



## **UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI**

Unidad Académica de Ciencias Administrativas y Humanísticas

**CARRERA: ABOGACÍA**

**TESIS DE GRADO**

**TEMA:**

**¿NIÑOS DELINCUENTES? FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD  
EN EL DERECHO PENAL MODERNO.**

Tesis presentada previo a la obtención del Título de Abogados de los  
Tribunales y Juzgados de la República

**AUTORES:** Medardo German Castro Ortiz

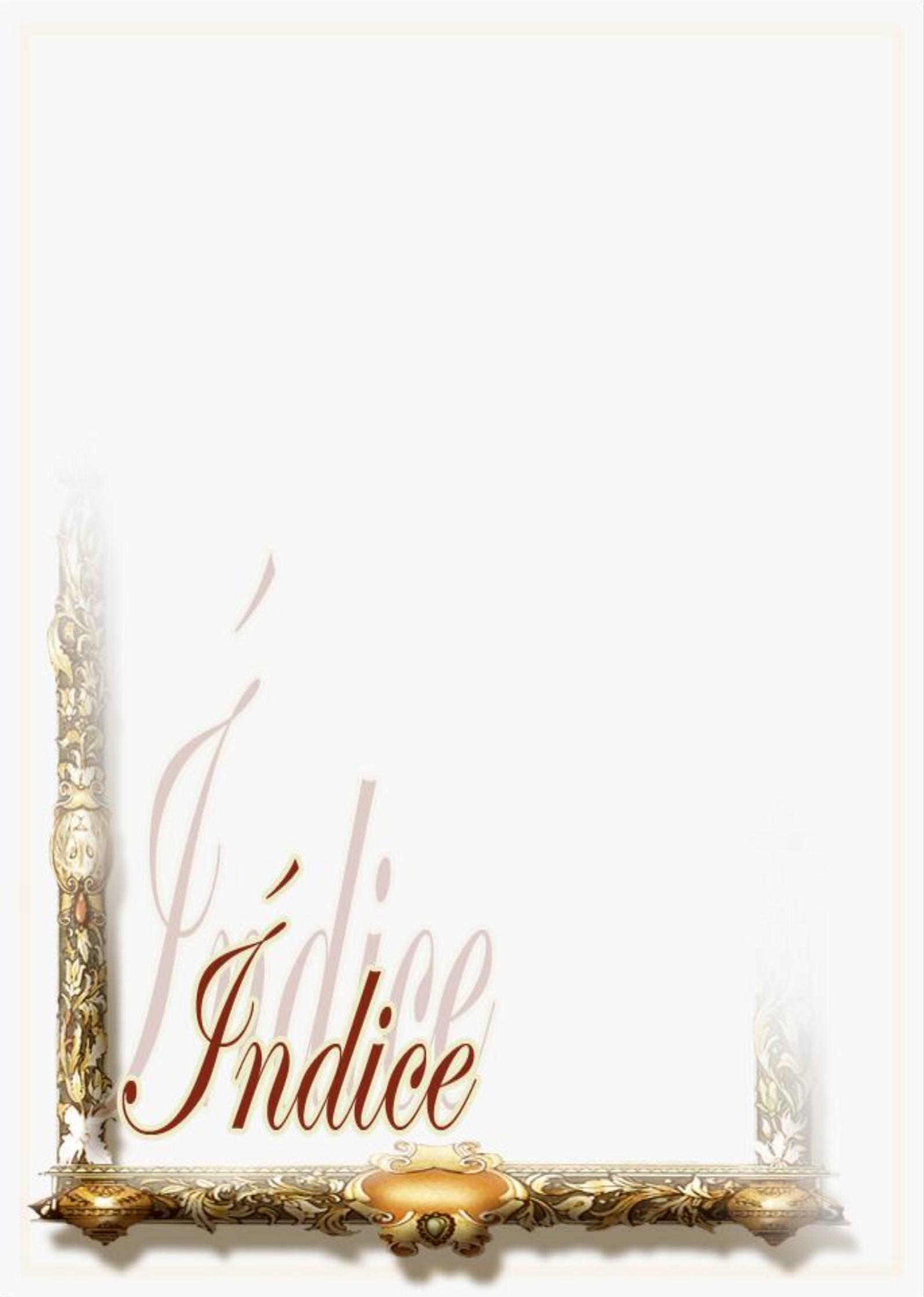
Juan Angel Pallo Pallo

**TUTOR:** Lic. Yisel Boza Cruz

**LA MANA – ECUADOR**

**JUNIO 2011**

Por la vinculación de la Universidad con el Pueblo.



*Indice*

## Índice

	Pág.
<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>Problema Científico.....</b>	<b>2</b>
<b>Objetivo General.....</b>	<b>2</b>
<b>Objetivos Específicos.....</b>	<b>2</b>
<b>Métodos.....</b>	<b>2</b>
<b>Técnicas.....</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo 1: El Derecho Penal Moderno frente a la Delincuencia Juvenil.....</b>	<b>4-48</b>
1.1: Evolución Histórica del Derecho Penal.....	5-16
1- La concepción Iusnaturalista del Derecho Penal.....	5-7
a).- La dirección contractualista: Beccaria.	
b).- La dirección retribucionista: Kant y Hegel.	
c).- La dirección utilitarista: Ramagnosi.	
d).- La dirección ecléctica: Carrara	
2- La concepción Positivista del Derecho Penal.....	8-10
a).- La dirección antropología: Lombroso.	
b).- La dirección normativa: Karl Binding.	
c).- La dirección sociológica: Ferri y Lombroso	

d).- La dirección técnico-jurídica: Rocco.

3-La concepción neopositivista del Derecho Penal..... 10-12

a).- La dirección neoantropológica del Derecho Penal.

b).- La dirección neokantiana del Derecho Penal.

c).- La teoría finalista.

d).- La dirección neosociológica del Derecho Penal. La nueva defensa social.

1.2-Concepto de Derecho Penal.....12-15

1.3- Características del Derecho Penal.....16-17

1.4- Fuentes del Derecho Penal.....17-18

1.5- Funciones del Derecho Penal.....18-20

1.6- La teoría del delito frente al Derecho Penal de Adolescentes. Retos y perspectivas.....20-38

1.7- Posición asumida por Cuba ante la inimputabilidad de los menores de 16 años de edad.....39-40

**Capítulo 2: La delincuencia juvenil. Protección Internacional.....49-60**

2.1- Convención Internacional de los Derechos del Niño.....49-51

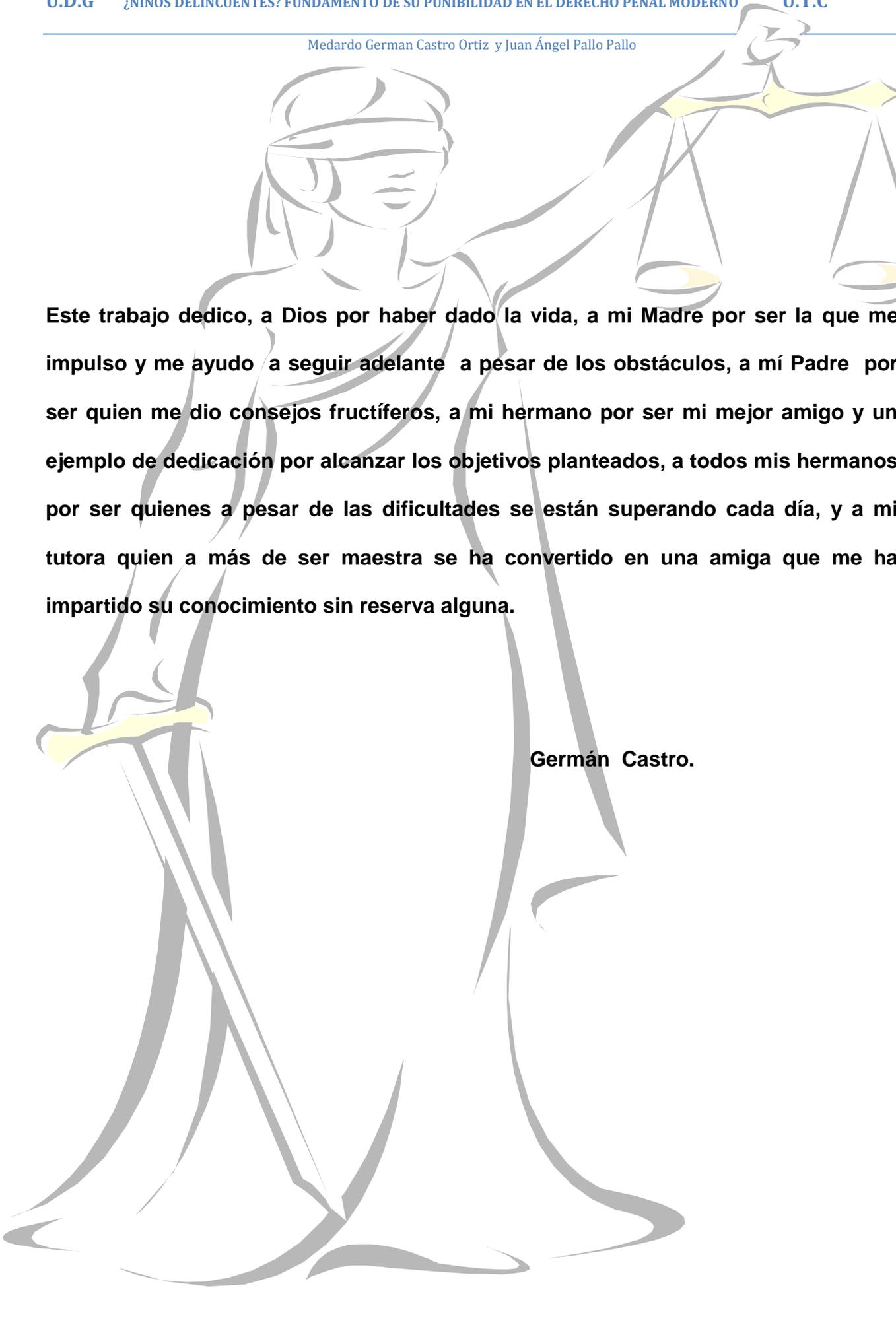
2.2- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad. (14 de Diciembre de 1990).....52-54

2.3.- Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia Juvenil. (Directrices de RIAD) Diciembre 1990.....55-56

2.4.- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. (Reglas de Beijing), Noviembre 1985.....56-60



*Dedicataria*  
*Dedicataria*

A stylized illustration of Lady Justice, the personification of the law. She is depicted as a woman wearing a blindfold, symbolizing impartiality. She holds a pair of scales in her left hand, representing justice and balance, and a sword in her right hand, symbolizing the power of the law. The illustration is rendered in a simple, line-art style with some yellow highlights on the scales and the sword's hilt.

**Este trabajo dedico, a Dios por haber dado la vida, a mi Madre por ser la que me impulso y me ayudo a seguir adelante a pesar de los obstáculos, a mí Padre por ser quien me dio consejos fructíferos, a mi hermano por ser mi mejor amigo y un ejemplo de dedicación por alcanzar los objetivos planteados, a todos mis hermanos por ser quienes a pesar de las dificultades se están superando cada día, y a mi tutora quien a más de ser maestra se ha convertido en una amiga que me ha impartido su conocimiento sin reserva alguna.**

**Germán Castro.**

## DEDICATORIA

*Dedico este trabajo con mucho amor especialmente a mi Dios por dar sabiduría, entendimiento y los nuevos conocimientos, porque su palabra dice: **clámame a mí, y yo te responderé, y te enseñaré cosas grandes y ocultas que tú no conoces. Jeremías 33.3.***

*Dedico a mis padres ya que ellos me enseñaron a salir adelante con su acertada conducción y constante apoyo y a ser fuerte ante las controversias que se encuentren en el camino, principalmente para mi padre por ser un ejemplo de fortaleza, ya que él me ha enseñado a superar los obstáculos que se presentan en la vida.*

*A mis hermanos a quienes quiero servir de ejemplo ya que esta vida no es nada fácil, tenemos que esforzarnos y luchar por cumplir lo que uno anhela en el presente y futuro. ser profesional y servir de ejemplo en la vida cotidiana.*

*Últimamente espero cumplir a todas mis familias con las metas propuestas, sin dejar rastros atrás, y triunfando todas las barreras y obstáculos que se presenten, pero debemos confiar en Dios porque para él nada es imposible.*

### **Proverbio 1: 7**

*El principio de la sabiduría es el temor a Jehová; los insensatos desprecian la sabiduría.*

### **Proverbios 12.1**

*El que ama la instrucción ama la sabiduría; Más el que aborrece la represión es ignorante.*

**JUAN PALLO**



*Agradecimientos*

Dejo constancia de mi profundo agradecimiento:

- ❖ A Dios por haberme dado vida salud y energía y por haber sido mi inspiración de amor al estudio de la abogacía.
- ❖ A mi madre quien supo apoyarme incondicionalmente y que a pesar de todo supo aconsejarme y me hizo ver que la mejor riqueza que puede tener una persona es el estudio
- ❖ A mi padre por desear siempre que me supere y sea una persona de bien.
- ❖ A mi hermano que asido mi compañero y mi amigo, que siempre ha estado luchando junto a mí por alcanzar nuestros más preciados ideales.
- ❖ A mis hermanos, que me brindaron su apoyo para seguir adelante.
- ❖ A toda mi gran familia, los que están y los que no están hoy para agradecerles pero que siempre se encuentran en mi corazón.
- ❖ A una mujer que a pesar del corto tiempo de conocerme me dio su confianza, su cuidado, su apoyo Y su amor.
- ❖ A la “Universidad Técnica de Cotopaxi, por ser una institución de prestigio que forma profesionales actos para poder desenvolverse en cualquier medio.
- ❖ A la Universidad de Granma – Cuba, por haberme abierta la puerta y dado la oportunidad de estudiar y compartir momentos como valores que me formaran en la profesión de la abogacía .
- ❖ A mi tutora quien supo ayudarme con su esfuerzo para que este trabajo salga de la mejor manera posible.
- ❖ A todos mis profesores que me han sabido impartir sus conocimientos, de lo que es el extensa mundo de la abogacía
- ❖ Y a todos mis compañeros que amos de eso son mis amigos inolvidables.

Con todas las fuerza que nacen en mi corazón a todos Gracias....

## AGRADECIMIENTO

- ❖ *Agradezco a Dios por traerme a este mundo, por haberme dado la vida, salud, y dar la oportunidad de estar en la tierra cubana. Y porque me ayudado en este trayecto de mi vida, quien con su aliento y apoyo me hizo llegar a cumplir tan anhelada meta para desarrollarme como profesional.*
- ❖ *También agradezco a mis padres ya que sin sus apoyos y sus esfuerzos no hubiera podido cumplir con mis expectativas, porque ellos son mis mayores, y más grande regalo que Dios me pudo dar. dos ejemplares que siempre han luchado sin dejar derrotar por nada ni nadie. Hasta desplegarme como todo un profesional.*
- ❖ *Agradezco a las profesoras, Msc. Osmarys Estévez Rodríguez y Lic. Yisel boza Cruz quien con sus conocimientos nos ayudaron a llevar a cabo el trabajo de diploma ya que aparte de ser nuestro tutoras fueron unas verdaderas amigas.*
- ❖ *Agradezco a la Universidad de Granma una institución de gran prestigio la que nos permitió desarrollar nuestro trabajo de diploma y dio un espacio para poder obtener nuevos conocimientos, también a nuestra Universidad Técnica de Cotopaxi quien nos ayudó a cumplir este sueño de estar en la categoría de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.*
- ❖ *Por último mi agradecimiento a mis hermanos, mis amigos, mis familiares quienes me han apoyado moralmente para cumplir con mis objetivos y así poderles dar el ejemplo que con esfuerzo y dedicación he logrado.*

### **Proverbios: 3.13, 14**

*Bienaventurados el hombre que halla la sabiduría, y que obtiene la inteligencia; porque su ganancia es mejor que la ganancia de plata, y sus frutos más que el oro fino.*

### **Proverbios: 18.15**

*El corazón del entendido adquiere sabiduría; y el oído de los sabios busca la ciencia.*

**JUAN PALLO**



*Introducción*

## INTRODUCCION.

La delincuencia es un fenómeno característico de todas las formaciones económico sociales por los cuales atraviesa la humanidad, una de sus manifestaciones en la actualidad, es la delincuencia juvenil, la que aún y cuando es nociva; por ser un proceso que tiene fundamentalmente su radio de acción en los marcos territoriales, Derecho Penal no ha podido enfrentarla debido a que sale de sus marcos de competencia, como analizaremos detalladamente en el desarrollo de la investigación.

Es por ello que surge las motivaciones para profundizar en los derroteros de la delincuencia juvenil y su tratamiento desde la óptica del Derecho Penal, teniendo en cuenta que los antecedentes investigativos del tema en la provincia, está el Trabajo de Diploma: "Minoridad de edad y Derecho. Análisis crítico de su incidencia en América Latina", donde se desarrolló desde el punto de vista criminológico, la situación de la delincuencia juvenil y su incidencia en América Latina.

Es necesario, por la connotación que para menores y jóvenes representa incidir en este fenómeno llegar a un tratamiento equilibrado tanto teórica como legalmente, por lo que la presente investigación se encamina a obtener como resultados el diseño de un conjunto de medidas, con respecto a la aplicación de la teoría del delito con la finalidad de enfrentar el problema de la delincuencia juvenil en países de Ecuador y Cuba, fundamentalmente. Así como servir de material bibliográfico actualizado para futuras investigaciones en la Provincia de Granma y en Ecuador.

Se impone la necesidad de realizar un análisis para definir cuáles serán entonces las respuestas acertadas que frente a este actuar dará el Derecho Penal, valorar si será necesario recurrir a la imposición de una pena, si están aptos síquica y físicamente estos menores para enfrentar el régimen de un sistema penitenciario; será prioritario entonces una revisión exhaustiva a la teoría del delito y a los elementos que componen la misma, para así determinar si son acertadas las soluciones que nos brinda el Derecho Penal.

**Problema Científico:** ¿Cuál es el fundamento de la punibilidad en la imputación de hechos a menores de edad?

**Objetivo General:**

- Valorar la teoría del delito en el tratamiento a menores en los ordenamientos jurídicos de Cuba y Ecuador en aras de lograr el perfeccionamiento del derecho positivo.

**Objetivos Específicos:**

- ✓ Explicar los fundamentos teóricos y doctrinales del Derecho Penal Moderno frente a la delincuencia juvenil.
- ✓ Caracterizar los aspectos jurídico-doctrinales de la protección de los menores de edad.
- ✓ Identificar las dificultades existentes en la aplicación de la teoría del delito para los menores infractores del Derecho Penal.

**Métodos:**

Para el logro de éstos propósitos se utilizaron los métodos generales de la ciencia en las investigaciones teóricas entre ellos: El Análisis, la Síntesis, la Deducción, la Inducción. Se emplearon a su vez métodos empíricos como la Observación, y la Experimentación. Así como los específicos de las Ciencias jurídicas tales como:

- **El Método Histórico- Jurídico:**

A través del Capítulo I se permite explicar un conjunto de aspectos históricos esenciales, elementos de historicidad y rasgos que caracterizaron el fenómeno de la delincuencia juvenil desde la arista criminológica. De forma que se pueda comprender que este fenómeno ha ido evolucionando en la historia y que presenta particulares propias de la época en la que se desarrolla el análisis.

- **Método exegético jurídico:**

En consecuencia el método exegético se fundamenta en la interpretación de la Ley, necesario para el análisis de la normativa jurídica en torno a la implementación de las normativas aplicables para la solución de la delincuencia juvenil. Detallando su empleo en las variantes del Método Exegético Gramatical y el Método Exegético Histórico, decisivo para evaluar la calidad técnica de las normas e instituciones, facilitando la identificación

de deficiencias a los efectos de lograr una mejor exploración en cada uno de los países.

- **Método Jurídico Comparativo**

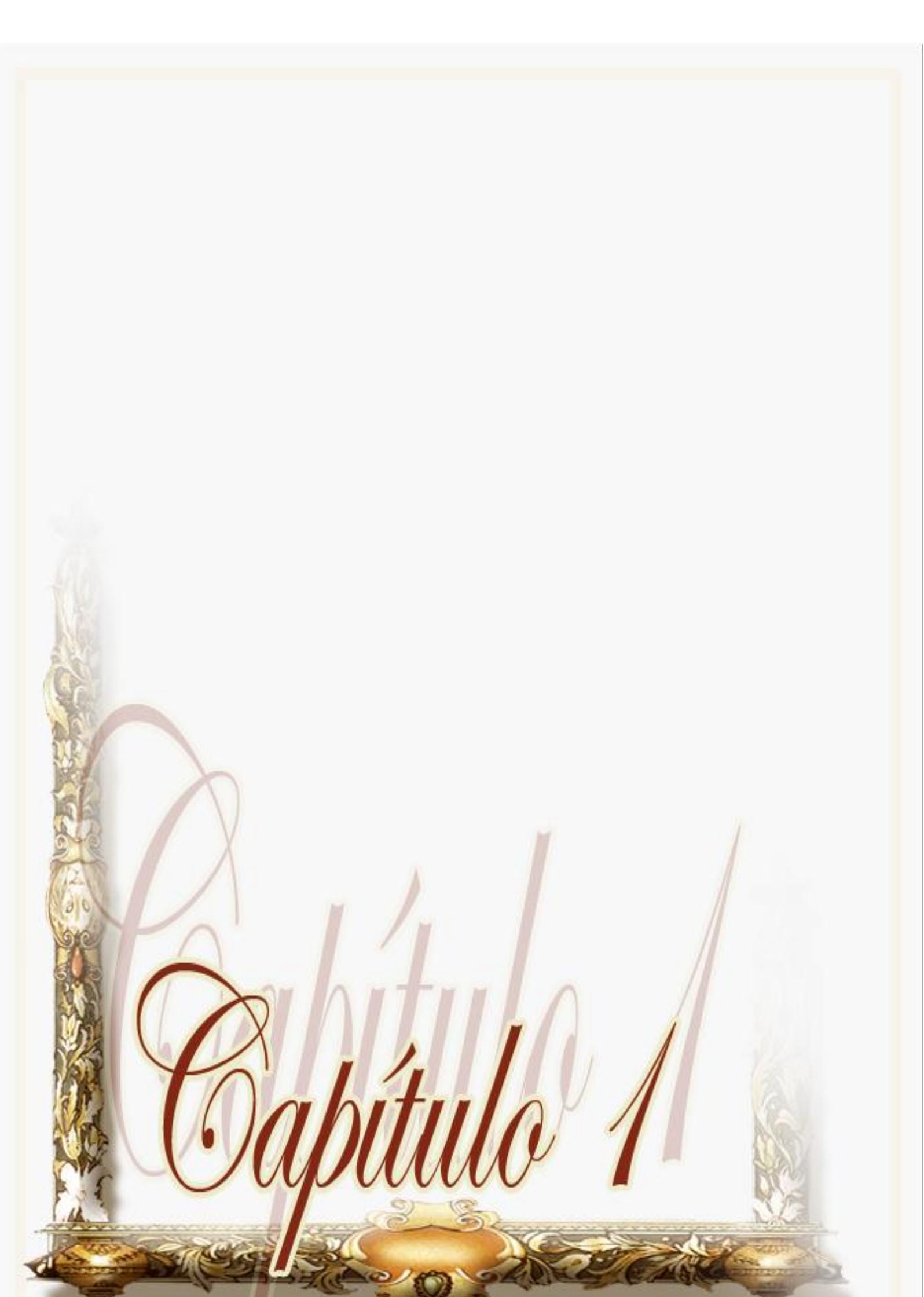
Constituye un método de amplias posibilidades en la investigación, particularmente en la fundamentación de la necesidad de cambio normativo, por tanto ese método tiene también un valor poli funcional, dado su empleo en las investigaciones teóricas y empíricas, posibilitando el estudio de la Delincuencia juvenil, resultando en el análisis de varios países.

- **Análisis de Contenido:**

Este Método posibilita a partir del análisis teórico doctrinal efectuado, que se dirijan medidas en función del enfrentamiento a la delincuencia juvenil.

**Técnicas:**

La Revisión Bibliográfica resultó la técnica de obtención de información mayormente utilizada.



# Capítulo 1

## **CAPITULO 1: “EL DERECHO PENAL MODERNO FRENTE A LA DELINCUENCIA JUVENIL”**

### **1.1- Evolución histórica del Derecho Penal.**

El Derecho Romano estuvo en constantes cambios y codificaciones lo que trajo algunos aportes al derecho penal, aunque la evolución de este derecho estuvo dirigido a otras ramas como por ejemplo la civil, sin embargo el Derecho Penal de esta época refleja un carácter público enfocado fundamentalmente en el reconocimiento de las ideas esenciales acerca de la culpabilidad (distinguiéndose entre delito doloso y culposo).

Además de lo anterior se desarrollaron doctrinas con relación a la imputabilidad y la analogía. Con relación a los principios estaba lo concerniente a la tentativa y la legítima defensa y se manejaban conceptos de uso universal actual como por ejemplo: delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, damnum, etc.

La evolución posterior de esta rama del derecho puede dividirse en tres etapas: *la iusnaturalista, la positivista y la neopositivista*<sup>1</sup>. La que desarrollaremos así para un mejor análisis.

#### **1. LA CONCEPCIÓN IUSNATURALISTA DEL DERECHO PENAL**

En el siglo XVIII con el afianzamiento de la burguesía en el poder, los teóricos burgueses utilizaron en el terreno jurídico, la teoría proveniente de la escolástica medieval, y que aceptaba la existencia de un derecho natural, anterior y superior al derecho positivo y fuente de todo otro derecho.<sup>2</sup>

Este derecho natural pretendía en el orden social, la garantía fundamental del desarrollo ilimitado del dominio económico (la propiedad privada resultaba un derecho natural) y, en el político la garantía contra cualquier atentado a la clase ascendente, consagrando además la libertad individual.

---

<sup>1</sup> Cfr. Quirós Pérez, Renén.\_ MANUAL DE DERECHO PENAL I. Edit. Félix Varela. Habana 2004, pág. 4.

<sup>2</sup> Ídem.

Esta corriente de pensamiento primó hasta la década del 70 del siglo XIX, la que no corrió con la suerte de integrar una corriente homogénea, sino un movimiento que discurrió en cuatro direcciones a su vez:

- a) contractualista,
- b) la retribucionista,
- c) la utilitarista
- d) ecléctica.<sup>3</sup>

#### **a) La dirección contractualista: Beccaria**

El expositor más prolífero de esta corriente, fue Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria<sup>4</sup>. Según este autor en el estado natural, los hombres tenían el derecho de infligir una pena a quien le ocasionase un daño, pero agotados de disfrutar una libertad, pues primaba en función de ese inmanente Derecho Natural.

Las leyes en este sentido, era el medio que utilizaban los hombres independientes y aislados para unirse en sociedad, al celebrar el pacto social, confirieron poder de penarles si violaban las leyes de la asociación. Por consiguiente, el fundamento del Derecho penal, radicaba en la necesidad de defender las normas pactadas para la conservación de la sociedad.

#### **b) La dirección retribucionista: Kant y Hegel**

En Alemania, se fundamenta esta corriente de pensamiento cuando casi al mismo tiempo se desarrollaba la tendencia contractualista en Italia, esta concepción retribucionista, contó con dos representantes, por un lado la sostuvo Kant (dirección racionalista) y por otro Hegel con un enfoque dialéctico.

---

<sup>3</sup> Ibíd.

<sup>4</sup> Cesare Beccaria (1764): fue el primero en formular los principios de la Criminología Clásica en su tratado "De los Delitos Y las Penas", teniendo el como base las Teorías del Contrato Social de Hobbes, Montesquieu y Rousseau. Expresa una corriente de pensamiento en el que converge toda la Filosofía política del Iluminismo europeo, especialmente el francés.

Según Kant, el Derecho penal es el derecho que tiene el representante del poder sobre el individuo sujeto a él a fin de penarlo por un delito, mediante la inflicción de un dolor, o sea, que frente al mal del delito se opone el mal de la pena. En esa concepción retributiva de Kant se conciliaron el principio feudal del talión (devolver igual por igual) y el principio de la igualdad ante la ley (con independencia de la posición social del delincuente).

Según Hegel la pena no debía verse como un mal o como un bien, sino que debía examinarse la lesión inferida al Derecho o la violación sufrida. El delito, para Hegel, era la negación del Derecho, en cuanto es Derecho, y la pena era la negación del delito: luego, la pena era la negación de la negación del Derecho.

### **c) La dirección utilitarista: Romagnosi**

Esta corriente fundaba los vínculos político-jurídicos en la “utilidad” como valor que primaba sobre los restantes valores. Según este autor, el Derecho penal constituía un derecho natural inmutable, anterior a las convenciones humanas e independientes de ellas, y cuyo fundamento radicaba en el derecho que asiste al hombre de conservar su felicidad.

### **d) La dirección ecléctica: Carrara**

Según Carrara<sup>5</sup>, la ley jurídica (emanada de la ley natural suprema) confiere al hombre derechos que requieren protección. El fundamento del Derecho penal radicaba, por consiguiente, en la necesidad de proteger los derechos de los hombres, consagrados en las leyes jurídicas y emanadas de la ley natural suprema.

Las principales tesis de Carrara fueron en consecuencia: la concepción del delito como ente jurídico, el libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal y la aplicación del método lógico-abstracto y deductivo.

## **2. LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DEL DERECHO PENAL**

---

<sup>5</sup> Carrara no sólo concluyó el desarrollo de la concepción iusnaturalista, sino que condujo la teoría penal, por primera vez, a planos de elevado perfeccionamiento técnico.

Esta concepción comienza a gestarse en las primeras décadas del siglo XIX, con la consolidación del régimen burgués, sustentando la justificación del Derecho en hechos positivos y empíricos.

La reacción positivista se manifestó, en la esfera del Derecho penal, en dos tendencias diversas:

- El pensamiento jurídico-penal alemán (el positivismo propuso la sustitución del derecho natural por el derecho positivo: el positivismo filosófico cristalizó en positivismo jurídico).
- Por otra, el pensamiento jurídico-penal italiano encauzó su objetivo por rumbos criminológicos (el positivismo filosófico cristalizó en positivismo antropológico y sociológico).

Por ello puede sostenerse que en esta etapa, la concepción del Derecho penal se manifestó en cuatro direcciones: **la antropológica, la normativa, la sociológica y la técnico-jurídica).**

#### **a) La dirección antropológica: Lombroso**

*Cesare Lombroso*<sup>6</sup>(Verona, 1835- Turín, 1909), revoluciona las concepciones existentes con respecto a la delincuencia mediante el paradigma Antropológico-biologicista, enfocando su atención en el individuo que delinque, es por ello que se plantea que sus aportes están encaminados fundamentalmente a la Criminología.

El delito según su concepción está determinada por causas biológicas sobre todo hereditarias, ampara su teoría, en el desarrollo de la tipología del “criminal atávico”, que gravita en la regresión genética que se produce en los delincuentes a períodos evolutivos anteriores y a niveles inferiores del desarrollo orgánico.

#### **b) La dirección normativa: Karl Binding**

---

<sup>6</sup> Este autor es considerado el padre de la Criminología, su teoría refleja influencias de: Franz Joseph Gall (1758-1828), frenólogo: *teoría de la localización cerebral* (1796). Morel (1857): «*teoría de la degeneración*». Spencer y Darwin: *evolucionismo*

Con la promulgación de textos legislativos desde la mitad del siglo XIX, codificados en casi todos los países europeos como por ejemplo: España, Austria, Suecia, Alemania e Italia, entre otros. El derecho positivo pasó a ocupar un predominante lugar en el trabajo teórico, surgiendo así la corriente normativa. Su máximo expositor en el terreno jurídico-penal lo fue Karl Binding.

Este autor negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad social (consideradas metajurídicas) en la tarea teórica. De este modo, el derecho positivo fue convertido por Binding en dogma metafísico, que era precisamente lo que intentaba combatir.

### **c) La dirección sociológica: Ferri y von Liszt**

La ciencia penal intentó el conocimiento y explicación del fenómeno delictivo a partir del pensamiento sociológico positivista. Esta tendencia fue sostenida de una forma en Italia por Enrico Ferri,<sup>7</sup> (Benedetto 1856- Roma 1929), el que a pesar de sostener la tesis criminogenética elaborada por Lombroso le incorpora factores sociológicos a la criminalidad.

En Alemania adquirió otro enfoque matizado Von Liszt (aproximado a las concepciones de Binding) adoptó una línea también sociológica, pero asociada al positivismo jurídico.

### **d) La dirección técnico-jurídica: Rocco**

Arturo Rocco, representante de esta concepción, en 1910 propuso un cambio en el método de la ciencia penal italiana, con el cual puso en marcha una nueva dirección del Derecho penal, denominada por el propio Rocco y sus seguidores “tendencia técnico-jurídica”. Esta corriente se fundamentaba en tres puntos: primero, el objeto de conocimiento del Derecho penal es el derecho positivo; segundo, los métodos para llevar a cabo la elaboración científica de ese derecho positivo son los de la dogmática; y tercero, para que la dogmática jurídica se adecue a la naturaleza del Derecho penal, es necesario que aquélla se desarrolle conforme a una concepción finalista del Derecho.

---

<sup>7</sup> Jurista y sociólogo, político socialista, aunque en sus últimos años fue simpatizante con el fascismo italiano.

### 3. LA CONCEPCIÓN NEOPOSITIVISTA DEL DERECHO PENAL

Esta corriente de pensamiento se advierte a comienzos del siglo XX debido al amplio movimiento que se suscita en el Derecho Penal, en cuanto a la oposición al positivismo. Esta reacción anti positivista se caracterizó por la rectificación de los excesos del positivismo.

Las direcciones dominantes en esta etapa son: ***la neoantropológica, la neokantiana, la teoría finalista y la neosociológica.***

#### a) La dirección neoantropológica del Derecho Penal

En el campo de la concepción neoantropológica se desarrollaron, principalmente, dos tendencias: la psicoanalítica del Derecho penal y la irracionalista de la escuela alemana de Kiel.

La dirección psicoanalítica ha tenido, en el terreno del Derecho penal, limitadas consecuencias: una concepción psicoanalítica de la delincuencia y una teoría psicoanalítica de la pena.

Las principales tesis de la escuela de Kiel fueron: la elaboración de un Derecho penal de autor en lugar de un Derecho penal del acto; un concepto del delito articulado a base no ya de los atributos de la acción, sino del tipo de autor; y un concepto de la pena en el que lo decisivo no radicaba en el reproche que se hace por el acto cometido, sino en el reproche que se hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal.

#### b) La dirección neokantiana del Derecho Penal

La corrección de las deficiencias del positivismo en el terreno jurídico-penal siguió dos direcciones: el historicismo de Dilthey y el neokantismo.

El neokantismo, en general, se propuso alcanzar un concepto de “ciencia” que permitiese calificar de “científicas” las disciplinas relativas a la conducta humana, prescindiendo de las características propias de las ciencias naturales.

Para el neokantismo, las ciencias culturales (entre ellas la ciencia del Derecho) debían su carácter científico a la utilización de un determinado método desarrollado por las dos direcciones que siguientes:

- *La Escuela de Marburgo*: Se propuso exponer la estructura formal del conocimiento jurídico.
- *La Escuela de Baden*: En cambio se basó en la relación en que el objeto de conocimiento se halla con respecto a los “valores”, o con más precisión, en la “referencia a valores” de sus objetos de conocimiento. Las ciencias culturales (entre ellas la ciencia del Derecho y por ende del Derecho penal) se caracterizan por su naturaleza “valorativa”, por estar sus instituciones y normaciones referidas a valores.

### **c) La teoría finalista**

La teoría finalista es considerada aparece, considerada como la conclusión provisional de una evolución caracterizada por la progresiva transformación del sistema de Liszt y Beling. Aún cuando la teoría finalista surgió en Alemania a fines de la década del 30, con la obra de su creador Hans Welzel, no fue hasta la década del 50 cuando cobró su apogeo.

Mientras que los neokantianos sostienen que es el método lo que determina el objeto de conocimiento del Derecho penal, los finalistas mantienen que es el objeto de conocimiento lo que determina el método.

Según los finalistas, el objeto de conocimiento es el mismo tanto para las ciencias naturales como para las ciencias culturales; lo que ocurre es que ese objeto de conocimiento es estudiado por las ciencias naturales mediante un método y por las ciencias culturales mediante otro.

### **d) La dirección neosociológica del Derecho Penal: La Nueva Defensa Social**

En 1954 se inició un giro importante en la proyección teórica de la “Nueva Defensa Social”. La Nueva Defensa Social no constituye un movimiento unitario, sino una corriente político-criminal que tolera varios caminos para alcanzar objetivos más o menos comunes.

Dentro de esta dirección se advierten dos tendencias: *una radical* (representada por Gramática) Hasta 1954 un predominio prácticamente absoluto y *otra moderada* (representada por Marc Ancel).

La Nueva Defensa Social, no obstante sus diferencias internas, ha alcanzado algunos puntos de coincidencia como por ejemplo: la aceptación del principio de desjuridización como base del enfoque de la realidad criminológica; la necesidad de la investigación empírica para hallar soluciones penales válidas a realidades como son el delito y la sanción; la definición de sus objetivos como movimiento de política criminal; y la aspiración a conservar sus concepciones dentro del campo de la ciencia penal.

## 1.2- CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

Según algunos autores el derecho penal, es un conjunto de normas estatales de carácter legal, que tiene por fin describir una conducta delictiva, sancionándola con una pena o medida de seguridad, para impedir la realización de conductas delictuales en el futuro. De esta definición se desprenden las tres ramas estudiadas en el fenómeno del delito, la teoría del delito: descripción de conducta delictiva, la teoría de la pena: la sanción; y la tercera es la política criminal.

Al decir de algunos autores, el derecho penal solo intervendrá ante conductas que reúnan los requisitos de infractoras del orden jurídico penal (*derecho de última ratio*). Por ello Cuello Calón, refiere que el derecho penal “es un conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente “.<sup>8</sup>

El célebre penalista Alemán Von Liszt refiere que el Derecho Penal, “es un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen como hecho a la pena como legítima consecuencia “<sup>9</sup>.

Aunque fueron apareciendo nuevos elementos que matizaban la incipiente elaboración conceptual, ésta aún continuaba la línea de delito-pena, aportando como elemento

---

<sup>8</sup> Cuello Calón, Eugenio. “Derecho Penal”. Barcelona, 1951. Pág. 45.

<sup>9</sup> Quiroz Pirez, Renén. “Manual de Derecho Penal”. Tomo I. Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana 2002. Pág. 9.

novedoso el enfoque de la relación dialéctica causa-efecto, es decir sin delito no hay pena. De lo que se deriva el principio que es eje central del Derecho Penal: de legalidad.

Así una serie de tratadistas se afiliaron a estas posiciones entre ellos S. Soler quien define al Derecho Penal, como “parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, esto es, generalmente la imposición de una pena” y Mezger quien define el Derecho Penal como, “un conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”<sup>10</sup>.

Luego las elaboraciones conceptuales y definiciones, con las diversas investigaciones se fueron perfeccionando y se adhirieron elementos que conllevaron a la realización de una idea más perfeccionada sobre esta especialización del Derecho.

Entre ellos se encuentran el profesor Renén Quiróz<sup>11</sup>, penalista cubano, que lo considera una rama específica del Derecho, integrada por el sistema de conocimientos materializados en teorías, conceptos, juicios, postulados, categorías, principios y normas relacionadas con el objeto de su particular esfera cognoscitiva, o sea, el delito.

El aporte realizado por el referido autor fue significativo, ya que al afirmar que es una rama específica del Derecho, nos está infiriendo que se considera una ciencia en particular, pues reúne todos los requisitos para ello, delimitando de forma clara y transparente un objeto de estudio para la misma: el delito.

La concepción materialista del derecho Penal está determinada principalmente por dos razones: la naturaleza de su objeto de conocimiento y la esencia de las normas jurídico-penales. De tales premisas fundamentales podemos llegar a la conclusión de que el derecho Penal está relacionado con un aspecto de la conducta social del hombre<sup>12</sup>.

Por consiguiente es ostensible la estrecha vinculación del Derecho Penal con la vida social, con la realidad objetiva. El Derecho Penal representa la afirmación jurídica de

---

<sup>10</sup> Mezger, Edmund. “Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General”. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958. Pág. 23.

<sup>11</sup> Quiroz Pirez, Renén. “Manual de Derecho Penal”. Tomo I. Editorial Félix Varela. Ciencias Jurídicas. La Habana 2002. Pág. 16.

<sup>12</sup> "[http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho\\_Penal\\_General](http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho_Penal_General)"

necesidades materiales de la sociedad, que quedan vinculadas con la definición de normas jurídicas, de aquellas conductas que una sociedad determinada considera de elevado peligro para el régimen de relaciones sociales dominantes.

Una de las más modernas definiciones ha sido la realizada por el Dr. Ciro Rodríguez Sánchez donde expresa que el Derecho Penal ha sido entendido como aquel conjunto de normas que dicta el Estado, para garantizar la protección de aquellos bienes e intereses con relevancia para el mantenimiento de la sociedad y para lo cual establece las definiciones de los comportamientos que se entienden delictivos, fijando como consecuencias jurídicas las penas y las medidas de seguridad.<sup>13</sup>

Esta definición nos brinda una nueva concepción sobre la forma en que el Derecho Penal interviene para garantizar y proteger bienes e intereses, por lo que se hace interesante entonces este concepto, ya que no solo nos habla del poder sancionador que le es conferido al Estado, sino que nos refiere como este poder estará en función de llevar a cabo un conjunto de acciones que me permitan respaldar la relación causa efecto que se provoca ante la aparición de los delitos y las penas, convirtiéndose a este efecto en consecuencias jurídicas.

Polaino Navarrete, por su parte, ofrece una definición de Derecho penal en términos muy similares a la anterior pues plantea que "es el conjunto de normas jurídicas que describen determinados comportamientos humanos como delitos, conminándolos con una pena, y estableciendo otras sanciones jurídicas, denominadas medidas de seguridad, fundamentadas en la peligrosidad criminal del sujeto en conexión con un precedente actuar típicamente antijurídico y orientadas a la evitación de futuros delitos".<sup>14</sup>

Los conceptos dados por los juristas anteriores son claros y desde nuestro punto de vista el que más acierta dentro de las concepciones doctrinales, es el que expresa que el derecho penal es el concepto dado por el jurista Polaino Navarrete. Ya que dentro de

---

<sup>13</sup> Rodríguez, Ciro Félix. "Reflexiones sobre la noción, las funciones y la naturaleza del Derecho Penal". [http:// es. Monografias.com.org//Derecho Penal](http://es.Monografias.com.org//Derecho%20Penal).

<sup>14</sup> Polaino Navarrete, Miguel. "Derecho Penal. Parte General". T I. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, Segunda Edición. 1990, pág. 55.

este concepto se encuentran recogidos todos los elementos reconocidos doctrinalmente por el derecho penal para que un determinado actuar sea tipificado como delictivo, introduce además de forma implícita las instituciones de la prevención así como se maneja la imposición de medidas jurídico penales que no tendrán el carácter de sanción.

De conformidad con lo expuesto, puede concluirse que el derecho penal está constituido por el conjunto de leyes que describen delitos mediante la asignación de una pena para el autor de la conducta que los constituya, o la sustituye en ciertos casos por una medida de seguridad, estableciendo a la vez las reglas que condicionan la aplicación de las mismas<sup>15</sup>; al decir del gran penalista argentino Carlos Creus. El derecho penal estará delimitado entonces por diversos elementos que tributarán a la aparición de lo que en adelante caracterizará la dialéctica de este con la protección de las diversas relaciones sociales.

Por lo que nos afiliamos a la concepción ofrecida por el Profesor Renén Quirós que es en definitiva la que recoge todas las categorías fundamentales para el enunciado de dicho concepto.

### **1.3-CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.**

El Derecho Penal está compuesto por un conjunto de normas obligatorias, impuestas por la exigencia de la justicia, uno de sus rasgos o características es que está investido de la función pública porque se encarga de que se cumpla lo establecido en la ley, se establecen reglas de conducta de un individuo en relación con otros o en relación con el Estado. En general, su fin es defender la libertad y demás bienes del individuo y garantizar la integridad de la sociedad.

Así el Estado, en uso de su soberanía, es el único que puede determinar cuáles son las conductas punibles y fijarles una pena.

Establece prohibiciones, normas y mandatos que deben ser observados estrictamente por los destinatarios, por ello es un derecho normativo, es decir regido por normas, solo se

---

<sup>15</sup> Creus, Carlos. "Derecho Penal. Parte General". Tercera Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea. Argentina. 1992. Pág. 34.

sancionara lo tipificado por la ley como delito. El Derecho Penal, para sancionar, elige aquellas conductas que tengan un significado importante para el ordenamiento jurídico.

En el Derecho Penal teniendo en cuenta que es un derecho de *última ratio* se evalúan las conductas importantes, a través de la protección de bienes jurídicos protegidos, por ello no toda actuación es infracción penal, solamente aquellas que lesionan o puedan lesionar esos bienes jurídicos importantes para la comunidad.

Por eso se puede afirmar que es un derecho valorativo, ya que sus disposiciones contienen juicios de valor alcanzados sobre la base de una escala, cuya graduación la determina el interés que resulta de estimar los hechos a la luz de la finalidad propuesta por el Derecho Penal.

El Derecho Penal es un derecho sancionatorio o punitivo, es decir, que castiga los actos delictivos. Es un derecho personalísimo. Las penas y sanciones se aplican exclusivamente a la persona que cometió el delito.

En el derecho penal todas las conductas no son constitutivas de delito, por lo que no responden los parientes ni los hijos por los hechos delictivos de otros.<sup>16</sup> Dichas sanciones generalmente son medidas coercitivas para castigar el resultado antijurídico.

#### **1.4- FUENTES DEL DERECHO PENAL.**

El término “fuentes del Derecho” constituye un concepto jurídico que expresa una noción compleja. Ese concepto comprende la indicación de la forma en que se manifiesta la norma jurídica, y además la jerarquía que ocupa dentro del propio sistema jurídico.

Por lo que al referirse a las fuentes del Derecho Penal, se debe partir de las fuentes del sistema jurídico como tal y del particular del Derecho penal. Desde el punto de vista del Derecho en general, el examen de la materia se lleva a cabo estudiando cuáles son las fuentes que el orden jurídico ha instituido y cómo ha estructurado internamente esas

---

<sup>16</sup> "[http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho\\_Penal\\_General](http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho_Penal_General)"

diversas fuentes, es decir qué fuerza jerárquica les ha conferido y a que órgano ha atribuido la aprobación de cada una de ellas.

En el Derecho Penal solo existen esos dos campos (lo lícito y lo ilícito), definidos por la ley en su acepción técnico formal. Su aplicación concreta se traduce en dos reglas:

- Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior a su comisión lo haya previsto como tal.
- No puede imponerse sanción penal (en orden a su clase o a sus límites) que no esté prevista en una ley anterior a la aplicación de aquella.

Según Fontán Balestra expresa que las fuentes del derecho penal se encuentran en la ciencia jurídica y se habla de fuentes del derecho atribuyéndose a la palabra una doble significación, en primer lugar se entiende como fuente al sujeto que dicta o del cual emanan las normas jurídicas, dando lugar a las fuentes de producción. En segundo lugar, el modo o medio por el que manifiesta la voluntad jurídica, es decir, como se concreta en la vida social, originando las fuentes de conocimiento o de cognición<sup>17</sup>.

De todo lo antes analizado se colige que en el caso del Derecho penal, la ley opera como fuente directa de esta rama del Derecho ya que se entraría en contradicción con el principio: "*nullun crimen, nullun poena sine lege*".

La especificidad de la teoría de las fuentes del Derecho penal está determinada por las funciones que ella cumple. Si bien en otras ramas jurídicas el número y grado de eficacia de las fuentes ha sido objeto de discusión, en el Derecho penal ha llegado a ser principio generalmente admitido que la única fuente es la ley, la cual asume una misión delimitadora, por cuanto la aplicación del Derecho penal está en exacta correspondencia con los límites determinados por aquélla.

---

<sup>17</sup> FONTÁN BALESTRA: "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Editorial Astrea. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina. Pág. 14- 29.

## 1.5- FUNCIONES DEL DERECHO PENAL.

Al referirse a la función del Derecho Penal, Carbonell Mateu sostiene el criterio de que si no hubiera tutela alguna de nuestros intereses, si éstos quedaran sometidos a la ley del más fuerte; si en definitiva, no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc.; tales intereses carecerían de valor. Cualquiera podría destruirlos y apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo.<sup>18</sup>

En consecuencia, todo ciudadano tiene derecho a que se respeten estos bienes que tan indispensables le resultan, lo cual se garantiza a partir de la existencia y aplicación del Derecho penal que prevé determinadas medidas para responder ante todo tipo de perturbación encaminada a impedir o limitar tales intereses.

El tema de las funciones del Derecho Penal muestra cierto grado de complejidad, por cuanto la teoría penal ha señalado también funciones a la pena y las normas jurídicas penales. El criterio tradicional suele equiparar las funciones del Derecho Penal y las de la pena.

Frente a esta posición tradicional ha comenzado a aducirse que al buscar la función del Derecho Penal en la función de la pena se invierten el orden de las cuestiones. En nuestra opinión es correcto el criterio de quienes sostienen la interrelación de las funciones del Derecho Penal y las de la pena sobre la base del predominio de las primeras.

Las funciones del Derecho Penal hacen referencia a los modos de influencia de este con respecto a las relaciones sociales. Esa influencia se lleva a cabo, principalmente de dos modos: de una parte, confiere particular protección del sistema de relaciones sociales (*función de protección*); y de otra, procura promover en todas las personas la observancia y desarrollo de comportamientos ajustados, precisamente, a dicho sistema de relaciones sociales (*función de motivación*).

Una y otra función la realiza el Derecho penal mediante la definición, en normas jurídicas, de ciertas conductas altamente peligrosas para el mencionado sistema de relaciones

---

<sup>18</sup> Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el concepto de Derecho penal ", en Estudios Jurídicos. En memoria del profesor D Dr. José Ramón Casabó Ruíz, Primer volumen, Valencia, 1998, pág. 334.

sociales y la aplicación de medidas jurídicas (las penas) a aquellos que incurren en los comportamientos prohibidos. Conforme se advertirá aquí se ponen de manifiesto, no solo las dos funciones asignadas al derecho Penal, sino los vínculos de esta con las funciones de la norma penal y con las funciones de la sanción penal.

### **1.6- LA TEORÍA DEL DELITO FRENTE AL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES. RETOS Y PERSPECTIVAS.**

Actualmente el tema de la Teoría del delito, es uno de los más controvertidos en la dogmática jurídico penal, ya que existe un gran número de direcciones teóricas, que tratan de abordar los conceptos y categorías fundamentales de este tema. Los diferentes momentos teóricos por los que ha atravesado la teoría del delito a nivel universal, son el producto de más de un siglo de discusión y elaboración de conceptos basados en la reflexión jurídica.

La influencia europea que existió en la época colonial de los países americanos provocó, entre otras cosas, la asimilación de dichas teorías en América, las que se habían desarrollado desde dos o tres décadas con anterioridad. La mayoría de los autores fijan su opinión, prefiriendo acogerse a posturas clásicas, o bien, a la propuesta welzeniana de la acción final, lo cual supone una necesaria revisión de los conceptos clásicos, para posteriormente exponer la evolución y el dominio de los derivados del modelo propuesto por la teoría de la acción final<sup>19</sup>.

La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano, sea a través de una acción u omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los “delitos”, sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal; entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como

---

<sup>19</sup> Plascencia Villanueva. Raúl “Teoría del delito”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Edit.: Raúl Márquez Romero/México-2004.

los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Atento a lo anterior, la teoría del delito guarda una gran cautela en torno a los elementos que constituyen cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial de un código o de una ley, pues el objeto de análisis son las categorías comunes a todo comportamiento punible. En este sentido, la dogmática penal identifica a la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, como elementos del delito, que para nosotros constituyen más bien las categorías sobre la base de las cuales se realiza el estudio del delito y de la teoría del delito.

Al referir el término de teoría surge a la mente una serie de conocimientos lógicamente estructurados que tratan de explicar determinados fenómenos, precisamente la teoría es esa área del conocimiento que nos permite aprehender y comprender en toda su extensión a los contenidos del delito.

La teoría del delito, entonces tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los “delitos” sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible.

Siguiendo la postura del Dr. Zaffaroni, fiel ésta a las pautas Finalistas, es posible citar cuatro categorías o estratos que componen el concepto de delito, a saber:

1) Acción: Es un hacer voluntario final. Es sinónimo de acción, de acto, de hecho humano voluntario. Y puede consistir tanto en una comisión (un hacer) como en una omisión (un no hacer).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina. Pág. 372

Por su parte, el Dr. Enrique Bacigalupo sostiene que se trata del “comportamiento exterior evitable” (cuando el autor habiendo podido actuar de un modo distinto no lo hizo)<sup>21</sup>.

2) Tipicidad: Es la descripción legal de la acción que constituye un delito. La prohibición de una conducta ejercida en forma dolosa o culposa. Por lo tanto, cuando una conducta o acción se adecua a alguno de los tipos legales previstos por nuestro Código Penal, decimos que se trata de una “conducta o acción típica”.

3) Antijurídica: Es la contradicción de la acción prohibida con todo el ordenamiento jurídico. Cuando la conducta típica no está amparada por ninguna de las “causales de justificación”, las que deben estar previstas en la norma penal y que no constituyen una camisa de fuerza, es decir que cada ordenamiento jurídico penal de acuerdo con las condiciones histórico concretas en que se desarrolle, regula las que sean pertinentes a los efectos, ellas pueden estar en el orden de:

- a) La Enfermedad Mental,
- b) La Legítima Defensa,
- c) El Estado de Necesidad,
- d) El Error,
- e) El Cumplimiento de un Deber o el Ejercicio de Derecho, Profesión, Cargo u Oficio,
- f) El Miedo Insuperable.

Cabe aclarar, que para que la acción típica resulte además antijurídica no se requiere que sea contraria al derecho penal, todo lo opuesto. No debemos comprender en ese sentido la palabra “antijurídica”. Sino como contraria a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, y precisamente resulta tal, al responder a las descripciones de la ley penal y no al oponerse a ella.

Por otra parte y atendiendo a los principios y fundamentos del Derecho Penal, si la acción típica se enfrenta al orden jurídico, será precisamente porque el supuesto de hecho previsto por aquél ha quedado en la práctica configurado.

---

<sup>21</sup> Bacigalupo, Enrique. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Tercera Reimpresión. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1996. Pág. 83

4) Culpabilidad: Es la reprochabilidad del injusto penal (o de la acción típicamente antijurídica) a su autor.

Se trata de parámetros objetivos al que debe ajustarse el juez, para que dado un hecho éste sea tratado siempre de igual manera. Estas herramientas las ofrece la Teoría Jurídica del Delito, la cual trabaja con conceptos analíticos.

Sin embargo el método analítico de la Teoría del delito no es la única forma de conceptualarlo que ha planteado la doctrina penal. Dicho modelo ha sido cuestionado por las denominadas “Teorías Totalizadoras”. Las cuales entienden por delito, todo aquello que reúne una sola condición o característica. Por ejemplo: delito es cualquier acontecimiento ofensivo para los intereses comunitarios, la lesión del sentimiento popular, etc.

Desde la óptica del Derecho Penal cubano, teniendo como base el Artículo 8.1 del Código Penal Vigente, se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley, bajo conminación de una sanción penal<sup>22</sup>.

Teniendo en cuenta la regulación del antes mencionado cuerpo legal y para una mejor comprensión dividiremos los elementos del delito a partir de los siguientes elementos técnicos:

- Objetivos

Está constituido por la conducta ampliamente considerada y debido a la definición a que nos afiliamos de delito, no podemos limitarnos a considerar en la conducta los tres aspectos que en la clasificación técnico-jurídica se tienen en cuenta, es decir, la conducta en sí, el resultado y la relación de causalidad; sino que debemos además tener en cuenta y añadirle el requisito de peligrosidad social, que es su característica fundamental y es además el aporte realizado por el Derecho Penal Socialista a la teoría del delito. Enunciando entonces que está constituida por los fenómenos o procesos ocurridos fuera de la conciencia del sujeto (en el mundo

---

<sup>22</sup> El Artículo 1 del Decreto Ley No.175, de 17 de junio de 1997, modificó este artículo, de la Ley 62/87. Al incluir el apartado 3 que quedó redactado en la forma en la forma como aparece.

externo) como consecuencia de la exteriorización de su voluntad, por medio de la cual se ocasiona un daño, real o potencial, a objetos protegidos por el Derecho Penal (a bienes jurídicos).

- Subjetivos

La parte subjetiva del delito comprende el conjunto de procesos y fenómenos que, relacionados con la actuación delictiva, se originan dentro de la conciencia del sujeto que la realiza. Los elementos que integran la estructura de la parte subjetiva del delito constituyen una formación psicológica compleja y global, compuesta por la finalidad y la culpabilidad. La culpabilidad representa el elemento imprescindible de la parte subjetiva de todo delito. A ella se refiere el artículo 8.1 del Código Penal cuando expresa: “bajo conminación de una sanción penal”. El método empleado por el Estado para remitir una acción u omisión socialmente peligrosa y antijurídica al estricto terreno del Derecho penal, es la previsión de la sanción penal; de su utilización depende el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Según Baquero Vernier, “la culpabilidad consiste en el vínculo psicológico del autor con su acto”.<sup>23</sup> Para esta concepción basta ese nexo para que exista la culpabilidad. Pero además de esta existe otra concepción de la culpabilidad: la normativa. De acuerdo con esta, no solo es importante la existencia de ese nexo psicológico sino que es necesario que el acto merezca un juicio de reproche; que el acto le sea reprochable a su autor.

No todos los sujetos tienen la misma posibilidad "personal" de comprender el carácter de la acción que realizan o para dirigirla. En algunos esa posibilidad falta totalmente, en otros está decididamente limitada, ya por las características propias de su psiquismo, ya por las circunstancias en que ese psiquismo se inserta al llevarse a cabo la acción.

Es decir, mientras algunos sujetos son personalmente capaces de ser culpables, o sea, para actuar de tal modo que, en principio, se les pueda reprochar su conducta como manifestación de sus quereres libres, perfecta y plenamente formados en su mente, otros no lo son, o sólo lo son en medida mínima.

---

<sup>23</sup> Baquero Vernier, Ulises. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Editorial Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, Cuba. 1987. Pag.84.

Para nosotros la imputabilidad es componente del objeto del juicio de reproche; su falta impide "reprochar". Sin embargo, mucho se discute en la doctrina su localización, sobre todo si es un presupuesto de la culpabilidad o un elemento suyo.

La tendencia psicologista acentúa, en general, el carácter de presupuesto de la culpabilidad y en algunas de sus construcciones la imputabilidad asume casi una vigencia autónoma en la estructura del delito.

Exagerando las consecuencias de esa relación desde el punto de vista estructural, que no es, precisamente, el del psicologismo, algunos finalistas la acusan de incoherente porque al no tener "relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado", no se puede "saber por qué delito se aplica una medida de seguridad a un inimputable".

Por ello consideran más "coherente" la actitud de los psicologistas, que prefirieron sacar el tema "de la teoría del delito", llevándolo al de la sanción penal, donde se consideró la inimputabilidad "como una causa personal de exclusión de la pena", que fue el procedimiento que siguió Lilienthal<sup>24</sup>. Su crítica, dijimos, es exagerada: es el finalista el que tiene dificultades para saber por qué delito se aplica la medida de seguridad al inimputable; un psicologista puede contestar sin problemas a esa pregunta.

La capacidad de culpabilidad, que recibe el nombre de *imputabilidad* en la doctrina penal (donde no tiene el mismo valor que en la doctrina civil, al menos en la tradicional), está determinada por las características del sujeto, *que le permiten comprender lo que hace y dirigir sus acciones según esa comprensión, en el momento en que las realiza*.

Esas características son:

a) la *madurez mental*, que implica un grado de desarrollo de la capacidad mental del individuo acorde con su edad; la ley considera que dicha madurez se alcanza en un

---

<sup>24</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Segunda Edición. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 2002. Pág. 47.

determinado estadio de la vida (entre nosotros, los dieciséis años) por debajo del cual la presume inexistente (inimputabilidad por minoridad);

b) la *salud mental* que permite al individuo establecer debidamente las relaciones que requieren los juicios necesarios para comprender y dirigir la conducta (en caso de ausencia se da la inimputabilidad por falta de salud mental); c) por fin, que el individuo actúe poseyendo *conciencia suficiente* en el momento en que lo hace (si ella no alcanza el nivel mínimo necesario para la correcta formulación de los juicios referidos, se da la inimputabilidad por inconsciencia).

Tales requisitos pues, como dijimos, son fundamentos de los juicios que el propio autor tiene que formular para que su conducta pueda ser enjuiciada desde el punto de vista de la reprochabilidad (el juicio de "criminalidad" de hecho y el de la selección del modo de actuar para que coincida con esa comprensión).

Salvo en los casos de falta de madurez mental por ausencia de desarrollo biológico, en que la ley fija una edad a partir de la cual se presume su existencia, en los demás la ausencia de las características requeridas para poder afirmar la inimputabilidad tiene que ser de tal envergadura que efectivamente hayan impedido al sujeto comprender lo que hacía -en cuanto a su "criminosidad"- o dirigir sus acciones<sup>25</sup>.

- Normativos

El elemento normativo del delito es el que se refiere a la infracción, el que expresa la naturaleza característica de la conducta delictuosa, que necesariamente ha de estar prevista y sancionada por una ley; y que igualmente determina la naturaleza del Derecho Penal cuyo carácter normativo no está sujeto a limitaciones ni excepciones. Pero al igual que ocurre con los demás elementos, el normativo, sin perjuicio de su unidad, se integra por diversos componentes, cada uno de los cuales va a constituir una categoría dentro de la ciencia penal por su trascendencia e importancia, estos aspectos son: la tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad.

<sup>25</sup> Creus, Carlos; "Derecho Penal. Parte General".3ra. Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea, 1992. Buenos Aires, Argentina. Pág. 267 y 268.

Si hemos dicho en previo análisis que la única fuente del Derecho Penal es la ley, se comprende con facilidad que no pueda considerarse delictuosa y por consiguiente punible una conducta que no haya sido declarada como tal por un precepto legal. La conformidad de una conducta con la que el legislador haya declarado delictuosa y a la que va aparejada una sanción, o sea con un tipo penal, es lo que en la doctrina se llama tipicidad. La antijuricidad es todo lo contrario a derecho, lo injusto, lo que necesariamente ha de haber de infracción de la ley en el concepto de delito. Y si para que exista delito tiene que existir sanción, la punibilidad es una parte integrante del delito. Lo que caracteriza al hecho ilícito como *delito* es la asignación de la pena.

Al decir de Carlos Creus esta aparece de dos modos en la teoría positiva del delito, como posibilidad jurídica (es decir, en potencia) y así se presenta cuando se han reunido todos los elementos positivos que hasta aquí hemos examinado; y como concreción jurídica, cuando en el caso específico de que se trate se la puede imponer efectivamente.

Aunque podemos llamar *delito* al hecho ilícito que reúne todas las otras características que permiten considerar la pena como potencialidad jurídica, no se puede negar que el examen de los presupuestos jurídico-penales que condicionan su efectiva imposición, necesariamente integran la teoría del delito<sup>26</sup>.

Zaffaroni, que distingue perfectamente los dos modos teóricos de manifestación de la punibilidad a que nos hemos referido, emplea, sin embargo, una terminología apropiada para afirmar el carácter de la punibilidad como "consecuencia" del delito, al sostener que la voz "punibilidad" tiene dos sentidos: el de posibilidad de aplicar la pena y el de merecimiento de la pena, anotando que todo delito implica aquella posibilidad, pero no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido. Sin duda es un modo de decir eticista<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Creus, Carlos; "Derecho Penal. Parte General".3ra. Edición Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea, 1992. Buenos Aires, Argentina. Pág. 276 y 277.

<sup>27</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo V. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1988. Pág. 300.

Núñez, para quien también el delito es el hecho típicamente antijurídico y culpable, se expresa de otra manera: el delito, así considerado, no es el único presupuesto de punibilidad. Puede ser tautológico definir el delito como punible, pero no porque la punibilidad sea mera consecuencia del delito, sino porque un hecho ilícito carente de la efectiva posibilidad de imponerle pena no puede ser considerado como "delito" en las repercusiones dogmáticas de la teoría -que son las que interesan-: queda siendo un hecho antijurídico y culpable que llena las formas del tipo, es decir, queda como hecho ilícito, pero sólo figuradamente podemos decir de él que es "un delito"<sup>28</sup>.

Las condiciones que determinan la efectiva imposición de la pena son de dos órdenes: las que podemos calificar de *sustanciales* y las de *carácter procesal*; unas y otras plantean problemas distintos.

A los efectos del Derecho penal Positivo cubano no se considera delito la acción u omisión que aún reuniendo los elementos que lo constituyen carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales del autor, teniendo en cuenta lo regulado en el artículo 8.2 del Código Penal cubano y que como nos referimos anteriormente es uno de los elementos que dentro de la teoría del delito constituye el aporte de la Escuela Socialista del Derecho Penal y que para la consideración del Derecho Penal Positivo es imprescindible la concurrencia del mismo a los efectos de considerar determinada conducta como delictiva.

Se reconocen además otros elementos en la noción del delito como el objeto del delito que lo constituye el conjunto de las relaciones sociales socialistas, que incluyen el proceso de vida material y espiritual que se perfeccionan mediante estas relaciones y que están protegidas por el Derecho Penal, las que son dañadas o puestas en peligro por el autor del hecho. Las relaciones sociales que resultan lesionadas por el delito particular se nombran objeto del delito. Las normas particulares del Derecho Penal que protegen esas relaciones sociales caracterizadas como objeto de protección.

---

<sup>28</sup> Núñez, Ricardo C. "La culpabilidad en el Código Penal", Bs. As., Depalma, 1946. Pag.120.

La llamada “novísima” escuela alemana, se opone así a la tipicidad y a la distinción de caracteres del delito. Sosteniendo que el empleo de un método de atomización del fenómeno real del delito, exagerado en demasía, origina construcciones totalmente contrarias a la realidad.

Los totalitarios objetan a la Teoría del delito, efectuar sus estimaciones de los hechos de manera arbitraria. Afirmando que por ello resulta un ejercicio intelectual imposible de ser llevado a la práctica. No se puede separar los hechos en diversos planos y estudiarlos en forma aislada, sino que debe hacerse en una forma conjunta o totalizadora.

Más allá de ello, es innegable aún hoy, que la exacta división de los elementos componentes del delito reafirma la índole liberal de nuestro Derecho Penal. Retomando las palabras de Jiménez de Asúa, partidario del método analítico: “... jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama anatomía.”

Cabe hacer también mención aquí a la llamada: “Teoría del dominó”. Según la cual el sistema penal podría descomponerse en fichas, una la conducta, otra la antijuridicidad, la culpabilidad, una ficha mayor que es la pena, y finalmente una ficha virtual que es el sistema penal. Si se caen las fichas, estas arrastran a la pena y finalmente conlleva el derrumbe del sistema penal.

De todos modos, nuestro juez sensato e imaginario deberá preguntarse si hay acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad. Si la respuesta es negativa no existirá delito. En caso afirmativo, estas conductas o notas se aproximarán a las situaciones definidas por el legislador. Si se da la conjunción de afirmaciones, el juez debe afirmar la existencia del delito y proceder con el castigo correspondiente.

Aun así, el procedimiento de averiguación planteado por la teoría del delito no es tan sencillo o directo, encontrándose escollos, momentos o pasajes complejos. La inseguridad es la constante. No se trata de una fórmula matemática que asegure

resultados exactos, sino de una herramienta auxiliar del derecho que permite a los magistrados una mayor aproximación al valor justicia al momento de resolver casos concretos.

Por todo lo cual, es imprescindible contar con un sistema de conceptos, cuyo contenido no es constante y seguro, sino que está afectado a distintas perspectivas. Redefinir permanentemente los conceptos, así como también una mayor capacidad de respuesta racional a los problemas que la realidad plantea, y a los que el Derecho Penal está llamado a resolver. Todo ello encaminado hacia un único fin: hacer predecibles los fallos de nuestros jueces.

Al decir del penalista español Gonzalo Rodríguez Marrullo, esta descomposición analítica responde a exigencias lógico prácticas. La teoría del delito, como toda teoría jurídica, debe servir a la vida. Debe ofrecer a los encargados de aplicar el Derecho un sistema lógico que resulte práctico. La enumeración de los elementos esenciales del delito responde a esta exigencia. Cada uno de estos elementos presupone necesariamente al que le precede, de modo que comprobada la inexistencia de uno puede ahorrarse ya cualquier investigación sobre los restantes. Por eso hay que evitar la formalista escisión del delito que se produce cuando se estudia primero el aspecto positivo de todas sus características esenciales (acción, tipicidad, antijurídica, culpabilidad, punibilidad) y luego el aspecto negativo de cada una de ellas (causas que excluyen la acción, de atipicidad, de justificación, de exclusión de la culpabilidad y de la punibilidad).<sup>29</sup>

Cabe entonces enjuiciar las modernas corrientes o teorías del delito y su aplicación en el Derecho Penal Ecuatoriano, para luego particularizar en el Código de Menores que regula la jurisdicción penal en esta materia.

El Código Penal Ecuatoriano<sup>30</sup> establece dentro de sus articulados, la responsabilidad penal, estableciendo en su Título III: De la Imputabilidad y de las Personas Responsables de las Infracciones, artículo 40 que las personas que no hayan cumplido los dieciocho

---

<sup>29</sup> Rodríguez Marullo, Gonzalo. "Derecho Penal. Parte General". Manuales Civitas. Editorial Civitas S.A. Formato Digital. Pág. 189.

<sup>30</sup> Codificación 000, Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971.

años de edad, estarán sujetas al Código de Menores”. Por lo se infiere que los menores de dieciocho años no son sujetos de de Derecho Penal y por ende son inimputables.

Además se advierte que la regulación del delito, según el artículo 10 del referido cuerpo legal, es un concepto que parte de la infracción, tal y como se advierte de la interpretación textual del mismo, el que plantea: Son infracciones los actos imputables, sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.

Por tanto es importante tener en cuenta los elementos bajo los cuales se consideran determinadas infracciones para conminarlas con una sanción penal y así partir de lo general a lo particular; al analizar en el Código de Menores cuáles son elementos de las determinadas infracciones que los determinan a convertirse en infractores y a los efectos responder por esa determinada conducta.

El Código Penal carece de fundamentos en cuanto a los elementos a tener en cuenta para considerar determinado actuar como delictivo, nos brinda simplemente el concepto de actos imputables; cabe preguntarse entonces ¿cuáles son esos actos imputables?

Desde la ley general entonces comienzan a darse contradicciones y vacíos, evidenciándose de esta forma una total ruptura con la teoría del delito, ya que se adolece del enunciado de sus elementos técnicos o constitutivos, como por ejemplo no sabemos cómo debe ser determinada conducta, ni cuáles son los elementos que la misma debe reunir para considerarse como delictiva; porque claro está que toda conducta no puede transgredir el orden penal, esta deberá reunir determinados requisitos para que así sea.

Entonces todos estos elementos componentes del concepto de delito estarán integrados y relacionados de forma tal que la ausencia de uno de ellos provoca que el resto de los elementos quede excluido, entonces el vacío que se está creando en esta norma de carácter general será traspulado a las normas específicas en este caso la que analizaremos a continuación.

- **TRATAMIENTO LEGAL DE LOS MENORES EN ECUADOR.**

Estamos en condiciones de analizar el Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>31</sup>, teniendo pleno conocimiento de lo que se considera delito y quienes son las personas imputables a los efectos de esta ley.

En Ecuador se estableció un Código de Menores, vigente desde el 2 de junio de 1976, el que ha sufrido modificaciones en aras de enriquecerlo con las características particulares de la sociedad ecuatoriana, donde se regulan las principales normativas que deben regir la vida de los mismos, pero dicha normativa está llena de lagunas normativas y de contradicciones con respecto a cuáles son las características o requisitos que deben reunir los menores para considerarse delincuentes.

En el análisis que se realizó del mismo nos encontramos en el artículo 2 que se encuentran obligados con el Código todo ser humano desde su estado prenatal hasta los 18 años de edad.

A diferencia de la normativa anterior que adolecía de la definición “menores de edad o infantes” al referirse a las personas que se obligan al estricto cumplimiento de dicha normativa, brindando cierta inseguridad jurídica cuando expresa que “(...) Si existiere duda acerca de la edad de una persona, se la considerará menor mientras se pruebe lo contrario”<sup>32</sup>; este Código si estipula en su artículo 4 dicha concepción.

En el artículo 51 de dicha normativa alude entre otros derechos al de la libertad personal donde se reconoce a que se respete su libertad sin más limitaciones que las estipuladas por la ley, pero además debe primar siempre el principio del interés superior del menor, pero en el artículo 54.- “Derecho a la reserva de la información sobre antecedentes penales” se estipula que: Los adolescentes que hayan sido investigados, sometidos a proceso, privados de su libertad o a quienes se haya aplicado una medida socio-educativa, con motivo de una infracción penal, tienen derecho a que no se hagan públicos sus antecedentes policiales o judiciales y a que se respete la reserva de la información procesal en la forma dispuesta en esta Ley, a menos que el Juez competente

---

<sup>31</sup> Ley 100 Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003

<sup>32</sup> Código de Menores. 2 de junio de 1976 con modificaciones realizadas hasta el año 2010. Artículo 3.

lo autorice en resolución motivada, en la que se expongan con claridad y precisión las circunstancias que justifican hacer pública la información<sup>33</sup>.

Se está hablando de un típico proceso penal, donde aunque prime el interés del menor, no se habla en ningún momento de la capacidad y la responsabilidad de que se inviste al menor para poder estar constricto ante el Servicio Judicial de Menores, es decir que el adolescente será sometido a un proceso judicial.

Dicho Código regula en su Capítulo II la jurisdicción para el juzgamiento de la delincuencia juvenil, donde se habla de la creación de órganos jurisdiccionales a los efectos de la administración de justicia especializada en la niñez y la adolescencia, este proceso será ejecutado por Juzgados de Niñez y Adolescencia.

A partir de este acápite de dicha normativa, se estructura de forma piramidal y sin obviar un solo detalle todo el procedimiento adjetivo para la administración de justicia de menores, donde la creación de una Oficina Técnica como órgano auxiliar de la Administración de Justicia de la Niñez y Adolescencia funcionará, en cada distrito judicial, y estará integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, que se considere necesario, en el número que para cada caso determine el Consejo Nacional de la Judicatura.

Estos jueces investidos de su correspondiente jurisdicción y competencia dentro actuarán a los efectos legales de los cantones, que es la demarcación territorial conocida como municipio, es decir que se ha tratado de que el menor infractor en este caso, sea beneficiado por estar sometido a un proceso, con las autoridades especializadas a los efectos del mismo, pero existirán ciertos municipios o cantones donde no estará presente esta estructura que administre justicia para el caso de la incidencia de este actuar.

Entonces será sometido y homologado dicho menor con la justicia de los mayores de edad, rompiendo una vez más con la teoría del delito, ya que si esta expresa que los menores de edad son inimputables y aún así se someten a proceso penal, existirá un

---

<sup>33</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 100 Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003, Artículo 51.

momento y lugar en el tiempo en que serán juzgados por un profesional del Derecho que no está especializado para ejercer sobre dicha situación y va en contra de los principios que en las normativas internacionales protegen los derechos de niños y adolescentes.

Se aplicará a estas acciones el procedimiento sumarísimo, que garantice la contradicción procesal, las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque es necesario acotar que se ha ganado en integración y desarrollo con respecto al anterior Código de Menores, estos Tribunales no solo serán a los efectos penales, sino que abarcará todas las relaciones jurídicas en las que pueda intervenir un menor o adolescente, creando de esta forma una nueva laguna donde el único perjudicado será este último.

El referido Código se pronuncia en el Título X en lo referente a la Administración de Justicia en el caso de los menores, pero no es hasta el Libro Cuarto donde se pronuncia en materia de la responsabilidad del adolescente infractor, considerándolo inimputable en su artículo 305, así como a los niños que se consideran de igual forma inimputables y están exentos de sanción penal según lo referido en el artículo 307.

Ahora en cuanto lo preceptuado en el artículo 306 los adolescentes solo serán sometidos por las infracciones que cometan, a medidas socio educativas pero estará constreñido con todas las formalidades a un típico proceso penal donde incluso en el artículo 321 se refiere a la excepcionalidad de la privación de libertad, entonces ¿es imputable el menor?

El artículo 325 establece nuevamente y ahora como medida cautelar la de privación de libertad, lo que podría conllevar al juzgador a una utilización desmedida de la privación de libertad, violando su carácter excepcional.

De esta manera las penas que son establecidas en el Código Penal para castigar un delito con marco sancionador de veinte a veinticinco años, el Código de la Niñez y Adolescencia establece una pena de no más de cuatro años, pudiéndola reducir por el buen comportamiento hasta la mitad de la pena para los menores infractores según lo establece así el artículo 370 del propio cuerpo legal:

”La resolución que establezca la responsabilidad de un adolescente por un hecho tipificado como infracción penal, deberá imponerle una o más de las medidas socio - educativas descritas en el artículo anterior, observando, en todos los casos, el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 319, según la siguiente distinción:

3. Para los casos de infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión, se aplicará obligatoriamente la medida de amonestación y una o más de las siguientes medidas:

c) Internamiento institucional, hasta por cuatro años.

Los adolescentes, cuya medida de internamiento institucional exceda de 24 meses, tienen derecho a beneficiarse de la rebaja del tiempo por buen comportamiento, de modo que cada día del cual se pueda certificar su buen comportamiento y aprovechamiento en el estudio, en la capacitación laboral y en el trabajo, se cuente como dos. Esta certificación deberá suscribirse por el Director y el Secretario del Equipo Técnico del centro de internamiento, y será remitida al Juez cada mes<sup>34</sup>.

Y se ha demostrado con un análisis estadístico del comportamiento de la delincuencia juvenil su notable incremento en Ecuador en los últimos años, por lo que sería válido pensar si es realmente efectiva la regulación en este Código de la privación de libertad para el caso de los menores infractores, y si dichas medidas socio educativas están cumpliendo con su real cometido.

¿Está el menor en condiciones de responder ante los retos y desafíos que representa la privación de libertad? Se impone el análisis crítico sobre uno de los elementos del delito que determinan si el comportamiento de los menores puede ser sometido a las exigencias de la norma penal.

Entonces nos atenemos a la creación de las normas adjetivas, pero se continua con un silencio y un vacío jurídico con respecto a la norma sustantiva, que es definitiva la que debe regular los elementos de las conductas en las que incurran los menores para poder

---

<sup>34</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 100, Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003. Ecuador. Artículo 370 apartado 3 numeral c).

determinarlos sujetos activos del Derecho Penal, las conductas que serán consideradas para estos menores como delitos a los efectos de su juzgamiento.

Sosteniendo una vez más según todo lo anterior analizado y en correspondencia con lo proclamado por la teoría del delito que los menores de edad carecen de capacidad de culpabilidad, para lo que ofrecen la explicación de que se trata de personas de insuficiente desarrollo mental<sup>35</sup>. Sin embargo, en la medida en que la noción de imputabilidad está asociada a la capacidad de comprensión de la antijuridicidad del comportamiento, surgen como conclusiones evidentes:

- 1) que no es posible afirmar que carecen de esa capacidad todas las personas que no han alcanzado una determinada edad,
- 2) que tampoco es razonable predicar que esa aptitud es adquirida al mismo tiempo por una persona, respecto de cualquier hecho punible, pues el sentido social disvalioso de un daño o un hurto, puede ser apreciado mucho antes que el de una defraudación fiscal<sup>36</sup>.

En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *jure et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. La mayor parte de los menores de 16 años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico-penal del hecho.

Por esta razón, la edad menor de 16 años debería considerarse como una excepción personal al régimen del derecho penal común. Este punto de vista parece más adecuado a una clara situación del problema que considerar, en este caso, que el texto legal hace sólo referencia a una fórmula "biológica pura" de la imputabilidad.

El *momento* de la consideración de la edad es el de la *comisión del hecho*, no el de la sentencia. Por momento de la comisión del hecho debe entenderse el de la realización de

---

<sup>35</sup> SOLER: Derecho Penal Argentino, cit., 11-43; NÚÑEZ: Tratado de Derecho Penal, cit., 11-31 y ss.; FONTÁN BALESTRA: Tratado de Derecho Penal. Parte General, cit., 11-163.

<sup>36</sup> Righi, Esteban. "La Culpabilidad en Materia Penal". 1\* ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. Pág.114.

la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación (complicidad o instigación)<sup>37</sup>.

Por tanto el menor deviene inimputable a los efectos de lo anterior analizado, la inimputabilidad puede constituir un estado biológico natural, como consecuencia del incompleto desarrollo del individuo, por razones de edad. Esa incapacidad de culpa fue la que decidió, por mucho tiempo, la no punibilidad de los menores.

Dos fueron los criterios tradicionales para apreciar en el supuesto la inimputabilidad:

- a. *El psicológico*, consistente en la apreciación pericial o judicial del discernimiento.
- b. *El biológico*, por el que la ley presume la inimputabilidad hasta cierto límite de edad.

Estos criterios aparecen a menudo combinados, tanto en doctrina como en las legislaciones. El primero crea el espinoso problema del *discernimiento*, que debe ser comprobado dentro de ciertos límites de edad; el segundo decide una irresponsabilidad en abstracto que puede ser inapropiada en el caso concreto. Criterios más modernos ponen la tónica en las medidas tutelares tendientes a la rehabilitación del menor que ha cometido un hecho previsto en la ley como delito.

La Convención de los Derechos del Niño asegura a todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haberlas infringido, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración de éste y a que asuma una función constructiva en la sociedad<sup>38</sup>.

Seguidamente, la aludida Convención y en distintos incisos pasa a enumerar las garantías que deben rodear la situación del menor en tal situación, pudiendo señalarse las siguientes<sup>39</sup>:

- a) Ley previa al hecho o suceso que determina su intervención.

<sup>37</sup> Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Editorial Temis, Tercera Reimpresión. Colombia, 1996. Pág.173.

<sup>38</sup> Convención Internacional de los Derechos del Niño. Art. 40.

<sup>39</sup> Hugo D'Antonio, Daniel. "El Menor ante el Delito. Incapacidad legal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento". Editorial Astrea. Tercera Edición. Argentina, 2004. Pág. 135.

- b) Presunción de inocencia.
- c) Información sobre los cargos.
- d) Tramitación sin demoras por tribunal competente y defensa técnica.
- e) No obligación de aportar cargos contra sí mismo.
- f) Garantía de impugnación de decisiones ante tribunal de grado.
- g) Asistencia gratuita de intérprete de idioma.
- h) Respeto a la intimidad.
- i) Leyes, procedimientos, autoridades e instituciones especializados.
- j) Edad mínima de incapacidad penal
- k) Medidas tutelares no judiciales cuando ello sea posible.

El reconocimiento de este amplio espectro de derechos garantiza al menor un adecuado tratamiento de su conducta, eventualmente desviada, y constituye un trascendente elemento para la atención de dicha problemática.

Válido es reconocer que la Ley 100 ofrece una mejor estructura que el anterior Código de Menores que establece un procedimiento propio para ellos en el caso de la determinación de la responsabilidad penal en la que el mismo puede incurrir por la comisión de infracciones, a las que se someterá según lo establecido como fue explicado anteriormente por lo preceptuado por el Código Penal Vigente en Ecuador.

Aún subsisten contradicciones y vacíos que pueden perfeccionarse con el auxilio del Derecho Penal Positivo, a la luz de las circunstancias particulares de este entorno social, será bueno determinar en ese sentido un equilibrio en cuanto al elemento imputabilidad para el caso de los menores infractores y delimitar hasta qué punto son considerados delincuentes o no, cuáles son las características o qué elementos deben violar para llegar a convertirse en delincuentes.

Es válido reconocer que el cuerpo normativo vigente en Ecuador adolece de muchos elementos para el efectivo tratamiento de los menores infractores, no es menos cierto que Cuba es uno de los pocos países del mundo, para no absolutizarlo que está inscripto a lo

normado por la Convención de los Derechos del Niño, y lo cumple respetando todos los artículos y preceptos de la misma, llegando a convertirse en paradigma internacional en el respeto de los derechos de los niños y las niñas, pero existe un aspecto que rompe con las normativas de dicho instrumento internacional y que analizaremos a continuación.

Según el artículo 1 de la Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Y seguidamente el artículo 2 apartado 1 promulga que: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”<sup>40</sup>.

En tanto el Código Penal Cubano Vigente plantea en su artículo 16 que la responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y a las personas jurídicas. En su segundo apartado se pronuncia en cuanto a que la responsabilidad penal es exigible a personas naturales a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el hecho punible<sup>41</sup>.

Por tanto en este sentido Cuba en lo referente a la legislación penal no respeta lo estipulado por la Convención, ya que los seres humanos que aún tiene 16 años de edad son considerados niños a los efectos de esta normativa internacional, por lo que se distorsiona en este sentido el elemento imputabilidad de los proclamados por la teoría del delito. Sería efectivo revisar la normativa en este sentido para realizar las modificaciones pertinentes al efecto.

---

<sup>40</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Artículo 1 y 2.

<sup>41</sup> Ley 62 de 1987. Código Penal de Cuba. Artículo 16.1.2

### **1.7- Posición asumida por Cuba ante la inimputabilidad de los menores de 16 años de edad.**

- **Evolución Histórica del Tratamiento de los menores de edad.**

Dentro del esquema legal cubano tenemos que anteriormente las sanciones que se daba a los menores infractores eran en base a la ley española ya que se aplicó el Código Español de 1870 el mismo que se hizo vigente por el decreto del 23 de mayo de 1870. En esta ley eran juzgados judicialmente los mayores de nueve años hasta la edad de 18 años, estos sujetos eran beneficiados por la aplicación de la pena que era la mínima que se aplicaba para los delitos cometidos.

Posteriormente aparecen, una comunidad religiosa que funda el asilo “El Buen Pastor”, para recluir a niños de nueve a once años que eran acusados de prostitución, carácter violento y otros comportamientos irregulares. Esto fue en 1883 luego aparecen las Escuelas Correccionales de Guanajay y de Aldecoa (para varones y hembras respectivamente), subordinadas directamente a la Secretaría de Estado y Gobernación. En el Reglamento de ambas escuelas se disponía que los internos mayores de catorce años considerados perniciosos por su conducta, serían enviados a los tribunales y remitidos a la cárcel hasta los dieciocho años cumplidos.

La “Ley de Beneficencia” (Orden Militar No. 271 de siete de julio de 1900) modificó el artículo 8 2) y 3), extendiendo la irresponsabilidad absoluta hasta los diez años. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Decreto No. 78 de 12 de enero de 1909) también lo dispuso de similar forma, lo que estuvo vigente hasta el año 1938 en que adquiere vigencia el Código de Defensa Social.

A partir de 1909 la Secretaría de Sanidad y Beneficencia reformula la denominación de las escuelas correccionales, que a partir de entonces fueron consideradas reformatorios.

En la finca Torrens, Punta Brava, se construyó a finales de los años treinta un Instituto que tenía las características de una cárcel y que admitía en su severo reglamento los castigos corporales para la reeducación de los menores donde se internaban a los varones de dieciocho años

En 1936 se promulga el Código de Defensa Social (Decreto-Ley 802 de cuatro de abril de 1936) que aunque mantenía a los menores dentro del Derecho Penal, establecía el límite de la exención de la responsabilidad penal a la edad de doce años (artículo 35-D) y la atenuaba a los mayores de doce años y menores de dieciocho años, lo que se consideraba como circunstancia de menor peligrosidad (artículo 37-B). Las medidas que se disponían tenían un carácter tutelar (reclusión en el propio domicilio del menor, hospitalización y otras) o de reclusión que se verificaba en un reformatorio juvenil.

Este Código, al introducir novedosamente la institución del Estado Peligroso, disponía que los menores de doce años que cometieran un delito, fueran procesados por la jurisdicción especial de menores, declarándolos en estado de peligrosidad.

Las medidas tutelares eran recogidas en el artículo 586-10) y 11) y eran aplicables no solo a los menores de doce años en estado de peligro, sino también a los menores de dieciocho en la misma situación. Estas medidas tutelares eran:

- Reclusión del menor en su domicilio.
- Pupilaje escolar.
- Reclusión del menor en un hogar honrado, patronato, instituciones privadas de corrupción de menores y establecimientos especiales de educación técnica.
- Hospitalización.

Las medidas correccionales consistentes en la reclusión y reformatorio se aplicarían según el artículo 586-5) a los menores transgresores mayores de doce y menores de dieciocho. Estos debían separarse por sus edades. La duración de esta reclusión, se regulaba en el artículo 188-g) para un tiempo cuando menos de un año.

En 1938 se crea mediante la Ley de 23 de junio un Centro de Orientación Infantil. Esta orientación comprendía especialmente la solución de todos aquellos problemas relacionados con la delincuencia infantil y juvenil la que concebía al niño en dos vertientes: en peligro y el niño peligroso, de cuya distinción dependía las medidas que se aplicaban.

Las funciones de este centro eran de corrección y docencia, es decir, para la atención, corrección, asistencia y reeducación de los niños de ambos sexos y de protección y asistencia para amparar, educar y proteger a los mismos niños de ambos sexos.

La Ley Fundamental de la República de siete de febrero de 1959, retomó lo dispuesto en la Constitución de 1940 respecto a la creación de los tribunales para menores de edad, pero como no se promulgó la ley que debía regularlos, los tribunales penales de adultos continuaron procesando a los menores infractores de la norma penal.

El Ministerio de Bienestar Social, (creado por la Ley No. 49 de seis de febrero de 1959) asumía entre sus funciones principales la de prevenir la delincuencia juvenil, asistir a los menores que tuvieran problemas de conducta, para lo que se creó la Dirección de Prevención y Rehabilitación Social.

El Instituto de Reeducción de Menores de Torrens, modifica su nombre a través de la Ley 547 de 15 de septiembre de 1959 y a partir de entonces se denomina Centro de Rehabilitación de Menores.

Las Casas de Observación, creadas a partir de la Ley 548 de 15 de septiembre de 1959, se ocuparon de la custodia provisional, observación y del diagnóstico de aquellos menores de dieciocho años que cometieran actos calificados como delitos o contravenciones. Desde entonces, se comenzó una labor especializada por parte de personal técnico capacitado en materia de menores, realizándose un estudio integral de los mismos para que el tribunal que los juzgara contara con la información suficiente para adoptar su decisión.

El 6 de junio de 1959 se crea el Ministerio del Interior (MININT) a través de la Ley 940 que privilegió dentro de su trabajo la prevención de la delincuencia. La Resolución No. 1001 de 27 de marzo de 1962 propició la creación de un Departamento de Prevención y Seguridad Social que se dedicó a la actividad preventiva de los menores transgresores. También se subordinaron a este ministerio los Centros de Rehabilitación.

En el año 1961, cuando se disuelve el ministerio de Bienestar Social, el Ministerio de Educación asume la responsabilidad de la custodia provisional de menores que

incurrieran en conductas antisociales o practicaran la mendicidad entre otros casos, para los que se concebía un tratamiento especializado.

A partir de 1964, los menores transgresores comienzan a ser juzgados por una sala especial de la entonces Audiencia de la Habana y en 1966 se crea el primer Centro de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores de la Habana (CEAOM). En 1974, como parte de la estrategia de lograr un mayor acercamiento a la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, personal especializado de estos centros comenzaron a realizar evaluaciones socio-psico-pedagógicas para que los Tribunales Provinciales y Regionales tuvieran elementos para imponer las medidas a los menores transgresores, particularmente la de reclusión en un centro de reeducación. La evaluación en estos centros se caracterizó por la fuerza de la psiquiatría, con su vocabulario, sus métodos y técnicas, lo que fue retomado para evaluar a los comisores adultos.

La Facultad de Psicología de la Universidad de la Habana introduce a sus estudiantes y profesores en el CEAOM y en el Centro de Evaluación Penal para realizar sus prácticas profesionales, con lo que se acentúa la orientación psicológico-psiquiátrica para evaluar la conducta transgresora.

El primer proyecto de Código de Menores se elaboró en 1975, donde se tuvo en cuenta normativamente por primera vez las especificidades de estas edades, con lo que se trataba de lograr la individualización de las medidas que se aplicarían.

La preocupación jurídica en materia de menores se expresó también a través la Constitución de la República (1975, modificada en 1992), el Código de Familia (1975), y el Código de la Niñez y la Juventud (1978).

El Código Penal de 1979 (Ley 21) estableció la responsabilidad penal a partir de los dieciséis años pero dispone transitoriamente que para los menores de catorce años de edad hasta los dieciséis años se continúe aplicando lo establecido en el C.D.S. hasta que se promulgara una Ley relativa a los menores transgresores, la cual no se materializa hasta 1982 que se crea el Sistema para la Atención de Menores con trastornos de conducta a través del Decreto-Ley 64/82.

- **El Tratamiento a menores en la actualidad.**

El Decreto Ley 64 de 30 de diciembre de 1982. Sistema Nacional de Atención a Menores con Trastornos de Conducta, introduce el esquema actual referido al tema; donde no solo se incluye a los menores en conflicto con la Ley Penal, sino también a aquellos que presentan indisciplinas graves o trastornos permanentes de la conducta que dificulten su aprendizaje en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación, menores que presenten conductas disóciales o manifestaciones antisociales que no lleguen a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social.

Por esta razón hemos dicho con anterioridad que es muy difícil encasillar nuestro esquema de menores en algún modelo de administración jurídica en específico, pues tiene elementos del modelo tutelar y del de responsabilidad penal aunque por otra parte, carece de algunas cuestiones de ambas.

Este esquema que estuvo muy bien concebido desde su inicio, se expresó en un Sistema para la Atención a Menores con Trastornos de Conducta, previsto para los menores de 16 años de edad con las características que expresamos con anterioridad y tiene su asiento jurídico en el Decreto-Ley 64 del 30 de diciembre de 1982.

Su objetivo principal está encaminado a lograr la reorientación o reeducación de los menores y está regido conjuntamente por el MINED y el MININT, contando cada uno con sus Consejos de Atención a Menores, integrados por especialistas en la materia y de distintas ramas del saber vinculadas a la problemática en cuestión: psicólogos, juristas, pedagogos, etc.). Estos profesionales son los encargados de adoptar con el menor las medidas pertinentes y se auxilian de la evaluación que realizan el Centro de Diagnóstico, Análisis y Orientación de Menores que poseen equipos multidisciplinarios para poder ofrecer una valoración consecuente.

Los Consejos adoptan medidas indeterminadas que se adecuarán a la evolución y el progreso que experimenten los menores

Ellos decidirán entre otras medidas, el internamiento de estas personas en Centros de Reeducción de ese propio órgano. Estas medidas son de una duración indeterminada y dependerá de la evolución y progreso que experimenten los menores.

Al desembarazarse del Sistema Penal, este esquema enfatiza lo pedagógico, lo psicológico y lo jurídico, procurando realizar un análisis y conocimiento profundos de la personalidad del niño(a), para poder recomendar las medidas más convenientes que pueden ser revisadas en cualquier momento por los mismos Consejos de Atención a Menores que las han dispuesto. Entre estas medidas tenemos:

1. Internamiento o asistencia obligatoria a una escuela de conducta regida por el Ministerio de Educación o internamiento en un Centro de Reeducción del Ministerio del Interior.
2. Internamiento obligatorio en un centro asistencial del Ministerio de Salud Pública.
3. Obligación de tratamiento médico ambulatorio.
4. Vigilancia y atención por el Ministerio del Interior.
5. Vigilancia reforzada de los padres o tutores o de los que tengan a su cargo al menor.
6. Atención individualizada en las Escuelas del Sistema Nacional de Educación encaminada a la corrección de la conducta sin necesidad del internamiento en escuelas especializadas.
7. Ubicación del menor como aprendiz de oficio en una unidad laboral de acuerdo a las exigencias de la legislación laboral vigente.
8. Atención por trabajadoras sociales de la Federación de Mujeres Cubanas.

En los artículos 31 y 32 se faculta a éstos órganos para que puedan advertir a los padres, tutores o personas que tengan a su cuidado los menores, cuando no observen las obligaciones que la ley les dispensa relacionados con el cuidado, manutención, alimentación, educación, etc. de los menores objeto de ese Decreto, y en caso de incumplirlos, luego de las correspondientes advertencias, éstos podrán solicitar al Fiscal el inicio de proceso penal en su contra.

Cuando un menor arriba a la edad de 16 años durante su atención en una escuela de conducta (MINED, el Consejo Provincial de Atención a Menores) podrá decidir que continúen en dicha escuela hasta los 18 años de edad y así lo exigiera su reorientación total. Por su parte el Consejo de Atención a Menores del MININT podrá decidir la permanencia en un Centro de Reeducción bajo su dirección hasta los 18 años de edad, de los menores que cumplan 16 años durante su atención en estos centros y cuya reeducación no se haya completado.

En cuanto al tratamiento de menores que hubiesen participado en hechos intencionales, que figuren en el Código Penal y representen alta peligrosidad en su agente activo, al alcanzar los 18 años de edad, el Consejo Provincial de Menores, podrá adoptar si la persona presenta aún un índice significativo de peligrosidad social, una medida de internamiento en un centro para mayores que no podrá exceder de cinco años, según se establece en el Ordinal No. 11 del Decreto-Ley.

La decisión de cada uno de éstos Consejos, conlleva previamente un proceso evaluativo a cargo de los Centros de Diagnóstico y Orientación del MINED y los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores, (CEAOM) del MININT, los que investigan y analizan las condiciones familiares y sociales de los menores y las valoraciones de los menores por diferentes especialistas que recomiendan a cada Consejo Provincial las correspondientes medidas a adoptar.

El Decreto-Ley 64 de 30 de diciembre de 1982 constituyó un cambio conceptual significativo respecto a la dimensión jurídica acerca de los menores transgresores de la ley penal. Además de excluirlos del ordenamiento jurídico-penal, se concibió toda una estrategia pedagógica, sociológica y jurídica actualizada y especializadada, dirigida por los ministerios de Educación y del Interior que se reparten la competencia de acuerdo a la categoría en que se encuentran los menores.

### ➤ PARTICIPACION DEL FISCAL EN EL ESQUEMA JURIDICO CUBANO.

Por la especial significación que reviste la participación del Fiscal como garante de la Legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, reseñamos algunas ideas al respecto:

En la Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República, se toma en consideración la necesidad de fortalecer la función de control de la legalidad que le viene asignada a esta institución. En ella se toma en cuenta los antecedentes directos de las regulaciones sobre la Fiscalía en otras disposiciones jurídicas, en especial en el Decreto Ley-64 de 1982.

Se otorga especial relevancia a la actuación del Fiscal en la protección de los derechos ciudadanos y se precisan los aspectos fundamentales de la actuación de los fiscales respecto a la protección de los menores en situación de desventaja social.

El Fiscal según esta Ley, ejerce en representación del Estado las acciones judiciales que corresponden según la legislación vigente representando a los menores en algunos casos. Tiene también entre sus funciones comprobar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y disposiciones sobre el tratamiento a menores de infractores o con trastornos de conducta.

En la propia Ley se señala en el Capítulo IV referido a la protección a menores que el Fiscal tiene entre sus facultades:

- Realizar visitas de control de la legalidad a las unidades de la PNR para verificar el cumplimiento de lo establecido en la atención a menores que hayan incurrido en conductas infractoras o hechos tipificados como delitos;
- Visitar las escuelas de conducta y centros de reeducación de menores, para comprobar el cumplimiento de las normas establecidas para la permanencia y tratamiento de los menores que se encuentren en esos centros..
- Examinar todo tipo de documentación relativa a la situación de los menores, así como efectuar entrevistas a éstos, a los maestros, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, juristas y otros funcionarios encargados de la educación y reorientación de los menores.

Precisamente en los casos referidos con anterioridad, el Fiscal que advierta quebrantamientos de la legalidad, debe pronunciarse mediante resolución por su restablecimiento.

En el Reglamento de esta Ley, se dispone que la Dirección de Protección de los Derechos Ciudadanos tiene a su cargo la dirección metodológica y el control del trabajo que realizan los órganos de la Fiscalía en lo referido a la atención a los centros de menores sin amparo filial y en desventaja social, escuelas de conducta y centros de reeducación de menores, así como posee la función de controlar y comprobar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y otras disposiciones legales sobre menores e incapaces acogidos en centros asistenciales, escuelas de conducta y centros de reeducación de menores.

Nuestro país, especialmente con todo lo que ha alcanzado en materia de protección jurídica del menor, está en inigualables condiciones para realizar las modificaciones normativas necesarias para adecuar nuestro esquema normativo a las nuevas concepciones criminológicas y normativas que imperan en la actualidad.

No se trata de lograr un mimetismo jurídico, ni pretender a toda costa nuestra inserción en el ámbito latinoamericano a través de un mero ejercicio técnico-jurídico de moda, sino de identificar nuestros problemas y de encontrar las respuestas adecuadas sin soslayar nuestras características y nuestro legado histórico en la materia.



Capítulo 2

## **CAPÍTULO 2: “ LA DELINCUENCIA JUVENIL. PROTECCIÓN INTERNACIONAL”.**

El fracaso de políticas sociales insuficientes y la polarización de las riquezas, fomentando un mundo extremadamente poderoso y rico contrapuesto a otro donde predomina la acentuación de la pobreza y la población infantil desprotegida socialmente se incrementa, en definitiva catalizó el surgimiento de un modelo con un rango más amplio de exigibilidad de la Ley penal, aunque procesalmente más garantista.

En este tránsito el organismo de Naciones Unidas impulsó un proceso profundo de sensibilización con la problemática del desarrollo de la niñez y la juventud, creando las bases jurídicas de lo que se conoce como la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, cuyos cuatro instrumentos jurídicos básicos son:

1. La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
2. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).
3. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).
4. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Estos instrumentos abrieron paso en la década de los 90 a la Doctrina de la Protección Integral del Menor, que prevé la protección social como principal medida a la vez que plantea la necesidad de la separación entre los conflictos puramente penales y los sociales.

### **2.1 - CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

Los derechos de los niños se encuentran regulados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobada en Colombia mediante la ley 12 de 1991. En esta Convención los Derechos de los Niños son definidos como una prioridad para el Estado, la sociedad y la familia, se pasa a ver a los niños como **SUJETOS** de derechos y no como **OBJETOS** de protección.

Si los niños y las niñas son **SUJETOS DE DERECHO**, esto implica reconocerlos como ciudadanos en proceso de desarrollo, sujetos activos de sus derechos. Sin embargo, este reconocimiento ha sido tardío en la historia, pues los niños y las niñas empiezan a ser visibles a nivel internacional desde el 20 de noviembre de 1989, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta Convención se considera que ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres o a otros adultos.

**Esta Convención se basa en cuatro principios que a continuación se explican brevemente:**

**1.- No discriminación:** Este principio implica que todos los derechos de los niños se aplican sin excepción, sin limitaciones debido a la raza, color, género, idioma, religión, nacionalidad, origen social o étnico, o por opinión política o de otro tipo.

**2.- Participación:** Este principio implica que los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a expresar la opinión en las decisiones que les afecten, y tienen derecho a que sus opiniones sean respetadas. Los órganos que toman decisiones, las familias y otras instituciones deberán escuchar a los niños y tomar en cuenta sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez.

**3.- Supervivencia, desarrollo y protección:** Este principio implica que los Estados deben proteger y garantizar el desarrollo pleno - físico, espiritual, moral y social de las niñas y los niños para proyectar de manera satisfactoria su potencial, y que para tal efecto es preciso brindarle apoyo.

**4.- El interés superior del niño:** Las leyes y las medidas que afecten a la infancia deben tener en cuenta primero el interés superior del niño y beneficiarlo de la mejor manera posible.

Este principio se aplica en las decisiones que se toman en relación con las niñas y los niños como una manera de obligar a mirar la situación concreta de cada uno/a y sus

derechos frente a una decisión; se analiza especialmente los casos que presenten conflictos de derechos de los niños y las niñas.

**Un quinto principio** que no está en la convención es el de **prevalencia**. Este principio garantizan los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y su protección no solo en condiciones especialmente difíciles, sino que se enuncia claramente: siendo el Estado, la sociedad y la familia quienes deben proteger a niñas y niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual o explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Reconocer al niño y niña como sujetos plenos de derechos es permitir que sean niños/as y no adultos/as prematuros, es confirmar que son ciudadanos en sus tres dimensiones: social, civil y política, es ratificar el principio, el derecho y la garantía de la igualdad, la prevalencia de sus derechos y de su interés superior.<sup>42</sup>

En base a estos cinco principios se derivan los siguientes derechos de los niños y adolescentes:

- ✚ Los niños tienen derecho al juego.
- ✚ Los niños tienen derecho a la libertad de asociación y a compartir sus puntos de vista con otros.
- ✚ Los niños tienen derecho a dar a conocer sus opiniones.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a una familia.<sup>43</sup>
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección durante los conflictos armados.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a la libertad de conciencia.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra el descuido o trato negligente.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra el trabajo infantil.

---

<sup>42</sup> Cartas de navegación para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial infantil - esciesci Cillero, Miguel. *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*. Página 15- 18

<sup>43</sup> <http://www.unicef.org/> D:\derechos de los niños\Los derechos del niño - Monografias\_com.htm Autor: Barreiro Graciela

- ✚ Los niños tienen derecho a la información adecuada.
- ✚ Los niños tienen derecho a la libertad de expresión
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra la trata y el secuestro.
- ✚ Los niños tienen derecho a conocer y disfrutar de nuestra cultura.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra las minas terrestres.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual.
- ✚ Los niños tienen derecho a un hogar.
- ✚ Los niños tienen derecho a la intimidad
- ✚ Los niños tienen derecho a crecer en una familia que les dé afecto y amor.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra el uso ilícito de estupefacientes.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra las armas de fuego.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección en tiempos de guerra.
- ✚ Los niños tienen derecho a la libertad de pensamiento.
- ✚ Los niños tienen derecho a la información adecuada.
- ✚ Los niños refugiados tienen derecho a la protección.
- ✚ Derecho a un medio ambiente saludable.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a la educación.
- ✚ Los niños tienen derecho al acceso a la educación diferencial.
- ✚ Los niños tienen derecho a la libertad, debido proceso y condiciones dignas.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a un nombre y una nacionalidad.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a la alimentación y la nutrición.
- ✚ Los niños tienen derecho a recibir cuidados de ambos progenitores.
- ✚ Los niños tienen derecho a una atención de la salud adecuada.

- ✚ Los niños tienen derecho al cuidado y a la asistencia especial.
- ✚ Hay que proteger a los niños contra cualquier trabajo que entorpezca su educación.
- ✚ Los niños tienen derecho a adquirir conocimientos sobre el medio ambiente natural.
- ✚ Los niños tienen derecho a la protección contra toda forma de abuso.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a una educación que respete los valores propios de su cultura
- ✚ Los niños tienen derecho a la supervivencia.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a vivir libres de cualquier discriminación.
- ✚ Todos los niños tienen derecho a vivir en armonía.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama la Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con diez principios que no fueron adoptados correctamente y esta declaración sé quedó en letra muerta sin aplicarlos para el bienestar de los niños, pero ayudo de mucho para que se lleve a efecto la convención de los derechos de los niños.

Estos derechos han sido vulnerados de forma desmedida por situaciones de pobreza, conflictos armados, falta de escuelas en los países latinoamericanos, falta de protección por parte de sus familiares y el Estado ya que los niños y adolescentes, no reciben las condiciones necesarias para su pleno desarrollo físico y mental.

## **2.2- REGLAS MINIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINSTRACION DE JUSTICIA DE MENORES. (REGLAS DE BEIJING), NOVIEMBRE 1985.**

Las reglas de Beijing precedieron en cuatro años a la CIDN. A partir de definir como su objeto el bienestar de la persona menor de edad y el principio de proporcionalidad,

recomiendan que la respuesta o solución de cada caso debe atender no sólo a la gravedad del delito, sino afianzarse en las circunstancias personales del autor.

Propugnan evitar la intervención del aparato judicial, y proponen que el tratamiento al infractor debe contener la participación de la familia y de la sociedad a través de sus diversos mecanismos (de los encargados del control informal preferentemente). Se pronuncia por la aplicación de sanciones o medidas sustitutivas que no lleven internamiento.

En sus "orientaciones fundamentales", las Reglas de Beijing plantean la importancia de la prevención del delito a través de una eficiente y efectiva política social que reduzca al mínimo la intervención del sistema de justicia de menores; en otras palabras, se trata de evitar la aplicación de estas Reglas.

Las Reglas Mínimas o como mejor se las conocen las Reglas de Beijing, están diseñadas en atención a su aplicabilidad respetando los diferentes sistemas jurídicos de los países, pero estableciendo normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes, ajustadas a la noción de joven existente en cada uno de los países. No obstante, se define *“al menor como todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”*.

*“El delito es considerado como todo comportamiento penado por la Ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate”*. Finalmente, en cuanto a las definiciones en las Reglas de Beijing, *“el menor delincuente es todo niño o joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito”*.

Conviene destacar, que las Reglas Mínimas dejan claro que le corresponderá a cada Estado miembro en el marco de su sistema jurídico, fijar las edades mínimas y máximas para la aplicación de estas Reglas. Igualmente, se extiende el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes.

La regla quinta relativa a los objetivos de la justicia de menores, es considerada como una de las más importantes, en tanto que aborda por un lado la importancia de un sistema de justicia de menores que haga énfasis en el bienestar de éstos, y por otra parte plantea

garantizar la proporcionalidad de la respuesta a los menores delincuentes, atendiendo las circunstancias del delincuente y del delito.

La regla sexta dispone que debido a las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

La regla oncenava promueve la utilización del principio de oportunidad dentro del Derecho Penal Juvenil a través de los principios del Superior Interés del Menor y de Intervención Penal Mínima, al disponer que: “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente”.

La regla decimoséptima señala que la resolución en esta materia se ajustará a los siguientes principios:

- a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán tan sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta.

Aspectos como derechos de los menores, protección de la intimidad, investigación y procesamiento, prisión preventiva, sentencia, asesoramiento jurídico y derechos de los padres y tutores forman parte de este importante instrumento que establece las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores.

### **2.3- REGLAS MINIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS JOVENES PRIVADOS DE LIBERTAD. (14 DE DICIEMBRE DE 1990).**

Dentro de este epígrafe analizaremos las reglas creadas por las Naciones Unidas que son de suma importancia para la aplicación de sanciones a los menores infractores en las que se respetan los derechos humanos, y de esta manera dichos sujetos tengan un adecuado tratamiento que no afecten a su integridad física y mental.

Contienen la normativa que regula todo el procesamiento de los casos donde los menores aparecen privados de libertad, ya sea preventivamente o con motivo de la decisión definitiva de alguna autoridad.

El objetivo principal de estas reglas, es establecer normas mínimas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, en concordancia con los derechos humanos y orientados a evitar los efectos negativos de toda detención y coadyuvar su integración en la sociedad.

Se establece que las mismas están concebidas como referencia y orientación a los responsables de la administración del sistema de justicia de menores. La primera **Regla** advierte que el sistema de justicia de menores, deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores así como fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento es considerado como el último recurso a utilizarse.

Merece destacarse la definición de menor que se establece en estas **Reglas**, básicamente fijando la edad mínima; es decir "*se considera menor toda persona con menos de 18 años de edad*". Igualmente, consideran las **Reglas** para la protección de menores privados de libertad, que esta condición constituye toda forma de detención o encarcelamiento y el "internamiento" en un establecimiento público o privado en el que el menor se encuentra privado de libertad en contra de su voluntad y bajo las órdenes de alguna autoridad judicial, administrativa o pública.

**La Regla N° 12** establece algo sumamente importante, como es el hecho de que la privación de la libertad de los menores deberá realizarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto no sólo a los derechos humanos sino al disfrute de actividades y programas que coadyuven su "sano desarrollo y su dignidad".

En lo concerniente a la clasificación y asignación, **la Regla N° 29** establece que los menores deberán estar separados de los adultos en todos los centros de detención, sólo en situaciones controladas podrán reunirse pero debidamente seleccionados e inscritos en un programa especial. **La Regla N° 30** por su parte, señala la importancia de la organización de centros de detención abiertos, que presenten las siguientes características: escasas o nulas medidas de seguridad, población reducida, descentralizados y de espacios amplios que permitan el acceso de la familia y procurar su integración con el entorno comunitario.

Queda claro la importancia que se le asigna a la educación de los menores detenidos; en efecto, **la Regla N° 38** establece que todo menor en edad escolar tiene derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades orientada a promover su reinserción social. Igualmente, se considera que la enseñanza deberá ser impartida en centros de educación de la comunidad, en base a programas acordes con la instrucción pública que permita su continuación una vez salga en libertad. En el caso de jóvenes que han superado la edad escolar, deberá motivarse a éstos para que continúen sus estudios. Se establece claramente el derecho de todo menor a recibir formación para ejercer una profesión.

En materia de trabajo, los jóvenes podrán optar conforme a la **Regla N° 43** a realizar determinado tipo de trabajo. Igualmente, los menores privados de libertad quedan amparados por las normas nacionales e internacionales aplicadas al trabajo infantil y a los jóvenes trabajadores. El trabajo del menor deberá ser remunerado bajo la condición de una remuneración justa. Los beneficios producto del trabajo, no podrán ser para el centro de detención o para un tercero.

El trabajo del menor es considerado en estas Reglas, como un instrumento para la educación y preparación orientado a su reinserción social y "nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria".

En cuanto al personal de los centros de detención de menores, se señala que estos deberán recibir formación concretamente en psicología infantil, protección de la infancia y los Derechos Humanos.

Finalmente, se destaca la necesidad de que los jóvenes detenidos tengan contacto con la comunidad o con el mundo exterior, a fin de facilitar su reinserción social.

Como podemos darnos cuenta estas reglas protegen de forma especial a los menores infractores, ya que las autoridades o cualquier otra persona que tenga que entrar en el cuidado o tratamiento de estos sujetos primeramente tienen que prepararse psicológicamente de modo que los menores infractores sean tratados adecuadamente y no sufran trastornos durante su tratamiento de reinserción social, y solo se aplicará la privación de libertad en una cárcel en última instancia y dicha cárcel debe de tener todas las medidas sanitarias, deben ser amplias deben de tener departamentos de educación, de manera que no se vulneren los derechos que establece la Convención de los Derechos de los Niños, como también las Reglas de Beijing.

Pero muchos países a pesar de estar afiliados a la Convención de los Derechos del Niño, no lo aplican adecuadamente. En Ecuador por citar un ejemplo los menores infractores no son tratados sino que son directamente encarcelados en establecimientos que no prestan ninguna forma de educación por lo contrario se vuelven cada vez más delincuentes al ser encarcelados. Es decir que se ha demostrado que no resulta efectiva esta forma de tratamiento con respecto a dichos menores.

En consecuencia fijan las reglas para llevar a cabo la detención por la Policía en los casos de menores sospechosos de la comisión de algún delito. Indican que el Sistema de Justicia para las personas menores de edad debe respetar la seguridad y los derechos de éstos y fomentar su bienestar físico y moral, y ratifican la indicación de que la detención preventiva y la privación de libertad se empleen como último recurso y por el período mínimo necesario.

#### **2.4- DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL. (DIRECTRICES DE RIAD). DICIEMBRE 1990.**

Establecen un marco general para la prevención del delito infanto- juvenil. Es otra variante que promueve la utilización de políticas sociales eficaces para prevenir la

delincuencia de este sector, concediéndole a la sociedad la responsabilidad de adoptar las medidas que puedan conducir a la prevención del delito.

Promueve la utilización de medidas no penales al problema del delito ejecutado en estas primeras etapas de la vida, a través de la utilización de mecanismos alternativos. Preceptúa que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto, se considere delito cuando lo cometa un joven.

Como aspecto básico motiva la capacitación del personal encargado de hacer cumplir la Ley o con funciones relacionadas al trabajo con menores, de manera que comprenda sus necesidades y esté apto para decidir en cada caso el programa más adecuado, así como conozca las posibilidades de remisión a otros servicios a fin de sustraerlos en la mayor medida posible del proceso judicial penal.

En los principios fundamentales se destaca que estos se centran en la atención al niño. Los jóvenes son considerados en función de su participación activa en la sociedad y no como objetos de socialización o control. Se trata del diseño y aplicación de programas preventivos orientados al bienestar de los jóvenes "desde su primera infancia".

La prevención de la delincuencia juvenil es vista en el marco de estas Directrices, como la prevención del delito en la sociedad. La prevención pasa por la aplicación de una política progresista y el diseño de medidas que eviten "criminalizar" y "penalizar" al niño, por conductas que no constituyen una amenaza a la sociedad. Estas políticas y medidas abarcan desde la necesidad de crear mecanismos que procuren el acceso a las oportunidades de educación a niños y jóvenes, hasta la formulación de doctrinas para la prevención de la delincuencia que abarcan leyes, procesos e instituciones.

Las llamadas **Directrices de RIAD**, plantean la necesidad de la aplicación de políticas preventivas inscritas en procesos de socialización e integración de niños y jóvenes; éstas deberán incluir a la familia, el entorno comunitario, la educación y los medios de comunicación.

En materia de legislación y administración de justicia de menores, las Directrices plantean la necesidad de que los gobiernos promulguen y apliquen leyes y procedimientos orientados a impedir la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes.

Finalmente, propone a los gobiernos el fomento de la interacción y la coordinación entre los diversos organismos nacionales e internacionales, para el conocimiento de experiencias que propendan a la aplicación de programas vinculados a la prevención de la delincuencia y la justicia de menores.



# Resumen

*La presente investigación titulada “¿Niños Delincuentes? Fundamento de su Punibilidad en el Derecho Penal Moderno”, surge con las motivaciones de profundizar en los derroteros de la delincuencia juvenil y su tratamiento desde la óptica del Derecho Penal. Tiene como principal objetivo valorar la teoría del delito en el tratamiento a menores en los ordenamientos jurídicos de Cuba y Ecuador en aras de lograr el perfeccionamiento del derecho positivo.*

*Se utilizaron para el logro de los objetivos, métodos como el Histórico-Jurídico y el Método Exegético-Jurídico. La investigación partiendo de las categorías y teorías generales del Derecho Penal, pretende del análisis de la teoría del delito frente al Derecho Penal de Adolescentes y su incursión en los ordenamientos jurídicos de Ecuador y en Cuba. Así como su protección en materia internacional. Posibilitándose de esta forma una visión más clara en cuanto al fundamento de su punibilidad.*

*Se ha dividido en dos capítulos. El primero denominado El Derecho Penal Moderno frente a la Delincuencia Juvenil donde se aborda la evolución histórica del Derecho Penal, así como su concepto, fuentes, características y concluye con el análisis de la teoría del delito frente al Derecho Penal de Adolescentes con sus retos y perspectivas y el tratamiento legal de los menores en Ecuador y Cuba.*

*En el segundo capítulo titulado La Delincuencia Juvenil. Protección Internacional se analizan los instrumentos que abrieron paso en la década de los 90 a la Doctrina de la Protección Integral del Menor, que prevén la protección social como principal medida a la vez que plantea la necesidad de la separación entre los conflictos puramente penales y los sociales.*

### ***Evolución histórica del Derecho Penal.***

*El delito, para Hegel, era la negación del Derecho, en cuanto es Derecho, y la pena era la negación del delito: luego, la pena era la negación de la negación del Derecho.*

*Según este autor, el Derecho penal constituía un derecho natural inmutable, anterior a las convenciones humanas e independientes de ellas, y cuyo fundamento radicaba en el derecho que asiste al hombre de conservar su felicidad.*

*El pensamiento jurídico-penal alemán (el positivismo propuso la sustitución del derecho natural por el derecho positivo: el positivismo filosófico cristalizó en positivismo jurídico). Esta corriente se fundamentaba en tres puntos: primero, el objeto de conocimiento del Derecho penal es el derecho positivo; segundo, los métodos para llevar a cabo la elaboración científica de ese derecho positivo son los de la dogmática; y tercero, para que la dogmática jurídica se adecue a la naturaleza del Derecho penal, es necesario que aquélla se desarrolle conforme a una concepción finalista del Derecho.*

### **CONCEPTO DE DERECHO PENAL.**

*Al decir de algunos autores, el derecho penal solo intervendrá ante conductas que reúnan los requisitos de infractoras del orden jurídico penal (derecho de última ratio). Por ello Cuello Calón, refiere que el derecho penal “es un conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente “. De lo que se deriva el principio que es eje central del Derecho Penal: de legalidad.*

*La concepción materialista del derecho Penal está determinada principalmente por dos razones: la naturaleza de su objeto de conocimiento y la esencia de las normas jurídico-penales. De tales premisas fundamentales podemos llegar a la conclusión de que el derecho Penal está relacionado con un aspecto de la conducta social del hombre.*

*Por consiguiente es ostensible la estrecha vinculación del Derecho Penal con la vida social, con la realidad objetiva.*

### **CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.**

*El Derecho Penal, para sancionar, elige aquellas conductas que tengan un significado importante para el ordenamiento jurídico.*

*El Derecho Penal es un derecho sancionatorio o punitivo, es decir, que castiga los actos delictivos. Es un derecho personalísimo.*

*En el derecho penal todas las conductas no son constitutivas de delito, por lo que no responden los parientes ni los hijos por los hechos delictivos de otros.*

### **FUENTES DEL DERECHO PENAL.**

*El término “fuentes del Derecho” constituye un concepto jurídico que expresa una noción compleja. Por lo que al referirse a las fuentes del Derecho Penal, se debe partir de las fuentes del sistema jurídico como tal y del particular del Derecho penal. La especificidad de la teoría de las fuentes del Derecho penal está determinada por las funciones que ella cumple.*

### **FUNCIONES DEL DERECHO PENAL.**

*El tema de las funciones del Derecho Penal muestra cierto grado de complejidad, por cuanto la teoría penal ha señalado también funciones a la pena y las normas jurídicas penales. El criterio tradicional suele equiparar las funciones del Derecho Penal y las de la pena.*

*Conforme se advertirá aquí se ponen de manifiesto, no solo las dos funciones asignadas al derecho Penal, sino los vínculos de esta con las funciones de la norma penal y con las funciones de la sanción penal.*

### **LA TEORÍA DEL DELITO FRENTE AL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES.**

*Desde la óptica del Derecho Penal cubano, teniendo como base el Artículo 8.1 del Código Penal Vigente, se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley, bajo conminación de una sanción penal . Y si para que exista delito tiene que existir sanción, la punibilidad es una parte integrante del delito. Las relaciones sociales que resultan lesionadas por el delito particular se nombran objeto del delito. Las normas particulares del Derecho Penal que protegen esas relaciones sociales caracterizadas como objeto de protección. Más allá de ello, es innegable aún hoy, que la exacta división de los elementos componentes del delito reafirma la índole liberal de nuestro Derecho Penal. Si la respuesta es negativa no existirá delito. La teoría del delito, como toda teoría jurídica, debe servir a la vida.*

*Cabe entonces enjuiciar las modernas corrientes o teorías del delito y su aplicación en el Derecho Penal Ecuatoriano, para luego particularizar en el Código de Menores que regula la jurisdicción penal en esta materia.*

*El código de la niñez y adolescencia Ecuatoriano, se infiere que los menores de dieciocho años no son sujetos de Derecho Penal y por ende son inimputables.*

### **TRATAMIENTO LEGAL DE LOS MENORES EN ECUADOR.**

*Los menores de 18 años debería considerarse como una excepción personal al régimen del derecho penal común.*

*El Decreto-Ley 64 de 30 de diciembre de 1982 constituyó un cambio conceptual significativo respecto a la dimensión jurídica acerca de los menores transgresores de la ley penal. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.*

### **CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

*Los derechos de los niños se encuentran regulados en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, aprobada en Colombia mediante la ley 12 de 1991. En esta Convención los Derechos de los Niños son definidos como una prioridad para el Estado, la sociedad y la familia, se pasa a ver a los niños como **SUJETOS** de derechos y no como **OBJETOS** de protección.*

*Si los niños y las niñas son SUJETOS DE DERECHO, esto implica reconocerlos como ciudadanos en proceso de desarrollo, sujetos activos de sus derechos.*

### **REGLAS MINIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINSTRACION DE JUSTICIA DE MENORES.**

*Aspectos como derechos de los menores, protección de la intimidad, investigación y procesamiento, prisión preventiva, sentencia, asesoramiento jurídico y derechos de los padres y tutores forman parte de este importante instrumento que establece las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores.*

*La primera Regla advierte que el sistema de justicia de menores, deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores así como fomentar su bienestar físico*

*Finalizando dicha investigación con las conclusiones y las previas recomendaciones así como la referencia bibliográfica utilizada.*



*Conclusiones*

## Conclusiones.

Una vez concluida la presente investigación titulada “El Comportamiento del Derecho Penal en el Enfrentamiento de la Delincuencia Juvenil” se hace necesario plasmar sus ideas principales arribando a las siguientes conclusiones:

- El Derecho Penal es una rama del Derecho, constituida por un sistema de conocimientos que se constituyen en teorías, conceptos, juicios, principios, postulados, categorías y normas relacionadas con el objeto de estudio, que se centra en el delito.
- La Teoría del Delito plantea que el delito está compuesto por tres elementos técnicos: objetivo (la conducta), subjetivo y normativo (la infracción). La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano.
- El Derecho Penal cubano, regula en el artículo 8.1 del Código Penal Vigente, que se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley, bajo conminación de una sanción penal.
- El Código Penal ecuatoriano en su artículo 10 preceptúa el concepto de delito, que parte de la infracción, el que plantea: Son infracciones los actos imputables, sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.
- El Código Penal ecuatoriano carece de fundamentos en cuanto a los elementos a tener en cuenta para considerar determinado actuar como delictivo, para los menores de edad, ofrece sólo el concepto de actos imputables.
- La Ley 100 cuenta con una estructura más completa en cuanto al procedimiento por la comisión de infracciones, a las que se someterá según Código Penal Vigente en Ecuador a los menores que incurran en ellas.
- El Código Penal ecuatoriano para castigar un delito con marco sancionador de veinte a veinticinco años, para el régimen sancionador de los menores infractores se complementa con el Código de la Niñez y Adolescencia que establece una

pena de no más de cuatro años, que puede ser reducida por el buen comportamiento hasta la mitad de la pena para los menores infractores según lo establece así el artículo 370 del propio cuerpo legal.

- El Código de la Niñez y la Adolescencia preceptúa las normas adjetivas, pero se continua con un silencio y un vacío jurídico con respecto a la norma sustantiva, que es definitiva la que debe regular los elementos de las conductas en las que incurran los menores para poder determinarlos sujetos activos del Derecho Penal, las conductas que serán consideradas para estos menores como delitos a los efectos de su juzgamiento.
- La exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *jure et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho.
- El Código Penal Cubano Vigente plantea en su artículo 16 en su segundo apartado que la responsabilidad penal es exigible a personas naturales a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el hecho punible.
- En Cuba en lo referente a la legislación penal no respeta lo estipulado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ya que los seres humanos que aún tiene 16 años de edad son considerados niños a los efectos de esta normativa internacional, por lo que se distorsiona en este sentido el elemento imputabilidad de los proclamados por la teoría del delito.
- En Cuba el derecho de los menores que transgreden el orden social, está regulado en el Decreto Ley 64/82 "Sistema Nacional de Atención a Menores con Trastornos de Conducta".
- El organismo de Naciones Unidas creó las bases jurídicas de la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, cuyos cuatro instrumentos jurídicos básicos son:
  - a) La Convención Internacional de los Derechos del Niño.
  - b) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

- c) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).
- d) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.



*Recomendaciones*

## **Recomendaciones.**

**Al Departamento de Derecho de la Universidad de Granma:**

**A la Asamblea Nacional del Poder Popular De Cuba:**

**Asamblea Nacional de Ecuador:**

**A la Unidad Académica de Ciencias Administrativas y Humanísticas de la Universidad Técnica de Cotopaxi:**

- Profundizar en el estudio teórico doctrinal de la Delincuencia Juvenil, tanto en cursos de postgrado como en el pregrado.
- Que se desarrollen cursos de Postgrado o Diplomados dirigidos al Sistema de Prevención y Atención Social de la Provincia y a sus grupos de trabajo, a fin de capacitarlos en nociones elementales de las Ciencias Criminológicas y de la labor preventiva.
- Implementar mecanismos efectivos para contrarrestar y prevenir la delincuencia juvenil.

**Asamblea Nacional de Ecuador:**

- Elaborar una normativa o ley sustantiva que tipifique las conductas a observar para considerar a un menor infractor en el orden penal, fundamentando en consecuencia la punibilidad de la delincuencia juvenil.



*Bibliografija*

## Bibliografía

### Libros.

1. Alberto Donna, Edgardo. "Teoría del Delito y de la Pena. Fundamentación de las Sanciones penales y de la culpabilidad". Tomo I. Segunda Edición, Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1996
2. Alberto Donna, Edgardo. "Teoría del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva". Tomo II. Segunda Edición, Actualizada y Ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1995.
3. Bacigalupo, Enrique. "Manual de Derecho Penal. Parte General". Tercera Reimpresión. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1996.
4. Baquero Vernier, Ulises. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, Cuba. 1987.
5. Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el concepto de Derecho penal ", en Estudios Jurídicos. En memoria del profesor D Dr. José Ramón Casabó Ruíz, Primer volumen, Valencia, 1998.
6. Cillero, Miguel. Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios. Cartas de navegación para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial infantil.
7. Creus, Carlos. "Derecho Penal. Parte General". 3ra Edición Actualizada y Ampliada. 1992. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. ISBN: 950-508-247-9.
8. Cuello Calón, Eugenio."Derecho Penal". Barcelona, 1951.

9. Fontán Balestra, Carlos. “Derecho Penal: Introducción y Parte General”, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires, Argentina. Formato Digital.
10. Hugo D’Antonio, Daniel. “El Menor ante el Delito. Incapacidad legal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento”. Editorial Astrea. Tercera Edición. Argentina, 2004.
11. Mezger, Edmund. “Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General”. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958.
12. Mir Puig, Santiago. “Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”. Segunda Edición. Editorial Bosch, Barcelona, España. 1982.
13. Mir Puig, Santiago.”Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método”. Segunda Edición, Reimpresión. Editorial B de f, Buenos Aires, Argentina. 2003.
14. Núñez, Ricardo C. “La culpabilidad en el Código Penal”, Bs. As., Depalma, 1946.
15. Plascencia Villanueva. Raúl “Teoría del delito”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Edit.: Raúl Márquez Romero/México-2004.
16. Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Parte General, t I. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, Segunda Edición. 1990, pág. 55.

17. Quiróz Pirez, Renén.\_ MANUAL DE DERECHO PENAL I. Edit. Félix Varela. Habana 2004.
18. Quiróz Pirez, Renén.\_ MANUAL DE DERECHO PENAL II. Edit. Félix Varela. Habana 2004.
19. Quisbert, Ermo. “Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes”. Centro de Estudios de Derecho. Enero 2008.
20. Righi, Esteban. “La Culpabilidad en Materia Penal”. 1\* ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
21. Rodríguez, Ciro Félix. “Reflexiones sobre la noción, las funciones y la naturaleza del Derecho Penal”.
22. Rodríguez Marullo, Gonzalo. “Derecho Penal. Parte General”. Manuales Civitas. Editorial Civitas S.A. Formato Digital.
23. Roxin, Claus et all. “Sobre el Estado de la Teoría del Delito”. Cuadernos Civitas. Primera Edición, Madrid. España. 2000.
24. Santiago Nino, Carlos. “Los Limites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito”. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1980.
25. Schunemann, Bernd. “El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales”. Editorial Tecno. Madrid, España. 1991.
26. SOLER: Derecho Penal Argentino, cit., 11-43; NÚÑEZ: Tratado de Derecho Penal, cit., 11-31 y ss.; FONTÁN BALESTRA: Tratado de Derecho Penal. Parte General, cit., 11-163.

27. Zaffaroni, Eugenio Raúl, et all. “Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina.
28. Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Tomo V. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1988.
29. Von Beling, Ernst. “Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo”. Análisis de Carlos M. de Elia. Librería “El Foro”, Buenos Aires, Argentina, 2002.

#### Sitios Web.

1. [http:// es. Monografias.com.org//Derecho Penal](http://es.Monografias.com.org//Derecho%20Penal).
2. [http://www.unicef.org/ D:\derechos de los niños\Los derechos del niño - Monografias\\_com.htm](http://www.unicef.org/D:\derechos%20de%20los%20niños\Los%20derechos%20del%20niño%20-%20Monografias_com.htm) Autor: Barreiro Graciela
3. [http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho\\_Penal\\_General](http://es.wikiversity.org/wiki/Derecho_Penal_General)

#### Legislación.

1. Codificación 000, Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971. Código Penal de la República de Ecuador.
2. Código de Menores de la República de Ecuador. 2 de junio de 1976
3. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25 de 20/11/89.

4. Decreto Ley No.175, de 17 de junio de 1997. Modificativo del Código Penal Cubano.
5. Decreto Ley 64 de 30 de diciembre de 1982. Sistema Nacional de Atención a Menores con Trastornos de Conducta.
6. Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. (Directrices de RIAD). Diciembre de 1990.
7. Ley 62/87, Código Penal de Cuba.
8. Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República
9. Ley 100 Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Código de la Niñez y de la Adolescencia de la República de Ecuador.
10. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución 40/33 de 29/11/85. Asamblea General de las Naciones Unidas.
11. Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad. (14 de Diciembre de 1990)