



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE  
DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO**

**CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA  
REPÚBLICA.**

**“LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS  
MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN  
ECUADOR”**

**Autora:**

**Adriana Andrea Azanza Alvario**

**Tutor:**

**Dr. Carlos Pérez Leyva**

**Guayaquil, 2020**



## REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS

**TÍTULO Y SUBTÍTULO:**

“LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN ECUADOR”

**AUTOR/ES:**

Adriana Andrea Azanza Alvario

**REVISORES O TUTORES:**

Dr. Carlos Pérez Leyva

**INSTITUCIÓN:**

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE  
ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

**Grado obtenido:**

ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y  
TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

**FACULTAD:**

CIENCIAS SOCIALES Y  
DERECHO

**CARRERA:**

DERECHO

**FECHA DE PUBLICACIÓN:**

2020

**N. DE PAGS: 75**

**ÁREAS TEMÁTICAS:** DERECHO

**PALABRAS CLAVE:** ADOLESCENCIA, DELINCUENCIA JUVENIL, PROBLEMA SOCIAL, PROCEDIMIENTO LEGAL.

**RESUMEN:**

El desarrollo tecnológico ha conllevado a un crecimiento acelerado de la niñez que, por ende, ha ido alcanzando con mayor prontitud la madurez incluso legal, tanto es así, como, ya desde temprana edad y no como excepción a la regla, muchos adolescentes llevan a cabo actos delictivos, como ocurre con la criminalidad en la adolescencia en el Ecuador y específicamente en Guayaquil, que es el lugar donde hemos concentrado nuestro estudio, que lleva el Título de: “**LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN ECUADOR**”, como objetivo general nos hemos trazado el siguiente:

1. Proponer una Enmienda constitucional, que reemplace el actual art. 45 de la Constitución de la República en la que no solamente se determine que los adolescentes tienen derechos, sino también obligaciones y que excepcionalmente los adolescentes infractores entre dieciséis y dieciocho años serán penalmente responsables de sus actos y por lo tanto serán imputables, conllevando por ende a ser modificado también el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer

<p>como edad para responder penalmente los 16 años, en base al desarrollo social actual que conlleva a una madurez legal más temprana para dirigir su conducta y responder por el alcance de sus actos, por ende, se garantizaría menor impunidad delictiva.</p> <p>Dicho objetivo ha de ser alcanzado a través de una investigación Descriptiva y empleando los siguientes métodos científicos: Histórico, Documental, Analítico, Sintético y Deductivo, los que van dirigidos a lograr demostrar la necesidad de una reforma legal a los arts. 45 de la Constitución de la República y el art. 38 del COIP, con la finalidad de bajar la edad para ser imputable penalmente y con ello, evitar mayor impunidad delictiva.</p>		
<b>N. DE REGISTRO (en base de datos):</b>	<b>N. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<b>SI</b> <input checked="" type="checkbox"/>	<b>NO</b> <input type="checkbox"/>
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b> Adriana Andrea Azanza Alvario	<b>Teléfono:</b> 0989381259	<b>E-mail:</b> Adrianita_andrea@hotmail.com
<b>CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:</b>	<p>MSC. LCDA. PATRICIA JURADO ÁVILA.  <b>Decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho.</b>  Dr. Carlos Pérez Leiva  <b>Director de la Carrera de Derecho</b>  <b>Teléfono:</b> 2596500  <b>Decanato: Ext.</b> 249  <b>Dirección Ext.</b> 233  <b>E-mail:</b>  <b>Decano:</b> <a href="mailto:moramass@ulvr.edu.ec">moramass@ulvr.edu.ec</a>  <b>Director:</b> <a href="mailto:cperezleiva@ulvr.edu.ec">cperezleiva@ulvr.edu.ec</a></p>	

# CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO

TURNITIN

TURNITIN

**Turnitin Informe de Originalidad**

Presentado el: 29-jul-2020 02:24 -05  
 Identificador: 1255912489  
 Número de palabras: 17433  
 Filtrado: 1

Índice de similitud	6%
Original Sources	0%
Publications	0%
Translations	0%
Self-submissions	0%

**LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES** Por Adriana Andrea Azanza Avorio

- < 1% match (Internet desde 28-nov-2010)  
[https://www.cerpe.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1047:los-estudiantes-estudiosos-durante-la-educacion](https://www.cerpe.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1047:los-estudiantes-estudiosos-durante-la-educacion)
- < 1% match (Internet desde 05-dic-2018)  
<https://www.gub.uy/portal/temas/temas-objetivos/temas-objetivos-de-los-planes-nacionales>
- = 1% match (Internet desde 29-jul-2020)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2020-07-29-01/>
- = 1% match (Trabajos de los estudiantes desde 22-feb-2019)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2019-02-22-01/>
- < 1% match (Internet desde 07-jun-2014)  
<https://www.lamj.info/boletines/2014-06-07-ARTICULO%20751-0021>
- < 1% match (Internet desde 17-sep-2012)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2012-09-17-01/>
- < 1% match ( )  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2012-09-17-01/>
- = 1% match (Internet desde 01-jul-2015)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2015-07-01-01/>
- < 1% match (Internet desde 29-feb-2006)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2006-02-29-01/>
- = 1% match (Internet desde 03-sep-2018)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2018-09-03-01/>
- = 1% match (Trabajos de los estudiantes desde 24-feb-2008)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2008-02-24-01/>
- < 1% match (Internet desde 10-sep-2009)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2009-09-10-01/>
- = 1% match (Internet desde 11-sep-2012)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2012-09-11-01/>
- = 1% match (Internet desde 23-may-2008)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2008-05-23-01/>
- < 0% match (publicaciones)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2008-05-23-01/>
- < 1% match (Trabajos de los estudiantes desde 29-mar-2014)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2014-03-29-01/>
- < 1% match ( )  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2014-03-29-01/>
- = 1% match (Internet desde 04-jun-2014)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2014-06-04-01/>
- < 1% match (Internet desde 02-jul-2006)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2006-07-02-01/>
- < 1% match ( )  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2006-07-02-01/>
- = 1% match (Internet desde 08-feb-2002)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2002-02-08-01/>
- = 1% match (Internet desde 26-jun-2019)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2019-06-26-01/>
- < 1% match (Internet desde 26-may-2006)  
<https://www.uba.edu.ar/boletines/2006-05-26-01/>

**CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA**  
 Firmado digitalmente por CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA  
 Fecha: 2020.07.22 09:09:44 -05'00'

https://www.turnitin.com/newreport\_printview.asp?app=1&id=1&num=15&old=1355912489&id=05&id=26&id=56&id=471280786525918366... 5/4

**CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA**  
 Firmado digitalmente por CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA  
 Nombre de reconocimiento (DN):  
 c=EC, o=GUAJALUPE,  
 ou=turnitin-00992317,  
 cn=CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA  
 Fecha: 2020.07.15 08:08:30 -05'00'

**Firma del Tutor.**

## AGRADECIMIENTO

A aquella éxtasis y satisfacción producido por mí mismo, el deseo de encaminarte hacia el éxito, todo esto es motivante, querer cada día ser mejor, anhelar cada vez algo mejor, llegar a un nivel superior y todo este tipo de cosas son las que a diario nos inspiran en nuestras vidas para ser todo aquello que nos proponemos.

Este trabajo es con todo amor a mis padres y mi hermano, por su apoyo constante, por llenar mi vida con sus valiosos consejos.

Al Dr. Carlos Pérez Leiva por impartir sus conocimientos y es positivismo desde el primer día que supe que sería mi tutor.

A mis amigos incondicionales que de cierta manera siempre están para mí y nunca hay un no por respuesta.

En este caso hablaremos de amiga la positiva que es como mi mano derecha y socia, que siempre está al pie del cañón y dice dale que tu si puedes no te rindas.

Por el otro lado está la amiga seria pero que a la vez tiene un corazón tierno , es la que con cautela primero analiza las cosas antes de decirlas y que siempre está y estará bajo cualquier circunstancia de mi vida.

Y por último al amigo que incondicional, al sabelotodo, el mini juez y buena onda, que en el transcurso de la universidad me ayudo y apporto en mí sus conocimientos.

## **DEDICATORIA**

A DIOS por su presencia y apoyo incondicional que no tiene parámetros, es simplemente amor y fortaleza.

A nuestros padres ya que son las únicas personas que estarán y permanecerán en todo momento dentro de nuestras vidas, ellos siempre te apoyaran y guiaran. Ellos son los únicos que pueden entender y comprender el tamaño y alcance de su amor, su entrega, y confianza sobre mí.

A la memoria de mi abuelita y de mi tío , quienes fueron el pilar fundamental de mi formación como ser humano ,quienes me enseñaron a ser fuerte y siempre tener sueños de los cuales debo cumplir.

A mí porque nunca pensé llegar a vivir este momento tan increíble, pero sé que es uno de los muchos logros que esperan por mí y sé que cada uno de ellos mi familia siempre estará apoyándome.

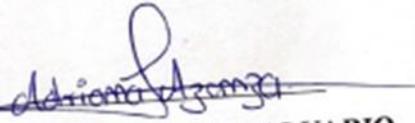
## **CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

Guayaquil, febrero 2020.

Yo, ADRIANA ANDREA AZANZA ALVARIO, declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y normativa Institucional vigente.

Firma:

  
**ADRIANA ANDREA AZANZA ALVARIO**

## CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación, “LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN EL ECUADOR” designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

### CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: “LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN EL ECUADOR” presentado por la estudiante ADRIANA ANDREA AZANSA ALVARIO como requisito previo, para optar al Título de, Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, encontrándose apto para su sustentación.

CARLOS  
MANUEL  
PEREZ LEYVA

Firmado digitalmente por CARLOS  
MANUEL PEREZ LEYVA  
Número de reconocimiento (DN):  
c=EC, o=GUAYAQUIL,  
serialNumber=0959923517,  
cn=CARLOS MANUEL PEREZ LEYVA  
Fecha: 2023.09.15 08:08:30 -05'00'

**Firma del Tutor.**

# ÍNDICE

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA .....	ii
RESUMEN EJECUTIVO .....	xii
ABSTRACT .....	xiii
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	2
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	2
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	4
1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA .....	4
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	4
1.4.1. Objetivo General .....	4
1.4.2. Objetivos Específicos .....	5
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	5
1.6. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	6
1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN .....	7
1.8. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES. ....	7
1.9 Línea de Investigación .....	7
CAPÍTULO II .....	8
2.1. PRINCIPIOS RELATIVOS AL JUZGAMIENTO PARA ADOLESCENTES INFRACTORES .....	8
2.1.1. El principio del interés superior del menor de edad .....	8
2.1.2. El principio de humanidad .....	8
2.1.3. El principio de supervivencia, desarrollo y moralidad .....	9
2.1.4. El principio de no discriminación y equidad .....	10
2.1.5. El principio de mínima intervención penal .....	10
2.2. TRATAMIENTO A LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	11
2.2.1. Argentina .....	11
2.2.2. Colombia .....	14
2.2.1. Perú .....	17
2.3. CRITERIOS PSICOLÓGICOS SOBRE LA EDAD PARA RESPONDER PENALMENTE .....	20
2.4. MARCO LEGAL DEL JUZGAMIENTO A ADOLESCENTES INFRACTORES	26

2.5. TRATAMIENTO LEGAL DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL A LA EDAD PARA RESPONDER PENALMENTE.....	27
2.6. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR SOBRE LA EDAD PARA ASUMIR RESPONSABILIDAD PENAL.....	30
MARCO CONCEPTUAL.....	32
2.7. CONCEPTOS FUNDAMENTALES.....	32
2.7.1. La adolescencia.....	32
2.7.2. El adolescente infractor.....	33
2.7.3. Imputabilidad.....	33
2.7.4. Capacidad legal.....	35
CAPÍTULO III.....	37
MARCO METODOLÓGICO.....	37
3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	37
3.1.1. TIPO Y ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN.....	37
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	37
3.3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	38
3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	39
3.4.1. Abogados registrados en el colegio de abogados del Guayas.....	40
3.5. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	41
3.5.1. Resultados estadísticos: período 2014 al 2018.....	50
CAPÍTULO IV.....	51
PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA.....	51
4.1. VALIDACIÓN.....	51
4.2. BENEFICIARIOS DE LA PROPUESTA.....	51
4.3. CONCLUSIONES.....	56
4.4. RECOMENDACIONES.....	57
4.5. BIBLIOGRAFÍA.....	58
4.6. ANEXOS.....	61

## **ÍNDICE DE GRÁFICOS**

GRÁFICO 1. Responsabilidad penal.....	54
GRÁFICO 2. Edad de criminalidad.....	55
GRÁFICO 3. Conocimiento de tratamiento legal.....	56

GRÁFICO 4. Índice de criminalidad .....	57
GRÁFICO 5. Imputabilidad de los adolescentes.....	58
GRÁFICO 6. Edad para responder penalmente .....	59
GRÁFICO 7. Reforma al art 38 C.O.I.P.....	60

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1. Responsabilidad penal .....	53
TABLA 2. Edad de criminalidad.....	54
TABLA 3. Conocimiento de tratamiento legal .....	55
TABLA 4. Índice de criminalidad .....	56
TABLA 5. Imputabilidad de los adolescentes.....	57
TABLA 6. Edad para responder penalmente .....	58
TABLA 7. Reforma al art 38 C.O.I.P.....	60
TABLA 8. Tasa de adolescentes infractores .....	61

## RESUMEN EJECUTIVO

El desarrollo tecnológico ha conllevado a un crecimiento acelerado de la niñez que, por ende, ha ido alcanzando con mayor prontitud la madurez incluso legal, tanto es así, como, ya desde temprana edad y no como excepción a la regla, muchos adolescentes llevan a cabo actos delictivos, como ocurre con la criminalidad en la adolescencia en el Ecuador y específicamente en Guayaquil, que es el lugar donde se ha concentrado este estudio, que lleva el título de: **“LA INCLUSIÓN EN EL COIP DEL TRATAMIENTO LEGAL A LOS MENORES INFRACTORES GARANTIZA LA JUSTICIA EN ECUADOR”**, como objetivo general se ha trazado el siguiente:

Proponer una Enmienda constitucional, que reemplace el actual art. 45 de la Constitución de la República en la que no solo se determine que los adolescentes tienen derechos, sino también obligaciones y que excepcionalmente los adolescentes infractores entre dieciséis y dieciocho años serán penalmente responsables de sus actos, y por lo tanto serán imputables. Conllevando por ende a ser modificado también el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer como edad para responder penalmente los 16 años, en base al desarrollo social actual que conlleva a una madurez legal más temprana para dirigir su conducta y responder por el alcance de sus actos, por ende, se garantizaría menor impunidad delictiva.

Dicho objetivo ha de ser alcanzado a través de una investigación Descriptiva y empleando los siguientes métodos científicos: histórico, documental, analítico, sintético y deductivo, dirigidos a lograr demostrar la necesidad de una reforma legal a los arts. 45 de la Constitución de la República y el art. 38 del COIP, con la finalidad de bajar la edad para ser imputable penalmente y con ello, evitar mayor impunidad delictiva.

**Palabras clave:** adolescencia, delincuencia juvenil, vulneración de derechos, criminalidad, problema social, procedimiento legal.

## **ABSTRACT**

Technological development has led to an accelerated growth of children that, therefore, has been reaching even legal maturity more quickly, so much so, as, from an early age and not as an exception to the rule, many adolescents lead to Carry out criminal acts, as with adolescent crime in Ecuador and specifically in Guayaquil, which is the place where we have concentrated our study, which bears the title of:

**“THE INCLUSION IN THE COIP OF LEGAL TREATMENT TO MINOR INFRACTORS GUARANTEE JUSTICE IN ECUADOR”**, as a general objective we have set the following:

Propose a legislative amendment to art. 45 of the Constitution of the Republic in which it is not only determined that adolescents have rights, but also obligations and that exceptionally adolescents who are between sixteen and eighteen years of age will be criminally responsible for their actions and therefore will be charged, thus leading , to be modified also art. 38 of the Organic Comprehensive Criminal Code, in order to establish as an age to respond criminally at age 16, based on current social development that leads to earlier legal maturity to direct their conduct and respond by the scope of their acts, thus guaranteeing, less criminal impunity.

This objective must be achieved through a descriptive investigation and using the following scientific methods: Historical, Documentary, Analytical, Synthetic and Deductive, which are aimed at demonstrating the need for a legal reform to the arts. 45 of the Constitution of the Republic and art. 38 of the COIP, with the purpose of lowering the age to be criminally attributable and thereby avoiding greater criminal impunity

**Keywords:** adolescence, juvenile delinquency, social problem, legal procedure.

## INTRODUCCIÓN

Esta temática no es nueva para el país, mucho menos para el mundo, hace varios años se comenzó a debatir sobre si los adolescentes deben ser responsables penalmente.

Por lo tanto, es importante analizar en tres niveles o de tres parámetros distintos esta temática. Destacamos que, en el primer nivel de análisis de las principales codificaciones y los internacionales que estén a favor de los derechos de niños, niñas y adolescentes, puesto que ello comporta la implementación y desarrollo de la doctrina de la protección integral, que es contraria a la de la situación irregular que se entendería superada por esta nueva y más progresista normativa. Luego en un segundo nivel de igual relevancia, es fundamental considerar la doctrina que vaya acorde con este enfoque que pretendemos desarrollar en la investigación, pero sin dejar de contrastar la que apoya otros enfoques contrarios o complementarios. Y, por último, en un tercer nivel, tendremos que revisar lo que expresa la normativa constitucional e infra constitucional en la medida que desarrollan y sobre todo en la actualidad que atraviesa el país.

La actualidad el país es importante proponer que se realice una Enmienda Constitucional, que reemplace el actual art. 45 de la Constitución de la República en la que no solamente se determine que los adolescentes tienen derechos, sino también obligaciones como todo ciudadano y con el fin de evitar el alto grado de delincuencia juvenil también el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer como edad para responder penalmente los 16 años.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

**TEMA:** “LA INCLUSION EN EL COIP DEL TARTAMIENTO LEGAL A LOS MEJORES INFRATORES GARANTIZA LA JUSTCIA EN EL ECUADOR”.

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ecuador dentro de su amplia normativa posee un Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (CONA) donde se prevé las conductas infractoras, así como, el procedimiento legal y de fijación de medidas socio educativas en caso de que, adolescentes hayan entrado en conflicto con la ley penal, por haber llevado a cabo conductas que están tipificadas como delitos en el Código Orgánico Integral Penal, arts. 378 y 379 del CONA.

Sin embargo, resulta que la edad para poder responder penalmente en Ecuador está fijada en el art. 38 del COIP, y coincide precisamente con la mayoría de edad, que es dieciocho años. Solo a partir del cumplimiento de esta edad la persona en Ecuador cuenta con la capacidad legal suficiente para poder asumir las consecuencias de sus actos en materia penal.

Es decir, a partir de los 18 años la persona puede ser considerada imputable por ser capaz legalmente. El otro presupuesto de la imputabilidad es la salud mental, pero trabajo se referirá únicamente a la imputabilidad legal, cuyo sentido negativo sería la inimputabilidad, que es nada más y nada menos que el incumplimiento de presupuestos de imputabilidad, tales como la madurez legal o edad legal y la salud mental. Aun cuando han cometido delitos, los adolescentes infractores son considerados inimputables por no cumplir la mayoría de edad, y, por ende, no pueden ser juzgados como si tuvieran la capacidad legal suficiente, porque no la tienen.

De acuerdo con las normas del debido proceso y los postulados de la justicia juvenil restaurativa, principios que son reconocidos e instituidos por la CRE, COIP y el CONA, se aprecia que los adolescentes infractores de dieciséis a dieciocho años no pueden ser juzgados y sancionados mediante la aplicación de penas privativas de libertad en la misma manera que ocurre con las personas adultas donde se emplean otros criterios más severos de responsabilidad penal y de sus respectivas sanciones.

En consecuencia, los adolescentes infractores reciben medidas socioeducativas que no siempre resultan eficaces y sus derechos prevalecen por sobre los derechos de las víctimas, por lo que este grupo de personas estadísticamente a partir de los dieciséis años cometen los delitos y crímenes de naturaleza más grave, además de tener un cierto grado de conciencia y madurez plena sobre las consecuencias de sus actos, por lo que su responsabilidad penal debería ser considerada de la misma manera que lo son las personas adultas.

Entonces, el problema se evidencia porque existe un enfoque inadecuado de las garantías de los adolescentes infractores que afecta los derechos de las víctimas, puesto que parte de la reparación integral de sus bienes jurídicos afectados, precisa del juzgamiento y de la privación de la libertad de quien atentó contra dichos bienes, por lo que por sobre los adolescentes infractores se precisa aplicar un régimen de justicia penal más drástico para prevenir la delincuencia juvenil y evitar la impunidad en algunos casos.

Existen múltiples estudios científicos tales como el que acredita que una de las edades en que se encuentran mayores índices de criminalidad es entre los 16 y 18 años (Jiménez, 2005), lo plantea así el autor Jiménez Ornelas en su artículo científico: “La delincuencia juvenil, fenómeno de la sociedad actual”.

Sin embargo, al no exigirse responsabilidad penal hasta cumplidos los 18 años, muchas veces quedan varios delitos en la impunidad. A pesar de que un sector del gremio puede alegar al respecto que se le trata como adolescentes infractores pero esto se escapa del enfrentamiento correcto en una edad donde ha quedado demostrado por estudios sociales, culturales, demográficos y psicológicos que, la población latinoamericana una vez alcanzada la edad de los dieciséis años, ya tiene la madurez suficiente y capacidad mental requerida por madurez como para poder dirigir su conducta y responder por el alcance de sus acciones u omisiones.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿El hecho de que no se pueda exigir legalmente responsabilidad penal a las personas cuya edad está contemplada entre los dieciséis y dieciocho años según art. 38 del COIP, y siendo tratados actualmente como adolescentes infractores por el Código de la Niñez y la Adolescencia, estará provocando impunidad delictiva en una parte considerable de la criminalidad existente en Ecuador?

## **1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema formulado se sistematiza en los siguientes puntos o interrogantes:

- a) ¿Qué es la imputabilidad?
- b) ¿Qué es la inimputabilidad?
- c) ¿Cuál es el procedimiento de juzgamiento a los adolescentes infractores?
- d) ¿Cuáles son las conductas que pueden cometer los adolescentes en conflicto con la ley penal?
- e) ¿Cuáles son las medidas socioeducativas que pueden imponerse a los adolescentes infractores?
- f) ¿Cuál es la realidad en la práctica judicial ecuatoriana con respecto al comportamiento del juzgamiento de adolescentes infractores en Guayaquil-Ecuador?

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. Objetivo General**

Proponer una enmienda constitucional, que reemplace el actual art. 45 de la Constitución de la República en el que no solamente se determine que los adolescentes tienen derechos, sino también obligaciones y que excepcionalmente los adolescentes infractores entre dieciséis y dieciocho años serán penalmente responsables de sus actos y por lo tanto serán imputables, conllevando por ende a ser modificado también el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer como edad para responder penalmente los 16 años, en base al desarrollo social actual que conlleva a una madurez legal más temprana para dirigir su conducta y responder por el alcance de sus actos, por ende, se garantizaría menor impunidad delictiva.

#### **1.4.2. Objetivos Específicos**

- a) Realizar un estudio jurídico, doctrinario y legal, de la imputabilidad y la inimputabilidad por razón de la edad de los adolescentes infractores.
- b) Analizar los elementos en que se sustenta la madurez psicológica de los adolescentes infractores y la capacidad legal suficiente para responder penalmente.
- c) Determinar los índices de criminalidad e impunidad existentes en Guayaquil dentro del grupo de edad comprendido entre 16 y 18 años en el período 2015 - 2019.

#### **1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Ecuador siendo parte de la Convención de los Derechos del Niño (más adelante, Comité de Derechos del Niño), queda vinculado a las disposiciones de la misma, dentro del texto de este instrumento internacional los numerales 37 y 40 son los orientadores en cuanto a los menores en conflicto con la ley penal. Este instrumento dentro de sus líneas nos señala en su numeral 40.3. que los Estados Partes de la Convención, deben establecer una edad mínima de responsabilidad expresa dentro de su normativa interna, que especifique plenamente la edad en la que el niño no tiene capacidad para infringir la ley penal.

Es preciso hacer la mención que el Comité de Derechos del Niño (CDN) no señala una edad mínima penal, debido a que los Estados Partes de la Convención adquieren para sí esta responsabilidad con base en sus propias particularidades internas.

Devenido lo anterior, Ecuador ha determinado que la edad mínima acorde a las características e idiosincrasia de la población ecuatoriana, que, por demás, es muy diversa y pluricultural debe ser los 18 años de edad, en consecuencia, es a partir de esta edad que el individuo puede responder penalmente y así lo establece el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador en su art. 38.

En primer lugar, es necesario entender que el niño es persona, y por derivación sujeto de derechos y obligaciones. El entendimiento del niño como un ser biopsicosocial puede ser la respuesta de entendimiento del porqué el legislador, consideró que la edad mínima de responsabilidad penal en Ecuador fuese la edad de 18 años cumplidos. Desde el estudio de la infancia se puede comprender que la edad de 18 años da como derivación el fin de la etapa de la adolescencia. En este período se completa todo un ciclo en el sujeto, el cual es derivado de una infancia en períodos que previamente fueron consolidados. Encontramos

entonces, el afianzamiento de todo un pensamiento y razonamiento sólido en el joven. (Villanueva, 2009)

Si bien se ha considerado que la adolescencia es una etapa crítica, ello debido a todos los cambios físicos y psicológicos que se producen en el adolescente, no menos cierto es que este adolescente ha concretizado al sujeto que puede desarrollarse en sociedad, devenido de las etapas anteriores. (Villanueva, 2009)

Analizando lo que acontece desde el derecho internacional de los derechos humanos, se pueden encontrar las particularidades que establece el CDN en la Observación General número 10 “los derechos de niño en la justicia de menores”, y donde este mismo órgano ha dejado claridad en el hecho de que es necesario fijar una edad en la cual los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño pueden imputar a un niño una conducta tipificada como delito, por lo cual la postura de análisis de este Comité deviene en lo siguiente: “Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad absoluta y que sigan elevándola”.

La fijeza de una edad mínima de responsabilidad penal en Ecuador para adolescentes en conflicto con la ley penal pudo devenir de un mandato internacional, sólo que esta observación general fue estructurada en el año 2007, después de haberse consolidado la reforma constitucional en el año 2005, al artículo 18.

## **1.6. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

**Objeto de estudio:** Imputabilidad o inimputabilidad de los adolescentes infractores.

**Campo de acción:** La impunidad delictiva derivada de la inimputabilidad debido a la edad.

El tratamiento legal del Código de la Niñez y la Adolescencia para el juzgamiento a adolescentes infractores.

**Espacio:** Guayaquil

**Tiempo:** 2015- 2018

## **1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.**

Si se realizase una enmienda constitucional a los arts. 45 de la CRE y una reforma legislativa al art. 38 del COIP, de modo que establezcan que la edad para responder penalmente fuera a partir de los 16 años, entonces, se evitaría la impunidad en un número considerable de delitos cometidos por las personas entre 16 y 18 años.

## **1.8. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.**

**Variable Independiente:** Mayoría de edad en el COIP.

**Variable Dependiente:** Disminución de la impunidad delictiva.

## **1.9 Línea de Investigación**

Sociedad Civil, derechos humanos y gestión de la comunicación:

Derecho Procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. PRINCIPIOS RELATIVOS AL JUZGAMIENTO PARA ADOLESCENTES INFRACTORES.**

Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas; el campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

##### **2.1.1. El principio del interés superior del menor de edad**

La Constitución de la República en su Art. 44, inciso primero establece que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”. (CRE, 2008)

Es decir, que el interés superior del menor de edad prevalece sobre cualquier otro que se interponga, de igual manera los juzgadores en todas las resoluciones que emitan deben velar porque impere el interés superior del menor; así como el respeto a los derechos consagrados en la Constitución, como el derecho a la educación, a la convivencia.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

##### **2.1.2. El principio de humanidad**

Para Vicente Robalino: “La dignidad de los seres humanos es el punto del cual nacen todos los derechos humanos, por ello debe ser respetada en todas las fases y etapas del proceso, llegando hasta la fase ejecutiva de la sentencia condenatoria; y, en el caso de los adolescentes infractores hasta el cumplimiento de las medidas socioeducativas impuestas”. (Robalino, 2003).

Por su parte, para el autor Miguel Cillero: “Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantías frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad”. (Cillero, 2012)

### **2.1.3. El principio de supervivencia, desarrollo y moralidad**

Se puede afirmar que la Convención 13 representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

El crecimiento y desarrollo de los adolescentes bajo régimen de privación de la libertad debe exhortar el crecimiento y desarrollo de los mismos, lo cual implica procesos complejos. Este principio consagra con claridad el fin educativo del sistema. La justicia juvenil debe tener instrumentos adecuados y suficientes para procurar el desarrollo pleno de los adolescentes.

La formación integral es impulsar su desarrollo en todos los ámbitos vitales: físico, mental, moral, psicológico, y social. Todas las acciones que se lleven a cabo dentro del proceso tenderán a buscar que el adolescente pueda tener un futuro. En este principio se pretende alcanzar la igualdad de oportunidad de los niños, niñas y adolescentes para beneficiarse de todos los servicios sociales, atención prioritaria a los grupos vulnerables y un mayor compromiso por los organismos estatales en la prestación de servicios de calidad.

Este principio permite que los menores de edad puedan desarrollar su existencia física, psicológica y moral de una manera humana, responsable y civilizada.

#### **2.1.4. El principio de no discriminación y equidad**

La Constitución de la República del Ecuador en su Título II, Capítulo I, artículo 11, numeral 2 manifiesta: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición social, económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o el ejercicio de los derechos. (CRE, 2008)

A su vez el artículo 11 de la Constitución, guarda estrecha relación con el artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia que en su parte pertinente reza: “Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la Ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares”. (CRE, 2008)

#### **2.1.5. El principio de mínima intervención penal**

“La intervención mínima se refleja en la fase de denuncia e investigación. Conlleva dar prioridad a los procesos de desjudicialización, especialmente de mediación, y a disponer de intervenciones penales variadas de diferente intensidad socioeducativas, llevadas a cabo fundamentalmente en el entorno del joven, dejando la internación como última posibilidad. Por lo mismo, se descartan aquellas intervenciones que sean de tipo represivo o desocializadoras”. (Palacio, 2013)

Cada uno de estos principios está directamente relacionado con este problema científico, toda vez que, por un lado, la mínima intervención del derecho penal conllevaría a evitar comenzar más temprano con la posibilidad de que los ciudadanos puedan asumir su responsabilidad penal, pero indudablemente su arrastre a la esfera penal también quedaría fundamentado a partir de los principios de humanidad, no discriminación y equidad pero ahora desde un ángulo distinto de percepción pro cuanto, el resto de los

miembros de la sociedad también necesitan la protección de sus derechos, así como, sea reconocida su igualdad ante la ley y eso excluye obviamente, la discriminación.

## **2.2. TRATAMIENTO A LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

### **2.2.1. Argentina**

En la Ley 22.278 Régimen Penal de la Minoridad, esta ley establece que si “tenéis menos de 18 años y cometéis un delito no estás en condiciones de recibir una pena. Sin embargo, un Juez puede decidir que seas privado de tu libertad. Algunos artículos de esta norma fueron modificados por la Ley 22.803, que eleva la edad mínima de punibilidad”. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Según la misma el menor de edad, que sea infractor penal, puede ser penado por los delitos que tienen una pena de privación de la libertad mayor a 2 años. Si el delito cometido posee una pena de multa o de inhabilitación, no puede ser penado. Tampoco se puede aplicar una pena por delito de acción privada, que son aquellos que se investigan sólo si la víctima lo decide. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Si existe una imputación contra un menor de edad, el Juez ordenará medidas sobre él, lo cual será de manera provisoria o preventiva, encaminado a que sea comprobado el delito, para ello, tomará conocimiento directo de él o ella, de sus padres o tutores y solicitará informes para estudiar su personalidad y las condiciones familiares y ambientales que se encuentre. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Si es necesario, pondrá al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si en los estudios se comprueba que se encuentra en situación de abandono, no tiene asistencia, está en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el Juez dispondrá definitivamente del mismo, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

En el proceso de imposición de penas para los menores el menor debe atravesar un proceso penal juvenil y queda bajo la disposición provisional de un Juez. Una vez que el menor cumple los 18 años, el Juez puede aplicar una pena si lleva cumplido el año de tratamiento tutelar. Este tratamiento incluye varias medidas, por ejemplo, que el adolescente sea controlado periódicamente por un psicólogo, por un asistente social o por

otro profesional, que informa al Juez sobre su estado. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Los menores de 18 años deben cumplir sus penas en establecimientos especiales, esto es, institutos de menores. Si en esta situación alcanzan la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Los menores de 18 años y mayores de 16 años que cometen delitos no pueden ser considerados reincidentes. Esto quiere decir que no queda asentado en el Registro Nacional de Reincidencia, que es el organismo del Estado que guarda por un lapso determinado de tiempo la información de quienes cometieron delitos. (Ley Régimen Penal de la Minoridad, 1980)

Dentro del conjunto de normas jurídicas argentinas existen las llamadas “leyes superiores”, por ejemplo, la Constitución Nacional argentina y las Convenciones Internacionales, que tienen jerarquía constitucional según lo que establece el artículo 75, inciso 22 de dicha Constitución.

Entre estas convenciones se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), que es la base fundamental para todas las leyes destinadas a los chicos. También, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 138 y 182, por los cuales el Estado nacional de Argentina, asume compromisos para fijar la edad mínima de admisión al empleo y la erradicación del trabajo infantil. Cada país completa estas normas con leyes nacionales específicas. (Derechos de los Niños, 1989)

En Argentina, además de la Constitución, el Código Civil y Comercial de la Nación funciona como el marco legal que da mayor protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Entre sus artículos 25 y 30, aporta importantes definiciones: - Es menor de edad la persona que no ha cumplido los 18 años. - Es adolescente la persona menor de edad que cumplió 13 años. - Son niños y niñas quienes no han cumplido 13 años. (CCCN, 2014)

Entre otras disposiciones, establece, por ejemplo, que los adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir sobre tratamientos médicos que no comprometan su estado de salud, pero que los demás deben hacerlo junto con sus padres. Recién a los 16 años el adolescente es considerado adulto para las decisiones del cuidado de su propio cuerpo.

Estas “leyes superiores” son de gran importancia porque reconocen derechos a los niños, niñas y adolescentes. En muchos casos, las leyes nacionales son las encargadas de abordar estos derechos de forma más concreta. (Congreso de los Chicos, 2017)

Es conocido que el Código Penal argentino de 1921, dentro del título sobre imputabilidad a los menores planteaba un régimen que excluía de pena al menor de 14 años y lo sometía a un régimen tutelar eventual hasta la edad de 18 años, extensible hasta los 21 años en determinados casos. (C.P., 1921)

El legislador argentino en 1921 había advertido la necesaria desvinculación del menor respecto del régimen legal común, estableciendo verdaderas normas protectoras en su beneficio, que se orientaban al resguardo de la personalidad del niño o joven que llegara ante los estrados de la justicia del crimen. (C.P., 1921)

En la Argentina, en el año 2005 se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que a su vez ha sido reglamentada mediante Decreto Reglamentarios 415 del 2006. En el artículo 32 se define la conformación del Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes como aquel conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. (Ley 26.061, 2006)

La ley establece tres niveles, a decir:

- a) Nacional: La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia es el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional
- b) Federal: El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y ejecución de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina y que se integra por las autoridades de los organismos administrativos de protección de derechos de cada una de las 23 provincias y de la Ciudad de Buenos Aires.
- c) Provincial: Es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía, determinará cada provincia y la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías, así como las instituciones preexistentes. (Ley 26.061, 2005)

### **2.2.2. Colombia**

Mediante el Diario Oficial No. 46446 del 8 de noviembre de 2006, el Congreso de la República de Colombia, expidió el Código de la Infancia y Adolescencia, en el Art.1 consta que la finalidad es garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Establece que prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna, con el objeto de establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, además garantiza el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y las leyes internas, así como la obligación del Estado, la Sociedad y las Familias de brindar las prestaciones positivas necesarias para dicho objetivo. (Código Infancia y Adolescencia, 2006)

Además, algo muy importante por la innovación que representa es que el Código de la infancia y adolescencia en su art. 3, reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos titulares de derechos, en el caso de los adolescentes provenientes de pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos se rige por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar concordancia con la Constitución Política. (Código Infancia y Adolescencia, 2006)

En lo referente a la Responsabilidad Penal para Adolescentes, se encuentra Contenido en el Libro II, Título I, en el que se establece expresamente la inimputabilidad de los adolescentes entre catorce y dieciocho años y el reconocimiento de la responsabilidad penal de los mismos, (Art.139); este reconocimiento se da en Colombia con anterioridad “ (...) en el Código Penal del año 2000, ya que en su art. 33 establece las causas de inimputabilidad y que los menores de dieciocho años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil”. (Hall, 2004)

De ahí que el Código de la Infancia y Adolescencia establece la administración de justicia para adolescentes bajo el procedimiento penal acusatorio y el sistema de

responsabilidad penal, que constituye el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por adolescentes de entre 14 y 18 años de edad; mientras que en la legislación ecuatoriana el sistema de responsabilidad para adolescentes infractores se aplica los individuos de entre 12 y 18 años. (Código Infancia y Adolescencia, 2005)

En la legislación colombiana están excluidos de toda responsabilidad las personas menores de catorce años, quienes no serán juzgadas, ni declaradas responsables penalmente, ni privadas de libertad, bajo denuncia o indicación de haber cometido una conducta punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales según su art. 142 del Código de la Infancia y Adolescencia; la finalidad tanto del proceso como de las medidas deben ser de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral y el proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. (Código Infancia y Adolescencia, 2005)

Se establece también que, en caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el Interés Superior del Niño y orientarse por los principios de la protección integral, y en ningún caso el criterio de protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. (Código Infancia y Adolescencia, 2005)

Esta ley es de naturaleza penal, que conlleva las garantías del debido proceso como son: la presunción de inocencia, asesoramiento, presencia de sus padres o tutores, notificación de las imputaciones, derecho a la defensa, a guardar silencio, confrontación con los testigos e interrogar a estos, apelación; además señala que el adolescente no podrá ser investigado, acusado, ni juzgado por acto u omisión, que al momento de la ejecución del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, y sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en el Código de la Infancia y Adolescencia.

En Colombia se exige que el Juez sea especialista en el juzgamiento a menores y adolescentes, se prohíbe el juzgamiento en ausencia del adolescente y la excepcionalidad de la medida privativa de la libertad. Respecto de los organismos que intervienen en este

sistema están la Policía de la infancia y adolescencia, que es conformada por miembros de la Policía Judicial, con capacitación en materia de derechos humanos e infancia. (Código Infancia y Adolescencia, 2005)

De conformidad con el art.145 del texto legal que comentamos, en todos los casos las diligencias que deban realizarse se las harán con la presencia de un Defensor de Familia, quien además debe intervenir en todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación e investigación del juicio, para garantizar el cumplimiento de los derechos del adolescente de conformidad con el art.146, del Código de la Infancia y Adolescencia. (Código Infancia y Adolescencia, 2005)

Según el art. 163 del Código de la Infancia y adolescencia, forman parte del sistema de responsabilidad penal para adolescentes los siguientes organismos:

“Los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para adolescentes, quienes se ocupan de dirigir la investigación en las cuales se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas;

Los Jueces Penales para adolescentes, Promiscuos de Familia y los Municipales quienes adelantarán las actuaciones y funciones judiciales que les asigna la ley;

Las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, que integrarán la Sala de Asuntos Penales para adolescentes en los mismos tribunales, ante quienes se sustancia la segunda instancia;

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ante la cual se tramitará el recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión;

La Policía Judicial y el Cuerpo Técnico Especializados adscritos a la Fiscalía delegada ante los jueces Penales para adolescentes y Promiscuos de Familia;

La Policía Nacional con su personal especializado quien deberá apoyar las acciones de las autoridades judiciales y entidades del sistema;

Los Defensores Públicos del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, quienes deben asumir la defensa técnica del proceso, cuando el niño, niña o adolescente carezca de apoderado;

Las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos, y las medidas para su restablecimiento;

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien responderá por los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en este Libro; y,

Las demás Instituciones que formen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar”. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2007).

Son designados para conformar el sistema de responsabilidad penal para adolescentes las personas que demuestren conocimiento calificado de derecho penal, de infancia, familia, y de la normativa nacional e internacional relativas a derechos humanos.

En cuanto a las responsabilidades que se derriban de la comisión de un delito por parte del adolescente el Código en estudio en su art. 169 establece “Las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley”. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2007).

Al respecto una de las novedades contenidas en esta legislación es que introduce el principio de responsabilidad civil solidaria, “que obliga a los padres y responsables legales, en su caso, a responder en este sentido de los perjuicios ocasionados por el menor con ocasión de la conducta punible; y en tal calidad, deben ser citados o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente. (Hall, 2004)

### **2.2.1. Perú**

Luego de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) por el Estado peruano, en 1992, mediante Decreto Ley No 26102, se aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, derogándose el anterior Código de Menores.

Este Código crea un Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente, responsable de diseñar las políticas, coordinar los planes y acciones dirigidas a la niñez.

Como parte del Sistema, se crea el servicio gratuito de Defensorías del Niño y adolescente, que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas

a nivel de territorio peruano, estos son los responsables de la promoción, protección y defensa de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. (D.N.N.A., 1995)

Este sistema está dirigido por un ente rector, creado en 1995, en el Ministerio de la Presidencia, sin embargo, este duró poco tiempo con la creación del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH) en 1996 mediante Decreto Legislativo No. 866.

De esta forma, el ente rector fue desintegrado e incorporado a la Dirección General del PROMUDEH con pérdida de su capacidad de articulación intersectorial. (UNICEF, 2009).

Así mismo, la necesidad de una serie de reformas al Código de 1992 llevó a la adopción de un nuevo Código de los Niños y Adolescentes que fue adoptado en el mes de agosto del año 2000 a través de la ley No. 27337, que mantiene el Sistema CEPAL – Colección Documentos de proyectos Sistemas nacionales de protección integral de la infancia... Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, El Código confirmaba que el ente rector del sistema era el PROMUDEH. (C.N.A., 2000)

Sin embargo, posteriormente y mediante la Ley Orgánica No 27779 del 2002, se modifica la estructura ministerial del Poder Ejecutivo y se creó el Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social (MIMDES), que sustituyó al PROMUDEH. (UNICEF, 2009)

Por lo dispuesto por la Ley No 28330, toda mención al PROMUDEH en el marco de la competencia en materia tutelar, que le fuera asignada por la Ley No 27337, se entenderá referida al MIMDES. (UNICEF, 2009)

Mediante Decreto Supremo No 003-2005 del MIMDES se aprobó el Reglamento de Funciones del MIMDES como Ente Rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente a fin de cumplir con lo dispuesto por la Convención y el Código y así regular el funcionamiento de los organismos públicos privados o comunales que ejecuten programas y acciones dirigidos a la infancia y la adolescencia. (UNICEF, 2009)

En esta nueva estructura, en el año 2007, la Dirección General de Niños, Niñas y Adolescentes se convierte en una Dirección dependiente de la Dirección General de Familia y Comunidad. (UNICEF, 2009)

En este sentido, el Comité en su observación final manifestó su preocupación en cuanto que en la reestructuración del Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social (MIMDES), la

Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes haya quedado rebajada a la categoría de departamento perjudicando su potencial y eficacia en la coordinación de actividades relativas a la aplicación de la Convención en todos los niveles del Gobierno. (Comité, 2006).

No obstante, la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes formuló y coordinó la implementación del Plan Nacional de Acción por la Infancia, instrumento de política concertado multisectorialmente y promovió la creación de defensorías del niño y el adolescente a nivel local y trabajó con un Consejo Nacional de NNA, de carácter consultivo. (Comité, 2006).

En el año 2012, se cambia la denominación del MIMDES, con el Decreto Legislativo N° 1098 que crea el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - MIMP, cuya estructura orgánica convierte a la Dirección de NNA en Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes. El MIMP aprobó el Plan Nacional de Acción por la Infancia que articula las políticas a favor de la infancia en el horizonte 2012-2021, continúa con el proceso de creación y fortalecimiento de capacidades de los servicios de defensorías a nivel local, con la perspectiva de construir sistemas locales de protección, pero con limitaciones presupuestales, así como de su capacidad de sostener el apoyo técnico a nivel nacional. (Comité, 2012)

Por último, y de acuerdo con el artículo de opinión publicado por UNICEF Oficina del Perú, se conformó una Comisión Revisora del Código del Niño y Adolescente, luego de tres años de trabajo, presentó en el 2011 al Congreso de la República un proyecto de ley que propone la adopción de un nuevo Código de las Niñas, Niños y Adolescentes y que el país evolucione hacia un instrumento jurídico más sólido que el vigente. (C.N.N.A., 2011)

Pero, no obstante, este proyecto de código, sometido a dictamen para su aprobación en el Congreso, fue aprobado con modificaciones, una de las cuales estaría vulnerando los derechos de participación, opinión y libertad de expresión de los NNA, al condicionar su ejercicio, a la supervisión de los padres. (C.N.N.A., 2011)

De igual forma, este proyecto de código incorporó la creación de Consejos Consultivos de NNA en el nivel nacional, regional y local, como parte integrante del Sistema de Atención Integral de NNA, los que han sido eliminados del actual proyecto de ley. (C.N.N.A., 2011)

El Sistema también cuenta con la Defensoría del Niño y del Adolescente, definida en el artículo 42 del Código como un servicio de carácter gratuito, que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los NNA. (C.N.N.A., 2011)

### **2.3. CRITERIOS PSICOLÓGICOS SOBRE LA EDAD PARA RESPONDER PENALMENTE**

Debido al antagonismo de las ideologías clásica y positivista surge un sistema que diferencia a los imputables de los inimputables, es así como, en el caso de los imputables les eran reconocidas las garantías propias de la Escuela Clásica; es decir se presume el libre albedrío, son capaces de culpabilidad y se les aplican penas como respuesta ante la comisión de un delito. (Gonzales, 1983)

Mientras que para los inimputables se les aplican los conceptos propios del positivismo, es decir el inimputable es considerado como anormal, peligroso e incapaz de culpabilidad y en consecuencia se les aplica las medidas de seguridad indefinidas bajo fines reeducativos o terapéuticos sin observancia de las garantías procesales. (Gonzales, 1983)

La distinción entre imputables e inimputables, es básicamente llevó a otorgar garantías al imputable y a negárselas al peligroso, anormal, enfermo inimputable. (Gonzales, 1983)

En tal efecto se manifestó que: “el tratamiento adecuado para el delincuente tenía que ser individualizado, su duración dependerá del tiempo en que la necesidad de protección lo requiera y como este no puede saberse de antemano, el tratamiento tendrá duración indeterminada” (Gonzales, 1983)

En un artículo de imputabilidad y edad penal, se sostiene que la tendencia en la doctrina y la legislación ha sido la de determinar la imputabilidad desde un campo ajeno al Derecho: En las legislaciones antiguas sobre la base de la psiquiatría y posteriormente en relación con la psicología. (Bustos, 1987)

Que la madurez mental se alcanza al lograr la capacidad para el pensamiento abstracto; la madurez emocional se logra cuando se alcanzan metas como descubrir la propia identidad, independizarse de los padres, desarrollar un sistema de valores y establecer

relaciones maduras de amistad y amor. En este sentido, algunas personas jamás abandonan la adolescencia, sea cual sea su edad cronológica. (Pérez, 2011)

Entonces en nuestra opinión, podemos decir, que al tener el adolescente un pensamiento más abstracto en donde no sólo puede entender las cosas desde un punto más complejo, al realizar meditaciones y formular conjeturas para distintas soluciones en su día a día, sino que ya goza de un desarrollo cerebral e intelectual de mayor grado, tiene todos los elementos, para comprender que toda acción tiene una reacción y por lo tanto una consecuencia, y al estar hablando del ámbito penal, la misma acción tiene una sanción que será impuesta por una Autoridad competente, en consecuencia, el menor tiene las capacidades físicas e intelectuales suficientes para comprender el delito y las consecuencias que éste acarrea.

Revisando otros criterios encontramos el del autor Supra, quien refiere: “pretender asegurar siempre que el menor no puede conocer y querer, comprender y actuar es un error. El menor no debe ser concebido como una persona inconsciente e irresponsable respecto de sus actos. Es más, el menor sí puede tener capacidad para comprender las normas y motivarse de acuerdo a ellas”. (Supra, 2009)

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, observamos que, desde una temprana edad el menor conoce la figura del homicidio, asesinato y robo, haciéndolo acreedor de un conocimiento que restringe sus acciones de una manera lógica, puesto que sabe que matar o robar a una persona es algo que está mal y que él no debe hacer. Razón por la cual no se puede beneficiar de un trato preferencial cuando realiza dichos actos en tentativa en contra la vida.

Bajo el sistema americano, los jóvenes a partir de los 16 años de edad son puestos a las órdenes de un Juez competente para determinar su capacidad de discernimiento en cuando al doble aspecto de la imputabilidad: conocimiento y voluntad. (Falconi, 1987)

Según eso, emite un fallo en donde se lo juzgará como menor por su falta de alguno de estos dos elementos, o, por el contrario, podrá ser juzgado como adulto puesto que el Juez ha visto ambos elementos presentes en el menor y analizó el resto de factores alrededor del crimen específico que lo hacen un sujeto que obraba con conocimiento y voluntad de sus acciones, por lo que debe ser juzgado como cualquier otro adulto. (Falconi, 1987)

Sólo modernamente se ha incluido una dirección valorativa y se plantea la imputabilidad como una cuestión a definir normativamente. En todo caso, sin embargo, se tiende a dar una importancia fundamental a las ciencias naturales. (Bustos, 1985)

Esta tendencia habría que ponerla en revisión desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, desde el contenido mismo de la fórmula utilizada y, por otra, en relación a la fórmula misma. (Bustos, 1985)

A.- La fórmula actualmente utilizada señala que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento. En definitiva, simplemente se pone el acento sólo en dos aspectos psicológicos, en el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo). (Bustos, 1985)

Pero la realidad psicológica del individuo no se agota en estos dos aspectos y habría, por ejemplo, que considerar todo el problema de la afectividad. La fórmula, por tanto, resulta discutible ya en su contenido. (Bustos, 1985)

Ello justamente tiene especial importancia en el caso de los jóvenes. En efecto, esta tendencia a poner el acento en el conocimiento y la voluntad pareciera basarse en una idea radicalmente racionalista de la sociedad y el hombre, en que las características de este son el conocimiento y la voluntad. (Bustos, 1985)

Con lo cual ya de partida el joven aparece como alguien que no aparece dotado de estas características fundamentales del hombre ("maduro"). De este modo se crea una forma de diferenciación propia a la teoría de la divergencia, en que el joven aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a la tutela del Estado y la sociedad, pues presenta características peligrosas para ésta y de la cual la sociedad ha de defenderse. (Bustos, 1985)

Sobre la base de la ciencia natural y, por tanto, de una pretendida verdad indiscutible se justifica cualquier intervención del Estado sobre la categoría de los jóvenes. La idea clasificatoria de las ciencias naturales traspasa el sistema penal y permite la creación de una ley especial, en el sentido de una ley conforme a las características de personalidad del sujeto. (Gonzales, 1985)

Pero no sólo ha de criticarse el contenido de esta fórmula desde el aspecto puramente psicológico individual, sino también desde una perspectiva social. Se pone el acento sólo

en el individuo aisladamente, olvidándose que el derecho y el derecho penal en específico está referido a relaciones sociales y por tanto al sujeto en relación a otros. (Gonzales, 1985)

Luego hay que considerar la interacción social entre los sujetos, que resulta fundamental para enjuiciar la responsabilidad de éstos y también por tanto su imputabilidad. Se trata de incorporar a la discusión de la imputabilidad toda la problemática de las llamadas subculturas. (Gonzales, 1985)

Es decir, respecto de determinados individuos (pertenecientes a una determinada subcultura, las cuales se dan en todo sistema social y han de ser reconocidas por toda sociedad abierta o democrática) la cuestión a debatir no está referida a sus aspectos cognoscitivos o volitivos, que resultan innegables, sino en relación a su mundo cultural, a sus vivencias, a sus creencias, que pueden interferir completamente su relación con la cultura dominante o hegemónica (así el caso de los indígenas en América Latina o de los gitanos en Europa). (Gonzales, 1985)

Luego también desde esta perspectiva la fórmula utilizada tradicionalmente resulta demasiado restringida e insuficiente. Implica pasar por alto una situación existente en todo sistema social y en definitiva no atender las necesidades de vastos grupos sociales, con lo cual se produce una relación de dominación sobre ellos y consecuentemente una política discriminatoria. (Gonzales, 1985)

La cuestión por discutir es si es posible plantear una definición en torno a este tema sobre la exclusiva perspectiva de las ciencias naturales o sobre un criterio mixto de carácter científico natural y normativo. El problema de la imputabilidad gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es, como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. (Gonzales, 1985)

La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión que resolver desde un punto de vista político jurídico. En primer lugar, entonces hay un aspecto determinante que condiciona toda la discusión, esto es, que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por tanto su dignidad y derechos que le son inherentes. (Gonzales, 1985)

No es menos persona un inimputable ni más persona el imputable. Las fórmulas hasta ahora utilizadas tienen sin embargo la tendencia de plantear una cierta minusvalía respecto de los inimputables ("no tienen capacidad para...") y a negarles su autonomía como persona, y por tanto, al mismo tiempo a conceder una tutela sobre ellas por parte del Estado. (Gonzales, 1985)

Se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas y las cuales debe tutelar el Estado, tal como hoy lo señala correctamente el art. 9.2 de la Constitución, con una tutela sobre las personas. Más aún se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas con una diferenciación sobre sus características personales, lo que se utiliza como fundamento para esa tutela del Estado. (Gonzales, 1985)

En esta línea de pensamiento el Autor Gimbernat Ordeig, a pesar de pertenecer al lineamiento clásico, el punto de partida para el análisis es el rechazo a la concepción clásica de culpabilidad y lo reemplaza por el criterio de necesidad de la pena como instrumento de prevención general del delito, independientemente de si el libre albedrío es o no demostrable, asegura que la sociedad cuenta con la pena, para reforzar las prohibiciones necesarias para evitar en la medida de lo posible la ejecución de los delitos. (Gimbernat, 1994)

Afirma que la pena (amparada en el principio de proporcionalidad) tiene un efecto inhibitorio en la conciencia de los ciudadanos, al igual que el castigo que los padres aplican a los niños con la privación de cariño ante un mal comportamiento, de igual forma la sociedad debe acudir a la amenaza de la pena para lograr que se respeten las normas. (Gonzales, 1985)

El autor en su planteamiento reemplaza la culpabilidad por el concepto de necesidad de la pena, no define lo que es la imputabilidad e inimputabilidad, y con la desaparición de la culpabilidad se lleva consigo las garantías del sujeto. (Gonzales, 1985)

Al respecto de los inimputables ha manifestado que la pena es siempre innecesaria, por la escasa o nula de capacidad de motivabilidad de ellos, la pena no surte un efecto inhibitorio, por tanto, no causa efectos de prevención general ni especial del delito. (Gonzales, 1985)

Se reitera la diferenciación entre dos tipos de personas los normales capaces de motivación y los anormales inmotivables grupo dentro del cual ubica a las niñas, niños y adolescentes, etiquetándolos como seres “anormales”, y por consiguiente inferiores a los adultos; determinación que arremete contra el principio de igualdad y su condición de ser humano integrante del Estado de derechos y justicia, sujeto titular de garantías y derechos; por otra parte, “asegurar que el menor es inmotivable resulta inconvincente con la realidad social” (Gutiérrez, 1998)

Tomando en cuenta que la ciudadanía tiene la seguridad de que el adolescente infractor es capaz de motivarse con la aplicación de la pena, y por ello solicitan el endurecimiento de las mismas para ellos. En este orden de ideas el autor Fernández Carrasquilla, define a la imputabilidad como capacidad de motivación normal y parte desde la aceptación del criterio de necesidad de la pena, sin renunciar al concepto de culpabilidad, sino que lo toma como un límite a la necesidad de la pena e intenta fundamentar la existencia o ausencia de la culpabilidad en la capacidad de motivación normal o anormal de la persona; (Gutiérrez, 1998)

Según se denomina a la culpabilidad como “imputación personal”, la cual estaría compuesta de dos partes que son:

La capacidad personal del autor para evitar el hecho como antijurídico, La responsabilidad penal del sujeto para que pueda acceder o motivarse por la norma en condiciones de normalidad. (Gutiérrez, 1998)

Podemos decir que la persona ha formado su criterio valorativo de la norma de acuerdo a sus condiciones de vida, estado de salud físico, psicológico y a la edad, si estos aspectos se han dado dentro de los parámetros de normalidad, entonces el sujeto tiene capacidad normal de motivación, consecuente es considerado imputable; por el contrario de evidenciarse equivocaciones en uno de los aspectos mencionados, se considera que el sujeto tiene una capacidad anormal de motivación, por lo cual es calificado como inimputable, a quienes no puede exigírseles responsabilidad penal debido a su capacidad inferior a la del hombre normal y si pese a ello se le impone una pena eso significaría castigarles con dureza desigual. (Gutiérrez, 1998)

En el caso de los menores de edad, el autor en mención ha manifestado que: “En un Estado social y democrático de derecho, no puede responsabilizarse penalmente a quienes a pesar de ser motivables, actúan bajo el resultado de un proceso de motivación que no es

normal, porque en ellos concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la norma” (Sotomayor, 1996)

Es fundamental tomar en cuenta que algunos adolescentes de entre dieciséis y dieciocho años de edad e incluso menores, poseen cierta madurez emocional, en razón de ello presentan una capacidad normal de motivación; sin embargo, en este escenario se encuentran en condición de desigualdad frente a los adultos entre otros aspectos porque no han cumplido con sus necesidades educativas y además su capacidad de ejercicio se encuentra limitada. (Bustos, 1987)

## **MARCO TEÓRICO REFERENCIAL**

### **2.4. MARCO LEGAL DEL JUZGAMIENTO A ADOLESCENTES INFRACTORES**

En el Código de la Niñez y Adolescencia sobre la responsabilidad de los adolescentes se establece: “los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal estarán sujetos a medidas socioeducativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código”. (CNA,2015)

Así mismo en el presente Código se habla sobre la inimputabilidad de los adolescentes, el cual establece que “los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales”. (CNA,2015)

Esto debido a que los adolescentes infractores tienen su ley especial con la cual deben ser juzgados y garantizados sus derechos como lo establece la Ley. En lo que respecta a la inimputabilidad de los niños y niñas, el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 307 establece que: “Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socioeducativas contempladas en este Código.

Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva.

Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código”. (CNA,2015)

En el artículo 307 del Código en mención se trata sobre la inimputabilidad y exención de responsabilidad de niños y niñas el cual establece que los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni a juzgamiento ni a las medidas socioeducativas contempladas en este Código.

De manera que ningún niño puede ser detenido, ni siquiera cuando éste sea sorprendido en una infracción flagrante, sino que deber ser entregado a sus padres o adultos responsables, salvo el caso que no los tenga, en donde se procederá a entregarlo a una institución de atención de menores; se encuentra prohibido que un niño sea recibido en un centro de internamiento y en caso de hacerlo el Coordinador del Centro será sujeto a las sanciones respectivas.

Con la finalidad de determinar la responsabilidad del adolescente es preciso señalar que el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 4 define al adolescente como: “la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”.

De manera que, toda persona menor de dieciocho años y mayor de doce estará sometida a la imposición de medidas socioeducativas establecidas en el Código en mención; en concordancia con el Art. 38 del COIP.

En el presente Código también se contempla la responsabilidad que tienen los adolescentes de las comunidades indígenas, el cual establece que en “el juzgamiento y aplicación de medidas socioeducativas a los adolescentes infractores pertenecientes a comunidades indígenas, por hechos cometidos en sus comunidades, se ajustará a lo dispuesto en este Código”. (CNA,2015)

## **2.5. TRATAMIENTO LEGAL DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL A LA EDAD PARA RESPONDER PENALMENTE**

La incidencia de la doctrina clásica en la legislación ecuatoriana se presenta desde la época republicana hasta la actualidad con algunos matices, hagamos un recuento para demostrarlo:

El Código Penal de 1837, en su art.61, respecto del juzgamiento del menor que había cometido un delito estableció que: “El mayor de diez años y menor de diecisiete que cometiere alguna acción, por la que merezca ser castigado si se declarara que ha obrado sin discernimiento ni malicia, no sufrirá pena alguna y será entregado a sus padres, abuelos, tutores o curadores (...)” y el art. 62 estipuló que: “Si se declara que ha obrado con discernimiento y malicia, el mayor de diez años y menor de diecisiete se le castigara del modo siguiente: si la acción que hubiere cometido fuese de las señaladas con pena capital será recluso seis años (...)”; de esta forma se continuo regulando en lo que respecta a los denominados excusables en las leyes penales sucesivas de 1889 a 1906, como observamos se evidencia la aplicación de los criterios discernimiento e imputabilidad relacionado con la inteligencia y la libertad como atributos de la imputabilidad. (CP, 1837)

A partir del Código Penal de 1938, surge un nuevo criterio dentro de la misma línea de pensamiento, se señala que: no es responsable quien en el momento en que se realizó la acción u omisión estaba por enfermedad en tal estado mental que se hallaba imposibilitado de entender o de querer; en la misma línea el Código Penal de 1953 en su art. 32 establece: “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia” en este mismo sentido se pronuncia el Código Penal de 1971 y hasta la actualidad. Cabe mencionar que el menor salió o se pretendió su salida del sistema penal en el país desde el año 1938, con la Creación del primer Código de menores de ese año. Actualidad no se ha encontrado una fórmula que permita medir la capacidad del menor para ser o no imputable, por lo cual se ha optado por aplicar el sistema cronológico (la ley establece edades determinadas). (CP, 1938)

En Ecuador, la legislación de menores se ve influenciada por el positivismo correccionalista a partir de 1938, con la creación de primer Código de Menores, que tuvo la finalidad de educar y proteger al menor delincuente, como también al que demostrara una mala conducta, de esta forma se consideraba que no era necesaria la aplicación del derecho penal, tratándose de menores a quienes solo se les aplicaban medias educativas por su bien y la administración del bien, no precisaba ningún límite de tiempo. (CM,1938)

Dicho Código contenía normas relacionadas con los menores en todas las cuestiones, civiles penales, educativas y de asistencia social, en el apartado correspondiente a los casos de infracciones penales el art 33, expresa que la ley conoce tanto los casos de protección como de infracción: en cuanto a los Tribunales de Menores el cuerpo legal en mención, en

su art.32, literal e) expresa: “recluir en establecimientos especiales a los menores que observaran mala conducta, cuando a su juicio tuvieran ración los padres o guardadores que lo solicitaren”; el ámbito de aplicación de esta ley comprendía a los menores de dieciocho años de edad. (CM,1938)

Uno de los lamentables errores de este modelo de justicia, es la confusión de definiciones entre el menor inadaptado, delincuente y anormal en este sentido el autor Cuello Callón, expresó: “No es necesario que el menor delinca para significar un peligro para la sociedad, pues es común que sean precisamente los menores que no delinquen los más necesitados de ayuda reformativa.” (Hall, 2004)

Esta lógica del pensamiento positivista que no solo equipara al delincuente con el menor inadaptado, sino abarca también al menor irrespetuoso o indisciplinado con sus padres; conducta tipificada en el Código de Menores de 1938, en su art. 32, literal e, que estableció la facultad de los padres para solicitar al tribunal, la reclusión de sus hijos por mala conducta; de esta forma claramente evidenciamos la confusión entre conductas delictivas o irregulares, en este sentido daba igual para el menor cometer un delito que tener una mala conducta con sus padres, ya que al momento de ser juzgados el factor predominante a considerar era el nivel de peligrosidad que demuestre, así lo expresa en art 48, literal c, del Código de Menores de 1938 que estableció: “Si el menor, al tiempo de cometer la infracción, hubiere cumplido 15 años de edad y revelare fuerte peligrosidad o acusare prevención, impulsividad o tendencia a delinquir, será internado en un reformatorio o en sección especial de un Establecimiento público educativo por tiempo indeterminado”. (CM, 1938)

Como podemos observar el tratamiento judicial al que fue sometido el menor en Ecuador, era de alto contenido positivista, cuya facultad reformadora cubierta bajo el manto del carácter educativo y tutelar, era represiva y reforzada, en lugar de dar importancia a la gravedad de los delitos, tomando más en cuenta la peligrosidad que los menores demostraran. (CM, 1938)

De esa forma los fines protectores, han sido la pantalla tras la cual se han ocultado innumerables violaciones a las garantías de los menores, y una muestra fehaciente de esto fue que las medidas a imponer al menor eran de carácter indeterminado de acuerdo con el nivel de peligrosidad que él hubiere presentado. (CM,1938)

Por lo que es muy importante tomar en cuenta que la aplicación de las medidas se mantiene en tanto persista la peligrosidad y esto no podía determinarse con seguridad de antemano. Otra muestra es que se decía que el enjuiciamiento al menor era para hacer el bien más no era una agresión, es por ello que no se admitía la intervención de un abogado defensor, de esta forma, se dejó al menor totalmente indefenso ante las medidas que se le imponían dentro del sistema tutelar, que pese a prever una variedad de medidas educativas a imponer, la respuesta judicial que por excelencia caracteriza a este sistema es el internamiento institucional para la educación o reforma. (CM, 1938)

Esta medida es sin lugar a duda la más agresiva que se le puede aplicar al menor, que deja huellas imborrables en él, ya que el hecho de haber sido encarcelado lo mancilla como una persona peligrosa y futuro delincuente de quien la sociedad debe cuidarse.

En base a estos fundamentos expuestos, fueron creados el Código de Menores de 1938 y los sucesivos de 1944, 1960 y 1969 hasta el Código de Menores de 1976, que el año de 1992, su estructura y visión fueron declaradas incompatibles con los principios Internacionales de la Convención de los Derechos del Niño, a la cual el Ecuador, se había suscrito y ratificado; debido a ello entró en vigencia el Código de Menores de 1992. (CM, 1992)

El cual tuvo como fundamento la Doctrina de Protección Integral, el principio de interés superior del niño y el sistema jurídico de responsabilidad; de esta forma en Ecuador, se superó la influencia del positivismo-correccionalista en el sistema de administrativo. (CM, 1992)

## **2.6. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR SOBRE LA EDAD PARA ASUMIR RESPONSABILIDAD PENAL**

Según el art. 44 de la Constitución de la República, “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (CRE, 2008)

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus

capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. (CRE, 2008)

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. Concordancias: Código Civil (Libro I), Arts. 220, 268 Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, Arts. 1 Código De La Niñez y Adolescencia, Arts. 1, 8, 9.

Mientras que encontramos también en la Constitución, pero en el art. que, “45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el Constitución De La Republica del Ecuador 2008. (CRE, 2008)

Cuidado y Protección Desde La Concepción.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (CRE, 2008)

El siguiente artículo dispone: “Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

- a) Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
- b) Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.
- c) Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

- d) Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
- e) Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
- f) Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
- g) Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
- h) Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
- i) Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas. (CRE, 2008)

## **MARCO CONCEPTUAL**

### **2.7. CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

#### **2.7.1. La adolescencia**

El Diccionario de la Real Academia Española define a la adolescencia como la “Edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo” (DRAE,2014)

La legislación ecuatoriana en materia de niñez y adolescencia en su Art.4 establece que “...adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”. (CNA,2015)

Esta definición se encuentra en concordancia con lo establecido en el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño “para los efectos de la presente convención se entiende como niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. (CDN, 1989)

### **2.7.2. El adolescente infractor**

El Diccionario de la Real Academia Española define como infractor a aquella persona “que quebranta una ley o un precepto”. (DRAE,2014)

Cabanellas refiere que: “infractor es aquel transgresor. Delincuente; ya sea autor de delito propiamente dicho o de falta”. (Cabanellas, 2015)

### **2.7.3. Imputabilidad**

El diccionario de la Real Academia Española define imputabilidad, “en derecho penal el termino se utiliza para la posibilidad de imputación subjetiva o individual del hecho del autor, que requiere normalidad psíquica y madurez del desarrollo mental del sujeto activo del delito, no concurriendo ninguna causa de imputabilidad”. (DRAE, 2014)

La imputabilidad es un concepto jurídico que se define como la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuricidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. (Machicado, 2013)

Imputabilidad es la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a esa comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obra, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad. Es un concepto jurídico de base psicológica del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad. Quien carece de estas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente (menores de edad), bien por sufrir graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable ni puede ser responsable penalmente de sus actos. (Roper, 2019)

Actualmente, en la consolidación de los Estados Sociales de derecho, Estados fundamentalmente garantistas y apegados en la estructuración de sus ordenamientos jurídicos a los derechos fundamentales y especialmente a la dignidad humana, se tiene el principio de culpabilidad como base de la responsabilidad, lejos del antiguo planteamiento de la responsabilidad objetiva. En el marco de la responsabilidad penal, el concepto de imputabilidad constituye un tema central para la comprensión de la teoría del delito: “Se trata nada menos que de averiguar y caracterizar quienes tienen (o no tienen) capacidad para ser culpables” (Matkovic, 2002)

Renén Quirós Pérez, tratadista de derecho penal, propone una definición de imputabilidad penal, que abarca de una manera clara y comprensible los principales elementos de esta categoría dogmática, así: “Por lo tanto, será imputable quien posea la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta. (Quirós,1999)

La facultad de comprender el alcance de las acciones consiste en la capacidad del sujeto para descubrir las causas objetivas de los actos realizados por él y prever el desarrollo y las consecuencias de esas acciones, su sentido y significado social; y la de dirigir la conducta, en la capacidad del sujeto para reflexionar acerca de su postura con respecto a sus instintos e impulsos, así como para superarlos y, de este modo, devenir consciente de sí mismo, como sujeto que si bien tiene instintos, ha adquirido la capacidad de dominarlos y seleccionarlos dentro de la situación concreta de que se trate. (Quirós,1999)

El hombre es capaz de dirigir su conducta cuando lo natural se halla bajo el control de lo socialmente razonable, y lo social se corresponde con lo biológico. La imputabilidad supone, en consecuencia, determinada capacidad de voluntad asentada sobre la posibilidad de conocer”. (Quirós,1999)

En el libro del autor cubano, Renén Quirós, que lleva por nombre: “Imputabilidad y Responsabilidad Penal de los Adolescentes”, consta que una persona imputable pudiera definirse de cierto modo como aquella que puede proporcionar una respuesta consciente, con plena o adecuada elaboración psicológica en que intervengan dos funciones: la cognición y la volición. (Quirós, 1999)

Entonces, la imputabilidad supone la capacidad de querer y de comprender.

No existe en la doctrina, ni tampoco en la jurisprudencia o en la ley, una noción única y uniforme de imputabilidad, tal situación que hace indispensable un estudio más profundo sobre su idea en las diferentes escuelas del derecho penal, su ubicación sistemática en la dogmática de la teoría del delito, así como de las fórmulas y presupuestos que permiten identificar su existencia o la configuración de su aspecto negativo: la inimputabilidad.

Carrara uno de los máximos representantes de la escuela Clásica Italiana manifestó que para que exista responsabilidad (o culpabilidad), debe existir libertad; según el autor, la responsabilidad penal, es el resultado de un proceso de imputación global, que va desde la comprobación del encuadramiento de la acción en la ley, la configuración del sujeto como

su causa física hasta llegar al ámbito de la indagación de la imputación moral la cual tiene dos 34 peldaños: “las comprobaciones nexos psíquico (conciencia y voluntad), y la evidencia de la libertad”. (Carrara, 1984)

#### **2.7.4. Capacidad legal**

En lo que se refiere a la capacidad de auto determinarse conforme a sentido no se ha logrado determinar en forma concreta un criterio que pueda aplicarse en forma general a todos los casos e individuos; en este aspecto la psiquiatría ha realizados estudios en los que en todo caso ha determinado los estados mentales anormales o enfermedades mentales, pero la capacidad de culpabilidad o de auto determinarse conforme a sentido (imputabilidad) ha quedado relegada de su juicio científico, ya que dicha capacidad constituye una característica propia e individual de cada persona; en razón de ello, “al no lograr determinar positivamente quienes tienen dicha capacidad, se ha optado por hacer una selección negativa que consiste en la enumeración de los casos en los que se supone esa capacidad no existe” (Gutiérrez, 1998)

De esta forma se excluye a todas las personas que aún no son capaces para auto determinarse conforme a la norma ya sea por la denominada inmadurez emocional o algún tipo de discapacidad física o mental.

En este contexto de acuerdo a la lógica del pensamiento clásico no se determina quienes son imputables, sino que se establece quienes no son capaces de imputabilidad entre estos se encuentra la minoría de edad, salvo un límite que en las legislaciones se prevé, bajo el cual los niños y niñas son absolutamente inimputables, en lo que respecta a los adolescentes de entre doce y dieciocho años anteriormente se les aplicaba la prueba del discernimiento; mientras que en la actualidad simplemente se aplica un sistema cronológico que consiste en determinar los tramos de la edad dentro de los cuales las niñas, niños y adolescentes son inimputables únicamente en razón de su edad.

Discernir es: “Tener la capacidad de distinguir y comprender la diferencia de las cosas; aplicando este criterio al ámbito de las cosas morales, discernir es distinguir lo bueno y lo malo, comprender la diferencia entre el cumplimiento o la práctica del derecho y su infracción” (Hall, 2004)

Con esta lógica y tratando de encontrar una fórmula para medir la capacidad de discernimiento del menor, fueron planteadas varias propuestas. Por ejemplo: Se fundamentó la capacidad de discernimiento en la inteligencia, la cual se media a través de un examen de discernimiento que básicamente observaba el entorno social, natural del menor y su nivel cognitivo; también se planteó la idea del desarrollo progresivo de la inteligencia del menor, para comprender y actuar de conformidad a la norma jurídica, de tal forma era el Juez quien determinaba si el menor era o no imputable; ya que no existía una determinación de la edad, en que comenzaba la imputabilidad sino que debía considerarse en relación a cada acto criminal o cada sujeto.

Estos sistemas fracasaron porque no se logró definir cuándo y cómo tener la certeza de que el menor actuó o no con discernimiento.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1. TIPO Y ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo se ha aplicado un procedimiento ordenado utilizando tipos de investigación, el cual nos muestra de manera esquematizada el análisis de la investigación planteada: “

Empleamos una metodología cualitativa y cuantitativa, que combina la revisión bibliográfica y el análisis de datos obtenidos, con enfoque mixto, ya que, como se decía se empleó un enfoque cualitativo y cuantitativo.

El enfoque cualitativo se refiere a la obtención de datos no numéricos y no estadísticos, es decir el factor relevante de este enfoque es el criterio u opiniones de personas que conocen del tema de estudio.

El cuantitativo, por su parte, se refiere a la obtención de datos numéricos y estadísticos para la investigación, por medio de la recolección de datos y análisis del mismo.

#### 3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Esto fue facilitado con el empleo de los siguientes métodos y técnicas de investigación:

**Histórico.** - El tipo de investigación histórico analiza acontecimientos del pasado y busca relacionarlos con el presente, pero que son de relevancia para la comprensión del tema a tratarse en la actualidad. En función del método histórico se estudió los orígenes y evolución del tratamiento legal a los adolescentes infractores de la ley penal, así como, cual es la edad e que el joven ecuatoriano adquiere la madurez legal suficiente como para ser capaz de responder penalmente.

**Documental.**- Héctor Ávila Baray en su obra Introducción a la Metodología de la Investigación citando a Baena dice: “La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información” “Es una técnica que permite obtener documentos nuevos en los que es posible describir, explicar, analizar, comparar, criticar entre otras actividades

intelectuales, un tema o asunto mediante el análisis de fuentes de información”. (Ávila, 2006). Con este método se analizó la información objeto de este tema de estudio.

**Descriptiva.** - Con la aplicación de este método se describirá el objeto de estudio en sus características cualidades, ventajas, desventajas, debilidades y fortalezas orientado en alcanzar un estudio detallado y completo. “Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de las personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis” (Hernández, Fernández, y Baptista, 2006).

Este método reseña rasgos, cualidades o atributos de la Población que es objeto de estudio

**Analítico Sintético.** - En función de este método se analizarán cada parte del objeto de estudio, descomponiéndolo en piezas individuales que permitirán obtener una mejor y detallada comprensión para posteriormente llegar a una síntesis respecto al tema en general hasta alcanzar la verdad del conocimiento. Por lo tanto, las características o detalles individualizados del objeto de estudio, una vez que fueron analizados y comprendidos se unirán nuevamente con la finalidad de determinar la veracidad de la investigación.

**Deductivo.** - En este proyecto de investigación se aplicó el método deductivo que “Es una forma de razonamiento que parte de una verdad universal para obtener conclusiones particulares”. (Maya, 2014).

### **3.3. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Se realizaron encuestas para obtener una información veraz se realizó un banco de preguntas con respuestas cerradas a la población de profesionales en derecho del Colegio de Abogados de Guayaquil que nos sirva como muestra del comportamiento de los criterios de abogados, con respecto al tratamiento legal a la imputabilidad o edad para responder penalmente en Ecuador, con respecto a los adolescentes infractores. en Guayaquil, en el año 2018.

### 3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

En esta investigación se realizarán encuestas a los abogados del Colegio de Abogados del Guayas, con sede en el cantón Guayaquil, de donde sacaremos la población y muestra empleando la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 * P * Q * N}{e^2 * (N - 1) + Z^2 * P * Q}$$

$$n = \frac{1.96^2 * 0.5 * 0.5 * 16566}{0.07^2 * (16566 - 1) + 1.96^2 * 0.5 * 0.5}$$

$$n = \frac{15909,98}{82,13}$$

$$n = 193$$

N (Población) = 16566

P (probabilidad de que ocurra el evento) = 0,5

Q (probabilidad de que no ocurra el evento) = 0,5

D (margen de error) = 0.05

Z (nivel de confianza) = 1,96

De modo que, la muestra obtenida para encuestar es de 193 abogados inscritos al Colegio de Abogados del Guayas.

### 3.4.1. Abogados registrados en el colegio de abogados del Guayas

Tabla 1 Población y muestra de la encuesta

<b>COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS</b>	<b>UNIVERSO</b>	<b>MUESTRA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
	16.566 abogados	193 abogados	2%

**Elaborado por:** Azanza, A (2020)

El estudio se realiza con el 2% de la población, siendo esta la muestra que equivale a la cantidad de 193 profesionales del Derecho, que se encuentran registrados en el Colegio de Abogados de la Provincia del Guayas.

### 3.5. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### PREGUNTA N°. 1

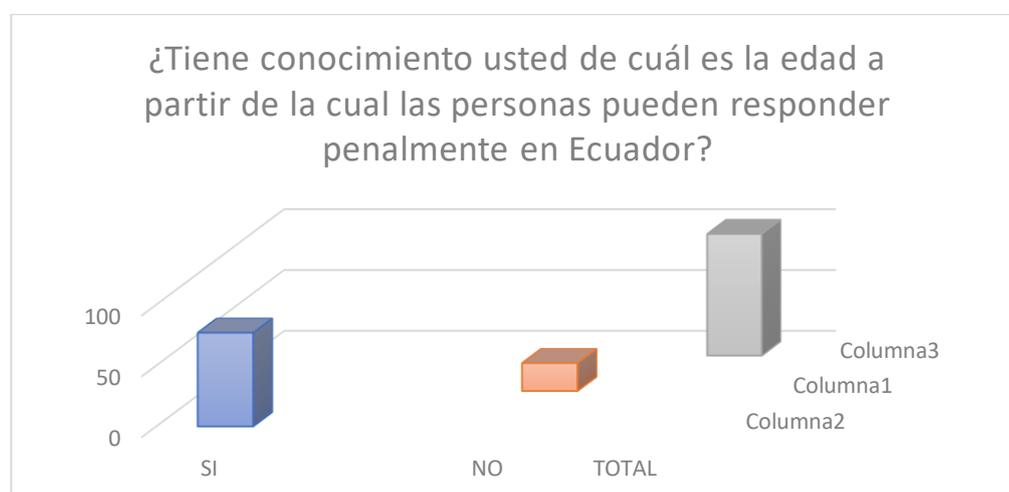
¿Tiene conocimiento usted de cuál es la edad a partir de la cual las personas pueden responder penalmente en Ecuador?

**TABLA 2**

RESULTADO	Cantidad de encuestados	Porcentaje
SI	150	77%
NO	43	23%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 1:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis del cuadro N° 01:** Según las encuestas realizadas a los abogados de la provincia del Guayas, se aprecia que el 77% de la muestra encuestada tiene conocimiento de que la edad para responder penalmente en Ecuador es los 18 años, mientras que un 23% lo desconoce. en qué consiste una contravención.

## PREGUNTA N° 2

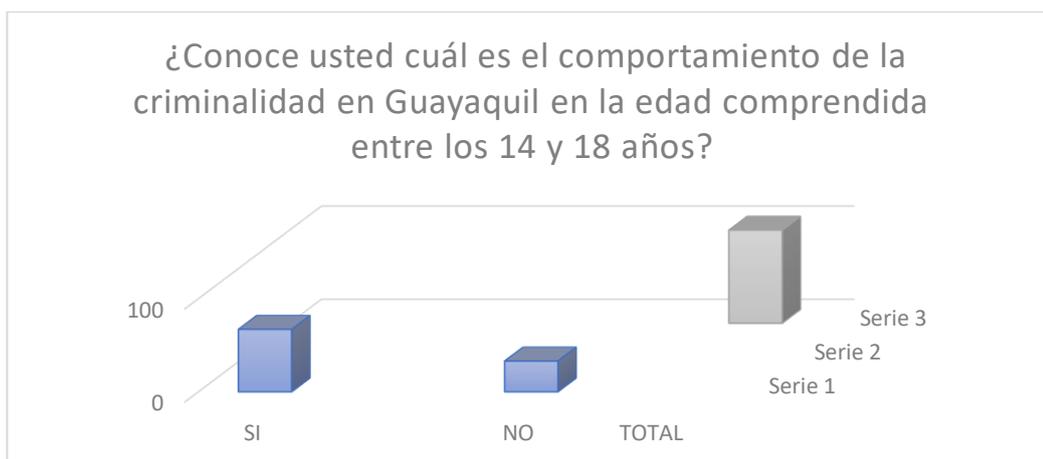
¿Conoce usted cuál es el comportamiento de la criminalidad en Guayaquil en la edad comprendida entre los 14 y 18 años?

**TABLA 3**

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
SI	130	67%
NO	63	33%
TOTAL	93	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 2:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis del cuadro N° 02:** De los 193 abogados encuestados, se obtuvo las siguientes respuestas, el 67 % de la población manifestó que, si conocen el comportamiento de la criminalidad en la edad comprendida entre 14 y 18 años, mientras que el 33 % refiere que no lo conocen.

### PREGUNTA N°. 3

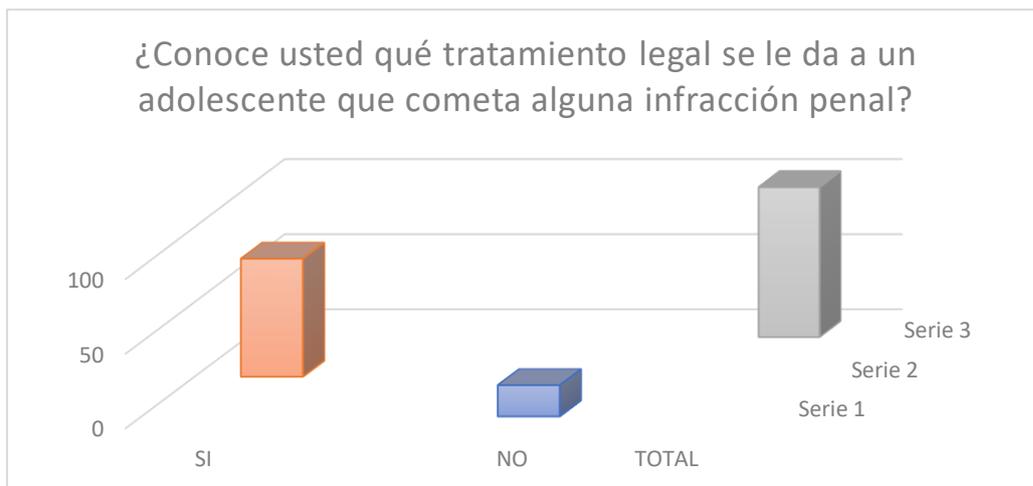
¿Conoce usted qué tratamiento legal se le da a un adolescente que cometa alguna infracción penal?

**TABLA 3**

RESULTADO	Cantidad de encuestados	Porcentaje
SI	153	79%
NO	40	21%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 3:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis del cuadro N°. 3:** Se observa que el 79% de los profesionales del derecho encuestados, conoce el tratamiento legal que se da a los adolescentes infractores en Ecuador, mientras que, el 21% indicó que lo desconocen.

#### PREGUNTA N°. 4

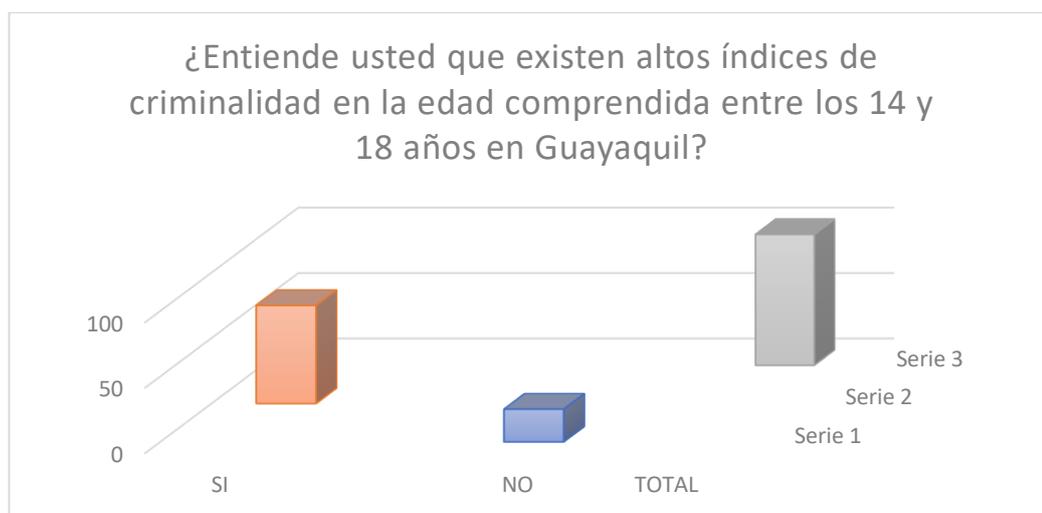
¿Entiende usted que existen altos índices de criminalidad en la edad comprendida entre los 14 y 18 años en Guayaquil?

**TABLA 4**

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
SI	145	75%
NO	48	25%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 4:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis Cuadro N°. 4:** Conforme a los datos recopilados de las encuestas realizadas en el presente estudio, se establece que el 75% encuestado conoce que existen altos índices de criminalidad en la edad comprendida entre 14 y 18 años en Guayaquil, mientras que el 25% lo desconoce.

## PREGUNTA N°. 5

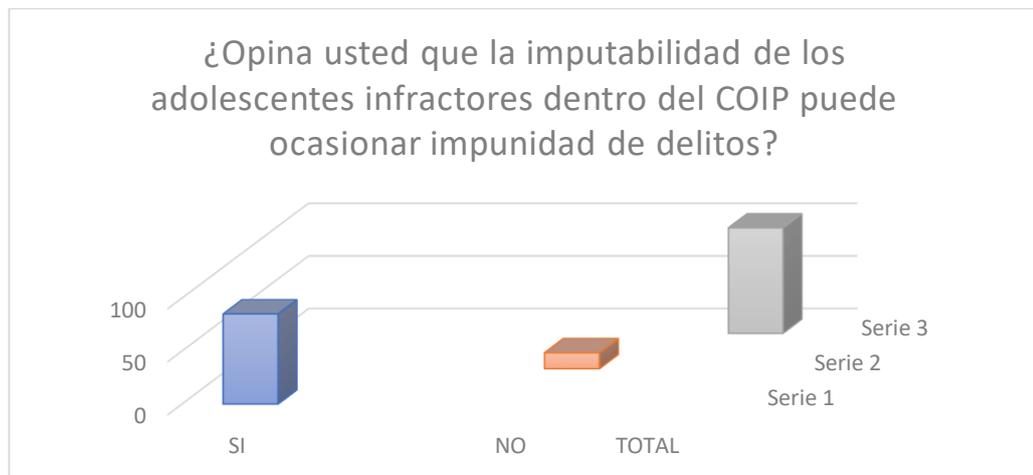
¿Opina usted que la imputabilidad de los adolescentes infractores dentro del COIP puede ocasionar impunidad de delitos?

**TABLA 5**

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
SI	164	85%
NO	29	15%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 5:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis Cuadro No. 05:** Con respecto al hecho de que provoque impunidad el hecho de no poder sancionar a menores de 18 años, que cometan delitos, el 85% encuestado, entiende que sí lo causa, mientras que el 15% entiende que no causa impunidad.

## PREGUNTA N° 6

¿Cuál de las siguientes opciones en cuanto a edad, considera usted que debe ser la edad para responder penalmente en Ecuador?

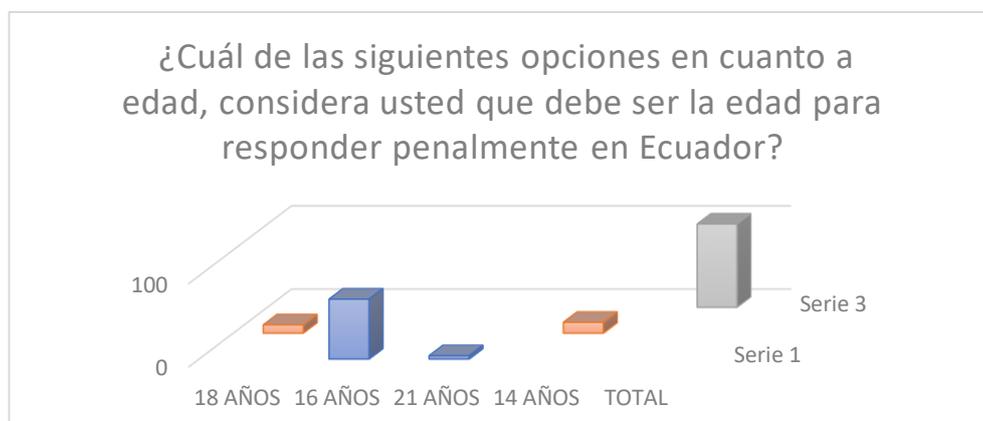
- a) 18 años -----
- b) 16 años -----
- c) 21 años -----
- d) 14 años -----

**TABLA 6**

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
18 años	20	10%
16 años	140	72%
21 años	8	4%
14 años	25	13%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 6:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis Cuadro N° 06:** En cuanto a la edad para responder penalmente, la aplicación de la encuesta resultó en que el 72% entiende que la edad para responder penalmente debe ser los 16 años, el 10% entiende que deben ser los 18 años, el 4% refiere que debe ser los 21 años, mientras que el 13% debe ser los 14 años.

## PREGUNTA N°. 7

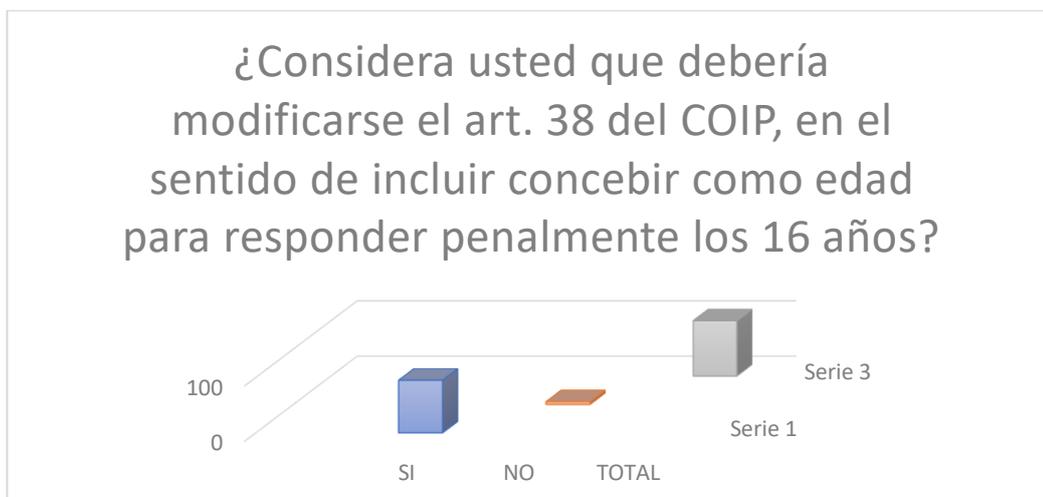
¿Considera usted que debería modificarse el art. 38 del COIP, en el sentido de incluir concebir como edad para responder penalmente los 16 años?

**TABLA 7**

RESULTADO	Cantidad de encuestados.	Porcentaje
SI	183	95%
NO	10	5%
TOTAL	193	100%

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)



**Figura 7:** Interrogante

**Fuente:** Abogados del foro de Abogados del Guayas.

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

**Análisis Cuadro N°. 07:** Conforme a los datos obtenidos de la encuesta, el 95% de la población encuestada estima que sí debe ser modificado el art. 38 del COIP, a fin de establecer como edad penal los 16 años, mientras que el 5% entiende que no debe ser modificado dicho artículo.

### 3.5.1. Resultados estadísticos: período 2014 al 2018

**Tabla 8 Tasa de Adolescentes infractores en Guayaquil desde el 2014 al 2018**

<b>AÑO</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>Porcentaje</b>
<b>2014</b>	1264	16.99%
<b>2015</b>	1776	23,8%
<b>2016</b>	1205	16.19%
<b>2017</b>	1481	19.90%
<b>2018</b>	1085	14.58%
<b>TOTAL</b>	6811	100 %

**Fuente:** Ministerio de Justicia, Derechos y Cultos

**Elaborado por:** Asanza, A. (2020)

De modo que, en el período comprendido entre los años 2014 y 2018, se tramitaron 6811 casos de adolescentes infractores.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA/DESARROLLO DEL TEMA**

#### **4.1. VALIDACIÓN**

En la realidad ecuatoriana ocurre que en muchas ocasiones y dado el resultado de esta investigación, vertido y explicado en el capítulo anterior, existe un alto índice de criminalidad en la edad comprendida entre los 14 y 18 años según lo denota la revisión de las estadísticas del INEC.

En el año 2018, en Guayaquil, resultó que 676 jóvenes infractores, entre ellos 52 mujeres, cumplen sentencias en 11 centros de rehabilitación. Según cifras del Ministerio de Justicia, de ese total, 38% están implicados en delitos sexuales (violaciones), 19% en homicidios, 28% en robos y asaltos y el restante 15% en otros delitos e infracciones.

La edad mínima de adquisición de la responsabilidad penal de una persona menor varía entre los Estados. Esta circunstancia lleva a que este tema necesariamente deba abordarse partiendo del marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las y los menores, es decir, el corpus iuris internacional de los derechos humanos de la niñez.

#### **4.2. BENEFICIARIOS DE LA PROPUESTA**

Con nuestra propuesta será beneficiada toda la ciudadanía, así como, el estado ecuatoriano, y la Asamblea Nacional, así como, los órganos coercitivos que forman parte del poder judicial, para evitar la impunidad delictiva pudiendo así enfrentar la criminalidad que tiene gran afluencia en la edad comprendida entre 16 y 18 años y especialmente será beneficiado cada ciudadano posible víctima de un delito cometido por personas en este grupo de edad, evitándose así la impunidad delictiva en estos casos.

**PROPUESTA CONCRETA**  
**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**  
**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**LA ASAMBLEA NACIONAL**

**CONSIDERANDO:**

QUE: Es obligación del Estado ecuatoriano prever que la Asamblea Nacional, como órgano legislativo del Estado, establecer claramente en la parte general del Código Orgánico Integral Penal cual es la edad a partir de la cual puede responderse penalmente, partiendo de la madurez legal que alcanza la población de cada país, en este caso, atendiendo a la idiosincrasia, costumbres y velocidad de desarrollo psíquico y mental de cada ciudadano ecuatoriano.

QUE: El actual Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador en su artículo 38 establece que la responsabilidad penal podrá exigirse a partir de cumplidos los 18 años.

QUE: El hecho de que la edad sea 18 años para poder exigir responsabilidad penal por las acciones u omisiones delictivas ha conllevado que un número importante de jóvenes cuyas edades discurre entre los 14 y 18 años cometan delitos y no puedan ser sancionados, sino que serán tratados según lo establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en consecuencia, esta circunstancia legal provoca impunidad para la persona que comete el delito, estando comprendido en este rango de edad, cuando la realidad apunta a que el joven ecuatoriano, ya a partir de los 16 años cumplidos reúne una serie de características personales y en torno al ambiente que lo rodea, donde demuestra que comprende íntegramente todo lo que ocurre a su alrededor y está en capacidad mental suficiente para comprender las consecuencias de sus actos, por ende, al bajarse la edad para responder penalmente existiría mayor y más férreo nivel de control social, al existir la amenaza de una sanción penal en caso de que cometan delito, lo cual ayudaría a que se abstengan de delinquir y en caso de que aun así lo hagan entonces tendrían que enfrentar penalmente, las consecuencias de su actuar.

Según la legislación internacional los estados son responsables de establecer legalmente las edades y la capacidad de responsabilidad penal (imputabilidad) de las personas, existiendo un dilema en cuanto hasta qué edad mínima se debe responder penalmente por los hechos delictivos en que incurra un sujeto.

### **EN CONSECUENCIA, SE EXPIDE**

**EN USO DE LAS FACULTADES LEGALES Y CONSTITUCIONALES, MODIFÍQUESE O REEMPLÁCESE A TRAVÉS DE UNA ENMIENDA CONSTITUCIONAL, según corresponda de la siguiente forma:**

**Realícese una Enmienda Constitucional a la Constitución de la República del Ecuador en aras de Reemplazar su actual art. 45, del modo que se dispone:**

#### **Redacción actual**

*Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.*

*El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.*

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.*

*El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.*

#### **El que quedará redactado en estos términos:**

*Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.*

*El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.*

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.*

*El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.*

*Tanto las niñas, niños, como adolescentes deberán respetar la ley, comportarse acorde a las normas de convivencia social y respetar los derechos de las demás personas.*

**REEMPLACESE EL ART. 38 del Código Orgánico Integral Penal vigente, del modo que se dispone, en virtud de la siguiente reforma al CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:**

Art. 1: Refórmese el art. 38 del Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de cambiar la edad límite para comenzar a responder penalmente, y cuya letra actual es la siguiente:

*Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años. - Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.*

**Que deberá quedar redactado así:**

*Artículo 38.- Personas Imputables penalmente. - Las personas menores de dieciséis años de edad al ser inimputables, y que cometieren delito, estarán sujetas a las disposiciones del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de modo que, las personas mayores de 16 años de edad, (imputables), que cometieren delito, quedarán sujetas a las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal.*

## **DISPOSICIÓN TRANSITORIA**

Deróguense todas las disposiciones, leyes y normas jurídicas que se opongán a la presente.

## **DISPOSICIÓN FINAL**

Esta ley reformativa entrará en vigor desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de Quito, en la sede de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los 30 días del mes de octubre de 2019.

### 4.3. CONCLUSIONES

- a) La sociedad latinoamericana y con ella la ecuatoriana específicamente ha ido atemperándose a los cambios importantes que han existido en las última tres décadas, sobre todo los referidos a la tecnología, el internet y las comunicaciones, esto ha conllevado a que los niños accedan a redes sociales, tecnología, de información a más temprana edad y vayan recibiendo información con respecto a hechos de la vida, que en otras épocas generalmente, ocurrían a otras edades, lo cual unido a circunstancias fácticas, económicas, sociales, culturales e incluso educativas, han conllevado a que los niños ecuatorianos alcancen la plena comprensión del mundo a su alrededor a edad más temprana que los 18 años.
- b) Esta temprana madurez ha sido una de las causas que ha conllevado a que el adolescente en edades comprendidas entre los 16 y 18 años entienda y escoja llevar a cabo acciones u omisiones de tipo delictiva a sabiendas y con plena voluntad, conociendo las posibles consecuencias de dichos actos, por ende, esta psicológicamente preparado para poder asumir las consecuencias penales de los mismos.
- c) La incidencia de la criminalidad en adolescentes infractores en Guayaquil en el período estudiado, y comprendido entre los años 2014 al 2018, fue de 6811 casos, por lo cual representa una cantidad importante con respecto a la criminalidad de Guayaquil que ha quedado en impunidad dada la inimputabilidad actual para las personas menores de 18 años.

#### **4.4. RECOMENDACIONES**

- a) Se recomienda a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, establezca la posibilidad de impartir seminarios y capacitaciones para dar a conocer entre estudiantes y abogados, el resultado de esta investigación a fin de comprender la necesidad de modificar el art. 38 del COIP, y establecer como edad para responder penalmente los 16 años.
  
- b) A la Asamblea Nacional le recomendamos evalúe esta propuesta a fin de implementar la reforma legislativa al art. 38 del COIP, específicamente bajando la edad para responder penalmente hasta 16 años.

#### **4.5. BIBLIOGRAFÍA**

- Albán, F. (2003). "Derecho de la Niñez y Adolescencia, Acciones de Protección y Juzgamiento de Adolescentes Infractores". Quito. Ed. UNACH.
- Agudelo, N. (2006). "Inimputabilidad y Responsabilidad Penal". Quito: Abya-Yala.
- Bustos, J. (1998), Imputabilidad y edad Penal, en Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, N° 8.
- Cabanellas G. (2010). "Diccionario Jurídico Elemental". Buenos Aires. Editorial Eliasta SRL.
- Carrara, F. Grado della forza fisica del delitto, Opuscoli I.
- Cillero, M., (1994), Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile en Pilotti, Francisco (ed.), Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo.
- Donna, E. (1996). Teoría del Delito y de la Pena, Buenos Aires.
- García, E. (2000), Adolescentes y Responsabilidad Penal: Un Debate Latinoamericano. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
- Gimbernat, E. (1981), Estudios de Derecho penal. 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1981.
- González, C. (1983), Minoría de edad penal. Imputabilidad. Imputabilidad y responsabilidad", en Documentación Jurídica, Vol. 1, Ministerio de Justicia, (1985). "La justicia de menores en España", en La Justicia de Menores (De Leo, Gaetano), Teide, Barcelona.
- Gómez, M<sup>a</sup>.C. (2007), Comentarios a la Ley penal del menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006). Iustel, Madrid.
- Gutiérrez, J. (1956), Doctrina y práctica del. Estado peligroso en Colombia, Bogotá, Ed. Diario Jurídico. Jiménez, R. (2005), La delincuencia juvenil: fenómeno de la sociedad actual Papeles de Población, vol. 11, núm. 43, enero-marzo, México.

- Medina, A. y Goite, M. (2000), Selección de lecturas de Derecho Penal General, Editorial Félix Varela. La Habana.
- Mendoza, C. (2002). “Ensayos Sobre Género y Desarrollo: Vigilada y Castigada”. Cuenca. Ediciones Departamento de Cultura de la Universidad de Cuenca.
- Mira, E. (1975). Psicología evolutiva de la Adolescencia, Madrid: Ed. El Ateneo.
- Muñoz, F. (1981), Introducción a la culpabilidad y prevención en Derecho Penal, Editorial Reus, Madrid, 1981.
- Muñoz, M. (2010), La preterintencionalidad y su configuración: La atenuante y el concurso. P 57 [www.umg.edu.gt](http://www.umg.edu.gt). Fecha: 26 de marzo de 2010.
- Ossorio, M. (1984). “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Buenos Aires. Editorial, Heliasta.
- Palacios, J., (1985): Psicología Evolutiva 3. Adolescencia, Madurez y Senectud. Madrid: Alianza Psicología.
- Piaget, J. (1964). Aportes a la Educación del Desarrollo del Juicio Moral para el siglo XXI”. Barcelona. Ed. Labor.
- Quirós, R. (2002), Manual de Derecho Penal I, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Rappoport, I. (1986). “La Personalidad desde los 13 a los 25 años”. Barcelona: Ed. Paidós.
- River, B. (1974). “Desarrollo Social del niño y del Adolescente, etapas del desarrollo Psicológico del adolescente”. Chicago: Ed. Pearson.
- Sigüenza, M. (2008). “Preguntas y Respuestas en Derecho Penal y Procesal Penal”. Cuenca. Ediciones Carpol.
- Sotomayor, A. (1996). Consideraciones sobre la Responsabilidad Penal del Menor. Bogotá.
- Villanueva, R. (2004), Teoría del Delito, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004

## **FUENTES LEGALES**

Constitución de la República del Ecuador (2008). Quito. Registro Oficial No. 449

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2003). Quito. Registro Oficial No. 737

Código Orgánico Integral Penal (2015). Quito. Registro Oficial No. 180

Código Civil del Ecuador. (2005). Quito. Registro Oficial No. 46

Ley de la Juventud. (2001). Quito. Registro Oficial No. 439

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924). Ginebra

Declaración de los Derechos del Niño. (1959). Ginebra

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Madrid

#### **4.6. ANEXOS**

### **RESULTADOS DE ENCUESTAS**

#### **PREGUNTA N°. 1**

¿Tiene conocimiento usted de cuál es la edad a partir de la cual las personas pueden responder penalmente en Ecuador?

#### **PREGUNTA N°. 2**

¿Conoce usted cuál es el comportamiento de la criminalidad en Guayaquil en la edad comprendida entre los 14 y 18 años?

#### **PREGUNTA N°. 3**

¿Conoce usted que, en caso de que un adolescente cometa delito en Ecuador no será sujeto al Código Orgánico Integral Penal y sí quedara sujeto al Código de la Niñez y la Adolescencia?

#### **PREGUNTA N°. 4**

¿Entiende usted que existen altos índices de criminalidad en la edad comprendida entre los 14 y 18 años en Guayaquil?

#### **PREGUNTA N°. 5**

¿Opina usted que causa impunidad dejar de sancionar según las normas del Código Orgánico Integral Penal a las personas que cometan delito, pero sean menores de 18 años de edad?

#### **PREGUNTA N°. 6**

¿Conoce usted cuál es la edad en Ecuador, de entre las siguientes opciones en que usted considera que ya los adolescentes tienen la madurez legal suficiente para asumir las consecuencias penales de sus actos delictivos?

- a) 18 años -----
- b) 16 años -----

c) 21 años -----

d) 14 años -----

**PREGUNTA N° 7**

¿Considera usted que debería modificarse el art. 32 del COIP, en el sentido de incluir concebir como edad para responder penalmente los 16 años?