



**UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP FACULTAD
DE DERECHO CORPORATIVO
TESIS**

**REDUCCIÓN DEL LÍMITE DE EDAD DE 18 A 16 AÑOS EN
LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL, CERCADO DE LIMA.2016.**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

**AUTOR:
Bach. MAGDA ARLENE CECILIA NUNURA ROJAS DE URBINA**

**ASESOR:
Ing. JOSE EDUARDO CANDELA DIAZ**

LIMA-PERÚ

2017

ASESOR DE TESIS

Ing. José Eduardo Candela Díaz

JURADO EXAMINADOR

Dra. Grisi Bernardo Santiago

Presidente

Dr. Juan Humberto Quiroz Rosas

Secretario

Dr. Braulio Julio Jacinto Villegas

Vocal

Dedicatoria

Dedico mi tesis en primer lugar a mi amada familia, a mi padre, a mis ángeles que volaron al cielo, a Dios que me llenó de fortaleza, a todas las personas que me dijeron siempre que yo podía, mi tesis tiene el amor de todos.

Agradecimiento

Tengo que agradecer porque considero el culminar mi carrera un triunfo de todos, mi familia a quienes sacrifique en nuestros días feriados por días intensos de estudio, a mi amado padre quien con su admiración fue un motor, un compromiso para avanzar sin desmayo, a mis profesores y compañeros que siempre estuvieron cuando las fuerzas decaían, a mis ángeles que volaron al cielo con el orgullo de que su hermana terminaría su carrera, a todos los que confiaron en mí, a Dios que me llenó de fe y nunca me desamparó en el camino de mi carrera, va mi agradecimiento, mi corazón para todos, gracias eternas!

RESUMEN

La responsabilidad penal en los menores de edad es un tema emblemático que hay que tratar sí o sí, debemos saber dónde estamos y para dónde vamos, no se trata de discursos porque este tema trasciende largamente su propio contenido, hay que entender que las leyes serán solo palabras si detrás de las normas no existen políticas de gestión estatal que las sostengan, sino se afirman se convertirán en simples proposiciones vacías y oscuras. Los menores necesitan respuestas urgentes en cuanto a la protección que requieren del Estado, no con un sistema carcelario general sino especial, debe ser resocializados para que vivan en comunidad porque su situación actual es crítica.

No es que el miedo tenga que instalarse en nuestro cerebro, porque esto quita objetividad en nuestro juicio, condiciona nuestra relación con quienes se encuentran inmersos en el problema y podrían influir en las políticas que se deben tomar.

He llegado a la conclusión de que no sólo se trata de endurecer las penas, sino que el Estado debe tener más compromiso, porque el impartir una sanción genera también una responsabilidad. No se trata de establecer un vínculo automático entre la creciente inseguridad ciudadana y la delincuencia juvenil ya que el porcentaje de infractores no es mayoritario, pero si es cierto que cada vez hay más delincuentes juveniles y que debemos frenar esa tendencia, sin embargo, esta afecta la seguridad ciudadana y el desarrollo del país. El debate en torno a la responsabilidad penal de los menores dice mucho sobre nuestra cultura jurídica, que no es otra cosa que nuestra política. Si nos avocamos a pensar que no se les debe otorgar responsabilidad penal, estaríamos permitiendo que personas adultas se aprovechen de estos menores para inducirlos a cometer ilícitos. Se debe buscar la sanción ejemplar para estar personas que promueven la delincuencia juvenil.

Palabras claves: Responsabilidad penal, incremento de la delincuencia, prevención, violencia extrema, inimputabilidad.

ABSTRACT

Criminal responsibility for minors is an emblematic issue that we must try to Yes or Yes, we should know where we are and to where we are, is not about speeches because this issue long beyond their own content, must understand that the laws are just words if behind rules there are no State-run policies that sustain them and become simple propositions empty and dark. Minors need urgent answers on the protection required of the State, not with a general but special prison system, it should be resocialized so that they live in community because their situation is critical.

I have come to the conclusion that it is not only toughen penalties but that the State should have more commitment, because the impart a penalty also creates a liability. This is not to establish an automatic link between the growing citizen insecurity and juvenile delinquency, as the percentage of offenders is not in the majority, but if it is true that there are more and more juvenile delinquents and that we should halt this trend. The debate on the criminal responsibility of minors, says a lot about our legal culture, which is nothing other than our policy. If we were to think that they should not be given criminal responsibility, we would be allowing adults to take advantage of these minors to induce them to commit crimes. You should seek the sanction copy to be people that promote juvenile delinquency.

Key words: criminal Responsibility, increase of crime, prevention, violence, extreme, inimputabilidad.

INDICE DE CONTENIDOS	viii-xii
INDICE DE TABLAS	viii
Tabla 1	48
Tabla 2	49
INDICE DE FIGURAS	viii
Figura 1	49
INTRODUCCION	xii
INDICE DE CONTENIDOS	
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Planteamiento del problema.	1
1.2. Formulación del Problema.	4
1.2.1. Problema general.	4
1.2.2. Problemas específicos.	4
1.3. Objetivos de la investigación.	4
a. Objetivo general.	4
b. Objetivos específicos	4
1.4. Justificación de la investigación	5
II. MARCO TEORICO.	6
2.1. Antecedentes de la investigación	6
2.1.1. Antecedentes internacionales	6
2.1.1.1. El concepto de imputabilidad en el proceso histórico.	10
2.1.1.1.1. <i>La imputabilidad como atribución de culpabilidad.</i>	10
2.1.1.2. Antiguas formas del sistema penal.	10
	viii

2.1.1.3. Modernas formas del derecho penal	15
2.1.1.4. La escuela clásica	16
2.1.1.5. El positivismo jurídico penal	18
2.1.1.6. Kantismo	24
2.1.1.7. La vertiente hegeliana.	25
2.1.1.8. La escuela finalista.	27
2.1.2. Antecedentes nacionales	29
2.1.2.1. Ley 30076	29
2.1.2.2. Decreto Legislativo 1204 /2015	30
2.1.2.3. Proyecto de Ley Martin Belaunde	31
2.2. Bases teóricas de las variables.	36
2.2.1. Análisis del desarrollo jurídico de la imputabilidad.	36
2.2.2. Teoría Psicológica.	36
2.2.3. Teoría normativa.	37
2.2.4. Teoría puramente normativa.	39
2.2.5. Teoría funcionalista.	41
2.2.6. Otras teorías.	42
2.2.6.1. La escuela de Kiel (escuela nazi)	42
2.2.6.2. Tesis de Gimbernat.	42
2.2.7. La imputabilidad y la culpabilidad material.	43
2.2.7.1. Concepto.	43
2.2.7.2. Elementos de la culpabilidad material.	44
2.2.7.2.1. La imputabilidad.	44
2.2.7.2.2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho.	45
2.2.7.2.3. La no exigibilidad de otra conducta.	45
2.2.7.3. Las circunstancias biopsicosociales del procesado.	46
2.2.7.4. Principio de culpabilidad.	46
2.2.7.5. Culpabilidad como elemento de la teoría del delito.	46
2.2.7.6. Exclusión de la culpabilidad.	47
2.2.7.7. Error de prohibición.	47
2.2.7.7.1. Teorías sobre el error de prohibición.	48

2.3. Definiciones de términos básicos.	50
2.3.1. Delitos graves.	50
2.3.2. Dolo	50
2.3.3. Culpa	50
2.3.4. Error	50
2.3.5. Antijuridicidad	50

III. MARCO METODOLOGICO. 52

3.1. Hipótesis	52
3.1.1. Hipótesis general.	52
3.1.2. Hipótesis específicas.	52
3.2. Variables de estudio.	52
3.2.1. Definición conceptual.	52
3.2.2 Definición operacional.	52
3.3. Tipo o nivel de investigación.	52
3.4. Diseño de investigación para contrastar la hipótesis.	53
3.5. Población y muestra de estudio	54
3.5.1. Población	54
3.5.2. Muestra	54
3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	54
3.6.1. Técnica de recolección de datos	54
3.6.2. Instrumentos de recolección de datos.	54
3.6.3. Confiabilidad del Instrumento	55
3.6.4. Validez del Instrumento	55
3.7. Método de análisis de datos.	55
3.8 Aspectos Éticos.	55

IV. RESULTADOS	57
4.1 Resultados	57
4.1.1. Soluciones Estadísticas	57
V. DISCUSIÓN	59
5.1 Análisis de discusión de resultados	59
VI. CONCLUSIONES	61
6.1 Conclusiones	61
VII. RECOMENDACIONES	62
7.1 Recomendaciones	62
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
IX. ANEXOS.	65
Anexo 1: Matriz de consistencia	65
Anexo 2: Matriz de operacionalización	66
Anexo 3: Instrumentos	67
Anexo 4: Validación de Instrumentos	68
Anexo 5: Matriz de datos	69

INTRODUCCION

El presente trabajo trata el tema de la imputabilidad penal de los adolescentes de 16 a 18 años, es un tema de interés nacional debido al incremento de la delincuencia en los últimos años. Si bien es cierto, ha habido algunas modificaciones a las penas de los adolescentes y jóvenes, estas no han sido suficientemente persuasivas para que los jóvenes se abstengan de delinquir.

Con este trabajo y sus hallazgos surge la necesidad de plantear una nueva modificación que desde luego debe ir acompañada de un trabajo exhaustivo y detallado de las autoridades involucradas en el tema ya que es inocultable que gran parte de la población no tiene mayores oportunidades de trabajo digno y eso añadido a las complicadas situaciones familiares que experimentan los chicos en cuestión dan como fruto personas resentidas con la sociedad que terminan siendo un daño para el país.

El debate al respecto es inacabable ya que siempre habrá la tendencia de aplicar la prisión efectiva sólo como última *ratio* pero la inseguridad ciudadana va en aumento y la situación exige decisiones urgentes. Espero que este trabajo sirva para continuar con esta propuesta legislativa que definitivamente puede mejorarse con la intervención de profesionales calificados en el tema.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

1.1. *Planteamiento del problema*

En América Latina para los efectos penales se considera entre 12, 13, 14 años cumplidos, 18 años incumplidos y cumplidos. En América Latina en los últimos decenios, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político social basado en la promoción y garantía del desarrollo de la persona, de todas ellas, sin discriminación alguna.

La delincuencia juvenil actualmente forma parte de una gran preocupación no sólo a nivel local ni nacional es en toda Latinoamérica, sino a nivel mundial. Según la información obtenida a través de los periódicos de diferentes países, como Argentina y México, se nota que la actividad sobre los menores infractores y el alarmante social es un problema existente alrededor de las últimas décadas en el Perú. Por lo que es necesario un cambio hacia el tratamiento que se da al menor, en especial la disminución de la edad penal de 18 a 16 años, puesto que se argumenta que a esta edad ya se tiene plena capacidad, voluntad y conciencia para la determinación de los actos.

Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia de todo sistema democrático, los adolescentes surgen entonces como personas humanas prioritarias de atención y es por ello que todo el sistema, incluyendo al referido al adolescente infractor gira en base al principio neto del interés superior del niño y adolescente. Sin embargo, esto no lo exime de ser expulsado del ámbito de la inimputabilidad, porque es el momento que puede tomar conciencia de las decisiones que debe tomar.

El menor debe ser más responsable de sus actos, por lo que urge establecer parámetros, es una necesidad imperiosa poner límites a la edad penal, la solución no es integral como se quiere ver, sino parcial.

Es evidente el incremento de la delincuencia juvenil, que acude al crimen como un medio de vida, no solo de subsistencia, sino como un modelo de vida.

La preocupación se trasunta en diferentes estudios multidisciplinarios que tratan de encontrar las posibles causas de la conducta antisocial y violenta de los adolescentes.

Las limitaciones y diferencias que pueda presentar el sistema penal, deja la franja delictiva frágil, aunada a la juventud y la droga, vuelve vulnerable a adolescentes frustrados y resentidos, quienes, habiendo alcanzado su madurez intelectual y física, se amparan en su inimputabilidad para cometer delitos como el sicariato, siendo este delito de extrema ferocidad.

Es evidente el grave problema que ocasiona a la sociedad y al estado el mantener como límite de la responsabilidad penal los 18 años de edad, consintiendo de esta manera una franja de impunidad de quienes contando con 16 hasta 18 años, a quienes hasta la fecha no se les puede imponer pena acorde al delito que ha cometido, con las garantías que le correspondan; sin embargo se le sigue tratando como “adolescentes”, cuya participación en la actividad delincencial ha incrementado el sicariato ejecutado por niños de hasta 12 años. Al amparo de esta edad personas adultas utilizan a menores para cometer ilícitos, lo que aumenta la delincuencia.

Al enmarcarse en la lucha integral contra la inseguridad, el combate al **sicariato** debe librarse en varios frentes, lo que precisa optimizar la coordinación entre el Ministerio del Interior, el Ministerio Público y el Poder Judicial. La policía se queja de que la fiscalía no investiga eficazmente o de que los jueces absuelven a delincuentes capturados; la fiscalía y el Poder Judicial se quejan también de una labor policial ineficiente. Entre sí, las instituciones no manejan cifras unificadas del delito.

A la luz de ello, la comunicación entre estas instituciones es la clave para que los sicarios detenidos no busquen penas menores al ser procesados por el delito de homicidio por lucro. Para Amoretti, habrá un dilema al momento de sancionar, pues no hay una clara diferencia entre ambos ilícitos. El letrado explica que el **sicariato** ya se sancionaba desde 1924 como homicidio calificado: “Las leyes no son el problema, sino que no existe un grupo de agentes especializados como sí lo había en la época del terrorismo”. (El Comercio (@el comercio) julio 27, 2015).

1.2 Formulación del problema

1.2.1 *Problema general*

¿Cómo constituye un grave problema social, el no poder imputar responsabilidad penal a adolescentes entre 16 y 18 años de edad del Cercado de Lima. 2017?

1.2.2 *Problemas específicos*

¿Cómo se desarrolla actualmente la capacidad de imputabilidad de adolescentes entre 16 y 18 años en el Cercado de Lima. 2017?

¿Cómo son los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad de adolescentes entre 16 y 18 años en el cercado de Lima. 2017?

1.3 Objetivos de la investigación

a. Objetivo general

Establecer la existencia de la imputabilidad de los adolescentes 16 y 18 años que comprende las consecuencias, hechos voluntarios de un acto ilícito con la responsabilidad penal de sus actos, en el Cercado de Lima. 2017.

b. Objetivos específicos:

Identificar el desarrollo actual de la capacidad de imputabilidad de adolescentes entre 16 y 18 años en el Cercado de Lima. 2017

Identificar los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad de adolescentes entre 16 y 18 años en el cercado de Lima. 2017.

1.4. Justificación del estudio

La justificación de la presente investigación está en:

El incremento de la participación de personas entre 16 y 18 años en graves ilícitos penales; la incapacidad del estado para prevenir y sancionar conductas delictivas realizadas por personas entre 16 y 18 años; Las medidas de internamiento que se imponen a personas entre 16 y 18 años no alcanza a la responsabilidad por sus ilícitos hechos.

Conforme lo demuestran las últimas estadísticas del incremento de “delincuentes juveniles”.

Urge encontrar soluciones parciales y para esto hay que empezar abordando el tema desde cual ámbito que permita encontrar tratamientos diferenciados, que nos lleven a llamar la atención de que es el momento de poner un alto a la delincuencia juvenil, para no tener la amarga experiencia de abordarlo cuando ya se haya ido de nuestras manos, la seguridad ciudadana es importante, la justicia es también para las víctimas de estos agresores, que cuando cometen sus delitos son feroces y violentos, por eso que en Colombia les dicen los *baby sicarios*, porque cuando atacan se olvidan que son menores.

II.- MARCO TEÓRICO

El marco teórico estará sujeto a tres etapas; la primera versará sobre los métodos y técnicas de investigación necesarias para conseguir instrumentalizar los mecanismos de captación de información, la segunda estará sujeta al estudio detallado de la imputabilidad desde sus orígenes hasta la actualidad, y la tercera comprenderá el estudio de la normatividad existente en nuestro sistema penal y su congruencia con nuestra realidad concreta.

2.1. Antecedentes de la investigación:

2.1.1 Antecedentes internacionales

Gallegos, M. (2011) indica en su tesis titulado “Imputabilidad de los menores de 18 y mayores de 16 años en delitos graves” No se trata de modificar ni extinguir el sistema especializado para menores, sino cambiar la edad penal, para que el derecho penal ordinario, en especial las penas para los delitos graves puedan ser impuestas a los mayores de 16 años en adelante. Para llegar a dicha observación se hace un recuento histórico, se analiza la legislación vigente tanto nacional como internacional, jurisprudencias locales y extranjeras para ver los lineamientos jurisprudenciales sobre los adolescentes infractores y finalmente, la factibilidad de este sistema, mediante la reflexión de la realidad ecuatoriana actualmente, que se realizará a través del análisis de la capacidad, Se han tomado tres aspectos principales para llegar a la determinación de la mayoría de edad, siendo estos los factores biológico, psicológico y social. Denotan gran importancia, siendo que se establece, que al cumplimiento de una cierta edad se tiene conocimiento y voluntad, lo cual es netamente biológico. Lo único que se toma en cuenta es que solamente a esa edad se puede comprender los delitos como tal, y se deja de un lado el hecho que se puede llegar a dicha comprensión a una edad más temprana. Por su lado, el factor social es muy influyente puesto que éste determina muchos aspectos de nuestra vida y lo que se considera bueno o malo, dependiendo de las costumbres, creencias y crianzas que nos rodean. Existen varias posiciones en cuanto a la posibilidad de disminuir la edad penal, pero en relación a como se va desarrollando el mundo actualmente, más que una

posibilidad es una necesidad de los países cambiar la legislación interna para que los jóvenes sean imputables por sus actos y no se queden en una mera responsabilidad. Dichas posiciones se evidencian aún más en distintos países, como Estados Unidos y países europeos, donde la legislación permite juzgar a los adolescentes como adultos, lo cual ha generado grandes controversias. En el ámbito latinoamericano no existe, todavía, una legislación que disminuya la edad penal de 18 años a 16 o menos, pero si establece la responsabilidad de los menores adultos empezando desde los 14 años y en algunos países desde los 12 años. Lo cual nos lleva a pensar que existe una lógica tras toda esta posición de imputabilidad siendo que varios otros países de similares realidades han tenido que optar por esta solución para lidiar con un problema de delincuencia juvenil que en los últimos años se ha salido del control de muchas autoridades ya que se subestimaba a los menores infractores con un tema de rebeldía y propio de los años de adolescencia. Pero esa no es la realidad actual, lo cual no quiere decir que no sigan existiendo este tipo de menores infractores, sino que el problema se agudizó a niveles que no se han visto antes y que refleja una alarma social sobre lo que pasa en la actualidad con los jóvenes.

Por último, podemos establecer que la imputabilidad se puede llegar a aplicar plenamente en los menores infractores, puesto que sólo involucra un cambio en la legislación y el traspaso de sus causas a un juez penal ordinario.

RENGIFO, J. (2015), en su tesis titulada: TRATAMIENTO DE LOS MENORES DE CATORCE AÑOS DE EDAD QUE COMETEN INFRACCIONES CONTRA LA LEY PENAL EN LA ZONA JUDICIAL DE HUANUCO, 2015. Teniendo como objetivo general ¿Es adecuada la aplicación de las normas del Código de los Niños y Adolescentes por parte de los Magistrados de Familia en el tratamiento de los menores de catorce años de edad que cometen infracciones contra la Ley penal, departamento de Huánuco? En el trámite judicial se indica, que los menores infractores no contaron con un reconocimiento adecuado respecto a sus derechos y

garantías, ni tampoco favoreció la preocupación de los padres de familia para su respectivo Internamiento.

El trabajo tiene como objetivo identificar y analizar los criterios o estándares desarrollados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para marcar los alcances sobre el Tratamiento especial para los niños y adolescentes que cometían infracciones contra la Ley penal. En este sentido se sostiene diversas diferencias sobre el Tratamiento de los Adultos que son sistematizados en el objeto de una revisión como el reforzamiento al debido proceso y la necesidad de contar con una Política amplia por parte de las Instituciones Públicas o Privadas, Método de Investigación: En la presente investigación se utilizó los métodos generales tales como observación, la descripción el análisis y la comparación, pero de una manera predominante utilizamos el método descriptivo- explicativo sobre todo cuando tuvimos recoger y analizar las informaciones. A mismo utilizamos la interpretación y deducción de lo que nos expresaron los expertos y finalmente se utilizó el método comparativo al momento de comparar las situaciones reales con lo que nos exige la teoría científica contenida en nuestro marco teórico. Llego a las siguientes conclusiones Los Magistrados de Familia de Huánuco realizan una inadecuada aplicación de las normas del Código de los Niños y Adolescentes, referidos a los menores de catorce años de edad. Debe analizarse en forma concreta y detallada los delitos cometidos y la crisis familiar. Al aplicarse las medidas socioeducativas se debe fortalecer el respeto de los niños y adolescentes para promover su integración y en las Doctrinas como el Derecho Civil y la Constitución Política del Perú, no debe vulnerarse los derechos fundamentales del niño o adolescente sino debe garantizarse el derecho a la vida, la integridad física y la libertad personal, debiendo ser tratados por la humanidad y con el debido respeto que merece su dignidad y siempre aplicando el Interés Superior del Niño.

Sobre el desempeño que tiene el Magistrado de Familia; al interponer las Medidas Socioeducativas o de Protección, no debe ser deficientes para prevenir las conductas delictivas provocados por los menores de catorce años de edad. Sino es

importante que intervenga el Ministerio Público a fin de realizar las investigaciones, otorgándose los medios probatorios para sustentar los argumentos de los delitos cometidos. Los Jueces de Familia deben conocer las reglas establecidas del Código vigente para fortalecer el respeto de los niños y adolescentes vinculándolos con los Derechos Humanos, el Código de los Niños y Adolescentes y las Leyes vigentes a fin de poder contrastar la teoría con la práctica. Pero es importante que a los menores infractores se le brinde un Apoyo Psicosocial o psicológico fuerte, a fin de recibir una Terapia para ser mejorados en la sociedad y no privándolos en forma ilegal o arbitraria sino debe ser tratado con el debido respeto ya que en la Doctrina de la Protección Integral lo considera como un sujeto de derecho. En relación a los lineamientos establecidos por el Estado no debe ser inadecuados, sino debe haber una coordinación previa con la Gerencia de los Centros Juveniles y el Poder Judicial a fin de que los menores de catorce años de edad se sometan a las actividades pedagógicas por parte del Equipo Multidisciplinario a fin de garantizar la formación del niño y adolescente mediante la formación física y psicológica, se deben fomentar los valores más adecuadas y lo que le conviene. Pero es importante que los Magistrados de Familia, resuelvan los conflictos jurídicos mientras que los Gobiernos Locales y demás Instituciones deben velar por la protección del menor a fin de que tenga un buen comportamiento dentro de su entorno familiar y otorgándoles las medidas socioeducativas, según el Artículo 217° del CNA mediante la amonestación, la libertad asistida y la prestación de servicios a la comunidad.

2.1.1.1 *El concepto de imputabilidad en el proceso histórico.*

2.1.1.1.1 *La imputabilidad como atribución de culpabilidad*

La regla para estructurar la historia del Derecho Penal, en el campo de la imputabilidad, está dada por la importancia que, en cada etapa, se ha venido dando al castigo y a la víctima. Porque siendo la culpabilidad la justificación de la sanción, para llegar a la sanción se tiene que partir de la imputabilidad de la persona sin la cual no se puede atribuir culpabilidad o responsabilidad penal, para imponer la sanción que por principio de legalidad corresponda a determinados comportamientos sociales.

Las sanciones de las épocas primitivas tienen un carácter marcadamente expiatorio y religioso, por tanto, la atribución de culpabilidad o responsabilidad penal no siempre ha tenido el carácter individual y ni siquiera exclusivamente humano.

Se puede decir que la historia de la imputabilidad en el desarrollo de los sustentos del derecho penal no es otra que la del devenir, con avances y retrocesos, en la administración por parte del Estado que hoy proporciona el sustento del ius puniendi del Estado.

Al estado le corresponde asumir su posición de garante y otorgar tutela no solo para el imputable sino también para la víctima.

2.1.1.2 *Antiguas formas del sistema penal:*

Von Hentig Hans (1967) afirma sobre la venganza “El deber de la venganza nace con cualquier ofensa contra la vida o la integridad corporal. Con la venganza compensa el clan o el grupo familiar una pérdida de fuerzas, se contraponen colectividades, que sufren y actúan como individuos. Los grupos son hechos responsables y aceptan sin reparo la responsabilidad” . (p. 132).

En aquellos delitos en los que existe una exacta distribución compensatoria, como en el robo, la venganza aparece como una indemnización forzada. La venganza de sangre surge como un reclamo del alma de la víctima del homicidio, y conserva un sentido de necesidad mágica (honor). Como se advierte, la venganza

era una sanción desproporcional a la magnitud del daño ocasionado, evidentemente ligada a una condición de identificación material del victimario como de la víctima de la lesión, que para nada implicaba una racionalidad ni razonabilidad juzgadora de un tercero.

En edición de Joaquín Sanmartín (1999) se señala mediante reseña acerca del Sistema Talional “El Código de Hammurabi, creado en el año 1728 a. C. es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documentos creados en la antigua Mesopotamia. En breves términos, se basa en la aplicación de la ley del Tali3n. El c3digo de leyes unifica los diferentes c3digos existentes en las ciudades del imperio babil3nico en aquella 3poca. A menudo se le se3ala como el primer ejemplo del concepto jur3dico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Las leyes, escritas en piedra, eran inmutables. Este concepto pervive en la mayor3a de los sistemas jur3dicos modernos. (...) Comienza con la part3cula si (o proposici3n condicional), describe la conducta delictiva y luego indica el castigo correspondiente. Una de sus leyes establece la Ley del Tali3n (‘ojo por ojo, diente por diente’). Redactado en primera persona, relata como los dioses eligen a Hammurabi para que ilumine al pa3s para asegurar el bienestar de la gente. Proclama a Marduk como dios supremo, alejando al pante3n sumerio.”

Como se muestra la intimidaci3n y el temor son los m3todos de disuasi3n para eliminar el delito y conservar la convivencia social.

Hay un indudable aumento del rigor con respecto a la ley de la cultura sumeria. El individuo y la vida humana carecen de valor frente a la necesidad de orden del Estado. Incluye la pena de muerte y describe las penas corporales y mutilaciones.

Incluye la esclavitud por deudas, en lugar de la servidumbre del derecho sumerio. Protege la propiedad privada. El clero carece de propiedades.

Aplica la Ley del Tali3n, de origen amorreo y tra3da por los Babilonios que ten3an el mismo origen, pero mitiga la venganza ya que es s3lo el Estado quien

aplica el castigo al culpable (y no el particular damnificado, por mano propia) y no se incluye a todo el clan.

Este código estableció un Proceso para su ejecución. Cada litigante se defendía a sí mismo. No se conocía la profesión de abogado: En la primera instancia había acusación y defensa, pruebas, testimonios y sentencia dictada por el tribunal civil. Había una segunda instancia: Apelación ante un Tribunal Superior de los "Jueces del Rey", o sea jueces civiles. La última instancia era el propio Rey.

Además, se expresan otros sistemas como:

Sistema compensacional: Esta consistió, como parte del *ius puniendi*, en compensar las ofensas delictivas mediante un sistema de multas y expropiaciones en las sociedades que llegaron a tener moneda de cambio y control sobre la riqueza. No era sin embargo una directa transacción entre la víctima y el victimario, sino que era un procedimiento público en el que una parte de la punición estaba destinada a reafirmar y consolidar la protección del poder político. Este tipo de sistema introdujo la idea de gravar el servicio que el Estado, a través de su poder político, prestaba como agente administrador de la solución de conflictos.

Las ordalías: que se expresan en la en la edad media, en occidente, se llamaban ordalías a aquellas comprobaciones que, especialmente, se hacían a los imputados de algún hecho delictivo para probar su culpabilidad. En el camino de la sociedad hacia la justicia la ordalía representa el balbuceo jurídico de hombres que se esfuerzan por regular sus conflictos mediante otro camino que no sea el recurso de la fuerza bruta, y en la historia del derecho es un importante paso hacia adelante.

Hasta entonces lo que imperaba era la ley del más fuerte, y si bien con la ordalía la prueba de la fuerza continúa, se coloca bajo el signo de potencias superiores a los hombres. Varios eran los sistemas que se usaban en las ordalías. Tal como señala Carlos Fisa (1997) "Por las particularidades de los casos que dan una idea sobre la mentalidad represiva de la época. (...). En 1215, en Estrasburgo, numerosas personas sospechosas de herejía fueron condenadas a ser quemadas después de una ordalía con hierro candente de la que habían resultado culpables. Mientras iban siendo conducidas al lugar del suplicio, en compañía de un sacerdote

que les exhortaba a convertirse, la mano de un condenado curó de improviso, y como los restos de la quemadura hubiesen desaparecido completamente en el momento en que el cortejo llegaba al lugar del suplicio, el hombre curado fue liberado inmediatamente porque, sin ninguna duda posible, Dios había hablado en su favor. / En algunos sitios se hacía pasar al acusado caminando con los pies descalzos sobre rejas de arado generalmente en número impar. Fue el suplicio impuesto a la madre del rey de Inglaterra Eduardo el Confesor, que superó la prueba. / La ordalía por el agua era muy practicada en Europa para absolver o condenar a los acusados. El procedimiento era muy simple: bastaba con atar al imputado de modo que no pudiese mover ni brazos ni piernas y después se le echaba al agua de un río, un estanque o el mar. Se consideraba que si flotaba era culpable, y si, por el contrario, se hundía, era inocente, porque se pensaba que el agua siempre estaba dispuesta a acoger en su seno a un inocente mientras rechazaba al culpable. Claro que existía el peligro de que el inocente se ahogase, pero esto no preocupaba a los jueces. (...). Esta prueba se usó mucho en Europa con las personas acusadas de brujería. (Págs. 34 a 56)".

En Occidente se preferían las pruebas a base del combate y del duelo, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho. La ley germánica precisaba que esta forma de combate era consentida si la disputa se refería a campos, viñas o dinero, estaba prohibido insultarse y era necesario nombrar dos personas encargadas de decidir la causa con un duelo.

La ordalía fue practicada como una apelación a la divina providencia para que ésta pesase sobre los combates o las pruebas en general. Durante la segunda mitad del siglo XII el Papa Alejandro III prohibió los juicios del agua hirviendo, del hierro candente e incluso los "duelos de Dios", y el cuarto concilio luterano, bajo el pontificado de Inocencio III, prohibió toda forma de ordalía a excepción de los combates: Pero, no obstante, estas prohibiciones, la ordalía continuó practicándose durante la Edad Media, por lo que doce años después, durante un concilio en Tréveris, tuvo que renovarse la prohibición. También en "Usos y costumbres en la Historia"; Op. Cit, remarca "Los defensores de la ordalía basaban su actividad en

ciertos versículos del Antiguo Testamento, en los que algunos sospechosos de culpabilidad eran sometidos a una prueba consistente en beber una pócima preparada por los sacerdotes y de cuyo resultado se dictaminaba si el acusado era culpable o no. (Pág. 76)”

La ordalía, lejos de ser un juicio de reproche, y demostrar la culpabilidad, lo que hacía era justificar el ánimo de venganza del agraviado, en tanto que la misma era concebida como una suerte de prueba, a la que había que someterse para poder demostrarle a los demás que Dios no lo había encontrado culpable. Ibib. “Cuando en un juicio no había pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad o inocencia del acusado, se recurría al juramento ante el dios ID, o dios río, para llegar a la condena o a la absolución del acusado. A través de la figura jurídica de la ordalía, el acusado jura, ante el dios ID, que dice la verdad. Existía gran temor por el perjurio, ya que podía provocar un castigo divino. El Dingir ID es, en definitiva, quien decidirá sobre la culpabilidad o inocencia. El ritual, de carácter litúrgico, consistía en el juramento, ante el dios, del acusado/a quien era arrojado al río, según algunos textos atado. Si sobrevivía era declarado inocente. Esta figura jurídica ya existió en Sumer, pero se aplicó para casos de brujería, adulterio y, tardíamente por del delito de conspiración contra el Estado. pág. 54”

2.1.1.3. *Modernas formas del derecho penal.*

Césare Bonesana (Beccaria) en su libro “De los delitos y las penas”, el mismo que considero sería la consumación del pensamiento del Iluminismo en el campo penal (1764), no pretende hacer ciencia del derecho penal, sino simplemente marcar los lineamientos de la política criminal de un Estado progresista y garantista. Beccaria sienta las bases que servirán posteriormente para construir una ciencia penal guiada por la idea de establecer un sistema de garantías al sujeto, y que al mismo tiempo dé el marco legítimante a la intervención represiva del Estado, es decir que éste en el uso de su poder político contemple un trato humanista por tanto respetuoso de los derechos individuales- contra el supuesto infractor.

Beccaria pone las bases para el establecimiento del Derecho Penal en un Estado de Derecho. Beccaria es el menos penalista (en lo que a técnica jurídica o a elaboración de sistema se refiere) del momento fundacional del derecho penal liberal, quizá por esta razón el más crítico -póstumamente hablando- del cientificismo anético de los dogmáticos adoctrinados que no reconocen lo ventajoso de un sistema penal garantista y eficiente, no solo en términos sociales y humanistas, sino también en términos económicos y políticos.

Beccaria no ofrecía a los jueces ningún sistema jurídico penal, sino que criticaba, desde una perspectiva iluminista, el sistema penal de su tiempo. Si este pensamiento se hubiese limitado a la crítica solamente, no se hubiese modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del Derecho Penal.

La generación que siguió a Beccaria fue la que integró en el discurso jurídico penal la técnica de los prácticos con las ideas del racionalismo liberal. Para ello tuvieron que apelar al derecho natural contractualista porque carecían de constituciones o normas de jerarquía superior a la ley penal ordinaria en las que basar, sobre criterios liberales, su construcción técnica.

Sobre todo, Beccaria es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley, a través de planteamientos deontológico estructurales, en función de ir tras la dignidad del hombre como prioridad para mantener las relaciones de convivencia en equidad.

Junto a Beccaria debemos hacer mención a Montesquieu, Marat y Voltaire. Beccaria parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época (el Contrato Social, de Rousseau) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades. Las concepciones liberales del iluminismo condujeron a la limitación del derecho individual de vindicación, cediendo el monopolio de la acción al Estado.

La crítica contenida en la obra de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal liberal, resumido en términos de humanización general de los criterios para la imputación y aplicación de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la Ley, Principio de Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc. Podemos decir que su obra ha corroborado por escrito las exigencias jurídico-penales de su tiempo, lo que explica el éxito de su libro y su rápida trascendencia legislativa, porque en muy poco tiempo sus propuestas se formalizaron en la legislación de la época

2.1.1.4. *La escuela clásica: (la escuela liberal).*

El positivismo impone arbitrariamente a todos los heterogéneos pensadores que los antecedieron el nombre de Escuela Clásica. Sólo de esa circunstancia epistemológica surge este rótulo. Esta aclaración pretende establecer que no propiamente los que conforman ésta son todos partidarios de una misma estructura, lo que sí es cierto es que todos parten con un referente común (Beccaria y el iluminismo del renacimiento).

La lista de expositores de esta supuesta “escuela” se abre con Francesco Carmignani, su libro “Elementos de Derecho Criminal” propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, a causa de la anarquía legislativa de la península itálica. Entre pensadores como Pagano y Feuerbach, Carmignani es el más afortunado de los primeros que trazaron un sistema científico del derecho penal en lengua no germana. El derecho penal liberal requiere un marco jurídico liberal, o sea, una constitución; ante la ausencia, primitivismo o rudimentariedad de

este instrumento, la intencionalidad política liberal de Carmignani en la construcción del sistema lo llevaba a procurarlos en la razón y a pretender deducirlos de ella.

Siguiendo el sistema de Carmignani, pero superándolo ampliamente, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como “el Maestro de Pisa”, en su “Programma del Corso di Diritto Criminale” (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza los niveles más altos de depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal, y deja "una de las obras más difíciles de superar que puedan leer los penalistas, en el decir de Jiménez de Asúa". Con el derecho penal liberal construido por unos hombres que lo creen definitivo nace la convicción, técnicamente hablando, del desbrozamiento del delito y por ende del estudio de la culpabilidad, así como de su atribución por medio de la imputabilidad como mecanismo para determinar las razones, condiciones y consecuencias de la sanción. Conviene recordar que Carrara les confía a sus discípulos la construcción del derecho penal adjetivo, es decir el derecho formal y rituario o ritual, dado que consideró su tratamiento material en Derecho Penal asentado para siempre.

Después de estos años de consolidación del pensamiento penal liberal vienen los años del decaimiento, o si se quiere de su negación para garantizar la dignidad humana como prioridad de una sociedad en sus relaciones de convivencia.

Se creía que la libertad estaba asegurada para siempre, pero siempre hay que estar velando las armas, como Don Quijote, presto a defender el ideal libertario, o por lo menos manteniendo el rigor de investigación, dado que es éste el único medio capaz de proveer de instrumentos para la defensa de las posiciones políticas en el momento en que la tiranía pretende recuperar el poder político del Estado.

Luego se consideró adecuado y necesario contar con un marco normativo de carácter general (Constitución) para ejercer el sostenimiento de la conducta garantista de los jueces, la misma que sería ineficaz y por supuesto ineficiente si es que el poder político del Estado no es limitado con las banderas políticas de la Equidad y la Responsabilidad.

2.1.1.5 *El positivismo jurídico penal.*

En la segunda mitad del XIX ocurrieron dos hechos que motivaron un cambio de orientación en los estudios del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, el nuevo concepto de ciencia y la variación del carácter del Estado. Así, en esta época surgen, en el desarrollo de la ciencia penal, dos caras de una misma moneda; es decir un positivismo progresista y otro dogmatizante y hasta mítico.

- *El nuevo concepto de ciencia.*

Debido al gran desarrollo alcanzado por las ciencias Naturales, estimándose que la definición de ciencia sólo les corresponde a éstas y a las Matemáticas, por estimarse que sólo en ellas concurren los rasgos de exactitud y posibilidad de percepción por los sentidos. Sólo en ellas se puede utilizar el método experimental, el método empírico. Así, arrebatában a la ciencia jurídica el carácter de ciencia, pues le faltaba un objeto estable (las leyes cambian), ausencia de progreso y la consideración de que no contribuían al desarrollo de la humanidad.

- *Variación del modelo de Estado.*

El modelo liberal atravesaba una profunda crisis. La Revolución Industrial, la aparición del proletariado (un elemento más de la lucha política) y las revoluciones de 1848 reclamaban de los poderes públicos la adopción de políticas intervencionistas. Se pedía un modelo de Estado Social e intervencionista. En cuanto al Derecho Penal, el aumento de la criminalidad, las más de las veces ocasionada por razones socioeconómicas, pedía también una política de intervención contra ella.

Debido al nuevo concepto de ciencia y al afán por superar el Estado Liberal no intervencionista, y buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo jurídico.

Entonces, a partir del positivismo, se puede decir, se estima que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma mucho más global, se pide que el Estado intervenga directamente, que no se límite a

aplicar el Derecho Penal cuando sea quebrantado, sino que además actúe sobre el delincuente en algunos casos y que en otros actúe sobre los factores externos que lo llevaron al delito; buscando, en última instancia, la reducción de las tasas de criminalidad, evidentemente que en este afán los niveles de planificación tendieron a un proceso ideologizante, que lejos de resolver el problema de la planificación de una política social general de parte del Estado, apostaron por resolver el problema estructural del sistema vigente en materia de poder político, es decir se abocaron a la construcción teórica y en algunos casos práctica de la transformación del Estado.

Las críticas contra los autores de esta corriente se fundan en que olvidaron las garantías individuales y dejaron de lado todo estudio del delito como ente jurídico; primando la peligrosidad social del delincuente, sin diferenciar entre peligrosidad social y criminal. Y lo más deleznable, de un sector de esta corriente, es la preocupación por crear el mito del delincuente nato.

- *Escuela Positivista criminal italiana:*

Se considera a Césare Lombroso como fundador de esta escuela, dado que fue él quien incluyó dentro de la teoría del delito criterios anatómicos para la caracterización del delincuente. En su obra “l'uomo delinquente” pone en el centro de la escena penal al delincuente como fenómeno patológico, bajo una teoría determinista según la que la predisposición al delito surge de características anatómicas. Sus estudios lo llevan a admitir la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Este descubrimiento identificó, en un extremo del método positivo, al criminal a partir de sus condiciones antropomórficas.

Para Lombroso el que delinque es un ser atávico, un europeo que no ha terminado su desarrollo embrionario, y por ello el resultado era un ser parecido al salvaje colonizado: no tenía moral, se parecía

físicamente al indio o al negro, tenía menor sensibilidad al dolor, y evidentemente era proclive a las aberraciones más extremas.

Con ello se había llegado a una “biologización del delito” y por supuesto a la positivización extrema de la culpabilidad en tanto y en cuanto estos criterios se hicieren materia objetiva y adjetiva del derecho, así la criminología nacía académicamente como un saber ordenado a señalar signos y síntomas de una especie humana inferior. Criminología, claro está, muy diferente al criterio que de ella se tiene a la fecha, puesto que en el decir de la Profesora Sanmarquina Rosa Mávila, la criminología es un instrumento sociológico para determinar la tendencia, incidencia y proliferación de la conducta criminal que el Derecho Penal debe considerar.

Como bien explica Zaffaroni, Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica al concepto de locura esbozado por Lombroso. Ferri rotula como “delincuente nato” al “uomo delinquente” de Lombroso, y ávido de protagonismo también crea esa cosa amorfa e inexistente que llama “escuela clásica”, supuestamente fundada por Beccaria y capitaneada por Carrara, donde agrupa a todos los que lo antecedieron y piensan distinto que él. Evidentemente, este tipo de proliferación literaria en materia penal fue financiado por el sector más reaccionario y conservador de los Estados liberales, así como hoy -esos sectores- también financian literatura capaz de confundir o de pretenderlo bajo el rotulo de “literatura científica”.

El punto central de Ferri es que para su positivismo el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un “mecanismo descompuesto”. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello **la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito**. El delito es un síntoma, pero no el único. Con este razonamiento, corroborado al método lombrosiano, el “estado peligroso sin delito” se

quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual.

Con Rafael Garófalo completamos el trío positivista italiano, y con él queda demarcada la tesis de “guerra al delincuente” y la ciencia penal alcanza su más ínfimo nivel de contenido pensante, con el consiguiente factor obsecuente de los que se prestaron para que este tipo de mitos prosperase en gran parte del mundo occidental. Con él surge la idea de un “delito natural”, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental. Así, en los argumentos de Rafael Garófalo se encuentran prefigurados todos los argumentos que luego esgrimirían los totalitarismos, un derecho penal protector de un modelo de sociedad auto considerado superior. De lo dicho, este trío logró construir un mito en materia penal, el mismo que muy bien fue utilizado para los esquemas de opresión social-antropológica de muchas culturas a esas épocas aún colonizadas; así, el mito en nuestro país subsiste, porque, de alguna manera, no se ha logrado desarraigar (entre otras razones que no son materia de esta tesis), en tanto y en cuanto no creamos ciencia penal nacional capaz de adecuarse a nuestros requerimientos político criminales como Estado en vía de desarrollo.

El otro positivismo (Versiones positivistas con tendencia evidentemente progresista). Puede afirmarse la existencia de otras ramas del positivismo que no cayeron tan bajo en su nivel científico: como el de la escuela alemana (Von Liszt con su positivismo criminológico, y Binding con su positivismo jurídico) y el positivismo correccionalista español en la figura de Dorado Montero.

Franz Von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que él llamó “gesante Strafrechtswissenschaft” (ciencia total del derecho penal), en lo que incluiríamos al derecho penal de fondo, de forma, a la criminología, a la criminalística, política criminal y sus derivados. Von Liszt aporta una sistemática moderna al derecho penal, hasta antes de él no se tuvo una correspondencia con lo que hoy se plantea en un tratado o manual de derecho penal. Es, desde el punto de vista científico, uno de los primeros, sino el primero, en alcanzar y proponer una racionalidad moderna y progresista para el sistema penal, es decir, sienta las bases técnico-jurídicas de un Sistema de Derecho Penal garantista.

Para Von Liszt el derecho penal es “la carta magna del delincuente”. Es decir, no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.

En su célebre Programa de Marburgo (1882) habla de que “el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”, es decir, que la dogmática penal es la que debe acotar el poder punitivo, ponerle límite al pensamiento policial que encarnaba la política criminal.

Von Liszt adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena indeterminada, esto último, en función de lo que llama la inocuización de los delincuentes incorregibles. En todo caso, ya admite la doble vía penal: penas, y medidas de seguridad.

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal, sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

El exclusivo objeto de análisis del jurista, en la concepción de Binding, es el Derecho Positivo. Se excluye toda valoración meta jurídica.

Cualquier problema que no quede dentro del Derecho Positivo no tiene importancia para el penalista. En definitiva, su labor se centra en el estudio de las normas penales como objeto y esencia fundamental del delito. El carácter estrictamente liberal de sus construcciones se ve sobre todo en su Teoría de la Pena. Con Binding se consuma la configuración de la Escuela Clásica de Derecho Penal, si bien ya se le nota una actitud típicamente positivista. Clásico también porque pone mucho interés en plasmar con toda precisión las garantías del ciudadano frente al Estado. Defiende, por ejemplo, el retribucionismo como límite a los excesos del Estado, al igual que lo plantearon Kant y Hegel. Sin embargo, como buen positivista, se diferencia de la Escuela Clásica al aislar un sector de la realidad, el jurídico, estudiándolo al margen de otros aspectos de la misma realidad (sociológico, criminológico, económico, etc.).

Dorado Montero fue el primero en afirmar que todos los delitos son creaciones políticas y el Estado es quien las determina a través de las leyes penales. Por esta y otras tantas razones considero que el Estado - configurado desde la óptica liberal- no hace más que obtener, merced a la expropiación, la libertad de sus miembros en aras de sostener su poder político.

El Positivismo entra en crisis desde finales del XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales. Entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

2.1.1.6. **Kantismo.**

Las escuelas penalistas, que derivan del pensamiento de Kant, siguen el postulado idealista de la uniformidad de la conciencia humana a partir de los principios **a priori**; es decir, la convicción de que, objetivamente considerado, “sólo puede haber una razón humana”, y que “sólo es posible un verdadero sistema de la misma según principios”, así mismo que “la libertad debe ser supuesta como propiedad de todos los seres racionales”, lo cual “no basta con mostrarla desde ciertas supuestas experiencias de la naturaleza humana (esto, por lo demás es imposible y sólo puede mostrarse a priori), sino que debe demostrársela como perteneciente a la actividad de los seres racionales y dotados de una voluntad”.

Con tales premisas, la imputabilidad como atribución de la culpabilidad coincide con las razones únicas y absolutas del Estado, y no es posible distinguir la no exigibilidad de la conducta reclamada al sujeto infractor.

Por esta razón a las corrientes Kantianas y Neokantianas se les caracteriza como “Teorías Retributivas Absolutas”.

El problema de la proporcionalidad de la pena no viene de su relación histórica y concreta con la sociedad, sino de una jerarquización metafísica que procede de la naturaleza de la ofensa con criterio de equivalencia; haciendo una analogía con el *ius talionis*, así nos dice: “sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen en otras consideraciones”.

Conocida es la parábola de la isla:

“Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla) antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de la violación pública de la justicia”.

Para el objeto de nuestro análisis, se ve claramente que la única razón para responsabilizar al infractor son los criterios de necesidad del *ius puniendi*, lo cual además no tienen en cuenta, ni por asomo, los criterios de prevención general ni especial.

2.1.1.7. La vertiente hegeliana.

Otro representante de las teorías retributivas absolutas es G.W.F. Hegel quien, en 1817, en el apartado de su enciclopedia titulada “Filosofía del Espíritu” concibe el delito como voluntad violentamente mala que se opone al Derecho, que es una expresión del ser como idea absoluta.

Así expresa en el § 499 “... Por último, en cuanto la voluntad particular se contrapone al derecho en sí en la negación tanto del derecho mismo cuanto de su reconocimiento y de su apariencia –juicio negativamente infinito (§ 153), en que es negado, tanto el género como la determinación particular, y aquí el reconocimiento aparente-, es voluntad violentamente mala que comete un delito”.

Luego, en 1821, 36 años después de que Kant publicara *Metafísica de las costumbres*, Hegel da una versión más acabada de sus conceptos sobre las razones del castigo, superando el *ius talionis* en lo referente a la venganza que considera una “voluntad particular y subjetiva”, pues él así postula:

“El derecho, en presencia del delito en la forma de la venganza (§ 102), sólo es derecho en sí –no en la forma de lo que es jurídico, es decir, no es justo en su existencia. En lugar de ser vulnerada la parte, es lesionado lo universal, que en el juicio tiene realidad propia y se encarga de la persecución y del castigo del delito, que, en consecuencia, cesa de ser sólo el cambio subjetivo y contingente por medio de una venganza y se transforma en la verdadera conciliación del derecho consigo mismo, en la pena; esto es en la consideración objetiva, como conciliación de la ley que se restablece a sí misma mediante la negación del delito y, por tanto, que realizándose como válida; y, en la consideración subjetiva del delincuente, como conciliación de su ley por él conocida y válida para él, y a su protección

en cuya efectuación en él, encuentra por esa razón, también, la satisfacción de la justicia y sólo el hecho de su yo (des seinigen).

Aquí también es evidente que la justificación del castigo es el *ius puniendi* con una contundencia mayor, por cuanto el infractor es considerado ofendido por su propia acción, que coincide con la ofensa a la idea absoluta (ontológicamente considerada), constituyéndose en una negación de la misma. De este modo, la pena, que es a su vez negación del delito, restablece el orden.

Desde esta perspectiva, la autoconciencia del que infringe la norma penal, que es de por sí negativa, debe ser superada por la autoconciencia universal y objetiva del Estado, materializada en lo que la norma dictamina (consideración objetiva); y, por tanto, toda culpabilidad exige una pena sin limitación alguna, quedando solamente la responsabilización que realiza el Estado, como el único tema a tratar en la persecución y punición del delito.

Actualmente, de manera abierta o encubierta, modernas teorías que derivan de esta matriz ideológica, como el pragmatismo y algunas vertientes funcionalistas, no podrán evitar las consecuencias correspondientes como son el ultranormativismo, la defensa del orden a ultranza sobre el individuo, el *in dubio pro statu*, la sobre estimación de la utilidad de la pena opuesta a toda consideración del hombre concreto de carne y hueso y vulnerable en sociedades desiguales, sometidos a sobre penalización por la sobre criminalización del delito, y en general opuestos a los derechos humanos y a toda consideración de corresponsabilidad de la sociedad y el Estado”.

2.1.1.8. La escuela finalista.

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas. Considero que en ese momento histórico los ensayos constitucionales europeos eran un fracaso rotundo, los tratados internacionales de derechos humanos estaban en ciernes (sólo existía la "declaración" de derechos humanos de 1948, pero una declaración no es un tratado "La Carta de San Francisco"). Hasta antes de la posguerra se decía que toda ley era derecho, y ello llevó a resultados atroces por todos conocidos. Después de la debacle se hacía urgente ponerle límites al legislador, y como el derecho supranacional y supralegal estaba todavía en gestación había que recurrir al derecho natural.

La más modesta de todas las repatentaciones de la doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico reales. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para él el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible; para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad.

Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

Para Hans Welzel, el punto de partida es muy distinto a los anteriores; pone el acento nuevamente en la dignidad de la persona y en la idea de legalidad, pero sin dejar partir de la existencia de un Derecho Natural como algo dado a priori. Los resultados de las Ciencias Culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento científico.

Sigue distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y del Derecho como los neokantistas. Las primeras buscan el conocimiento de la realidad casual y las del Derecho estudian la realidad de las acciones humanas en su finalidad.

Así floreció el finalismo welzeliano como respuesta al neokantismo. Su originalidad no fue de cambiar de lugar el dolo (eso ya lo habían hecho Von Weber y Graf Zu Dohna) sino darle forma a su teoría dentro del marco histórico que le tocó vivir. Teoría de las estructuras lógico objetivas o lógico reales de Welzel.

El objeto desvalorado no es creado por la desvaloración, sino que es anterior a ella o bien existe con independencia de la misma; el derecho, cuando desvalora una acción no la crea, pues existe independientemente del disvalor jurídico. La desvaloración debe respetar la estructura del ente que desvalora, puesto que su desconocimiento la hará recaer sobre un objeto distinto o en el vacío. Estructuras lógico objetivas son las que vinculan al legislador con el ser de lo que desvalora. Cuando desconoce una estructura de esta naturaleza la legislación es imperfecta, fragmentaria, pero no por ello inválida, porque la valoración sigue siendo tal, aunque recaiga sobre un objeto diferente. No obstante, habría un límite en que ese desconocimiento invalidaría directamente la norma: cuando lo que desconoce es la estructura del ser humano como persona.

2.1.2. Antecedentes Nacionales

2.1.2.1. Ley 30076

LEY N° 30076
LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CÓDIGO PROCESAL PENAL, CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y CREA REGISTROS Y PROTOCOLOS CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA. El artículo 1 de la presente Ley tiene por objeto modificar los artículos 22, 36, 38, 45, 46, 46-B, 46-C, 57, 58, 62, 64, 69, 70, 102, 170, 173, 186, 189, 194, 195, 200, 202, 204, 205, 279, 279-C, 317-A y 440 del Código Penal.

El artículo 2 incorpora algunos artículos al Código Penal. Los artículos 45-A: Individualización de la pena, 196-A: Estafa agravada, 207-D: Tráfico ilegal de datos y 315-A: Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública.

El artículo 3 ha modificado los artículos IV del Título Preliminar, 2, 32, 65, 67, 84, 85, 160, 161, 170, 268, 269, 274, 286, 287, 311, 332, 334, 386, 471 y 523 del Código Procesal Penal del 2004 o Nuevo Código Procesal Penal.

El artículo 4 incorporó al Código Procesal Penal del 2004 o Nuevo Código Procesal Penal, el artículo 119-A: Audiencia (donde sólo excepcionalmente se solicitará la intervención del imputado en el Juicio por medio del método video conferencia, dado que su presencia es obligatoria).

El artículo 5 de la presente Ley modificó los artículos 46, 47, 48, 50, 53 y 55 del Código de Ejecución Penal; y el artículo 6 estableció incorporar los artículos 47-A, 50-A y 55-A al mismo cuerpo de Leyes. Ambos dispositivos legales tienen como finalidad adecuar y restringir los beneficios penitenciarios a los condenados por ciertos delitos, asimismo el reo podrá acumular la redención de la pena por estudio o trabajo efectivo por el cumplimiento de la condena (Art. 47-A).

Por último, el artículo 7 ha modificado también el artículo 239 del Código de los Niños y Adolescentes. Donde se omite la redacción del último párrafo del tipo legal anterior, en el extremo que la medida terminaba compulsivamente a los veintiún años de edad del infractor.

2.1.2.2. Decreto Legislativo 1204/2015

Decreto Legislativo que modifica el Código Penal – D. Leg. N° 1204 (23.09.15)
Mediante el Decreto Legislativo N° 1204 se modificó el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Penal, para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución.

Código de los Niños y Adolescentes

Modificación: Capítulo VII – Sanciones a adolescentes infractores de la Ley penal y los artículos 209 y 222

Incorporación: Capítulo VII- A- Ejecución de las sanciones

Código Penal: Modificación

“Artículo 148 -A.- Participación en pandillaje pernicioso

El que participa en pandillas perniciosas, instiga o induce a menores de edad a participar en ellas, para atentar contra la vida, integridad física, el patrimonio o la libertad sexual de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que alteren el orden público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. La pena será no menor de veinte años cuando el agente:

1. Actúa como cabecilla, líder, dirigente o jefe.
2. Es docente en un centro de educación privado o público.
3. Es funcionario o servidor público.
4. Instigue, induzca o utilice a menores de edad a actuar bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas.
5. Utilice armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes o los suministre a los menores.”

[Decreto-Legislativo-N°-1204](#)

2.1.2.3. *Proyecto de Ley de Martín Belaunde*

Perú21

ACTUALIDAD OPINIÓN POLÍTICA ECONOMÍA MUNDO TECNOLOGÍA CULTURA V

Portada > Actualidad > Ya no serían internados en centro de rehabilitación

Congreso plantea que se aplique la pena de cárcel para menores de edad

Viernes 19 de septiembre del 2014 | 10:08

Iniciativa busca reducir a 16 años la edad de responsabilidad penal para delitos como asesinatos, secuestros, secuestros, violaciones, entre otros.



Martín Belaunde Moreyra: "No descansaré hasta que se apruebe el proyecto de ley"

La iniciativa del congresista de Solidaridad Nacional busca reducir la responsabilidad penal a 16 años en delitos de violencia muy graves.

Me gusta 107 Compartir Twittear G+ 4 Enviar a un amigo



El parlamentario de Solidaridad Nacional señala que no descansará hasta que se apruebe su

Cuponidad.pe
DESCUENTOS IRREPETIBLES
ENTRETENIMIENTO, VIAJES, BELLEZA
HASTA 90% OFF
CyberDays

BCP
ARTURITO



CRONOLOGÍA

MÁS LEIDAS

PORTADA

ACTUALIDAD

PERÚ

INTERNACIONALES

DEPORTES

PROGRAMAS

#alertaNoticias

ACTUALIDAD

Hace 18 horas



Proponen condecorar a Cipriani por su rol en operación Chavín de Huántar



Compartir

Comentar 0



ACTUALIDAD >

24.09.2016

Adolescentes que cometan homicidio y extorsión serán privados de su libertad

ACTUALIDAD

Hace 18 horas



Congresistas destacan consenso para aprobación de ley de reconstrucción



INTERNACIONALES

Hace 19 horas



Estados Unidos: juez bloqueó decreto de Trump contra "ciudades santuario"



Adolescentes que cometan homicidio y extorsión serán pr... 13:18

LO ÚLTIMO

PRIMERO 12

ENLACE TELEFÓNICO

JOSÉ LUIS PÉREZ GUADALUPE

MINISTRO DEL INTERIOR

ESTÁS EN > PORTADA > POLÍTICA >

Delincuentes juveniles ahora podrán ir hasta 10 años a la cárcel

Miércoles, 23 de septiembre del 2015

POLÍTICA

12:28

El Gobierno emitió un Decreto Legislativo en el endurece las penas para los delincuentes menores de edad. Las penas se agravan si pertenecen a **bandas organizadas**.



GESTIÓN TV

ÚLTIMA HORA
VER TODAS

13:01 | LATAM Airlines
Perú iniciará vuelos Lima
- Jauja en julio

13:07 | De Freeport a BHP
alertan sobre problemas
de suministro de cobre

13:10 | TLC Perú-China:
Exportaciones peruanas
no tradicionales solo
crecieron 1.9% en siete
años

13:17 | 'Cruz Verde'
brinda atención médica
durante protestas de
Venezuela

13:23 | Thorne: Cuatro de
cada diez mayores de 65
años no recibe una
pensión



Compartir 1 Share 1 Twitter

INTERNACIONALES

Hace 13 horas



Estados Unidos: juez bloqueó decreto de Trump contra "ciudades santuario"



Compartir

Comentar 0



ACTUALIDAD >

23.10.2015

Iniciativa pretende que la edad de responsabilidad penal sea desde los 16 años

ACTUALIDAD

Hace 26 horas



Aguinaga sostuvo que Alberto Fujimori no desea un arresto domiciliario



ACTUALIDAD

Hace 26 horas



Roberto Vieira defendió su proyecto y dijo que "no es un indulto"



Actualmente si un menor de edad comete un delito grave es juzgado bajo un régimen especial. Foto: radionacional

Actualmente los delitos cometidos por adolescentes son considerados como 'infracciones' en algunos casos.

2.2. Bases teóricas de las variables

2.2.1 Análisis del desarrollo jurídico de la imputabilidad

Luego de haber desarrollado un enfoque histórico acerca de las concepciones de la imputabilidad como atribución de culpabilidad nos toca incidir en el enfoque jurídico sobre la misma dentro del desarrollo de la teoría del delito.

La teoría de la imputabilidad como medio de atribución de culpabilidad encuentra sus raíces en el desarrollo del Derecho Penal Italiano de fines de la Edad Media y gracias al aporte de la jurisprudencia común que se construyó sobre aquella en los siglos XVI y XVII. El Derecho Natural, a través de Samuel Pufendorf (1634 – 1694), influyó mucho en su posterior desarrollo. De acuerdo con Jeschek, fue él quien “(...) creó el primer enfoque susceptible de ser desarrollado por medio del concepto de imputación (*imputatio*). Capacidad de imputación significa que una acción libre pertenece a su autor (“*ad ipsum proprie pertinens*”) y, por este motivo, es considerada como base (“*causa moralis*”) de su responsabilidad. pág. 450”

Siguiendo a Jeschek, Hans-Heinrich y Thomas Weigend “(...) Cien años más tarde, la acción ‘llevada a cabo con libertad’ es también para Kleinschrod la ‘base de toda imputación’. Con los hegelianos, quienes consideraban al delito como una desviación de la voluntad común personificada en la Ley que ha sido libremente elegida por la voluntad del individuo, el conjunto del sistema penal descansó sobre la imputación subjetiva. Fue Binding quien introdujo a esta última en la Dogmática actual como presupuesto a la teoría vinculada al libre albedrío. (...) pág. 450”

A medida que se fue desarrollando el pensamiento jurídico sobre esta teoría, durante la segunda mitad del siglo XIX, se venía abajo la teoría del libre albedrío y se iba haciendo insostenible la concepción del Derecho Natural. Ante dicha decadencia surge la teoría psicológica de la culpabilidad.

2.2.2. Teoría Psicológica

Según Berdugo: “A finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX predominaba una concepción de la culpabilidad que seguía fielmente los designios del causalismo naturalista, entendiendo que su atribución a un sujeto requería la

comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir una relación de causa a efecto que permitiera hacerle penalmente responsable del mismo. Se trataba así de trasladar el esquema explicativo de la teoría de la equivalencia de condiciones al ámbito de la culpabilidad. pág. 242”

Von Liszt (1851 – 1919) afirma que la “culpabilidad es aquella *relación subjetiva entre el autor y el resultado antijurídico* acaecido al que está anudada la responsabilidad jurídica”; entendiéndose a la culpabilidad como el conjunto de relaciones psíquicas del autor con el suceso externo. Aquí se resalta claramente la influencia del positivismo dada la orientación hacia lo fáctico. Como se puede apreciar, esta teoría funda la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo y no se da cabida a algún tipo de valoración o subsunción a norma jurídica alguna.

Surgieron muchas críticas hacia esta teoría. Principalmente, esta teoría no nos decía nada acerca de qué relaciones psíquicas del autor tienen que ser consideradas penalmente relevantes y por qué fundamentan o excluyen la culpabilidad. De esta manera, no podía explicarse cómo era posible que el autor que actúa dolosamente o de manera imprudente, debiera ser considerado no culpable ya sea por ser un enfermo mental, por actuar en estado de necesidad exculpante o emoción violenta excusable. Tampoco podía fundamentarse el contenido de la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, precisamente por faltar en ella una relación psíquica con el resultado; únicamente se tenía cabida para el dolo. Además, esta culpabilidad no era graduable para efectos de determinar la pena más adecuada al delincuente.

Ante la insuficiencia de esta teoría surge la teoría normativa de la culpabilidad.

2.2.3. Teoría normativa

Esta teoría considera que la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche. Aquí se analiza la relación entre el autor y el hecho, el sujeto activo debe saber que está actuando contra una norma prohibitiva o de mandato.

Es mediante una decisión valorativa y no por medio de criterios psicológicos, la forma en la que el legislador establece cuáles son los factores que pertenecen a la culpabilidad y cómo tienen que enjuiciarse la ausencia de determinados requisitos de la misma.

De acuerdo con Peña Cabrera 1999 “Es precisamente en 1907 que Frank, postula la culpabilidad como “reprochabilidad” (...) ensambla un concepto complejo de culpabilidad en el que “el estado normal de las circunstancias en las cuáles actúa el autor. Pág. 439” es un elemento de la culpabilidad y que además tienen cabida otros, como la imputabilidad, el dolo o la culpa, la motivación normal, las causas de exclusión de la culpabilidad y la normalidad de las circunstancias concomitantes. Para Frank, la culpabilidad es un juicio de valor apoyado en el mandato de la norma sobre una situación psíquica.”.

La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por: a) Imputabilidad y b) Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freudenthal: c) No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó. Los exponentes de esta visión fueron Goldschmit, Freudenthal, Mezger, y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

Goldschmidt distingue entre norma jurídica (objetivo) y norma de deber (subjetivo). La primera tiene carácter obligatorio y general, su vulneración dota de contenido al injusto. La segunda expresa una actitud contraria por parte del autor frente al ordenamiento jurídico general y que, según él, constituye la culpabilidad. Para Goldschmidt “la culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprobable (valorativamente objetable) (...) pues ésta consiste en el no dejarse motivar, objetable valorativamente, de la voluntad por la representación del deber.” Aquí podemos observar a la reprochabilidad como criterio para determinar la culpabilidad, en tanto podemos valorar como reprobable una conducta que no se adecua las normas.

Peña Cabrera, ob. Cit. señala que Berthold Freudenthal, plantea la dificultad de la concepción “culpabilidad e inculpabilidad. pág. 253”, e indica que hay que recurrir al principio general de la exigibilidad como criterio limitador o excluyente de culpabilidad. Dicho autor afirma que la culpabilidad es la desaprobación de que el autor se haya comportado así cuando hubiera podido y debido comportarse de manera diferente.

Según Mezger, llevando más adelante el concepto de culpabilidad señala que es un conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan la reprochabilidad personal del injusto.

Peña Cabrera afirmó, que dicha orientación constituye opinión dominante. Aunque, más adelante, reconoce haber superado dicha concepción; afirma, además, que los causalistas conservan fuertes cargas psicologistas, por lo que no pueden ser clasificados como “Mezgerianos”. Estas afirmaciones no toman en cuenta la realidad específica en la cual los jueces de nuestro país, dada la legislación peruana, tienen que volver a tratar el dolo y la culpa al momento de establecer la culpabilidad como presupuesto de la determinación de la pena; puesto que de no hacerlo caerían en un normativismo puro e incluso en sancionar por responsabilidad objetiva.

2.2.4. Teoría puramente normativa del finalismo

Con la introducción de la teoría de la acción finalista el concepto normativo de culpabilidad sufrió una profundización adicional; “sobre la base de la teoría de la culpabilidad de Eric Wolf, fue ya Graf Zu Dohna quien distinguió claramente entre la voluntad de acción como “objeto de valoración”, que fue remitida al tipo subjetivo, y la “valoración del objeto” que consiste en el enjuiciamiento de la motivación del autor. No obstante, fue Welzel quien por primera vez suministra una fundamentación por sí misma concluyente de la concepción normativa de la culpabilidad, pues se valió del dolo como parte integrante de la acción y, con ello, simultáneamente, como componente del tipo de injusto, haciendo así comprensible el resultado que alcanzó Graf Zu Dohna sobre la teoría del injusto.” Es decir, a la luz de la actual Teoría del

delito, ya teníamos al dolo como “objeto de valoración” dentro de la tipicidad y a la reprochabilidad como “valoración” dentro de la culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad queda reducida a la reprochabilidad del acto cometido por el sujeto activo, es decir a un juicio de valoración.

Hans Welzel afirma: "La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancial entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de la culpabilidad al autor por su conducta antijurídica".

Para Jeschek, generando críticas en Roxin y Jakobs -tal como lo sostiene-, el desarrollo de la teoría de la culpabilidad dio un paso más allá de esta etapa y según afirma se ha alcanzado un fundamento sólido. Mientras que en Welzel el objeto de juicio de antijuricidad y el de culpabilidad es el mismo, esto es, la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable, la doctrina reciente ha logrado asegurar al juicio de culpabilidad un objeto de referencia propia, a saber, el hecho en atención a la actitud interna jurídicamente deficiente del autor (actitud jurídica interna digna de reprobación) a partir de la cual se originó la resolución de cometer aquél. La actitud interna no la entiende, dicho jurista, como una disposición permanente del autor sino como “Inclinación Actual” en la formación de la resolución delictiva. Es decir, que la culpabilidad se la entiende como la “reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna desaprobada que activa su comisión”. Naturalmente, lo que se reprocha es siempre el hecho y no sólo la actitud interna, sino caeríamos en la discusión de penalizar meramente actos morales. De esta manera, el reproche tan sólo está justificado en la medida en que la actitud interna del autor se manifiesta en contra del Derecho o, más exactamente,

en contra de la pretensión de respeto u observación del correspondiente bien jurídico al que se dirige. De ahí que la actitud interna, en su relación con la pretensión de validez del bien jurídico protegido, es el motivo por el que, en mayor o menor medida, se le reprocha al autor la comisión del hecho.

2.2.5. Teoría Funcionalista

En los últimos años, los postulados funcionalistas se encuentran en boga. Dentro de ellos Günther Jakobs es quién ha generado mayor polémica en nuestro medio. Hemos ubicado a la teoría funcionalista de Günther Jakobs luego de la teoría finalista por un criterio cronológico, puesto que si revisamos sus postulados principales podemos afirmar que su teoría de la culpabilidad puede clasificarse como una teoría puramente normativa.

De acuerdo con su concepción, en donde se adoptan las soluciones decisivas es en la culpabilidad. Según Jakobs: “El autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. *Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad.* La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho.”

En el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho Penal sólo garantiza una cosa: que se garantice la vigencia de la norma.

Claramente entendemos, que dicha postura se enmarca dentro del *status quo* en el que se desenvuelve y sobre el que construye su teoría. Una revisión científica de esta teoría no puede dejar de lado esta realidad, puesto que sería iluso pensar que sus postulados podrían aplicarse, sin restricciones, en nuestra realidad aun cuando el mismo autor reconoce no conocer la realidad latinoamericana y si su teoría podría aplicarse tal como él lo plantea. Es más, Jakobs sostiene que “Lo que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma

medida en que la existencia del injusto depende de ella. Qué es la culpabilidad en un sentido general cabe, a lo sumo, señalarlo esquemáticamente; las concreciones sólo son posibles con referencia a un sistema social perfilado con cierta exactitud. Pero incluso dentro de un sistema definido, el contenido de la culpabilidad sólo está tan determinado como lo esté el fin de la pena”.

Para finalizar con la postura de Jakobs, veamos a continuación su concepto funcional de la culpabilidad: “El concepto de culpabilidad (...) ha de configurarse *funcionalmente*, es decir, como *concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada*. El fin de la pena es (...) de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).”

2.2.6. Otra Teorías

2.2.6.1 La escuela de Kiel (escuela nazi)

Estuvo sustentada por **SCHAFFSTEIN**. Esta escuela unificaba antijuricidad y culpabilidad, dentro de su concepción nacionalista, ***se consideraba al autor como aquel sujeto que traicionaba los deberes sociales del pueblo***. La gran pregunta era ¿quién determinaba estos deberes sociales?, obviamente, lo hacía el régimen nazi con todo bagaje ultranacionalista y racista.

Hoy se acepta, de manera casi unánime, que la culpabilidad es la reprochabilidad o imputabilidad personal de la acción típica y antijurídica (concepto formal de la culpabilidad). Pero dicho concepto entró en crisis por considerarse ***que la comprobación sobre si un sujeto pudo actuar de otro modo en dicha concreta situación resulta imposible***.

2.2.6.2 Tesis de Gimbernat

Ante la situación expuesta al finalizar el punto anterior, surge la tesis de **Gimbernat** quién renuncia a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Funda la pena en las exigencias de la prevención general y prevención especial. La pena debería

rechazarse en tanto sea inútil e innecesaria. Debemos mencionar que esta teoría no sirve como límite ante el *ius puniendi*.

2.2.7 La Imputabilidad y la Culpabilidad Material.

2.2.7.1. Concepto.

La culpabilidad, como categoría material, es fundamentalmente necesaria; sin ella se disminuiría las posibilidades de limitar el poder punitivo estatal, de ahí que se hable del principio de garantía de la culpabilidad, tal como lo sostiene Hurtado Pozo.

Muñoz Conde nos dice que rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto.

Pero a su vez, Muñoz Conde, halla una solución a este problema sugiriendo la relativización del entendimiento de la libertad que le sirve de base, y dotándolo de un contenido distinto. Advierte también la correlación entre culpabilidad y prevención general (en un sentido negativo) y nos dice que las razones de prevención general pueden exacerbarse y llevar a exigencias punitivas desmesuradas y llama a criticar los desbordamientos preventivos generales, por ello concluye planteando el concepto material de culpabilidad que contiene los siguientes elementos: la imputabilidad o capacidad de imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, la no exigibilidad de un comportamiento distinto; a estos tres elementos los denomina elementos graduales y señala que pueden tener efecto atenuante (excepto en el caso de minoría de edad). Además, concibe causas de exclusión de la culpabilidad.

Podríamos afirmar que Muñoz Conde cuida celosamente lo que ya advierte Winfried Hassemer en su libro "Persona, Mundo y Responsabilidad", donde afirma que con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del cual tendría que distanciarse enérgicamente.

Hassemer indica que el principio de culpabilidad es irrenunciable porque subraya y posibilita la imputación subjetiva; excluye la responsabilidad por el

resultado; diferencia grados de participación interna; y establece la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.

También Bustos Ramírez considera que no es posible sustituir la culpabilidad por los fines que se adjudiquen a la pena, ya que estos no pueden sustituir sus propios presupuestos. Además, nos dice que tanto la prevención general como especial no son más que la expresión opresiva del Estado.

Roxín, sostiene, que: “(...)en la configuración del injusto y de la responsabilidad penal, de igual manera, la necesidad de intervención estatal y la libertad ciudadana deben ser puestos en un balance armonioso, pero que esto tiene que ocurrir de una manera diferenciada que se corresponda con sus diferentes tareas.”; y agrega que desde Kant y Hegel el principio de culpabilidad limitaba el poder punible del Estado, además sostiene que la concepción que él defiende sería una restricción más a la facultad punitiva del Estado, esto es, la prevención general y especial limitaría el *ius puniendi*.

Por último, mencionaremos la doctrina de Mir Puig cuando considera que: “El límite máximo de lo punible en un Derecho Democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales, supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal”

2.2.7.2 Elementos de la culpabilidad material.

2.2.7.2.1. La Imputabilidad.

Es la **capacidad que tiene el autor de un delito para saber y conocer sobre sus actos**; en este sentido la capacidad está ligada a la determinación normativa sobre la edad máxima de imputabilidad, los grados mínimos de discernimiento, y los criterios políticos administrativos de inimputabilidad.

En un sentido más de Derecho Penal, la imputabilidad es la capacidad personal de ser objeto de un reproche, y por tanto de ser declarado culpable. A partir de este criterio jurídico penal, se puede asumir que sólo la ley determina quiénes son los inimputables.

2.2.7.2.2. *El Conocimiento de la Antijuridicidad del hecho.*

Si bien es cierto, la antijuridicidad ha sido demostrada anteriormente al estudio de la culpabilidad lo que se busca aquí es demostrar que el procesado conocía, precisamente, la antijuridicidad del hecho cometido. Para Muñoz Conde: “Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye también un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuando el Bien Jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene su razón el Derecho Penal. De ahí que, en la práctica, el conocimiento de la antijuridicidad no plantea demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado cuando dicho sujeto es imputable”

2.2.7.2.3 *La No Exigibilidad de Otra Conducta.*

“El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en estas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento), sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su actor no es culpable). La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es, sin embargo, privativa de la culpabilidad, sino un principio regular e informador de todo el ordenamiento jurídico. En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de

culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de los fines de la pena, imponerle una sanción penal”.

2.2.7.3. Las circunstancias biopsicosociales del procesado.

Otro elemento a considerar dentro del estudio concreto de la culpabilidad es el referido a estudiar al individuo en sus condiciones de vida, en sus condiciones sociales y en cómo comprende y asimila dichas condiciones. Es necesario advertir en este punto, que la determinación de este perfil debe y ha de validarse en razón de los peritos en la materia; es decir, los indicados para instrumentalizar las circunstancias biopsicosociales del procesado son los peritos del Instituto de Medicina legal del Perú. El juez ha de utilizar esta información como un instrumento fundamental para determinar la culpabilidad del procesado.

2.2.7.4. Principio de Culpabilidad.

Surge como garantía individual, formando parte del conjunto de postulados del Estado de Derecho, actuando como límite de la potestad punitiva, convirtiéndose en elementos necesarios para la atribución de la responsabilidad penal, así como también para la imposición de la pena.

Siendo la *culpabilidad* un presupuesto para determinar la pena, el delincuente es considerado por el Derecho Penal como una persona cuya responsabilidad jurídica está compuesta por la lesividad del acto cometido y por la actitud interna que lo condujo a obrar de tal modo.

2.2.7.5. Culpabilidad como Elemento de la Teoría del Delito

Si bien las distintas Escuelas, difieren en cuanto a algunos elementos componentes del *delito*, todas conciben a la *culpabilidad* como la categoría fundamental del mismo. Significando la actitud anímica del autor al momento de consumir el hecho típico y antijurídico, susceptible de reproche. A partir de esta apreciación se suele decir que la culpabilidad, como categoría jurídica, transita por toda la teoría del delito.

2.2.7.6. Exclusión de la culpabilidad

Existen dos maneras de excluir la culpabilidad, una *amplia* y la otra *restringida*.

Amplia: excluye, tanto a la *culpabilidad*, como a la *peligrosidad* del autor, por lo tanto, éste queda liberado del alcance del Derecho Penal, dejando también sin aplicación las medidas de seguridad.

Restringida: Sólo excluye la *culpabilidad*, dejando subsistente la *peligrosidad* del sujeto, lo cual justifica la imposición de medidas de seguridad, manteniendo vigente la necesidad de reacciones preventivas especiales.

Siendo el *hecho justificado* permitido por el ordenamiento jurídico, tiene carácter de *lícito*. Contrariamente, el *hecho exculpado* es eximido sólo por no ser reprochable, pero no deja de ser *ilícito*, permaneciendo el derecho de la víctima al resarcimiento del daño.

2.2.7.7 Error de Prohibición.

Es necesario que quien actúa, conozca la figura o situación típica, así como también que conozca la antijuridicidad del hecho. Cuando el sujeto no cuenta con esta capacidad de conocimiento y discernimiento, se está en presencia del *error de prohibición*, el cual puede ser *vencible* o *invencible*.

Vencible: Si el error fue vencible no excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena, por ejemplo, si el sujeto por falta de cuidado no ha advertido la antijuridicidad del acto - *imprudencia iuris* - da lugar a una atenuación de la responsabilidad criminal.

Invencible: Si el error es invencible excluye la culpabilidad, el sujeto no comete infracción a la norma penal primaria, ya que no cuenta con capacidad personal de evitar la conducta objetivamente desvalorada, ni tampoco posee la posibilidad de conocer la antijuridicidad, excluyendo de este modo la condición primordial de la culpabilidad, llamada también *atribuibilidad individual*; concretándose así la impunidad del sujeto.

2.2.7.7.1. Teorías sobre el error de prohibición

Teoría del Dolo: Responde a la sistemática causalista, concibiéndolo en la culpabilidad como "dolos malus". Unifica el conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad, atribuyendo una misma solución al tratarse de un *error de tipo* o de un *error de prohibición*. En lo que sí se plantea diferencia es entre el *error vencible* y el *error invencible*, a pesar de que en ambos casos se excluya el dolo. No obstante, en el *error invencible*, se excluye absolutamente la responsabilidad criminal, tanto por el dolo como por la imprudencia; contrariamente, en el *error vencible*, se excluye el dolo, pero no la responsabilidad criminal en su totalidad ya que existe delito fundado en la imprudencia.

Teoría de la culpabilidad: Realiza una diferenciación entre el *dolo* y el *conocimiento de la antijuricidad*, basando esta distinción en el error de tipo (dolo) y el error de prohibición. El error de prohibición sólo podrá eximir la responsabilidad penal si se trata de un error invencible, o en caso de error vencible, el delito doloso atenuado, pero nunca podrá eximir la responsabilidad penal en un delito imprudente.

Teoría estricta de la Culpabilidad: (Finalismo) "Brinda el mismo tratamiento al error sobre la existencia, sobre los límites y sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación" (Lascano).

En un error de prohibición invencible, no hay culpabilidad, en un error vencible, existe delito doloso atenuado.

Teoría restringida de la culpabilidad: otorga a las dos posibilidades de error de prohibición indirecto, distintos tratamientos y soluciones; en cuanto al *error sobre la existencia y sobre los límites de una causa de justificación* los considera como un error de prohibición, y al *error sobre presupuestos fácticos de causas de justificación*, lo considera como un error de tipo, que afecta al tipo injusto, pero no a la culpabilidad. Con esto se relaciona la "Teoría de los elementos negativos del tipo", la cual considera a los

presupuestos fácticos de una causa de justificación como un elemento de tipo injusto.

Como se puede apreciar, la tarea es inmensa, pero no imposible. Considero que entendiendo como está nuestra legislación penal y sus fundamentos podremos evaluar críticamente y diagnosticar la actual situación para plantear soluciones.

Expuestas, en síntesis, las corrientes que históricamente ha concebido la imputabilidad, su relación con la prevención general y como experimenta una evolución en su significado, corresponderá valorar la importancia que adquieren las razones preventivo especiales en la fundamentación y medición de la pena, su significación con relación a la prevención general y especialmente en la labor judicial de la individualización de la magnitud penal.

Además de lo establecido teóricamente debemos recurrir a otras áreas del derecho y de las ciencias para determinar porque corresponde a nuestro entender reducir el límite de edad de la imputabilidad. Que desarrollaremos oportunamente.

El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

Artículo Único. - Aprobación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Apruébese el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes como norma integral, sistemática, autónoma y especializada en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, que como anexo forma parte integrante del presente Decreto Legislativo.

Que, la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, regula en sus capítulos III, IV, V, VI y VII del Título II del Libro IV, lo concerniente al Adolescente Infractor de la Ley Penal, siendo dicha norma modificada mediante Decreto Legislativo N° 1204, Decreto Legislativo que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución, en el cual, entre otras regulaciones, se establecen modificaciones a las medidas socioeducativas y a su ejecución, ampliando el plazo de duración de la sanción de internación;

Que, el Comité de los Derechos del Niño, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú, del 02 de marzo de 2016, recomendó la derogación del Decreto Legislativo N° 1204 y asegurarse de que la legislación peruana esté plenamente en consonancia con los principios y disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño;

Que, resulta necesario modificar la norma vigente sobre tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal, a fin de superar las deficiencias advertidas por el Comité de los Derechos del Niño, así como dotar de eficacia y mayores garantías al proceso para los adolescentes en conflicto con la ley penal;

De conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

2.3 Definiciones de términos básicos.

2.3.1. Delitos graves: Son los que se castigan con pena privativa de libertad mayor a 5 años de cárcel.

2.3.2. Dolo: Es el conocimiento y voluntad de cometer un acto fuera de la ley. Implica necesariamente dos aspectos; el cognoscitivo (saber lo que estoy haciendo) y el volitivo (querer realizar dicho acto)

2.3.3. Culpa: Es la ausencia de una conducta correcta, con el fin de evitar un daño. Implica la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de las reglas. Tiene algunos elementos específicos: debe haber una conducta indebida voluntaria, un nexo causal entre el hecho que causó el daño y el daño en sí, el daño a un bien jurídico protegido y una evidente falta de previsión del daño.

2.3.4. Error: Es el desconocimiento o la falsa apreciación de una situación, es una discordancia entre lo que se representa el agente y la realidad. Hay dos tipos de error; el invencible que implica que, aunque el agente hubiera

sido cuidadoso no hubiera podido prever su comportamiento y el vencible, que implica que si el agente hubiera sido cuidadoso su acción se hubiera evitado lo que genera un delito culposo.

2.3.5. Antijuridicidad: Es un elemento considerado por la teoría del delito para la configuración de un ilícito. Implica el demérito o desvalor de un hecho que es contrario a la normatividad del derecho. Supone que el hecho cometido está prohibido en el ordenamiento jurídico.

III.- MARCO METODOLÓGICO

3.1. Hipótesis

Hipótesis general

- a) Imputar normativamente responsabilidad penal a personas entre 16 y 18 años, incrementa la punición y reduciría la delincuencia.
- b) El Imputar normativamente responsabilidad penal a personas entre 16 y 18 años.

Hipótesis específicas

- a. El reconocimiento normativo de la capacidad para asumir responsabilidad penal a adolescentes entre 16 y 18 años de edad en el Cercado de Lima. 2017.
- b. La comprensión de los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad serviría a reducir la criminalidad a adolescentes entre 16 y 18 años de edad en el Cercado de Lima.

3.2. Variables de estudio.

- a. Definición conceptual
 - Imputabilidad
 - Culpabilidad material
- b. Definición operacional
 - El incremento de la criminalidad: la incursión e intervención de jóvenes en delitos graves.
 - La inseguridad: la falta de seguridad que incrementa la vulnerabilidad social.
 - La situación familiar, escolar y laboral de los jóvenes.

3.3. Tipo o nivel de investigación

Tipo de estudio

El tipo de estudio realizado en la tesis fue básico porque recoge información de la realidad para enriquecer el conocimiento teórico científico.

Valderrama (2013), sobre la investigación básica manifiesta. “Es conocida también como investigación teórica, pura o fundamental. Está destinada a aportar un

cuerpo organizado de conocimiento científico y no producto necesariamente resultado de utilidad práctica inmediata. Se preocupa por recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento teórico científico, orientado al descubrimiento de principios y leyes. (p. 164)

Nivel de investigación

Nivel de la investigación es correlacional, su propósito fue encontrar la relación dos variables. Las variables medidas deben corresponder al mismo sujeto o misma unidad de análisis. (Hernández, Fernández y Baptista (2010).

3.4. Diseño de investigación para contrarrestar la hipótesis.

El diseño de la tesis fue No experimental no existió manipulación de variables observaciones de manera natural los hechos, es decir, tal y como se dan en su contexto natural.

Se denomina no experimental porque no se realizó experimental alguno no se aplicó ningún tratamiento o programa, es decir, no existió manipulación de variables observaciones de manera natural los hechos o fenómenos; es decir, tal y como se dan en su contexto natural.

Basquera (2009) sobre el corte longitudinal manifiesta:

Un estudio longitudinal implica recoger datos de una muestra en diferentes momentos temporales con objeto de analizar cambios o continuidad en las características de los sujetos que componen la muestra. Los estudios longitudinales no son factibles de llevar a cabo, pero resultan esenciales para explorar la naturaleza y los problemas del desarrollo humano. (p. 151).

3.5. Población y muestra de estudio.

3.5.1. Población.

Estuvo conformada por los jóvenes, entre 16 hasta 18 años, que incurren en delitos graves.

Tal indica Sampieri (2014) “Una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones”. (p, 174)

3.5.2. Muestra.

La muestra gira en torno a los delitos ejecutados por menores de 16 a 18 años de adolescentes en el Cercado de Lima.

3.6. Técnicas documentales de recolección de datos.

Las técnicas de: observación documental, presentación resumida, resumen analítico y análisis crítico.

3.6.1. Técnica de recolección de datos.

Se cumplió con los procedimientos y protocolos instrumentales de la investigación documental, para el manejo de los datos ubicados y requeridos en la presente investigación, aplicaremos las instrumentales de: subrayado, fichaje, bibliográficas, de citas y notas de referencias bibliográficas y de ampliación de texto, construcción y presentación de índices, presentación de cuadros, gráficos e ilustraciones, presentación del trabajo escrito, y otras.

3.6.2. Instrumentos de recolección de datos

En el presente trabajo se usó como instrumento de recolección de datos la encuesta para tener mayor conocimiento de la opinión de las personas ligadas al tema.

3.6.2.1. Confiabilidad del Instrumento

Debido a que cada uno de los encuestados ha expresado libremente su opinión sin posibilidad de que sus respuestas hayan sido inducidas o manipuladas da como resultado un resultado confiable.

3.6.2.2. Validez del Instrumento

3.7 Métodos de análisis de datos

El método usado para el análisis de datos fue el estadístico.

3.8 Aspectos éticos.

Como he dicho anteriormente, la propuesta de que se impute responsabilidad penal a los menores de edad desde los 16 años, no es solo debe ser una respuesta a la desesperanza ciudadana ni puede terminar siendo una propuesta populista por parte de los legisladores sino todo lo contrario.

Aplicar la reducción de la edad implica para el gobierno mayor responsabilidad y compromiso, ya que las penas efectivas traen consigo la necesidad de seguimiento a través de psicólogos, asistentes sociales, psiquiatras, etc. Por lo tanto, no puede ser visto de ninguna manera como librarse de la carga, sino que quizás por primera vez están asumiendo la carga, se están encargando de ella.

Para tener una visión real y completa del problema el Estado tendría que autoevaluar su desempeño como garante de estabilidad y proveedor de oportunidades... ¿Han cumplido con su función? ¿Han dado su mayor esfuerzo? ¿Han tomado al toro por las astas para satisfacer las necesidades de los ciudadanos? Si, las respuestas a estas interrogantes son negativas entonces el Estado tendría que ser consciente de que está en deuda con los ciudadanos, que

muchas veces han sido excluidos de las oportunidades, que han crecido con resentimientos que los han convertido en sociópatas que tienen inmensas dificultades para vivir en comunidad pacíficamente. Por tanto, antes de tomar mayores medidas punitivas debe cumplir su papel con las generaciones que están en etapa pre-escolar y primaria, para a través de la prevención proteger a los futuros adolescentes como es su función.

Reconocer los vacíos que ha habido desde el aparato estatal para cumplir sus funciones es fundamental, porque se predica con el ejemplo, si hay niveles de corrupción tan grandes en el Estado mal podemos criticar a los infractores o delincuentes ya que el mal empieza en la cabeza.

Resumiendo, el Estado tiene una deuda con los ciudadanos, que de ninguna manera va a saldar con el aumento de penas, al contrario, esa es la

IV. RESULTADOS

		PROBLEMAS FAMILIARES	PROBLEMA SOCIAL	CAPACIDAD DE AUTODETERMINACION	NUMERO ACTIVIDAD DELINCUENCIAL JUVENIL
INDICADORES DE LAS VARIABLES INDEPENDIENTES Y DEPENDIENTES	PROBLEMAS FAMILIARES	1,000	,958	,954	,969
	PROBLEMA SOCIAL	,958	1,000	,979	,866
	CAPACIDAD DE AUTODETERMINACION	,954	,979	1,000	,817
	NUMERO ACTIVIDAD DELINCUENCIAL JUVENIL	,969	,866	,817	1,000
Sig. (Unilateral)	PROBLEMAS FAMILIARES		,000	,000	,000
	PROBLEMA SOCIAL	,000		,000	,000
	CAPACIDAD DE AUTODETERMINACION	,000	,000		,000
	NUMERO ACTIVIDAD DELINCUENCIAL JUVENIL	,000	,000	,000	

Tabla 1

4.1 Resultados

4.1.1 Solución estadística

MATRIZ DE *CORRELACIONES* ENTRE LA VARIABLE INDEPENDIENTE Y VARIABLE DEPENDIENTE.

En el cuadro se observa la influencia en términos relativos entre las dimensiones de la variable independiente y las dimensiones de la variable dependiente.

Los ceros en la parte inferior son índices que se dan para rechazar la hipótesis nula.

a) El Planteo de las Hipótesis

Ho: " Imputar normativamente responsabilidad penal personas entre 16 y 18 años, NO incrementa la punición y reducirá la delincuencia".

H1: "Imputar normativamente responsabilidad penal personas entre 16 y 18 años, SI incrementa la punición y reducirá la delincuencia".

b) n.s = 0.05

c) La variable estadístico de decisión "Chi- cuadrado".

KMO Y PRUEBA DE BARTLETT

Medida de adecuación muestral de Kaiser-Meyer-Olkin.		0,966
Prueba de esfericidad de Bartl	Chi-cuadrado aproximado	9154,245
	gl	10
	Sig.	0,000

Tabla 2

d) La Contrastación de la Hipótesis

X^2 Tabular es con 0.95 de probabilidad y 6 grados de libertad es 12,596

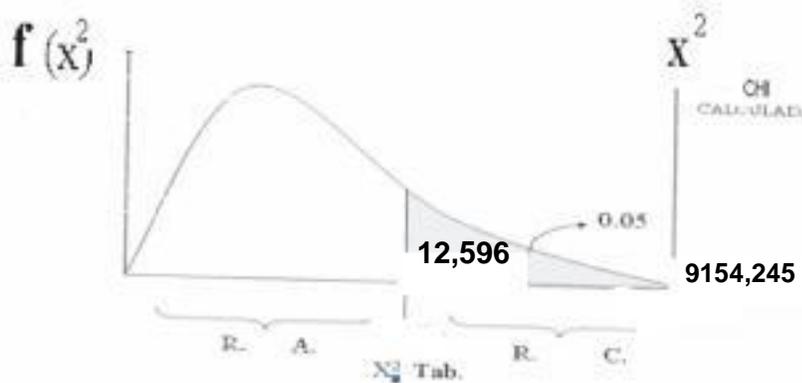


FIGURA 1

V. DISCUSIÓN

5.1 Análisis de discusión de resultados

Las leyes obedecen a las necesidades sociales, en este caso, la reducción de la edad en la responsabilidad penal obedece a una necesidad urgente sobretodo como método preventivo dada el incremento de la delincuencia adolescente y juvenil, finalmente para eso sirve el derecho penal que es disuasivo, característica no tan perceptible ciertamente porque se desarrolla de manera paulatina pero a la larga se logra el objetivo.

Si los adolescentes de 16 años pueden emanciparse, casarse y ser civilmente capaces, por qué para asumir la responsabilidad penal ante un hecho delictivo perpetrado con extrema violencia no puede responder; o por qué los amparamos con garantías que solo los convierten en víctimas de adultos que especialmente los utilizan y los convierten en delincuentes avezados a quienes después es muy difícil resocializar.

No estamos queriendo ver los riesgos de esta inimputabilidad que a la larga se puede transformar en impunidad, la discusión se da entre juristas y abogados cuando realmente debe ser tratada por psiquiatras, sociólogos, psicólogos, neurólogos, etc.; quienes no negarán la realidad y reconocerán la necesidad de dar un paso importante como es la reducción de la edad en la responsabilidad penal usando el derecho penal con garantías, un juicio especial, centros de internamiento especializados donde el adolescente sea preparado para vivir en comunidad con oportunidades, teniendo una carrera técnica, no establecimientos donde se perturbe y contamine más.

Tiene que hacerse hincapié en que debe aplicarse la justicia restaurativa, en una reclusión sin violencia, con garantías de salud física y mental. La estigmatización que la sociedad les tiene a los infractores se da justamente porque la sociedad se siente burlada, desamparada, desprotegida ante el ataque de personas menores que no tienen ninguna sanción ejemplar, si de alguna manera se pudiera resarcir el daño que ocasionaron sería justamente con su rehabilitación para una convivencia pacífica donde ya no serían los enemigos ni el peligro de la

sociedad, sino personas que vienen de hogares disfuncionales y a quienes no les alcanzó el amparo del Estado para estudiar y tener una vida digna, pero a quienes aunque tardíamente se les dio la oportunidad de reinsertarse a la sociedad como personas de bien.

A los adolescentes de 16 en adelante se les dará las garantías de un adulto donde la ley de la calle ya no será su ley, sino que tendrá el amparo de un proceso penal especial como la mejor herramienta para su seguridad.

La decisión del poder político, en cuyas manos está el destino de estos menores, se debe dar ahora cuando todavía están a tiempo de restaurarse porque este tema se toca solo cuando hay algún hecho repudiable cometido por algún menor pero luego queda en el olvido o en discusiones infértiles que no arriban a ningún puerto y que para comodidad se dejan tal cual están.

Urge un cambio, no en palabras ni en leyes que ya tenemos, sino en hechos concretos, en compromisos con la empresa privada, las municipalidades, los gobiernos regionales, el Poder Judicial y básicamente el ejecutivo para garantizar un tratamiento especial que incluyan ambientes especiales, análisis sociológicos, tratamientos psiquiátricos y psicológicos que promuevan la resocialización de estos adolescentes.

No pretendamos encarcelar para alejarlos de la sociedad, sino para convertirlos en personas útiles a ella, es por esto que las penas para los adolescentes deben ser atenuadas salvo hechos cometidos con extrema violencia o reincidentes, es importante diferenciar los delitos para su ubicación en el internamiento ya que esto es preponderante para su resocialización. Un punto más que es sumamente importante es que deben ser internados lejos de los adultos inescrupulosos que los inducen a cometer delitos y que son la verdadera lacra social, quien deberán ser juzgados con penas drásticas equivalentes al proxenetismo o la trata de personas.

El seguimiento después de su excarcelación debe ser un derecho ganado por ellos en este proceso de reinserción, el seguimiento debe darse hasta comprobar que estén realmente resocializados.

VI.CONCLUSIONES

6.1 Conclusiones

Se puede concluir, que imputar normativamente responsabilidad penal a personas entre 16 y 18 años, SI incrementa la punición y reducirá la delincuencia, a un nivel de significación del 5%.

La conclusión principal, es que la propuesta de reducir la edad de 18 a 16 años de edad es factible y goza de aprobación mayoritaria, sin embargo, requiere de toda una política de Estado que se base en objetivos definidos que vayan más allá de reducir la delincuencia y la inseguridad ciudadana, debe centrarse especialmente en el desarrollo del ciudadano. Por tal motivo, considero que si se reduce la edad, deben haber tres momentos bien diferenciados; el pre-internamiento, en donde el sujeto que delinque sea evaluado y diagnosticado de ser el caso; el internamiento propiamente dicho, en la que el sujeto debe estudiar una carrera técnica o universitaria que implica convenios del gobierno con la empresa privada, de esta manera tendrán herramientas que antes les han sido negadas para tener una vida digna fuera del internamiento; y finalmente, la etapa del post-internamiento que implica el seguimiento del sujeto y su reinserción concreta en la sociedad, la idea es que después ellos sean quienes apoyen al gobierno con sus testimonios para prevenir futuros adolescentes que se conviertan en delincuentes.

VII. RECOMENDACIONES

- 1.- Plan piloto de reducción de edad en la responsabilidad penal en algún distrito, podría ser uno pequeño en donde existan las condiciones necesarias para la ejecución y se usen los hallazgos del piloto para su posterior aplicación a nivel nacional.
- 2.- Prácticas de estudiantes de derecho en las comisarías para que practiquen con casos reales y puedan apoyar a la Policía Nacional en su trabajo.
- 3.- Legislación y altas penas para personas adultas que inducen al delito a menores de edad.
- 4.- Sanciones de trabajo comunitario y en casos graves penas privativas de libertad para padres negligentes que no cuiden a sus hijos como debe ser.
- 5.- Comprobación de internamiento sin violencia, visitas inopinadas de la Defensoría del Pueblo, ya que no se puede tratar con violencia a quien es de por sí violento, la resocialización debe darse en calma para que funcione.
- 6.- Deben afrontar un proceso penal especial, con intervención de profesionales que enriquezcan los criterios a juzgar.
- 7.- Tratamientos psicológicos y psiquiátricos, de ser necesario, en lugares adecuados.
- 8.- Información a los niños en los colegios sobre los delitos, derechos y deberes, reglas de convivencia, etc., como parte del curso de tutoría y educación cívica.
- 9.- Co-responsabilidad del Estado, familia y sociedad para una reinserción exitosa.
- 10.- Visita a las cárceles para adolescentes de colegios públicos y privados desde 1er año de Secundaria.
- 11.- Control de los colegios en relación al acoso escolar.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAJOLI, Luigi (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, (2a.ed.).

Madrid, España. Editorial Trotta.

FISAS, Carlos; (1997). “Usos y costumbres en la Historia”; Barcelona; España; Editorial Plaza & Janés.

JIMÉNEZ DE ASÜA, Luis, (1992). Tratado de Derecho Penal, Tomo II 5, Buenos Aires, Argentina: LOSADA.

KANT Emmanuel (1797). “La Metafísica de las Costumbres”, Título original: Metaphysik der sitten Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Santa Fe de Bogotá – Colombia. Editorial Rei Andes Ltada.1995.

TORRES VASQUEZ Aníbal (1999). “Introducción al Derecho. Teoría general del derecho”. Lima- Perú. Palestra editores.

Von Hentig Hans. (1967). La Pena. Formas primitivas y condiciones histórico culturales. Volumen I. Madrid – España. Editorial Espasa Calpe

<http://www.infoderechopenal.es/2012/11/dolo-concepto-elementos-clases.html>

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ignorancia-error-y-dolo/ignorancia-error-y-dolo.htm>

<http://definicionlegal.blogspot.pe/2012/03/la-culpa.html>

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/512_error_en_el_derecho_penal.pdf

<https://teoriadeldelitopenal1.es.tl/La-Antijuricidad.htm>

<http://larepublica.pe/politica/713183-martin-belaunde-moreyra-sobre-la-reduccion-de-responsabilidad-penal-16-anos-adolescentes-estaran-separados-de-presos-comunes-y-seran>

<http://peru21.pe/actualidad/congreso-republica-polvos-azules-menores-edad-asesinato-2198914>

<http://www.ramosdavila.pe/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-penal-d-leg-no-1204-23-09-15/>

IX. ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

Formulación del problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Diseño de investigación	Población y muestra	Métodos técnicos
<p>General:</p> <p>¿Cómo constituye un grave problema social, el no poder imputar responsabilidad penal a personas entre 16 y 18 años de edad?</p> <p>Específicos:</p> <p>¿Cómo se desarrolla actualmente de las personas generan la capacidad de imputabilidad de las personas entre 16 y 18 años.?</p> <p>¿Cómo son los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad entre 16 y 18 años de edad?</p>	<p>General:</p> <p>Establecer la existencia de capacidad de la persona entre 16 y 18 Años, para comprender consecuencia de realización voluntaria de un acto ilícito y como tal responsable del hecho y asume responsabilidad penal.</p> <p>Específicos:</p> <p>Identificar el desarrollo actual la capacidad de Imputabilidad de las personas entre 16 y 18 años.</p> <p>Identificar los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad de personas entre 16 y 18 años.</p>	<p>General:</p> <p>Imputar normativamente responsabilidad penal personas entre 16 y 18 años, incrementa la punición y reducirá la delincuencia.</p> <p>Específicas:</p> <p>El reconocimiento normativo de capacidad para asumir responsabilidad penal a personas entre 16 y 18 años, generaría mayor conciencia y responsabilidad.</p> <p>La comprensión de los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad serviría a reducir la criminalidad.</p>	<p>V.I.: Reducción del límite de edad.</p> <p>Específicas</p> <p>El reconocimiento normativo de la capacidad para asumir responsabilidad penal al generar mayor conciencia y responsabilidad.</p> <p>La comprensión de los elementos que configuran la capacidad de imputabilidad. en la reducción de la criminalidad.</p>	<p>Tipo o nivel:</p> <p>Correlacional, Diseño No experimental.</p>	<p>Población:</p> <p>Jóvenes entre 16 y 18 años que incurren en delitos graves.</p> <p>Muestra:</p> <p>Delitos ejecutados por menores en Lima.</p>	<p>Técnicas:</p> <p>Observación</p> <p>Instrumentales:</p> <p>Cuestionario</p>

Anexo 2: Matriz de operacionalización

Variable	Dimensiones	Indicadores	Escala de medición	Niveles y rangos	Instrumento	Unidad
V. Independiente		Problemas familiares	Dicotómica	SI:1	Encuesta	Cuestionario
	Factores del entorno	Probabilidad Social		NO:2		
Reducción del límite de edad		Capacidad de autodeterminación				
V. Dependiente						
	Delincuencia Juvenil	Número de actividad delincencial Juvenil	Dicotómica	SI:1	Encuesta	Cuestionario
Responsabilidad penal				NO:2		

Anexos 3: Instrumentos

Cuestionario

- 1.- Estaría Ud. de acuerdo con la medida temporal o definitiva de reducir el límite de edad de 18 a 16 años en la determinación de la responsabilidad penal?
- 2.- ¿Considera que mantener el límite de la responsabilidad penal en los 18 años de edad, mantiene una franja de impunidad sobre los delitos cometidos por una persona entre 16 y 18 años?
- 3.- Considera que genera un grave problema social no poder imputar responsabilidad penal a personas entre los 16 y 18 años de edad?
- 4.- Cree que el desarrollo intelectual actual de las personas genera la capacidad de imputabilidad de las personas entre los 16 y 18 años?
- 5.- El desarrollo social actual crea elementos suficientes que configuren la capacidad de imputabilidad de las personas entre los 16 y 18 años de edad?
- 6.- Considera que la capacidad de la persona entre 16 y 18 años de edad para comprender las consecuencias de un acto ilícito la hace responsable por el hecho cometido?
- 7.- Cree suficientes las medidas de internamiento que se imponen a personas entre 16 y 18 años de edad?
- 8.- Cómo debe enfrentarse el incremento de delincuentes adolescentes?

Anexo 4: Validación de instrumentos

Anexo 5: Matriz de datos

ENCUESTADO/PREGUNTA	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7			
ANTONIO ABANTO LA TORRE- PADRE FRANCISCANO		2	2	1		2	2	2	1	
JULIO CRUZ- MAYOR PNP Y ABOGADO PENALISTA. 9na COMISARIA	1		1		2	2	2	1		2
CARLOS ELIAS DE LAS CASAS-PSICOLOGO DE ADOLESCENTES	1		1	1		1	1			2
HERNÁN GONZALES-ABOGADO CONSTITUCIONALISTA		2	2	1		2	2	1		2
MARCO GUZMÁN BACA- FISCAL 29ava FISCALIA DE LIMA		2	2	1		2	2		2	2
MILAGROS IBAÑEZ CABAÑAS- NEUROLOGA POLICLINICO RISSO	1		1	1		1	1	1		2
VICTORIA MUÑOZ MENDOZA -PSICOLOGA EDUCATIVA SOCIAL		2	1	1		2	1	1	1	
ROBERTO ORMEÑO BRAVO- PSIQUIATRA POLICLINICO RISSO	1		1		2	2	1		2	2
HILDA NUNURA URTEAGA- PROFESORA EDUCACION INICIAL	1		1	1		2	2	1		2
MAYRA NUNURA SILVA- PROFESORA EDUCACIÓN SECUNDARIA	1		1	1		1	1	1		2
CÉSAR NUÑEZ ROMERO-MAYOR FF.AA.	1		1	1		1	1	1		2
CAROLINA URBINA LINARES-ABOGADA PENALISTA	1		1	1		1	1	1		2
MALZON URBINA LA TORRE-EXJUEZ PENAL	1		1	1		1	1	1		2
MARIA EUGENIA ZELAYARAN- ABOGADA PENALISTA		2	2		2	2	2		2	1