

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO**

**“IMPUTABILIDAD Y
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS
ADOLESCENTES**

**Una aproximación a su tratamiento en Colombia
y en el derecho comparado**

Sheyla Suarez Hernández

**IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS
ADOLESCENTES: Una Aproximación a su Tratamiento en Colombia y
en el Escenario Latinoamericano**

SHEYLA SUAREZ HERNÁNDEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para obtener el Título de
Abogada

Directora: Dra. María Edna Castro

BOGOTÁ

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO
GRANCOLOMBIANO**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES-PROGRAMA DE DERECHO

2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

El Trabajo de grado titulado “IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLECENTES, de la autora Sheyla Suarez Hernández cumple con los requisitos para obtener el título de Abogada.

Firma:

Directora del trabajo

MARIA EDNA CASTRO NIETO

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora María Edna Castro, mi maestra, mi amiga....por su confianza, guía y apoyo en la realización de este trabajo.

A mis padres, mi hija y mi esposo.... por su amor, apoyo y motivación.

Tabla de contenido

Introducción	6
Marco Teórico.....	8
I. La Imputabilidad	8
1. La concepción de imputabilidad en las escuelas del derecho penal	9
2. Definición y ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito.	14
3. Los Métodos para la determinación de la imputabilidad.....	24
4. La inimputabilidad y los presupuestos generales de su existencia.....	29
4.1 Los presupuestos de la imputabilidad	30
4.2 Las causas de inimputabilidad.....	33
5. Imputabilidad disminuida.....	36
II. La responsabilidad Penal de los Adolescentes en las Normas Internacionales.	39
1. Las etapas.	39
2. Los instrumentos internacionales	41
III. La imputabilidad y su Tratamiento en el Marco de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes en Colombia.	45
IV. La imputabilidad y su Tratamiento en el Marco de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes: Latinoamérica	59
1. Argentina.....	59
2. México.....	65
3. Brasil	71
Conclusiones	74
Bibliografía	76

Introducción

La presente monografía de grado fue realizada en el marco de las actividades de investigación y aprendizaje del Semillero de Investigación “Estudios de Derecho Penal”.

La definición de la figura jurídico-penal de imputabilidad no ha sido pacífica a lo largo del tiempo ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia nacional e internacional. Como consecuencia de esta ausencia de especificidad conceptual en relación con esta materia son muchas las corrientes y tendencias que han surgido al respecto, intentando cada una desde su orilla ofrecer una explicación clara y coherente de sus fundamentos y de su ubicación en la dogmática de la teoría del delito. Dada su trascendencia, ya que la imputabilidad se dirige específicamente a averiguar y caracterizar “quienes tienen (o no tienen) la capacidad para ser culpables” (Matkovic, 2002, pág. 1); constituye uno de los ejes nucleares de este trabajo la exposición de las diferentes posturas al respecto de su ubicación sistemática.

Considerando que en la legislación colombiana para que una conducta pueda ser considerada punible debe cumplir con tres requisitos insalvables: ser antijurídica, típica y culpable, y que además para que un hecho pueda ser considerado culpable, debe primero constatar que sea imputable, se ha realizado una investigación profunda acerca de los métodos para la determinación de la imputabilidad, sus causas y los factores que se conjugan para que eventualmente la actuación de un individuo pueda ser declarada inimputable.

De otro lado, se tiene que en la actualidad el asunto de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes reviste una gran importancia, no solo por las recientes reformas legales en Colombia de las que ha sido objeto, sino además porque el aumento gradual –e incluso para algunos alarmante– de la delincuencia juvenil, reclama un esfuerzo por parte de la academia y desde el aparato institucional de nuestro país para ofrecer alternativas que procuren un tratamiento serio, efectivo y adecuado de esta problemática. En este escenario es preciso considerar la situación de vulnerabilidad de los adolescentes para que el abordaje

del asunto acoja las circunstancias particulares de tipo social, económico y cultural de este grupo poblacional.

La situación creciente de jóvenes en conflicto con la ley es un fenómeno que nos debe ocupar a todos como sociedad. La familia, la escuela y la comunidad constituyen el primer entorno de protección y prevención. Sin embargo, la participación articulada de los entes del Estado (justicia, salud, educación, entre otros) también se hace apremiante. Los adolescentes en conflicto con la ley son quienes en su trasegar reflejan la desigualdad, la pobreza, la exclusión del sistema educativo y del mercado laboral formal. La gran mayoría presenta una historia de vida marcada por la violencia intrafamiliar, el abuso, la explotación y el uso abusivo de sustancias psicoactivas. En este sentido, el medio familiar se transforma de entorno protector a entorno de riesgo. Además cuentan con grupos de pares y de adultos que, con bastante frecuencia, son el camino a la pandilla, desde donde pueden avanzar y ser fácilmente seducidos al camino de la ilegalidad. (Insituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012)

Más estos dos temas no son ajenos: la imputabilidad y la responsabilidad penal de los adolescentes, pues en buena medida explicar la naturaleza de la responsabilidad penal de los jóvenes, implica directamente abordar el tema de su imputabilidad o inimputabilidad. Con esta perspectiva como orientación, la finalidad principal de este trabajo es explicar el tratamiento que se le da a la imputabilidad en el marco de la responsabilidad penal de los adolescentes en Colombia y en algunos países de Latinoamérica, cuyo progreso resulta importante revisar por la cercanía de nuestras tradiciones jurídico penales.

De manera que en el desarrollo de la presente monografía, se abarcara la ubicación conceptual de la imputabilidad en el ámbito de la dogmática de la teoría del delito: las causas, presupuestos y factores que le anteceden, así como el tratamiento de la imputabilidad en los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y su responsabilidad penal, en nuestro país y en Latinoamérica.

Marco Teórico

I. La Imputabilidad

Actualmente, en la consolidación de los Estados Sociales de derecho, Estados fundamentalmente garantistas y apegados en la estructuración de sus ordenamientos jurídicos a los derechos fundamentales y especialmente a la dignidad humana, se tiene el principio de culpabilidad como base de la responsabilidad, lejos del antiguo planteamiento de la responsabilidad objetiva.

En el marco de la responsabilidad penal, el concepto de imputabilidad constituye un tema central para la comprensión de la teoría del delito: “Se trata nada menos que de averiguar y caracterizar quienes tienen (o no tienen) capacidad para ser culpables” (Matkovic, 2002, pág. 1).

Renén Quirós Pérez, tratadista de derecho penal, propone una definición de imputabilidad penal, que abarca de una manera clara y comprensible los principales elementos de esta categoría dogmática, así:

Por lo tanto, será imputable quien posea la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta. La facultad de comprender el alcance de las acciones consiste en la capacidad del sujeto para descubrir las causas objetivas de los actos realizados por él y prever el desarrollo y las consecuencias de esas acciones, su sentido y significado social; y la de dirigir la conducta, en la capacidad del sujeto para reflexionar acerca de su postura con respecto a sus instintos e impulsos, así como para superarlos y, de este modo, devenir consciente de sí mismo, como sujeto que si bien tiene instintos, ha adquirido la capacidad de dominarlos y seleccionarlos dentro de la situación concreta de que se trate. El hombre es capaz de dirigir su conducta cuando lo natural se halla bajo el control de lo socialmente razonable, y lo social se corresponde con lo biológico. La imputabilidad supone, en consecuencia, determinada capacidad de voluntad asentada sobre la posibilidad de conocer.

Una persona imputable pudiera definirse de cierto modo como aquella que puede proporcionar una respuesta consciente, con plena o adecuada elaboración psicológica en que intervengan dos funciones: la cognición y la volición. (Quirós Pérez, 1999, pág. 218)

Si bien, la definición de Quirós, ofrece un punto de partida ideal para esta exposición: la imputabilidad supone capacidad de querer y de comprender; igualmente, permite reconocer la importancia y complejidad del tema.

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

1. La concepción de imputabilidad en las escuelas del derecho penal

- La Escuela Clásica

Francisco Carrara es el exponente principal de esta escuela. En su obra, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, establece su definición de delito –reconocida en la dogmática jurídico penal como la noción clásica del delito– en los siguientes términos: “El delito consiste en la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. (Citado por Castellanos, 1977, pág. 51)

Entre los puntos característicos del pensamiento desarrollado por la Escuela Clásica, es importante resaltar los siguientes:

1. Igualdad. Los hombres han nacido libres e iguales en derechos, igualdad que es equivalente a la de esencia.
2. Libre albedrío. Todos los hombres son iguales, por lo cual en todos se ha depositado el bien y el mal; de igual forma se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos

caminos. De manera que si un hombre se comporta mal es por su propia decisión y no porque la fatalidad de la vida lo haya obligado.

3. Entidad delito. Al derecho Penal le corresponde ocuparse de las manifestaciones externas del acto, a lo objetivo. Considera que el delito es un ente jurídico, una injusticia; por lo cual solo el derecho puede determinar las conductas delictuosas.

4. Imputabilidad moral. Es la consecuencia fundamental del libre albedrío y constituye para esta escuela la base del derecho penal. Ya que el hombre tiene la facultad de discernir entre el bien y el mal, él siempre debe dar cuenta de su conducta por cuanto la naturaleza moral de los mismos.

5. Método. Esta escuela hace uso del método deductivo, teleológico. (Castellanos, 1977, pág. 50).

De manera, que para que el delito exista en el marco de la Escuela clásica “se precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una ley positiva” (Castellanos, 1977, pág. 51).

Con lo anterior, se tiene que para esta escuela el fundamento de la responsabilidad penal es la imputabilidad moral, la cual tiene su fundamento mismo en el libre albedrío:

“Todo el ingente edificio del clasicismo –escribe PUIG PEÑA–; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llegó a decir un autor eminente: ‘el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal’ [...]” (Citado por Vasconsuelos, 2004, pág. 77)

Siguiendo a Rinaldoni, es posible englobar un concepto de imputabilidad que abarque su noción desde los autores clásicos (como Carrara) hasta los neoclásicos (como Welzel): “la imputabilidad es la capacidad vital o existencial del individuo de comprender y actuar conforme al valor” (Rinaldoni, 2012, pág. 14).

Por consiguiente, la imputabilidad moral de la escuela clásica, permite también realizar la distinción entre los individuos imputables, esto es aquellos que son capaces de autodeterminarse y en consecuencia ser libres, y, los inimputables, quienes por el contrario no pueden autodeterminarse ni ser libres.

- Escuela positiva.

Los principales exponentes de esta escuela del derecho penal son César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Se destaca en esta escuela de forma preponderante la atención sobre “la personalidad del delincuente”. Si bien es cierto, los representantes de esta escuela negaban la existencia del libre albedrío y proclamaban el determinismo y la responsabilidad social como piezas fundamentales en el marco de la imputabilidad también es cierto que cada uno de ellos encontró un camino independiente para fundamentar y explicar sus planteamientos.

Castellanos, describe con precisión conceptual los puntos que son característicos de esta Escuela, a pesar de las diferentes aproximaciones de sus representantes, así:

1. El punto de mirad de la justicia penal es el delincuente. El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.
2. Método experimental. Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación.
3. Negación del libre albedrío. El hombre carece de libertad de elección. El delincuente es un anormal.
4. Determinismo de la conducta humana. Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter psicobiológico, psíquico y social.
5. El delito como fenómeno natural y social. Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
6. Responsabilidad social. Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.

7. Sanción proporcional al estado peligroso. La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.

8. Importa más la prevención que la represión de los delitos. La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes re-adaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas. (Castellanos, 1977, pág. 58)

Analizando los elementos de la escuela positiva es posible anotar que en su contexto la distinción entre personas imputables e inimputables no tiene ya lugar, en tanto la responsabilidad social y la peligrosidad son ahora el sustento de la responsabilidad penal, de forma que se hace referencia a individuos “normales” o “anormales” según las condiciones referidas.

Los positivistas niegan el libre albedrío resultándoles irrelevante la distinción entre imputables e inimputables, pues como el propio *Ferri* lo hizo notar, para establecer si un acto es delictuoso o no, el elemento decisivo es siempre el psíquico, pero elemento no en el sentido de una pretendida elección libre o libertad volitiva, o simple voluntariedad como fundamento de la culpa moral, sino en el sentido psicológico de la génesis de todo acto humano. Es preciso por ello analizarlo, expresa *Ferri*, no como criterio ético de distinción entre moralmente responsables e irresponsables, sino como condición jurídica del delito y sobre todo como índole de una personalidad más o menos antisocial y peligrosa en el autor del hecho conminado con una sanción represiva (Pavon Vasconsuelos, 2004, pág. 228)

- Las Escuelas Eclécticas

- *La Escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola.*

Esta escuela constituye un punto ecléctico –conciliador– entre los planteamientos de la doctrina clásica y el positivismo. Los autores representativos de esta postura son Alimena y Carnevale. La *Terza Scuola* acoge de la Escuela clásica el principio de la responsabilidad moral y la distinción entre delincuentes imputables e inimputables; sin embargo, en apego al positivismo, niega la existencia del libre albedrío y admite la concepción del delito como un fenómeno individual y social.

Fernando Castellanos, siguiendo los criterios del penalista Cuello Calón, indica como principios básicos de la *Terza Escuela* los que anotamos a continuación: “a) Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre; b) La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica; c) La pena tiene como fin la defensa social; d) La pena debe ser afianzada con medidas de seguridad. Se conserva el criterio de la responsabilidad moral, admitiéndose la peligrosidad, temibilidad o estado dañoso para algunos delincuentes”. (Castellanos, 1977, pág. 62)

- *El pensamiento de Fran Von Liszt.*

Tratadista alemán, Von Liszt ubicaba las causas del delito en factores individuales, físicos, sociales y hasta económicos, mientras afirmaba que de ninguna manera encontraba su sustrato principal en la libertad humana.

Pavón Vasconsuelos al referirse a la obra de Von Liszt, le atribuye el origen de la escuela de la Política Criminal en Alemania y señala entre las características esenciales de su trabajo las siguientes:

1. Para Von Liszt el método lógico abstracto es el método de la Ciencia del Derecho PENAL.
2. Concibe la justificación de la responsabilidad penal en la imputabilidad del sujeto, la cual comprende como la capacidad de los individuos para comportarse socialmente.
3. Señala que el delito es al mismo tiempo, una creación de ley y un fenómeno social –para la determinación de su etiología es posible acudir a los estudios realizados por otras ciencias como la Criminología y la Penología–.
4. Las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito (Pavon Vasconsuelos, 2004, pág. 78)

- *La dirección técnico-jurídica.*

Rocco, Manzini, Massari, Battaglini, Vannini, son algunos de los expositores más significativos de esta postura.

Consideran que la pena es un instrumento para lograr tanto la prevención general especial, como la readaptación del delincuente, pues en estas consideraciones se fundamenta su finalidad defensora del orden jurídico.

La capacidad de entender y de querer –que no es otra cosa que la imputabilidad– constituye, para esta tendencia, el soporte de la responsabilidad.

2. Definición y ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito.

No existe acuerdo sobre la ubicación sistemática de la imputabilidad en el marco de la teoría del delito. Bien lo dice Zaffaroni –en palabras de Von Frank– “la desamparada imputabilidad es el fantasma errante”. (Zaffaroni, 1999, pág. 119)

Ahora bien, del lugar que se le otorgue a la imputabilidad entre las diferentes categorías dogmáticas del delito, de la concepción y el entendimiento que se tenga sobre ella, dependerá directamente su definición y tratamiento, no solo en la doctrina, sino además en el ordenamiento jurídico de cada país.

En esta sección del presente trabajo, se explicarán los planteamientos más sobresalientes acerca de la posición sistemática de la imputabilidad, con lo cual es preciso anotar de forma previa que la concepción de imputabilidad como “capacidad” (para algo o de alguien) constituye un común denominador en las diferentes posiciones.

a) *La Imputabilidad como capacidad de deber.*

De acuerdo con Quirós Pérez, en arreglo con esta tesis “la imputabilidad consiste en la aptitud del sujeto para llegar a ser destinatario válido de la norma, por comprender el sentido y alcance de la prohibición jurídico-penal. De esto se infiere que ella condiciona la antijuridicidad de la acción u omisión” (Quirós Pérez, 1999, pág. 10). Con lo anterior se tiene entonces que no podría existir una acción antijurídica sin un sujeto imputable, en tanto que es la inimputabilidad del sujeto el elemento que determina licitud del hecho.

Entre los exponentes de esta teoría, que encierra una perspectiva subjetiva de la antijuridicidad, se pueden contar a Adolf Merkel, Hold Von Ferneck y Kohlrausch.

b) *La imputabilidad como capacidad de pena.*

Esta tesis ha sido sostenida por Feuerbach y Von Liszt.

Feuerbach explica su posición tomando como punto de partida su teoría de la intimidación, según la cual la sanción penal cumple una función de prevención general, de manera que la imposición de la pena “está condicionada por el efecto intimatorio que fuera capaz de ocasionar en los destinatarios de la norma” (Quirós Pérez, 1999, pág. 12). De allí la conclusión de Feuerbach: “era jurídicamente imputable la persona con respecto a la cual la ley, de modo general, podría originar, con su amenaza, la abstención de perpetrar un delito” (Quirós Pérez, 1999, pág. 12).

Franz von Liszt, fundamenta su tesis desde su planteamiento de la prevención especial, de modo que para él, la pena debería imponerse a aquellas personas sobre las que –de modo especial– la misma pudiera impactar.

La crítica central que realiza Quirós Pérez al criterio de la capacidad de pena apunta al momento de consideración de la imputabilidad: bajo esta óptica el juicio de imputabilidad se realizaría en el momento de imposición de la pena y no en el de la comisión del acto, como corresponde.

Adicionalmente, la imputabilidad considerada desde la perspectiva de la prevención general o de la prevención especial de la pena, dificultaría la comprensión y ubicación concreta y correcta de la capacidad del sujeto que cometió el delito en el marco de la evaluación de su responsabilidad penal.

Para finalizar con la exposición de esta teoría, resulta valioso delinear la propuesta realizada por Vicente Manzini al respecto. Dice Manzini que “es capaz de pena todo hombre que reúna actualmente condiciones para llegar a ser cooperador normal de la sociedad” (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 331). Para el autor, sobre la ley personalidad en el marco del derecho penal obran de forma particular como excluyentes de capacidad: la edad, y la criminalidad habitual; en razón de este argumento Manzini explica que la pena está dirigida hacia los hombres normales o ciudadanos, por lo cual contra los delincuentes habituales, o sea incapaces, solo pueden adoptarse disposiciones de policía.

c) *La imputabilidad como capacidad de conducta.*

Para este planteamiento solo podría ser considerado conducta, aquella conducta efectivamente libre, de manera tal que solo podría existir acción en la medida que confluyera con imputabilidad.

Zaffaroni, critica esta tesis, indicando que niega al inimputable la capacidad de actuar justificadamente. (Zaffaroni, 1999, pág. 115)

d) *Imputabilidad como capacidad de responsabilidad jurídico-penal*

Para Quirós Pérez, la teoría de la imputabilidad como capacidad jurídico-penal, es la dirección correcta para comprender la ubicación e importancia de esta categoría en el marco de la teoría del delito.

Quirós, tratadista cubano, advierte que

La imputabilidad no puede ser referida ni a la acción, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, ni a la pena, aisladamente consideradas, aun cuando se relaciona con todas. La imputabilidad consiste en la capacidad exigida por el Derecho penal al sujeto del acto socialmente peligroso y antijurídico (el delito), para que se halle obligado a responder, en el orden penal, por ese hecho realizado por él. [3] Desde este punto de vista, la imputabilidad tiene una función lógica por la cual acompaña a la relación jurídico-penal en todos los momentos de su desarrollo. No condiciona sólo a la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad o la pena, sino que condiciona al delito, el cual deja de ser tal sino no es obra de un sujeto imputable. La imputabilidad como condición del momento de la antijuridicidad, es capacidad de deber; como condición del momento de la infracción, es capacidad de culpabilidad; y como condición del momento ejecutivo, es capacidad de pena. (Quirós Pérez, 1999, pág. 217)

Con lo anterior, se puede concluir que la imputabilidad para Quirós Pérez (pág.217), encierra capacidad respecto a tres puntos fundamentales:

1. La capacidad personal necesaria para entender el deber jurídico de obrar o no obrar impuesto por la norma jurídico-penal y de subordinar a él la propia conducta

2. La capacidad para comprender el alcance de las acciones y de regular la dirección de la conducta a fin de evitar las consecuencias socialmente peligrosas de ésta
3. La capacidad para sentir los efectos conminatorios de la sanción y reaccionar frente a sus fines.

De manera que la imputabilidad debe estudiarse y decidirse con independencia de la comisión del delito y de manera preveía a estas circunstancias, sin olvidar que siendo, como es, un concepto jurídico penal, debe vincularse directamente con el sujeto y con su capacidad para ejecutar conductas delictivas y de responder por ellas.

e) La imputabilidad es un elemento dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad

La imputabilidad constituye un elemento integrante de la estructura de la culpabilidad, formando parte de ella.

La tesis de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad tiene su génesis en 1907 con el trabajo del penalista alemán Reinhard Frank, titulado “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad”.

Resultaba obvio que la concepción normativa de la culpabilidad demandara la aprehensión, para integrarlos en ella como una unidad, de la totalidad de los presupuestos o elementos que fundamentaban la responsabilidad y hacía posible el juicio de reproche. De este modo se articularon como elementos de la culpabilidad, junto al dolo y la imprudencia, la imputabilidad. La teoría de la imputabilidad constituía, en consecuencia, una parte integrante de la teoría de la culpabilidad, por cuanto el desvalor característico de la culpabilidad surgía de la reunión de tres elementos: la imputabilidad del sujeto, la imputabilidad del hecho (dolo o imprudencia) y la exigibilidad (ausencia de causas de justificación). (Quirós Pérez, 1999, pág. 218)

De manera que, dentro de este enfoque para realizar el análisis de la culpabilidad de la conducta del sujeto que ejecuta el hecho, es preciso determinar igualmente si ese sujeto es o no imputable, esto por cuanto la imputabilidad es un elemento esencial de la culpabilidad, sin el cual ésta no puede estructurarse correctamente.

Dentro de esta corriente podemos encontrar dos autores emblemáticos: Edgardo Alberto Donna y Eugenio Raúl Zaffaroni.

Para Donna, la imputabilidad hace alusión al siguiente concepto “Se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto” (Donna, Teoría del Delito y de la Pena, 1995, pág. 227). Se tiene entonces que para Edgardo Donna, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, es la capacidad de autodeterminación libre en relación a lo sentido por el autor. (Donna, 1996, pág. 220)

En razón de esta definición, Donna admite dos elementos en el estudio de la imputabilidad:

- 1) Capacidad para actuar conforme al deber jurídico en base a la motivación que el deber exige; en el caso concreto capacidad para comprender el deber jurídico y la posibilidad de determinar la voluntad de acuerdo al deber comprendido.
- 2) Dicha capacidad para una motivación conforme a la norma es decisiva para poder realizar el reproche al sujeto que actuó antijurídicamente. (Donna, Teoría del Delito y de la Pena, 1995, pág. 228)

De lo expuesto surge que la incapacidad de culpabilidad terminará excluyendo la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad o la capacidad de conducirse conforme al reconocimiento de la norma

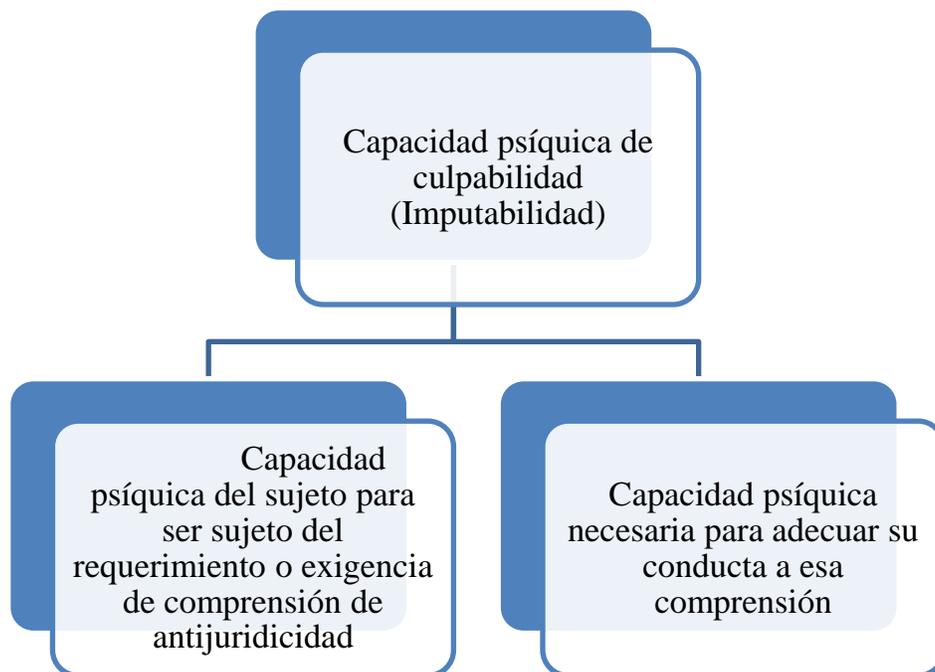
En relación con la ubicación sistemática de la imputabilidad, el autor afirma que debe ser considerado en el mismo rango dogmático que el error de prohibición, esto es en el juicio de culpabilidad.

El tema de la capacidad de culpabilidad se asimila, en su tratamiento dogmático, al del error de prohibición, de manera que ambos institutos deben ser considerados de manera análoga. Con ello se le da a la capacidad de culpabilidad un rango dogmático que antes no había tenido, y se eliminan las dudas acerca del lugar que debe ocupar en la estructura del delito. Además, la falta de claridad en esta cuestión ha llevado a que se mezclen con ella temas de medicina, psicología, filosofía, antropología y hasta de política. Bien han hecho notar

Maurach y Zipf que la terminología usada (capacidad de culpabilidad) es distinta a la de la imputabilidad, con lo que se está haciendo resaltar que el tema no es de la acción, sino que se refiere al juicio de culpabilidad. Pero, además, el término imputabilidad parece hacer referencia a una relación más bien física, en cambio, el que se propone tiene que ver con lo normativo. (Donna, Teoría del Delito y de la Pena, 1995, pág. 224)

Por su parte, desde la perspectiva de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad, Eugenio Zaffaroni, tratadista argentino y Maestro del derecho penal contemporáneo, ofrece una definición de esta categoría jurídico penal que encierra –a nuestro juicio– sus elementos fundamentales: “La capacidad psíquica de culpabilidad requiere la capacidad psíquica para ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de la antijuridicidad, pero no se agota en ella, puesto que también es necesario que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esta comprensión” (Zaffaroni, 1999, pág. 114). Por consiguiente, para Zaffaroni la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad, es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto. (Zaffaroni, 1999, pág. 108)

Una forma de comprender la imputabilidad en el marco del pensamiento de este tratadista argentino se ilustra a continuación:



De manera que cuando no concurren estas condiciones se presenta un estrechamiento en el ámbito de autodeterminación del sujeto y por lo tanto, aparece la inimputabilidad.

Zaffaroni, manifiesta su desacuerdo con la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, si bien acepta que esta fórmula ha caracterizado la tendencia de la doctrina argentina en los últimos tiempos.

La ubicación de la imputabilidad como "presupuesto" de la culpabilidad no tiene un significado doctrinario preciso y cierto, porque en tanto que se deriva de su naturaleza de "capacidad" en el sujeto, algunos la colocan antepuesta a la culpabilidad y otros dentro de ella. Su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad carece de coherencia porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad psíquica de tipicidad (aun rechazando la ubicación del dolo en el tipo, pues basta con que se acepten los elementos subjetivos del tipo), antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza. (Zaffaroni, 1999, pág. 115)

Para el tratadista, la ubicación sistemática de la imputabilidad debe realizarse en la culpabilidad, en tanto que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad por lo cual debe ser apreciada en el mismo nivel analítico en que se encuentra la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad.

En nuestro concepto este aspecto de la imputabilidad es la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad. En la calificación de la acción constituye, pues, un requisito negativo que se traduce en una característica positiva que, aunada a la ausencia de error y sumada a otro requisito negativo (ausencia de una situación constelacional constrictora) arroja como resultado la ausencia de reductores que puedan operar sobre el ámbito de autodeterminación del individuo, lo que equivale a afirmar la efectiva posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad. Dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, o sea, en la culpabilidad. (Zaffaroni, 1999, pág. 120)

Luigi Ferrajoli, en su obra “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal” destaca a la imputabilidad como una de las limitaciones o prohibiciones que constituyen garantías para los ciudadanos contra el arbitrio o el error penal.

El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos. (Ferrajoli, 1995, pág. 104)

Para Ferrajoli, la imputabilidad constituye uno de los tres elementos constitutivos de la culpabilidad, entendida como una cosa de hecho que constituye el fundamento legal para la responsabilidad penal en el marco de un sistema garantista. Los otros dos elementos que constituyen la culpabilidad son la intencionalidad y la relación de causalidad.

Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción -que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea* puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) *la personalidad o suidad* de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito; b) *la imputabilidad o capacidad penal*, que designa una condición psicofísica del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer ; c) *la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto*, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni p previsto aunque sí previsible. El último de estos elementos presupone los otros dos, de modo que puede hablarse correctamente de “culpabilidad” para referirse no sólo a la intencionalidad del delito, o culpabilidad en sentido estricto, sino también al producto lógico de los tres elementos, de hecho, no cabe culpabilidad sin imputabilidad ni sin imputación penal subjetiva o sin nexo causal entre acción imputada y resultado producido. (Ferrajoli, 1995, pág. 490)

f) *La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.*

De acuerdo con esta tesis, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, por cuanto no forma parte de ella, sino que se halla colocada fuera del concepto, desempeñando una función de requisito (previo).

La tesis de la imputabilidad como mero presupuesto de la culpabilidad se elaboró dentro de la corriente tradicional. La teoría del delito, dominante desde fines del siglo XIX escindió la estructura del delito en dos partes distintas, caracterizadas respectivamente como lo objetivo y lo subjetivo. Conforme a tal sistema, la tipicidad y la antijuridicidad representaban elementos objetivos del delito; mientras que lo subjetivo se concentraba y unificaba en la culpabilidad: ésta se agotaba con el contenido psicológico del dolo y de la imprudencia. Concebida la culpabilidad de esta manera, quedaban fuera de su esfera todos los demás elementos constitutivos del delito, entre ellos, la imputabilidad. Sin embargo, como según esta teoría no era posible obrar con dolo o con imprudencia sin ser imputable, la imputabilidad se consideraba, de manera necesaria, presupuesto de la culpabilidad, de carácter subjetivo, o sea, correspondiente al autor, antecedente previo y condicionante de la culpabilidad. (Quirós Pérez, 1999, pág. 218)

En este orden de ideas, la valoración sobre la imputabilidad del sujeto, debe realizarse de forma previa al elemento de la culpabilidad. En consecuencia, si un sujeto recibe la calificación de inimputable no podrá ser culpable y será objeto de una medida de seguridad y no de una sanción penal propiamente dicha.

Entre los autores que concuerdan con la ubicación sistemática de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, podemos resaltar los siguientes:

- Bernardo Gaitán Mahecha

Para este autor, la imputabilidad es la capacidad de ser culpable, de forma tal que el juicio de imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto, en consecuencia constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Por imputabilidad entendemos precisamente la capacidad de entender y de querer, es decir la posibilidad de atribuir a una persona un resultado a título de dolo o culpa. En otros términos, es la capacidad de ser culpable, de actuar dolosa o culposamente. Mientras la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto. La

imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable el que es imputable. (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 33)

- Jorge Frías Caballero

De su definición de imputabilidad se colige necesariamente su postura en relación con la ubicación sistemática de la misma en el marco de la teoría del delito: es una capacidad de culpabilidad (Argibay Molina, 1963, pág. 976), un presupuesto de la misma.

Aptitud, capacidad o calidad del sujeto; un estado biosicológico que lo hace capaz de ser culpable “siendo su objeto “el de señalar firmemente las condiciones personales mínimas de carácter anímico espiritual, exigidas por la actual conciencia jurídica que brinden la ulterior posibilidad de formular un juicio de reproche ético social sobre la conducta delictiva. (Citado por Argibay Molina, 1963, pág. 976)

- Luis Jiménez de Asúa

Para Jiménez de Asúa el delito es el acto típicamente antijurídico y culpable –que es sometido en algunas ocasiones a condiciones objetivas de penalidad– imputable a un individuo y objeto de sanción penal. En cuanto a las características del delito, la imputabilidad constituye la base psicológica de la culpabilidad. (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 207)

Señala el autor que el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor: “La imputabilidad es la capacidad penal, meramente psicológica, en que se basa la culpabilidad”. (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 333). Con todo, Jimenéz de Asúa, a pesar de su repudio hacia la concepción de la imputabilidad moral, precisa la importancia de hablar un cimiento psicológico a la imputabilidad.

Repudiamos el aspecto teológico de la imputabilidad moral, pero reconocemos su índole psicológica. En suma: como elemento indispensable para la culpabilidad, admitamos la imputabilidad como facultad de conocer el deber. Con-forme a la doctrina de Max Ernesto Mayer, la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Por su parte, ha dicho ahora Mezger que la imputabilidad es la "capacidad de comprensión". El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Aquélla no comienza hasta que están

comprobadas la tipicidad y la antijuricidad. Y el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor. (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 333)

Para finalizar con la presentación de esta posición respecto de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, vale la pena referir que Francisco Pavón Vasconcelos, importante tratadista del derecho penal mexicano, también hace parte de esta corriente de pensamiento. (García Ramírez, 1981, pág. 16)

g) La imputabilidad como una categoría autónoma en el marco de la teorías del delito

De acuerdo con esta corriente, la imputabilidad no hace parte de las otras categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sino que constituye por sí misma una categoría autónoma dentro del análisis del hecho punible.

En este sentido, cabe distinguir a los siguientes autores:

- Para Porte Pititi “La imputabilidad no constituye un elemento del delito. Es un presupuesto general del mismo” (García Ramírez, 1981, pág. 5)
- Según Antolisei la imputabilidad es “una cualidad necesaria para que el autor del delito sea punible; en consecuencia, la falta de imputabilidad es implemente una causa personal de exención de la pena y la violación de la ley penal realizada por un inimputable, aun no suponiendo aplicación de la pena en sentido concreto, constituye delito” (García Ramírez, 1981, pág. 6)
- Para Olga Islas González de Mariscal: “Por ser la imputabilidad un atributo del sujeto activo, su estudio debe hacerse en este renglón, lo que permite considerarla correctamente como presupuesto del delito y no de la culpabilidad” (García Ramírez, 1981, pág. 6)

3. Los Métodos para la determinación de la imputabilidad.

Para el estudio de la imputabilidad –o capacidad de culpabilidad– la doctrina ha utilizado diversos métodos que de forma general se recogen en los siguientes: el método biológico, el método psicológico y el método biopsicológico. Para la explicación de los métodos es muy importante anticipar que éstos se encuentran concebidos en la forma negativa, esto es determina cada uno de ellos, bajo sus criterios propios, las causas que de presentar podrían

dar lugar a la declaratoria de inimputabilidad. Ahora bien, la acepción positiva de estos métodos –en su redacción y definición– encierran las características específicas que un individuo debe ostentar el carácter de imputable: salud mental, madurez psicológica y la determinación de la actuación propia de conformidad con lo reglado/ motivado por la norma jurídica.

A. Método Biológico

De acuerdo con Donna, este método sólo se fija en el estado anormal del sujeto actuante, y con él se conforma para declarar la inimputabilidad. (Donna, 1995, pág. 216)

Para Maurach, “el procedimiento biológico es el que limita legalmente el enunciado de las causales necesarias y suficientes para estimar que existe la capacidad de imputabilidad”. (Donna, 1995, pág. 216)

El Código Penal Prusiano de 1851 y el Código francés –en su referencia a la inexistencia de delito si se observa demencia en el momento de la acción–, constituyen ejemplos de cuerpos normativos que han privilegiado esta fórmula.

La característica fundamental de este criterio es que la existencia y la gravedad de la alienación mental deben ser determinadas por los peritos médicos.

Es importante anotar que en la actualidad se encuentra en desuso el concepto estricto de alienación mental –que se refiere específicamente a la abolición de las facultades intelectuales como resultado de la senilidad o de enfermedad evolutiva–. De manera, que lo importante en la valoración relativa a este criterio es que la demencia –alienación mental– sea de tal grado que no le permita a un individuo controlar sus acciones.

La clasificación actual de criterios para determinar alienación mental posee elementos puramente descriptivos. En esta clasificación, se incorporan, entre otros: las demencias propiamente dichas, los delirios crónicos, los estados de excitación, los estados maníacos depresivos, las insuficiencias del desarrollo intelectual, la epilepsia, las alteraciones del carácter y del ánimo. (Donna, 1995, pág. 224)

B. Método Psicológico

En la fórmula o método psicológico la valoración gira alrededor de las consecuencias psicológicas, no ya de los problemas biológicos, sus causas o de los estados de anormalidad.

Entre los ejemplos de normas jurídicas que privilegiaban este método, es posible mencionar: El Codex Iuris Canonici, el Código austríaco de 1852, y el Código Penal para la Confederación Alemana del Norte.

Donna (1995, pág. 217) recoge – en palabras de Simonin– las condiciones que deben confluir como requisito indispensable para determinar la imputabilidad penal, advirtiendo que cualquier causa que prive de una u otra condición tiene el efecto de eliminar la imputabilidad.

- 1.) La inteligencia o discernimiento, que permite recibir la noción del bien y del mal.
- 2.) La libre voluntad o libertad, que permite escoger entre el bien y el mal.

C. Método Biosicológico o Mixto.

Edgardo Donna (1995, pág. 218), afirma que este método es el preferido por la mayoría de las legislaciones, al tiempo que sintetiza –en palabras de Maurach– el procedimiento observado por esta fórmula para la determinación de la imputabilidad: “La ley enumera taxativamente las causas del deterioro espiritual, pero les atribuye importancia solo en la medida en que alcancen el grado presupuestado”.

Díaz Palos (Citado por el mismo Donna, pág. 218) atiende tanto a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor. Dentro de este último grupo se pueden encontrar diversas alternativas del sistema mixto, que van desde fórmulas biológicas, psicológicas y psiquiátricas, hasta fórmulas psiquiátricas- jurídicas.

Dichas fórmulas psiquiátricas-jurídicas, son aquellas que incorporan los resultados de alcance moral y jurídico inherente a la deficiencia o perturbación psiquiátrica: “En este tipo de fórmula se da una conjunción feliz del error y de la insania, concretado en la expresión

que impida al agente tener conciencia del hecho o de su criminalidad” (Donna, 1995, pág. 218).

Entre los Códigos que han incorporado esta fórmula se encuentran los siguientes: el Código danés de 1886; el noruego de 190, y los Códigos de Alemania y Argentina vigentes.

Se debe precisar que para el análisis de la “ausencia de inteligencia y voluntad” se recurre, en principio, a un criterio biológico (de enfermedad), que distingue –siguiendo a Schneider– las siguientes posibilidades:

- a) anomalías psíquicas, entre las que se encuentra la deficiencia mental, la perturbación psíquica morbosa, y la perturbación de la conciencia.
- b) enfermedades mentales, que incluyen las psicosis orgánicas y la psicosis endógenas. (Donna, 1995, pág. 219)

De acuerdo con Dona, esta fórmula mixta es admitida desde la perspectiva de los médicos.

Zaffaroni, al realizar el estudio del método utilizado por el Código Penal, encuentra en el método psicológico-psiquiátrico su fundamentación, en tanto que la norma determina los puntos a continuación:

1. Las causas de la incapacidad de comprender (o sea los factores psiquiátricos)
2. Determina qué es aquello que se debe comprender “Debe comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (este es el factor psicológico, por lo cual estos son los efectos de la incapacidad de comprender que deben producirse para la inimputabilidad).

Con este análisis, Zaffaroni –tomando como punto de partida lo dicho por Jescheck– manifiesta que “la expresión psiquiátrico-psicológico no es exacta, pues sería mejor denominarla método psíquico-normativo, ya que la fórmula, en realidad, hace una referencia a la causa psíquica y una precisión de criterio de valoración jurídica” (Zaffaroni, 1999, pág. 119). Para el tratadista argentino, esta precisión es fundamental, en

tanto “no clasifica a los hombres en "locos" de competencia médica y "cuerdos" de competencia judicial, sino en hombres a los que en el momento del hecho puede exigírsele o no la adecuación de su conducta a derecho. Con ello queda definitivamente claro que la imputabilidad penal es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito ilustra con los actos de su ciencia” (Zaffaroni, 1999, pág. 119)

En igual sentido, Jiménez de Asúa, hace referencia a una formulación “psiquiátrico-psicológica- jurídica”, que constituye para el autor “un giro mixto en el que se hace constar “que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho” (Citado por García Ramírez, 1981).

Frías Caballero, también aborda el tema de la fórmula mixta de imputabilidad, apuntando lo siguiente: la fórmula mixta de inimputabilidad, a diferencia de las otras, se basa implícitamente en el pensamiento de que la estructura óptica de la persona humana está integrada por cuerpo, alma y espíritu. Estructura óptica que se refleja en la triple dimensión del concepto de imputabilidad y en su contenido estratificado (Citado por Matkovic, 2002).

Pavon Vasconsuelos, por su parte, establece la existencia de un criterio jurídico específicamente, el cual se concretaría en la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme a dicha comprensión: “de manera que la imputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho”. (Pavon Vasconsuelos, 2004, pág. 232)

Para finalizar la exposición sobre los métodos para determinar la imputabilidad —o las causas que conllevan a la inimputabilidad— se estima útil hacer un llamado de atención sobre lo expuesto por Roxin en este aspecto. Para el doctrinante alemán, si bien en un modelo mixto la determinación de las causas patológicas le corresponderá al perito legista, mientras que el efecto psicológico será tarea del juez, quien realizará el juicio de inimputabilidad tomando como base el dictamen médico, los peritos han malinterpretado su

función en esta dinámica pues se han limitado a verificar la existencia o inexistencia de una alteración o anomalía psíquica. En palabras de Roxin se tiene que:

El perito también puede pronunciarse sobre el efecto de inimputabilidad, esto es, manifestando «hasta qué punto el sujeto era asequible a la norma en el momento del hecho», «si la norma jurídica tuvo siquiera la posibilidad de surtir efecto en el proceso de motivación del sujeto. La función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma» Al final lo determinante es la convicción del juez atendiendo a criterios valorativos, y en este campo el experto perito no puede suplantarlos. (Rinaldoni, 2012, pág. 18)

4. La inimputabilidad y los presupuestos generales de su existencia

La mayoría de los Códigos Penales del mundo, al definir la inimputabilidad, desarrollan una fórmula en la que determinan sus presupuestos: ausencia de la capacidad de comprender y entender la ilicitud o de la antijuridicidad de la conducta o la imposibilidad de dirigirse conforme a esta comprensión; y de forma paralela sus causas: fenómenos biológicos, psicológicos o psiquiátricos. Es importante subrayar que para que un sujeto sea inimputable, la enfermedad o las causas psiquiátricas o biológicas deben haber comprometido la libertad en relación con la valoración del hecho. (Donna, 1998, pág. 56)

Nodier Agudelo (Citado por Gaviria Trespalcios, 2005, pág. 8) entrega una definición de inimputabilidad que resulta apropiada para explicar con fluidez los elementos de esta categoría jurídico penal, así:

Inimputable es, al contrario del imputable, el sujeto que al ejecutar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de orientar su comportamiento de conformidad con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o circunstancias socio-culturales específicas. La presencia demostrada de una de estas situaciones le impide al sujeto percatarse de que está lesionando o poniendo en riesgo determinado bien jurídico típicamente tutelado, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica, a pesar de percibir la ilicitud de su conducta. Al respecto, Agudelo Betancur comenta: “Y es que en esto consiste la inimputabilidad: no en la capacidad de comprenderla

realización del hecho, sino en la incapacidad de comprender la ilicitud o antijuridicidad de éste” (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 8)

4.1 Los presupuestos de la imputabilidad

A continuación se realizará primero un análisis de los presupuestos de la imputabilidad en el plano normativo:

- *La capacidad del sujeto de conocer y comprender la antijuridicidad de la conducta típica.*

Para Donna, este elemento se refiere a la capacidad del sujeto para haber captado y examinado la realidad, para haber interpretado si su acto violaba la norma penal; dicho de otro modo el sujeto debe tener la conciencia de la antijuridicidad material, es decir, debe ser consciente del desvalor de su acto y de la posibilidad de motivarse en la norma.

Para ser más claro aún, lo que está en juego es la capacidad de la persona para captar las consecuencias de su acción en el ámbito normativo, y, si en base a esa comprensión, igual decidió llevar a cabo su conducta. Tal comprensión viene dirigida por la idea del valor del acto en el medio en que el sujeto se mueve. Tal captación de sentido del acto, es obvio que está dirigido por la libertad del sujeto, que se encuentra amenazada por la decisión. En síntesis, como bien afirma Schaeffler, “La comprensión designa un esfuerzo cognoscitivo de tipo especial” (Donna, 1998, pág. 56)

De manera, que el sujeto lo que debe conocer y comprender es el valor negativo de su actuación, la forma como ésta es contraria a la norma jurídica. Es claro que para conocer el desvalor de algo, es preciso primero conocer (interiorizar) su valor.

Frías Caballero señala que la capacidad de comprensión “es mucho más que una simple capacidad intelectual porque está referida al conocimiento del desvalor. Se trata, en efecto, de captar o aprehender una calidad disvaliosa del acto: un conocimiento meramente teórico o discursivo y racional; un saber o entender puramente intelectual” (Frías Caballero, citado por Barbero & Salduna, 2007, pág. 118).

Por su parte Gaviria Trespalacios ofrece una explicación muy clara sobre la forma como debe asimiliarse esa capacidad de entender. Veamos:

El primer elemento del fenómeno se refiere al necesario entendimiento que ha de tener el sujeto de que está vulnerando con su conducta y sin justificación legítima el bien jurídico penalmente protegido. La capacidad de entender, como facultad intelectual perteneciente a la esfera cognoscitiva, es la posibilidad de conocer, comprender, discernir, discutir y criticar los motivos de la propia conducta y, por lo tanto, de apreciarla en sus relaciones con el mundo externo, en su dimensión y en sus consecuencias. (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 8)

Con lo anterior, se puede sostener que la comprensión a la que se hace referencia en el tema de la imputabilidad, tiene que ver con la capacidad del individuo de internalizar, de interiorizar una valoración jurídica del disvalor de su conducta.

En consecuencia, se puede decir que una persona no comprendió la criminalidad de su acto, cuando no pudo conocer que la antijuridicidad de su conducta era penalmente relevante, cuando no pudo advertir como negativo el disvalor contenido en la misma, razón por la cual no podrá motivarse conforme a derecho. (Rinaldoni, 2012, pág. 29)

- *La capacidad del sujeto de orientar, de adecuar su conducta conforme a esa comprensión.*

Siguiendo a Gaviria se tiene que esta capacidad del sujeto de dirigir su conducta de conformidad con esa comprensión, tiene que ver con la capacidad de querer, al libre albedrío de los seres humanos para actuar en sentido contrario a la ley pudiendo y debiendo obrar conforme a derecho.

La capacidad de querer, como facultad perteneciente a la esfera volitiva, es la posibilidad de determinarse basándose en motivos optativos y seleccionados, la de elegir la conducta más apropiada entre diversas alternativas y, por consiguiente, de abstenerse frente a los estímulos externos o de re-frenar los impulsos internos e inhibir la actuación. (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 8)

Ronaldini explica que aun cuando el sujeto haya comprendido la criminalidad del acto, se encontrará imposibilitado de dirigir sus acciones, cuando en el momento de cometer el delito se vea impedido de gobernar su conducta o de autodeterminarse de conformidad con dicha comprensión.

En estos casos, por más que el agente comprenda la antijuridicidad de la conducta, no podrá adecuar la misma conforme a dicha comprensión, debido a la existencia de alguno de los presupuestos biológicos previstos las normas que actúan impidiéndole contrarrestar sus impulsos mediante la inhibición de los mismos. Estos trastornos recaen, no tanto en la esfera intelectual o afectiva del sujeto, sino principalmente sobre su voluntad, encontrándose el autor «seriamente limitado, en forma análoga a la coacción, sólo que la limitación no proviene en este caso del medio externo, sino del propio psiquismo del autor. [...] (Zaffaroni, citado por Rinaldoni, 2012, pág. 30).

Resulta enriquecedor para la explicación sobre esa capacidad de querer que se ha explicado hasta el momento, la perspectiva que sobre la misma aporta Sergio García Ramírez. Para el tratadista mexicano esa capacidad de querer debería ser entendida, más bien, como capacidad de obrar autónomamente, como una capacidad de libre acción –no como una capacidad de querer, en el sentido de orientarse volitivamente de cierta forma–. Para García, esta capacidad tiene que ver más con el actuar que con el desear: “o que importa, en definitiva, es que el delincuente pueda determinar libremente su conducta y actuar, asimismo, con libertad, al margen de presiones o seducciones imperiosas, que vinculen, determinen, rijan inexorablemente su conducta” (García Ramírez, 1981, pág. 6)

Zaffaroni –en el mismo orden de ideas que Ramírez y Ronaldini– explica como lo importante en el presupuesto de la imputabilidad que se está estudiando no es la libertad (lo que muchos relacionan con la capacidad de querer) sino la posibilidad de autodeterminación.

La autodeterminación, la libertad de la voluntad o el arbitrio, no es la libertad misma, sino un presupuesto de la existencia, en la que puede alcanzarse la libertad. Desde este punto de vista resulta claro que la culpabilidad no presupone la libertad del hombre -lo que sería absurdo-, sino sólo su autodeterminación. La libertad es un problema moral y no jurídico en sí mismo, puesto que el derecho no puede referirse a la libertad más que como su posibilidad. La autodeterminación que presupone la culpabilidad siempre tiene un límite, puesto que el hombre siempre es prácticamente capaz de un cierto grado de autodeterminación, como consecuencia de "ser-en-el-mundo", es decir, de ser siempre en una circunstancia concreta. La autodeterminación entendida como libre arbitrio o albedrío, ilimitado, eliminaría la culpabilidad, en primer lugar, porque la acción humana así entendida

carecería de cualquier motivo o razón, sería un simple "porque sí" y, además, en segundo lugar, se perdería toda posibilidad de imputación, dada la pérdida de identidad del agente, que se iría "haciendo" a cada momento. (Zaffaroni, 1999, pág. 38)

Es fundamental en este punto, recordar que para Zaffaroni la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad, comprendida por dos elementos esenciales: 1.) la capacidad psíquica del sujeto para ser sujeto del requerimiento o exigencia de la comprensión de antijuridicidad y 2.) la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esa comprensión. Y es en esta dinámica donde entra el tema de la autodeterminación, pues cuando no se registran las condiciones para la imputabilidad, se ocasiona un estrechamiento en el ámbito de autodeterminación de los individuos, originando la inimputabilidad – no obstante, existen casos en los que el estrechamiento de la autodeterminación no llega a ser de tal grado para originar la incapacidad psíquica de culpabilidad–.

Por último debe anotarse que tanto la capacidad de comprensión como la capacidad de conducirse de acuerdo a esa comprensión deben verificarse en cada caso concreto –no en abstracto– en relación con el tipo delictivo que corresponda.

4.2 Las causas de inimputabilidad.

Si bien la legislación de cada país posee la libertad de configuración normativa de los factores que pueden causar inimputabilidad, ya se ha explicado que de forma general la fórmula mixta –que combina conceptos de tipo biológico, psicológico, psiquiátrico y de valoración normativa– es comúnmente la más utilizada.

Para realizar el análisis de los presupuestos de la imputabilidad –los cuales de forma negativa se convierten en las causas de inimputabilidad– se seguirá la propuesta realizada por Javier Gaviria Trespacios, en tanto el autor desarrolla estos conceptos de acuerdo con lo dispuesto por la normatividad colombiana, objeto de estudio fundamental del presente trabajo. No obstante, se debe advertir que de forma general, la doctrina–respetando las previsiones de cada país– ha incluido dentro de los elementos que pueden determinar la

ausencia de la capacidad de culpabilidad, la madurez mental, la salud mental y la conciencia.

Aclarado lo anterior, se puede retomar la clasificación de los presupuestos realizada por Gaviria, así: 1.) Los trastornos mentales 2.) La Inmadurez Psicológica 3.) la diversidad socio cultural. (Gaviria Trespalacios, 2005, págs. 10-17)

1. Los trastornos mentales

“El trastorno mental es aquella condición psicopatológica en que se encuentra el sujeto al tiempo del hecho, de suficiente amplitud, gravedad y afectación de las esferas cognoscitiva, volitiva o afectiva, que le impide ser consciente de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión” (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 10). De ahí que, para causar inimputabilidad el trastorno mental debe ser de tal magnitud que coloque al sujeto en la incapacidad para comprender la ilicitud o para dirigir su conducta.

Lo que interesa en estos casos no es el origen, etiología, evolución pronóstico del trastorno psíquico, sino su simultaneidad con el hecho ejecutado, la magnitud de la desorganización que causó en el psiquismo del ejecutor y el nexo causal que permite vincular en forma inequívoca el trastorno sufrido con la conducta realizada.

[...]

No obstante, si el trastorno mental no desbordó la capacidad de comprender la ilicitud (la del hecho típico), ni afectó gravemente la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, lo cual se investiga mediante el escrutinio de estado mental del sujeto en coetaneidad con el hecho y sus circunstancias, el agente debe ser sometido a las consecuencias penales implícitas en la noción de imputabilidad. Por ende, no se trata de cualquier trastorno mental, sino de aquel que se caracteriza, además de sus manifestaciones clínicas específicas, por la incapacidad de comprender y de determinarse. (Gaviria Trespalacios, 2005, págs. 13-15)

El mismo Gaviria, expone un catálogo de condiciones psicopatológicas que se pueden incluir entre los trastornos mentales causantes de inimputabilidad:

- El delirio

- Los distintos tipos de demencia
- Los trastornos amnésicos y otros trastornos cognoscitivos
- Los trastornos relacionados con sustancias
- La esquizofrenia y otros trastornos psicóticos
- Algunos subtipos de trastornos del estado de ánimo y de trastornos de ansiedad
- Los trastornos disociativos.
- Algunas formas de trastornos del sueño
- Algunos trastornos del control de los impulsos
- Algunos subtipos de retraso mental
- Determinados trastornos mentales debidos a enfermedad médica (Gaviria Trespalcios, 2005, pág. 15)

2. La inmadurez psicológica.

La madurez psicológica le puede faltar al autor, por dos causas distintas: de una parte, por no haber concluido un procesos natural, fisiológico, constituido por el transcurso normal de una fase de transición hasta la madurez que, al producirse en una determinada edad, lleva generalmente consigo capacidad de conocimiento y de determinación; de otra parte, por un obstáculo enfermizo, de base patológica, al natural desarrollo (García Ramírez, 1981, pág. 12).

Entre las circunsntancias que pueden causar inmadurez psicológica se encuentran: la minoridad, la sordomudez, algunas, formas de retraso mental y ciertos subtipos de trastornos de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia (Gaviria Trespalcios, 2005, pág. 15)

Ahora bien, es imperativo manifestar que las causas de inmadurez psicológica descritas, no consituyen por sí solas la cuestión de la inimputabilidad, puesto para que esta se configure es preciso que exista por parte del individuo la incapacidad de comprender o determinarse de acuerdo con esa comprensión : “es por las consecuencias de los fenómenos de inmadurez o de enajenación por lo que el sujeto llega a ser inimputable. La inmadurez o la enajenación hacen que el sujeto sea inimputable sólo en la medida en que ellas producen la incapacidad de comprensión y/o determinarse” (Agudelo Betancurt, citado por Gavria, 2005, pág. 16).

3. La Diversidad Sociocultural.

Esta causa de inimputabilidad, se encuentra reservada en el ordenamiento jurídico colombiano a “las comunidades indígenas y para otros grupos sociales aislados y marginados que no se inscriben dentro de la órbita social dominante, parte hoy en día del principio constitucional de que Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural” (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002).

Debe considerarse que muchas comunidades que habitan el territorio nacional poseen una cosmovisión ancestralmente diferente a la común en la sociedad colombiana. Por lo cual de acuerdo con los principios del Estado Social de Derecho, se deben respetar sus diferencias, creencias, usos y costumbres.

En estos casos, es la mirada antropológica y sociológica, y no la médica, la que puede dilucidar la circunstancia. Los indígenas y otros pobladores de este territorio geográfico pueden comprender perfectamente las superestructuras que rigen su devenir histórico, y actuar en consonancia, pero pueden desconocer ordenamientos que les son ajenos o, incluso, contrarios a sus creencias. (Gaviria Trespalacios, 2005, pág. 17)

No obstante, la pertenencia a una comunidad indígena o a otro grupo social marginal o aislado, no significa de forma inmediata la calificación de inimputabilidad, esta debe probarse en cada caso, determinando que esa circunstancia de diversidad sociocultural, originó en el sujeto la incapacidad de comprender la ilicitud de sus actos y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

5. Imputabilidad disminuida.

Tampoco existe en la doctrina un acuerdo sobre el asunto de la imputabilidad disminuida.

Zaffaroni explica que siempre hay grados de reprochabilidad, porque debe aceptarse que siempre hay grados de autodeterminación. De manera que cuando el ámbito de autodeterminación se encuentra muy reducido cesa entonces la exigibilidad jurídica y en consecuencia ya no habrá culpabilidad; por el contrario, cuando el ámbito de

autodeterminación se encuentre sobre el umbral mínimo de autodeterminación, si habrá culpabilidad.

Para el tratadista argentino, la culpabilidad es “un concepto eminentemente graduable”, en tanto los ámbitos de autodeterminación pueden ser de diferente magnitud y pueden existir distintos grados de culpabilidad.

El derecho no puede menos que reconocer que la capacidad psíquica de un sujeto no es algo que se da como blanco y negro, sino que hay una ininterrumpida secuencia de matices que pasan por todas las tonalidades del gris, hasta que en alguno de esos puntos la jurisprudencia penal -que va tratando de ponderar el esfuerzo que hubiese debido hacer el sujeto para evitar el injusto- concluye en que no es posible exigirle que se haya comportado de otra manera, sin perjuicio de seguir reconociendo que por sobre ese punto habrá una gama de grises más claros -hasta el blanco-, que representan ámbitos de autodeterminación cada vez mayores, y que por debajo del mismo seguirá otra gama de grises hasta el negro, que nunca pueden fundar la responsabilidad por un delito. El reconocimiento de que esta capacidad se da por grados, es innegable, puesto que no tiene contenido jurídico, sino óptico y ontológico. (Zaffaroni, 1999, pág. 174)

Por consiguiente, de acuerdo con el derecho penal en un cierto límite desaparece la exigibilidad del reproche, por lo tanto ya no hay lugar a los requerimientos jurídicos. Sin embargo, debe considerarse que dicha circunstancia no significa que “por debajo de ese límite todo da igual porque todos son por igual incapaces, ni tampoco que por sobre el mismo todos son igualmente culpables” (Zaffaroni, 1999, pág. 174)

Zaffaroni afirma que el límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad está puesto por una valoración jurídica, que exige hasta cierta magnitud de esfuerzo y no más, por lo tanto debe reconocerse que hay grados de inimputabilidad y de culpabilidad “Reconociendo esos grados, queda claro que se debe aceptar que hay sujetos imputables, pero cuya imputabilidad está disminuida en relación a otros que hubiesen podido cometer el mismo injusto” (Zaffaroni, 1999, pág. 175).

El autor explica, que si bien los seres humanos son capaces de autodeterminación, esta autodeterminación se da siempre en una circunstancia específica, la cual además se encuentra integrada también por las condiciones psíquicas y físicas de cada sujeto: “es

decir que, a cada momento, tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, no solo entre dos hombres, sino respecto del mismo hombre para conductas diferentes y también respecto del mismo hombre y de la misma conducta en momentos diferentes”. (Zaffaroni, 1999, pág. 175)

Todo lo expuesto hasta aquí, le sirve a Zaffaroni para ratificar que si existe una imputabilidad disminuida y que la misma es un caso particular de menor culpabilidad. A su vez, el autor plantea que en los casos en que se presente esta figura jurídica, debe permitírsele al juez aplicar una pena inferior al mínimo legal o una escala penal reducida.

Por esta razón se tiene que la naturaleza de la imputabilidad disminuida es la de una causa de atenuación de la culpabilidad, “que se refleja en una atenuación de la pena, pero como una necesaria consecuencia de la menor culpabilidad” (Zaffaroni, 1999, pág. 175).

Algunas circunstancias que pueden dar lugar a la imputabilidad disminuida son: las neurosis, los leves defectos demenciales o esquizofrénicos, los epilépticos fuera de las crisis con defectos de carácter, emociones y "shocks" que no provoquen trastornos mentales transitorios, depresiones durante la menstruación, el climaterio o el embarazo, senilidad sin demencia, estados de embriaguez incompleta, etc. En estos casos para concluir que existe imputabilidad atenuada –según Zaffaroni– se debe valor las circunstancias particulares de cada uno de frente a los principios generales.

En el caso del derecho penal argentino, si bien el Código Penal vigente no regula de manera expresa la imputabilidad disminuida, algunos autores –como Zaffaroni– ven en la cuestión de las emociones violentas– un ejemplo típico de culpabilidad disminuida. Enrique Bacigalupo distingue en el caso de la responsabilidad penal de los adolescentes, un supuesto de esta figura jurídica.

Los códigos penales de Alemania, Italia y España, contemplan supuesto en los cuales, si bien existe capacidad de control, la misma se halla sustancialmente reducida y por lo tanto, se reduce la culpabilidad, dando lugar a una causa de atenuación facultativa de la pena. (Rinaldoni, 2012, pág. 39)

II. La responsabilidad Penal de los Adolescentes en las Normas Internacionales.

1. Las etapas.

La responsabilidad penal de los menores, así como la implementación de un sistema de justicia penal especializado para esta población vulnerable, que promueva y garantice sus derechos fundamentales en la práctica, ha sido un proceso largo y complejo. Para la revisión de la evolución de este tema, se seguirá lo propuesto por Emilio García Méndez, en su artículo de investigación “Adolescentes y Responsabilidad Penal: un Debate Latinoamericano”.

De acuerdo con García Méndez, la responsabilidad penal de los menores de edad ha recorrido tres etapas, así:

1. La etapa del carácter penal indiferenciado.

Esta etapa va entre el Siglo XIX, desde el nacimiento de los códigos penales que tenían una tendencia específicamente retribucionista, hasta 1919.

Se encuentra caracterizada en relación con los menores de edad, por el tratamiento prácticamente igual que se les daba en comparación con los adultos (marcada promiscuidad). La excepción a esta regla, se encontraba constituida por los niños menores de 7 años, quienes se consideraban absolutamente incapaces (sus actos se equiparaban a los de los animales).

2. La etapa de carácter tutelar.

El origen de esta segunda etapa se halla en los EEUU de fines del siglo XIX. Es liderada por el llamado movimiento de los reformadores y responde a una reacción de profunda indignación moral frente a las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de mayores y menores en las mismas instituciones (García Méndez, 2000, pág. 1).

La experiencia de los Estados Unidos significó una gran influencia para Europa (específicamente para los países de Europa Occidental). Entre 1905 y 1920, casi todos los países de la región habían creado una legislación y una administración especializada en el tema de menores.

En América Latina, el cambio de Sistema de Justicia para Menores, es importado directamente de la experiencia recogida en Europa. A partir de 1919 –con la Ley Agote en Argentina– y por un período de tiempo aproximado de 20 años, todos los países latinoamericanos terminaron por adoptar el modelo tutelar.

Sin embargo, la aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en 1989, da un nuevo giro a este escenario, dando inicio de esta forma a la transición hacia una nueva etapa caracterizada por la separación, la participación y la responsabilidad.

La separación alude a la necesaria distinción –empezando por el terreno normativo– de los problemas de naturaleza social, de aquellos conflictos específicos en las leyes penales. El concepto de participación, hace referencia al derecho de los niños de formarse una opinión y expresarla libremente. Por último el concepto de responsabilidad en este contexto, se remite a la responsabilidad social y penal de los niños de conformidad –y de forma progresiva– con su madurez. (García Méndez, 2000, pág. 2)

3. La etapa de la responsabilidad penal de los adolescentes.

A esta tercera etapa, se le da inicio en Latinoamérica con el Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) de Brasil aprobado en 1990. Con este suceso se da inicio a la etapa de la protección integral en el largo proceso de dejar atrás los planteamientos de la etapa tutelar. (García Méndez, 2000, pág. 2)

Respecto al nuevo modelo de responsabilidad penal de los adolescentes, basado en la idea de la protección integral, García Méndez argumenta:

El modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes constituye una ruptura profunda, tanto con el modelo tutelar, cuanto con el modelo penal indiferenciado que hoy se expresa exclusivamente en la ignorante o cínica propuesta de baja de la imputabilidad penal. [...]

El carácter garantista de una legislación remite a una doble caracterización. Por un lado, al respeto riguroso por el imperio de la ley propio de las democracias constitucionales basadas en una perspectiva de los derechos humano hoy normativamente establecido y, por otro, a la existencia de mecanismos e instituciones idóneas y eficaces para la realización efectiva de los derechos consagrados. De este punto de vista, no existen dudas acerca de que la cara opuesta del garantismo es el subjetivismo y la discrecionalidad. (García Méndez, 2000, pág. 6)

2. Los instrumentos internacionales

En este apartado se presentará a manera de síntesis los principales instrumentos internacionales en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de forma general, así como de manera específica en relación con el proceso penal.

A. *La Convención sobre los Derechos del Niño* (Organización de las Naciones Unidas, 1989). (UNICEF , 2003, págs. 10-14)

La Convención fue proclamada el 20 de noviembre de 1989 por la ONU. Entre las disposiciones más importantes en materia de responsabilidad penal de este Tratado internacional, es preciso resaltar las siguientes:

1. El principio de no discriminación. Se deja claro que el sistema de justicia penal solo operará cuando exista la presunción de que un adolescente infringió la ley penal, siempre con independencia de otras valoraciones, sin importar su condición social o económica.
2. Le delega a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para que los derechos reconocidos por ella sean plenamente efectivo.
3. Reitera la prohibición de tratos crueles o degradantes.
4. Manifiesta el reconocimiento de las garantías tradicionales del debido proceso. Adicionalmente, impone a favor del adolescente otros derechos derivados de manera especial de su condición de menor, como la obligación de tener en cuenta su edad y situación particular.
5. El principio de participación. Se prioriza el reconocimiento de que los niños y niñas tienen derecho a participar y expresar su opinión, incluso en los procedimientos

administrativos y judiciales. Con este reconocimiento de su autonomía se les da a niños y niñas el reconocimiento de su capacidad para exigir derechos y responder por sus acciones.

6. El principio del interés general del niño, con cuyo establecimiento se deja claro que se deben tener en cuenta todos los derechos del niño, de conformidad con esta directriz, para la toma de decisiones respecto a esta población.

7. Las medidas que tomen los estados en relación con las infracciones penales cometidas por adolescentes deben ser proporcionales a la infracción cometida por el adolescente.

8. Que la detención, el encarcelamiento y la prisión de un niño será una medida de última ratio y durante el mínimo tiempo posible. Los Estados deben y la de adoptar medidas distintas a la internación en instituciones o centros de reclusión

9. El pronto acceso a la justicia, y todo el lleno de garantías a los niños que se encuentren privados de su libertad.

10. Hace el llamado a los estados partes, sobre la importancia de establecer una edad antes de la cual se presumirá que los niños carecen de capacidad para infringir la ley.

11. Obliga a los Estados partes para que tomen todas las medidas y políticas públicas necesarias para la consagración de un sistema especial de jurisdicción penal.

B. Las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (UNICEF , 2003) (Asamblea General de la ONU, 1985)

También son conocidas como las Reglas de Beijing -o Pekín. Esta normativa fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 28 de noviembre de 1985 mediante Resolución 40/33.

1. Prevén el establecimiento de un régimen especializado de justicia para los adolescentes en caso de que se vean en conflicto con la ley penal.

2. Señala sanciones y reacciones jurídicas distintas a las del confinamiento de menores en establecimientos de reclusión, que faciliten la reintegración de los menores a la sociedad.

3. Establece que todos los órganos encargados de hacer cumplir las leyes de responsabilidad penal juvenil, deben ser especializados en el tema y capacitados siempre en torno a los derechos de la niñez.
4. Indica que la prisión preventiva y definitiva son medidas excepciones y señala un catálogo de medidas alternativas a esta.
5. Determina otras garantías procesales, como el derecho a una defensa jurídica especializada, a la participación del adolescente en el proceso, entre otros.

C. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (o Reglas de Tokio)

Este instrumento fue aprobado por la Asamblea General en la resolución 45/110 de 14 de octubre de 1990, prevén diversas sanciones no privativas de la libertad así como varias medidas posteriores al fallo, cuyo propósito es el de prestar asistencia a los adolescentes que hayan delinquido y de esta forma alcanzar su pronta reinserción social.

D. Las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (o Reglas de La Habana). (UNICEF , 2003)

Estas reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU en la resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, tienen como objeto "establecer normas mínimas [...] para la protección de los menores privados de la libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en sociedad" (Asamblea General de la ONU, 1990).

1. La regla 11b) de esta normatividad determina la pauta para distinguir aquellos espacios donde realmente los niños y niñas están en privación de libertad de aquellos en los que están siendo albergados por el Estado, en los cuales la acción de protección no justifica, de ningún modo, una limitación al derecho fundamental a la libertad.
2. Estas reglas regulan con detalles las condiciones que deberán regir para los menores de edad privados de libertad, de forma que se garantice el respeto pleno de sus derechos: a)

obliga a los establecimiento a tener un registro completo de los jóvenes a su cargo y de los detalles de su internamiento; b) obliga a los establecimientos a ofrecer programas de formación y educativos para los menores; c) obliga a los establecimientos a mantener a los menores de edad separados por edad y sexo; d) Obliga a los centros a mantener espacios limpios y dignos; e) obliga a los centros a informarles a los menores sobre las medidas disciplinarias ya que están bajo control judicial, entre otras medidas que tienen el mismo sentido y apuntan hacia la protección de los derechos y garantías de los menores que se encuentran privados de la libertad.

E. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (o Directrices de la RIAD). (Asamblea General de la ONU, 1990) (UNICEF , 2003)

Fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en la resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

1. Estas reglas hacen énfasis tanto en la implementación como en la aplicación de "una política progresista de prevención de la delincuencia juvenil".
2. Hacen énfasis en el papel del estado para evitar la delincuencia mediante la prestación de los servicios básicos necesarios, oportunidades de empleo, generación de vida dignas, especialmente para aquellos grupos que corren mayores riesgos de tipo social.
3. Recomiendan a los Estados fortalecer sus políticas en temas como el apoyo a las familias de escasos recursos, la promoción del deporte y actividades culturales y recreativas para los jóvenes, la participación de las familias y de los jóvenes de la vida en sociedad.
4. Recomienda que las políticas públicas del Estado sean de amplia cobertura, para que se beneficien todos los sectores, especialmente los más marginados.
5. obliga a los Estados a considerar las consecuencias de la política económica del país en los sectores más pobres de la sociedad.

III. La imputabilidad y su Tratamiento en el Marco de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes en Colombia.

Para dar inicio al estudio de la imputabilidad y su tratamiento en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, se considera oportuno hacer un llamado de atención sobre lo explicado por Fontán Balestra en las Terceras Jornadas de Derecho Penal, “la imputabilidad es una capacidad personal” (Citado por Zaffaroni, 1999, pág.111). Fontán, era muy preciso al determinar que la imputabilidad debe ser determinada en cada caso concreto en relación directa con el hecho atribuido. ¿Por qué? Porque se puede ser imputable para unos delitos e inimputable para otros. De manera que de acuerdo con las específicas circunstancias del momento “debe estimarse la naturaleza y características específicas de cada causa en particular y la medida de los efectos en cada individuo y para cada caso, con prescindencia de lo que pueda ocurrir con otras causas, otros hechos y otras oportunidades”. (Zaffaroni, 1999, pág. 111). Es fundamental considerar este planteamiento en relación con los menores infractores de la ley penal, en tanto muchas veces, al calor del debate, algunos doctrinantes o legisladores, olvidan que si bien los menores pueden cometer delitos, las condiciones que los rodean son particulares: primero, porque son sujetos que aún no han completado su desarrollo físico, psíquico y afectivo; y en segundo lugar, porque en relación con ellos se deben considerar otros factores como el entorno familiar y el medio en el que se desarrollan, situaciones que pueden hacer más compleja esta etapa. En todo caso, los niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal, no obstante merecen un tratamiento especial, también merecen en los procesos “garantías”, todas ellas de acuerdo con lo estatuido por los instrumentos legales internacionales y el mismo derecho interno.

Para explicar la evolución del asunto objeto de estudio en este trabajo, es pertinente ubicar sus antecedentes. En este orden de ideas, se debe empezar por mencionar el Código Penal de 1980 (Decreto-Ley 100 de 1980), el cual –en su artículo 34–señalaba que los menores de edad quedarían sometidos a una jurisdicción y tratamiento especiales en el marco de la responsabilidad penal que pudiera atribuírseles.

El artículo 31 del mismo Código al explicar el tema de la inimputabilidad indicaba los factores que la constituían: la ausencia de capacidad de comprender la ilicitud de un hecho o la ausencia de determinarse de acuerdo con esa comprensión, la inmadurez psicológica o trastorno mental. En definitiva, se tenía que para los menores de 18 años la regla para la inimputabilidad estaba dada de forma exclusiva por el factor de la edad.

Más adelante, esta norma fue modificada por el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en los siguientes términos: “Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años”. A su vez, el artículo 30 de esta normatividad, disponía que los menores se hallaban en situación irregular cuando hubiesen sido autores o partícipes de una infracción penal (numeral 3, artículo 30).

Con todo, el Código del Menor de 1989 fue esencialmente una legislación proteccionista en relación con la responsabilidad penal de los menores, en cuyo contexto las medidas aplicables tenían un carácter eminentemente pedagógico y de protección dirigidas a la rehabilitación de los sujetos, sin embargo, debe aclararse que esta ley encontraba enmarcada en la doctrina de la “situación irregular”, de la protección en términos de tutela, con las consecuencias que tales principios tienen para los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En 1991, se promulgó la nueva Constitución Política de Colombia amparada bajo los principios de la dignidad humana, la prevalencia del interés general y la solidaridad, entre otros principios propios de un Estado Social de Derecho. En los artículos 44 y 45 de la Constitución, en el título sobre los Derechos económicos, sociales y culturales, se señalaron los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, garantías de estricta observancia para toda la sociedad. En el mismo año, entro en vigencia para el país la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Es menester recordar que con la CIDN, se realizó una transición de un sistema tutelar a un sistema de protección integral en relación con los derechos de los menores. De igual forma, como ya se estudió en el capítulo anterior, la firma y ratificación de este instrumento por parte de los Estados Partes, les obligaba a implementar todas las medidas, políticas públicas y en general disposiciones normativas que garantizaran la puesta en marcha y

efectividad real de todos los principios y preceptos de la Convención, que como ya se ha advertido, señalaba de forma especial a los niños como sujetos de derecho y ya no como simples objetos de tutela.

El primer paso para abonar el camino de hacer efectivos en la legislación colombiana lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los niños, se realizó al señalar en el artículo 33, de la Ley 599 de 2000 –Código Penal del país– el sometimiento de los menores de 18 años a un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Es importante consignar, a tenor literal, el mencionado artículo 33 del Código Penal vigente, pues además en esta norma al establecerse la regla general de inimputabilidad se agrega entre los factores que pueden ocasionarla “la diversidad sociocultural o estados similares”. Observemos:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

De manera que con la modificación instituida por el nuevo Código Penal, ya no se hace referencia a los menores de 18 años como inimputables, por el contrario, del precepto transcrito se extrajo la necesidad de crear un Sistema separado y exclusivo de Responsabilidad Penal para Adolescentes. En consecuencia, debe reconocerse que los menores de 18 años sí son imputables penalmente, solo que ahora para efectos de garantizar sus derechos y la finalidad educadora que tiene la pena para ellos se configuró un régimen penal especial para su tratamiento.

El mencionado artículo 33 del Código Penal, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad en el 2001, en tanto se consideraba una norma “inequitativa” e “injusta”, que atentaba contra la protección efectiva de la niñez, toda vez que consagraba un régimen de responsabilidad penal sin atención alguna a los principios constitucionales que

consagran la especial protección a los niños, ni la normatividad internacional respectiva. En esta oportunidad la Corte Constitucional (Sentencia C-839 de 2001), al estudiar el cargo previamente reseñado declaró exequible la disposición relativa al sometimiento de los menores a un Sistema de Responsabilidad Penal Especial, en tanto consideró que de ninguna forma dicho sistema violaba la protección especial a los niños concedida por la legislación nacional e internacional.

Los menores que se encuentran en situación irregular y quebrantan el ordenamiento jurídico, son responsables frente al Estado por las consecuencias de su conducta. Adicionalmente, son los propios instrumentos internacionales los que reconocen la legitimidad de los procesos de índole penal adelantados por el Estado contra los menores infractores, estableciendo, eso sí, como fin primordial, la rehabilitación y educación del individuo que ha infringido la Ley. El reconocimiento de que los menores pueden ser sometidos a la jurisdicción de un tribunal (o de un juez) para que se resuelva su responsabilidad jurídica como consecuencia de la realización de una conducta penalmente reprochable, es entonces una realidad del derecho que no puede ser desconocida con el argumento de que los menores gozan de una protección especial por el Estado y la comunidad mundial. Ello más bien contribuye a que los Estados refuercen las medidas legislativas y administrativas para obtener que, en el desarrollo del proceso penal, se respeten con especial cuidado los derechos sustantivos y procesales del menor inculcado y se busque, antes que la imposición de sanciones represivas, la aplicación de medidas de índole educativa y resocializadora para alcanzar la integración social del menor. Estos objetivos, el de garantizar un proceso justo y respetuoso de los derechos del menor infractor y el de propender hacia su resocialización, se encuentran ampliamente modelados en los instrumentos internacionales. (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Antes de continuar con la presentación de la evolución en el tratamiento de la imputabilidad y de la responsabilidad penal de los menores infractores, resulta importante tomar en consideración los derroteros o directrices sobre los cuales debe ceñirse el legislador en materia de configuración normativa penal en Colombia. Esto resulta importante, en atención al tema que nos ocupa, en tanto es preciso tener en cuenta que si bien el legislador en ejercicio de su potestad de configuración normativa puede tomar diversas decisiones y adoptar modificaciones, siempre debe hacerlo sin comprometer la

integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución – entre ellos, todos los relativos a los niños, niñas y adolescentes–.

En la Sentencia, C-365 de 2012, la Corte Constitucional sistematizó la jurisprudencia sobre los criterios constitucionales que debe respetar el legislador al hacer uso de su margen de configuración en materia penal, de la siguiente forma:

1. Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal [...]
2. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad [...]
3. El principio de legalidad, de acuerdo con el cual, cuando haya lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley, ya que al ser una libertad personal, la Constitución establece una estricta reserva legal [...]
4. El principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual “sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente” [...]. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. [...]
5. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, de acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso [...]
6. Por último encontramos al bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la redacción de las normas penales [...]

Estos principios, sistematizados por la Corte Constitucional poseen una gran relevancia, por cuanto cualquier modificación que realice el legislador a las normas vigentes en materia de responsabilidad penal de los adolescentes, debe efectuarse con total ajuste a los mismos. No es posible, específicamente en el caso de los menores de edad, que el cambio de directrices jurídicas se produzca por motivos exclusivos de política criminal o por la necesidad de cumplir con compromisos en el plano internacional. En el caso de las niñas, niños y adolescentes, además de los puntos ya revisados, debe estarse a lo dispuesto sobre

la prevalencia de sus intereses y sus derechos fundamentales consignados de forma especial.

Retomando nuevamente el eje central de este análisis, es preciso ilustrar ahora un nuevo momento en este desarrollo legal de la responsabilidad penal de los menores en el ordenamiento jurídico Colombiano. La Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que fue promulgada en Noviembre de 2006 y empezó a implementarse de forma gradual en el país a partir de enero del 2007, significó una transformación en el modelo legal del tratamiento a la responsabilidad penal de los niños y adolescentes imperante hasta ese momento. Se verifica desde su puesta en vigencia existe un cambio en los principios que integran la acción punitiva del Estado frente a los adolescentes (menores de 18 años y mayores de 14). A partir de aquí, se considera al menor un sujeto de deberes y derechos y se tienen en cuenta lo siguientes aspectos:

- Que cuando un adolescente ocasione un daño con un delito, dicho daño debe ser reparado por el mismo y por sus padres o representantes legales.
- Que las medidas de seguridad o las sanciones que se le han de aplicar a los adolescentes deben ser de carácter restaurativo, educativo y protector, con la participación de la sociedad y de la familia.
- Que para la imposición de la pena debe considerarse no solo la gravedad del delito, sino además las circunstancias del adolescente infractor.

De acuerdo con el artículo 139 de la Ley 1098 de 2006, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es “el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible”.

En este orden de ideas, las medidas que se adoptan dentro de este sistema son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a los principios orientadores del modelo de la protección integral. Los procesos que se

realizan dentro del marco del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil deben garantizar tres puntos fundamentales: la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

El artículo 140 de la Ley en estudio, estatuye como frente a los conflictos de carácter normativos entre esta y otras leyes, las autoridades deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral y los principios pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema. El párrafo de la norma en referencia prohíbe que los principios de la protección integral sean usados como excusa para violar los derechos y las garantías de los niños, las niñas y los adolescentes del país, que se encuentren en el marco de un proceso del tipo aquí señalado.

Es necesario realizar una precisión sobre el interés superior del niño y los principios pedagógicos que guían esta normatividad, para comprender sus diferencias y la importancia de que este sistema jurídico repose en bases más sólidas que la prevención especial.

En cuanto a la primera cuestión, es preciso señalar que el criterio del interés superior del menor remite directamente al ámbito personal y familiar de éste y obliga a observar circunstancias relativas a su bienestar y desarrollo, lo que lo distingue del criterio educativo y resocializador, de marcado carácter colectivo. Continuando con la comparación: mientras la reeducación se dirige a evitar la comisión de futuros delitos por parte del menor y con ello proteger a la sociedad frente a éste, la atención del interés superior del menor garantiza su desarrollo autónomo libre e independiente, permitiendo que sea agente activo de su proceso de afrontamiento y resistencia. De este modo, y aun a riesgo de resultar artificialmente provocador, resulta conveniente trazar una línea divisoria entre ambos criterios y, en consecuencia, rechazar la lectura del interés superior del menor como prueba de la finalidad preventiva especial o reeducativa del derecho penal juvenil. con independencia de que se analice con detalle la orientación preventiva del régimen penal de menores vigente en nuestro país, distinguir entre el principio educativo-resocializador y el criterio del interés superior del menor permite observar los resultados de la intervención penal desde una perspectiva multidisciplinar, más rica y flexible que la interpretación sesgada, excesivamente focalizada en la prevención del delito –en último término, en evitar la reincidencia del menor infractor –, a que conduce reducir la función del interés del menor a confirmar la preeminencia del principio educativo (Cruz Márquez, 2011, pág. 244).

En relación con los principios aplicables al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, se tienen todos aquellos principios consagrados en la Constitución política de 1991 y aquellos que se encuentran en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Es conveniente señalar que la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y de la Adolescencia– enfatiza de forma especial en la observancia de los siguientes principios:

- El derecho al debido proceso penal.

- La observancia de las garantías procesales generales, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

- Los adolescentes autores o partícipes de una conducta punible, tienen derecho a gozar como mínimo, de los derechos y garantías establecidos en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal de Colombia.

- Los adolescentes, no pueden ser investigados, acusados ni juzgados por delitos que no estén previamente definidos, de manera expresa e inequívoca en la ley penal. Igualmente no se les podrá sancionar sino a través de medidas definidas en el mismo Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

- Las actuaciones procesales y la identidad de los procesados en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal de los menores goza de reserva.

- Los adolescentes durante toda la actuación procesal (aún antes de la imputación) deben tener un apoderado que adelante su defensa técnica, tanto así, que ninguna actuación procesal será válida si no está presente dicho apoderado.

- La garantía de la observancia del principio de inmediación para las actuaciones procesales que se adelanten durante el juicio.

- Se respeta la jurisdicción indígena, para el juzgamiento de los adolescentes pertenecientes a estas comunidades.

- La Ley prohíbe de forma especial que en el marco de este tipo de procesos procedan los acuerdos entre la Fiscalía y el acusado.

- Los adolescentes sometidos a procesos judiciales por responsabilidad penal no serán juzgados en su ausencia.

- Las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial.

- Las entidades competentes deberán hacer compatibles los sistemas de información para llevar el registro de los adolescentes que han cometido delitos, con el objeto de definir los lineamientos de la política criminal para adolescentes y jóvenes.

- De acuerdo con el artículo 161 de esta Ley, la pena privativa de la ley, es una medida excepcional y pedagógica. Por lo tanto, la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años.

Bien se puede decir que el artículo 169 de la Ley señala la cláusula general de responsabilidad en relación con los adolescentes, así: “Las conductas punibles realizadas 13 Responsabilidad Penal Juvenil-Efectividad de las Sanciones por personas mayores de

catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley”.

Llegado a este punto, es primordial hacer referencia al tema de las sanciones que de acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia se les pueden aplicar a los menores que han sido encontrados penalmente responsables, a saber:

1. La amonestación.
2. La imposición de reglas de conducta.
3. La prestación de servicios a la comunidad.
4. La libertad asistida.
5. La internación en medio semicerrado.
6. La privación de libertad en centro de atención especializado.

La misma Ley establece que estas sanciones solo podrán ser cumplidas en programas o centros de atención especializados que deberán acogerse a los lineamientos técnicos dados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es importante resaltar que una de las exigencias fundamentales de la ley en relación con la aplicación de estas sanciones es que los adolescentes se encuentren vinculados al sistema educativo.

Las finalidades consignadas en la Ley para estas sanciones son, como se había anotado previamente, de carácter protector, educativo y restaurativo. Se determina que estas sanciones deberán ser aplicadas con el apoyo de la familia y de especialistas, con lo que se observa una vez más, el papel fundamental que tiene el entorno familiar para que los fines previstos para estas sanciones puedan ser efectivamente alcanzados.

El artículo 179 de la Ley bajo estudio – Código de la Infancia y de la Adolescencia– define los criterios para la definición de las sanciones, como sigue a continuación:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.

2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.

3. La edad del adolescente.

4. La aceptación de cargos por el adolescente.

5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.

6. El incumplimiento de las sanciones.

La disposición bajo análisis posee dos párrafos que vale la pena subrayar:

1. Que los adolescentes, entre 14 y 18 años, que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en la Ley, deberán pasar el tiempo de sanción que les resta en internamiento.
2. Que el incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

El artículo 180 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala cuáles son los derechos que poseen los menores infractores de la ley penal –teniendo en cuenta el tema de la imputabilidad– durante la ejecución de las sanciones, así:

- Los derechos consagrados en la Constitución Política de 1991 y los otros derechos a los que hace referencia la misma ley y que ya fueron descritos en el apartado anterior.
- El adolescente tiene derecho a ser mantenido preferentemente en su medio familiar siempre y cuando este reúna las condiciones requeridas para su desarrollo.

- Derecho a recibir información sobre el programa de atención especializada en el que se encuentre vinculado, durante las etapas previstas para el cumplimiento de la sanción.

- Derecho a recibir servicios sociales y de salud por personas con la formación profesional idónea, y continuar su proceso educativo de acuerdo con su edad y grado académico.

- Derecho a comunicarse reservadamente con su apoderado o Defensor Público, con el Defensor de Familia, con el Fiscal y con la autoridad judicial.

- Derecho a Presentar peticiones ante cualquier autoridad y a que se le garantice la respuesta.

- Derecho a Comunicarse libremente con sus padres, representantes o responsables, salvo prohibición expresa de la autoridad judicial.

- Derecho a que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden y respecto de la situación y los derechos que al adolescente le corresponden.

Claramente, es primordial tener en cuenta estos referentes normativos, en tanto constituyen una materialización del imperativo fundamental del respeto y el carácter superior y prevaleciente de los derechos e intereses de los niños, instituidos por la Convención Internacional y el ordenamiento jurídico interno.

No obstante, los avances que se han registrado en el país hacia la construcción y consolidación de un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, más acorde con los derechos fundamentales y los principios que deben regir esta materia, debe anotarse que aún falta mucho camino por andar. Un buen ejemplo es la remisión a las reglas del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en relación con los procesos de la justicia penal de los adolescentes, en tanto dicha remisión aqueja en muchos casos un vacío e indeterminación positiva. De esta misma forma se manifestó la Corte Constitucional en Sentencia C-684 de 2009 al realizar el estudio de una demanda de inconstitucionalidad

contra un aparte del artículo 191 de la Ley 1098 de 2006 (en esta disposición se establece que por solicitud del fiscal, la cual contendrá la acusación, el juez de control de garantías enviará la actuación al juez de conocimiento para que este cite a audiencia de juicio oral dentro de los 10 días hábiles siguientes).

Dado el alto grado de indeterminación normativa verificado en el precepto acusado, del cual se derivan importantes obstáculos para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de los adolescentes sorprendidos en flagrancia y que en cierta medida también desnaturalizan la presunción de inocencia, y habida cuenta del mandato contenido en el principio de legalidad en materia penal y los principios de especificidad y diferenciación que rigen el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, la Corte encontró viable exhortar al Congreso de la República para que revise la cuestión y decida la necesidad de expedir una normativa que regule el procedimiento para la investigación y juzgamiento de los adolescentes sorprendidos en flagrancia. (Corte Constitucional, 2009).

Finalmente para concluir este capítulo del trabajo, en el que se ha estudiado el tema de la imputabilidad y su tratamiento en el marco de la responsabilidad penal de los adolescentes, es importante manifestar que – de forma personal se considera que– los menores de edad en Colombia sí son imputables (entre los 14 y los 18 años), y lo son en el marco de un sistema de justicia penal especializado para ellos. De acuerdo con el principio de culpabilidad que se deriva de la Constitución Política de 1991, recogido también por el Código Penal –Ley 599 de 2000, artículo 12– no puede haber penas sino en aquellas conductas realizadas con culpabilidad. Lo que sucede es que existe una menor culpabilidad en relación con los menores, y por ello si bien sus conductas infractoras de la ley penal son punibles, lo son en una medida distinta a las realizadas por los adultos, en tanto como ya se ha advertido en varias ocasiones son seres que no han completado su proceso de crecimiento físico y afectivo. De manera que siendo imputables, son objetos de unas penas alternativas, penas con un carácter eminentemente pedagógico. Un sector de la doctrina –e incluso de la jurisprudencia nacional e internacional– se refiere a la imputabilidad de los menores como una imputabilidad “diferenciada”, otro sector alega que la responsabilidad penal de los menores constituye un caso de “imputabilidad disminuida”, incluso hay quienes alegan una inimputabilidad de los menores, en todo caso en lo que sí existe acuerdo es que en el caso

de los menores existe un grado menor de culpabilidad, que sin constituir un eximente propiamente dicho, ocasiona la necesidad de un tratamiento especial acorde con su condición.

Vale la pena anotar, que la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para explicar la naturaleza de la imputabilidad de los menores en el Sistema de Responsabilidad Penal del País, ha acogido la tesis de la imputabilidad diferenciada. Veamos:

Actualmente, la opinión dominante en el derecho contemporáneo considera que, a partir de cierta edad (que en nuestro país es a los catorce años), los menores no sólo son titulares de derechos con capacidad para ejercerlos por sí mismos, sino que a la vez deben responder ante el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, por lo que podrían estar sometidos al poder punitivo del Estado en los eventos en que cometan violaciones a la ley penal, pero siempre bajo el criterio de imputabilidad diferenciada, es decir, de aquella en la que se tiene en cuenta tanto sus condiciones personales como el grado de evolución de sus facultades, en aras de imponerles una medida, no asimilable al tradicional concepto de pena, que pretenderá reintegrarlos a la sociedad. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

De igual modo, se señala allí que no es posible sostener que todos los menores son inimputables en materia penal en razón de una supuesta o presunta inmadurez psicológica, advirtiendo, entonces, que la minoría de edad (por lo menos a partir de los catorce años) no implica una deficiencia total en el individuo para comprender la ilicitud de su comportamiento o para adecuarlo conforme a esa comprensión.

En ese orden de ideas, se destaca que “el modelo adoptado por el sistema penal para adolescentes de Colombia es uno de los que en la doctrina se han denominado de responsabilidad, es decir, que corresponde a un procedimiento independiente, especializado y autónomo, revestido con la garantías básicas del debido proceso, a la vez que reforzado con otras de índole especial, en el que el adolescente es susceptible de ser declarado responsable por la realización de una conducta punible de graves connotaciones, pero con la particularidad de que la consecuencia jurídica adoptada por el funcionario no puede ser catalogada como pena en un sentido tradicional del término, sino como una medida que tan

sólo pretende ser educativa y busca su reintegro a la sociedad”. (Corte Suprema de Justicia, 2012).

IV. La imputabilidad y su Tratamiento en el Marco de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes: Latinoamérica

1. Argentina

Tal como ha sucedido en la mayoría de los países latinoamericanos, la evolución del sistema jurídico en relación con la responsabilidad penal de los adolescentes en Argentina ha sido lenta y objeto de grandes controversias. El centro del debate en el caso argentino se encuentra ubicado en el choque entre los sectores que respaldan y reclaman la adopción de desarrollos legislativos de corte verdaderamente garantistas –en consonancia con los preceptos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) DE 1989– y aquellas fracciones que con argumentos de arraigo proteccionista abogan por la baja de la edad de la imputabilidad.

Durante el siglo pasado, en Argentina rigió la Ley 10903, Ley del Patronato de Menores –conocida como la Ley de Agote por Luis Agote su principal impulsor. Esta ley se promulgó en Octubre de 1919 y tuvo vigencia durante 86 años, se encontraba basada en la llamada doctrina de la “situación irregular” y se encontraba caracterizada por la tendencia “tutelar”. (Garello, 2012)

La Ley de Patronato, consideraba a los menores como objetos de tutela y no como sujetos de derecho.

El sistema se caracterizaba por la intervención de ‘oficio’ en todos aquellos casos en que se advirtieran situaciones de ‘abandono moral o material’, sin darse una definición clara o taxativa de lo que debía entenderse por “abandono moral” o “abandono material”. La infancia se dividía entre los menores infractores o pobres, abandonados e incompatibles con las instituciones de la época, y los niños socialmente adaptados.

El Estado debía asumir la tutela de los niños en situación de carencia o infracción, institucionalizándolos en establecimientos destinados para tal fin. Los niños en peligro material o moral y aquellos acusados de cometer un delito no tenían garantías de defensa, y se consideraba a la infancia como incapaz para ejercer sus derechos. (Pagés, 2013, pág. 75)

De manera que con esta regulación jurídica, se les otorgaba a los jueces un amplísimo campo de acción discrecional para tomar medidas y decisiones en relación con los menores de edad que hubiesen cometido una infracción o delito o que se encontraran en situación de desamparo. Debe considerarse, además, que en el mayor de los casos las decisiones de los jueces afectaban la libertad y los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, sin garantía adicional que aquellas que obedecían al arbitrio del juzgador.

Ahora bien, el 20 de Noviembre de 1989 fue aprobada la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, instrumento internacional que fue ratificado por Argentina y entró en vigor en 1991. Cabe recordar, que el artículo 4 de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole que fueran necesarias para que los derechos que en ella se reconocían tuvieran una efectividad real.

Con este antecedente, hasta el mes de Octubre del año 2005, entra en vigencia en la Argentina la Ley Nacional 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Con esta Ley se incorporan verdaderamente al Ordenamiento jurídico nacional los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del niño. Se puede afirmar que el principal cambio que trae consigo esta nueva disposición es un conjunto de planteamientos, imperativos y políticas que consideran a los menores como sujetos de derechos, entre los cuales resulta vital resaltar los siguientes:

1. La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.
2. Todos los derechos y directrices señalados en la Convención son de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

3. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.
4. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.
5. El principio del interés superior del niño, niña y adolescente; la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley.
6. La condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.
7. La importancia de priorizar su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
8. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común
9. El imperativo que las políticas públicas de los organismos del Estado garanticen con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Sin restar importancia a esta Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, es importante señalar que en Argentina, pese a la promulgación de esta normativa, aún no ha sido reformado el Régimen para la responsabilidad Penal de los adolescentes, el cual sigue encontrando su fundamento en el “Régimen Penal de la Minoridad” –establecido en 1980 y solo con una modificación en 1983 con la Ley No.22803– y en el Código Penal de la Nación Argentina (que data de 1984). Respecto a estos dos cuerpos normativos, a continuación se anotará lo dispuesto por cada uno en relación con la imputabilidad de los menores.

- *Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11179 de 1989*

En el Título V del Código se establece el régimen general de imputabilidad. El artículo 34 del Código establece de forma taxativa las causas por las cuales una persona puede considerarse como “no punible”, esto es, no responsable.

En su numeral primero, en atención a la faz negativa de la imputabilidad, la norma enumera de forma taxativa las causas de inimputabilidad, al tiempo que señala los factores que deben confluír para su constitución, así:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. (Las subrayas son de la autora).

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso [...]

Del análisis de este artículo –de la mano de los conceptos sobre imputabilidad establecidos en el primer capítulo de este trabajo– es posible establecer que el legislador argentino utilizó un método mixto para la determinación de la imputabilidad, por cuanto:

1. Determina las causas de la incapacidad de comprender que constituyen los factores psiquiátricos: insuficiencia de sus facultades, alteraciones morbosas o estado de inconsciencia.
2. Establece con precisión aquello que el sujeto debe comprender, esto es el factor psicológico: debe comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones de conformidad con dicha comprensión.

Para Zaffaroni, el método mixto en Argentina, atiende más bien a un criterio “psíquico-normativo”, ya que “hace una referencia a la causa psíquica y una precisión de criterio de valoración jurídica” (Zaffaroni, 1999, pág. 119). Por su parte, Rinaldoni, denomina la fórmula como “psicológica, valorativa, normativa”. (Rinaldoni, 2012, pág. 29)

- *Régimen Penal de la Minoridad.*

Las disposiciones de la Ley 22278 les son aplicadas a los menores de edad que son considerados infractores de la ley penal.

Los tres primeros artículos de esta normativa ilustran los fundamentos de la responsabilidad penal de los niños, niñas y adolescentes en Argentina, por lo cual se traen a tenor literal a continuación:

ARTICULO 1° - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

ARTICULO 2° - Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4°.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor estuviere abandonado, falta de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

ARTICULO 3° - La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Con el estudio de estas normas se puede comprender con claridad, que el régimen penal para los menores en Argentina, continúa siendo fiel a los principios del sistema tutelar, con lo cual, los jueces poseen un amplio grado y poder de discrecionalidad para “disponer” de los menores, no solo de aquellos que hayan cometido alguna infracción penal, sino también los menores víctimas y desamparados.

Entre los puntos sobresalientes de este Régimen en relación con la imputabilidad de los menores en el marco del derecho penal, se tienen los siguientes:

1. Que los menores de 16 años de edad son inimputables.
2. Que los menores entre 16 y 18 años de edad son punibles, excepto en relación con delitos de acción privada o aquellos delitos reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.
3. Que las autoridades judiciales tienen la competencia de “disponer” de los menores que entre los 16 y los 18 años hayan cometido un delito.
4. Que los menores que se hallen en el rango de edad mencionados podrán ser objeto de una sanción penal, siempre que:
 - a. Su responsabilidad penal haya sido declarada conforme a las normas procesales.
 - b. Haya cumplido dieciocho años de edad

c. Haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

5. Que se encuentra a discrecionalidad de los jueces y tribunales imponer las penas de las que se hizo referencia en el numeral anterior o reducirlas.

Para Pagés, es urgente la modificación de este Régimen de Minoridad, para su consonancia con el sistema de protección integral, en tanto para el autor existen un amplio grado de inconstitucionalidad en la forma en cómo el Sistema vigente no solo permite disponer de forma discrecional por parte de las autoridades respectivas de los menores que son inimputables, sino también de aquellos que se encuentran imputables para determinados delitos:

Los menores de dieciséis (16) años pueden ser sancionados con la privación de su libertad sin mayor requerimiento que el criterio de los jueces, y sin un proceso judicial en el que se haya permitido defenderse, al poder ordenarse su internación en instituciones públicas o privadas cuando se hallaren “abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presenten problemas de conducta”, lo cual ha sido considerado inconstitucional. A los menores se los puede tener “privados” de la libertad hasta los veintiún (21) años, cuando de los estudios realizados se advierta que el menor se halla en abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, con o sin internación (art. 1 pár. 2 y 3 y art. 3 último párrafo), y cuando tienen entre 16 y 18 años se les puede aplicar la misma pena establecida para el adulto, lo cual también se ha considerado inconstitucional. (Pagés, 2013, pág. 76)

2. México

El Código Penal Federal de México, data de 1931 y aún se encuentra vigente en la actualidad, si bien ha sido objeto de múltiples reformas. Entre esas reformas, es importante anotar que en sus inicios y hasta 1974 cuando se promulgó la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 2 de agosto de 1974, el Código Penal tuvo en su Libro Primero un título completo dedicado al tema de la delincuencia de menores. (Pavon Vasconsuelos, 2004, pág. 21)

Para comenzar, es importante establecer que la cláusula general de imputabilidad en el ordenamiento jurídico mexicano se encuentra establecida en el artículo 15, parágrafo VII, del Código Penal del país, en los siguientes términos:

El delito se excluye cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Como en la mayoría de legislaciones actuales, se tiene que en el caso de México la fórmula utilizada para la determinación de la inimputabilidad es igualmente la fórmula mixta, atendiendo además de criterios psiquiátricos y psicológicos, una valoración jurídico-normativa de los efectos de las incapacidades supuestas. De igual forma, los renglones finales de la norma hacen referencia al caso en que la un individuo se hubiere puesto él mismo en situación de inimputabilidad, esto es, la *Action Libera In Causa*.

En el terreno propiamente dicho de la responsabilidad penal de los menores infractores de la ley penal, es importante retomar, la ya enunciada Ley Federal de 1974 que creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal y Territorios Federales, “la cual constituyó, hasta ese momento, la máxima expresión en la historia de la justicia para menores en México, en la que se establece la creación de organismos especializados para el tratamiento. De acuerdo con la exposición de motivos, dicho cuerpo normativo pretende ser el inicio de una nueva etapa en la acción estatal y social frente a la conducta irregular de los menores, optando por una política tutelar y preventiva, no punitiva”. (Calero Aguilar, 2010, pág. 244)

Con esta Ley, México quedaba inscrito en el sistema tutelar, el de la “situación irregular” del cual ya se ha hablado ampliamente. Resulta necesario explicar que esta Ley de 1974, fue derogada y sustituida por la Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia federal en diciembre de 1991, año mismo en el que México ratifica su entrada a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. No obstante esta ratificación de la Convención, la nueva Ley de 1991, que señalaba que su aplicación debía garantizar el irrestricto respeto

de los derechos consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, no cumple con todas las exigencias de dichas normas, específicamente en relación con los derechos del niño. En este sentido, opina Calero:

Sin embargo, la realidad es que sus alcances estuvieron muy por debajo de las exigencias de tales ordenamientos jurídicos, particularmente de lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño, ya que aún contempla una serie de disposiciones que permiten, por ejemplo, que un menor que cometió un homicidio calificado sea internado por el mismo tiempo que aquel que cometió un delito de robo, debido a que la duración del internamiento depende de la respuesta al tratamiento, que es contrario al principio de “proporcionalidad” entre la infracción y la medida aplicada, previsto en el artículo 40.4 de dicha Convención.

Asimismo, autoriza la intervención de autoridades no especializadas en materia de menores infractores como lo son la Policía Judicial y el Ministerio Público, así como la existencia de consejeros y defensores que no garantizan total independencia. (Calero Aguilar, 2010, pág. 10)

Aunque la Ley presenta una buena cantidad de imperfecciones, también presentó un progreso en relación con las normas predecesoras. Por ejemplo, en el artículo 6, estableció que el rango para la intervención del derecho penal en menores se encontraba entre los 11 y los 18 años, de forma exclusiva para aquellas conductas que fueran tipificadas como delitos en la ley penal vigente (esto lo determina en consonancia con su artículo 1). Entre otros avances presentados por esta Ley vale la pena mencionar: el derecho a tener un defensor y de apelar ante una Sala Superior las resoluciones iniciales y definitivas emitidas por los consejeros y la oportunidad de obtener libertad provisional. (Calero Aguilar, 2010, pág. 11) Es importante señalar que esta Ley continúa vigente en algunos de sus apartes, no obstante han sido promulgadas otras normas que poseen mayor coincidencia y complementariedad con la Convención sobre los Derechos del Niño y los tratados internacionales relacionados a los que México se encuentra suscrito (así como a su ordenamiento jurídico interno).

Más adelante en mayo de 2000 es promulgada la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual se encarga de compilar los derechos fundamentales de los niños reconocidos en la Constitución de la República Mexicana y tiene como

objetivo principal propender por el respeto y la garantía de los mismos. Los puntos más importantes de esta Ley son descritos a continuación:

- En su artículo segundo la ley, determina la diferencia entre niños, niñas y adolescentes: son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.
- Fomenta e impulsa la elaboración de Códigos o leyes en los que se establezcan medidas y procedimientos tendientes a garantizarles a los niños, niñas y adolescentes lo siguiente: que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria; que la privación de la libertad sea aplicada siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia; que de aquellos adolescentes que infrinjan la ley penal, su tratamiento o internamiento sea distinto al de los adultos y, consecuentemente se encuentren internados en lugares diferentes de éstos, que en el tratamiento de los adolescentes infractores se considere la importancia de promover la reintegración o adaptación social del adolescente para que asuma una función constructiva en la sociedad; que todo aquel adolescente que presuntamente ha infringido las leyes penales, tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada, a fin de salvaguardar sus derechos; el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados (Artículo 45 de la Ley).
- Determina que la privación de libertad no procederá en ningún caso cuando se trate de niñas o niños (menores de 11 años). (Artículo 45 de la ley)
- Determina que la privación de la libertad no procederá en relación con adolescentes que se encuentren en circunstancias extraordinarias, de abandono o de calle, únicamente por su situación especial. (Artículo 45 de la ley).
- Establece que los procedimientos a los que se someta a una o un adolescente que presuntamente haya infringido la ley penal, deberán respetar todas las garantías procesales dispuestas en la Constitución: garantía de presunción de inocencia, garantía de celeridad, garantía de defensa, la garantía de no ser obligado al careo judicial o ministerial, garantía de contradicción, así como la garantía de oralidad en el procedimiento.

No obstante el catálogo de garantías de esta ley y su demanda para la elaboración de códigos, normas, procedimientos y garantías para los niños, niñas y adolescentes en relación con el tema de la responsabilidad, pasaron 7 años antes de que esta solicitud apremiante fuese tomada en consideración e implementada. De hecho la reforma llegó primero directamente de la mano de los legisladores del Congreso de la República, quienes introdujeron una gran modificación al artículo 18 de la Constitución en diciembre de 2005, la cual versa de la siguiente forma:

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Los puntos más relevantes de la reforma se pueden sintetizar como sigue a continuación:

1. Se determina la edad de imputabilidad penal para los adolescentes, entre los 12 y los 18 años (ya no desde los once como anteriormente).
2. En relación con los menores de 12 años se determina que solo podrán ser objeto de medidas de rehabilitación y asistencia social.
3. Los principios de la protección integral y el interés superior del adolescente como eje nuclear del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes.
4. La creación de instituciones y autoridades especiales y exclusivas para este Sistema Integral de Justicia.
5. La posibilidad de impartir formas alternativas de justicia.
6. La independencia entre las autoridades juzgadores y aquellas que imponen las medidas.
7. La aplicación del principio de proporcionalidad entre las conductas y las medidas impuestas a los adolescentes.
8. Que el internamiento será una medida de *última ratio*, únicamente para los adolescentes mayores de 14 años de edad, por conductas graves y deberá durar el menor tiempo posible.

Esta reforma constitucional, significó para los Estados Unidos de México, el reto de implementar medidas, procedimientos, normas e instituciones nuevas para la creación del Sistema de Protección Integral de Justicia para adolescentes acusados de la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales.

Este nuevo sistema se caracteriza por su concordancia con los principios y las disposiciones de la CDN y, por ende, por el respeto a los derechos fundamentales de los adolescentes en dicha situación. Esta modificación constitucional representa un verdadero cambio de paradigma que refuerza la concepción de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y que permite abandonar de manera definitiva el antiguo modelo tutelar, derivado de la llamada doctrina de la situación irregular, para dar paso a un sistema más justo y proporcional, sustentado en la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, en el marco de un Estado democrático de derecho. Con esta reforma, los

estados de la República quedaron obligados a adecuar su legislación para dar cuenta de los principios introducidos en la Constitución, así como a implementar un nuevo sistema de justicia especializado en el ámbito de sus respectivas competencias.

En el año 2007 se inició, de forma paulatina, por parte de los diferentes Estados miembros de la Unión de Estados Mexicanos, el proceso para la adecuación de su legislación y la implementación del Sistema de Justicia Integral para Adolescentes. (Vasconcelos Méndez, 2000, pág. XIII)

3. Brasil

En 1991, con el Estatuto de los Niños y Adolescentes, ECA (*Estatuto da Criança e do Adolescente*) Brasil fue el país de Latinoamérica que dio inicio al cambio de paradigma del sistema tutelar al sistema de protección integral en relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En adelante, los menores serían abordados como sujetos de derechos y ya no simplemente como objetos de tutela.

Entre las principales características de este Estatuto de los Niños y Adolescentes (ECA), vale la pena subrayar las que se presentan a continuación:

1. Realiza la diferenciación entre niños y adolescentes, así en su artículo segundo determina que: “Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad”.
2. En el artículo 4 se establece la garantía de prioridad para los niños, en comunión con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.
3. En su artículo 104, se declara a los menores de 18 años como inimputables, por lo cual no se encontraran sujetos a la ley penal de los adultos, sino a las medidas especiales que dicta este Estatuto.
4. Se les asegura a los adolescentes todas las garantías y el debido proceso legal cuando sean privados de la libertad.

5. Se excluye de toda responsabilidad a los niños menores de 12 años (Artículo 2), a quienes únicamente se les aplicarán medidas de protección.

De acuerdo con García Méndez, el proceso de realización y de implementación de ECA se caracterizó por un amplio consenso social, “un enorme proceso de movilización social”. (García Méndez, 2000, pág. 4). El autor, resalta las siguientes cualidades de ECA:

En todo caso, el principio general que interesa poner en evidencia es la diversidad del tratamiento jurídico con base en la faja etaria. Así, los niños no solo son penalmente inimputables, sino que además resultan penalmente irresponsables. En el caso de comisión por un niño de actos que infrinjan las leyes penales, solo podrán corresponder –eventualmente- en los exactos términos de leyes específica como el ECA- de aquellas conductas posibles de ser caracterizadas como crímenes o delitos. En la historia real del tratamiento de hecho y de derecho del “menor infractor” (y no en la historia corporativa y eufemística), la responsabilidad penal de los adolescentes por actos típico, antijurídicos y culpables, constituye una avance y una conquista extraordinaria respecto de la “bondadosa” responsabilidad por los “actos antisociales”, construcción típica de las múltiples variables de la etapa tutelar”. (García Méndez, 2000, pág. 3)

Por su parte, el Código Penal Federal de Brasil realiza en su Título III la definición de la imputabilidad penal en los siguientes términos:

- En el artículo 26 señala que son inimputables los individuos que por enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o tardío, en el momento de la acción o de la omisión, fueran completamente incapaces de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.
- El párrafo del mismo artículo 26 dispone que la pena puede ser reducida de uno a dos tercios si el agente, en virtud de trastorno de salud mental o incompleta o desarrollo mental retardado no fue plenamente capaz de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esta comprensión.
- El artículo 27 del Código establece que los niños menores de dieciocho (18) años son penalmente inimputables, quedando sujetos a las normas establecidas en la legislación especial.

En conclusión, se puede afirmar que los menores de 18 años en Brasil son penalmente inimputables y que para su tratamiento legal se ha dispuesto un régimen especial que se

encuentra recogido en el Estatuto de los Niños y adolescentes, ECA. Además, es posible afirmar en relación con la regla general de imputabilidad, que la misma obedece, al igual que los otros países estudiados a una fórmula mixta, en la que se incluyen presupuestos de tipo psicológico, biológico y de valoración normativa.

Conclusiones

Tal y como se advirtió desde el inicio de esta investigación, el concepto y la ubicación sistemática de la imputabilidad en el marco de la teoría del delito no ha sido pacífico. En el marco del desarrollo de este trabajo, se ha podido constatar que si bien en la doctrina continua el debate al respecto, en los ordenamientos jurídicos de los países que fueron objeto de nuestro estudio, la figura de la imputabilidad se reconoce no como una categoría independiente en la dogmática del delito, sino como un elemento o un presupuesto dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad. De tal forma que la existencia de la imputabilidad constituye un requisito fundamental para que una conducta pueda ser catalogada como culpable.

En relación con los métodos que se utilizan al interior de cada legislación, para la determinación de los presupuestos de la imputabilidad, y en su ausencia, aquellos que pueden determinar la inimputabilidad, se tiene que el método mixto, resulta ser el acogido por las legislaciones estudiadas. La preferencia por el método mixto, significa entonces que para la determinación de la inimputabilidad se toman en consideración factores de tipo biopsicológico, psiquiátrico, e incluso –y en esto coincidimos con autores como Zaffaroni, Rinaldoni y García Ramírez– valoraciones normativas, esto por cuanto la imputabilidad es un concepto jurídico, que si bien tiene sus asientos en fundamentos de tipo psicológico, le corresponde al juez específicamente realizar su valoración.

En el marco de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes, se ha optado en sumo acuerdo con las disposiciones de los instrumentos internacionales al respecto, en retirar a los adolescentes del sistema de responsabilidad penal de los adultos, el sistema regular y adoptar para ellos un sistema de Responsabilidad Penal especial y diferenciado. En esta medida, es posible indicar que respecto al sistema penal regular (el de adultos) –y solo respecto a ellos– los menores son inimputables. Sin embargo, en el marco del sistema de justicia penal que fue creado para ellos – en nuestro país por la ley 1908 de 2006- los adolescentes son imputables, penalmente responsables y en consecuencia objeto de una pena. Ahora bien, dependiendo de la edad de imputabilidad –que en las legislaciones estudiadas oscila entre los 12 y los 14 años– se realizan en todos los sistemas unas

consideraciones específicas respecto a los menores “niños” que se encuentren por debajo de dicho rango: estos niños sí son inimputables.

Resulta importante anotar, que en la misma medida que el sistema de responsabilidad penal adolescente, es un sistema *sui generis*, que consagra una imputabilidad que bien podemos llamar diferenciada –si bien muchos sectores de la doctrina abogan por la imputabilidad disminuida, tema que desborda los objetivos de este trabajo y que debe ser objeto de una investigación posterior–, también determina unas penas de tipo pedagógico y socioeducativo, un enfoque diferencial.

Ahora bien, en el análisis específico de la legislación colombiana, se observa que dentro de ese sistema especial de responsabilidad penal para adolescentes, las causas de inimputabilidad atienden específicamente a factores de la edad, de inmadurez psicológica o de salud mental, dejando de lado cualquier alusión al tema de la diversidad socio cultural, que si es planteado por el Código Penal en su definición de imputabilidad –aunque nuestra Corte Constitucional determinó que solo en relación con poblaciones indígenas, aisladas y marginadas–. Dadas las circunstancias que rodean a la gran mayoría de los adolescentes infractores de la ley penal, consideramos necesario un abordaje diferente frente al tema que implique específicamente la consideración de la diversidad socio cultural del ambiente en el que crecen y se desarrollan para el estudio de su imputabilidad o inimputabilidad.

Bibliografía

- Argibay Molina, J. (1963). La Imputabilidad disminuida en el Proyecto Soler. *Revista Jurídica la Ley* (110).
- Asamblea General de la ONU. (14 de Diciembre de 1990). Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (RIAD).
- Asamblea General de la ONU. (29 de Noviembre de 1985). Las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores.
- Asamblea General de la ONU. (14 de Diciembre de 1990). Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (o Reglas de la Habana).
- Barbero, N., & Salduna, M. (2007). Responsabilidad Penal del Psicópata. *Revista Latinoamericana de Derecho* (7).
- Calero Aguilar, A. (2010). El Nuevo Sistema de Justicia para Adolescentes en México. *Derechos Humanos: Temas y Problemas* (149).
- Castellanos, F. (1977). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México: Porrúa.
- Cruz Márquez, B. (2011). Presupuestos de la Responsabilidad penal del Menor: Una Necesaria Revisión. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad* (15).
- Donna, E. A. (1998). Capacidad de Culpabilidad o Imputabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (1).
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del Delito y de la Pena* (Vol. I). Buenos Aires: astrea.
- Donna, E. A. (1996). *Teoría del Delito y de la Pena* (Vol. I). Buenos Aires: Astrea.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- García Méndez, E. (2000). Adolescentes y Responsabilidad Penal: Un Debate Latinoamericano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* , 6.
- García Ramírez, S. (1981). El problema de la Imputabilidad. En S. García Ramírez, *La Imputabilidad en el Derecho Penal Mexicano* (Segunda Edición ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Garello, S. (2012). La Justicia Penal Juvenil en Argentina y el Surgimiento de una Nueva Institucionalidad. *Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*. (4).

Gaviria Trespalacios, J. (2005). La Inimputabilidad, Concepto y Alcance en el Código Penal Colombiano. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, XXXIV (1).

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Adolescentes en Conflicto con la Ley. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Observatorio del Bienestar de la Niñez*, 1-3. Colombia.

Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios del Derecho Penal, la Ley y el Delito* (Primera edición ed.). Argentina: Sudamericana.

Matkovic, P. (2002). *Universidad Nacional López de Zamora*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2014, de <https://es.scribd.com/doc/170424219/Inimputabilidad>

Organización de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

Pagés, R. (2013). Infancia, Adolescencia, Delito y Sistema Penal en Argentina. *Misión Jurídica* (5).

Pavon Vasconsuelos, F. (2004). *Manual de Derecho Penal Mexicano*. México: Porrúa.

Quirós Pérez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal* (Vol. I). La Habana: Félix Varela.

Rinaldoni, M. C. (2012). Imputabilidad Penal. *Revista In Iure*, I, 103-155.

UNICEF . (2003). *Justicia Penal Juvenil Buenas Prácticas*. Panamá.

Vasconcelos Méndez, R. (2000). *La Justicia para Adolescentes en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de Derecho penal, Parte General* (Vol. IV). Buenos Aires: Edar.

Argentina (1919). Congreso de la República de Argentina. Ley de Patronato, Ley 10903.

Argentina (1984). Congreso de la República de Argentina. Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11179 de 1984.

Argentina (2005). Congreso de la República de Argentina. Ley Nacional 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Colombia (1980) Congreso de la República, Código Penal de 1980.

Colombia (1989) Congreso de la República, Decreto 2737 de 1989. Código del Menor.

Colombia (2000) Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

Colombia (2006) Congreso de la República, Ley 1098 de 2006.

Colombia (2009). Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2009, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia (2009) Corte Constitucional, Sentencia C- 684 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

Colombia (2012) Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2012, M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia (2011) Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de Marzo de 2011. M.P. Julio Enrique Rocha Salamanca.

Colombia (2011). Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de Noviembre de 2011. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

México (1917). Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

México (1931). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Código Penal Federal.

México (1974). Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores.

México (1991). Congreso General de los Estados Unidos de México Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia federal.

México (2000). Congreso General de los Estados Unidos de México. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.