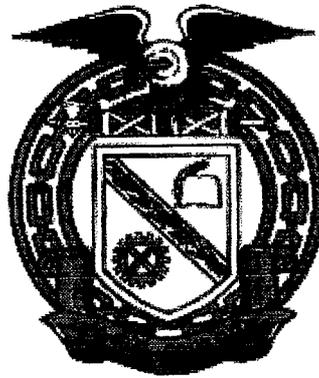


**REPUBLICA DEL ECUADOR
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES**

FACULTAD DE SEGURIDAD Y DESARROLLO

**XXXII CURSO DE MAESTRIA EN SEGURIDAD Y DESARROLLO, CON
MENCION EN GESTIO PUBLICA Y GERENCIA EMPRESARIAL**



**NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A
LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA**

**Tesis presentada como requisito para optar al Título en la Maestría
en Seguridad y Desarrollo, con Mención en Gestión Pública y
Gerencia Empresarial.**

**Autor: Dr. Felipe A. Delgado Cartagena
Asesor: Dr. Enrique Gómez Santillán**

Quito, 10 de junio del 2005

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

Por: Dr. Felipe Alexander Delgado Cartagena

Tesis de Grado de Maestría aprobado (a) en nombre del Instituto de Altos Estudios Nacionales por el siguiente Tribunal, a los 2 días del mes de agosto del 2005, Mención Honorífica (y) (o) Publicación.

C.I.

C.I.

C.I.

DEDICATORIA

A MRAF, quien en todo momento supo apoyar día a día el desarrollo del presente trabajo de investigación, a mis padres Alicia y Luis Alberto, que hicieron posible mi vida y orientaron la misma hacia el bien y servicio de los demás, a mis abuelos, hermanos y sobrinos, compañeros fieles y entrañables de tristezas y alegrías, colaboradores en el presente esfuerzo.

Alexander.

RECONOCIMIENTO

Mi reconocimiento al MBS, por haber confiado en mí responsabilidad y haberme otorgado el privilegio de cursar el Instituto de Altos Estudios Nacionales, en el que con el esfuerzo de directivos, director de tesis, asesores, profesores y conferencistas, fortalecieron en mi, el compromiso para orientar mi accionar en el desarrollo social de nuestra sociedad y emprender los más grandes esfuerzos para hacer de "LA PATRIA NUESTRA CAUSA Y NUESTRO FIN".

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

CONTENIDO

DEDICATORIA	III
RECONOCIMIENTO	IV
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPITULO I

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SISTEMA PENAL

1.1	PLANTEAMIENTO.....	4
1.2	NIÑOS y ADOLESCENTES, ACTORES SOCIALES Y SUJETOS TITULARES DE DERECHOS.....	7
1.3	NIÑOS Y ADOLESCENTES, SUJETOS DE INFRACCIÓN.....	12
1.4	NIÑOS Y ADOLESCENTES, SUJETOS PASIVOS DE INFRACCIÓN.....	20
1.5	LEGISLACIÓN COMPARADA CON VARIOS PAÍSES DE AMÉRICA.....	30
1.6	CONCLUSIÓN.....	44

CAPITULO II

NIÑOS Y ADOLESCENTES INFRACTORES

2.1	ALCANCE CONCEPTUAL.....	46
2.2	NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL DELITO.....	48
2.3	NIÑOS Y ADOLESCENTES.- SU MADURACIÓN.....	56
2.4	EL DISCERNIMIENTO.....	61

CAPITULO III

LA IMPUTABILIDAD Y MINORIA DE EDAD EN LA CIENCIA PENAL

3.1	IMPUTABILIDAD.- CONCEPTO Y SÍNTESIS.....	65
3.2	IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD JURÍDICO PENAL.....	68

3.3	FUNDAMENTO DE LA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR.....	76
3.4	CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INIMPUTABILIDAD.....	79
3.5	DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD PENAL.....	81

CAPITULO IV
RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE INFRACTOR

4.1	RESPONSABILIDAD.- ALCANCE CONCEPTUAL.....	84
4.2	EDAD Y RESPONSABILIDAD.....	86
4.3	ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR COMO PRODUCTO DE LA CLARA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DE MENORES.....	93
4.4	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL POSITIVISMO.....	99

CAPITULO V
EL PROCESO DE REHABILITACIÓN

5.1	JUZGADOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	103
5.2	JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.- Aspectos Orgánicos.....	104
5.3	JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.- Su funcionamiento.....	105
5.4	EL ADOLESCENTE INFRACTOR Y SU RHABILITACIÓN.- Establecimientos.....	109

CAPITULO VI
CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES.

6.1	CONCLUSIONES.....	113
6.2	RECOMENDACIONES.....	117
	BIBLIOGRAFÍA.....	120

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

INTRODUCCIÓN

Los cambios constantes que ha sufrido la sociedad, ha permitido el crecimiento numérico de niños y adolescentes, pues esto explica en gran medida las dificultades, complicaciones y contrariedades que atraviesan los jóvenes en la vía del desarrollo afectivo, moral, social, económico, cultural y científico; es decir, va cambiando día a día en un entorno que va destruyendo la existencia del hombre en su escala de valores esenciales, todo esto como derivación de su alcance intelectual y desarrollo físico; más no así en el campo social, por otro lado hablar de niñez y adolescencia, equivale el presente y futuro de los mismos.

Los niños y adolescentes no solo sufren una serie de transformaciones fisiológicas y de estados psicológicos (espirituales o morales); sino también de un componente social, como el mundo que lo rodea, entorno en el que percibe necesidades vitales (y esenciales pero que desgraciadamente poco o nada se ha hecho con respecto a la realidad de ésta situación.

Así, el deterioro de los valores particulares de cada persona menor de edad, sea hombre o mujer, se da en la medida dentro de la cual este componente social vive el detrimento de su medio habitual de existencia.

En este contexto, la niñez y adolescencia en conflicto con la ley, constituye un reto real y existente, pues una sociedad en constante desarrollo, modernización, adelanto y porque no decirlo relatividad social;

sobrelleva el riesgo determinante que también habrá el paraguas de la delincuencia.

La existencia de leyes (como es lógico) que precautelen la vida de las personas, bien físico humano, es sin duda la expresión de protección social e institucional; pero, al mismo tiempo me pregunto que si la imposición de sanciones en aquellos adolescentes que han infringido una ley es la más adecuada, es el mecanismo más óptimo para lograr enderezar la conducta de un menor infractor, institutos cerrados o reformatorios que no tienen el componente científico humano adecuado para determinar si un menor tiene que ingresar en ella por un lapso de tiempo, sin haber conocido antes las causas que lo motivaron a realizar o efectuar cualquier acto que va en su desmedro.

Causas como las de abandono, de inestabilidad del hogar, el divorcio de sus padres, la falta de alimentación y de educación,... etc., son fuente y principio de inseguridad y desequilibrio que conducen a un adolescente a realizar actos contrarios a la ley penal, como un robo, un asalto, una violación, homicidios u asesinatos; es decir, se convierte en un individuo social al que se le denominará peligroso, sumándose a ello las dificultades y barreras que tiene que superar para llegar a ocupar su lugar como adulto, así por ejemplo los puestos de trabajo disminuyen en lugar de aumentar; conseguir una profesión ya no es como antes, ya que esto no es tener una garantía de trabajo.

No existe en nuestro país, instituciones que celebren lo que se conoce como pubertad social, que es diferente a la pubertad biológica; es decir, la etapa de cambio en el organismo del joven, los hábitos de comportamiento o las actividades señaladas a los adolescentes son muchas veces confusas y contradictorias.

El abandono del adolescente afecta e incide necesariamente en su manera de pensar y actuar; es decir, en la formación de lo que se ha dado en llamar "CONCIENCIA SOCIAL DEL JOVEN", en aquellos roles que la sociedad espera de él. Como vemos, ese abandono también tiene que ver con su socialización y con su aceptación como persona o individuo social que se relaciona con otras personas; así en primer lugar se une con su grupo de iguales, presentándose las denominadas jorgas o pandillas; en segundo lugar, aparecen en el seno de dichos grupos actos que en vez de ayudar al menor a integrarse en la sociedad, lo margina y circunscribe al grupo de adolescentes al que pertenece, rompiendo así los lazos que la unían

De esta manera inicio el estudio de la presente investigación que tiene por objeto la concientización de que el adolescente que incurre en la violación de una norma penal debe ser considerado y tratado como una persona y no como un litigio, es decir tomaremos en cuenta el interés superior del niño.

CAPITULO I

NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SISTEMA PENAL

1.1 PLANTEAMIENTO.- "Muchas veces el menor ha sido considerado, no tanto como un sujeto de protección legal, sino como un objeto de tal protección" ¹

El derecho penal de menores, es una de las cuestiones político criminalmente más complejas, máxime en sociedades donde hechos violentos que muchas veces afectan a bienes jurídicos importantes, y que son generadores por tanto de una importante alarma social, son realizados por jóvenes o por adolescentes" ², el menor puede aparecer como protagonista de hechos antisociales o como víctimas, sujeto pasivo de ellos, puesto que pese a su edad es una persona con derechos inalienables y básicos propios del ser humano; y muchas veces como en el aborto por ejemplo, discutiéndose absurdamente su esencial condición de tal.

Así, junto al derecho a la vida, a la integridad psíquica y moral como física íntegramente vistas, debe añadirse necesariamente el derecho fundamental a su desarrollo armónico, pues los niños, niñas y adolescentes son seres actuales, del presente, reales en proceso de crecimiento, pero a la vez, en plena capacidad de creatividad y de construcción de su propia existencia, guiada por supuesto de padres y educadores, iniciando una experiencia de libertad y autodeterminación, que aunque los adultos nos neguemos a reconocer, está presente en el niño, en el juego, en su reflexión, en sus sentimientos, en su emoción y su

¹DONOSO CASTELON, Arturo en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador 1981

²HALL GARCÍA, Ana Paola en la Responsabilidad Penal del Menor, Pág. 11 Bogota 2004

afectividad, en su voluntad incipiente y en su increíble capacidad de asombrosa observación.

En el curso del siglo XX, tomó cuerpo decididamente la formación de un "derecho de menores" cuya autonomía científica puede ser discutida, pero lo cierto es que en varios países se ha codificado en un sólo cuerpo legal; así el Ecuador no fue la excepción, ya que el 17 de diciembre del 2002 es aprobado el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, publicado el 3 de enero del 2003 y puesto en vigencia el 3 de julio del mismo año, dejando atrás el Código de Menores de 1992

Esta nueva legislación introduce profundas modificaciones en cuanto al tratamiento a niños y adolescentes en conflicto con la ley, abandona las categorías de conducta irregular y delincuencia juvenil, garantiza la presunción de inocencia, el derecho a ser informado, el derecho a la defensa, el derecho a ser oído e interrogar, el derecho a la celeridad procesal; así garantiza el debido proceso; pues le confiere una nota singular al menos bien diferenciada de la Ley penal.

No debemos olvidar que el Código de la Niñez y Adolescencia es parte del ordenamiento jurídico y como tal, debe proveer a la seguridad jurídica, cuyo sentimiento requiere que se proteja al niño y al adolescente contra las posibles acciones de terceros y de él mismo; pero al propio tiempo, impide que ésta protección se lleve hasta el extremo de lesionar la persona del menor, es decir su propia disponibilidad, sus propios bienes jurídicos, pues el menor no siempre, ni mucho menos es persona totalmente incapaz, ya que como hemos dicho los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos de esta nueva legislación; es decir, se pasa del modelo tutelar al modelo de responsabilidad.

"Las medidas que se aplican a los menores que realizan conductas típicas no son penas. La pena tiene por objetivo la prevención especial como medio para proveer a la tutela de bienes jurídicos"³

El derecho del menor, no puede contentarse con una imagen imperfecta del hombre, porque su cometido tiene lugar generalmente ante el fracaso de una institución social básica llamada familia. Cuando un padre educa a su hijo, no se orienta sólo con la imagen del hombre que no delinca, se impone que pretenda algo más para él. "Por ello el derecho del menor debe aspirar a ser necesariamente "formador" del hombre y esto plantea una problemática por entero diferente a la del Derecho penal.

En nuestro país la nueva legislación de la niñez y adolescencia ha tratado de codificar todos los asuntos relacionados a ellos e incluso va más allá al establecer la protección contra el maltrato, el abuso y explotación sexual, el tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes.

"Nadie puede olvidar ni pasar por alto que el derecho del menor es en la realidad una forma de control social, el hecho de que los adolescentes de peligrosas inclinaciones fuesen puestos en prisión por su propio bien (centros de readaptación) y que se hiciese referencia a ellos con un vocabulario paternalista y que no fuesen sometidos a procesos penales, no modifica su experiencia subjetiva de control, detención y pena".⁴

³ZAFFARONI, Eugenio Raúl en "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" Pág. 97

⁴JIMÉNEZ MONTILLA, Arturo en "Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, tomado del Código Bábaro" Tucumán 1945 Págs. 49 y 51

1.2 NIÑOS Y ADOLESCENTES, ACTORES SOCIALES Y SUJETOS TITULARES DE DERECHOS

Finalizada la Primera Guerra Mundial, se creó la Sociedad de Naciones con la finalidad de evitar que los niños padecieran aún más las consecuencias de la Guerra, así nació la Primera Declaración de los Derechos del Niño, que se adoptó por la mencionada Sociedad de Naciones durante su quinta asamblea celebrada el 24 de septiembre de 1924, documento que se limitaba a enunciar una serie de deberes básicos que la humanidad tenía que asumir con respecto a la infancia, es necesario destacar que por primera vez el niño se consideró como un sujeto de derechos que debe protegerse de forma especial.

La labor de la Sociedad de Naciones fue interrumpida por la Segunda Guerra Mundial, por lo que el contenido y desarrollo de la declaración de 1924 quedó vacía; así el 12 de diciembre de 1948 las Naciones Unidas proclamaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El 20 de noviembre de 1959, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración de los Derechos del Niño, en la cual se reconocen las especiales necesidades de los niños, pues sus derechos se encuentran regulados de forma específica, concentrando sus esfuerzos en una etapa concreta como es la infancia, surgiendo varios documentos que otorgaron un trato específico a la niñez, destacándose entre otras, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de matrimonio, aprobada en 1962; la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión, de 1965; la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o conflicto armado de 1974; las Reglas Mínimas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing) de 1985; la Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la

protección y el bienestar de los niños de 1986 y la Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, de 1974, jugando un papel importante en la formulación de estos documentos el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

“Como podemos ver la comunidad internacional mostraba una clara sensibilización hacia el reconocimiento de los derechos del niño, y sin embargo no era determinante en lo que se refiere a la protección de esos derechos pues la Declaración de 1959 era un Catálogo de principios, pues se limitaba a enunciar postulados que contenían derechos pero carecía de fuerza vinculante, habida cuenta que ni siquiera los Estados que se suscribieron a la declaración tenían la obligación de incorporar su contenido a su respectiva legislación interna. Por otra parte, la citada declaración no establecía mecanismos de eficacia de los derechos que reconocía. No existía, pues, un organismo que se dedicara a defender el cumplimiento de los derechos establecidos en ella”⁵.

Con el propósito de subsanar el problema de la eficacia formal, se dio inicio a un largo proceso de elaboración de convenios que tenían la capacidad de obligar a los estados a modificar su legislación interna e incorporar los derechos garantizados en el texto de dichos convenios.

El mero reconocimiento e incorporación de los derechos del niño fue un proceso complejo, el cumplimiento efectivo de ellos ha sido un problema aún mayor, en la medida en que requiere toda una política social del Estado destinada a brindar al niño educación, salud, vivienda y todos los derechos que le corresponden.

⁵ HALL GARCÍA, Ana Paola en la *Responsabilidad Penal del Menor*, Pág. 50 Bogota 2004

En 1978, el Gobierno de Polonia presentó ante la Comisión de Derechos Humanos un Proyecto de Convención de Derechos del Niño, creándose en Ginebra un grupo de trabajo que tenía como objetivo elaborar dicha Convención, teniendo como base el proyecto del gobierno polaco; y, es en noviembre de 1989 que dicho proyecto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificado por el gobierno del Ecuador en marzo de 1990 y puesta en plena vigencia el 2 de septiembre del mismo año.

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial por las Declaraciones de Derechos del Niño de 1924 y 1959, y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y los documentos y convenios de los organismos especializados en la lucha por el bienestar del niño, pues se aclara en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño de 1989, que la especial "consideración del niño y el interés superior por protegerle, no debía interpretarse en menoscabo de su concepción como sujeto de derechos y libertades"⁶

La Convención de los Derechos del Niño de noviembre 20 de 1989, establece en su artículo 1 que "se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad"⁷. El hecho de considerar al niño como un ser humano se constituye como un requisito previo, indispensable para fundamentar su posición como persona y como sujeto de derechos".

⁶ *Convención de los derechos del niño, Op. cit.*

⁷ *Convención de los derechos del niño, Op. cit.*

La definición del ser humano como persona, dentro de un contexto social, implica que, aún antes de tener conciencia de nosotros mismos, desempeñamos roles determinados en las relaciones con nuestros semejantes. Vivimos siempre en sociedad, cualquiera que sea nuestra edad, pues constantemente se nos asigna el ejercicio de un papel como miembros de la humanidad, desde que atravesamos la etapa de desarrollo de la infancia, somos actores sociales, somos parte integrante de la sociedad. "se es lo que se es: hijo de una madre, alumno de un maestro" ⁸. Desde este punto de vista, no puede negarse el hecho de que los niños como personas humanas son sujetos sociales. Y como tales debemos observar la existencia de ciertos derechos y deberes. 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 son titulares de derechos.

"La idea de que todo ser humano es acreedor del reconocimiento de su condición de persona, parece hoy en día indiscutible, pues, el concepto de persona está unido al hecho físico del ser humano en sí y a que éste es persona para el derecho (ello implica el reconocimiento de derechos y responsabilidades)" ⁹

En cierta forma, la igualdad esencial de los seres humanos se representa en el reconocimiento jurídico de su condición de persona. Así el Art. 40 del Código Civil ecuatoriano establece que "son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo o condición.....)" ¹⁰, para los efectos civiles, el Art. 60 del mismo cuerpo legal dice que "el nacimiento de una persona fija el principio de su

⁸ IZQUIERDO ESCRIBANO. *Como dominar la Sociología. Fundamentos de Sociología. Madrid 1986*

⁹ ROCA TRÍAS, "Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil", en *Comentario del Código Civil, Op. cit., p. 224*

¹⁰ *Código Civil, Op. cit*

existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.....), en consecuencia la concesión de existencia de la personalidad se desprende de la capacidad legal de la persona; es decir, poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra; en otras palabras, consiste en la aptitud para ser titular de derechos y deberes y, en principio el Art. 1489, C.C. reconoce dicha capacidad a toda persona, con excepción de aquellos que la ley los declara incapaces.

Sin embargo, para que los actos de la persona tengan validez jurídica, es necesario un requisito indispensable que es la capacidad de obrar o de ejercicio determinado básicamente por la mayoría de edad que se alcanza a los dieciocho años.

“De estos planteamientos deducimos que aunque los menores de edad no puedan ejercer de forma activa la capacidad de obrar o de ejercicio, esto no conlleva ninguna restricción del reconocimiento de éste como persona, como titular de derechos que deben ser garantizados”¹¹.

Con este antecedente, la promulgación y puesta en vigencia del Código de la Niñez y de la Adolescencia, establece las garantías indispensables que el Estado Ecuatoriano se compromete a cumplir partiendo del reconocimiento de que todos los niños, niñas y adolescentes son ciudadanos y sujetos de plenos derechos, y son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos para su edad, reconociendo la diferencia entre niñez y adolescencia y, por lo mismo, la posibilidad de ejercicio progresivo de los derechos, ya que es una ley eminentemente social, que se desarrolla al amparo de la Constitución.

¹¹ *Vid., RICO PÉREZ, Cit., p- 55*

“La consecución de los derechos del niño, en suma, ha sido una lucha histórica que ha ido desde la inadvertencia de la existencia de la niñez, la consideración de los niños como adultos en miniatura, su concepción como seres pasivos necesitados de piedad y custodia, hasta desembocar en el reconocimiento de estos como sujetos de derechos en la primera Declaración de los Derechos del Niño, promulgada por la Sociedad de Naciones en 1924, que marcó el inicio de un largo camino de esfuerzos que se concretaron en la Convención de 1989”¹².

1.3 NIÑOS Y ADOLESCENTES SUJETOS DE INFRACCIÓN.

Analizaremos el marco teórico - jurídico general del niño y adolescente; y el enfoque de nuestra legislación para las conductas antisociales de dichos adolescentes. Por lo que tomaremos en consideración el artículo 40 de nuestro Código Penal que dice:

ART. 40.- Código Penal

"Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad, estarán sujetas al "CÓDIGO DE MENORES".

ART. 2.- Código de la Niñez y Adolescencia

"Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano. Desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad, Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código"

Tomando en consideración los precedentes artículos, el adolescente que no ha cumplido los dieciocho años, es penalmente inimputable y, por tanto, no será juzgado por jueces penales ordinarios ni

¹² HALL GARCÍA, Ana Paola en la Responsabilidad Penal del Menor, Pág. 11 Bogota 2004

se les aplicara las sanciones previstas en las leyes penales y su conducta no puede ser objeto de un proceso legal de ésta clase; pero, pese a tal disposición hay que afrontar en la realidad una situación distinta, puesto que, y a veces con gran virulencia el adolescente aparece actuando en contra de la vida, de la integridad de las personas, de su propiedad, del honor, del estado civil, de la libertad, del orden público, del orden constitucional y de valores establecidos como bienes jurídicos protegidos por la normativa social existente.

Por ello el Código habla ya sobre la responsabilidad penal de los adolescentes respecto de sus actos jurídicos y hechos ilícitos; establece diversas normas al respecto, por lo que el enfoque pretende ser a más de humano y social, eminentemente jurídico, puesto que diferencia claramente las medidas de protección y garantía de los derechos, de aquello que atañe al tratamiento de los adolescentes acusados por infracciones penales, por lo que asegura las garantías del debido proceso, legalidad, adecuada defensa y presunción de inocencia; precisando las edades que marcan la frontera entre la ausencia de responsabilidad penal y las responsabilidad penal sin imputabilidad.

El artículo 5 del Código de la Niñez y Adolescencia, se orienta con sentido tutelar al establecer que "cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente; y que es adolescente antes que mayor de dieciocho años", en consecuencia, la carga de la prueba corresponde a quien impugne tal presunción de edad; desgraciadamente en la práctica se encuentra a adolescentes hombres y mujeres, en lugares de reeducación y de investigación sometidos a malos tratos, acusados de delitos sin respetar la norma antes citada. Así también se ha inobservado en cierta forma las disposiciones de los artículos 258 párrafo primero y 325 numeral 4to. que dicen respectivamente así:

Art. 258.- "En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal".

Art. 325.- Numeral 4to.- "En todo caso de privación de libertad se deberá verificar la edad del afectado y, en caso de duda, se aplicara la presunción del Art. 5 y se lo someterá a las disposiciones de este Código hasta que dicha presunción se destruya conforme a derecho".

Varios son los motivos por los que un adolescente puede ser aprehendido, así los agentes de policía y cualquier persona pueden aprehender a un adolescente cuando es sorprendido en infracción flagrante de acción pública; así el literal a) del Art. 326 establece que existe flagrancia cuando "se aprehende al autor en el mismo momento de la comisión de la infracción o inmediatamente después de su comisión, si es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida", o "cuando el juez competente ha ordenado la privación de la libertad", la misma que se dispondrá como último recurso, por orden escrita del Juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley....."; es decir se observará los principios y procedimientos establecidos en la Constitución Política de la República y Convenios Internacionales, vale decir la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Otra convención a la que hemos de hacer referencia es La Convención de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, mejor conocida como "REGLAS DE BEIJING" cuya resolución fue adoptada el 20 de noviembre de 1.985

Se entiende que la edad mínima a efectos de responsabilidad varía en función de factores históricos y culturales, el enfoque moderno consiste

en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal, es decir si puede considerarse al menor, en virtud de su discernimiento y comprensión individual, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial.

No obstante en razón de lo anterior, se autoriza la aplicación de otras medidas cautelares de orden personal y de carácter restrictivo, ya que tienen por objeto asegurar la inmediatez del adolescente inculcado con el proceso y su eventual responsabilidad civil o la de su representante, así el juez de la niñez y adolescencia podrá decretar:

1. " La permanencia del adolescente en su propio domicilio con la vigilancia que el Juez disponga;
2. La obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención, que informará regularmente al Juez sobre la conducta del adolescente;
3. La obligación de presentarse ante el Juez con la periodicidad que éste ordene;
4. La prohibición de ausentarse del país o de la localidad que señale el Juez;
5. La prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el Juez;
6. La prohibición de comunicarse con determinadas personas que el Juez señale, siempre que ello no afecte su derecho al medio familiar y a una adecuada defensa; y,
7. La privación de la libertad, en los casos excepcionales "¹³.

¹³ Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 324

Es decir aquí observamos que el Juez de la niñez y adolescencia queda facultado para disponer del niño o adolescente en caso de problemas de conducta; es decir el menor puede ser privado de su libertad, si se encuentra en vigencia una medida de reintegración, puesto que en la sociedad contemporánea nadie puede afirmar que no "tiene problemas de conducta".

Antes de entrar en vigencia el Código de la Niñez y Adolescencia, el 3 de julio del 2004, se hablaba de Menores en Situación de Riesgo (conducta irregular) y de Menores Infractores (delincuencia juvenil), a los que haremos alusión para una relación estructural de ideas, ya que hoy se habla de Responsabilidad del Adolescente Infractor.

Se manifiesta como menores en situación de riesgo o conducta irregular, a aquella en la que no se encontraba elementos de algún tipo delictual, de los considerados obviamente como tales para los imputables en el Código Penal; por ejemplo: el que un menor asista a espectáculos inapropiados para su edad, o que se escape del hogar, serían conductas irregulares, pero al mismo tiempo se hablaba de la "peligrosidad" del menor lo cual resultaba sumamente grave el tratamiento del tema, tomando en cuenta la indefinición de reglas de acción que tenían los Tribunales de Menores, lo cual lejos de protegerlos, los dejaba indefensos frente a posibles abusos a los procesos de tratamiento de sus conductas.

En referencia a esto y en amplios términos, se ha puntualizado en el informe final sobre "SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA" que, implica directamente la sanción a una característica personal y no a una conducta. No hay derecho humano que directa o indirectamente no resulte lesionado mediante el estado "peligroso sin delito", porque en principio significa un total desprecio a la dignidad humana partiendo de la brutal clasificación de las personas como cosas o animales que presupone, no obstante, algunas

legislaciones latinoamericanas lo consagran en forma expresa al más puro estilo positivista"¹⁴

El Art. 318 del Código de la Niñez y Adolescencia, reconoce a favor del adolescente sometido a juzgamiento todas las garantías del debido proceso e impugnación de las resoluciones judiciales para ante el superior; por otro lado, se garantiza al adolescente su derecho a impugnar la orden de privación de libertad y, a ejercer el Derecho Constitucional del Habeas Corpus".

Como podemos observar, los adolescentes son sujetos de derechos, pueden hacer uso de un recurso constitucional que antes se encontraba en favor única y exclusivamente de aquel adulto infractor, acusado injustamente o detenido ilegalmente; y muchas veces, el internado permanece simplemente así, sin un procedimiento adecuado para orientar su conducta creativamente, siendo hoy la tendencia prevalente aquella que aboga por la abolición del internamiento y la institucionalización no solo de menores; sino aún de adultos infractores más todavía cuando el problema es moral, de entorno familiar y social, en medio de lo que estamos constatando en que la permisividad descontrolada a todo nivel, influye negativamente en la conducta de niños y adolescentes a los que luego para sentirnos en una sociedad segura internamos en centros especializados de adolescentes infractores

Como hemos dicho, antes de la publicación del nuevo Código, se hablaba y tipificaba a la delincuencia juvenil como aquella conducta que si fuera desarrollada por un adulto sería considerado como delito.

¹⁴ ZAFFARONNI, Eugenio Raúl; en "SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA".

El artículo 165 párrafo 2do. del anterior cuerpo legal (1992) manifestaba que respecto de los menores infractores, se entenderá "que existe infracción cuando el menor realice un acto que se encuentre tipificado en las leyes penales", pero para entender lo que significa DELINCUENCIA JUVENIL lo simplificaríamos como "La conducta de los menores que constituyen violación de las leyes penales, corresponde al Tribunal de Menores, la calificación del hecho que constituye delito juvenil"¹⁵

De acuerdo a este artículo ya derogado se podía observar lo siguiente; por una parte, el menor era o no era imputable y, por otro lado, la norma creaba un tipo abierto y grave porque quedaba a discrecionalidad total del Tribunal la determinación de la conducta del menor en un tipo no definido " calificado " por los jueces y no constante en ley alguna.

El Título I del Libro Cuarto del nuevo Código, al hablar de la responsabilidad de los adolescentes, establece en su Artículo 306, "que los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socioeducativas....."¹⁶

Como podemos observar no difiere en su totalidad el significado de lo que constituye menor infractor con respecto del significado de responsabilidad del adolescente infractor, ya que en los dos conceptos, la acción se concentra en la violación de la norma penal establecida, sin embargo la normativa actual añade la norma constitucional del principio de legalidad, al establecer que "los adolescentes únicamente podrán ser juzgados por actos considerados como delitos por la ley penal con anterioridad al hecho que se le atribuye y de acuerdo al procedimiento

¹⁵ Art. 165 Código de Menores 1992

¹⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 306 Pág. 102

establecido en este Código"¹⁷. Por otro lado determina también que en caso de existir causas eximentes de infracción no se podrá tomar medidas en contra del adolescente infractor.

La nomenclatura de la llamada "Conducta Irregular", desconocía todos los derechos de los menores de edad privados de la libertad, o que tenían problemas con la justicia. La incorporación de la figura "Menores Infractores", permite tal vez una efectiva aplicación de los derechos de los menores, y que respeta en forma absoluta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Constituye un mérito mencionar que hoy se concede al adolescente el derecho de impugnación de las resoluciones judiciales ante la Corte Superior, cuya tramitación no podrá exceder de cuarenta y cinco días contados desde el ingreso de la causa a la respectiva Sala ; así también las medidas socioeducativas aplicadas son susceptibles de revisión de conformidad con la ley.

Podemos manifestar, que hemos avanzado satisfactoriamente en materia de niñez y adolescencia, en cuanto tiene que ver con el tratamiento que se tiene que dar al adolescente responsable de una infracción penal; ya se garantiza y se hace efectivo el ejercicio de la norma constitucional del debido proceso, antes, durante y después de la determinación de su responsabilidad y posterior juzgamiento, vale decir, legalidad, adecuada defensa y presunción de inocencia, precisando las edades que marcan la frontera entre responsabilidad penal y responsabilidad sin imputabilidad y estableciendo medidas socio-educativas acordes a su capacidad progresiva de ejercicio.

¹⁷ *Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 308 Pág. 102*

1.4 NIÑOS Y ADOLESCENTES, SUJETOS PASIVOS DE INFRACCIÓN

En nuestra sociedad ecuatoriana se considera que la protección a la niñez y adolescencia es integral, por lo que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizarlos con el objeto de lograr su desarrollo integral y disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad; así, afrontaremos a continuación el estudio de las normas penales que sancionan conductas delictivas relacionadas de manera directa y principal con niños, niñas y adolescentes o a sus intereses, cuando el objeto de la acción delincencial de un infractor o en ocasión de aprovechamiento de su situación particular y talvez más proclive a una acción delictiva por su misma situación vital, la de ser considerado menor de edad por ejemplo en el aborto, en el infanticidio, en la corrupción, en la prostitución, en el homosexualismo, en la drogadicción y en otras formas más.

Estableceremos como niños y niñas son objeto de las siguientes infracciones:

ABORTO.- Aunque felizmente en nuestro país, no se ha logrado pese a varios intentos legalizar el aborto, hay una brecha abierta peligrosamente para dejar impunes los ataques que con alevosía se cometen, ya que la víctima no tiene posibilidad alguna de defensa.

El aborto es un delito contra la vida, que priva al ser humano de su derecho de nacer, se interrumpe el período de gestación provocando la muerte del producto de la concepción, por extracción o por expulsión violenta del feto. Si el aborto es natural y no provocado, el acto no será considerado delito.

El Código Penal ecuatoriano de acuerdo a las distintas circunstancias que lo configuran, establece varios tipos de aborto, así:

TENTATIVA DE ABORTO

ART. 441 Inciso 2do.

"Será reprimido como tentativa de aborto, si los medios empleados para provocarlo no tuvieron efecto; es decir si los alimentos, medicamentos, violencias o cualquier otro medio para que se produzca el aborto no tuvo como consecuencia la expulsión del feto".

Como podemos ver, solo la tentativa de hacer desaparecer al producto de la concepción, ya es sancionado por nuestra legislación, la misma que se extiende para los medios utilizados para la consecución de este delito.

ABORTO INTENCIONAL.

AR. 441 Inciso 1ro.

Este tipo de aborto se produce con conciencia y voluntad, así nuestro Código Penal estipula:

"El que con alimentos, violencias, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor".

El aborto intencional puede ser realizado con o sin consentimiento de la mujer, puede ser cometido con violencias premeditadas teniendo conocimiento del embarazo de la mujer. (Art. 442 Inciso 2do.)

ABORTO ININTENCIONAL.

Al decir de nuestra Legislación penal en su artículo 442 inciso 1ro. el aborto será inintencional si se causa por violencias cometidas voluntariamente pero sin la intención de provocarlo, al culpable de este

delito se lo sanciona con una pena de prisión de seis meses a cuatro años.

ABORTO HONORIS CAUSA.

Este tipo de aborto contempla nuestro Código Penal en su artículo 444 inciso 2do. que sanciona con una pena de seis meses a dos años de prisión, ya que aquí se manifiesta el caso en que la mujer para ocultar su deshonor, se cause el aborto por sí misma o permita que se lo realicen.

Debe existir como supuesto que la mujer tenga honra que proteger y que no se haya conocido públicamente del embarazo.

ABORTO TERAPÉUTICO.

Se configura este tipo de aborto en base a circunstancias específicas y exclusivas señaladas en la legislación penal ecuatoriana, así el artículo 447 numeral 1ro. dice que si el aborto "se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre y que este peligro no pueda ser evitado por otros medios.

Como vemos se puede pretextar que se salva a la madre de un peligro de muerte inevitable, cuando por lo general podríamos decir que existe impericia médica o casos límite causados por la inasistencia adecuada pre y postnatal, generalmente referida a causas estructurales de miseria.

El numeral 2do. de este mismo artículo manifiesta : si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer demente o idiota.

En nuestro sistema penal el aborto terapéutico no es punible, pero para que opere la impunidad debe practicarse el aborto cumpliéndose los siguientes requisitos:

1. Consentimiento de la mujer, de sus familiares o representante legal, si ella no puede prestarlo;
2. Qué se establezca con certeza el peligro de la vida o salud de la madre que no fuere superable de otra manera;
3. Qué se establezca ciertamente la violación o estupro en mujer idiota o demente; y,
4. Qué el aborto terapéutico, precisamente por su naturaleza sea practicado por un médico.

INFANTICIDIO.

"Hay infanticidio cuando se mata al niño recién nacido; y, si lo comete un tercero es homicidio o asesinato dada la indefensión del niño"¹⁸.

Según lo dispuesto en el artículo 453 del Código Penal se manifiesta que:

"La madre que por ocultar su deshonra, matará al hijo recién nacido, será reprimido con la pena de reclusión menor de tres a seis años. Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre cometieran este delito".

Advertimos que sólo pueden ser sujetos activos del delito la madre del menor, o los abuelos maternos, en contra del hijo o nieto, según el caso para evitar el reproche social, que sanciona moralmente a la madre soltera y premia al padre irresponsable con la impunidad, así mismo se presenta la dificultad de determinar hasta que momento el menor es considerado como recién nacido ya que no se precisa; así puede serlo desde que se separo de la madre y tuvo vida independiente hasta luego

¹⁸ RANIERI, Silvio. "Manual de Derecho Penal Tomo 5to. Parte Especial Págs. 324 - 325

de transcurrido un pequeño lapso, posterior al nacimiento o a un tiempo mayor.

ATENTADO CONTRA EL PUDOR.

En este tipo de delito se diferencia una situación, en la que la víctima sufre una agresión en su libertad sexual y en el derecho a mantener su intimidad sexual. En este campo, el menor es generalmente la víctima más común, aquí el autor se vale de la inocencia, ingenuidad, inexperiencia o curiosidad propia de la temprana edad.

Nuestro Código Penal, en su artículo 505 estipula que:

"Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo".

Como vemos son manifestaciones o conductas sexuales, que sin llegar al acceso carnal, se cometen en contra del menor, así vemos que el artículo 506 del mismo cuerpo legal dice que cuando se comete este delito sin amenazas, ni violencias en aquel sujeto pasivo menor de catorce años la pena será de prisión de uno a cinco años para el ofensor, estableciéndose cierta diferencia si el ofendido es menor de doce años, en cuyo caso la pena se agrava de tres a seis años de reclusión menor.

Si este atentado contra el pudor ha sido cometido con amenazas o violencias, el infractor será reprimido con reclusión menor de tres a seis años, agravándose la misma cuando este delito ha sido cometido en una persona menor de catorce años y, en aquel que no ha cumplido los doce años de edad cuando por cualquier causa permanente o transitoria se hallaren privados de la razón, en cuyo primer caso la pena será de reclusión mayor de cuatro a ocho años y en el segundo caso de ocho a doce años de reclusión mayor.

"Hemos de manifestar que el atentado existe desde el principio de ejecución".

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, ascendiente o descendiente, hermanos y parientes cercanos, estableciéndose más aún la gravedad del delito si lo comete una autoridad pública, un ministro del culto, un médico, un maestro, un guardador o encargado del menor por cualquier título de educación o guarda y que han abusado de su posición para cometerlo.

VIOLACIÓN.

Este es un delito contra la integridad física del niño o niña, así el artículo 512 de nuestra legislación penal dice:

"Es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años;
2. Cuando la persona ofendida se encuentre privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistir; y,
3. Cuando se usará la fuerza o intimidación.

Nos damos cuenta que el sujeto pasivo de este delito es el niño o niña que no ha cumplido los doce años, sea este hombre o mujer que ha sido obligado mediante la fuerza, violencia o amenazas a las cuales no ha podido resistirse él o la ofendida irrogados por parte del ofensor para así satisfacer sus deseos carnales.

Debemos tomar en cuenta que nuestra legislación penal considera como una forma especial el delito de violación a cualquier acto sexual, aún cuando no haya existido violencia.

Este delito es reprimido con penas de reclusión mayor de ocho a doce años en el primer caso del artículo 512 y de reclusión mayor de cuatro a ocho años en los casos 2do y 3ro del mismo artículo, agravándose esta pena a reclusión mayor extraordinaria cuando como producto de la violación hay lesiones o se ocasiona la muerte de la víctima; pero, aunque no se lo diga, cuando se contempla la posibilidad de daño a la salud de la víctima, en ella se contempla el daño psicológico, porque la salud es una situación integral y no sólo física, considerando además que en este tipo penal se contemplan las violaciones, vale decir el acceso carnal normal, anormal y homosexual.

ESTUPRO.

La tipicidad de este delito sexual va dirigido exclusivamente a la mujer adolescente, pues el artículo 509 de nuestra legislación sustantiva penal tipifica el delito así:

"Llamase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento".

Tomaremos en cuenta que la seducción tiene por objeto persuadir, incitar, en este caso a la mujer con promesas y engaños a que haga algo que no quiere realizar, particularmente lo que se busca de este delito, es inducir a mantener relaciones sexuales a una mujer honesta que tiene decencia, es decir de buenas costumbres.

Para efectos de la sanción de este delito, se considera que pueden ser sujetos pasivos de estupro:

1. La mujer de doce a catorce años de edad;
2. La mujer de catorce a dieciocho años de edad.

En el primer caso para el infractor es de cinco años de prisión, y en el segundo caso la sanción es de tres meses a tres años de prisión. Podemos decir que la sanción ha sido graduada en relación a la inmadurez e inexperiencia de la víctima.

PLAGIO.

Consiste en el apoderamiento de una persona con finalidades no sexuales, pero que tiene fines como los de obtener ^{de} rétos económicos, cambio de leyes o disposiciones en favor de los plagiadores y la posterior libertad del secuestrado.

El artículo 188 del Código Penal dice:

"El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate o entregar una cosa mueble o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados tendientes a la liberación del secuestrado".

Nuestra legislación establece la posibilidad que determina el artículo 203 numeral 4to del Código de Procedimiento Penal en su capítulo IV referente al allanamiento que dice: "La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

ART. 203 numeral 4to

"Cuando el cónyuge, el padre, la madre o la persona que tenga a otra bajo su inmediata responsabilidad o cuidado reclame la entrega del cónyuge, del hijo, del pupilo o del menor que haya sido plagiado o raptado".

Al decir de este artículo se establece la posibilidad que en caso de plagio de un niño o niña, los padres o su tutor pueden allanar, es decir ingresar por medio de la fuerza a casa ajena y recorrerla contra la voluntad del plagiador, con el objeto de obtener la liberación del menor plagiado.

La sanción estipulada para este delito es de reclusión menor extraordinaria si se hubiere producido la muerte de la víctima durante el plagio o por consecuencia de este, agravándose la misma si el plagiado fuere un menor de doce años.

RAPTO.

A este tipo penal se le ha incluido entre los delitos contra la moral de niños, niñas y adolescentes, tomando en consideración sus fines, es decir la intención deshonesto del sujeto activo.

El artículo 529 del Código Penal al hablar sobre el rapto establece que "el que hubiera arrebatado o hecho arrebatar con fines deshonestos a un menor de siete años de edad por medio de violaciones, artificios o amenazas será reprimido con una pena de prisión de uno a cinco años".

Esta sanción se va agravando de acuerdo a la edad del menor, es así que si la persona arrebatada es menor de dieciséis años la pena será de tres a seis años de reclusión menor; y, si la persona arrebatada es una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho y que hubiera consentido en su rapto y seguido al raptor voluntariamente, este acto será reprimido con una sanción de uno a cinco años de prisión.

De acuerdo al artículo 532, si la persona raptada contrae matrimonio con el raptor, este no podrá ser perseguido judicialmente sino después que se declare la nulidad del matrimonio.

Como hemos visto, en este tipo de delito en nuestra legislación se da una distinción al sujeto pasivo, así los efectos jurídicos pueden ser varios:

- El ejercicio de la acción penal es pública de instancia particular si la mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho consintió en su rapto y seguido voluntariamente al raptor. (AR. 428 literal b del Código de Procedimiento Penal); y,
- También pueden los padres de la menor o el tutor en su caso del menor raptado derecho a allanar la casa del raptor. (AR. 205 numeral 4to del Código de Procedimiento Penal).

CORRUPCIÓN DE MENORES.

Es la conducta delictiva que va a afectar la formación moral del menor, sea hombre o mujer mayor de catorce años en cuyo caso la pena será de prisión de dos a cinco años, y si el ofendido fuere menor de catorce años la pena será de reclusión menor de tres a seis años.

Este tipo de delito asume varias circunstancias:

1. Atentar contra las buenas costumbres ya sea facilitando o excitando al menor;
2. Facilitar al menor publicaciones en las que se haga apología del delito;
3. Proporcionar publicaciones pornográficas al menor;
4. Facilitar al menor lecturas inmorales;

5. Suministrar al menor estupefacientes o darle de beber licor.

Como ya lo he expresado, las sanciones son de prisión y de reclusión menor, pero las mismas se agravan cuando los sujetos activos de la corrupción de menores son sus padres, hermanos, ascendientes o cónyuge, porque se considera que son precisamente ellos quienes deben proteger el desarrollo integral del menor.

1.5 LEGISLACIÓN COMPARADA CON VARIOS PAÍSES DE AMÉRICA

Aquí realizaremos una comparación con respecto a los delitos cometidos en contra del menor en cuanto este es sujeto pasivo de infracción, así como ya lo vimos en nuestra legislación iniciaremos entonces con el aborto.

ABORTO.

Como ya hemos mencionado el aborto es la interrupción del período de gestación provocando la muerte del producto de la concepción por extracción o por expulsión violenta del feto.

- La legislación penal Argentina manifiesta que la tentativa de aborto por parte de la mujer no es punible. (Art. No. 88 Legislación Penal Argentina).
- Las legislaciones penales de Colombia y de Chile no contemplan en su articulado la tentativa de aborto.
- En cuanto al Aborto Intencional, es decir aquel que es causado con conciencia y voluntad con o sin consentimiento de la mujer la legislación colombiana lo sanciona con penas de prisión.

- El Código Penal Chileno en su artículo 342 sanciona este tipo de aborto con presidio, a la persona que se lo haya causado y se lo haga maliciosamente.
- Honduras, en el artículo 128 de su normativa penal tipifica y sanciona este delito con reclusión de dos a tres años.
- Costa Rica en cambio lo establece en el artículo 119 de su normativa penal y sanciona a la mujer que causará o consintiese en su propio aborto con la pena de seis meses a dos años de prisión si el feto ha alcanzado los seis meses de vida intrauterina, se agrava la pena si el aborto se produce en una mujer menor de quince años.
- Argentina en su artículo 88 del Código Penal sanciona con prisión de uno a cuatro años a la mujer que causará su propio aborto, pero también manifiesta que la tentativa de la mujer no es punible.
- Como hemos manifestado y según estas legislaciones todas coinciden en que para este tipo de aborto la mujer puede o no dar su consentimiento, eliminando así el producto de la concepción.

ABORTO ININTENCIONAL.

Es decir aquel que se causa por violencias cometidas voluntariamente, pero sin la intención de provocarlo.

- El Código Penal de Chile manifiesta en el artículo 343 que serán castigados con presidio al que con violencias ocasionará un aborto, aún cuando no haya tenido la intención o propósito de causarlo con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constará al hechor.

- Argentina tiene igual similitud a nuestra legislación penal, pero agrega que el embarazo de la mujer debe ser notorio.
- Honduras sanciona este tipo de delito en el artículo 132 de su Código Penal con una pena de reclusión de uno a dos años.
- Costa Rica en el artículo 118 de su Ley penal establece que el que causará el aborto en una menor de quince años por golpes o violencias sin la intención de causarlo será reprimido con prisión de tres a diez años.
- Colombia sanciona con penas de prisión a la persona que indujere a una menor de dieciséis años a realizarse un aborto.

ABORTO HONORIS CAUSA.

Aquel aborto que se realiza con el objeto de ocultar la deshonra de la mujer y que no se haya conocido públicamente su embarazo.

- En las circunstancias antes señaladas de aborto, la legislación penal hondureña en su artículo 129 lo sanciona con una pena de reclusión de seis meses a un año.
- El sistema penal costarricense sanciona este delito en su artículo 120 con penas de tres meses a dos años de prisión.
- Argentina en su artículo 81 numeral 2 establece que se impondrá reclusión de hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que para ocultar su deshonra motivare el aborto del feto y, al médico que lo hiciere la pena será de prisión e inhabilitación especial.
- En Chile el aborto honoris causa da lugar a la sanción exclusivamente de la madre, disminuyéndola a presidio menor, sanciona también al facultativo que abusando de su oficio, causa o coopera en el aborto.

ABORTO TERAPÉUTICO.

- En Colombia se considera terapéutico el aborto si el embarazo en la mujer fuere el resultado de un acceso carnal violento y abusivo, constituye una innovación en la legislación penal de este país la norma que contempla que; "si el embarazo es consecuencia de una inseminación artificial no consentida, procede subsumir el aborto realizado dentro de la tipificación de aborto terapéutico, así también sanciona al sujeto activo del aborto terapéutico con arresto.
- El sistema penal chileno no contempla impunidad para el aborto terapéutico.
- Costa Rica en el artículo 121 de su Código Penal manifiesta que si el aborto practicado con el consentimiento de la mujer por un médico o por una obstetrix autorizada, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, será considerado impune, es decir no se sanciona.
- En Honduras el aborto terapéutico se encuentra derogado, anteriormente se encontraba tipificado en el artículo 131.
- En Argentina el aborto terapéutico no es sancionado si lo practica un médico con consentimiento de la mujer o del representante legal, según el artículo 86 de su Código Penal y por iguales razones a las que establece el régimen penal ecuatoriano.

En síntesis son sujetos pasivos del delito de aborto:

La madre que lo comete personalmente, es decir por ella misma, ya sea sola o ayudada por otro y, la madre que da el consentimiento para que otros realicen el aborto.

1. Quienes practican el aborto o cooperan en él, según los distintos grados de participación pueden ser cualquier persona, pero si ejerce profesión como médico, partera o farmacéutico, se lo sanciona con penas más graves tanto en la legislación penal ecuatoriana como en las legislaciones anteriormente mencionadas.
2. El sujeto pasivo del delito es el menor que está por nacer cuya vida es el bien jurídico que se protege desde la concepción.

El Código de Procedimiento Penal de nuestro país en su artículo 85 especifica los medios a emplearse para provocar la comisión del delito de aborto:

El Código de Procedimiento Penal establece que:.

"En caso de aborto, el Juez ordenará que en el informe pericial consten los signos demostrativos de la expulsión o destrucción violenta del feto, la época probable del embarazo, las causas que hayan determinado el hecho si ha sido provocado y las demás circunstancias que deben tomarse en cuenta para apreciar integralmente la infracción".

Esto quiere decir que el Juez que conoce la causa, debe ordenar que se practique un peritaje del cual deban aparecer signos de destrucción violenta del feto o su expulsión y que, de ese informe pericial aparezcan datos respecto de los signos de aborto, la época probable del embarazo, las causas que hayan determinado el aborto.

INFANTICIDIO.

Ocurre este delito cuando la madre que por ocultar su deshonra matará a su hijo recién nacido.

- El artículo 125 del Código Penal de Honduras sanciona este tipo de delito, solamente a la madre quién para ocultar su deshonra diere muerte al hijo que no ha cumplido tres días de nacido, la pena será de reclusión de tres a seis años. No es considerado infanticidio cuando el menor sobrepasa los cuatro días de nacimiento.
- Costa Rica sanciona con tres meses a dos años de prisión a la mujer que hubiese dado muerte a su hijo recién nacido.
- Chile aplica el artículo 376 numeral 2do que dice: "Comete infanticidio la madre o alguno de sus próximos parientes en la persona del recién nacido, con objeto de ocultar la deshonra por no ser la criatura fruto de legítimo matrimonio, para esto se entiende que recién nacido es aquel menor que tiene cuarenta y ocho horas después del parto.
- El Código Penal de Colombia en su artículo 328 inciso 2do limita la expresión "recién nacido", manifiesta que el infanticidio lo comete la madre durante el nacimiento o en los ocho días siguientes.
- El artículo 81 numeral 2do del Código Penal argentino manifiesta que al recién nacido que se lo mata durante el nacimiento o mientras se encuentra la madre durante la influencia del estado puerperal comete infanticidio, así también extiende la calidad de sujeto activo a más de la madre, a los padres, hermanos, marido e hijos, sí para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre cometiesen el delito en las mismas circunstancias, la pena estipulada en este artículo es de reclusión de hasta tres años o prisión de dos meses a dos años.

Como hemos visto para que el delito de infanticidio se realice es necesario que la criatura haya nacido viva, esto es que fuera del seno materno haya respirado; y, que se tenga como móvil único ocultar la

deshonra de la madre originada en la concepción de un hijo producto de una relación carnal ilegítima.

La jurisprudencia española extiende el concepto de este delito, al establecer que si el móvil no es la ocultación de la deshonra o los autores no son la madre o los abuelos maternos, se está ante un caso de asesinato (por la alevosía necesaria que concurre en toda muerte violenta dada por una persona mayor a un niño)¹⁹

Para fundamentar este móvil de deshonra de la madre debe reunirse dos requisitos:

1.- Que la madre del recién nacido se le considere honesta y que por lo tanto ella y no su familia, tenga una honra que proteger y mantener.

Este criterio es por demás subjetivo, así la honestidad de la mujer es un aspecto casi prácticamente imposible de valorar; y la inclusión de los abuelos maternos como posibles sujetos activos, genera la duda acerca de si actúan por proteger la honra de su hija o nieta o la propia de ellos, quedando así sujetos a una sanción menor a la que conlleva el homicidio. En este aspecto es más amplio el Código Penal Argentino que incluye entre los sujetos activos a los hermanos, marido e hijo de la mujer.

2.- Que el embarazo de la mujer se haya mantenido oculto hasta el momento mismo del parto, pues siendo de conocimiento público el estado de gravidez de la mujer no hay deshonra alguna que ocultar.

La sanción impuesta a la madre y abuelos maternos por infanticidio es de reclusión menor de tres a seis años según nuestro sistema penal.

¹⁹ *Cit. Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo 8*

ATENTADO CONTRA EL PUDOR.

Son aquellas manifestaciones sexuales que sin llegar al acceso carnal se cometen en contra del menor.

- La Legislación Penal de Colombia precisa que el atentado contra el pudor consiste en actos sexuales diversos del acceso carnal que se los comete con el menor o en su presencia o con el propósito de inducir al menor a su practica, pero se establece como eximente de responsabilidad el hecho de que el autor del delito o uno de sus partícipes contraiga matrimonio válido con el ofendido.
- El artículo 143 de la Legislación Penal de Honduras, establece una sanción pecuniaria; pero esta sanción es solamente para aquellas personas que realizan actos obscenos en lugares públicos, no estipula una sanción privativa de libertad.
- El Código Penal Argentino en su artículo 127 manifiesta que su atentado al pudor será reprimido con penas de prisión al que abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo menor de veinte y mayor de doce años de edad sin que haya acceso carnal, se agrava esta pena de tres a diez años de reclusión o prisión, si el autor del delito lo hiciesen las mismas personas que nombra nuestro Código Penal en su artículo 515 inciso 2do. agravándose más la pena.
- Chile tiene igual similitud o concordancia con el articulado argentino en este caso.
- El sistema mexicano castiga el delito siempre y cuando llegue a consumarse.

VIOLACIÓN.

Acceso carnal con persona de uno u otro sexo.

Como hemos manifestado nuestra legislación estipula este tipo de delito, manifestando que se comete el mismo, en un menor de doce años sea este hombre o mujer.

- En Colombia, la legislación penal aumenta el límite de edad a menores de catorce años y manifiesta también que si el autor o partícipe del delito contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo (mujer) del delito de violación, se extingue la acción penal para todos ellos; y por otra parte la pena aplicable a los delitos sexuales aumenta a medida que disminuye la edad del sujeto pasivo.
- Honduras en su artículo 140 mantiene idéntica situación con la legislación penal ecuatoriana.
- Costa Rica agrava la sanción al delito de violación cuando el acto es cometido por un ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano, así también cuando se obtiene una grave daño en la salud de la víctima.
- La Legislación Argentina tipifica este delito en el artículo 119 de su normativa penal, el mismo que sanciona con penas de reclusión o prisión al que tuviere acceso carnal con un menor de doce años, pero el infractor puede quedar exento de responsabilidad si se casará con la víctima si esta ha prestado su consentimiento.
- El Código Penal chileno estipula en su artículo 361 que la violación de una mujer será castigado con presidio. Como vemos este delito no se hace extensivo al menor varón si la víctima mujer es menor de doce años se agrava la pena a presidio mayor.

ESTUPRO.

En este tipo de delito se utiliza la seducción o el engaño para alcanzar la cópula con una mujer honesta.

- El Código Penal Colombiano considera que el estupro se puede cometer en una persona de catorce a dieciocho años de edad sin distinción de sexo.
- México limita el delito de estupro al caso de la mujer menor de dieciocho años, pero además exige que sea honesta y casta.
- Honduras manifiesta en su artículo 142 de la ley penal que será sancionando con reclusión cuando el delito se comete en una doncella mayor de doce años y menor de veinte y uno.
- Costa Rica tipifica el delito de estupro en el artículo 159 de su normativa penal con una pena de prisión al que tuviere acceso carnal con una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, aún cuando la víctima haya prestado consentimiento.
- El artículo 120 del Código Penal argentino tipifica el delito de estupro con penas de reclusión con penas de reclusión cuando se ha cometido en una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, pero se agravará la pena del infractor cuando se produzca en la ofendida un grave daño en su salud o cuando se produzca la muerte de la misma.
- El artículo 363 de la legislación penal chilena sanciona al estuprador con una pena de presidio cuando la doncella es mayor de doce años y menor de veinte años, se agravará este delito cuando se usará la fuerza o intimidación o cuando la persona estuprada fuere menor de doce años sea cual fuere su sexo, se condena además al pago de

indemnizaciones; se exime la pena al ofensor cuando este contrae matrimonio válido con el sujeto pasivo (mujer).

PLAGIO.

Sustracción de una persona con finalidades no sexuales.

- Según la legislación colombiana, en el plagio hay agravante si se comete el delito en un menor de dieciséis años o si se comete en descendientes, adoptante o adoptivo, considera también como caso de plagio la retención de un menor por sus progenitores o las personas bajo cuyo cargo están, con el ánimo de perjudicar a quien se interesa en velar por su estabilidad emocional.
- El artículo 142 de la legislación penal chilena manifiesta que la sustracción de un menor de dieciocho años, es sancionado con presidio mayor a presidio perpetuo.
- La ley penal de Costa Rica en su artículo 189 sanciona con prisión de cuatro a doce años a quién reduzca a un menor de dieciocho años a servidumbre o a otra situación análoga.
- El código penal argentino establece que es delito sustraer a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de un menor de esta edad, no lo presentará a los padres o guardadores que lo soliciten o no diere razón satisfactoria de su aparición.

RAPTO.

Se toma en cuenta en este delito la intención deshonesta del sujeto activo en contra de la calidad moral del menor.

1.- En la legislación penal de Honduras el delito de raptó se encuentra tipificado desde el artículo 144 al artículo 152 en los que se hace referencia a diferentes tipos de raptó, los cuales tienen sus respectivas sanciones así:

"El que sustrajere a una mujer de buena fama con miras deshonestas sufrirá penas de reclusión" ART. 144CPH.

- "Rapto Consensual.- se da con una mujer mayor de doce años y menor de veintiuno y está prestando su consentimiento, el raptor será penado con reclusión de seis meses a dos años" ART. 145 CPH.
- "Rapto agravado.- cuando la víctima es menor de doce años la sanción es de reclusión de cuatro a seis años" ART. 146 CPH.
- "Presunción de raptó.- cuando el raptó no se ejecute con fines deshonestos, es decir debe ser probado." ART. 147 CPH.
- "Rapto de mujer soltera.- queda exento de pena el reo que contrae matrimonio con la ofendida después de restituirla a su casa" ART 151 CPH.

"La acción de estos delitos se procederá por querrela o denuncia del ofendido, sin embargo la acción puede ser pública cuando la persona ofendida fuere menor de doce años" ART 152 CPH. El artículo 165 de este mismo cuerpo legal estipula el raptó con fines de matrimonio, existe también el raptó como delito de acción pública cuando el actor del delito es ascendiente o descendiente consanguíneo, hermano, guardador, educador o custodio, las penas son de prisión de acuerdo al artículo 166 CPH.

2.- Costa Rica en el artículo 163 de su sistema penal, sanciona con penas de prisión al que con fines libidinosos sustrajere o retuviere a una

mujer o cuando la víctima sea un menor de doce años cualquiera fuere su sexo o esta se hallare privada de la razón o no pudiere resistirse a la consumación del delito.

- El artículo 169 del mismo cuerpo legal califica como rapto impropio al que raptare a una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años sin que esta haya dado su consentimiento, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

3.- El Código Penal argentino en su artículo 131 estipula una sanción de prisión al que comete rapto de una mujer menor de quince años y mayor de doce, siempre que esta hubiere dado su consentimiento, esta pena se verá agravada si la víctima fuere menor de doce años así haya prestado o no su consentimiento.

Como podemos ver, se encuentra tipificado el delito en este país con respecto a menores de sexo femenino, no se hace extensivo al varón menor de edad. La ley Argentina exime de responsabilidad al delincuente si se casare con la ofendida siempre que ella preste su consentimiento. ART 132 CP argentino.

4.- En Chile el rapto cometido en una mujer de doce años lleva consigo una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados de acuerdo al artículo 358 inciso 2do de su legislación penal. Si se produce el rapto en una mujer menor de veinte y mayor de doce años de edad y con anuencia de la raptada la pena será de presidio menor.

CORRUPCIÓN DE MENORES.

Afecta la formación moral del menor sea hombre o mujer.

- La ley penal colombiana tipifica inclusive el delito de promover o facilitar la entrada o salida del país de un menor para que ejerza la

prostitución y, completa la figura con el delito de inducir a un menor de catorce años a practicas sexuales; además, constituye delito el destinar una casa o establecimiento para la practica de actos sexuales en el que participen menores de catorce años.

- El sistema penal de Costa Rica en su artículo 167 castiga con prisión al que promueve la corrupción de un menor de dieciséis años mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consintiere en participar en ello. Se agrava la sanción de acuerdo al artículo 168 siempre que la víctima sea menor de doce años si en el hecho mediaré engaño o se hace con fines de lucro o el delito lo comete un ascendiente o descendiente o una de las personas encargadas a su cuidado. No es punible este delito si la persona menor es corrupta.
- Argentina penaliza el delito de corrupción en su artículo 125 sancionado con reclusión si la víctima fuere menor de doce años y, con reclusión o prisión si la víctima es mayor de doce y menor de dieciocho años. Sea cual fuere la edad de la víctima, se agravarán estas penas de reclusión o prisión cuando la víctima fuese engañada o hubiere violencias o amenazas o el delito se cometa con animo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos.
- El Código Penal chileno tipifica el delito de corrupción en el artículo 367 manifestando que quién habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promueve o facilite la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá penas de presidio.

1.6 CONCLUSIÓN.

Hemos podido observar tanto en nuestra legislación penal como en la de varios países de América que el niño o niña es causa y objeto de varios delitos en una manera directa, delitos que se cometen en contra de su integridad física, de su derecho a la vida como en el aborto y todas sus manifestaciones en la que vemos como nos desprendemos de nuestros niños, esta es la bienvenida a una nueva vida?

El gran ingenio del hombre, el don de la inteligencia se ha convertido en su propio verdugo, pero la naturaleza se cansa y reclama ante la violencia, por sus derechos a desarrollarse, sentir y amar.

La vida condena el silencio, el egoísmo, la cobardía ante su grandeza y sabiduría. No será por ignorancia que permitimos asesinar a un niño, será porque somos cómplices cobardes, por creernos tan sabios que pretendemos ser dueños de la vida y, hay que tener bien en claro que no lo somos, que la vida nos la prestan para cuidar de ella, para amar, respetar y defender del juicio de lo "bueno o malo" de esta sociedad egoísta.

Pero no sólo, se cometen delitos contra la integridad física, contra la vida, sino también contra la moral, en contra de la integridad psíquica y social, sean ellos hombres o mujeres que por su temprana edad, los autores de estos delitos se valen de la inocencia, ingenuidad, inexperiencia o curiosidad propia de ellos, así vemos también la incapacidad de niños, niñas y adolescentes de poder defenderse y/o poder discernir frente a ciertos delitos cometidos en su contra.

Afortunadamente existe uniformidad de criterio con respecto a la existencia de delitos como el aborto anteriormente mencionado, el rapto, el plagio, la violación, el estupro, el atentado contra el pudor, la

corrupción, etc...en la que niños y niñas son sujetos pasivos de los delitos antedichos, que van desde su formación en el seno materno, pasando por sus respectivos períodos de vida.

CAPITULO II

NIÑOS Y ADOLESCENTES INFRACTORES

2.1 ALCANCE CONCEPTUAL.

El menor en su etapa plena de adolescencia, de autodeterminación e independencia del sujeto, sufre cambios físicos y fisiológicos que producen una peculiar sensibilidad y crean sentimientos, destrezas e inhabilidades somáticas. Estos años son la oportunidad para precisar una nueva imagen corporal con sus múltiples aspectos psicológicos y orgánicos, desde los problemas de identidad y autoconciencia, hasta los relativos a la ^{asunción} asunción de su propio sexo y de sus propios roles.

Las condiciones culturales contemporáneas prolongan la adolescencia como instancia psico-social y ofrece coyunturas para el nacimiento de confusiones y conflictos en el largo proceso de socialización y de emancipación que si bien incluye el logro de status de adulto, no debe reducirse a este objetivo. Son los tiempos en que desaparecen los intereses infantiles y surgen necesidades de filiación amistad y amor heterosexual e interpretación moral del mundo.

El adolescente, sin distinción de sexo, tanto en sus modos conductuales aceptados por la tolerancia social o en sus comportamientos infractores, es un conflictuado aspirante a ser un adulto en ambivalencia con el miedo a ser mayor, a quien los adultos contestan o responden con otra ambivalencia de estímulos y prohibiciones.

Los adolescentes en la búsqueda de su libertad, requieren ayuda que simultáneamente rechazan, son frágiles en un universo rico en dimensiones dañinas, morbosas que cambian aceleradamente y al no

proporcionar apoyo de seguridad, favorece su desorganización, están sometidos a múltiples estímulos que suscitan otras tantas frustraciones para su estructura interna que carece de capacidad para establecer niveles competentes de tolerancia.

Buscar la identificación juvenil con sus iguales, es un estilo creador y un rechazo al patrón de los mayores, las asociaciones de los adolescentes y la hostilidad son expectativas normales en la funcionalidad del desarrollo personal. Sus actos como reacción individual o solidaridad grupal les otorgan confianza y sostén interior, mientras algunos jóvenes expresan abiertamente una grave o continua oposición, otros manejan con diversa intensidad un comportamiento de compromiso ante los conflictos.

Como vemos, el adolescente que infringe encierra potencialmente impulsos para el comportamiento antisocial un acentuado egocentrismo, una aguda confusión axiológica, una asociación pandillera por necesidades de identidad, o la formación de jorgas, son algunas de las condiciones esperables del período que pueden concurrir al delito acompañados por el auto otorgamiento del derecho a la infracción.

En los adolescentes muy difíciles, las conductas marginales oscilan a punto de precipitarse en la franca trasgresión penal; y, que en lo posterior son sujetos de contienda legal para ser sometidos a los centros de readaptación social.

En resumen los adolescentes que delinquen y los que respetan las normas vigentes vivencian el mismo tipo de problemas, es decir sufren los mismos cambios psicológicos, orgánicos y patológicos.

El adolescente que tiende a destruir, a cometer infracciones vive en primera instancia situaciones de desconfianza del mundo familiar que le

rodea, por descomposición de la misma, por el abandono moral y material de sus padres, por actos que ve y talvez no puede contestarse, por amistades que lo llevan a cometer ciertos impulsos nocivos, por su descontrol social, por su rechazo a cualquier tipo de ayuda cuando lo necesita, al no tener nada que hacer busca otras actividades en desmedro de su personalidad y que en lo posterior le será difícil recuperar.

El adolescente que incurre en el cometimiento de una acción penal, busca su libertad en la equivocación de sus actos, de aquellas manifestaciones que favorecerán su desorganización.

Los adolescentes que cometen infracciones presentan comportamientos espectaculares, violentos o seductores con síntomas conductuales difícilmente aptos para acomodarse al contorno y que en lo posterior muchos de estos jóvenes como lo dijimos, son derivados a los servicios especiales por determinación judicial.

Los adolescentes infractores por su inmadurez o por su falta de capacidad de discernir el bien del mal, son es frágil de seguir cometiendo estos actos, los mismos que podrán en ciertos momentos restringirse o aminorarse cuando se les otorgue su verdadero legado de protección sentimental, moral, física, social, cultural y estatal.

2.2 NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL DELITO.

En nuestro medio se ha tratado, estudiado y escrito sobre niñez y adolescencia, así los distintos ángulos han sido tomados para llamar la atención del Estado o la comunidad sobre la urgencia de atender a adolescentes que se encuentran frente a un hecho peligroso hacia su existencia, el delito.

La juventud está formada por el sector de la población de una sociedad o Estado cuyos límites inferiores y superiores de edad no son precisos y, que varían muchas veces en función de países o regiones

El orden jurídico tiende a regular las relaciones de los individuos en la sociedad, en el Ecuador cuya mayor población es joven cuenta en su legislación con numerosas disposiciones jurídicas que se preocupan del adecuado tratamiento de los adolescentes, bajo condiciones especiales acordes con su menor edad.

La comisión de un hecho catalogado en la ley como delito, da lugar a que habitualmente se haga referencia al autor designándole con la palabra "delincuente". De la misma manera, el estudio de la actividad criminosa o de la globalidad del accionar delictivo es comúnmente designado como "delincuencia" o actividad delincencial.

Lo que los adolescentes consideran como lícito puede en el futuro dejar de serlo, así como acontecer lo contrario, según lo que demuestran los antecedentes jurídicos que en ciertos períodos de esta edad mantiene una escala fija de valores de lo bueno y lo malo, no se ajusta a la realidad en sus hechos, hemos de complementar necesariamente este enfoque del proceso social, pues en la conducta desviada es menester apreciar integralmente el aspecto social, en el cual el accionar conforme o adecuado a la norma aparece como el asumido por la mayoría.

La actitud del adolescente en relación a la norma cuando ésta se encuentra institucionalizada es de adhesión general, pero debe atenderse a las circunstancias de que muchas personas no prestan su consenso a la norma; a la que no obstante ajustan su conducta ante el temor de las sanciones que acarrearía la desviación.

El adolescente ajusta su accionar al ordenamiento vigente, sin vislumbrar que determinadas conductas pueden apartarla de ella; y ello concuerda con la circunstancia de que el propio ordenamiento legal no toca, sino en pequeña escala a la totalidad de los individuos, que en sus interacciones evaden la inmensa mayoría de la legislación positiva por serle inaplicable.

Concretamente el adolescente que incurre en la violación de una norma establecida acarrea para él, sin darse cuenta efectos inmediatos que van desde el resultado dañoso para el cuerpo social hasta la repulsa de los demás, pasando por el reproche sancionatorio cuya imposición ha resguardado el Estado en atención al orden social perturbado por el delito.

Cuando un adulto viola una ley penal, se piensa que la finalidad de la pena a la cual se ha hecho acreedor no merece críticas, pues es lo habitual que la alteración del mundo circundante por obra del hombre constituya el resultado de lo "querido", es decir la consecuencia de la voluntad libremente dirigida a un logro. Pero tratándose de un adolescente, es evidente que aquella capacidad no existe; que si jurídica y socialmente se lo considera incapaz, mal puede pretenderse hacerlo responder por actos en su vida de interrelación especialísima que no ha podido comprender cabalmente por su incompleta formación bio-psico-social.

"Generalmente el delito es la culminación del problema del menor y cuando se da una reiteración o recaída en la conducta desviada de naturaleza delictiva; esto significa la permanencia de aquellos factores que incidieron en su primera manifestación delictiva. Khan destaca que "cuando se reúnen las historias de casos, inevitablemente descubrimos que años antes del incidente en los titulares o del hecho descrito en una

instancia judicial, hubo otros que justificaban la preocupación de padres, maestros, médicos, asistentes sociales"²⁰

No quedaría claro totalmente el problema y nos alejaríamos seguramente de la solución adecuada si solo apreciáramos el accionar del menor que nos presenta el hecho por el cual ha sido llevado ante los órganos de tutela. Antes bien, la preocupación mayor debe trasladarse a los antecedentes del caso, procurando delimitar los causales que han incidido o inciden respecto del menor, quién con su propio accionar nos pone de manifiesto que el problema ha adquirido magnitud y que se torna imperioso aplicarle el correspondiente tratamiento para superarlo, más igualmente, no se vislumbra los alcances de repercusión y difusión de tales conductas en el panorama delictivo.

El mejor mecanismo de adaptación social de acuerdo con los cánones de nuestro sistema legal positivo, es la medida en la que los adolescentes responden a los intereses y aspiraciones de la mayoría de la comunidad, objetivos estos en que en primer lugar debe corresponder a los padres; y a falta de ellos, a quien ejerza la patria potestad, siempre y cuando estos representantes tengan el mínimo nivel de diferenciación de lo bueno y lo malo de un sistema social, pero no habiendo esta posibilidad, es el Estado a través de los organismos de protección el llamado a concurrir en su auxilio para proteger la integridad de niños y adolescentes y el bienestar general de la sociedad.

Por otra parte la sociedad parece que asume posiciones de defensa, de respuesta ante lo que considera un ataque por parte del adolescente que delinque y reactualiza la etapa de actitud puramente represiva y excluyente ante el delito, sin distinción alguna por la condición del sujeto.

²⁰ Tomado de *Jóvenes Desviados y Delincuentes.*- Khan, obituario Cita Pág. 20

Jorge Eduardo Coll, afirma con acertada razón que: "la protección a la infancia, al menor, no es cuestión de mero sentimentalismo , sino obra inteligente de defensa social"²¹.

Como vemos la obra a la que se refiere el autor de la precedente cita, manifiesta el afán de defensa y de bienestar social, no pueden menos que traducirse en el tratamiento de los causales que inicialmente perturban el desarrollo de la personalidad del menor, sean estas familiares, económicas o de otra índole. Este tratamiento responde a los objetivos básicos de toda política destinada a la juventud y se lo a señalado como necesario para la protección del individuo en una edad vulnerable y la preparación de él para que en el futuro contribuya a la modernización de la sociedad.

La problemática del adolescente cuya conducta desviada encuadra en figura penal, pone de manifiesto la presencia de factores sociales que inciden en el proceso de disconformidad, ya que es imposible atribuir con exclusividad a determinado fundamento el origen de la delincuencia juvenil.

Al hacer alusión al factor social, me refiero de manera especial a la estructura social y por tanto de manera directa a los modos en que se dan la coherencia y el equilibrio; es decir el control social, el mismo que es objeto de estudio a fin de identificar sus deficiencias o fallas respecto de aquellos instintos subyacentes en la especie humana.

Durkeim y Merton, manifiestan que "La conducta desviada encuentra su primordial origen en la diferencia existente entre los fines señalados culturalmente y el acceso socialmente organizado a tales fines

²¹ COLL, Jorge Eduardo, en conferencia pronunciada en la Universidad Nacional de Córdoba. 27-mayo-1930 en revista de la Universidad de Córdoba

por medios legítimos lo cual determina la internalización de objetivos específicos de éxito a los que no es posible de acceder"²².

"Las peculiaridades del comportamiento juvenil delictuoso nos llevan a postular como ajustada la idea de la asociación diferencial (propuesta por Shuterland), que manifiesta que la influencia de grupos primarios (familia, pueblo, raza) que no apoyan la adhesión a la norma establecida o se identifica con otros grupos que violan las leyes, crece la probabilidad criminal en el futuro de la descendencia, "es decir se empezaría a delinquir a temprana edad", sin perjuicio de señalar que en ciertas modalidades del accionar del menor que delinque podemos encontrar elementos que confirman la tesis de la anomía (conducta desviada) que aparecería así presente en forma minoritaria en la realidad delictiva.

Advirtiéndose que las conclusiones de la sociología desviada y la teoría de la asociación diferencial atribuyen a las condiciones de la comunidad a la cual pertenece el individuo una incidencia trascendente en la incitación a delinquir, se ha insistido en la centralización de la asistencia social criminológica sobre tal comunidad"²³.

Con la misma atención, cuando el menor ha buscado infructuosamente en su natural entorno satisfacer las carencias afectivas y encontrar modelos de identificación, llegando en su fracaso a sumarse a grupos de menores constitutivos de bandas o pandillas, es menester apreciar la especificidad psicológica de tal grupo y la de sus componentes para poder llegar a un tratamiento adecuado.

"El menor que se encuentra frente al delito en su esencia particular, carece en su evolución de aquel factor instintivo-afectivo,

²² BUTELER, Patricio, en "Criminología y Condena De Ejecución Condicional"

²³ FRIEDLANDER, Kate. "Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil".

sobretudo por la desorganización familiar, el alcoholismo, la promiscuidad, la miseria física y la privación moral, factores todos ellos que inciden en el desorden caracterial que pueden conducir a la delincuencia" ²⁴.

Los elementos bio-psico-sociales debemos considerarlos especialmente en el tratamiento de la problemática del menor y, su olvido puede determinar que este adolescente sea un sujeto condenado al fracaso. El papel de la familia es fundamental en la decisiva circunstancia de que la personalidad del menor en formación está condicionada a este grupo al cual se aferra en la búsqueda constante de modelos de identificación para satisfacer así sus necesidades de anhelo afectivo, la carencia de estos factores cercenarán al menor en su verdadera estructura psico-social, es decir un deterioro integral de su personalidad.

El deterioro de la personalidad determinado por las faltas del grupo familiar se convierten en agente generador de la conducta desviada del menor, sea o no de carácter delictivo, pero hay que señalar que por si misma la desintegración de la familia, su mala conformidad por la presencia del factor ilegitimidad (padre o madre sustitutos), su inestabilidad y la existencia de estados conflictivos en su seno, determinan la situación irregular del adolescente.

En consecuencia la situación del menor que infringe una norma establecida es vulnerable porque atenta contra valores sociales que en nuestra legislación se ha priorizado en descuido de otros valores fundamentales del propio adolescente.

La vulnerabilidad que surge de la transición de aquellos modelos de defensa social en los que se considera que el menor por su corta edad no comprende los imperativos legales y constituye por lo tanto una fuente

²⁴ FRIEDLANDER, Kate. "Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil".

de peligro para los bienes jurídicos de la comunidad, cuestión que se soluciona cuidando al menor para que no atente contra ellos, cuidados que sin duda se encuentran confundidos con el propio criterio de la legitimidad y finalidad del cuidado.

"Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad"²⁵, de la dignidad de la persona se deriva que no puede haber pena sin culpabilidad; pero además que no puede haber medida de seguridad sin delito. Es decir que solo cabe aplicar una medida cuando se haya cometido un delito previamente calificado por la Ley.

"La dignidad de la persona se encuentra afectada cuando se aplican medidas que presuponen la comisión de un delito a personas que no lo han cometido"²⁶.

De los doce millones de ecuatorianos, los jóvenes y niños vive en condiciones de alto riesgo por pobreza, ausencia de protección familiar, trabajo prematuro, falta de servicios básicos, maltrato y desnutrición entre otros problemas.

1.994 fue declarado por las Naciones Unidas, "Año Internacional de la Familia", y en el cual se celebró en la ciudad de Quito una convención de niños y jóvenes en la que solicitan se los declare "PRIORIDAD NACIONAL"; es decir se los considere sujetos de derecho para exigir así, que se cumplan sus derechos y que los discursos no sólo se queden en simple retórica, sino que se cristalice y se concreten en acciones y políticas garantizadas por la Constitución y Convenios Internacionales que tienen que ver con niños y adolescentes, así la educación se convertiría en un deber fundamental del Estado, la salud integral del niño será

²⁵ Tomado del Pacto de San José de Costa Rica, Art. 11

²⁶ ZULLITA FELLINI, en *Ser Niño, Situación del Menor en América Latina*, Pág. 41

garantizada y procurar así un mejor desarrollo de nuestra juventud, de nuestros niños y adolescentes.

"Queremos ser ciudadanos" fue la declaración de la campaña. Los niños y jóvenes se sienten excluidos de una democracia donde la ciudadanía no es más que cumplir con un requisito de edad para poder elegir y ser elegidos. Ellos ven la ciudadanía como una práctica y una actitud que va desde conocer sus propios derechos hasta para participar para que se respeten los derechos de los otros. Esta campaña culminó con el reconocimiento de ser declarados "Prioridad Nacional", este reconocimiento se lo hizo justamente cuando se celebró la semana de los Derechos del Niño (19-XI-94 al 28-XI-94)²⁷.

"En otras palabras ser sujeto de derecho significa ya no ser sujeto pasivo de intervención de la familia, de la sociedad y del Estado, el menor tiene derecho al respeto, a la dignidad y a la libertad; y, este es un dato nuevo que en ningún momento o circunstancia podrá dejar de ser tenido en cuenta"²⁸.

2.3 NIÑOS Y ADOLESCENTES.- SU MADURACIÓN.

La adolescencia es el período de la vida en que la sociedad deja de considerarlo como un niño, sin acordarle status, rol y tareas del adulto, estas características serían el fundamento de sus rebeldías, desviaciones y conductas francamente criminales considerados desde un punto de vista adulto.

Tienen los niños y adolescentes por su edad maduración intelectual y volitiva ?

²⁷ Artículo.- EL COMERCIO 23-Noviembre-1994

²⁸ GOMEZ DE LA COSTA, Antonio Carlos, en "del Menor, al niño y al adolescente", en

Podríamos decir que van adquiriendo madurez bio-psico-social de acuerdo al desarrollo de su edad, pero esto es vagamente un supuesto doctrinario ya que como hemos visto, hay individuos que aún no estando en el pleno desarrollo de su edad física han alcanzado un grado de maduración volitiva e intelectual, la gente no tiene madurez para comprender y dirigir sus acciones, puede producir conductas definidas como delitos; y por lo tanto, debe ser tratada de diferente modo.

El proceso de maduración se vierte en un concepto cargado de ambigüedad en tanto se aleja de sus primeras connotaciones biológicas, crecimiento anatómico, organización funcional diferenciada, estructuración de grandes sistemas intelectuales y afectivos mediante la acción del aprendizaje, ser maduro es el momento en que una persona alcanza la meta de su desenvolvimiento completo psicofísico y social. La edad madura es un complejo descrito por características conductuales, siendo los más relevantes y significativos la capacidad de autonomía, la actitud objetiva ante sí mismo y el medio humano, la integración sexual, el ejercicio productivo de una tarea ocupacional y la orientación de la vida hacia objetivos valiosos; en este sentido, ser maduro equivale a ejemplificar un modelo positivo de salud mental, y replantea la difícil dicotomía de normalidad y anormalidad psicosocial.

La madurez significa adaptación dinámica y permanente como comportamiento armonioso, eficaz y adecuado a las condiciones y requerimientos del contorno.

La inmadurez del menor es relativa y gradual, a medida que evoluciona va adquiriendo cada vez mayor capacidad crítica y por ende mayor capacidad de disposición que debe serle respetada.

"El menor por su natural madurez intelectual y volitiva no es responsable penalmente, pero sí lo es en su ámbito minoril, de acuerdo a

la hipótesis que el Código Penal cataloga, en este sentido no se lo considera delincuente pero si "infractor", circunstancia que no se apoya en características diferenciales sino comunes como la interpretación concreta de un delito, la indagación del hecho constitutivo del mismo y la actitud subjetiva del sujeto con relación al resultado; y por último la sentencia que de ser condenatoria puede determinar la imposición de medidas "reeducadoras" proporcionados a la gravedad de la infracción cometida, teóricamente se trata de respuestas desvinculadas de toda idea represiva, estando dominadas por otras de diversa índole, especialmente disciplinario, pedagógicas y proteccionistas; pero se trata de respuestas igualmente sancionadoras desde que importan dolor y privación de libertad"²⁹.

Desde que la maduración es procesal, hipotéticamente cabría diseñar sus niveles en relación aproximada con la cronología, de esta manera un adolescente habría alcanzado ciertos gradientes de madurez sin serlo plenamente, pero se encontraría adaptado en diversas esferas y dentro de ciertos márgenes a las condiciones biológicas esperables y a las formas de conducta aceptadas predominantes que corresponden a su tiempo y lugar. Si es inmaduro (en cuanto de un resultado cualitativo de sus actos) será también un inadaptado a las expectativas sociales sobre él.

Como hemos visto madurez significa ordenar aprendizajes complejos y mecánicos emocionales que satisfacen requerimientos de la persona, el desarrollo continuo (de la autonomía) no es licencia o libertinaje, sino relaciones de identificación, agresión, dependencia y singularidad de vinculación dinámica. La identificación se funda en la intersubjetividad espontánea y en la necesidad de vivir con los otros, lo

²⁹ SCHURMANN PACHECO, Rodolfo. en "*SER NIÑO EN AMÉRICA LATINA*" pág. 50

que implica grados de dependencia. La agresión se combina y disocia de aquella y origina múltiples conductas duales, simbólicas o realistas.

La adaptación (tejido de comportamientos interpersonales en el seno de grupos plurales y variados) juega entre identificaciones y dependencias en que la agresión (desobediencia, rebeldía, crítica, delito) es una constante con dimensiones que mientras favorecen la autonomía, comportan riesgos para la adaptación descrita también como aproximación y semejanza a un tipo medio e ideal de un cuadro social en un tiempo y espacio dado.

Jurídicamente se establece que a los dieciocho años se alcanza la madurez suficiente para responder de modo penal por la conducta, ya que los procesos de integración y autonomía han tenido la posibilidad de desarrollarse de manera adecuada para producir un sujeto adaptado y responsable.

Si las reales circunstancias bio-psico-sociales no permitieron ese desenvolvimiento favorable se reconoce el hecho pero no se modifica, para el caso individual la condición punitiva dentro de las condiciones previstas de imputabilidad. Por otra parte aquel reconocimiento se expresara en una amplia política de tutela y protección destinada a evitar la continuidad de la conducta delictiva. El planteamiento de la cuestión no basta para probar que la legislación del menor sufre una problematización peculiar en sus medidas tutelares que la separa totalmente del derecho penal. La pena que caracteriza e individualiza a la ley penal, nada tiene que ver con la "medida tutelar" que ocupa a la ley del menor. Una sirve a la seguridad jurídica procurando que el hombre no vuelva a delinquir, la otra procurando el desarrollo del ser humano inmaduro, la una protege a los demás contra posibles acciones de los sometidos, en tanto que la otra si bien también los protege, fundamentalmente protege al sometido frente a sus propias acciones y a la de terceros. Una procura un "hombre que no

delinca", en tanto la otra "un hombre maduro y desarrollado". De allí que es correcto que los menores "hayan salido del Derecho penal", porque requiere medidas tutelares de las personas sometidas y no penas; y, en tanto que las medidas que se le apliquen tengan este carácter fundamental no serán penas y la ley penal que las establece tampoco será ley penal.

Hoy se habla del criterio de "madurez suficiente" (necesaria) como garantía adicional en favor de los adolescentes tendientes a ir ganando terreno camino a la discriminación y a la especialización del fuero de menores. Sin embargo, el criterio citado de madurez necesaria conlleva la asunción de enormes riesgos para su aplicación.

"La vida humana desde su comienzo en el momento de la fecundación del óvulo hasta la adultez, experimenta determinados cambios morfológicos, fisiológicos y psíquicos en una marcha ascendiente hacia el equilibrio, de ahí que la personalidad, síntesis del organismo humano no pueda concebirse como algo estático y rígido, incapaz de evolucionar porque pasa por una serie de grados, fases y períodos hasta alcanzar la personalidad madura que constituye la etapa productiva del hombre o mujer, puesto que en ella rinde su mayor trabajo para la sociedad"³⁰.

Como vemos se destaca el proceso de evolución de la personalidad, los procesos biológicos de maduración, el desarrollo físico, psíquico, luego se preocupa por el punto de vista sociológico en el que va a ubicar la formación del menor.

2.4 EL DISCERNIMIENTO

Si bien el régimen penal de menores no menciona el "discernimiento" como categoría jurídica, lo deja como uno de los rasgos implícitos en los fundamentos de la discriminación del tratamiento por edades.

El discernimiento consiste en la capacidad para distinguir perceptual e intelectivamente lo bueno y lo malo, se funda en el aprendizaje de las experiencias, su generalización y abstracción. (Piaget y Freud coinciden en afirmar la emergencia de dichos juicios en ese período)³¹ Pero el concepto de discernimiento también es jurídico; se trata de saber si el individuo posee el suficiente grado de madurez psico-social para apreciar el carácter inmoral y/o antijurídico de algunos actos y las consecuencias penales que comportan.

El criterio de discernimiento corresponde a una psicología de exclusivismo concienical, racional y voluntarista y, (aunque no se lo menciona) persiste como uno de los puntos de fricción entre el Derecho y Criminología, entendida está como una disciplina que procura explicar la conducta delictiva o desviada como fenómeno social e individual.

"La vida como impulso y tendencia en los jóvenes se encuentra tantas veces sometida a presiones, condicionamientos y determinaciones que desempeña un papel determinante en la valoración vital de los juicios y de la mentalidad"³².

Francisco Carrara manifiesta que "para que exista en un delito la plenitud de la fuerza moral, es necesario que el agente haya estado

³⁰ SABATER THOMAS, Antonio.- en "LOS DELINCUENTES JOVENES" pág. 65

³¹ Cit. PLÁCIDO HORAS, Alberto

³² "DELINCUENCIA JUVENIL EN LA SOCIEDAD DE CONSUMO" pág. 19

iluminado por la inteligencia y gozado de la plenitud de su libertad, aminorado o ausente el concurso de la primera se aminorada o cesa la imputación, como se aminorada o cesa si ha estado disminuido o abolido el ejercicio de la segunda"³³.

Este autor coordinaba la medida de la imputabilidad penal con la diferencia de edad del agente, de modo que el grado de imputabilidad correspondiente al grado de desarrollo físico concomitante con el psíquico.

PESSINA manifiesta: "que el hombre durante la adolescencia no puede ser considerado como responsable sin un examen especial de su capacidad de discernimiento", el hombre una vez llegado a la pubertad debe ser considerado como responsable a no ser que pruebe la ausencia en él del principio eficiente de la imputabilidad criminal.

EUSEBIO GÓMEZ expresa: "La doctrina clásica enseña que en virtud de una presunción legal insusceptible de ser destruida por la prueba en contrario, el menor carece de discernimiento, por lo que debe considerárselo inimputable".

Para un grupo de juristas al hablar del discernimiento manifiestan que es la distinción del bien y del mal, es el criterio de moralidad y de responsabilidad penal, es la capacidad de reconocer lo justo de lo injusto, en cambio para otros, el discernimiento radica en la inteligencia de la antijuricidad del acto, en la conciencia necesaria para el conocimiento de la punibilidad del acto cometido y en la noción de responsabilidad penal y de sus consecuencias, en definitiva es la capacidad de comprender la ilegalidad del acto.

³³ CARRARA, Francisco. en "JÓVENES DESVIADOS Y DELINCUENTES

BERRMAN dice: "Precisar el grado de discernimiento presenta todas las dificultades y extravíos inherentes a la fijación de libre albedrío y de la responsabilidad moral en el adulto, con el agravante que la exploración se realiza en un menor, complicándose así el problema hasta el extremo que los médico legistas pretenden conocer el grado de desarrollo intelectual, moral, volitivo y su posible relación con el delito cometido".

Los principios generales del Derecho penal, en su gran mayoría se modifica frente al adolescente que delinque, es así como se ha formado lo que con justeza se llama el Derecho penal de los menores que es un derecho "protector y preventivo" por excelencia.

COLL, sostiene que "no es científico el criterio de la responsabilidad del individuo por el sólo hecho de vivir en sociedad, sus acciones son el reflejo de esa sociedad que le acusa e inculpa, y por tanto ella misma debe asumir la responsabilidad para evitar el delito. Afirma que es necesario pasar la responsabilidad del individuo a la sociedad por ser ella a quien le incumbe el peso de las consecuencias. En virtud de este criterio la sociedad no debe defenderse sino organizarse, es así como la "técnica jurídica" de la peligrosidad, teniendo como base la "responsabilidad social" soluciona todos los problemas criminológicos, incluso el de los menores.

La psicología moderna establece que los procesos de motivación de los menores difieren de los adultos, no sólo en sentido intelectual sino también por el juego más libre de la instintividad. Esta evolución llevó a que en la formulación de la JGG (Jugendgerichtsgeset = Ley Judicial de Menores) se agrega a los presupuestos de responsabilidad juvenil hasta allí admitidos (capacidad de comprender y dirigir las acciones), hasta la

necesidad de madurez intelectual y espiritual, con lo que se arribó a un método biológico-psicológico" ³⁴.

SCHAFFSTEIN, afirma que "la capacidad de comprensión requiere una cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representaciones de valores espirituales o madurez ética que permita comprender los postulados a normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La versión actual de la ley no exige por otra parte una específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico, sino apenas de una comprensión del injusto material del hecho, que se adecue el grado de conciencia que pueda poseer el autor" ³⁵.

En cuanto a la capacidad de actuar o dirigir las acciones sucede con frecuencia que menores que están en condiciones de reconocer lo justo del hecho que cometen, no tienen al mismo tiempo la madurez de carácter suficiente para imponer tal reconocimiento como base de su accionar para algunas formas delictivas contra la honestidad (estupro, rapto, violación).

Se debería tener siempre en cuenta que el instinto sexual de la pubertad irrumpe con tal fuerza que arrolla todos los frenos inhibitorios y representaciones valorativas.

³⁴ *Jugendgerichtsgesetz (Ordenamiento Penal de Forma y Fondo para menores de Alemania) = Ley Judicial de Menores*

³⁵ *Cit. Schaffstein F.- en revistas ILANUD Nro. 17 y 18, Pág. 52*

CAPITULO III

LA IMPUTABILIDAD Y MINORIA DE EDAD EN LA CIENCIA PENAL

3.1 IMPUTABILIDAD.- CONCEPTO Y SÍNTESIS

“Decimos que un individuo es penalmente responsable cuando puede cargarse a su cuenta el delito y sus consecuencias”. (Carrara)

Para que un hecho pueda considerarse un delito, no solamente es necesario que el acto sea típicamente antijurídico y culpable, sino que también debe ser imputable a un hombre, vale decir, que al análisis típicamente antijurídico del hecho debe seguir el de la relación que este tenga con su autor. Por otro lado, deberá examinarse si ese sujeto , que es un hombre es capaz de imputación penal, es decir, si no se trata de un niño, en cuyo caso no se podrá imponerle la pena y solo a lo sumo medidas de seguridad.

Por ello, por una parte debe hacerse en abstracto el análisis de los elementos constitutivos de la figura delictiva validos para todos los casos, por otra es necesario considerar el posible sujeto del delito con independencia de la comisión de un acto delictuoso, para llegar en último extremo a determinar la relación subjetiva y jurídica entre el delito y el autor. De modo que el hecho que ofrezca todas las características formales externas de la figura, podrá no obstante no constituir verdadero delito, por ausencia del nexo necesario y querido por la ley para que a su autor pueda considerársele culpable.

Es más, una verdadera causa de inimputabilidad, como la minoridad, no tiene relación con determinado hecho, sino que siempre es

una situación o estado del sujeto, ya que esta situación habría suprimido la responsabilidad tanto por el hecho concretamente cometido, como por cualquier otro. Es importante porque en ello se diferencia la imputabilidad de la culpabilidad, pues en esta última importa siempre una relación entre el sujeto y determinado hecho imputado.

Soler aconseja que en estas cuestiones de carácter subjetivo como la minoridad, debe en primera instancia examinarse si se trata de un sujeto bajo esa condición de menor de edad, y solo después corresponde examinar la relación concreta del hecho, es decir, la culpabilidad.

Para **Jiménez de Asúa**, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país; pero en cuanto a su carácter de delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por ello se ha dicho que para determinar si un sujeto es imputable o inimputable, ello solo podrá hacerse con un criterio criminológico mediante la directa observación del individuo, tomando como referencia la ley penal, pero con total independencia del caso concreto de la comisión del delito.

Por ello, puede definirse la imputabilidad como la facultad de obrar normalmente y **Von Liszt** lo ha hecho diciendo que: "es la capacidad de conducirse socialmente, es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres" ³⁶.

Actualmente, "en el ámbito de la dogmática jurídicopenal, el estudio de la imputabilidad sigue apareciendo relegado, esta vez, porque debido a la nueva "crisis del concepto de culpabilidad", los penalistas se han limitado a buscar el fundamento material del concepto de culpabilidad. Si bien es correcto entender que estos dos fenómenos están estrechamente

³⁶ *Cit. Enciclopedia Jurídica "Omeba". Tomo XV, Págs. 234, 235*

vinculados y que la idea de culpabilidad de la que se parta, se reflejara en la construcción del concepto de imputabilidad, lo que resulta difícil de comprender es como se ha dejado de lado las reflexiones correspondientes a uno de sus requisitos: la imputabilidad que, a pesar de la evolución de la ciencia penal, se ha quedado anclada en el pasado.

“La discusión sobre la imputabilidad sigue moviéndose en torno a la vieja polémica del libre albedrío que, como hemos dicho, iniciaron los seguidores de las Escuelas Clásicas y Positivista. La doctrina mantiene una visión clásica de la imputabilidad (está con distintos matices, se define como capacidad de comprensión de lo injusto y capacidad de dirigir la actuación conforme a dicha comprensión o, más modernamente, como capacidad de motivación). De hecho, al establecer las causas de inimputabilidad, lo que nos limita al momento de estudiar los factores que originan dicha condición, ya que éstos se reducen a analizar la existencia de capacidad cognitiva y volitiva, ignorando así una multitud de otras circunstancias que también influyen en el sujeto. ¿Debe entenderse que el menor es imputable o tenemos que entender que la minoría de edad es un caso especial de inimputabilidad ?. Asunto de muy compleja respuesta, sobre todo considerando que la respuesta a estos interrogantes podría crear una nueva forma de entender a los menores de edad, pues si los que hasta ahora casi indiscutiblemente eran inimputables dejan de serlo” .

En la actualidad, es difícilmente aceptable el argumento de la incapacidad de comprender y querer del menor de 18 años. En este sentido, **Ríos Martín**, ha manifestado que la doctrina tendrá que, o bien admitir que a partir de los 13 o 14 años el menor posee capacidad de autodeterminación o bien desvincular el elemento imputabilidad del delito. De lo contrario, se caería en la falacia de elevar formalmente la edad penal a los 18 años, pero en la práctica se bajaría a los 14 años, frente a

personas a quienes no se reconoce capacidad de comprender y dirigir sus actos".³⁷

La imputabilidad es definida como la capacidad de comprender, la antijuricidad de su conducta y determinar su actuar conforme a esa comprensión, es decir, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad. Por ende y, en segundo término, el fundamento de la imputabilidad es precisamente la capacidad de autodeterminación del sujeto. Existe coincidencia de varios autores que clasifican a los sujetos en imputables (los capaces de autodeterminación) e inimputables (no poseen dicha capacidad). Una vez afirmada su culpabilidad, para los primeros rige un "derecho penal represivo" (se les puede imponer penas) y para los inimputables impera un "derecho penal preventivo" (se les imponen, en su caso, medidas de seguridad) fundamentado en la peligrosidad que demuestre.³⁸

3.2 IMPUTABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD JURÍDICO-PENAL

Partiremos del alcance de la influencia de las concepciones clásica y positivista de la culpabilidad e imputabilidad, la doctrina clásica que va desde Carrara hasta Welzel, fundamentan la imputabilidad en la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre; entonces desde este punto de vista, la pena tiene un carácter de retribución moral y por lo tanto presupone que ha de sufrirla el sujeto "moralmente imputable", vale decir, inteligente y libre. Declara así inseparable la imputabilidad penal y el libre albedrío; pues no hay imputabilidad penal sin imputabilidad moral y de ésta sin libre albedrío, es decir, sin libertad de elección.

³⁷ HALL GARCÍA, Ana Paola, en *Responsabilidad Penal del Menor*, Págs. 134-137

³⁸ Vid. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed. 1996. pág. 258

Para que a un sujeto se le pueda imponer justamente la obligación de responder por un hecho delictivo, debe tener capacidad de comprender y determinarse libremente, vale decir, debe tener inteligencia y libertad; por tanto, según Soler, esta doctrina "se construye sobre la idea del hombre como ser moral, dotado de libre arbitrio y sobre el sistema del derecho natural, como orden normativo al Derecho positivo", por ello no solamente la pena, sino el Derecho penal queda totalmente excluido para aquellos que violan el orden jurídico, pero carecen de capacidad y determinarse: el hombre es responsable porque es inteligente y libre; antes de violar la ley, lo ha hecho en su corazón, y es de esa falta de lo que responde.³⁹

Como puede verse, en este planteamiento la libertad desempeña un papel fundamental a la hora de comprobar la existencia de responsabilidad penal. De ahí que este autor sostuviera que la libertad "es un atributo indispensable de la voluntad, de modo que esta no puede existir sin aquélla, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad."⁴⁰ Más explícitamente "la libertad de elegir, como potencia abstracta del ánimo, jamás puede quitarse al hombre. Aun el que cae desde una altura, mientras cae y se da cuenta que cae, no quisiera caer. La libertad como idea sigue permaneciendo en él, pero es imposible la realización de esa idea". En suma para Carrara, el concepto de culpabilidad se construye sobre la comprobación de la existencia de un nexo psíquico, o psicológico, del autor y su hecho; el establecimiento de la responsabilidad penal de un sujeto depende de la constatación de que, al momento de cometer el hecho delictivo, éste se encontrará libre en su

³⁹ Cit, Tomado de la *Enciclopedia Jurídica "OMEBA"*, Tomo XV, Pág. 236³⁹ Vid., CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. 1., (trad. Ortega Torres y Guerrero) Bogota, 1956. p.71

⁴⁰ Vid., CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. 1., (trad. Ortega Torres y Guerrero) Bogota, 1956. p.71

actuar. Según este planteamiento la libertad es, en fin, la base de la responsabilidad penal”

Sin embargo como es sabido, el estudio de la culpabilidad como una categoría autónoma, sólo pudo desarrollarse desde el momento en que se hizo la distinción entre injusto y culpabilidad. El fundamento de la culpabilidad era la libertad, pero no en sentido amplio, y explicada por la metafísica, sino libertad desligada del libre albedrío y referida exclusivamente al ámbito jurídico.⁴¹

Von Litz, se refiere a, “que la libertad, es la libre decisión de determinar la voluntad de acuerdo a las normas que regulan en general, nuestro comportamiento dentro de la sociedad”. Así, en esta definición de culpabilidad se percibe un acercamiento del derecho a la sociedad en la que desempeña sus funciones.

La imputabilidad, según **Frank**, es definida 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”. La declaración de inimputabilidad, y la supuesta absolución penal, requieren la total carencia de libertad e inteligencia. De este modo, nuevamente los inimputables son los inferiores, los que no saben ser libres, los que no poseen inteligencia.

El concepto normativo de culpabilidad en este período se caracteriza por introducir elementos valorativos, aunque el objeto a valorar sigue siendo el mismo, es decir, que el contenido psicológico de la culpabilidad y su fundamentación en el libre albedrío se mantiene; el único cambio es la perspectiva desde la cual se analiza este contenido, que

⁴¹ Vid., GONZALEZ GONZALEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español, Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Granada, 1994. pp. 203-204

pasa de ser empírica a ser valorativa”⁴²

Por último para Welzel, la culpabilidad no se agota en la relación de contrariedad entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que, además precisa realizar un reproche al sujeto porque no omitió la acción antijurídica, pese a que pudo haberlo hecho. La conducta del autor no es conforme a derecho; entonces, la culpabilidad es un juicio de reproche que se basa en el libre albedrío, es decir, en la capacidad de determinarse conforme a sentido, la imputabilidad está definida como la capacidad para determinarse conforme a sentido, es decir, la imputabilidad es la condición central, es la condición de culpabilidad de un sujeto”⁴³

Los elementos de la imputabilidad, son dos: uno cognoscitivo, que mide el conocimiento del injusto y otro volitivo, que se refiere a la capacidad de actuar conforme a ese conocimiento, es decir, conforme a sentido”.⁴⁴

El juicio sobre la capacidad de culpabilidad, de una persona, es un juicio existencial e individual; por esto, y ante la imposibilidad en la que se ha visto 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 que se supone que esa capacidad no existe”. Así, llega a determinarse 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 anormalidad mental no son capaces de culpabilidad”.⁴⁵

⁴² HALL GARCIA, Ana Paola, en *Responsabilidad Penal del Menor*, Págs. 99-100

⁴³ Vid. MIR PUIG, *Ult. Cit.*, pp 535 y 536

⁴⁴ Vid. WELZEL., *Derecho Penal Alemán. Parte general. 11ª ed.*, Op. cit., pp., 216-217

⁴⁵ Vid. WELZEL., *cit.*, pág 217

Según este planteamiento, la definición de imputabilidad, "es un juicio que sirve para clasificar a las personas que poseen la capacidad de determinarse conforme a sentido, lo que es lo mismo, de ser libres para autodeterminarse, de las que no poseen dicha capacidad. De esta manera se originan dos clases de personas: las que tienen capacidad para ser libres, y las que no poseen esa capacidad. Por esta razón, la declaración de inimputabilidad posee un significado de minusvalía y de desigualdad en relación con los imputables, a la luz de estos razonamientos, la definición del menor como inimputable, lleva aparejada una etiqueta de incapacidad para conducirse con base en su libertad".

Contrario a esta escuela clásica, se encuentra la doctrina positiva, que en un principio optó por la negación metafísica del libre albedrío y la afirmación del determinismo, a juicio de esta doctrina, el principio de la imputabilidad moral desarma a la sociedad contra las formas más peligrosas de la delincuencia. Debe rechazarse toda pretensión ética y basar el derecho penal en la defensa social; el sujeto no debe responder porque es inteligente y libre, que no lo es, sino porque es un ser social. Bastara con que sea autor material de la infracción, no le interesa si el sujeto es normal o anormal, suprime así la diferencia entre imputables e inimputables y el hombre responde no en cuanto es libre, sino por el hecho de vivir en sociedad. La doctrina de la imputabilidad es sustituida por el estudio del delincuente, por la clasificación de diversos tipos psicosociales de delincuentes y en cuanto al elemento subjetivo propiamente dicho, la principal investigación es la de los móviles del hecho.⁴⁶

Como podemos ver, la doctrina positiva ha quedado impregnada en nuestra legislación, sin embargo, es la postura clásica la que ha gozado de mayor apoyo doctrinal. Así, aunque las versiones antiguas del

⁴⁶ Cit. *Enciclopedia Jurídica "OMEBA"*, Tomo XV, Págs. 236-237

clasicismo, no lograron delimitar conceptualmente la imputabilidad, si optaron claramente por fundamentar la culpabilidad en el libre albedrío .

La postura del positivismo, frente al tema de la responsabilidad penal e imputabilidad, era no solo distinta a la escuela clásica, sino opuesta, pues puede resumirse en el desmonte de todo el sistema de garantías implantadas por la escuela clásica, esto es observado en tres aspectos.

“El delito. Este deja de ser estudiado como límite a la actuación del Estado, 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”.

“La responsabilidad penal, El concepto de culpabilidad desaparece y es reemplazado por la idea de responsabilidad social que, básicamente, consiste en que el delincuente, por su naturaleza, ésta determinado al delito. Por eso, las consecuencias penales que se deriven de sus actos, deben fundamentarse exclusivamente en su peligrosidad”.

*“La sanción penal. Si como ya hemos dicho, el delincuente esta predestinado a delinquir por su naturaleza, no es necesario esperar a que lo haga para aplicar una sanción penal, Por eso caben las medidas predelictuales (en clara violación a las garantías que emanan del principio de legalidad) que, como ya hemos dicho se miden conforme a la peligrosidad del sujeto en cuestión. Es decir los positivistas sustituyen la pena, por la medida de seguridad, pues ya no se trata de reaccionar frente a un hecho cometido, sino prevenir actos delictivos futuros”.*⁴⁷

“Como puede verse las diferencias entre ambos planteamientos son abismales, mientras los clásicos utilizaron métodos abstractos y deductivos, los positivistas se basaron en métodos empíricos y objetivos.

⁴⁷ HALL GARCIA, Ana Paola, en *Responsabilidad Penal del Menor.*, Pág. 112

La corriente de los clásicos nació con el auge del liberalismo económico, el planteamiento positivista surgió, en cambio, debido a la crisis de este sistema económico. En tanto que los clásicos se preocupan por limitar el poder del Estado, los positivistas se preocupan por legitimar la intervención estatal.

En suma, los clásicos se ocuparon de construir todo un sistema de garantías a favor del individuo y los positivistas se encargaron de destruirlas".⁴⁸ En definitiva, la negación del libre albedrío que caracteriza a los positivistas, tiene como consecuencia inevitable el rechazo a la idea de culpabilidad y, consecuentemente, el concepto de imputabilidad desaparece, pues la distinción entre sujetos imputables e inimputables es sustituida por la clasificación entre sujetos peligrosos y no peligrosos.

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

Siguiendo la lógica positivista, "la edad era un rasgo importante a la hora de determinar la existencia o no de peligrosidad y el grado de la misma. En caso que el menor fuera encontrado peligroso, entraba automáticamente a formar parte de este segundo grupo de personas peligrosas, de las cuales la sociedad debía defenderse imponiendo medidas de seguridad determinadas de acuerdo a su peligrosidad o, lo que es lo mismo, indeterminadas e inciertas".⁴⁹

Frente a la diferencia de conceptos, entre clásicos y positivistas, surge un sistema que diferencia los imputables de los inimputables, esto

⁴⁸ *Idem. Pág. 112*

⁴⁹ GUTIERREZ FRANCES, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores, Op. cit. Pág. 83*

es que frente a los imputables rigen las garantías de la Escuela Clásica de la presunción del libre albedrío, es decir son capaces de culpabilidad y se les aplican penas como respuesta penal ante la comisión de un hecho delictivo, para los inimputables en cambio, funcionan los conceptos del Positivismo; es decir, el inimputable es anormal, peligroso, incapaz de culpabilidad y susceptible únicamente de la aplicación de medidas de seguridad que sólo han venido ejerciendo la función de defensa social propia del mencionado positivismo.

Bajo el argumento de pretender sacar al menor del ámbito del derecho penal, se creó para él un sistema igualmente punitivo, con la salvedad de que para el menor no eran aplicables las garantías del derecho penal de los imputables; es decir, el modelo tutelar aplicado al menor es que germina como una forma ya no sólo de control, sino de defensa social, pues las desigualdades económicas y sociales que trajo el desarrollo del capitalismo, lo que dejó al descubierto la acumulación de riqueza de unos y la extrema pobreza de otros.

El fenómeno social de la delincuencia juvenil se manifestaba como el resultado de esta inestabilidad, social y el mundo burgués, en plena etapa de consolidación, por lo que en la segunda mitad del siglo XIX, el Estado incorporó dentro de su función tutelar una legislación reguladora del cuidado y protección de la infancia. No obstante en realidad su finalidad era lograr el control del menor, a fin de que su conducta no alterara el orden de la sociedad burguesa, evitando así todo riesgo que implicara una pérdida de su poder.

La tesis correccionalista planteaba que los menores (al igual que los locos) por el hecho de serlo, eran débiles e incapaces de gobernarse. La edad, lo mismo que la enfermedad, es causa limitadora de la capacidad real del individuo. Mientras dicha causa no desaparezca. Mantendrá al sujeto en situación de inferioridad y de necesidad de protección tutelar.

Tal situación necesita ser combatida (y no castigada), con dulzura e inteligencia. Por ello, DORADO MONTERO sostenía que el tratamiento adecuado para el delincuente tenía que ser individualizado, su duración dependerá del tiempo en que la necesidad de protección lo requiera, y como éste no puede saberse de antemano, el tratamiento tendrá duración indeterminada.⁵⁰

Resumiendo, la esencia de la ideología positivista y correccionalista podría plasmarse en que los menores (por el simple hecho de serlo), son considerados incapaces y, por tanto, peligrosos para la sociedad, la cual ha de reaccionar frente a ellos adoptando medidas terapéuticas y protectoras, más nunca penas”.

3.3 FUNDAMENTO DE LA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR

Tomaremos en consideración la postura crítica de BUSTOS RAMÍREZ, que reside en la idea de exigibilidad, consiste en entender que no se trata de personas peligrosas de las cuales ha de defenderse la sociedad, sino de recordar que en ellas, hay una característica común: todas se encuentran en una misma situación al no estar en condiciones de acceder en forma igualitaria a la sociedad. Su participación en el tramado de las relaciones sociales esta condicionada por obstáculos que les impiden o dificultan la satisfacción de sus necesidades y, como quiera que la sociedad tampoco ha cubierto dichas necesidades, esta en la obligación de eximirlos de la aplicación de pena.⁵¹

Esta exención de responsabilidad no es absoluta, pues sí se les exigirá responsabilidad, pero a in nivel diferente. En el sentido que apunta

⁵⁰ DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid 1915, pp190 ss. cit., GONZALEZ ZORRILLA

⁵¹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, “*Imputabilidad y edad penal*”. *Op. cit.*, p, 474

Bustos Ramírez no es correcto que el Estado exija igual responsabilidad al imputable y al que no lo es, pues si frente al inimputable no se han facilitado su participación igualitaria en sociedad, tampoco podrá exigírsele responsabilidad en las mismas condiciones que al resto de imputables.

La inimputabilidad debe valorarse respecto a todas sus causas como una decisión no exclusivamente naturalística, sino conjuntamente sociopolítica y de política criminal y por ello, debe explicarse el carácter diferenciado de la responsabilidad de los menores (responsabilidad penal, no criminal), pero no como una idea a agregar desde las bases extrínsecas de la inimputabilidad, sino desde la construcción misma de la inimputabilidad.

Como consecuencia de lo aquí expuesto, cabría concretar los siguientes puntos. El menor es y debe seguir siendo inimputable, en virtud de una decisión valorativa y no sólo porque puede ser inmaduro, o no sea bastante maduro. Como hemos dicho, los conocimientos de la psicología nos han demostrado que la madurez es un estado de desarrollo en el que inciden un sinnúmero de elementos. Además cada uno de estos factores, influye de forma diferente en cada persona, por ello, al hablar de madurez nos referimos a un desarrollo evolutivo, único y distinto en cada ser humano. De tal manera, no puede decirse que todos los menores sean inimputables por ser inmaduros. Tampoco nos convence fundamentar la inimputabilidad del menor sólo en el argumento de que posee una limitación en sus facultades intelectivas y volitivas, ni en que sea inmotivado (o con capacidad anormal o insuficiente, de motivación, como afirman algunos autores) pues, como ya hemos dicho, las bases de la educación se fundamentan, precisamente en que, con carácter general, el menor es capaz de asumir valores y pautas de conducta.

Si el menor es inimputable, es porque pertenece a un grupo de

personas que por distintos factores (algunos biológicos, psicológicos, sociales, culturales, etc.) ha tenido dificultades para participar igualitariamente en sociedad. Y como el Estado tiene la obligación de observar el principio de igualdad en el sentido de tratar desigual a los desiguales para hacerlos lo más iguales posible, se ve en la obligación de prever para ellos un nivel de responsabilidad diferente, a través de la categoría de inimputabilidad.

El juicio de inimputabilidad, no debe conllevar ninguna discriminación, ni estigmatizar a los inimputables como seres inferiores e incapaces. Así, los menores no son menos personas que aquellos que se reputa como imputables, ni tienen dignidad y autonomía, simplemente, son personas en situaciones de desigualdad pues además del incumplimiento efectivo de los derechos sociales del menor es el ordenamiento jurídico, en general el que nos demuestra la desigualdad del menor para acceder a los medios participativos imprescindibles para actuar en sociedad: desde su nacimiento el menor es titular de derechos, pero no puede ejercerlos de forma activa en el ordenamiento jurídico hasta que no posea la capacidad de obrar o de ejercicio (esta condición se da al cumplir la mayoría de edad, salvo las excepciones especiales previstas en cada legislación). Así, el menor no puede elegir los representantes de la sociedad, tampoco ser electo, ni tiene capacidad contractual, por lo que tiene limitaciones jurídicas. Frente a esta situación de desigualdad del menor es necesario aplicar la fórmula del principio de igualdad en el sentido que hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos es iguales. Insistimos en que no sólo ha de buscarse una igualdad formal, también ha de procurarse que el reconocimiento de las desigualdades tenga como fin el logro de una igualdad substancial.

Si al menor no lo hemos satisfecho sus necesidades, ni le hemos permitido hacerlo e integrarse como miembro activo y participativo de la

sociedad por pensar que aún no ésta preparado para asumir los mismos derechos del adulto ¿cómo olvidamos este argumento a la hora de exigirle responsabilidades ? La aceptación de las especiales necesidades en el menor debe tomarse en cuenta tanto a la hora de otorgarle la titularidad de sus derechos, como a la hora de exigirle responsabilidades. En suma, sus especiales necesidades deben traducirse en la unificación de garantías.

En vista de todo esto, el menor es inimputable por una decisión que dista mucho de ser sólo naturalística, sino también sociopolítica y políticocriminal, que refleja la obligación del Estado de considerar su especial condición en la sociedad. Este deber se establece ya en forma constitucional, ya que es 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. Así la declaración de inimputabilidad debe entenderse como un deber del Estado, no como muestra la solidaridad hacia el inferior inimputable. En definitiva, no debe excluirse al menor del ámbito de los inimputables, porque su declaración de inimputabilidad se basa e una decisión estatal, que en ningún caso debe conllevar un significado de minusvalía. El menor es un sujeto responsable penalmente, sólo que por las razones expuestas, responderá de forma diferente del adulto.

3.4 CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INIMPUTABILIDAD

No se puede afirmar que el juicio de inimputabilidad del menor conlleve una exención de responsabilidad. El menor que ha cometido un hecho delictivo, es responsable de ello.

El surgimiento de la idea tutelar, trajo consigo una importante acogida dentro del nuevo sistema regulador de la responsabilidad de los menores, esta novedad legislativa proponía la imposición de medidas educativas y pedagógicas al menor, según la teoría del correccionalismo positivista se afirma que respecto al menor el derecho penal ha desaparecido y se ha transformado en obra humanitaria y benéfica, además sostenía que el delito era muestra de la mala condición psíquica del delincuente, de su condición moral débil y, en suma, de su incapacidad para gobernarse normalmente. Dentro de este conjunto incluía a los menores y los locos quienes, según esto, necesitaban protección.

“La esencia de esta fusión de ideologías (positivista y correccionalista) tuvo como resultado la consideración del menor como un sujeto que (por el mero hecho de ser menor) era incapaz y, por ello, debía aplicársele medidas protectoras y terapéuticas que por su propia naturaleza había de ser indeterminado. Todos estos principios se recogieron en la legislación de menores, que se orientaron sobre teorías tutelares, como vemos, la ideología protectora del menor sirvió desde sus orígenes para excluir al menor del sistema de garantías propio del derecho penal. Si antes no podía hablarse de una irresponsabilidad penal del menor, actualmente tampoco puede decirse que el menor que cometa un delito no sea responsable por ello. Como ya se ha dicho la declaración de inimputabilidad no significa irresponsabilidad, pues, aunque las medidas aplicadas a los menores tengan un fundamento distinto, en realidad conllevan igualmente una restricción de derechos”.⁵²

Cosa diferente es que, en virtud de su declaración de inimputabilidad, se les exima de responsabilidad penal común, pero en ningún momento se habla de una exención de toda responsabilidad. Entendemos que se

⁵² Cit. *Varios autores como González Zorilla, Jiménez Salinas, Ríos Martín y otros.*

adopte esta postura, pero como consecuencia de un planteamiento políticocriminal, en vista a las especiales necesidades del menor, que lo hacen ubicarse en un grupo diferenciado en la sociedad y para evitarle los efectos violentos de la pena. Aunque este propósito no se alcanza a cumplir en su totalidad, dado que, al final de cuenta, termina por aplicarse verdaderas sanciones al menor (aunque se llaman medidas educativas, en algunos casos es su contenido sancionador el que predomina). Además, debido a este disfraz terminológico, del que ya se ha hablado, el menor suele ser visto por la sociedad como un irresponsable, como un ser peligroso y sin autonomía. Pero, que el logro (de abandonar la consideración del menor como incapaz e irresponsable) esté por construir, no significa que debemos renunciar a él: es precisamente la exigencia de una responsabilidad diferente y sus consecuencias menos duras, lo que le da sentido a la declaración de inimputabilidad. En definitiva, la irresponsabilidad que pretende alegarse respecto a los menores inimputables es ficticia. Más que eso, es incierta respecto al conjunto de los inimputables y este es un rasgo común a los inimputables en general y al menor inimputable.

3.5 DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD PENAL

Los métodos que a lo largo de la historia se han usado para determinar la menor edad, han sido el discernimiento y el sistema biológico, ya que "no es acertado entender la inimputabilidad como inexistencia de capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a dicha comprensión, debemos entender la inimputabilidad del menor como el resultado de decisiones sociopolíticas y políticocriminales que con base constitucional, comprometen al Estado a considerar las especiales necesidades del menor, también a la hora de exigirle responsabilidades.

“Desde este punto de vista resultaría incongruente apoyar el sistema del discernimiento porque, además de la vaguedad de su concepto, y de las múltiples dificultades en las que el juez se vio a la hora de decidir si el menor tenía, o no, capacidad de discernir”, y es que desde que se descarta que la inimputabilidad deba verse en razón a criterios biopsicológicos, el saber si un menor tiene o carece de capacidad de discernimiento, no nos preocupa. La inimputabilidad del menor es un juicio valorativo que no debe circunscribirse exclusivamente a la capacidad de discernimiento del menor. Por lo que el Estado tiene el deber de exigir un nivel de responsabilidad diferente a todos los menores que se encuentran dentro de los límites de la menor edad, independiente de si son más o menos capaces de discernir”- ⁵³

No vemos la razón por la que no ha de aplicarse, para determinar la minoría de edad, el mismo sistema que se usa a la hora de establecer el límite de edad en el que se le otorgan al menor la capacidad jurídica para ejercer sus derechos. Si el sistema jurídico en su globalidad adopta el criterio biológico-cronológico al establecer que hasta los dieciocho años el menor no está en condiciones de integrarse con participación activa en la sociedad, ello basándose en una concepción puramente biológica y cronológica (no habla de la evaluación de capacidades intelectivas, volitivas, ni psicológicas). Entonces ¿por qué a la hora de delimitarla franja de edad en la cual termina la exención de responsabilidad penal común hemos de adoptar otro criterio?

Como todo sistema, el biológico-cronológico, no es perfecto. Respecto a él, se han desencadenado una serie de críticas que fundamentalmente se dirigen a la rigidez que presenta y, en cierta medida, a una presunción de imputabilidad muy fuerte, respecto a los mayores de edad. Es más

⁵³ HALL GARCÍA, Ana Paola, *Aproximación a la problemática de la imputabilidad y minoría de edad en la ciencia penal*, pág. 213

consideramos que por las razones apuntadas de seguridad jurídica es el más conveniente a la hora de determinar la minoría de edad jurídicopenal.⁵⁴

⁵⁴ *Idem.* Pág 214.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE INFRACTOR

4.1 RESPONSABILIDAD.- ALCANCE CONCEPTUAL

La responsabilidad implica una posición ética que no es otra cosa que cuestionar el acto, sentirse comprometido en el mismo como sujeto, sentir que se debe responder, preguntarse lo que lo produjo y el deseo comprometido en el mismo, en otras palabras hacerse responsable es sentirse implicado en el acto como sujeto del inconsciente. El concepto de culpabilidad introducido por Freud sitúa al sujeto en relación al acto de una manera estructural y no contingente.⁵⁵

Se define la responsabilidad penal como la obligación de deber sufrir las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de un hecho punible, también significa consecuencias jurídicas de una violación penal. Como se ha dicho, tres conceptos jurídicos se han manejado en torno a la responsabilidad penal, con diferente significado según la doctrina penal dominante, así: imputabilidad, inimputabilidad y culpabilidad, pero la doctrina penal y la jurisprudencia tenían, al respecto, criterios bien definidos.

La responsabilidad penal se edificó sobre el principio del "libre albedrío", del cual se deducía la culpabilidad. Este criterio cambio radicalmente con la orientación de la escuela positiva, con la negación del libre albedrío , y fundamentación de la responsabilidad penal en la acción psicofísica del autor del hecho y su peligrosidad social, (responsabilidad

⁵⁵ RESTREPO GONZALES Diana Patricia. *"La responsabilidad psicológica del menor infractor"*
2004

legal o social), para el positivismo penal, la culpabilidad era presupuesto de la pena y no de responsabilidad penal, esta podía atribuirse, tanto al que obro con culpabilidad como al que lo hizo sin ella, pues ambos eran socialmente peligrosos.

El desarrollo doctrinario, distinguió claramente dos categorías de sujetos penalmente responsables que son los imputables y los inimputables; incluidos en los segundos los menores de edad

La doctrina y jurisprudencia penales se enfrascaron en grandes debates sobre la clase de responsabilidad penal de los inimputables; así, responsabilidad objetiva, referibilidad psíquica del hecho punible del inimputable; reconocimiento de causales de justificación e inculpabilidad.

“La presunción de inimputabilidad del menor de edad y sus consecuencias de orden penal, es una tesis que se esta abandonando en las legislaciones del mundo. Hoy se acepta que dentro de ciertos límites cronológicos, el menor de edad tiene la capacidad de obrar culpablemente y, por consiguiente, sujeto de una atribución de responsabilidad penal, pero su condición de menor de edad, con el reconocimiento constitucional de derechos y garantías fundamentales, exige que penalmente sea tratado en forma diferente a adulto. Principio fundamental es que la imputabilidad del menor no se presume y debe siempre demostrarse.”⁵⁶

⁵⁶ RESTREPO GONZALES Diana Patricia. *La responsabilidad psicológica del menor infractor*. 2004

4.2 EDAD Y RESPONSABILIDAD.

Al haber tomado consideración sobre la maduración y la capacidad de discernimiento en el menor para actuar o de dirigir sus acciones, así como de su comprensión con respecto a la criminalidad del acto anteriormente visto, es necesario dar un enfoque de lo que representa la responsabilidad del menor frente a su edad.

Así el restablecimiento del orden social alterado por una conducta desviada de contenido delictivo, se ha considerado satisfecho a través de los tiempos, con la atribución derivada de la medida sancionatoria impuesta al sujeto perturbador.

El supuesto básico sobre la edad para la responsabilidad penal radica en las divergencias sobre el alcance de la plena madurez bio-psico-social en los individuos. Los adolescentes contemporáneos asumen y realizan eficazmente múltiples responsabilidades en la escuela, en el deporte y en el trabajo donde experimentan numerosas oportunidades formativas que exigen su decisión, estimulan su sentido de justicia, afirman su lealtad y cumplen compromisos a ellos encomendados. En ese vivir (manera de encontrarse así mismo, caer y eludir confusiones, alcanzar su identidad, relevarse para afirmarse), el adolescente plasma su propio ser transitando por contradicciones y síntesis, son agentes de tareas encomendadas o espontáneas que pueden indicar madurez, pero no serán definidos como maduros a los efectos penales completos si tienen menos de dieciocho años. Este término cronológico se tolera, hasta que un crimen con elevado impacto emocional excita el sentido social retaliativo y reclama una fijación menor para la imputabilidad.

La simple reducción del límite de edad para la responsabilidad penal no será suficiente para limitar la delincuencia infanto-juvenil que responde a un complejo de condiciones bio-psico-sociales.

El párrafo 47 del Código penal alemán sostiene que "la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación, deberán tenerse en cuenta las consecuencias que se han de esperar para la vida futura del autor en sociedad, a resultas de la aplicación de la pena"⁵⁷.

Esta dificultosa compensación entre la culpabilidad y las finalidades especiales preventivas, orientadas a la vida futura en sociedad; ya que en el derecho penal de menores juega un papel muy diferente, ya que estos tienen características especiales a lo largo de su evolución y no se los puede atribuir el mismo grado de responsabilidad que la tiene un adulto, es decir la responsabilidad legal por los actos cometidos por un menor disminuye, y toda intervención oficial respecto a los mismos, preventiva o represiva se coloca bajo la óptica pedagógica, en consecuencia la ley penal alemana determina el grado de madurez suficiente o necesaria que tiene el menor para responsabilizarlo por un acto, factor que junto a la edad, nos distancia del derecho penal general, donde el libre albedrío o autodeterminación o voluntad final de las personas capaces mayores de veintiún años, se presume del mismo modo que su madurez. Lo que caracteriza al autor relevante para el derecho de menores que infringen la ley penal es en principio su falta de imputabilidad, consecuencia de no haber alcanzado el límite de madurez requerida por la ley.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores, conocidas como "Reglas de Beijing", aprobada por la Asamblea General, manifiesta en su regla cuarta: "En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad

⁵⁷ Publicaciones "ILANUD" Nros. 17-18

demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual"⁵⁸.

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales, el enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial.

Al hablar de la responsabilidad, el Art. 66 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que los niños, niñas están exentos de responsabilidad jurídica; pero, adiciona que los adolescentes son responsables por sus actos jurídicos y hechos ilícitos, en los términos de este Código.

Si el comienzo de una mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, el matrimonio). El Art. 66 del Código de la Niñez y Adolescencia establece en su párrafo primero que "Los niños y niñas están exentos de responsabilidad jurídica, por sus hechos y actos dañosos, responderán civilmente sus progenitores o guardadores en los casos y formas previstos en este Código"⁵⁹.

⁵⁸ *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores Art. 4to*

⁵⁹ *Código de la Niñez y Adolescencia Art. 66.*

La actual legislación ecuatoriana en materia de infancia y adolescencia, destaca que los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a medidas de carácter socioeducativa; pero establece, que si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el Art. 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención, prohibiéndose su detención e internación preventiva, para lo cual si de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, el Juez de niños y adolescentes las adoptará mediante resolución judicial o administrativa, respetando las condiciones y requisitos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia. con el fin de promover su desarrollo, dignidad y responsabilidad.

Los niños, niñas y adolescentes constituyen un conjunto integro de Derechos Humanos, es decir son considera ya con un "Interés Superior", de ser sujetos de derechos, La primacía de sus derechos es una clara manifestación del Estado Social de Derecho, la cual se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y de protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión" son derechos fundamentales de los niños que deben ser protegidos por el Estado. El espectro de amparo concedido por el ordenamiento jurídico a los menores de edad es más amplio que el que pudiera otorgarse a cualquier otro sector de la población, ya que sus derechos priman sobre los de los demás. "esto relacionándolo sobretodo,

con la inquietud universal de otros grupos humanos, cuyos derechos muchas veces son violados a título de protección como es el caso de ancianos y enfermos mentales institucionalizados.⁶⁰

Doctrinariamente, la justicia para los menores supera la dimensión burocrática procesal y represiva para moverse como una forma institucionaliza de acción social. De ello depende sus vínculos y su enriquecimiento aportado por las ciencias positivas del hombre.

Es preciso reconocer que los jóvenes con problemas de conducta son producto de una situación atribuible en mucho a la propia sociedad que las produce, como se constata en la inexistencia de lazos familiares estables e incompletos, lo que acarrea el tan mentado abandono físico, direcciones y barreras; conflictos, metas y rodeos; necesidades y gratificaciones posibles; pasados y futuros que se modifican y reconstruyen dinámicamente en la continuidad vital aunque pueden esquematizarse en tipos (modelos) correspondientes a las distintas edades en los diversos grupos relacionados dentro de una sociedad total

Las medidas tutelares (como medio para rehabilitar terapéuticamente, recondicionamiento social) predominantes en el derecho de menores aspiran a crear, corregir o complementar el sentimiento de responsabilidad comunitario. Cave mencionar que los procesos educativos inapropiados, en que hay un contraste que los jóvenes no aceptan como es el choque entre una rígida disciplina impuesta desde afuera y sobre ellos por los adultos y, su deseo de autodescubrimiento paulatino del mundo que ellos reclaman como un

⁶⁰ Tomado de Revista "LINEAMIENTOS" de DONOSO, Arturo.- ZAFFARONNI, Eugenio Raúl. "SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA". "DE PALMA" 1986

derecho y que los adultos debemos comprender y orientar, pero sin represiones excesivas o innecesarias.

LEÓN GRINBERG, W.GLASSER y GAETANO DE LEO, sostienen que: "Los menores, aún de modo inconsciente, se sienten responsables, que frente a sus actuaciones antisociales, se necesita un tratamiento "objetivamente educativo y justamente corrector del menor que comete actos delictivos acoplándose a su desarrollo psicológico responsable, lo cual nos introduce en el campo del Derecho que pretende lograr la justicia y la seguridad en la sociedad, respetando los derechos de igualdad y proporcionalidad a la responsabilidad; y en el caso del menor según su maduración progresiva."⁶¹

FRANK GERALDARD, considera "en su mayoría, las respuestas humanas son aprehendidas y el hombre es ante todo un conjunto de hábitos". Las inconductas del 10% de los jóvenes obedece a causas físicas, cuando en ellos sólo se utiliza la represión, la respuesta a su vez ante la institucionalización es de frustración o de cólera, por impotencia y violencia o de depresión pasiva, que al decir de GERALDARD, los convierte en marginales sociales.⁶² Por ello las instituciones tendrían que estar diseñadas para reproducir la vida familiar que el joven no tuvo en su experiencia familiar por lo que actuó de manera antisocial. En otro sentido, si bien no es posible solo ubicar las causas en lo psicológico como se exagero en determinado momento, tampoco se puede descartar esta realidad como motivante de inconductas.

Necesario es recordar que nuestro Código de la Niñez y Adolescencia estipula que el Juez competente mediante orden escrita y fundamentada, podrá disponer como medida excepcional la privación de

⁶¹ *Varios autores en "Jornadas de estudio de la legislación del menor", Madrid 1.985*

⁶² *Op. cit. GERALDARD, Frank.*

la libertad como último recurso, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, podrá también decretar medidas cautelares de orden personal como la orden de privación de libertad de un adolescente inculpado con el proceso y su eventual responsabilidad en los casos de los artículos 328 y 329; es decir, la autoridad podrá ordenar la detención hasta por veinticuatro horas de un adolescente contra el cual haya presunciones fundadas de responsabilidad por actos ilícitos, con el objeto de investigar una infracción de acción pública y se justifique que es imprescindible para ello la presencia del adolescente; y, también podrá dictar la detención hasta por veinticuatro horas de un adolescente para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar o a la de juzgamiento, en ambas situaciones, el Juez lo hará a petición del Procurador del Adolescente.

Es necesario advertir que el Juez podrá dictar el internamiento preventivo de un adolescente siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad en la infracción investigada; dicho internamiento preventivo puede ser revocado en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte; así mismo este internamiento preventivo no podrá exceder de noventa días, transcurrido los cuales el funcionario responsable del establecimiento en que ha sido internado, pondrá en libertad al adolescente de inmediato y sin necesidad de orden judicial previa.

El objetivo de la investigación, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el Juez pueda de acuerdo a las reglas de este código, aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las

libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que este asuma una función constructiva en la sociedad.

Como hemos visto, la legislación de la niñez y adolescencia en el Ecuador ha dado un paso importante en su estructura al considerar al menor un sujeto activo de derechos, consideración que lo ha hecho en base a los diferentes Convenios Internacionales existentes para la defensa, cuidado y protección del menor que haya o no cometido una infracción.

De todo lo anteriormente dicho, podemos concluir en este punto que si bien el Derecho debe garantizar la seguridad y justicia en la sociedad frente a los menores, no es posible dar respuestas categóricas para su penalización o pues depende de su capacidad de respuesta responsable en cada caso por una parte; y por otra parte no es posible como en muchos países de Europa y América Latina, sólo resolver el problema con la vía fácil de establecer legalmente una edad antes de la mayoría en que al menor no se considera sujeto activo de delito, por inimputable.

Los tratamientos aspiran a establecer, fortalecer o reconstruir una conciencia moral de contribuir al orden social que únicamente podrá ser guardado mediante el compromiso de todos, si los grupos conocen y vivencian como una organización justa y eficaz.

4.3 ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR COMO PRODUCTO DE LA CLARA DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL DE MENORES.

Existe la posición de quienes sostienen que, además del respeto a los límites y garantías del derecho penal, es importante la existencia de un derecho penal del menor, ya que de no preverse, las conductas del menor

infractor serían reguladas por otro tipo de sistema que en la práctica acabaría teniendo naturaleza penal. La entrada de un menor en la competencia de una jurisdicción de tal estilo, no ayudaría, sino que incluso se dificultaría su resocialización, debido a la sensación de manipulación y la consecuente afirmación negativa de su responsabilidad.

Cantarero Bandrés, establece que en vista a las alternativas existentes frente al derecho penal del menor, la sustracción del menor del mismo significaría imposibilitar su reinserción social. La intervención penal clara, proporcionada y aplicada con las garantías correspondientes, el desarrollo del principio de intervención mínima y la despenalización de conductas no lesivas de bienes jurídicos relevantes, conseguirá la socialización democrática del menor. Además una legislación penal con dichas características, es siempre más coherente y menos mixtificadora que un derecho de asistencia y protección frente al hecho punible del menor.⁶³

La ampliación de la intervención represiva en los menores, es producto de la confusión que se da en el concepto de desviación,⁶⁴ pues la conducta desviada del menor no siempre obedece a la infracción de una norma, sino que se amplía de tal modo que conductas no tipificadas como delitos, posibilitan la intervención punitiva en los menores. Es decir, que bajo pretextos rehabilitadores o educadores, se articula un modelo penal tanto o más represivo que el de los adultos porque, como se dice que se trata de un sistema protector (y no penal), se abandonan los principios rectores del derecho penal y desaparecen así, las garantías de control sobre la discrecionalidad punitiva estatal.

⁶³ Vid., CANTARERO BANDRÉS, *La Justicia y los menores*, Op.cit., pág. 118

⁶⁴ Vid., CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia Juvenil y Sociedad en transformación*, Op.cit., pág. 74

El abandono del principio de legalidad y sus sustitución por la necesidad de protección ha originado el problema de no diferenciación entre delincuentes y necesitados de protección. El llamado que hiciera Jiménez de Asúa ⁶⁵, con relación a la necesidad de abandonar dicho requisito en materia de menores, pues no hay en puridad niños delincuentes, sino menores con conductas irregulares, no podría verse, desde este planteamiento, sino como una buena intención que, en todo caso, hay que superar.

Según este planteamiento, es necesario recuperar el requisito de legalismo o se integrará institucionalmente a los menores abandonados y a los que han infringido una norma. Ello sería un error, porque siempre habrá en el desviado carencias insatisfechas, más no a la inversa, pues no es tan claro que las necesidades no cubiertas sean siempre determinantes de la desviación.

Para Cantarero Bandrés, "es apremiante el abandono de la lógica de las necesidades desde el prisma institucional, pues correcto es enmarcarlas donde les corresponde, en el contexto social. Según su opinión hay que otorgar primacía al criterio de los derechos, pues, trabajando sobre las normas jurídicas se alcanza "una coherencia de carácter general que se contempla cuando además se produce una interacción en la que las necesidades individuales quedan satisfechas a través de otras instancias. Es claro que para que el resultado sea óptimo se precisa de una intervención ambos niveles, pero lo jurídico debe ser y pertenecer al mundo del derecho y, en consecuencia, no escapar de él. La asistencia, por el contrario, forma parte del proyecto político-social de

⁶⁵ Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, *La delincuencia juvenil y los tribunales para niños*, Montevideo 1929, pág. 6

la comunidad y hacia la consecución de sus propios fines debe estructurarse sus propios medios”⁶⁶.

Según la autora, la creación de una ley penal es viable, ya que se observaría lineamientos como aquel de construirse sobre la óptica de la culpabilidad, superando el entendimiento de inimputabilidad como incapacidad del menor, para así obtener una conquista democrática: el reconocimiento de responsabilidad en los menores. Con este planteamiento, Cantarero Bandrés parecía adelantarse a las actuales tendencias que han puesto en tela de juicio la consideración clásica del menor como incapaz de autodeterminarse, y además han reconocido la existencia de la responsabilidad penal del menor.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, la respuesta de la culpabilidad por el hecho antijurídico cometido por el menor, debería ser una pena específica (y no una medida), puesto que desde el punto de vista culpabilístico, la ley penal del menor deberá partir de la consideración de este como un actor social. El menor podrá ser considerado culpable cuando se den los presupuestos necesarios para ello pero, en todo caso, el juicio de imputabilidad tendrá un carácter individual y específico, recalando que según Cantarero Bandrés, dicho juicio no expresa sólo la incapacidad de comprensión del injusto y del actuar conforme a dicha comprensión (como sostiene la teoría clásica). Habría que introducir nuevos elementos, como la capacidad de adaptación social, la presión del entorno económico, etc. Si la inimputabilidad sigue definiéndose en términos clásicos, seguirá viéndose como un concepto científico y no como lo que es: un concepto normativo⁶⁷.

⁶⁶ Vid., CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, Op.cit., pág. 223

⁶⁷ Vid., CANTARERO BANDRÉS., “La justicia y los menores”, “Los menores y el derecho penal”

El juicio de imputabilidad significa que hay una incompatibilidad objetiva de la conciencia social del menor en su forma de actuar frente al orden jurídico. Un derecho penal de menores culpabilístico, deberá tener en cuenta que la culpabilidad del menor es condición necesaria, más no suficiente para que se proceda a la imposición de una pena”

Según Cantarero Bandrés, la necesidad de superar la concepción clásica de imputabilidad, trae como una de sus consecuencias la de irresponsabilizar al menor y se termina acudiendo, por razones preventivo generales y especiales, al criterio de peligrosidad del menor y a su capacidad de reeducación. Una vez definido el menor como irresponsable de sus actos, la obligación de corregirlo se convierte en el criterio justificante para aplicarle mecanismos de control social que *(al ser diferentes al concepto de culpabilidad y responsabilidad penal)* alcanzan cotas de intervención mucho más amplias, pues apelando a cuestiones educativas y tutelares, controlan libremente a sectores no funcionales del aparato productivo y, al mismo tiempo, ejercen una función criminalizadora, al estigmatizar al menor ⁶⁸. Además afirma que la imputabilidad entendida así, es también un obstáculo educativo, pues genera desconfianza en el menor, que acaba por rechazar las medidas educativas dentro de un marco reeducativo (y no jurídico-penal), pues al dirigir el problema hacia el menor (haciéndolo ver como un sujeto de personalidad inadaptada al que hay que reconducir según los parámetros correctos de la personalidad que imperen socialmente en cada momento), solo se le confunde. El menor pierde de vista el hecho de haber cometido o no un delito, lo que desvirtúa su concepción de realidad y le hace reaccionar ante un tratamiento que considera injusto y que no va a permitir su resocialización, sino que lo llevará a la confusión y a la afirmación negativa de su personalidad.

⁶⁸ Vid. CANTARERO BANDRÉS, “La justicia y los menores”., *Op, cit.*, p. 111

En suma, la inimputabilidad es el manto tras el cual se han ocultado los conceptos de reeducación y tutela y su necesidad de extender un control menos garantista⁶⁹. Por todo ello, la necesidad de superar el criterio de inimputabilidad de los menores, entendida en términos clásicos, es urgente. Considerar la existencia de responsabilidad penal en el menor es una conquista democrática, pues se garantiza la limitación *al jus puniendi*. No obstante, habría que evitar el carácter segregante de la sanción aplicada al menor y la conformación de las instancias oficiales como estigmatizadoras, como también tendría que huirse del riesgo de utilizar la sanción como un arma represiva tomando como argumento la necesidad de seguridad ciudadana⁷⁰.

En cuanto a las consecuencias de una eventual infracción cometida por el menor, ésta debería ser, una pena específica (y no una medida), pues la asignación de un mismo significado a penas y a medidas, no puede resolverse con un nivel de escasa sinceridad. Es necesario desmitificar las medidas educativas y hacerlas pasar por el mismo tamiz constitucional de las penas, porque ambas son restrictivas de derechos y libertades⁷¹

En este sentido, agrega que una ley que persiga la democratización de la responsabilidad penal del menor, debe observar los siguientes requisitos: la abolición de las medidas de seguridad para los menores, la renuncia a la cárcel (salvo en casos especialísimos definidos por la ley), la creación y aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad, la asunción de responsabilidad del menor por parte de los jueces, la despenalización de conductas no lesivas de bienes jurídicos

⁶⁹ Vid. CANTARERO BANDRÉS, "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación.", *Op. cit.*, p. 237-238

⁷⁰ Vid. Varios Autores, GOMEZ RIVERO, CANTARERO BANDRÉS, en "La nueva responsabilidad penal del menor" y "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación".

relevantes la no intervención penal por debajo de los trece años. Dentro de este marco, las iniciativas de los sectores de asistencia social serán muy útiles, pero no hay que confundir ambos mundos”⁷².

El proceso aplicado a los menores, deberá observar iguales garantías que el ordinario, pues ello supone un límite al control estatal. Además, esto permitirá dejar de aplicar penas camufladas que, bajo la apariencia de ser medidas resocializadoras, en realidad esconden sus fines de defensa social y de marginación efectiva. En definitiva, sólo el reconocimiento del protagonismo y la responsabilidad del actuar social del menor, podrá erradicar su marginación. La intervención penal clara, proporcionada y aplicada con las garantías correspondientes, el desarrollo del principio de intervención mínima y la despenalización de conductas no lesivas de bienes jurídicos relevantes, conseguirá, por fin, la socialización democrática del menor”.

4.4 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL POSITIVISMO

Como se ha dicho, el método naturalista que inspiró el planteamiento positivista tuvo como resultado la negación del libre albedrío, que defendieron los pensadores clásicos. Así, para los positivistas la voluntad criminal dependía de factores antropológicos, como afirmaba Lombroso, sociológicos, según Ferri, o psicológicos, según sostenía Garófalo.⁷³

Pero es Ferri, quien en 1878 se, convierte en el develador del libre arbitrio, sostiene que “la conciencia que tenemos de ser libres, de querer una cosa mejor que otra es una pura ilusión originada en que nos falta la conciencia de los antecedentes inmediatos, ora fisiológicos o psíquicos,

⁷² Idem., CANTARERO BANDRÉS, *“Delincuencia juvenil y sociedad en transformación.”*,

⁷³ Vid., DÍAZ PALOS, *Teoría General de la imputabilidad, Op. cit., p. 91*

de la deliberación que precede a la voluntad".⁷⁴... Por tanto, para que existe el libre albedrío debemos estar exentos de factores que puedan influir en nuestros actos, pero el ser humano está sujeto a la naturaleza y a sus leyes, especialmente a la ley de causalidad, que afirma que todo acto responde a causas que lo motivan. Por eso, el hombre no es libre, porque no puede substraerse de factores que afecten sus actos"⁷⁵.

Ferri, niega el concepto de culpabilidad al decir que "es un elemento extraño y desconocido en la reacción defensiva e individual". En contraposición a la idea de culpabilidad, se afirma el concepto de temibilidad del delincuente, de Garófalo, que se refiere a la comprobación de la existencia de la perversidad que debe esperarse y temerse en él. El delincuente pasa de ser un sujeto culpable, a ser un individuo temible o, lo que es lo mismo, peligroso⁷⁶

Una vez negada la culpabilidad, que le servía de base, el concepto de responsabilidad individual desaparece, y es sustituido por la idea de responsabilidad social, así como el ser humano vive en sociedad y adquiere los beneficios que ello le proporciona, también debe sufrir las sanciones necesarias para garantizar un mínimo orden social"⁷⁷.

El concepto de responsabilidad social se convierte en un instrumento que usa la sociedad para defenderse frente al delincuente, que es definido como un ser peligroso para ésta. La reacción penal, abandona el principio de proporcionalidad entre el daño causado y la culpabilidad del sujeto y adopta la observación de la peligrosidad de éste, como criterio a tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad en el sujeto.

⁷⁴ Vid. FERRI, *Sociología Criminal. Tomo II, (Trads., Soto y Hernández), Madrid 1908*

⁷⁵ Vid., HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología, Valencia 2001, pp.45-80*

⁷⁶ Vid. DÍAZ PALOS, *Ult. Cit. Pp.95-96*

⁷⁷ Vid. BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo, Op. cit., 1 a 45*

Al negar el concepto de libre albedrío y culpabilidad, los positivistas también niegan el concepto de pena, porque, según su planteamiento, resulta imposible determinar la sanción a aplicar sin tomar como base la causa del delito. Además el concepto de pena de los clásicos, lleva implícita la idea de retribución, esta idea, a su vez, presupone libertad y, es precisamente la negación del libre albedrío el punto de partida de los positivistas. En suma, la pena dejó de aplicarse con fines retributivos y de realización de justicia, y pasó a convertirse en un instrumento de defensa por parte de la sociedad ante el delincuente.

Por un lado, Ferri defendió la idea de las medidas de seguridad en sustitución de la pena; es decir, básicamente se diferenciaron de la pena porque se basaban en la idea de peligrosidad, no en la culpabilidad del sujeto y, además estaban dirigidos a la readaptación del delincuente.⁷⁸

Por otro lado, Lozano y Lozano, afirman que "el positivismo había no sólo reemplazado, sino superado los viejos conceptos de libertad moral; de modo que todo el que viole la ley, es responsable socialmente. Sobre el concepto de peligrosidad, dijo que la gravedad objetiva del acto ejecutado no era importante, pues lo que cuenta es el delincuente. De acuerdo a lo anterior, la medida se graduaba según las condiciones personales de cada uno, pues la sociedad debería reaccionar según el peligro (*mayor o menor*) que presente el sujeto para las condiciones de existencia de la sociedad"⁷⁹

Como consecuencia de estos planteamientos, las medidas de seguridad se aplicaban a cualquier persona que demostrara signos de peligrosidad, sin importar que hubiera cometido o no un delito. La duración de la medida a aplicar era indeterminada, porque su finalidad era prevenir delitos que el sujeto pudiera cometer en el futuro y, además, la

⁷⁸ Vid. FERRI, *Los nuevos horizontes del derecho penal y el procedimiento*, Op.cit., p. 102

medida no podía suspenderse mientras la peligrosidad continuara latente en el sujeto.

En definitiva la negación del libre albedrío que caracteriza a los positivistas, tiene como consecuencia inevitable el rechazo a la idea de culpabilidad y, consecuentemente, el concepto de imputabilidad desaparece, pues la distinción entre sujetos imputables e inimputables es sustituida por la clasificación entre sujetos peligrosos y no peligrosos.

⁷⁹ Vid. LOZANO Y LOZANO, *Elementos de derecho penal*, 2^a.ed., Op. cit., pp. 59-111

CAPITULO V

EL PROCESO DE REHABILITACIÓN

5.1 JUZGADOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

De conformidad con la Constitución Política de la República, en la Sección Quinta, relacionado con los Grupos Vulnerables, manifiesta en el Art. 51 que los “menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales”.

Vista la Disposición Transitoria Vigésima Sexta de la norma Constitucional, se establece que “todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieren entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladara a los órganos correspondientes de la Función Judicial...”

Con este antecedente, el actual Código de la Niñez y Adolescencia, en estricto cumplimiento de la norma constitucional recoge la especialidad de los órganos de justicia que tienen relación en materia de niñez y adolescencia, así, el Art. 255 y siguientes del cuerpo legal invocado dice: “Establécese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes...”; a su vez, indica que dicha administración de justicia especializada guiara sus actuaciones y

resoluciones con estricto apego a los principios, derechos, deberes y responsabilidades; sumándose a ello, que la gestión se inspira en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorizando la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia; por lo que, todo procedimiento judicial que se sustancie en materia de niñez y adolescencia se observarán las garantías del debido proceso; es decir, las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediatez, el derecho a ser oído y las demás garantías provenientes del debido proceso; por lo que el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal.

5.2 JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.- ASPECTOS ORGÁNICOS

La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia esta conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia, la misma que cuenta con una Oficina Técnica, considerada como un órgano auxiliar de la Administración de Justicia, funcionara en cada distrito judicial, una Oficina Técnica integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con niños y adolescentes, que se considere necesario, en el número que para cada caso determine el Consejo nacional de la Judicatura, Oficina que tendrá bajo su responsabilidad, la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los Jueces de Niñez y Adolescencia, y cuyos informes tendrán el valor de pericial; es decir el Juez requerirá de estas prácticas técnicas o científicas para determinar el grado de participación del adolescente infractor y no basarse solamente en la observación de la

conducta del niño o adolescente en eventual conflicto con la ley como anteriormente se lo hacía; es decir antes de la promulgación de la Ley de la Niñez y Adolescencia; el desaparecido Tribunal de Menores resolvía en base a las circunstancias del entorno del niño, la capacidad económica del alimentante, la conducta del padre o de la madre, y no en función de la participación de un grupo interdisciplinario que recogía sus observaciones en meros informes que poco o nada representaban a la hora de determinar la resolución a la que llegaba el Presidente del mencionado Tribunal.

Por otro lado se establece ya, que en todo lo relacionado con la organización de la Administración de Justicia de la niñez y adolescencia, que no se encuentren contempladas en el mencionado cuerpo legal, se aplicarán las normas de la Ley orgánica de la Función judicial como normas supletorias.

En cuanto a jurisdicción y competencia, corresponde a los Jueces de la Niñez y Adolescencia, dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales, el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la responsabilidad del adolescente infractor; y en los cantones en donde no exista dicha autoridad de administración de justicia, el conocimiento y resolución de las materias que trata el Libro cuarto del Código mencionado en líneas antes indicadas, corresponderá al Juez de lo Penal aplicar las normas del Código de la Niñez y Adolescencia.

5.3 JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.- SU FUNCIONAMIENTO

“La solución de los conflictos que involucran derechos de los niños y adolescentes se busca en el sistema vigente a partir de la observancia

de dos principios: el de la prevalencia del interés superior del niño, establecido también en la Convención y el de la necesidad de considerar a los asuntos de menores como problemas humanos antes que como litigios. La aplicación práctica de estos principios ha conducido a una peculiar combinación entre ritualismo civilista y discrecionalidad en el fondo⁸⁰.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece un procedimiento específico para los menores infractores como es el garantizar el debido proceso, particularmente con el principio de la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediación y más garantías establecidas constitucionales y legales.

Es necesario mencionar que entre los derechos y garantías en el juzgamiento, se presume la inocencia del adolescente y será tratado como tal mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él. Así también la existencia del derecho del adolescente investigado, detenido o interrogado a ser informado de inmediato, personalmente y en su lengua materna, o mediante lenguaje de señas si hubiere deficiencia en la comunicación (el adolescente contará con la asistencia de un interprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado), dicha información se hará en los siguientes aspectos:

1. Sobre los motivos de la investigación, interrogatorio, detención, la autoridad que los ordenó, la identidad de quienes lo investigan, interrogan o detienen y las acciones iniciadas e su contra; y,

⁸⁰ *Wray Alberto, Observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia., Pág. 92.- Quito-Ecuador 1998*

2. Sobre su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

En todos los casos, los representantes legales del investigado, interrogado o detenido, serán informados de inmediato.

En cuanto al derecho a la defensa, se establece que el adolescente tiene derecho a una defensa profesional adecuada durante todas las instancias del proceso. Cuando no disponga de un defensor particular, se le asignará, en un plazo de veinticuatro horas, un defensor público autorizado, quien asumirá el caso dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de su asignación (la falta de defensor causará la nulidad de todo lo actuado en indefensión).

Consecuentemente, el adolescente sometido a juzgamiento, tiene derecho a ser oído e interrogar en todas las etapas del proceso; es decir:

1. Al libre y completo acceso a documentos y piezas del proceso;
2. A ser escuchado en cualquier instancia del proceso; y
3. A interrogar directamente o por medio de su defensor y de manera oral, a los testigos y peritos, que estarán obligados a comparecer ante el juez para este efecto.

En todos los casos, el adolescente podrá ser oído e interrogar por lenguaje de señas en caso de tener discapacidad auditiva.

Debo manifestar que los Jueces, Procuradores del Adolescentes infractores, abogados y la Oficina Técnica de Administración de Justicia deben impulsar con celeridad las actuaciones judiciales. Quienes retarden indebidamente el proceso seguido contra un adolescente, serán

sancionados en la forma prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de las penas contempladas en otras leyes.

En cuanto a las actuaciones procesales, el adolescente tiene derecho a ser instruido con claridad y precisión por su defensor, el Procurador, el equipo de la Oficina Técnica y especialmente por el Juez, acerca del significado, objetivos y consecuencias de cada una de las actuaciones y diligencias del proceso.

En cuanto a la Garantía de la reserva se respetara la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso, las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente. A sus audiencias sólo podrán concurrir, además de los funcionarios judiciales que disponga el Juez, el Procurador de Adolescentes Infractores, los defensores, el adolescente, sus representantes legales y un familiar o una persona de confianza. Sí así lo solicitare el adolescente. Las demás personas que deban intervenir como testigos o peritos permanecerán en las audiencias el tiempo estrictamente necesario para rendir sus testimonios e informes y responder a los interrogatorios de las partes. Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares. (Las personas naturales o jurídicas que contravengan esta disposición serán sancionados en la forma dispuesta en la ley, por lo que todo funcionario judicial, administrativo y de policía, guardarán el sigilo y la confidencialidad sobre los antecedentes penales y policiales de los adolescentes infractores, de igual forma se prohíbe hacer constar en el record policial ningún antecedente de infracciones cometidas mientras la persona era adolescente, quien lo haga estará sujeto a las sanciones de ley).

Cave mencionar que reconoce a favor del adolescente sometido a juzgamiento todas las garantías del debido proceso y es así que las

resoluciones judiciales son impugnables ante el superior y las medidas socio-educativas aplicadas son susceptibles de revisión, de conformidad con la ley; guardando relación en la proporcionalidad entre la infracción atribuida y la medida socio-educativa aplicada.

Cualquier forma de terminación del proceso, impide una nueva investigación o juzgamiento por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se conozcan nuevas circunstancias. En consecuencia, ningún adolescente podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa; es decir es considerado como Cosa Juzgada.

Por último la privación de libertad de un adolescente, sólo podrá disponerse como último recurso, por orden escrita del Juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, el internamiento preventivo podrá ser revocado en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte.

5.4 EL ADOLESCENTE INFRACTOR Y SU REHABILITACIÓN.- ESTABLECIMIENTOS

Varios autores sostienen que los términos rehabilitación, reeducación y readaptación reflejan el carácter punitivo del tratamiento de los problemas de los menores, que subsistirán mientras permanezcan las causas que lo originan. En este sentido se requiere una reconceptualización del tratamiento de este tipo de problemas; es decir, que la rehabilitación no es un problema de equilibrio psicológico sino de un desarrollo de la conciencia, que la reeducación debe ser considerada como un proceso pedagógico; y, que como parte de este proceso la readaptación consiste en dotarle al menor de todos los instrumentos para que se constituya en un agente de cambio.

Los centros de rehabilitación tienen como finalidad la atención y protección de aquellos menores que se encuentran en una situación irregular y para aquellos que han quebrantado una norma penal. En el Ecuador los centros de internamiento de adolescentes infractores tendrán obligatoriamente las siguientes secciones:

- a. Sección de Internamiento Provisional, para el cumplimiento de las medidas establecidas en los artículos 328 al 330 de este Código.
- b. Sección de Orientación y Apoyo, para el cumplimiento de las medidas de internamiento de fin de semana e internamiento con régimen de semilibertad; y
- c. Sección de Internamiento, para el cumplimiento de la medida socio-educativa de internamiento institucional.

Es responsabilidad del Estado y de los gobiernos locales, la creación, puesta en funcionamiento y financiamiento de los centros de internamiento de adolescentes infractores; para el cumplimiento de las medidas socio-educativas, el Estado podrá suscribir convenios con entidades públicas y privadas que garanticen el cumplimiento de los objetivos y condiciones señaladas por el Ministerio de Bienestar Social.

Los centros de internamiento de adolescentes infractores deben cumplir obligatoriamente con las condiciones de infraestructura, equipamiento, seguridad y recursos humanos que sean indispensables para lo cual el Estado y los municipios, proveer oportunamente los recursos para el funcionamiento de dichos centros.

Es importante anotar, que un porcentaje de menores no precisan ser internados en los centros de diagnóstico y tratamiento, ya que la psicología evolutiva conceptúa que ciertas manifestaciones, propias del síndrome de la adolescencia deben ser consideradas como la búsqueda

de "identidades" hacia la estructuración de una personalidad adulta, situación difícil de precisar, especialmente cuando el personal, ya sea de los organismos jurídicos o de rehabilitación, no se encuentra suficientemente preparado.

El derecho de menores regula el ordenamiento jurídico la protección integral del menor de edad hasta que forme en plenitud su personalidad. Todo lo relativo a la rehabilitación del menor infractor o que se manifieste socialmente inadaptado es objeto de una disciplina especial; la Pedagogía Correctiva que estudia los diversos sistemas de tratamiento.

Por otra parte debemos considerar que el campo de la institucionalización como en el de las medidas alternativas deba actuar personal especializado o capacitado en forma permanente, conforme a las técnicas con que deba operar para los efectos de reinserción social.

Existen centros que son dirigidos por comunidades religiosas, en forma particular o en convenio con el Ministerio de Bienestar Social, los mismo que se ubican en Esmeraldas "La Ciudad de los Muchachos" (Padres combonianos) y "Casa de observación de Mujeres" (Madres del Buen Pastor); en Quito el hogar comunitario "San Patricio" (Comunidad Salesiana), sistema que facilita la adaptación y familiarización del menor con la institución, se debe tomar en cuenta que la policía participa en menor grado en el internamiento.

La "Ciudad de los Muchachos" y el Hogar "San Patricio", disponen de talleres artesanales muy bien dotados de implementos para la preparación de mano de obra calificada, así permiten la práctica de actividades agropecuaria que además de terapia ocupacional, cumple con fines de autoabastecimiento.

Vale resaltar que este tipo de instituciones con una mística y dedicación inherentes a la formación de su personal, se capacitan permanentemente lo que ha posibilitado la preparación en el manejo de nuevas metodologías y técnicas de tratamiento que se refuerzan con el intercambio de experiencias a nivel nacional e internacional.

Esta alternativa de apertura institucional en contraparte a aquellas instituciones tradicionales cerradas tiene como objetivo que el menor no sea segregado, marginado o sometido a las normas como fin, sino más bien es un medio para devolver al menor como ciudadano útil y apto para su reinserción a la sociedad a la que pertenece y, no salir de esta institución estigmatizado en el desarrollo de su personalidad conductual, es decir es un sistema de puertas abiertas.

Por todas estas consideraciones se podrá en cierto momento una vez determinadas las circunstancias por las que el menor se encontró motivado a incurrir en la violación de la Ley, encontrar el mejor tratamiento de adaptación al medio social y no ubicarlo en un centro de rehabilitación, caso contrario esta medida se lo hará como ultimo recurso para su tratamiento. Las medidas no institucionalizadas constituyen en sí mismo medios de reinserción progresiva en la comunidad, evitando así la reincidencia de tal o cual acto cometido por el menor.

En tal sentido los albergues u hogares de egreso deben formar parte de organizaciones comunales específicas que favorezcan la reinserción social en los aspectos laborales y educativos, ya que la efectividad de los planes, medidas y tratamiento para tal reinserción demandan la participación de la sociedad.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES.

6.1 CONCLUSIONES.

En el inicio de está investigación manifesté que hablar del menor es hablar del presente y futuro de los mismos en aquel gran camino de desarrollo afectivo, moral, ético, social, económico, cultural y científico dentro de un entorno que día a día ve como se va desmoronando la existencia del hombre en su escala de valores innatos y adquiridos, todo esto como consecuencia o producto de su alcance material y de desarrollo físico, más no así del campo social.

La delincuencia juvenil ha existido por siempre y no es ninguna novedad su existencia; sin embargo, la delincuencia juvenil actual es nueva en su forma, en su precocidad, no así en su esencia; pero la misma ha proliferado sin duda por sus características poliformes y como consecuencia de nuestra vida moderna.

Hoy se piensa en la delincuencia como una agresividad hacia los otros, como una ruptura de la convivencia del orden social, de ahí que es preciso y urgente conocer las causas de la delincuencia para poder prevenirlas, para poder formar hombres que quieran vivir dentro de un orden establecido y esta defensa social debe estar organizada. Causas como las de un abandono, inestabilidad del hogar, educación precaria e incipiente, divorcios, sumándose a éstas la calle, conducen a un niño, niña o adolescente a cumplir determinados actos como robos, asaltos, violaciones, homicidios, o cualquier otro tipo de delito por lo que se convertirá en un individuo socialmente peligroso y marginado.

Factor fundamental es aquella institución necesaria que constituye la familia en el desenvolvimiento y desarrollo del menor, los cambios que se dan en ésta institución, los conflictos y desavenencias dan como resultado el abandono de menores en sus diferentes períodos de desarrollo; es decir de niño, de adolescente, los mismos que se ven desprotegidos ante tal situación, y como hemos dicho la calle es el primer lugar en donde se origina un crecimiento exagerado de reuniones con características muy especiales de los jóvenes con su grupo de iguales.

En estas circunstancias de aislamiento social y de contradicción con los adultos puede darse el uso de drogas como un rito, como una práctica marginal que constituye los inicios de una desadaptación, pero sin entregar al adolescente a una sociedad, sino más bien rompiendo los lazos que la unían.

La madurez en el menor va desarrollándose de acuerdo a sus estados emocionales (afectivo, psíquicos, intelectuales) y no sólo a su crecimiento biológico, así su capacidad de discernimiento se dará en el sentido de poder comprender lo bueno y lo malo de tal actuación.

No se puede aceptar la intensificación de las conductas delictivas entre jóvenes como un factor residual de las nuevas cotas de desarrollo y bienestar. Si admitimos que hay un relajamiento en alza de la moral pública y un deterioro en la conducta de convivencia social habrá que convenir en la urgencia de afrontar la parcela más necesitada de acciones auténticamente tutelares constituida en la juventud.

La prevención es la tarea más importante y apremiante, los sistemas de prevención y de represión no son adecuados para la sociedad actual, tanto los políticos como los estudiosos del derecho de menores y del derecho penal se hallan empeñados en el estudio de nuevas medidas humanas eficaces. Unos y otros han llegado a la

conclusión de que el delito es mucho más caro que su prevención; se suele decir con sobrada razón que "la delincuencia juvenil es un mal de pobres con tratamiento de ricos".

Vemos que en muchos casos no sólo son menores en ambientes patológicos de familias con carencias afectivas, sino también jóvenes educados con padres excelentes y criados con el mayor bienestar cometen actos de refinada crueldad, lo anormal aquí no es la personalidad sino la situación de espíritu que están atravesando, lo anómalo está en una sociedad que cree que el hombre puede vivir sus asideros que al mismo tiempo sostiene y sujeta. Es una concepción equivocada de la libertad, es un libertinaje.

Por consiguiente no se logrará erradicar la delincuencia juvenil, pero sería un avance disminuir su incidencia con medidas concretas que vayan desde la orientación en la adolescencia en problemas escolares, familiares y sociales hasta la puesta en marcha del número preciso de convivencia juvenil que faciliten el desarrollo de todas sus actividades.

La juventud es un segmento social cuya importancia crece día a día en nuestra sociedad, los jóvenes tienen que "hacerse", formarse, alcanzar personalmente las cualidades que requiere una feliz inserción en la sociedad. Pero deben servir de fermento que haga enriquecerse y cambiar a la sociedad entera desterrando lo caducó y perjudicial.

La introducción y posterior aplicación en nuestra legislación de niñez y adolescencia de la Declaración de los Derechos del Niño, de la Convención de los Derechos del Niño, de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Ryad), de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y de las Reglas Mínimas para la Protección de los Derechos de los Menores de Edad Privados de la

Libertad; constituyen un avance importante en nuestra legislación de menores por cuanto se refieren al trato, cuidado y tratamiento de menores que se encuentran en circunstancias de peligro o se hallan institucionalizados, así también su prevención con el fin de evitar la focalización de menores en instituciones que carecen de los más elementales servicios de reeducación y de adaptación social.

El Estado debe procurar un mayor interés en el tiempo libre de los jóvenes, pero parece importarle más la juventud que atenta contra la seguridad del Estado, uno de cada tres jóvenes no estudia, no trabaja ni tiene trabajo.

En nuestro país todo centro de internamiento debe contar con el personal especializado conscientes de sus deberes entregados con ilusión a su misión y con un anhelo de constante superación en su desempeño y a la cual se añadirá una biografía del menor infractor para comprender sus reacciones y aplicar la medida adecuada; de ahí, que la conducta podrá ser comprendida en función de un medio social en el que el menor no sea estigmatizado, ni en el que pierda su dignidad personal, ya que la función de estos centros en lo principal será de reforma personal y de integración social del menor infractor a la sociedad donde partió.

Al finalizar, los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley como tal problema social nos incumbe a todos y tras todo ello esta la realidad de unas estructuras sociales radicalmente injustas y profundamente alienantes y enajenadoras de grandes sectores de la población, y es que en realidad todos somos socialmente responsables y debemos trabajar porque desaparezcan las condiciones de vida que hacen que los niños, niñas y adolescentes sean los más vulnerables a los cambios que esta nos presenta, sobretudo en una sociedad condicionada por lo económico como la nuestra, el poder y el dinero pesan sobre ellos y sobre las comunidades más débiles.

La "Gestalt" señaló que "la sociedad es el espacio total dentro del cual deben evaluarse las manifestaciones de los individuos. El proceso de socialización debe comenzar el primer día de ingreso en el Centro, todo esto empezando con un trato personal diario, lleno de naturalidad, optimismo y hombría"⁸¹.

Después de todo esto no nos hagamos ilusiones; tendrá que pasar mucho tiempo, varios años para que la gente adquiriera una conciencia moral, un sentido de responsabilidad social. El día en que hayamos decidido actuar se resolverá en parte el problema.

6.2 RECOMENDACIONES

Necesario al concluir esta investigación es el de manifestar varias recomendaciones, no sin antes manifestar que las mismas pueden constituir una ayuda en el tratamiento del adolescente que ha incurrido en la violación de una norma penal, así:

1. Eliminación de toda categoría que vaya en desmedro de la personalidad del menor ya sea estigmatizándolo e institucionándolo.
2. Reconocimiento de todo organismo público del principio esencial de que el menor es sujeto de derechos y que merece ser tratado como tal.
3. La creación de espacios, oportunidades y alternativas para que los adolescentes y jóvenes se integren como actores de la realidad social existente.

⁸¹ Cit. "GESTALT"

4. Orientación laboral del menor hacia una formación profesional en donde la actitud de la familia sea pieza fundamental en el proceso terapéutico para la acción preventiva.
5. Masificar y mejorar el nivel educativo en los estratos sociales menos favorecidos, así como las de potenciar los sistemas y estructuras educativas que procuren hacer conscientes a los internos de su situación.
6. La acción educativa debe ser esencialmente activa utilizando medios que estimulen la actividad del joven y le abran nuevas perspectivas en su forma de vida.
7. Que las políticas de ajuste provenientes del Estado no se las pueda someter a los programas dedicados a niños, niñas y adolescentes a condiciones que nieguen el derecho a su dignidad y desarrollo integral.
8. Facilitar el mejoramiento de la calidad de las formas de relación con los jóvenes y de su participación al interior de los diversos ámbitos de vida cotidiana en que viven
9. Por último, la más importante de todas es la de salvaguardar la célula fundamental de toda sociedad que es la familia como un sistema de seguridad en pro de su crecimiento sano, de internalización de valores, de interdependencia mutua en donde el niño, el menor, el adolescente se sienta libre de miedos y angustias, si percibe las figuras familiares como fuente de seguridad, de apoyo, de protección, se sentirá aliviado en sus preocupaciones y las transferirá sin problemas.

Conseguir una juventud bien preparada y una tarea social de singular alcance para lograr así una juventud sana y que no caiga en las

redes de lo que hoy conocemos como "DELINCUENCIA JUVENIL" es la que debemos intentar crear, crear una sociedad más justa, más sana, más de acuerdo con los ideales juveniles; es una tarea que reclama esfuerzo, generosidad y entrega sin límites. Y, esto no se improvisa, tiene sus técnicas, sus momentos y sus dificultades. Esto implica una tarea de permanente contacto con sus problemas de tipo formativo plenamente pedagógico y con una amplia experiencia en la dinámica de grupos en el trato juvenil.

BIBLIOGRAFIA

- ARGUDO CHEJIN, Mariana. "Derecho de Menores", Quito Ecuador, 1989.
- ARGUDO CHEJIN, Mariana. "Pandillas Juveniles en Guayaquil" ILDIS, Primera Edición, Quito - Ecuador 1991.
- CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires - Argentina
- DONOSO, Arturo. "Derecho Penal de Menores en Ecuador", Quito - Ecuador, Última Edición "INNFA-DNI" 1993.
- ESPERT S, Ernesto. "Menores en Circunstancias Especialmente Dificiles", Edición UNICEF - Ecuador 1992.
- ESPERT S, Francisco. "Apertura y Humanización Institucional", Bogotá - Colombia 1993.
- FRIEDLANDER, Kate. "Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil", Buenos Aires Argentina 1992, Séptima Edición.
- GALLEGOS, Jorge. "El Menor Ante el Derecho Penal", Madrid España, Cuarta Edición.
- HALL GARCIA, Ana Paola, "La Responsabilidad Penal del Menor" Bogota - Colombia, "Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez" 2004
- HORAS PLACIDO, Alberto. "Jóvenes Desviados y Delincuentes" Buenos Aires - Argentina, Sexta Edición.
- IZQUIERDO MORENO, Ciriaco. "Delincuencia Juvenil en la Sociedad de Consumo", Bilbao - España 1980.
- JARRIN TAPIA, Carlos. "El menor de Edad", Quito - Ecuador Primera Edición.
- JIMENES DE AZUA, Luis. "Lombroso", Buenos Aires-Argentina, Editorial "Perrot" 1980.
- LARRANDART, Lucila. "Control Sociopenal de la Infancia" en "Ser Niño en América Latina, de las Necesidades a los Derechos", Buenos Aires - Argentina, 1991.
- LOPEZ, José María. "Delincuencia Juvenil", Madrid - España, Sexta Edición.

- MONTERO, Jorge A.; CARRANZA, Elias. "La Capacitación del Personal Especializado en Prevención del Delito", San José - Costa Rica, Edición ILANUD 1982.
- RESTREPO GONZALEZ, Diana Patricia. "La Responsabilidad Psicológica del Menor Infractor. Bogota - Colombia, Editorial "Leyer" 2004
- RUIZ FUNEZ, Mariano. "Criminalidad de los Menores" México-México, Sexta Edición.
- SAJON, Rafael. "La Justicia de Menores y Menores Infractores", San José-Costa Rica
- SCHURMANN, Rodrigo. "Modelos de Legislación de Menores en América", Buenos Aires - Argentina, Edición "UNICRI-UNICEF-ILANUD-IID-DNI".
- TAMASEVSKI, Katarina. "Los Niños en las Prisiones" Santiago de Chile - Chile 1991
- VARGAS BENAVIDEZ, Luis. "Declaración del Estado de Abandono", San José Costa Rica, Edición "ILANUD".
- WRAY, Alberto. "La Administración de Justicia y Protección al Menor", Quito - Ecuador, 1992.
- WRAY, Alberto. GARCIA, Elizabeth. "El Menor Ante La Ley" Quito - Ecuador 1991.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge, "La Minoridad y el Sistema Penal", Revista del Colegio de Abogados, Quito - Ecuador 1982 Primera Edición.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" Buenos Aires - Argentina, 1986
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires - Argentina, 1987.

FUENTES REFERENCIALES

1. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
2. REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE MENORES. (REGLAS DE BEIJIN)
3. CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
4. CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR
5. CODIGO CIVIL ECUATORIANO
6. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
7. CODIGO PENAL ECUATORIANO
8. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
9. LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS
10. CODIGO PENAL DE ARGENTINA
11. CODIGO PENAL DE COLOMBIA
12. CODIGO PENAL DE COSTA RICA
13. CODIGO PENAL DE HONDURAS
14. CODIGO PENAL DE CHILE
15. CODIGO PENAL DE MEXICO
16. PUBLICACIONES "ILANUD"
17. PUBLICACIONES "FLACSO".

AUTORIZACION DE PUBLICACION

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales la publicación de esta Tesis, de su bibliografía y anexos, como artículos de la Revista o como artículos para lectura seleccionada.

Quito, 9 de junio de 2005



DR. ALEXANDER DELGADO CARTAGENA