conducta, Prestación de servicios a la comunidad, Libertad Asistida, internación en medio semi cerrado, Privación de Libertad en centro de atención especializado; dicha medida se aplica sólo a adolescentes entre 16 y 18 años de edad, y tendrá una duración entre 1 a 5 años, y en delitos de Homicidio doloso, secuestro o extorsión, la medida tendrá una duración de 2 a 8 años.

Si bien no se hace mención en forma expresa al Principio de Culpabilidad, materia de nuestro estudio, observamos que se señala que para la imposición de una sanción debe tenerse en cuenta tanto los elementos objetivos como subjetivos, como son la gravedad de la infracción, su carácter intencional, las circunstancias de la conducta realizada, la edad del adolescente, las necesidades particulares del adolescente, los daños causados, la voluntad de causar dichos daños, los esfuerzos por reparar el daños; elementos que sirven para analizar la Culpabilidad.

3.8.3.3. Chile

Ley N° 20084. La Ley vigente desde el 2008, se encargó de regular la responsabilidad penal de los menores entre 14 a 18 años de edad, estableciendo el procedimiento y las sanciones aplicables a los mismos, así como su forma de ejecución, dejando de lado el trámite de discernimiento anteriormente vigente; asimismo conforme a los mandatos de la Convención establece que los menores de 14 años, no tienen capacidad para infringir las leyes penales, estableciendo una separación de vías entre los niños que se encuentran sujetos a medidas de protección y el tratamiento al adolescente, mediante la imposición de sanciones.

La Ley de responsabilidad penal adolescente, establece un sistema de responsabilidad a partir de los 14 años hasta los 18 años, no siendo considerados inimputables. Entre los derechos que se reconocen en la ley, se encuentran los siguientes: conocer el motivo de su detención, salvo que se trate de una detención en flagrancia, ser informado de los hechos que se le imputan, guardar silencio, ser conducido ante un Juez, dentro de las 24 horas, contar con un abogado de su confianza y si no lo tuviere el Estado deberá proporcionarle uno; ser considerado inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, permanecer separado de los adultos, ser tratado con dignidad. De otro lado se le pueden imponer sanciones privativas de libertad en régimen cerrado y en régimen semicerrado, libertad asistida, reparación del daño causado, servicios en beneficio de la comunidad, multas y amonestaciones y sanciones accesorias, como la rehabilitación en caso de drogadicción o alcoholismo o prohibición de conducir vehículos.

Como se aprecia, la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, contempla un sistema distinto al señalado en el Código Penal, habiéndose decantado por la resocialización del menor, aunque se contemplan diversas sanciones, siendo la de mayor entidad, la sanción que priva de libertad al menor,

La Ley 20084, sustituyó el artículo 10, número 2 del Código Penal, señalando lo siguiente: "2º El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil." b) Deróguese el número 3º del artículo 10. c) Suprímase el inciso primero del artículo 72.

Esta previsión normativa indica la existencia de una judicatura especializada, la cual además debe regir en los demás órganos que conforman el sistema, ya que de lo contrario se tiende a aplicar los conceptos del derecho penal de adultos.

Pero es de importancia el tema relacionado con el hecho que el adolescente no es considerado inimputable; lo que en realidad nos deja la idea que se encuentra indisolublemente ligado al Derecho Penal de adultos; de ahí que cualquier retroceso que pueda experimentar éste, influirá en el tema de responsabilidad penal de adolescente.

Igualmente de la lectura de la Ley queda claro que se incluye el Principio de Culpabilidad, toda vez que ha combinado factores subjetivos y objetivos a tomar en cuenta para la determinación de la sanción, esto es, los componentes de hecho y las condiciones subjetivas del infractor.

3.8.3.4. Costa Rica

La Ley de Justicia Penal Juvenil, es aplicable a las personas que tengan una edad comprendida entre los 12 y menos de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención. La norma se orienta a establecer la existencia de un hecho delictivo y determinar quién es su autor o partícipe, a fin de aplicar las sanciones correspondientes.

Es un modelo de responsabilidad en el que la consecuencia de la comisión de un delito, es la sanción; de ahí que puede considerarse que ha considerado el Principio de Culpabilidad, señalando como elementos de índole subjetivos, la integración

social, grado de desarrollo, asociado con su edad, entre otros elementos.

El artículo 25 de la Ley en mención establece los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la imposición de las sanciones, obligando por ello a los Jueces a aplicar los sub principios de idoneidad y necesidad, que son garantía para el adecuado cálculo de una sanción.

El Código precisa como criterios subjetivos, la historia de vida del adolescente, antes de la comisión del ilícito, sus circunstancias personales, familiares y sociales. En el ámbito objetivo, la comprobación del hecho delictivo, el grado de participación del menor; siendo que la comprobación de ambos resulta ser el procedimiento para comprobar la culpabilidad.

3.8.3.5 Perú

El Código de los Niños y Adolescentes, fue modificado el 23 de setiembre de 2015, con el Decreto Legislativo 1024, el mismo que ha introducido diversos cambios en el tratamiento legal del adolescente infractor; entre las modificaciones que más destacan , son las introducidas en el Capítulo VII del Código, precisándose que las sanciones que se impongan al adolescente infractor de la Ley Penal, tienen una finalidad primordialmente educativa y socializadora, aplicándose con el apoyo de la familia, de especialistas e instituciones públicas o privadas.

Establece los criterios que servirán al Juez para la imposición de las sanciones, para lo cual tendrá en cuenta la edad, del adolescente, su situación psicológica, educativa, familiar y socio cultural, el nivel de intervención de los hechos, circunstancias agravantes o atenuantes, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la sanción.

Así también se han establecido diversas sanciones, señalando que constituyen sanciones socio educativas, la amonestación, la libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad y la reparación directa a la víctima; sanciones limitativas de derechos

que van desde la matrícula en una institución educativa, hasta el internamiento en un centro de salud público o privado para un tratamiento desadictivo y las sanciones privativas de libertad, consistentes en la internación domiciliaria, la libertad restringida y la Internación.

Se señala que la internación es una sanción de carácter excepcional y se aplica como último recurso, siempre que se trata de la comisión de delitos dolosos que sean sancionados en el Código Penal o Leyes Especiales, con pena privativa de libertad no menor de 6 años, siempre que se haya puesto deliberadamente en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas; cuando el adolescente haya incumplido injustificada y reiteradamente las sanciones de mandatos o prohibiciones o las privativas de libertad impuestas distintas a la internación; la reiteración en la perpetración de otros hechos delictivos graves en un lapso que no exceda de dos años; cuando según el informe preliminar del Equipo multidisciplinario, el adolescente infractor sea considerado de alta peligrosidad, en atención a sus características de personalidad, perfil y demás circunstancias y rasgos particulares. La sanción de internación no podrá ser aplicada cuando el hecho punible se encuentre tipificado como delito doloso y sea sancionado con penas distintas a la privativa de libertad.

La duración de la internación será mínimo de un año y un máximo de 6; incrementándose a un mínimo de 6 años y un máximo de 10 años cuando el adolescente tenga entre 16 y 18 años en los delitos señalados en la norma o cuando pertenezca a una organización criminal, actúe por encargo de ella o se encuentre vinculado a la misma. En los delitos mencionados al menor entre 14 y 16 años se le impondrá una sanción no menor de 4 ni mayor de 8 años.

Al cumplir la mayoría de edad, será trasladado al Centro Penitenciario, donde cumplirá su sanción.

3.8.4. Balance

Las legislaciones analizadas, nos permiten afirmar que el Principio de Culpabilidad no ha sido consagrado expresamente, y ello es así, porque aún no se ha tomado en consideración en forma seria, que al prever sanciones dirigidas a los adolescentes infractores de la ley penal, en esencia nos encontramos frente a un Derecho Penal especial, que requiere básicamente se cumpla con el respeto de todas sus garantías, como los Principios de Legalidad y Culpabilidad, éste último considerado como sustento esencial de la imposición de una pena; pero con un contenido diferenciado, en razón a la declarada inimputabilidad en la mayoría de las legislaciones.

No se ha reparado aún en la importancia que tiene reconocer en forma expresa que al tratarse de la comisión de un delito, deberá aplicarse las categorías jurídicas del Derecho Penal, entre ellas la Culpabilidad, para que la imposición de una sanción o castigo, como se le llama a la privación de la libertad, tenga un sustento garantista; y aún cuando las legislaciones analizadas pretendan alejar al adolescente del Derecho Penal de adultos, porque así lo expresa la Convención, en la práctica su desarrollo legislativo no presenta otras opciones, sino la imposición de medidas o sanciones que lejos de ser eminentemente educativas, corresponden a una respuesta del Estado frente a la infracción de la ley penal, y que privan al adolescente de su libertad, por tiempos prolongados, sin la menor posibilidad de gozar de los derechos y garantías reconocidos a los adultos.

Como hemos desarrollado en este análisis, el aspecto subjetivo del delito, es obligatorio para evaluar la conducta del adolescente al momento de la comisión del delito; de ningún modo se puede basar la sanción en una mera descripción de su condición personal, pues si bien ello forma parte de la información que se utiliza, en solitario nos llevaría a un retorno peligroso al derecho penal de autor, que se encuentra proscrito en las legislaciones mencionadas.

Asimismo, lo analizado da cuenta de que en algunos países sí se considera al menor como un sujeto imputable.

3.9. Bases para la construcción de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente que infringe la ley penal en el ordenamiento jurídico peruano.Preliminares

En principio aunque reiterativo, es importante mencionar que las personas que aún no alcanzan la mayoría de edad, se encuentran amparadas con especial énfasis en la legislación internacional. Y esto es así no por su situación de minusvalía u otro argumento similar, sino porque debido a su condición de personas en desarrollo, requieren de un tratamiento especial, de mayor protección de parte del Estado.

Es por ello que para la construcción de criterios jurídicos que sustenten la imposición de una sanción a los adolescentes que han incurrido en ilícitos penales, partiremos por afirmar en forma expresa que si bien últimamente la participación de menores en actos delictivos, se ha incrementado, causando alarma social, ésta es mínima en comparación con la criminalidad de adultos; tal afirmación surge de la comparación que se realiza de los cuadros estadísticos que obran en la página web del Poder Judicial, en la que se establece la cantidad de menores ingresados a los diferentes Centros Juveniles a cargo del Poder Judicial, contra quienes se ha dictado sentencia condenatoria con privación de libertad, llamada internación y la información que figura en la página del INPE, en que se nota claramente la diferencia existente, según los años analizados. Los datos que figuran en los cuadros estadísticos presentados sí permiten sacar como primera conclusión que el número de adolescentes internados en los Centros Juveniles, ha venido incrementándose sostenidamente, aunque no exponencialmente, siendo por ello un fenómeno preocupante. No hemos querido realizar un estudio respecto a qué tipo de delitos tienen mayor incidencia, ni respecto a las motivaciones que los adolescentes tienen para infringir la norma penal, puesto que nuestro análisis está orientado a establecer

criterios jurídicos respecto a la culpabilidad del adolescente; lo que sí es evidente es que la experiencia nos ha enseñado que la delincuencia juvenil suele ser una delincuencia de carácter grupal, ello se advierte no sólo de la revisión de los casos investigados, sino que se infiere de la afirmación que se realiza desde la psicología, respecto a la etapa de socialización del adolescente, etapa en que la identificación con el grupo toma una importancia de especial intensidad. De ahí que la mayor cantidad de delitos que se cometen, sean delitos contra el patrimonio.

Sin embargo, ello es sólo una información básica, ya que lo que realmente nos interesa es reconocer que en la práctica y aun cuando no se señale expresamente, los diferentes países vienen implementando lo que podemos denominar como Derecho Penal Juvenil o Sistema Penal de Menores, estableciendo en algunos casos que los menores entre 16 y 18 años son imputables.

La Teoría del delito se ocupa del estudio de los presupuestos comunes que deben concurrir para que un hecho sea considerado delito. Jescheck, señala que “Sin embargo la teoría del delito no trata los elementos de los tipos delictivos concretos sino aquellos aspectos del delito que son comunes a todos los hechos punibles. Se trata de las categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad que, a su vez se desglosan en numerosos subconceptos como los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, así como los elementos positivos y negativos de la culpabilidad. La teoría general del delito se ocupa sobre todo de la cuestión de bajo qué condiciones puede ser imputado un hecho al autor en el nivel delictivo correspondiente”¹⁷⁷.

Así respecto a la categoría Tipicidad, una de las acepciones más aceptadas, es que se trata de la adecuación de un hecho, a la

¹⁷⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Instituto Pacífico. Primera Edición para Perú. Lima. 2014. Pág. 290.

descripción realizada por el legislador; y es respecto a dicha categoría que cobra importancia, el Principio de Legalidad.

En el Derecho Penal Juvenil, se debe resaltar el respeto irrestricto al Principio de Legalidad; en primer lugar porque la Convención de los Derechos del Niño, consagra el Principio mencionado, prescribiéndolo en el artículo 40¹⁷⁸, e imponiendo a todos los Estados la obligación de respetarlo; en el Derecho Penal de adultos, es de suma importancia porque surge de los Tratados de Derechos Humanos y se encuentra reconocido en la Constitución Política Peruana. Este Principio tiene como una de sus funciones limitar la potestad punitiva del Estado, ya que nadie puede ser perseguido ni sancionado por un hecho que no esté previamente señalado en la ley, como un hecho punible. De ahí que como hemos señalado precedentemente se encuentre rodeado de exigencias como la *lex previa*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*. Se desprenden de este Principio, la Prohibición de la analogía de la ley penal, la prohibición de retroactividad de la norma, salvo que sea más favorable al imputado y la prohibición de aplicar el derecho consuetudinario.

En el Código de los Niños y Adolescentes, se reconoce esta categoría, en los artículos 183 y 229, que señalan que se considera adolescente infractor a quien se encuentre responsable en condición de autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en el Código Penal o Leyes Especiales; así también la Constitución Política del Perú, en su artículo 2 inciso 24 d) consagra el Principio de Legalidad.

¹⁷⁸Artículo 40 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron.

En cuanto a la categoría de Antijuricidad, ésta es definida como lo contrario al Derecho; en el Derecho Penal constatado que un hecho es típico, se pasará a verificar si ha existido alguna razón amparada por la norma para la actuación en contra de la ley penal; en los códigos penales, se establecen las causas que se consagran como justificatorias; sino aparecen en el proceso de constatación, entonces la conducta será típica y antijurídica.

Las causas de justificación que contempla nuestro ordenamiento penal, con la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el consentimiento del titular del bien.

Respecto a ambas categorías existen diversas teorías que estudian los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal y la antijuricidad, por lo que no siendo materia de nuestro estudio, solo las mencionamos brevemente.

Recordemos que la función del Derecho Penal, es la protección de los bienes jurídicos que por ley se establecen, siendo la consecuencia de su vulneración, la imposición de penas, que también deben estar debidamente previstas en la norma; de igual manera y aunque con nombre diferente en nuestro país, mediante el Decreto Legislativo N° 1024, promulgado durante el desarrollo de este proyecto, publicado el 23 de setiembre de 2015, se modificó el Código de los Niños y Adolescentes, dejando atrás la denominación anterior de medidas socio-educativas, dándoles una denominación más acorde con la realidad, llamándolas sanciones, y estableciendo que se trata de sanciones socio educativas, limitativas de derechos y privativas de libertad; sin embargo no se ha modificado el artículo 20 inciso 2) del Código Penal que señala que los menores son inimputables, manteniéndose en consecuencia tal condición.

En cuanto al tercer presupuesto del delito, o sea la Culpabilidad materia de nuestro estudio, debemos en principio señalar que los menores de edad, no tienen capacidad para ser considerados

plenamente responsables de sus actos ilícitos; en la doctrina se señala que: “El incapaz en derecho penal no se vincula con la norma penal. La norma penal no significa para él una pauta de conducta porque su nivel de desarrollo está (todavía) por debajo del mínimo exigible. Por lo mismo no es destinatario de la norma penal, pues no detenta potencialidad alguna para poder comprender en el futuro el mensaje normativo en un nivel superior al mínimo exigido”¹⁷⁹.

Lo anterior significaría que el adolescente entre 14 y 18 años de edad, no podría de ningún modo ser declarado responsable de la comisión de actos ilícitos o delitos, debido a que su comprensión aún no se encuentra desarrollada para comportarse conforme a las normas en general, y a las normas penales en especial; sin embargo el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, establece que el menor a partir de los 14 años de edad, será sujeto de medidas socio educativas, frente a un acto que infringe la ley penal; y en cuanto a los menores de 14 años, serán sujetos de medidas de protección.

Es decir, si bien no se le aplican penas, conforme a los términos utilizados en el Decreto Legislativo N° 1024, que modifica el CNA, se le imponen sanciones, inclusive que van hasta los 10 años, habiéndose establecido un escala de sanciones distinguiéndose éstas en el grupo etario de 14 a 16 años, sanciones entre 4 y 8 años de internación en un Centro cerrado; y entre 6 y 10 años al grupo etario entre 16 y 18 años de edad, que cometan delitos de Homicidio Calificado, Femicidio, Sicariato, Conspiración y ofrecimiento para el delito de Sicariato, Lesiones Graves, Participación en Pandillaje pernicioso, Secuestro, Violación de la Libertad Sexual, en las modalidades de los artículos 170, 171, 173, Robo agravado con muerte subsecuente, Extorsión, Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades de los artículos 296 y 297 del Código

¹⁷⁹ MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito. Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014. Pág. 133.

Penal y en la Ley 25475, Ley contra el terrorismo; así como cuando sean integrantes de una organización criminal, actúe por encargo de ella, o se encuentre vinculado a la misma.

Tradicionalmente se ha entendido que las medidas socio educativas, buscaban en esencia educar al infractor, dotándolo de mecanismos que le posibilitaran incorporarse de mejor manera a la sociedad; sin embargo no podemos continuar afirmando que las sanciones que se han diseñado a partir del Decreto Legislativo N° 1024, tengan fines eminentemente educativos, ya que se promueve la finalidad rehabilitadora, término éste, que nos hace dirigir la mirada hacia uno de los fines de la pena.

La inimputabilidad a que se refiere el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, ha sido dejada como tal, lo que hace necesario ingresar a un análisis mayor del tercer presupuesto del delito; esto es la Culpabilidad.

En concepto de Jescheck, la Culpabilidad o también el Principio de Culpabilidad, significa que “la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho. Del Principio de Culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado): y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. La esencia de la culpabilidad no es vista por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida, sino en que el autor en la situación concreta no se ha avenido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible (culpabilidad por el hecho)”¹⁸⁰.

¹⁸⁰JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Instituto Pacífico. Primera Edición para Perú. Lima. 2014. Pág. 34.

El Principio de Culpabilidad, tiene tres elementos que lo integran, y son: la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad y la exigibilidad de un comportamiento acorde con la norma.

El concepto “capacidad de culpabilidad”, se encuentra relacionado con la edad, ya que para formular un reproche de culpabilidad se requiere comprobar que el autor “haya alcanzado tal grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad, que justifique la valoración de su actitud ante el Derecho.”¹⁸¹

Nuestro Código Penal, declara que los menores de 14 años son inimputables, siendo ésta una causa de exclusión de culpabilidad; es decir que la respuesta que da el Estado a los menores de edad que infringen la ley penal no contempla la exigencia de analizar el elemento Culpabilidad de la teoría del delito, puesto que se considera que su capacidad de comprensión y de decisión no ha llegado a un estado tal, que pueda responder penalmente por sus actos.

Sin embargo, esta circunstancia no es beneficiosa para el derecho del menor infractor, de ser sometido a un Debido Proceso, porque se conculca así la posibilidad de analizar su hecho ilícito, desde la teoría del delito, reduciéndola a la tipicidad y posiblemente al análisis de la antijuricidad, pero nunca al estudio de la culpabilidad al considerársele por mandato de la ley inimputable, esto es, sin capacidad de culpabilidad.

La incapacidad de culpabilidad, motivada por razones de edad, se explica porque el menor no ha alcanzado su desarrollo, y por tanto es inmaduro; por lo que la exclusión del ámbito penal de los menores de 14 años sí se encuentra plenamente justificada.

Pero como hemos visto en el desarrollo de la presente investigación, el proceso de comprensión del injusto supone un progreso intelectual, que la ley ha señalado en 14 años a más; pero

¹⁸¹Ibídem. Pág. 638

esa comprensión del injusto no resulta suficiente, sino que adicionalmente a ello, el adolescente ha de estar en condiciones de ejercer sobre sí un autocontrol suficiente para afrontar la presión que en determinadas circunstancias pueden originar acciones no deseadas.

Frente al endurecimiento de las sanciones que se imponen a los menores infractores, resulta importante asumir que la sanción que se aplica, es el corolario de un análisis sobre los elementos del delito, y en especial de la culpabilidad del adolescente, la que en esencia no tiene la misma dimensión de la del adulto, encontrándonos entonces frente a una capacidad de comprensión disminuida. Pero no podría afirmarse categóricamente, que el menor entre 14 y 18 años de edad, no comprende el sentido de lo que hace o no está en condiciones de auto determinarse según su comprensión.

Al analizar el segundo elemento de la Culpabilidad, esto es la conciencia de la antijuricidad, señalamos que es una condición esencial de la existencia del delito, ya que “quien no tiene posibilidad de saber que su conducta está prohibida no puede motivarse en la norma. Por esa razón, la imposibilidad de conocer la ilicitud elimina la culpabilidad y consecuentemente el delito.”¹⁸²

En el tema materia de investigación la ley penal excluye al adolescente entre 14 y 18, de la persecución penal propiamente dicha, declarándolo inimputable; y por tanto no le reconoce comprensión de antijuricidad, ergo, el adolescente siempre creerá que actúa conforme a ley, ya que desconoce la existencia de una norma que prohíbe su conducta o supone que concurre una razón que justifica su accionar; lo cual es errado. Puesto que en estricto la conciencia de antijuricidad consiste en tener conciencia o conocimiento de la ilicitud del acto que se realiza, que viene a ser el

¹⁸² SILVERSTONI, Mariano H. Teoría Constitucional del delito. Ed. Del Puerto. Buenos Aires 1999. Pág. 340

elemento central del reproche de culpabilidad; la doctrina ha señalado además que aún cuando se desconozca el injusto, puede realizarse el juicio de reproche, cuando exista un error de prohibición vencible; no será así, cuando el error de prohibición sea invencible, según las reglas del artículo 14 del Código Penal. Así también, se debe afirmar que la conciencia de antijuricidad no es el conocimiento de la norma penal infringida o de la pena a imponerse, sino la comprensión de un lego.

Finalmente, el último elemento de la Culpabilidad, que es la exigibilidad de un comportamiento acorde con la norma, analiza la capacidad de motivación del autor de un hecho típico y antijurídico; la culpabilidad puede ser atribuida siempre que no se hayan presentado situaciones que sean de tal intensidad que hubieren forzado al sujeto a cometer un acto típico y antijurídico, esto ante un peligro inminente para su vida u otros bienes jurídicos, que frente a otros exija una ponderación de bienes.

Nuestro Código Penal, considera dos posibilidades, que son el Estado de Necesidad exculpante y el miedo insuperable.

En resumen, los tratadistas señalan que la Culpabilidad es un elemento fundamental en la Teoría del Delito, por ser el presupuesto para la aplicación de una pena; y como resultado del análisis previamente realizado, podríamos señalar que en nuestra normatividad penal, son causas de inculpabilidad las siguientes: La inimputabilidad, el error de prohibición invencible, el error de comprensión, el error de tipo invencible, el estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad justificante y el miedo invencible.

Según normas internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁸³,

¹⁸³ Artículos 8.2 CADH; 14.2 P.I.D.C.P. y 31 del E. CPI.

para la imposición de una sanción penal, es necesario que el autor sea culpable del injusto realizado, bajo el apotegma “nullum crimen sine culpa”; lo que corrobora lo ya manifestado, en el sentido que no basta afirmar los juicios de tipicidad y antijuricidad para la existencia de un delito; sino que es necesario analizar si el autor estuvo en posibilidad de adecuar su conducta a la norma.

3.10. Pautas orientadoras de la construcción de criterios jurídicos razonables que sustenten la culpabilidad de los adolescentes que infringen la ley penal

Motivo inicial de nuestro estudio, fue la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, en el expediente N° 03247-2008-HC/TC, que desde el año 2008, afirmó la necesidad de que se instaure un Sistema de Justicia Penal Juvenil, bajo parámetros respetuosos del Interés Superior del Niño, y de los Principios rectores de los Derechos Humanos, señalando la posibilidad de contar con una Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, la cual resultaría jurídicamente compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y la extensa normativa internacional sobre Derechos Humanos; sosteniendo además que ninguna normatividad será plenamente eficaz, sino se cuenta con instrumentos válidos de prevención. Entre los Principios que el Tribunal Constitucional enunció en dicha resolución, se encuentran los siguientes:

a) El principio de igualdad y no discriminación: Este principio determina que todos los niños que entren en colisión con la ley penal deben ser tratados de forma igualitaria e independiente de su condición racial, sexual, cultural o social. En esta misma línea, el sistema de administración de justicia debe desarrollar acciones para proteger a determinados grupos vulnerables, tales como los niños de la calle, los pertenecientes a minorías raciales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños indígenas, las niñas, los niños con discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia.

b) *El respeto a la opinión del niño: El niño tiene derecho a participar y a emitir su opinión en todos los asuntos que le correspondan o tengan algún efecto sobre su vida. En instancias judiciales, las autoridades deben asegurar que la participación del niño no genere represalias y sea lo menos traumática posible.*

c) *El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: Este principio implica que el Estado debe formular políticas de prevención de delincuencia juvenil así como proveer medios para asegurar el pleno desarrollo del niño en la sociedad. En el plano de administración de justicia, se prohíbe, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la prisión perpetua o la pena de muerte. Asimismo, la privación de la libertad debe ser por el menor tiempo posible.*

d) *La dignidad del niño: El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.*

e) *El respeto al debido proceso: En este caso se reitera que tanto los procesos judiciales como administrativos deben estar sujetos a los derechos y garantías del debido proceso consagrados en los tratados, prestando especial atención, entre otros, a: (i) la presunción de inocencia; (ii) la información sin demora y directa de los cargos; (iii) la asistencia jurídica u social apropiada; (iv) los procesos sumarios y participación directa de los padres; (v) el respeto a la vida privada; y (vi) a la imparcialidad en el proceso.*

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas

correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos”.

Como se puede apreciar, estas reglas son sumamente importantes para la adopción de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que sea diferenciado del sistema penal de adultos, con Principios que han venido siendo desarrollados desde la vigencia de la Convención, en diversos Tribunales de Derechos Humanos.

Así, respecto al Principio de Igualdad y no discriminación, el Tribunal ha sido enfático al poner de relieve la existencia de niños que pertenecen a sectores vulnerables, recomendando a la Administración de Justicia que adopte medidas especiales para su protección; sin embargo en nuestra opinión las medidas necesarias y urgentes no deben provenir del sistema de justicia, que cuenta sólo con la normatividad vigente, la que debe aplicar razonablemente y con el criterio de conciencia que la propia ley le autoriza- en materia penal-; sino que para hacer factible que estos menores sean atendidos con especial referencia a sus condiciones de vulnerabilidad, es el Poder Legislativo, el que debe emitir las normas que permitan dar una atención prioritaria, especial o en su defecto de mayor favorabilidad a aquellos niños en situación de abandono, discapacidad, etc..

En cuanto a las Políticas Públicas que deben formularse relacionadas a la prevención de la delincuencia juvenil, poco o nada se ha hecho en nuestro país, desde que se emitió la sentencia analizada; los pocos programas existentes, se iniciaron a instancia privada, pero no cuentan con el presupuesto necesario que permita su aplicación o difusión; de ahí que no se pueda afirmar que se ha

proveído de medios para facilitar el adecuado desarrollo de los menores, menos aún de los menos favorecidos. En cuanto a la imposición de sanciones, la Administración de Justicia se limitará a aplicar dentro del marco legislativo, el castigo a que hubiere lugar, sin embargo, con mucho asombro apreciamos que todo lo ganado en materia de justicia penal juvenil, ha retrocedido de forma evidente, y, en lugar de reducir el tiempo de duración de las medidas privativas de libertad, por el contrario éstas se han visto incrementadas a límites increíbles, por un órgano legislativo incapaz de encontrar soluciones más acordes con el Interés Superior del Niño y que finalmente no conducirán a su recuperación o rehabilitación, sino por el contrario a su estigmatización y futura reincidencia delictiva, puesto que los centros de reclusión no son una solución a los problemas sociales, menos aún para aquellos adolescentes que delinquen.

Las pautas dadas por el Tribunal Constitucional Peruano, constituyen el punto de partida para la construcción de un sistema especial; en él deben confluír los derechos humanos reconocidos en diversos Tratados y Convenios Internacionales, de aplicación inmediata a los adolescentes, hecho éste que nadie se atreve a poner en cuestión; como tampoco resulta controvertible en la Teoría del delito, los componentes del ilícito penal antes mencionados.

Y si bien respecto al elemento Culpabilidad existen diferentes posturas doctrinarias, llegando una de ellas inclusive a negar su importancia, estamos muy lejos aún de separar ese elemento de la Teoría del delito. Sin embargo debemos reconocer que nuestro Código Penal, no lo menciona expresamente; así el artículo VII del Título Preliminar señala que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. De igual manera la Constitución Política del Perú, no hace eco del Principio de Culpabilidad, mencionando el término responsabilidad, al consagrar el Principio de Presunción de Inocencia.

Pero la preocupación que surge al respecto es, si el término “responsabilidad”, puede ser considerado analógicamente como el

de Culpabilidad, que es la expresión que utiliza el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que no deja margen a ninguna duda, puesto que claramente se hace mención a dicho Principio.

Ferrajoli, después de realizar un análisis sobre la Culpabilidad, señala lo siguiente: “Distinta de la culpabilidad es la responsabilidad. Por tal ha de entenderse simplemente la sujeción jurídica a la sanción como consecuencia de un delito, cualquiera que sea la relación normativamente exigida entre el sujeto llamado a responder y el delito de que responde. Sólo si se distingue, a diferencia del uso corriente, entre responsabilidad y culpabilidad, de puede dar cuenta de las variadas formas arcaicas y modernas de responsabilidad sine culpa.”¹⁸⁴

Roxin, sostenía que se debe eliminar la Culpabilidad como elemento de la Teoría del Delito y sustituirla por “responsabilidad”; sin embargo poco después ha señalado que “la culpabilidad es fundamento y límite de la pena y garantía del individuo frente a la punición del Estado.”¹⁸⁵

Nosotros consideramos que el término “responsabilidad” utilizado en nuestro Código Penal y la propia Constitución Política, debe ser entendido como Culpabilidad; y esto es así porque ninguno de los tratadistas nacionales consultados hace ninguna distinción teórica al respecto; y además de ello, porque el propio Tribunal Constitucional Peruano, al resolver diversas causas en las que analiza el derecho a la Presunción de Inocencia, hace alusión al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, señalando que aparece consagrado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”*. De igual

¹⁸⁴FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Ed. Trotta. Madrid, 2001. Pág. 490

¹⁸⁵ROXIN, Claus. Beloff Mary y otros. Determinación judicial de la Pena. Editores del Puerto Buenos Aires. 1993. Pág. 138

modo en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada¹⁸⁶”, sosteniendo además que dicho Principio se consagra en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución, que como hemos señalado hace referencia a la “responsabilidad”.

Otro tema importante consiste en reconocer que las sanciones previstas en el Código de los Niños y Adolescentes, son en sí mismas sanciones penales juveniles; porque en esencia se trata de un castigo. Y cuando hablamos de Internación, ésta priva de la libertad al adolescente declarado autor de un delito; y al privarlo de libertad, se le impide a su vez el ejercicio de otros derechos, tales como derecho a la educación, al trabajo, a la recreación, a la salud, y en el caso de los menores entre 14 y 16 años, se les priva además de su desarrollo en armonía con la familia. Ciertamente es que muchos adolescentes que sufren internación, serán en algunos casos aquellos provenientes de sectores vulnerables que no tuvieron acceso a los derechos más fundamentales y que sea dicho espacio de privación de libertad el primer lugar en el que accedan a una educación básica; pero ello deberá ser analizado también al momento en que el órgano judicial imponga la sanción correspondiente; sin embargo aceptar esta situación como beneficio, nos devolvería a la época de la doctrina de la Situación Irregular, en que bajo el concepto de protección se privaba al menor de su libertad ambulatoria.

De otro lado, analizando la capacidad civil del adolescente, debemos hacer referencia al desarrollo que al respecto se ha formulado en el Acuerdo Plenario N°4-2008, en el que la Corte Suprema de Justicia

¹⁸⁶STC. EXP. 01768-2009-AA/TC

de la República, hace mención a los artículos 44, 46 y 241 del Código Civil, que establecen que la persona mayor de 16 y menor de 18 años de edad es incapaz relativa y está en condiciones de contraer matrimonio. En tal sentido el citado acuerdo plenario sostiene: “Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad, tiene la capacidad necesaria para auto determinarse y dirigir sus acciones de acuerdo a sentido respecto de su vida sexual; y de otro lado zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal; esto último teniendo en cuenta que la materia analizada fue el artículo 173 inc. 3 del Código Penal.

Así también, el Tribunal Constitucional nos recuerda que nuestro ordenamiento civil, formula un reconocimiento expreso respecto a la aptitud e idoneidad de un sujeto para adquirir derechos y para contraer obligaciones; “distinguiéndose la capacidad de goce, como aquella facultad del sujeto para ser sujeto de derechos y obligaciones, la cual es inherente a la persona y por ende corresponde a todos en general; y la capacidad de ejercicio, que es la facultad que permite a una persona realizar actos que tengan efectos jurídicos. Tal capacidad implica la prerrogativa para gobernarse por sí en las diversas contingencias de la vida existencial.”¹⁸⁷

El artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de una ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Esta proclamación permite afirmar sin mayores dudas que el niño es reconocido como un ser humano, y por ello titular de los derechos que le corresponden, estableciendo una serie de derechos que el Estado se encuentra en obligación de proteger, tales como los derechos civiles, sociales, económicos, culturales y derechos de los niños en situación de

¹⁸⁷STC. Exp. 0518-2004-AA/TC, fundamento 6

riesgo. Entonces concluimos que conforme a nuestro ordenamiento civil, son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. Así también el artículo 44 establece que son relativamente incapaces, los mayores de 16 y menores de 18 años de edad.

Esta circunstancia particular, no se ha tomado en cuenta por el Código del Niño y Adolescente, que ha señalado como la edad de imputación penal 14 años. Es decir, que conforme lo señala el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, a partir de dicha edad, la norma considera sin ninguna duda, que los menores han alcanzado un nivel de desarrollo tal, que se le puede exigir responsabilidad por sus acciones, la misma que se traduce en la imposición de sanciones.

Según el artículo 229 del Código de los Niños y Adolescentes, la sanción que se impone al adolescente a quien se imputa responsabilidad como autor y partícipe tiene una finalidad primordialmente educativa, socializadora y rehabilitadora. La norma no ha considerado la función preventiva general de la sanción, en forma expresa; sin embargo las sanciones previstas tienen un contenido marcadamente punitivo, así por ejemplo la libertad restringida y la internación, cuya ejecución dirigida al cumplimiento de los fines que se señala en la ley, depende de los medios logísticos disponibles, así como de la capacidad de quienes tienen a cargo la rehabilitación y resocialización del menor recluido en un centro de rehabilitación o de un Centro de Orientación al adolescente.

Nuestra norma establece que la sanción de Internación es de carácter excepcional, aplicándose como último recurso, cuando el delito cometido se encuentre tipificado como delito doloso en el Código Penal, y sancionado con pena privativa de libertad no menor de 6 años, siempre que no se haya puesto en grave riesgo la vida o integridad física de las personas; cuando se haya incumplido

injustificada y reiteradamente las sanciones de mandatos y prohibiciones o las privativas de libertad impuestas, distintas a la internación, por reiteración en la comisión de delitos en un lapso no mayor a 2 años, cuando el Equipo Técnico informe que el adolescente es de alta peligrosidad. El plazo de ésta medida es de un año como mínimo y 6 años como máximo. No menos de 6 ni mayor de 10 años, cuando el adolescente tenga entre 16 y menos de 18; no menos de 4 años ni mayor de 8, si el adolescente tiene entre 14 y 16 años, esto en los delitos previstos en los artículos 108, 108 A, 108 B, 108 C, 108 D, 121, 148 A, 152, 170, 171, 172, 173, 189 último párrafo, 200, 296, 297 del Código Penal; Decreto Ley 25475, y cuando sea integrante de una organización criminal, actúe por encargo de ella o se encuentre vinculado a la misma.

De lo expuesto se concluye que el Código de la materia, ha señalado dos tramos de edades, para la imposición de sanciones en caso de los delitos señalados. Pero no ha especificado si en los demás delitos, se da un tratamiento diferenciado a los adolescentes entre 14 a 16 años; consideramos que en base al segundo párrafo del artículo 236, podría la judicatura a aplicar la misma distinción, ya que el grado de madurez y desarrollo de un adolescente de 14 años, no puede pretender compararse con un menor de 16 años o 17.

Entonces tenemos que la exigencia para la imposición de las sanciones señaladas en el Código de los Niños y Adolescentes, es en primer lugar, la comisión de un hecho ilícito debidamente tipificado como tal en el Código Penal o leyes especiales, de ahí que no puede establecerse un análisis específico, caso por caso, fuera de la teoría del delito; pues lo que diferencia el derecho penal de adultos del denominado Derecho Penal Juvenil, no es la parte sustantiva, sino el proceso que se sigue, y la denominación de las consecuencias jurídicas, que en el primer caso se denominan penas, y para el caso de adolescentes, últimamente se le han llamado sanciones. Esto es importante en la medida que al tratar un hecho ilícito cometido por un menor de edad, deberá también aplicarse las consecuencias establecidas para un adulto, cuando actúe en error

de tipo, legítima defensa, u otros que deben ser analizados, así como los elementos de la culpabilidad, puesto que se formula un reproche penal por no haber adecuado su conducta a la norma, por cuanto constituyen garantías en su favor.

En síntesis consideramos que para la aplicación de las diversas sanciones que establece el Código de los Niños y Adolescentes, como consecuencia de la comisión de un ilícito penal, debe aplicarse las líneas maestras de la Teoría del delito, acorde con lo señalado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de garantizar un adecuado juzgamiento, con las garantías que de ella se derivan, es especial la aplicación del Principio de Culpabilidad, sin dejar de lado el tratamiento diferenciado que amerita la situación especial de menor de edad, y sin pretender, como actualmente se hace, que la declaración de inimputabilidad le favorece; lo cual no es así, puesto que ello impide por el contrario la aplicación de la dogmática penal que dentro de su desarrollo, se constituye como un verdadero aval, para el juzgamiento de los adultos.

También nos sirven de pauta orientadora de primer orden, los claros conceptos vertidos por Bustos Ramírez, quien al analizar la Ley de Responsabilidad Penal del adolescente de Chile, afirma citando a Peter-Alexis Albrecht, que “el Derecho Penal del niño y del adolescente es derecho penal. y con sus propias características conforma un subsistema diferente al Derecho Penal de adultos.”¹⁸⁸

Señala además que por la autonomía y especialidad del Derecho Penal del niño-adolescente, se debe reconocer que todos los principios garantistas surgidos desde la Revolución Francesa, deben ser aplicados a los niños. Manifiesta que “un derecho penal del adolescente, en virtud del Principio del Interés Superior del Niño, tiene que estar regido por el mantenimiento de los derechos del niño,

¹⁸⁸BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El Derecho Penal del niño y adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Ed. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago de Chile 2007. Pág. 15

su educación, su formación, su socialización y ejercicio de derechos en forma progresiva”¹⁸⁹.

De otro lado Alejandro Baratta, señala que “según la Convención, desde una edad mínima, que puede ser de 12 o 14 años a los 18 años es posible una forma de intervención jurídica distinta a la prevista en el Código Penal para los adultos, cuyo fundamento jurídico es la realización culpable de un delito. ¿Es ésta una responsabilidad penal o no?. Creo que debemos tener el valor de admitir públicamente que se trata de una responsabilidad penal, aunque atenuada respecto a la de los adultos, pero de la misma naturaleza. En efecto, desde el punto de vista de una correcta teoría del derecho, nos encontramos en ambos casos, en presencia de: a) una respuesta a la realización culpable de una figura delictiva; y b) de una restricción de derechos y en consecuencia de una sanción negativa. Por ello es necesario respetar los filtros establecidos para el derecho penal de adultos, como son: 1) debe haber ante todo una prueba de la realización de un delito; 2) La realización del delito debe ser contraria a ley; se excluyen por tanto de responsabilidad penal aquellas acciones que se pueden justificar por causas de exclusión de la antijuricidad previstas por la ley penal general, por ejemplo la Legítima Defensa; 3) El adolescente al igual que el adulto para que se le pueda atribuir una responsabilidad penal atenuada por un hecho específico, debe tener aquella capacidad de culpabilidad, o sea la capacidad de querer y entender la acción que está llevando a cabo conociendo la antijuricidad. 4) El comportamiento ha de ser culpable. No es suficiente que haya capacidad de querer y entender, sino, que en concreto la acción debe ser culpable, lo cual significa desde el punto de vista de la teoría normativa de la culpabilidad, dos cosas, en primer lugar el adolescente debe estar en opciones de comportamiento razonables

¹⁸⁹Obra citada . Pág.25

y en segundo lugar, debe haber una exigibilidad social del comportamiento conforme a ley”¹⁹⁰.

De lo citado precedentemente se infiere que existen posiciones doctrinarias que reconocen que en la práctica existe un Derecho Penal aplicable a los adolescentes, que tiene características propias y se debería encontrar rodeado de los principios garantistas generales y propios desarrollados por el Derecho del Niño; más aún si reconocemos que las consecuencias que se aplican al adolescente no pueden considerarse como ayuda a su desarrollo, sino como una sanción especial, como respuesta de la sociedad frente a un acto que ha infringido la ley penal.

De otro lado, se reconoce también la existencia de una responsabilidad penal atenuada, la que debe contar con los filtros reforzados, para impedir la imposición de una sanción carente de sustento, sobre todo, tomando en cuenta que el comportamiento atribuido debe ser culpable, así como la capacidad de culpabilidad del adolescente.

Coincidimos con los autores citados desde el pronunciamiento más importante, que es reconocer la existencia de un Derecho Penal para adolescentes, cuya presencia no puede seguir siendo negada o conocida con otras denominaciones, que lo que hacen es revelar que aún en muchos países persiste el modelo tutelar o de protección, que bajo el manto de una finalidad protectora, confinaba a un menor de edad, a la reclusión sin fin, que culminaba al cumplir la mayoría de edad, con el pretexto de brindarle cuidados básicos que su familia no había podido brindarle.

Alejandro Baratta, manifiesta que es momento de admitir que la responsabilidad asignada a un menor de edad, por la comisión de un delito, es una responsabilidad penal, aunque atenuada por la condición del imputado; conclusión plenamente válida en las

¹⁹⁰ BARATTA, Alejandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. Revista Capítulo Criminológico. Vol. 23 N° I, Editado por la Universidad de Zulia. Venezuela 1995. Pág. 9-11

circunstancias actuales en el Perú, pues las modificaciones introducidas al Código del Niño, en forma incomprensible han incrementado radicalmente el quantum de las sanciones, siendo la de mayor duración la de 10 años; habiéndose previsto además su traslado a un Establecimiento Penitenciario de adultos.

Estas pautas, nos servirán de base para la construcción de los criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad del adolescente, que nos proponemos elaborar, en la medida que si bien existen posiciones encontradas al respecto, no se puede negar que es el Interés Superior del Niño, el que se encuentra presente en las diversas posiciones teóricas, pues lo que se pretende como objetivo final, es brindar al adolescente un tratamiento legal acorde con su status especial de protección de sus derechos fundamentales, pero a la vez, en atención a la gravedad de los ilícitos que cometen, así como a la lesión de bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, como hemos dejado expuesto en capítulos anteriores, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a analizar la evolución de las facultades del niño, y por ende a realizar un estudio de su desarrollo a fin de conocer si se encuentra en capacidad de ejercer algunos actos con autonomía, verificando el grado de dependencia o independencia, su madurez, capacidades y competencias. No es menos importante la verificación de su razonamiento moral, ya que éste a la luz de las doctrinas del desarrollo de la personalidad, se alcanzan en edades más cercanas a la edad adulta, siendo en estas etapas, que el adolescente es capaz de emitir juicios de valor propios y reflexionar sobre la trascendencia de sus actos en su entorno familiar y social. De ahí que entre los criterios válidos que proponemos en este estudio para la evaluación de la culpabilidad del adolescente, se encuentran necesariamente un análisis de su desarrollo de personalidad, el desarrollo de su razonamiento, capacidades intelectuales, competencias sociales, escala de valores transmitida en su entorno familiar.

Así también, tomando en cuenta que la imputabilidad viene a ser la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y conducirse conforme a ese razonamiento, el análisis que al respecto se realice, debe ser acorde con la realidad específica que cada adolescente infractor presenta, así como a sus características, al grado de riesgo social y vulnerabilidad en la que vive o se ha desarrollado.

El modelo de responsabilidad penal del adolescente que se impulsa en este estudio, tiene además un componente adicional a los ya expresados y consiste en analizar la pertinencia del castigo en relación con el grado de reeducación que se pueda alcanzar con la sanción a imponer. Y es que no siempre el encierro prolongado, puede servir de estímulo para mejorar las conductas de los adolescentes infractores. Mucho depende de los factores externos e internos que se presenten, puesto que el Estado no es capaz de diseñar políticas públicas de rehabilitación, que comprobadamente se muestren como exitosas. Sino para muestra palpable está el grupo de chicos que retornan a los Centros Juveniles, o que al cumplir la mayoría de edad, pasan a ser finalmente confinados en cárceles inhabitables, donde será imposible su reeducación, rehabilitación u otra señal que permita una esperanza para ellos.

De ahí que la presente propuesta de considerar a los adolescentes entre 14 y 18 años, como imputables relativos, no tiene otro objetivo sino sincerar su tratamiento, posibilitando el análisis caso por caso, respecto a sus capacidades señaladas líneas arriba.

CAPÍTULO IV

Adopción de los criterios jurídicos de la Culpabilidad en el Derecho Penal de Menores.

4.1. Preliminares

Para ir perfilando los criterios jurídicos de la Culpabilidad en el Derecho Penal de Menores, debemos sostener como producto del estudio realizado que, para la imposición de una sanción al adolescente infractor, es necesario tomar en cuenta que toda persona menor de 18 años de edad que ha infringido la ley penal, debe recibir un trato diferenciado conforme a las normas de la justicia de menores, respetando las garantías que el Derecho Penal de adultos contiene.

Ello significa indudablemente el reconocimiento de un Derecho Penal de Menores o un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, que tenga en cuenta que la diferencia en el desarrollo de los niños, constituye la base de una menor culpabilidad de aquellos menores que tienen conflicto con la justicia.

De otro lado, la importancia de lo señalado en el artículo 40 inc. b) literal (i), que consagra el Principio de Presunción de Inocencia del menor, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley, nos lleva a manifestar que tomando como punto de partida la Teoría del delito, resulta conveniente y necesario elaborar los elementos de la culpabilidad en materia de Derecho Penal de Menores, ya que encontramos claro los elementos del delito como son la Tipicidad y la Antijuricidad, que sirven de sustento para la imposición de la sanción, elementos de la Teoría del Delito que no discutimos, sino por el contrario reclamamos, para hacer viable un estudio integral del hecho atribuido al menor, que tenga como consecuencia la imposición de sanciones, más aún, si como hemos relatado, estas pueden llegar hasta la privación de libertad por 10 años, circunstancia ésta que no sólo eliminará la posibilidad de gozar del derecho de Libertad en su más amplia acepción, sino que adicionalmente se limitará su derecho a la educación al trabajo, a la recreación, a vivir en un ambiente sano y equilibrado, a vivir con su

familia, a su desarrollo integral, etc.; de ahí que sea sumamente importante que se respeten dichos elementos constitutivos de la teoría del delito.

Como hemos visto, existen diferentes posiciones respecto a la Culpabilidad en el Derecho Penal de adultos, inclusive se ha querido negar la importancia de este elemento del delito; sin embargo nosotros consideramos que la diferencia entre la Culpabilidad atribuida al adulto, con la culpabilidad del adolescente, se basa en que en este último caso, no basta con la simple enunciación de la comprensión del injusto o de actuar conforme a esa comprensión, sino que el análisis de la Culpabilidad del adolescente, debe realizarse caso por caso, tomando en cuenta las Teorías del desarrollo de la Personalidad que describen procesos de adaptación, acomodación y asimilación del adolescente en su entorno social y familiar, que le permitirán luego adoptar estrategias ante la nueva circunstancia que le presenta la vida.

De otro lado, la Observación N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, ha señalado con énfasis que cuando nos referimos a la situación de un menor que ha infringido la ley penal, estamos frente a “la menor culpabilidad del adolescente”; siendo que el concepto de “culpabilidad” que se encuentra reiterado en la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede ser ignorado por más tiempo por los países que han suscrito dicho instrumento internacional de Derechos Humanos; y en nuestro país toma singular importancia, porque cómo hemos señalado, nuestro Código Penal no hace alusión a la Culpabilidad, sino que establece el término responsabilidad; no obstante ello, la culpabilidad es un elemento importante en la estructura del delito, siendo importante la construcción de sus componentes en materia de adolescentes.

4.2. Principios orientadores de la culpabilidad de los menores

4.2.1. Principio del Interés Superior del Niño

Como hemos señalado a lo largo de esta investigación, el primer Principio, orientador y rector de la Convención, es el Principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que obliga a todas las

autoridades a tener en cuenta el bienestar integral del menor, así como el respeto de sus derechos fundamentales, que no son otros, sino que los que se consagran a favor de los seres humanos, en los instrumentos internacionales, entre los que podemos señalar el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la educación, al trabajo, entre otros de similar importancia, que forman parte del catálogo de derechos que la propia Convención reconoce a los menores. Cillero Bruñol, sostiene que “este Principio, en relación con la persecución de infracciones penales, disminuye la intervención a través de recursos penales, y la absoluta excepcionalidad de la medida que lo separe de su entorno familiar y restringe la posibilidad de imponer medidas, que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad”¹⁹¹.

Es en realidad un Principio básico, porque está referido a todo el ámbito en que se desarrolla el menor, tanto dentro de su familia, como en su interacción social, garantizando el debido respeto a sus derechos y una atención especial cuando éstos se ven vulnerados; así también porque instaura la obligación de los Estados de brindar un tratamiento especializado en materia de menores que infringen la ley penal, acorde a su edad y su desarrollo integral, y en consecuencia constituyen la base para una menor culpabilidad del adolescente, así como para la imposición de sanciones menos gravosas y aplicación de la Justicia Restaurativa como una forma de resolver dichos conflictos.

4.2.2. Principio de No discriminación

El artículo 2 de la Convención asegura a los niños y adolescentes un tratamiento igual, más aún cuando enfrentan problemas con la justicia; pero este Principio deberá tenerse en cuenta al momento de evaluar la menor culpabilidad de un adolescente que proviene de sectores vulnerables situación que se debe tomar en cuenta a favor del niño, puesto que el ausentismo escolar, la huida del hogar

¹⁹¹Cillero Bruñol, Miguel. El Interés Superior del Niño, en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de: www.iin.oea.org.

y otras situaciones similares, no siempre son resultado de su voluntad o decisión, sino consecuencia de sus problemas familiares, maltrato o abandono.

4.2.3. Principio de Responsabilidad por el Hecho

Este Principio asegura que un sujeto imputado de la comisión de un delito, responda específicamente por hechos propios, debiendo analizarse las circunstancias en que haya más de un autor o partícipe, el grado de contribución a la ejecución del delito.

Peña Cabrera Freyre, señala al respecto: “Nuestro Código Penal consagra normativamente un derecho penal de acto y una culpabilidad del acto materializada en la prescripción contenida en el artículo 11 del Código Penal, al establecer que sólo son delitos o faltas aquellas acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, de conformidad con el mandato estricto del principio de legalidad; con arreglo al artículo VII del Título Preliminar antes glosado”¹⁹².

Este Principio resulta de especial importancia por cuanto el menor deberá responder sólo por el hecho que ha perpetrado como expresión de su decisión.

4.2.4. Principio de Proporcionalidad

Es necesario señalar que la declaración de una “menor culpabilidad” debe tener presente también los tramos de edades que la ley ha establecido para la imposición de sanciones. El principio en mención se encuentra regulado en la Constitución Política de 1993, en su artículo 2º inciso 24, párrafos “a” y “e”; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3º y 11º; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9º inciso 3 y 14º inciso 2 y en el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 7º inciso 2 y 8 inc.2; de ahí su singular importancia pues sirve de pauta orientadora para, en nuestro caso,

¹⁹² PEÑA CABRERA, FREYRE Alonso Raúl. Curso Elemental de Derecho Penal. Parte General. Ed. Legales Ediciones. Lima 2013. Pág. 80

regular la imposición de las medidas sancionadoras, debiendo otorgarse un tratamiento diferenciado por edades.

4.2.5. Principio de Dignidad

Según el cual el menor que enfrenta problemas con la justicia debe ser tratado con respeto a sus derechos fundamentales, lo cual implica enfrentar el proceso judicial con respeto de los Principios de Presunción de Inocencia, Principio de Legalidad, Principio de Juez Natural, Principio de Defensa, Garantía de no prestar declaración contra sí mismo, Principio de Pluralidad de instancia, Principio de Confidencialidad. Todos estos principios guardan relación con la menor culpabilidad del adolescente.

4.3. Criterios jurídicos que sustentan la culpabilidad del adolescente infractor.

Habiendo asumido que es necesario reconocer que la categoría jurídico penal de Culpabilidad es relevante y garantista en el proceso seguido contra los adolescentes que han violado la ley penal, y tomando en consideración las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación N° 10, que señala que en el caso de niños en conflictos con la ley penal, se debe trabajar con el concepto de una “menor culpabilidad”, proponemos que los criterios jurídicos a tomar en cuenta para sustentar la culpabilidad de los adolescentes infractores de la ley penal, son los siguientes:

4.3.1. La imputabilidad relativa

Conforme se encuentra descrita en la doctrina, la imputabilidad es la capacidad que tiene un individuo de comprender el desvalor penal de su acción y determinarse conforme a la comprensión de esa ilicitud; de ahí que nosotros señalemos que la inimputabilidad a la que se refiere el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, no debe seguir siendo una presunción legal *juris et de juris*, toda vez que el

menor de edad, por su propia condición de persona en formación si bien no cuenta con un desarrollo suficiente para hacerse merecedor a una pena, si puede ser pasible de atribución de responsabilidad penal disminuida, teniendo en cuenta que la propia norma civil en su artículo 44, considera que los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, son relativamente incapaces. Esta incapacidad relativa, les permite contraer matrimonio con autorización judicial (art. 241) y cesa por el mismo motivo y por obtener un título oficial que les autorice a ejercer una profesión u oficio, según el artículo 46.

En cuanto a los adolescentes mayores de 14 años y menores de 16, el Código Civil en su artículo 43 establece que son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley, y para aquellos mayores de 14 años, les reconoce capacidad a partir del nacimiento del hijo, sea para reconocerlo, demandar gastos de embarazo y parto, ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y filiación extramatrimonial de sus hijos.

De otro lado el artículo 65 del Código de los Niños y Adolescentes señala que los adolescentes trabajadores pueden reclamar ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas relacionadas con su actividad económica, estableciéndose en el artículo 51 del acotado las edades mínimas requeridas para el trabajo de los adolescentes, siendo la edad mínima de 14 años.

Estas previsiones legales, nos indican que en nuestra legislación se viene reconociendo capacidad relativa a los adolescentes a partir de los 14 años de edad, lo que sustenta nuestra pretensión de que para efecto de establecer su responsabilidad penal, se debe bajar la edad de imputabilidad, pero sin dejar de reconocer que la capacidad de comprensión y conocimiento del injusto, es relativa y conforme a lo expresado, las circunstancias actuales sí permiten atribuirle responsabilidad por su hechos; más aún, que el Código de los Niños y Adolescentes, considera que el menor de edad, puede ser sancionado con medidas restrictivas de su libertad que

van desde 1 día a 10 años de privación de libertad o internación; siendo por ello que cualquiera que sea la denominación que se le dé a las mismas, resulta siendo una consecuencia de su accionar ilícito y antijurídico. De ahí que, seguir manteniendo la afirmación de que los adolescentes son totalmente inimputables, nos conduce a una situación de posible vulneración de derechos y garantías consagrados en las normas internacionales de derechos humanos.

Negar que las sanciones de privación de libertad previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la comisión de un delito por parte de un adolescente, sean una respuesta al hecho ilícito realizado, es ajeno a la realidad.

En tal sentido, el criterio a tomar en cuenta para comprobar la imputabilidad relativa o capacidad de culpabilidad disminuida, requerirá un examen especial practicado por uno o más peritos, que permitan al Juez verificar que el grado de desarrollo de personalidad, desarrollo intelectual, psicológico y moral del adolescente infractor, sea de tal nivel, que se encuentre lo suficientemente maduro para comprender el injusto y actuar conforme a dicha comprensión; es decir la necesidad de verificar caso por caso, la capacidad de comprensión del adolescente en relación al hecho concreto con la finalidad de excluir de la persecución penal a todos aquellos que presenten anomalías psíquicas que no le permitan comprender el injusto.

Esta capacidad de comprensión ha de ser diferente de la capacidad que se asigna a los adultos, ya que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en sus artículos 12, 27 y 29, así como en el Preámbulo, señalan su falta de madurez física y mental, que lo hace merecedor a protección y cuidados especiales, así como la posibilidad de expresar su opinión libremente en función de su edad y madurez, y la gradualidad en la madurez y capacidades del niño.

De otro lado el reconocimiento de la Imputabilidad relativa del menor infractor, permitirá a su vez la comprobación de las

garantías que se establecen en el Derecho Penal de adultos, tales como las circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal, circunstancias atenuantes; circunstancias agravantes; grados de autoría y participación, reincidencia y demás filtros que favorecen al autor de un delito.

El reconocimiento legal de la capacidad relativa del adolescente, tendrá como efecto más importante la aplicación de la Teoría del Delito, haciendo posible la aplicación del Error de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado; tentativa; eximentes incompletas; complicidad secundaria, reincidencia, elementos importantes para la imposición de la sanción.

4.3.2. Exigibilidad de un comportamiento adecuado

En la línea trazada, el segundo criterio a tomar en consideración para sustentar la culpabilidad del adolescente infractor; estará constituido por las condiciones individuales del infractor. Es decir el análisis de su proceso educativo, de socialización, de desarrollo personal, del ámbito familiar, de la situación de vulnerabilidad que enfrente, de interiorización de las normas sociales, su desarrollo moral; pero también se debe analizar el respeto y cumplimiento por parte del Estado, de los derechos fundamentales previstos en la Convención y en la Constitución asignados a los niños, ya que no se les puede exigir una conducta diferente, ni formular un reproche por su acto, si las circunstancias en las que se ha desenvuelto desde su primera infancia, son plenamente violatorias de sus derechos fundamentales; estos factores de riesgo serán tomados en cuenta, a fin de establecer la exigencia de un comportamiento adecuado y por ende su culpabilidad, para a partir de dichas comprobaciones generar una sanción debidamente motivada, no sólo en patrones legales, sino en aspectos comprobables mediante la participación de las distintas ramas del saber humano, siendo en consecuencia un enfoque socio-cultural y antropológico que se deba hacer para finalmente exigir un

comportamiento adecuado del menor de edad, y en razón de una respuesta afirmativa, proceder a la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Este razonamiento no sólo es posible en aplicación del artículo 29 de la Convención, sino que es una exigencia que no se viene tomando en cuenta, ya que la norma internacional establece una serie de obligaciones impuestas a los Estados firmantes, respecto a la educación y protección integral del niño, que además han sido incorporadas a la Constitución Política del Estado, pero que no son evaluadas para favorecer al menor.

4.3.3. Definición de la culpabilidad del menor

La culpabilidad es la capacidad que el adolescente infractor tiene como sujeto activo de un ilícito penal, para ser pasible del reproche por su conducta ilícita; desaprobación que hace la sociedad a través de los órganos del Estado.

4.3.4. Proceso Penal y Culpabilidad del menor infractor

En la actualidad el proceso que se lleva a cabo para establecer la responsabilidad del menor infractor, tiene características del antiguo proceso inquisitivo, en el que el Juez de Familia o Juez Mixto, recibe del Fiscal, la denuncia como titular de la acción, convirtiéndose en investigador del hecho y luego emite la sentencia correspondiente.

Sin embargo, para establecer la culpabilidad del adolescente, el Juez deberá realizar un juicio de reproche respecto de la conducta ilícita del adolescente, tomando en cuenta una pericia respecto de su desarrollo intelectual y de personalidad, así como una pericia socio cultural que permita conocer los aspectos mencionados; y en algunos casos se requerirá una pericia antropológica para conocer las costumbres adquiridas en su desarrollo.

Deben acentuarse las garantías del derecho penal ordinario, buscar medios que no sólo equiparen la situación del menor con el adulto, sino que lo favorezcan, concretizando así el principio de

igualdad, según el cual, es necesario tratar de forma diferente a los desiguales, para colocarlos en una situación de igualdad¹⁹³. El deber de protección estatal del menor y el cumplimiento del principio de igualdad, le dan un status jurídico especial, que obliga a establecer un trato diferente para él. Este argumento justifica la exclusión del menor del derecho penal común, más no del derecho penal.

Precisamente por imperio del principio de igualdad, se justifica que el Derecho Penal de Menores, debe observar más garantías que el derecho penal ordinario, por el hecho de reconocer que los menores son diferentes y el Estado debe tratar de compensar estas diferencias para volverlas tan iguales como sea posible y por el principio de protección, que supone que el Estado debe brindar especial protección al menor. Es decir que el menor siempre debería estar en mejores condiciones, frente al derecho penal, que un mayor en iguales circunstancias¹⁹⁴. Por lo tanto los principios de igualdad y protección, deberían ser los principios político criminales rectores en la construcción del derecho penal de menores.

Como todo constructo teórico-normativo vinculado al Derecho Penal, la consideración y respeto al principio de legalidad es fundamental, puesto que va a marcar la pauta de la intervención estatal, la misma que solo será posible en tanto se haya producido la comisión de un hecho delictivo descrito en el Código Penal o en leyes especiales. Este principio que es fundamental en el caso del Derecho Penal ordinario de mayores, cobra aún mayor relevancia e importancia en el caso de los menores, en donde se pone mayor énfasis en el mismo, sobre todo en ciertos componentes del mismo como: a) El principio de mínima intervención (en su dimensión de subsidiariedad y de fragmentariedad) y b) El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

¹⁹³ Vid. FERRAJOLI, Ob. Cit., p. 907; PECES BARBA, Ob. Cit., p. 284.

¹⁹⁴ HALL GARCÍA, Ob. Cit., p. 403.

Las consecuencias jurídico penales especiales a aplicar deberán ser determinadas en bases objetivas; de ningún modo fundamentarse en la peligrosidad, ni en necesidades educativas, como actualmente se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico, sino básicamente en la responsabilidad del menor, establecida en base al análisis integral de los hechos materia de proceso, que permitirán la imposición de medidas o sanciones, que tomen en cuenta el catálogo existente, dejando como última posibilidad, la imposición de la medida de privación de libertad, la que se deberá imponer sólo cuando esta sea necesaria y de impostergable realización.

También podrá tenerse en cuenta, normas de carácter procesal favorables al adulto, como la confesión sincera y la terminación anticipada.

CAPÍTULO V

5.1. Resultado de la investigación de campo y contrastación de hipótesis. La culpabilidad del menor en opinión de los Jueces y Fiscales especializados, Jueces y Fiscales Mixtos.

Para conocer la opinión de los Jueces Especializados, Jueces Mixtos, Fiscales de Familia y Fiscales Mixtos, tuvimos que realizar una encuesta.

5.1.1. Universo y Muestra:

- A.** El Universo está constituido por Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Lambayeque.
- B.** Muestra: Está constituida por 34 Jueces Especializados y Mixtos; Fiscales Especializados y Mixtos.
- C.** Técnica:

Se hizo la selección por muestreo aleatorio simple, aplicándose un cuestionario estandarizado, con preguntas cerradas que fueron trasladadas a una base de datos donde se les sometió a una prueba estadística básica.

5.1.2. Resultados de la encuesta sobre culpabilidad del menor

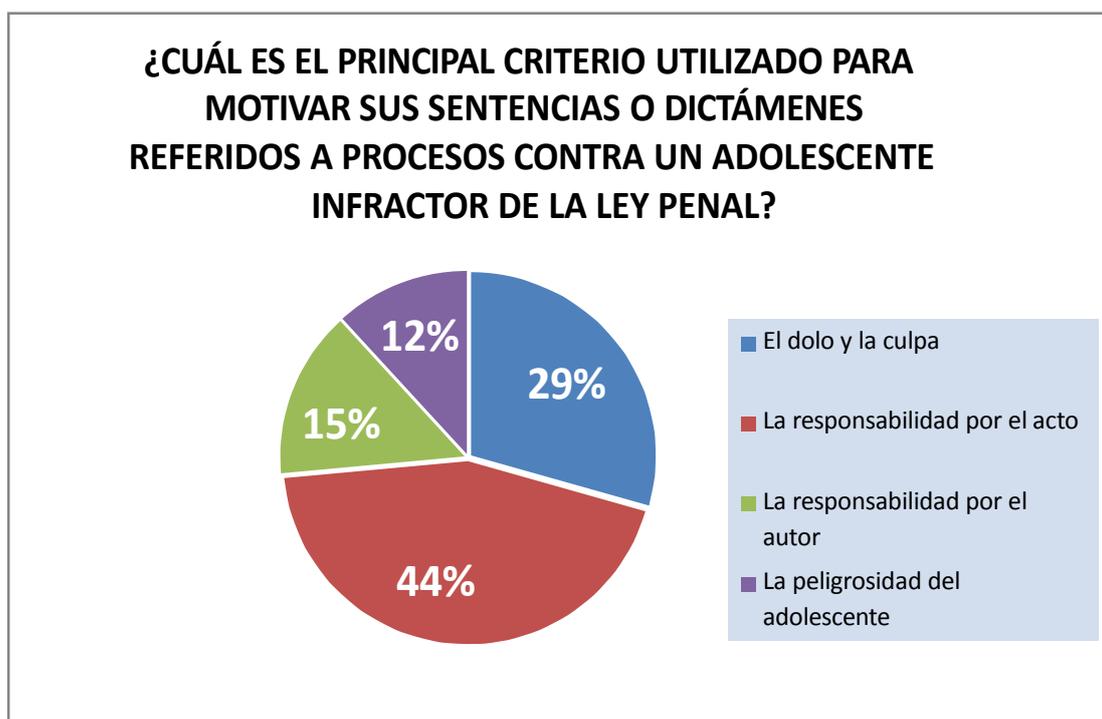
5.1.2.1. Presentación de resultados

- A.** Criterio de culpabilidad usado por Jueces y Fiscales

Se plantearon 4 criterios en la encuesta: a) El dolo y la culpa; b) La responsabilidad por el acto; c) La responsabilidad por el autor y d) La peligrosidad del agente. Las respuestas fueron las siguientes:

Cuadro N° 1

¿CUÁL ES EL PRINCIPAL CRITERIO UTILIZADO PARA MOTIVAR SUS SENTENCIAS O DICTÁMENES REFERIDOS A PROCESOS CONTRA UN ADOLESCENTE INFRACTOR DE LA LEY PENAL?	
Descripción	Cantidad
El dolo y la culpa	10
La responsabilidad por el acto	15
La responsabilidad por el autor	5
La peligrosidad del adolescente	4
TOTAL	34

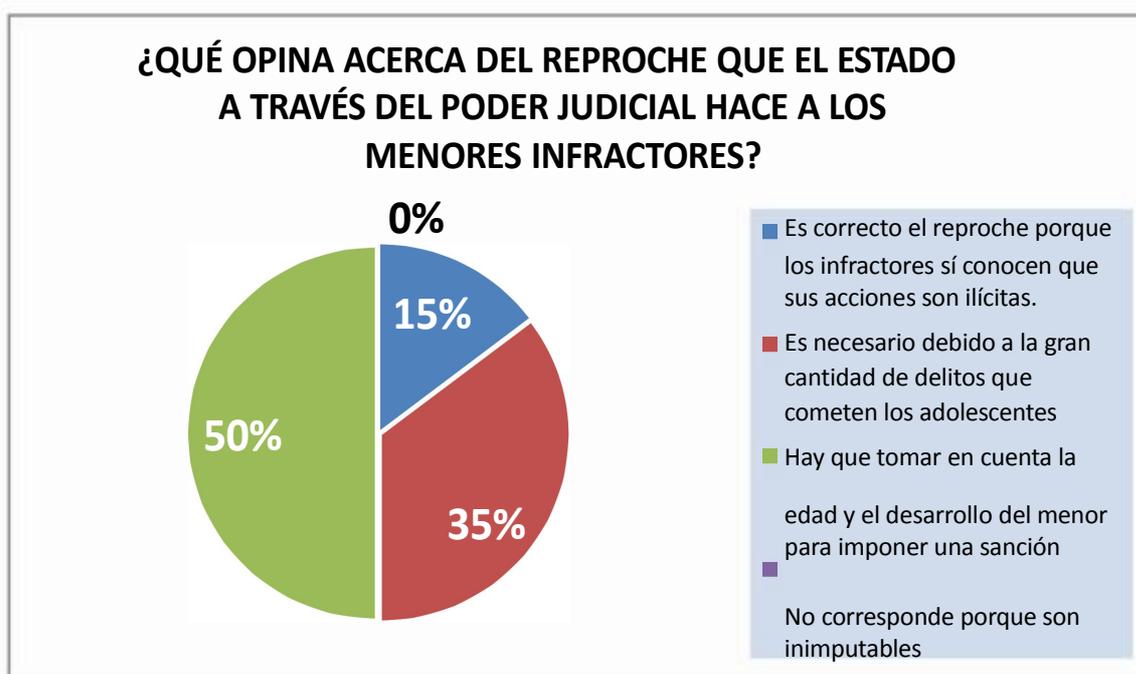


Fuente: Encuesta aplicada en Mayo de 2016 a los señores Jueces Especializados y Mixtos, así como Fiscales de Distrito Fiscal de Lambayeque.

De una muestra de 34 entrevistados, el 44% respondió que motivan sus decisiones en la responsabilidad por el acto, lo que demuestra el empleo de un razonamiento basado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Cuadro N° 2

¿QUÉ OPINA ACERCA DEL REPROCHE QUE EL ESTADO A TRAVÉS DEL PODER JUDICIAL HACE A LOS MENORES INFRACTORES?	
Descripción	Cantidad
Es correcto el reproche porque los infractores sí conocen que sus acciones son ilícitas.	5
Es necesario debido a la gran cantidad de delitos que cometen los adolescentes	12
Hay que tomar en cuenta la edad y el desarrollo del menor para imponer una sanción	17
No corresponde porque son inimputables	0
TOTAL	34



Fuente: Encuesta aplicada en Mayo de 2016 a Jueces y Fiscales.

Los entrevistados consideran que para el reproche penal debe tomarse en cuenta la edad y el desarrollo del menor para imponer una sanción, razonamiento jurídico que no niega el reproche que el Estado hace a los menores infractores.

Cuadro N° 3

¿ESTÁ DE ACUERDO CON QUE LA RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR ESTÉ CRIMINALIZADA EN UNA LEY ESPECIAL?	
Descripción	Cantidad
SI	29
NO	5
TOTAL	34

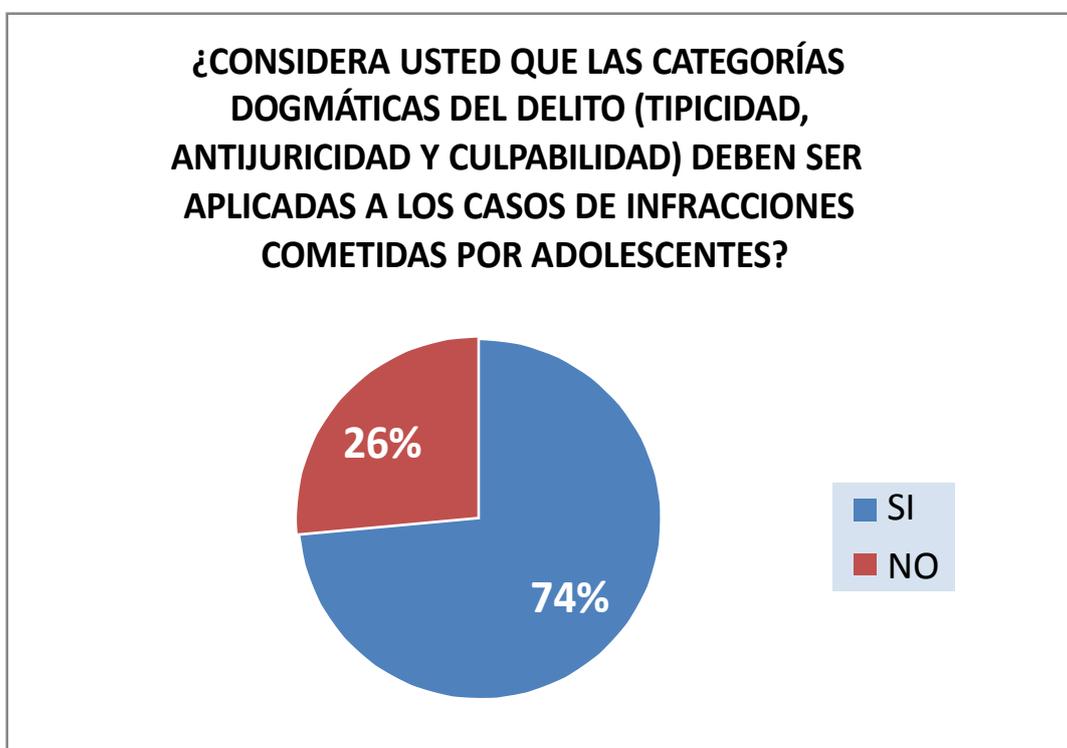


Fuente: Encuesta aplicada a Jueces y Fiscales en Mayo 2016.

El 85% de los encuestados coinciden en señalar que la responsabilidad del adolescente que comete delitos, debe encontrarse criminalizada en una ley especial; lo que permite afirmar que hay consenso en la adopción de un Derecho Penal Juvenil.

Cuadro N° 4

¿CONSIDERA USTED QUE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS DEL DELITO (TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD) DEBEN SER APLICADAS A LOS CASOS DE INFRACCIONES COMETIDAS POR ADOLESCENTES?	
Descripción	Cantidad
SI	25
NO	9
TOTAL	34

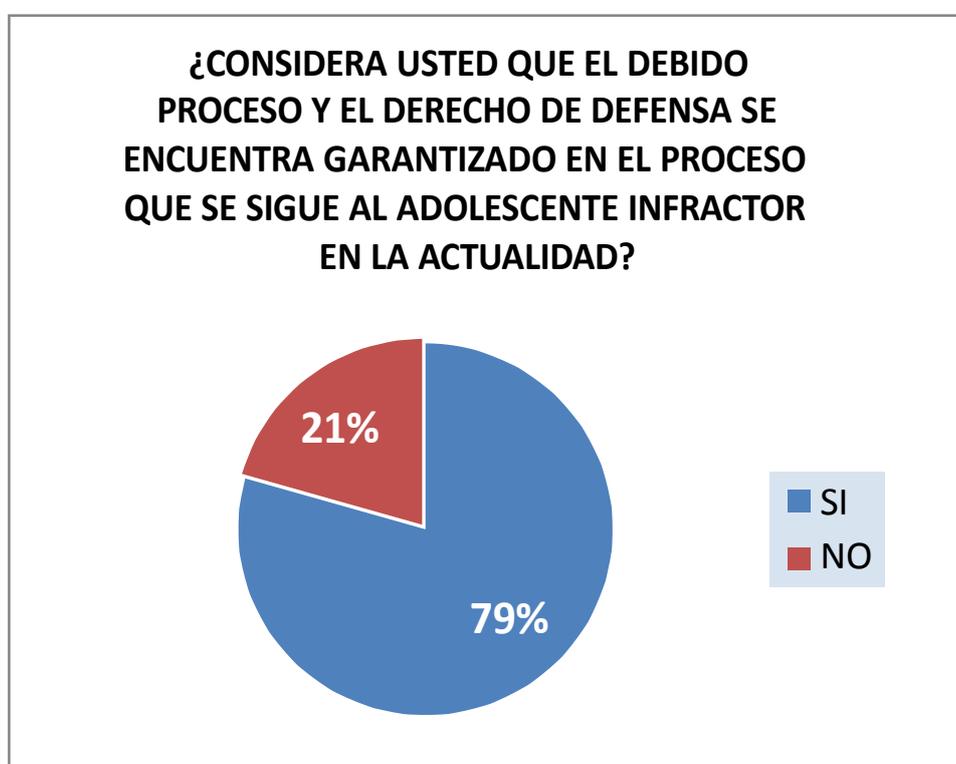


Fuente: Encuesta aplicada a Jueces y Fiscales en Mayo 2016.

Los encuestados mayoritariamente expresan que las categorías dogmáticas del delito deben ser aplicadas a los menores de edad; lo que implica una aceptación a las propuestas presentadas en este trabajo.

Cuadro N° 5

¿CONSIDERA USTED QUE EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA SE ENCUENTRA GARANTIZADO EN EL PROCESO QUE SE SIGUE AL ADOLESCENTE INFRACTOR EN LA ACTUALIDAD?	
Descripción	Cantidad
SI	27
NO	7
TOTAL	34

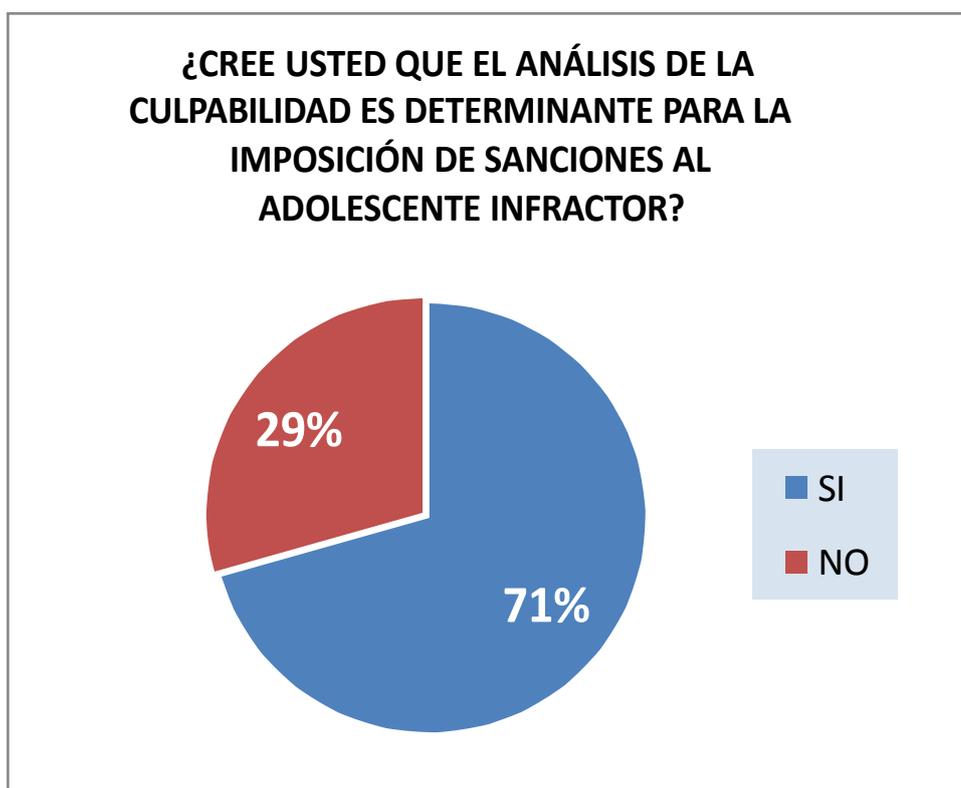


Fuente: Encuesta aplicada a Jueces y Fiscales en Mayo de 2016

El 79% respondió que si se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa; lo cual es preocupante dadas las condiciones en las que actualmente se desarrolla; por el contrario el 21 % analizó la posibilidad de un nuevo tipo de proceso.

Cuadro N° 6

¿CREE USTED QUE EL ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD ES DETERMINANTE PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES AL ADOLESCENTE INFRACTOR?	
Descripción	Cantidad
SI	24
NO	10
TOTAL	34



Fuente: Encuesta aplicada a Jueces y Fiscales en Mayo de 2016

A pesar que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico a la fecha, el 71% de encuestados señaló que la culpabilidad debe ser analizada antes de la imposición de sanciones.

Cuadro N° 07

ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL ATENDIDOS EN LOS CENTROS JUVENILES DE DIAGNÓSTICO Y REHABILITACIÓN EN EL PERÍODO: 1997-2015 (Medio Cerrado-Medio Abierto)

N°	CENTROS JUVENILES	AÑO																		
		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
1	CJDRde Lima - Lima	964	1069	1125	1168	1249	1307	1136	1087	1069	1052	984	1192	1221	1325	1601	1688	1567	1519	1589
2	SOA-Rimac	595	703	761	814	799	704	733	788	852	902	828	992	1077	947	902	1056	1203	1116	981
3	SOA-Tumbes	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	87	127	146
4	SOA-Huaura	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	53	103	133
5	SOA-Cañete	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	54	71
6	SOA-Iquitos	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	65	156
7	SOA-Ica	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	23	109
8	SOA-Arequipa	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	92
9	SOA-Lima Norte	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	235
10	SOA-Lima Este	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	28
11	SOA-Chiclayo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	21
12	SOA-Trujillo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	83
13	SOA-Callao	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4
14	SOA-Huancayo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	31
15	CJDRSanta Margarita-Lima	79	121	119	131	69	209	88	99	122	124	86	100	113	118	124	119	107	131	157
16	CJDRAlfonso Ugarte - Arequipa	170	207	198	246	281	268	268	249	391	502	483	447	416	336	292	312	350	394	358
17	CJDRJosé Quiñones Gonzales-Chiclayo	123	167	177	179	204	272	273	212	237	248	263	264	271	217	276	327	364	352	348
18	CJDRMarcavelle-Cusco	81	144	150	161	198	197	140	205	222	218	225	246	226	257	281	249	261	323	383
19	CJDREl Tambo-Huancayo	95	146	186	167	142	225	249	242	222	225	244	200	242	285	296	353	372	415	422
20	CJDRMiguel Grau-Piura	40	51	143	153	98	151	200	249	256	173	226	206	257	306	296	339	330	337	312
21	CJDRPucallpa-Ucayali	39	24	56	134	164	239	243	210	221	199	181	248	324	361	359	403	421	447	468
22	CJDRTrujillo-La Libertad	216	185	205	234	164	189	201	180	205	204	238	231	214	239	319	355	430	499	484
TOTAL		2402	2817	3120	3387	3368	3761	3531	3521	3797	3847	3758	4126	4361	4391	4746	5201	5545	5905	6611

Este cuadro nos muestra el incremento de número de adolescentes que han ingresado a los Centros Juveniles en los últimos años; en nuestro estudio importan los años del 2010 al 2015, específicamente del Centro Juvenil “José Quiñones Gonzáles”; apreciándose un ligero incremento en estos años que va de 217 adolescentes internados en el año 2011 hasta 348 en el año 2015.

Cuadro N° 08

CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ATENDIDA A NIVEL NACIONAL PERIODO 1997-2015



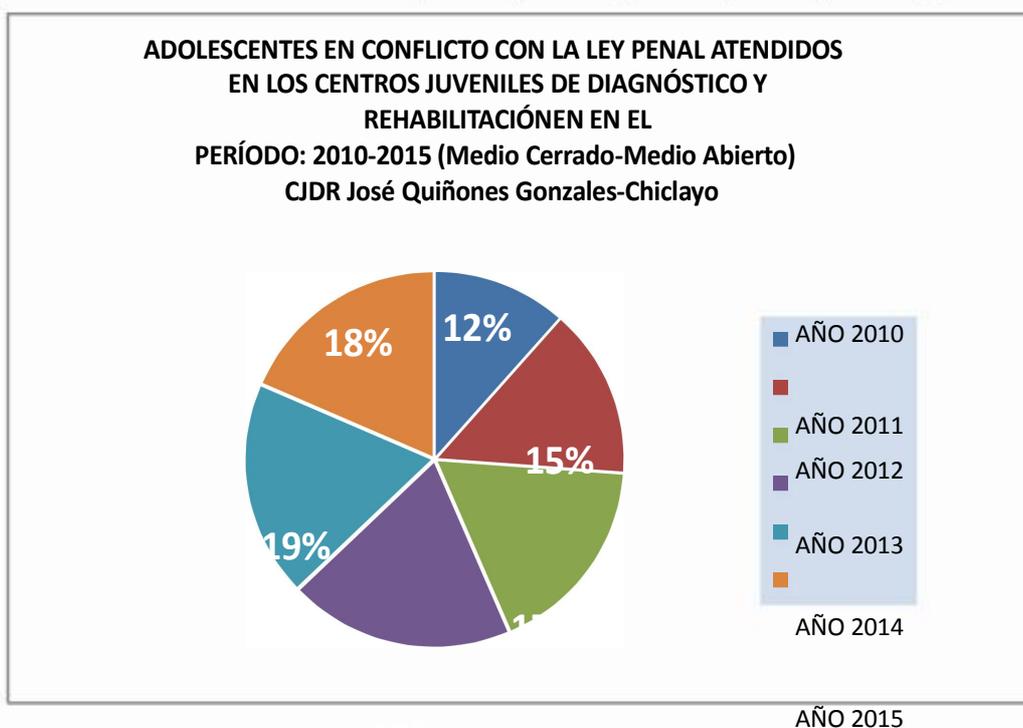
Fuente: Cuadro obtenido de la página web del Poder Judicial en Mayo de 2016

Este cuadro también nos muestra el mismo crecimiento del cuadro anterior, existiendo una variación porcentual.

Cuadro N° 09

**CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ATENDIDA A NIVEL NACIONAL
CJDR JOSÉ QUIÑONES GONZALES-CHICLAYO - PERIODO 2010-2015**

ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL ATENDIDOS EN LOS CENTROS JUVENILES DE DIAGNÓSTICO Y REHABILITACIÓN EN EL PERÍODO: 2010-2015 (Medio Cerrado-Medio Abierto)							
CENTRO JUVENIL	AÑO 2010	AÑO 2011	AÑO 2012	AÑO 2013	AÑO 2014	AÑO 2015	TOTAL
CJDR José Quiñones Gonzales-Chiclayo	217	276	327	364	352	348	1884



Fuente: Gráfico realizado con información obtenida de página web del Poder Judicial.

El Centro Juvenil “José Quiñones Gonzáles” es un centro de rehabilitación en el que los adolescentes cumplen su sanción privativa de libertad o internación. Existiendo un incremento porcentual entre los años del 2010 al 2015, habiéndose reducido en 1% en los dos últimos años, la cantidad de adolescentes atendidos en este centro juvenil.

5.2.INTERPRETACIÓN

Cuadro N° 01: En el cuadro número uno se muestra las respuesta proporcionada por los encuestados, a la pregunta los criterios que utilizan para motivas sus sentencias y dictámenes, siendo el resultado, que el 44% respondió que toman en cuenta la responsabilidad por el acto; esto es se toma en cuenta especialmente el análisis del hecho imputado, en concordancia con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Cuadro N° 02: El 50% de encuestados consideró que el reproche que hace el Estado a los adolescente que infringen la ley penal, debe realizarse tomando en cuenta la edad y el desarrollo del menor, para imponerle una sanción. Respuestas que indican en primer lugar que sí es necesario que se lleve a cabo un proceso en el que se analice la situación personal de los menores.

Cuadro N° 03: Nos muestra que el 85% de encuestados considera que las conductas ilícitas de los menores, debe ser criminalizada a través de una ley especial, lo que confirma nuestra hipótesis, ya que conforme a la situación actual de la materia, se soslaya el tema, señalándose que el menor infractor es ajeno al Derecho Penal, lo cual no es cierto, lo que lo aparta de las garantías del mismo.

Cuadro N° 04: El 74% de encuestados respondió que sí deben aplicarse las categorías dogmáticas del delito, para resolver los casos de menores infractores, esto es, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Cuadro N° 05: La mayoría respondió que si se encontraba garantizado el debido proceso; entendemos esto en razón a que los aplicadores del derecho encuestados consideran que su labor es arreglada a ley y no vulneran ningún derecho de los adolescentes.

Cuadro N° 06: El 71% señaló que el análisis de la culpabilidad era determinante para la imposición de sanciones al adolescente; respuesta que confirma nuestra hipótesis de trabajo.

Cuadros N° 07 y 08: Muestra el incremento de ingresos de adolescentes que han tenido los Centros Juveniles y SOAS en el Perú; estos centros se encuentran a cargo del Poder Judicial, que es el encargado de la ejecución de las sanciones que se imponen a los adolescentes que son encontrados responsables de ilícitos penales.

Cuadro N° 09: Muestra el incremento de ingresos de adolescentes infractores, registrado en el Centro Juvenil José Quiñones Gonzáles; cuadro que nos sirve para demostrar que si bien existe una tendencia al incremento, este no es de la magnitud que lo presentan los medios de comunicación ni la Policía Nacional.

5.3. Contrastación de la hipótesis en función a la muestra

La formulación de criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad de un adolescente infractor de la ley penal, contribuirá a la imposición de medidas socio educativas debidamente fundamentadas, con respeto a los Principios que informan la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es evidente que la muestra arroja resultados positivos para la propuesta formulada, puesto que el adolescente infractor de la ley penal, viene recibiendo una respuesta de la jurisdicción que no toma en cuenta criterios jurídicos que se aplican en el Derecho Penal de Adultos y que garantizarían sus derechos en el proceso; por lo que la imputabilidad relativa, que se propone, permitirá que sean analizados los elementos del delito, caso por caso, teniendo presente la edad de los menores infractores sentenciados, su nivel socioeconómico, su grado de desarrollo, el grado de certeza de la responsabilidad de los adolescentes infractores y finalmente la aplicación de la sanción de internación.

Se ha corroborado que se requiere de un marco jurídico especial que lo regule de forma específica, diferenciada y teniendo en cuenta la diversificación de grupos de los menores, atendiendo a parámetros de edad, que determinen las consecuencias jurídicas a ser aplicadas a los menores.

Para tal fin, se ha afirmado que se requiere reconocer la existencia de un derecho penal de menores, como respuesta a las infracciones cometidas por las personas menores de dieciocho años, lo cual los encuestados consideran que es correcto; encontrando justificación en la especialidad de su naturaleza, medidas y procedimiento, que deben equilibrar intereses preventivo especiales y generales, dando prevalencia a los primeros, no olvidando las garantías y límites que aseguren el reconocimiento del carácter penal del sistema de justicia de menores

Consideramos que la privación de libertad se torna insalvable, en los delitos graves que afectan bienes jurídicos especialmente importantes; de ahí que se consolida la afirmación de que la determinación de la culpabilidad del adolescente infractor, se haga en base a la configuración de los elementos que integren la culpabilidad específica del mismo, conforme lo prevé la Convención; de lo contrario continuaremos aplicando sanciones sin mayor explicación o justificación, con el agravante de que los menores seguirán careciendo de las garantías y límites del derecho penal, “efectuándose un simple cambio de etiquetas que ocultaría algo peor que el temido derecho penal”¹⁹⁵.

No existe el consenso de eximir de responsabilidad penal al menor que ha cometido un delito, menos aún en las actuales circunstancias, por el contrario existe la corriente de opinión de aplicar los elementos de la teoría del delito para resolver los casos de infractores; de ahí que el reconocimiento del Derecho Penal

¹⁹⁵ HALL GARCÍA, Ob. Cit., p. 402.

Juvenil, en nuestro medio, sería la solución para afrontar los procesos, con mayores garantías.

Es por ello que aunque se le otorgue una naturaleza represiva y preventiva –en cuanto a las consecuencias jurídicas dirigidas a los adolescentes-, también es claro que debe estar avocado a la reeducación y la reinserción social –tanto en el caso de los niños y los adolescentes-, pues es evidente que un derecho penal que tenga por objeto las conductas infractoras de menores, debe tener un plus diferenciador que lo distinga del derecho penal convencional que se encarga de los hechos cometidos por adultos.

En ese sentido consideramos que la construcción de una teoría jurídica de culpabilidad, resulta de trascendencia, a fin de que los adolescentes tengan un juicio justo, en el que se respeten sus garantías y derechos.

5.4. Discusión de resultados

En líneas generales se ha demostrado a lo largo de la presente investigación la necesidad de que en nuestro país, se reconozca que el adolescente entre 14 y menos de 18 años de edad, tiene capacidad relativa y en consecuencia puede asumir su responsabilidad por la comisión de delitos, y ser pasible de las sanciones señaladas en el Código de los Niños y Adolescentes, para lo cual se deberá tener siempre presente su desarrollo de personalidad, emocional, intelectual e incluso moral, que será analizado dentro del elemento de culpabilidad al que hemos denominado Inexigibilidad de otra conducta.

Este resultado no es ajeno a las actuales tendencias, ya que tanto en algunos países de Europa como de Latinoamérica, ya se ha reconocido al menor como imputable, con el establecimiento de sanciones, como consecuencia de la comisión de un delito; ello porque es innegable que el desarrollo progresivo de la personalidad del ser humano amerita el reconocimiento de la

autonomía de las personas, siendo exigible a los adolescente un comportamiento acorde a ley, pero teniendo en cuenta su grado de desarrollo, así como el respeto de sus derechos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. PROYECTO DE LEY

CONCLUSIONES

- a) Es necesario reconocer la existencia fáctica de un Derecho Penal de Menores, en el que se viene aplicando la categoría jurídico penal de tipicidad, y en algunos casos aislados la antijuricidad.
- b) La culpabilidad es una categoría jurídica del delito, que ha sido reconocida en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como una exigencia para un tratamiento digno y que fortalezca el sentido de dignidad de los adolescentes infractores de la ley penal; sin embargo en nuestro Código de los Niños y Adolescentes, no figura dicha categoría jurídica y por ende no se analiza en el proceso seguido contra adolescentes, debido a que éstos, entre los 14 años y menos de 18 años de edad, son considerados inimputables por el artículo 20 inciso 2 del Código Penal.
- c) Resulta necesario que los menores de edad, entre 14 años y 18 años, que infringen la ley penal, tengan acceso a un proceso rodeado de las garantías, similar al que tienen en la actualidad los adultos, por lo que es imperioso dejar de lado la consideración de “inimputables”, por no corresponder a las circunstancias actuales que el menor tiene en la sociedad, dado que el avance de la tecnología, que hace posible un mayor conocimiento y acceso a la información, tiene incidencia en el desarrollo de los menores y en aplicación del “Principio de la autonomía progresiva”.
- d) Una de las garantías de mayor importancia es la aplicación de la categoría jurídica de culpabilidad; para ello es necesario que se reconozca que el adolescente tiene una imputabilidad relativa, y en consecuencia debe modificarse el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, más aún si el ordenamiento civil, le ha instituido o

asignado una capacidad relativa para ciertas actividades, al igual que el Código de los Niños y Adolescentes.

- e) Los criterios jurídicos que sustentan la culpabilidad del adolescente infractor son: la imputabilidad relativa y la exigibilidad de un comportamiento adecuado; el primer criterio de orden legal, implica una modificación legislativa, la que permitirá rodear al adolescente de las garantías del Derecho Penal. El segundo criterio jurídico, reconoce la importancia de un estudio adecuado del desarrollo integral del adolescente, así como el cumplimiento del Estado, de los compromisos asumidos en la protección y vigilancia de los sectores vulnerables de la población infantil; criterio que será construido con diagnósticos de especialistas de cada materia, para determinar la situación personal, socio cultural, desarrollo intelectual, deficiencias en el proceso de socialización, obstáculos en la interiorización de normas, el grado de dependencia emocional y en determinados casos una evaluación antropológica, en base a los cuales se debe establecer la culpabilidad del adolescente.
- f) En ningún caso un adolescente con anomalías psíquica podrá ser sometido a un proceso penal, debiendo ser tratado como inimputable.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario y urgente que nuestro país adopte los criterios jurídicos que sustenten la culpabilidad de un adolescente infractor, para lograr la imposición de sanciones justas, equilibradas y debidamente fundamentadas, que a su vez garanticen un debido proceso.
2. Deben modificarse el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, que establece la inimputabilidad de los menores de edad, y considerar imputables relativos a los adolescentes a partir de los 14 años; y a su vez incorporar al artículo 22, el párrafo tercero que establezca su imputabilidad relativa; ya que tal modificación permitirá la aplicación de las categorías penales de antijuricidad y culpabilidad, que en la actualidad no son tomadas en cuenta por los jueces y los fiscales, lo que contribuye a la inequidad y a la excesiva discrecionalidad al momento de fijar el quantum de una sanción.
3. Debe modificarse el artículo 215 inciso c) del Código de los Niños y Adolescentes, para incorporar la obligación del Juez de Familia o Mixto, de tomar en consideración la categoría jurídica de culpabilidad del adolescente infractor, conforme a los criterios jurídicos diseñados.
4. Debe conformarse un equipo especializado en el Ministerio Público, para la evaluación socio cultural, desarrollo intelectual, educativo, moral y en su caso antropológico que evalúe al infractor, a fin de que dichos informes sean tomados en cuenta al momento de decidir la culpabilidad de los adolescentes

PROPUESTA ALTERNATIVA

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY: MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 20 INCISO 2 DEL CÓDIGO PENAL E INCORPORACIÓN DE UN PÁRRAFO AL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL y MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 215 INCISO C) DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Proyecto de ley número: xxxx

Fundamentos.

Considerando que:

1. La Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce que todo niño a quien se acuse o declare culpable de haber infringido las leyes penales debe ser tratado con respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.
2. Que el Principio de Presunción de Inocencia está consagrado en el artículo 40 inciso 2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el cual se señala que dicha presunción subsiste mientras no se pruebe la culpabilidad del menor conforme a ley.
3. Que, a la fecha no es posible seguir afirmando que todo los menores entre 14 y 18 años de edad, estén en imposibilidad absoluta de comprender el alcance de sus actos; ello acorde con los artículos 43, 44 y 46 del Código Civil y artículo 65 del Código de los Niños y Adolescentes.
4. Que el Derecho al Debido Proceso y a una sanción justa, requiere la aplicación de las categorías jurídico penales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, por lo que se hace necesario modificar el artículo 20 inciso 2 del Código Penal, a efectos de que dichas categorías jurídicas sean plenamente aplicables.

En consecuencia se propone la modificación del artículo 20 inciso 2 del Código Penal, y la incorporación al artículo 22 del anotado cuerpo legal,

de un párrafo; los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 20: Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal:

3. El menor de 14 años.

Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad.

Incorporar párrafo tercero: El adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años tiene responsabilidad relativa, (imputabilidad relativa) debiendo imponerse las sanciones que correspondan señaladas en el Código de los Niños y Adolescentes.

Modificar el artículo 215 del Código de los Niños y Adolescentes, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 215: El Juez al emitir la sentencia tendrá en cuenta:

c) La culpabilidad del adolescente, el cual se determinará bajo los siguientes criterios: la imputabilidad relativa y la exigibilidad de un comportamiento adecuado.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. AMBOS, Kai, 100 Años de la Teoría del Delito de Bebing, en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>, Consulta Junio 2011.
2. BARATTA, Alejandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. A propósito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. Revista Capítulo Criminológico. Vol. 23 N° I, Editado por la Universidad de Zulia. Venezuela 1995.
3. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho penal, 4ta edición, Akal, Madrid, 1997.
4. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho Penal. Parte General, 1era edición, ARA editores, Lima, 2004.
5. BELOFF, Mary. En revista: Justicia y Derechos del Niño N° 8. Editado por UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago, Chile. 2006.
6. BERDUGO GÓMEZ, de la Torre y otros. Lecciones de Derecho Penal parte general. Editorial Praxis, S.A., Barcelona 1996.
7. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis M. Derecho Penal. Parte General, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000.
8. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era edición, Ariel, Barcelona, 1989.
9. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de Derecho Penal, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
10. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. El Derecho Penal del Niño-Adolescente. Ediciones Jurídicas de Santiago. Chile, 2007.
11. CALDERON CEREZO, Angel / CHOCLAN MONTALVO, José A. Derecho Penal, Tomo I (Parte General), 2da edición, Bosch.
12. CASTAIGNEDE, Joselyne Profesora de Derecho Penal y Criminología, Directora del Master en Criminología y derecho de los menores en dificultad. Universidad de Bayona, Facultad de Pau, Francia. “La responsabilidad penal del menor, en el derecho francés”. En Revista EGUZKILORE N° 23 San Sebastián. País Vasco. Dic. 2009.

13. CANO PAÑOS, Miguel Angel. El futuro del derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Alemania y España. Ed. Atelier. Libros Jurídicos. Barcelona 2006.
14. CASTILLO ALVA, José. Principios de Derecho Penal. Parte General, 1era reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
15. CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español, Tomo. III, Tecnos, Madrid, 2001.
16. CEREZO MIR, José. El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal (una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel), el mismo en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
17. CEREZO MIR, José. La naturaleza de las cosas en el sentido usual en la literatura jurídica contemporánea, en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
18. CEREZO MIR, José. La polémica en torno de la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal español, el mismo en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
19. CEREZO MIR, José. La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal español, el mismo en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
20. CEREZO MIR, José. El finalismo hoy, el mismo en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
21. CEREZO MIR, José. Ontologicismo y normativismo, el mismo en: Obras completas, Tomo II (Otros estudios), Ara editores, Lima, 2006.
22. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El Interés Superior del Niño, en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de: www.iin.oea.org.
23. COSTA SARAVIA, Joao Batista. La responsabilidad penal de los adolescentes: el debate actual en Brasil. En Infancia y Democracia en Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Emilio García Méndez (compilador). Ediciones del signo. Buenos Aires. 2004.

24. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.
25. CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores; del pronóstico de la peligrosidad a la culpabilidad. Documento de trabajo N° 24 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública. Extremadura, España. 2011.
26. DÍAZ CORTES, Lina Mariola. Derecho Penal de Menores. Ed. Temis S.A. Bogotá, 2009.
27. DIAZ MARTÍNEZ, Manuel. La Instrucción en el proceso penal de menores. Ed. Colex. Madrid. 2003
28. DIEZ RIPOLLES, José. L. La contextualización del bien jurídico protegido, el mismo en: Política criminal y Derecho penal -estudios-, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
29. DIEZ RIPOLLES, José. L. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena, el mismo en: Política criminal y Derecho penal -estudios-, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
30. DIEZ RIPOLLES, José. L. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado, en: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N° 6, 2004, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
31. ENESCO Ileana. Psicología del desarrollo. Recuperado de: www.enciclonet.es
32. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Ed. Trotta. Madrid, 2001
33. FLETCHER, George. Conceptos básicos de Derecho penal, Traducción de Muñoz Conde, Tirant lo blanch, 1997.
34. GARCIA CAVERO, Percy. La nueva política criminal intimidatoria e inocuidadora: El caso de la seguridad ciudadana, en: Revista peruana de ciencias penales, N° 10, Gráfica horizonte, Lima, 2001.
35. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de Criminología, Tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 1999.

36. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Reflexiones criminológicas y políticas criminales al modelo de responsabilidad penal. Ed. Universidad Complutense. Madrid 2005. Pág. 77
37. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal. Parte General, Tomo II, 3^{era} edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
38. GIBERTI, Eva; GaRAVENTA, Jorge; LAMBERTI, Silvio. Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares. Ed. Novedades Educativas. Buenos Aires, 2005.
39. GONZÁLES CONTRÓ, Mónica. Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2008.
40. GRACIA MARTIN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
41. GRACIA MARTIN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho Penal? en: Estudios de Derecho penal, Idemsa, Lima, 2004.
42. GRACIA MARTIN, Luis. Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Idemsa, Lima, 2005.
43. GROSSMAN, Cecilia & MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Ed. Buenos Aires. Argentina. 1998.
44. GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés. Responsabilidad penal del adolescente. Hacia la construcción de un derecho penal doblemente mínimo. Ed. Ibáñez. Colombia, 2012.
45. HALL GARCIA, Ana P. La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.
46. HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho penal futuro, en: Revista penal N° 01, Praxis, Barcelona, 1998.
47. HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
48. HERRERO HERRERO, César. Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico, 2da edición, Dykinson, Madrid, 2008.

49. HIRSCH, H. Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”, en: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Hirsch/Cerezo/Donna (Dir.), Rubinzal-Culzoni, editores, 1era edición, Santa fe, 2005.
50. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho, Idemsa, Lima, 2005.
51. HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era edición, Grijley, Lima, 2005.
52. INFORME DEFENSORIAL, N° 157-2012. Sistema Penal Juvenil. Julio 2012. Recuperado de: www.defensoria.gob.pe/modules.
53. JARAMILLO, Leonor. Concepción de Infancia. En Revista Zona próxima, del Instituto de Estudios superiores en Educación. Universidad del Norte Colombia. Recuperado de: www.rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/zona
54. JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona*, Traducción de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
55. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons Editores, 1997
56. JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en El sistema funcionalista del Derecho penal-colección biblioteca de autores extranjeros N.6. Editorial Grijley, 2000.
57. JESCHECK, Hans. H. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
58. JESCHECK, HANS HEINRICH Y WIIGEND THOMAS. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Instituto Pacífico. Lima., 2014.
59. KÜPPER, Georg. Concepciones y vinculaciones “finales”, en: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Hirsch/Cerezo/Donna (Dir.), Rubinzal-Culzoni, editores, 1era edición, Santa fe, 2005.
60. LANSDOWN, Jerison. La evolución de las facultades del niño. Ed. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. UNICEF-SAVE DE CHILDREN. 2005.

61. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad, en: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. GüntherJakobs, Guillermo J. Yabucci (Dir.) ARA editores, Lima, 2005.
62. MARTÍNEZ RINCONES, José. La cuestión de la culpabilidad en el derecho penal juvenil venezolano. En Revista CENIPEC N° 23. Enero Diciembre 2004.
63. MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho Penal en la sociedad de riesgo, 1era edición, Civitas, Madrid, 2001.
64. MESA RAYA, Carmen. El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio jurídico. Recuperado de: En [www.aragon.es/gobierno Aragón](http://www.aragon.es/gobiernoAragón).
65. MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito. Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014.
66. MILANESE, P. El moderno Derecho Penal y la quiebra del principio de mínima intervención, en Derechopenalonline (Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea), disponible en www.derechopenalonline.com.ar.
67. MIRANDA MARTÍNEZ, Cibory Mauricio. El Derecho Penal Juvenil. Su ubicación en la ciencia del derecho penal y la relación de complementariedad. En Revista Electrónica especializada en Derecho Penal Argentino. Recuperado de: www.unifr.ch/ddp/articulos/a.
68. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 4ta edición, Bosch, Barcelona, 1996
69. MIR PUIG, Santiago. Límites al normativismo, en: Revista penal de ciencia penal y criminología, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.
70. MORENO HERNANDEZ, Moisés. El finalismo y sus implicancias en la dogmática penal y la política criminal, en: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Hirsch/Cerezo/Donna (Dir.), Rubinzal-Culzoni, editores, 1era edición, Santa fe, 2005.
71. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCIA ARAN, Mercedes. Penal. Parte General, 5ta edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

72. OCHOA, Jorge. "La infancia como construcción cultural". Rev. Centro de investigación y desarrollo de la Educación. CIDE. Santiago 1983.
73. PHARES, Jerry E. Psicología Clínica. Conceptos, técnicas y métodos. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V. México-Santafé de Bogotá.
74. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General, 1era reimpresión de la 3era edición, Grijley, Lima, 1999.
75. PEÑA FREYRE, Raúl A. Nuevas perspectivas dogmáticas y políticas criminales de la modernidad, en: Derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, A. Peña, Tomo I, ARA editores, Lima, 2006.
76. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal. Evolución y Estado Actual de la Dogmática Jurídico-Penal, p. 194, en <http://www.cienciaspenales.net> , Consulta Junio 2011.
77. PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal, en: El penalista liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Figueiredo/Politoff/Zaffaroni (Dir.) 1era edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
78. RESTREPO GONZÁLES, Diana Patricia. La responsabilidad psicológica del menor infractor. Ed. Leyes. Bogotá, 2004
79. REATEGUI SANCHEZ, James. El delito de omisión impropia, Jurista editores, Lima, 2002.
80. REATEGUI SÁNCHEZ, James, Derecho Penal. Parte General, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
81. REBOLLO VARGAS, Rafael. Rasgos actuales de la política criminal, en: Revista peruana de ciencias penales, N° 16, Idemsa, Lima, 2005.
82. RODRÍGUEZ DÍAZ Javier; BECEDÓNIZ VÁSQUEZ, Carlos. El Menor infractor. Posicionamientos y realidades. Ed. Consejería de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores. Gobierno del Principado de Asturias. España, 2007.
83. ROXIN, Claus, Prevención y culpabilidad en Derecho Penal, Trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Reus, Madrid, 1981.

84. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Traducción de Luzón Pena, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
85. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del Derecho penal, 1era reimpresión de la segunda edición, Hammurabi, Buenos aires, 2002.
86. ROXIN, Claus. La ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro en: La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, Eser/Hassemer/Burkhardt (edit), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
87. ROXIN, Claus. Beloff Mary y otros. Determinación judicial de la Pena. Editores del Puerto Buenos Aires. 1993
88. ROBLES, Fernando. ¿Convivencia escolar en una sociedad de riesgo? Departamento de Sociología de la Universidad de Concepción Chile. En Revista de Organización de Estados Americanos para la Educación, la ciencia y la cultura. N° 2. Agosto-setiembre 2003.
89. SARASON, Irwin G. SARASON, Bárbara R. Psicología: fronteras de la conducta. Ed. Harla. México 1984.
90. SILVERSTONI, Mariano H. Teoría Constitucional del delito. Ed. Del Puerto. Buenos Aires 1999.
91. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, España, 1992.
92. SILVA SANCHEZ, Jesús M. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, 1era edición, Civitas, Madrid, 1999.
93. SILVA SANCHEZ, Jesús M. ¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español, en: Revista peruana de ciencias penales, N° 9, Lima.
94. SCHÜNEMANN, Bernd, en el Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Trad. Silva Sánchez, José María, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
95. SHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Universidad del Externado, Bogotá, 1996.

96. SHÜNEMANN, Bernd. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI., en: Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Hirsch/Cerezo/Donna (Dir.), Rubinzal-Culzoni, editores, 1era edición, Santa fe, 2005.
97. SERRANO MAÍLLO, Antonio. Introducción a la Criminología, Dykinson, Madrid, 2003.
98. USECHE BOHÓRQUEZ, Carolina. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Ed. Ibañez. Bogotá, 2012.
99. VÁSQUEZ GONZÁLES. Carlos. Delincuencia Juvenil. Consideraciones Penales y Criminológicas. Ed. Colex. Madrid, 2003.
100. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era edición, COMLIBROS, Medellín, 2007.
101. VILLA STEIN. Javier. Derecho Penal. Parte General, 1era edición, San Marcos, 1998.
102. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Manual de Derecho Penal. Parte General, 1era edición, Grijley, Lima, 2006
103. VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal, 18 ava edición (Trad. Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña), Madrid, 1916.
104. WEZEL, Hans. Derecho penal alemán, 11va edición alemana y 4ta edición castellana, Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1997.
105. WEZEL, Hans. Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material, Traducción de Gonzáles Vicen, Editorial B de F, Montevideo-Buenos aires, 2005.
106. ZAFFARONI, Eugenio R. En Busca de la penas perdidas, A.F.A editores, Lima, 1989.
107. ZAFFARONI, Eugenio R/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005.
108. ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Política criminal, Ed. Colex, Madrid, 2001.