



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCION DERECHO PROCESAL PENAL**

**EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN
MENOR, INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS
MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL, MENCION EN DERECHO
PROCESAL PENAL**

AB. PEDRO VINICIO ARANDA CALDERON

AB. MARCIA FERNANDA ARCINIEGAS BERNAL

TUTORA: DR. MERCK MILKO BENAVIDES BENALCAZAR

OTAVALO, SEPTIEMBRE 2021

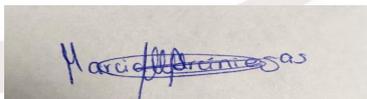
DECLARATORIA DE AUTORIA Y CESACIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, AB. MARCIA FERNANDA ARCINIEGAS BERNAL Y AB. PEDRO VINICIO ARANDA CALDERON, declaramos que este trabajo de titulación: “EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS”, es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

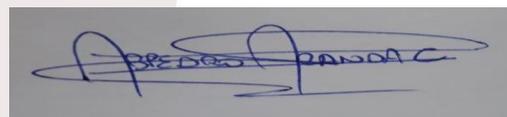
Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi/ nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente



AB. MARCIA FERNANDA ARCINIEGAS BERNAL

C.C. 1002523742



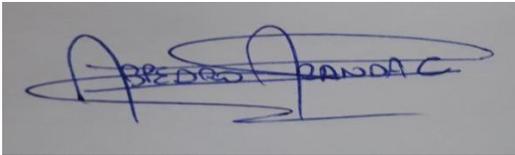
AB. PEDRO VINICIO ARANDA CALDERON

C.C. 1002735320

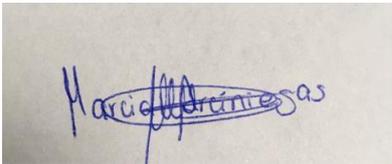
DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, Pedro Vinicio Aranda Calderón y Marcia Fernanda Arciniegas Bernal declaramos que este trabajo de titulación es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.



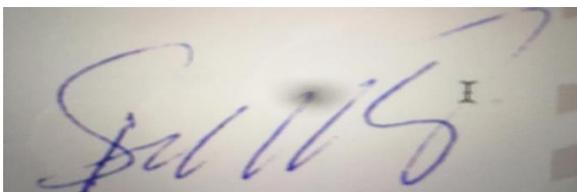
Pedro Vinicio Aranda Calderón
C.I 1002735320



Marcia Fernanda Arciniegas Bernal
C.I. 1002523742

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR, INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS**” bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes AB. PEDRO VINICIO ARANDA CALDERÓN Y AB. MARCIA FERNANDA ARCINIEGAS BERNAL, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

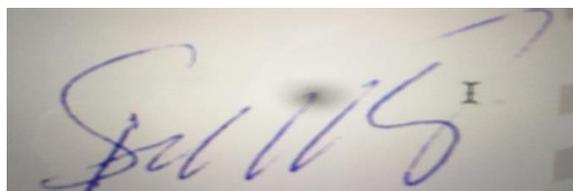
A photograph of a handwritten signature in blue ink on a light-colored surface. The signature is cursive and appears to read 'Merck Milko Benavides Benalcázar'. There is a small 'I' visible to the right of the signature.

Dr. Merck Milko Benavides Benalcázar

CC.

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR, INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS**”, bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirante al título de Magíster en Derecho Constitucional, de los estudiantes **AB. PEDRO VINICIO ARANDA CALDERÓN Y AB. MARCIA FERNANDA ARCINIEGAS BERNAL** cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

A photograph of a handwritten signature in blue ink on a light-colored surface. The signature is cursive and appears to be 'S. Aranda Calderón'. There is a small 'I' visible to the right of the signature.

CC.
Tutor de Metodología

DEDICATORIA AGRADECIMIENTO

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA	ii
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR METODOLÓGICO	iii
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE CONTENIDOS	iv
DEDICATORIAS	v
AGRADECIMIENTOS	vi
INDICE DE CONTENIDOS	vii
INDICE DE TABLAS	x
INDICE DE GRÁFICOS	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I. EL HOMICIDIO SIMPLE EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

- 1.1. El homicidio simple. - Antecedentes
- 1.2. El bien jurídico protegido en el delito de homicidio simple
- 1.3. Estructura típica del delito de homicidio
 - 1.3.1. Elementos del tipo objetivo en el homicidio simple
 - 1.3.2. Los elementos del tipo subjetivo en el homicidio simple
- 1.4. Los Derechos de Protección
- 1.5. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva
- 1.6. - La seguridad jurídica y la injusticia del resultado

CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE PROPRCIONALIDAD EN LA LEGISLACION

PENAL

ECUATORIANA

- 2.1. El principio de proporcionalidad. - Definición
- 2.2. Objeto del principio de proporcionalidad
- 2.3. El principio de proporcionalidad como esencia de principios
- 2.4. La función del principio de proporcionalidad
- 2.5. Presupuestos del principio de proporcionalidad
- 2.6. Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana

CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

- 3.1. Definición de medidas socioeducativas
- 3.2. Objetivo de las medidas socioeducativas
- 3.3. Clasificación de las medidas socioeducativas
- 3.4. Ejecución de las medidas socioeducativas
- 3.5. Medidas socioeducativas vs privativas de la libertad a los menores infractores

CAPITULO IV. EL HOMICIDIO SIMPLE Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LOS MENORES INFRACTORES

- 4.1. La finalidad de las medidas socioeducativas y su garantía de la aplicación Proporcional
- 4.2. El principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana
- 4.3. El principio de proporcionalidad de la sanción en el sistema de responsabilidad penal de los menores infractores
- 4.4. Principio de proporcionalidad de la sanción
- 4.5. El principio de doble garantía
- 4.6. La respuesta adecuada del Estado ante la infracción penal

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar jurídicamente sobre el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, para que el juzgador le imponga las medidas socioeducativas en base al principio de proporcionalidad, puesto que existe en el país el criterio generalizado que la justicia y su aplicación constituyen una de las debilidades del aparataje judicial, por consiguiente, existe un reproche generalizado sobre su aplicación, existe el reclamo de la sociedad que se dicten leyes adecuadas y objetivas en concordancia con la realidad social que vivimos y se sancione apropiadamente a quienes cometen delitos con severidad y sin dilaciones, a fin de no propiciar la impunidad.

En el presente trabajo de investigación se utilizó el método inductivo deductivo, analítico sintético e histórico lógico, con la finalidad de conocer las causas generales del tema de investigación para luego tratar de dar una solución al mismo, abordando el estudio de todo el fenómeno y lo revisa parte por parte en las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, se utilizó la técnica de estudio de casos particulares y la entrevista basada en la guía y las preguntas realizadas en torno al tema de la investigación, lo que nos ha permitido obtener los resultados que constan de la investigación, así como las conclusiones y recomendaciones que constan al final del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: homicidio simple, derechos de protección, la seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, medidas socioeducativas.

ABSTRACT

The present research aims to legally analyze the crime of simple homicide committed by a minor offender, so that the judge imposes socio-educational measures based on the principle of proportionality, since there is a generalized criterion in the country that justice and its application constitute one of the weaknesses of the judicial apparatus, therefore, there is a generalized reproach about their application, there is a claim from society that adequate and objective laws be enacted in accordance with the social reality we live in and those who commit crimes are appropriately sanctioned with severity and without delay, in order not to promote impunity.

In the present research work the inductive deductive, synthetic analytical and logical historical method was used, in order to know the general causes of the research topic and then try to give a solution to it, addressing the study of the entire phenomenon and what reviews part by part in the different stages of the objects in their chronological succession, the technique of study of particular cases and the interview based on the guide and the questions asked about the research topic were used, which has allowed us to obtain the results of the investigation, as well as the conclusions and recommendations that appear at the end of this work.

KEYWORDS: simple homicide, protection rights, legal certainty, principle of proportionality, socio-educational measures.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo establecer la proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una problemática social que tiene matices muy preocupantes, puesto que los delitos cometidos por adolescentes, han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos en especial el homicidio simple, por tratarse de un hecho que involucra a la sociedad ecuatoriana, se convierte en un problema que debe ser analizado desde todas sus variantes, a fin de establecer soluciones que no afecten los derechos de la víctima ni de los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una población prioritaria que viven en condición de vulnerabilidad, al respecto en el sistema de adolescentes infractores se establecen una gama difusa de sanciones para los delitos.

La justicia penal en adolescentes infractores es un tema tan enriquecedor y apasionante, que incluso en las aulas universitarias se enseña a tratar al infractor con acciones afirmativas, como las contempladas en los artículos 6, 11, 12 y 14 del CONA entre otras normas; pero lo que no se enseña es a ponderar los derechos entre víctimas y agresores cuando los dos gozan de esas acciones afirmativas. La justicia en adolescentes infractores por principio es restaurativa, distinta de la justicia penal ordinaria, razón por la cual las acciones afirmativas afloran dentro de esta materia y no solo en el área constitucional, en virtud de que la justicia en adolescentes infractores se inspira en los principios de humanidad, priorizando la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento y la moralidad entre otros principios

Para el desarrollo de la investigación se ha utilizado el método inductivo deductivo, lo que nos ha permitido analizar las causas generales del tema de investigación con la finalidad de dar una solución al mismo, luego de hacer una síntesis específica sobre el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor,

aplicando los diversos criterios jurídicos de la doctrina internacional y nacional, para evitar la vulneración de sus derechos en virtud del principio de proporcionalidad, el método analítico sintético que nos permitió realizar un estudio de todo el fenómeno y la revisión parte por parte, comprendiendo su funcionamiento y su relación intrínseca, complementándose con la parte sintética, finalmente se trabajó con el método histórico lógico lo que nos permitió conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación para revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales, mediante este método se analizó la trayectoria de varios tratadistas y el derecho comparado que sirvió de fuente para el presente tema de investigación.

Es por ello que dada la importancia que tiene la problemática planteada, por tratarse de un problema actual de gran relevancia que afecta a la sociedad ecuatoriana, se constituye la presente investigación en un mecanismo que permita proponer soluciones viables, al momento de establecer sanciones a los menores infractores frente al delito de homicidio simple aplicando el principio de proporcionalidad, puesto que el sistema penal de adolescentes infractores en su parte sustantiva ha ocupado un segundo plano en relación con la parte adjetiva. Esto se evidencia al observar que los artículos de la Ley, dedicados al derecho material son escasos en comparación a los dedicados a los aspectos procesales. La legislación de adolescentes infractores se orienta principalmente al proceso, que se configura como un proceso especial, no sólo en función de los sujetos a quienes se dirige, sino fundamentalmente, por los mecanismos e instituciones procesales que desarrolla: como la incorporación del interés superior en el proceso y la posibilidad de evitar un juicio.

La presente investigación está estructurada por el marco teórico que se compone de los siguientes contenidos: **EL HOMICIDIO SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**, antecedentes, el bien jurídico protegido en el delito de homicidio simple, estructura típica del delito de homicidio – elemento del tipo objetivo y

subjetivo, los derechos de protección, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la injusticia del resultado; **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA**, definición, objeto del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad como esencia de principios, la función del principio de proporcionalidad, presupuestos del principio de proporcionalidad, hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana; **LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**, definición de medidas socioeducativas, objetivo de las medidas socioeducativas, clasificación de las medidas socioeducativas, ejecución de las medidas socioeducativas, medidas socioeducativas vs privativas de la libertad a los menores infractores; **EL HOMICIDIO SIMPLE Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LOS MENORES INFRACTORES**, la finalidad de las medidas socioeducativas y su garantía de la aplicación Proporcional, el principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana, el principio de proporcionalidad de la sanción en el sistema de responsabilidad penal de los menores infractores, principio de proporcionalidad de la sanción, el principio de doble garantía, la respuesta adecuada del Estado ante la infracción penal, todo esto nos ha permitido llegar a las conclusiones y recomendaciones que constan al final del presente trabajo de investigación.

CAPITULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

LA PROBLEMÁTICA

CONTEXTO DEL ESTUDIO

Para afianzar la situación problemática de nuestro trabajo de investigación debemos partir de la existencia del criterio generalizado que la administración de justicia constituyen las debilidades del aparataje judicial, por lo tanto, existe la condena general sobre su aplicación, hay el reclamo unánime de la sociedad en el sentido de que se promulguen leyes que vayan en relación con la realidad social que vivimos, con la sancione apropiadamente a quienes cometen delitos con severidad y sin dilaciones, a fin de no propiciar la impunidad, al respecto Berríos Díaz (2012) manifiesta:

...orientar la toma de decisiones en la aplicación de cada uno de los mecanismos procesales y penales... sobre la base de dos grupos de supuestos: criminalidad leve o de mediana gravedad versus criminalidad grave, y criminalidad ocasional versus criminalidad habitual. (p.67)

Desde esa perspectiva el presente trabajo de investigación tiene por objetivo establecer la proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una problemática social que tiene matices muy preocupantes, puesto que los delitos cometidos por adolescentes, han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos en especial el homicidio simple, en ese orden Blanco Barea, J. 2008, dice:

...se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada. (p. 3)

Por tratarse de un hecho que involucra a la sociedad ecuatoriana, se convierte en un problema que debe ser analizado desde todas sus variantes, a fin de establecer soluciones que no afecten los derechos de la víctima ni de los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una población prioritaria que viven en condición de vulnerabilidad, al respecto en el sistema de adolescentes infractores se establecen una gama difusa de sanciones para los delitos de lesiones, CONA, 2014 estas son:

la amonestación sumada a una o más de las siguientes: 1) imposición de reglas de conducta; 2) orientación y apoyo psico socio familiar; 3) servicios a la comunidad; 4) libertad asistida; 5) internamiento domiciliario; 6) internamiento de fin de semana; 7) internamiento con régimen semiabierto; y 8) internamiento institucional. (Art. 363-e)

Por consiguiente, se hace necesario contar con un análisis de la situación de los menores infractores frente al delito de homicidio simple en el Ecuador, mediante la implementación de un proceso de investigación y producción de argumentos tanto a nivel general, como específicos basados en los datos, informaciones, análisis de sus derechos y de las medidas socioeducativas implementadas como mecanismo sancionador frente a esta problemática social.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tomando como punto de partida la “doctrina de la situación irregular” hasta la “doctrina de protección integral” han dado respuesta acerca del mecanismo que debe adoptar el Estado para implementar un marco regulador tendiente a proteger los derechos de este grupo prioritario. En la doctrina tradicional era el Estado el responsable de los actos delictivos cometidos por los menores de edad; y, bajo esa perspectiva aplicaba a su arbitrio medidas de internamiento y privación de libertad, o buscaba medidas tutelares asistencialistas que comprometían la dignidad de los niños, o adolescentes. En cambio, la doctrina de protección integral involucra a todos los actores que tienen que ver en el proceso de tratamiento de los adolescentes que cometen actos delictivos. Es por ello que se manifiesta que los menores de edad al ser sujetos diferentes en el tratamiento de la responsabilidad penal, es evidente que su sanción también difiere de los demás, por consiguiente, es obvio que debe existir un proceso penal sancionatorio propio que permita aplicar sanciones o medidas socioeducativas aplicando el principio de proporcionalidad, que protejan los derechos de los adolescentes sin desconocer su responsabilidad, al respecto Vidal Herrero, M. S. 2015, manifiesta:

No cabe duda que la obligación de responder por los daños causados como consecuencia de la comisión de un ilícito penal es, sin duda, un buen instrumento de política criminal, no sólo como un elemento de reparación a la víctima, o por el efecto de aplicar un sustitutivo de la medida judicial que se imponga al infractor en condena, sino también porque no hay mejor escarmiento para el menor que tener que comprobar cómo su actuar ilícito supone una desventaja en el patrimonio de sus representantes legales, máxime cuando los padres del menor infractor no han favorecido su conducta ilícita. (p. 281)

Cuando hablamos del proceso penal de los adolescentes infractores, nos encontramos frente a un tema tan enriquecedor y apasionante que involucra al sistema penal sancionador, desde las aulas universitarias nos enseñan a tratar al infractor con acciones afirmativas, como las contempladas en los artículos 6, 11,

12 y 14 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, pero no se toma en cuenta la ponderación de los derechos entre víctimas y agresores cuando los dos gozan de esas acciones afirmativas. Cuando estamos frente a la justicia de adolescentes infractores tenemos que relacionarla con el principio restaurativo, que es diferente a la justicia penal ordinaria, razón por la cual las acciones afirmativas afloran dentro de esta materia y no solo en el área constitucional, en virtud de que la justicia en adolescentes infractores se inspira en los principios de humanidad, priorizando la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento y la moralidad entre otros principios, conforme lo detalla el artículo 257 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, al respecto la Corte IDH, 2002, manifiesta:

Los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar. (p. 116)

Dada la importancia que tiene esta problemática planteada, por tratarse de un problema actual de gran relevancia que afecta a la sociedad ecuatoriana, se constituye la presente investigación en un mecanismo que permita proponer soluciones viables, al momento de establecer sanciones a los menores infractores frente al delito de homicidio simple aplicando el principio de proporcionalidad, puesto que el sistema penal de adolescentes infractores en su parte sustantiva ha ocupado un segundo plano en relación con la parte adjetiva. Esto se evidencia al observar que los artículos de la Ley, dedicados al derecho material son escasos en comparación a los dedicados a los aspectos procesales. La legislación de adolescentes infractores se orienta principalmente al proceso, que se configura como un proceso especial, no sólo en función de los sujetos a quienes se dirige, sino fundamentalmente, por los mecanismos e instituciones procesales que desarrolla: como la incorporación del interés superior en el proceso y la posibilidad de evitar un juicio, al respecto Arroyo (2016) dice:

...el SRPA cumple con la función social prioritaria de imponer una sanción al adolescente, pero lo hace en el marco de un proceso pedagógico, de protección integral, de garantía y restablecimiento de derechos, de inclusión social y oportunidades, sin perjuicio de otras funciones, también prioritarias, como la reparación a la víctima. (p. 7)

En ese sentido podemos afirmar que la justicia de menores infractores debe cumplir con el principio de mínima intervención penal, a fin de armonizar los derechos con la justicia penal, pero esto no quiere decir si el delito cometido por un adolescente no amerita la medida la privación de la libertad, el juez tiene la obligación de sobreseerlo, dejando el delito en la impunidad, debe proceder la sanción al infractor aplicando el principio de proporcionalidad.

PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿El inadecuado juzgamiento del delito de Homicidio Simple cometido por un menor infractor, vulnera el principio de proporcionalidad al imponer las medidas socioeducativas?

LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La investigación se encuentra enmarcada en la línea general de la maestría en derecho constitucional de la universidad de Otavalo, denominada Derecho Constitucional Ecuatoriano y de igual manera se encuentra enmarcado en la línea específica denominada: Valoraciones acerca de la actual enunciación de los derechos y sus garantías en el Ecuador. Al respecto pueden identificarse falencias e incoherencias, pueden contrastarse con la realidad social, etcétera, pero siempre para proponer elementos que puedan contribuir a su perfeccionamiento.

DELIMITACIÓN TEMPORAL

El trabajo se realizará a partir de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2016, tomando como referencia la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y la Adolescencia.

DELIMITACIÓN ESPACIAL

La presente propuesta de investigación abordará la temática del delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

Analizar jurídicamente sobre el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, para que el juzgador le imponga las medidas socioeducativas en base al principio de proporcionalidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio sobre el delito de homicidio simple cometido por el menor infractor y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en base a la Doctrina, la Jurisprudencia, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la República y la Ley
- Determinar la pertinencia y aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor.
- Establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TEÓRICA

La presente investigación aporta en materia penal, como herramienta documental, y referente teórico, para la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, como mecanismo sancionador frente a esta problemática social.

2.2. PRÁCTICA

El desarrollo del presente estudio define el contexto penal y las necesidades socio jurídicas en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor de edad, con la finalidad de buscar el respeto de sus derechos aplicando el principio de proporcionalidad.

3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

En relación a contextualizar y analizar profundamente el objeto de la presente investigación, esto es, el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, cabe partir de la definición de los principales términos a ser desarrollados y que servirán de guía para el cumplimiento del objetivo general planteado, así:

Homicidio simple

Paredes (2012), al referirse a CARNIGNI señala: “que homicidio es la muerte de un hombre realizado injustamente por otro hombre. Significa que el sujeto actúa en contra (acción) del ordenamiento jurídico de la norma, del derecho, puesto que existe una norma de carácter prohibitiva, pero aclaramos de que si uno actúa por legítima defensa no viola la norma, está exento de responsabilidad penal.”

Derechos de protección

Bobbio (1982), graficó de manera magistral la superlativa importancia de la protección de los derechos con la célebre frase de que "...el problema de los derechos humanos no es fundamentarlos sino realizarlos o protegerlos" En efecto, un derecho, cualquiera sea éste, se convertiría en una simple declaración formal si no existiera la posibilidad de que la persona afectada pueda acceder a los tribunales reclamando el cese de la amenaza, la restricción o la supresión del derecho invocado como lesionado. De ahí que, en la doctrina, se viene preconizando sobre la existencia de un derecho fundamental de acceso a los tribunales; y es que no es suficiente que los derechos fundamentales sean reconocidos constitucionalmente y existan leyes que regulen su ejercicio "si sus titulares no disponen de medios también constitucionales para ejercerlos efectivamente, atacando, si es necesario, la arbitrariedad de las autoridades y los particulares", quedaría en una declaración retórica sin eficacia material.

La seguridad jurídica

El tratadista Pérez Enrique (2021) en su obra La Seguridad Jurídica señala:

En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de la plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de la inquebrantabilidad e inexorabilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial, han sido instrumentalizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. La seguridad jurídica, así entendida y degradada, no ha impedido la promulgación de leyes dirigidas a consagrar diversas formas de discriminación racial y política, y, en suma, el control opresivo de la sociedad. Estas manifestaciones de seguridad de la inseguridad son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho. En esta

forma política se instaura la protección de los derechos y libertades en la cúspide de las funciones estatales.

Principio de proporcionalidad

Los autores Alegría, Conco, Córdova y Herrera (2011) en su tesis doctoral mencionan a Prieto Sanchis, quien señala que: “la proporcionalidad es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital porque es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional”.

Medidas socioeducativas

Cabanellas Guillermo (2010) manifiesta: “Se define a las medidas socioeducativas como las acciones dispuestas por la autoridad judicial cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal, cuya finalidad es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado”.

4. REFERENTES TEÓRICOS

En vista del objeto de la presente investigación, se hace necesario recurrir al aporte teórico doctrinario de recodidos juristas a nivel nacional e internacional, con la finalidad de afianzar los fundamentos de la misma, es por ello que nos vamos a permitir mencionar algunos conceptos en relación al tema de investigación:

Paredes Romero (2012) al referirse a CARNIGNI señala: “que homicidio es la muerte de un hombre realizado injustamente por otro hombre. Significa que el sujeto actúa en contra (acción) del ordenamiento jurídico de la norma, del derecho, puesto que existe una norma de carácter prohibitiva, pero aclaramos de que si uno actúa por legítima defensa no viola la norma, está exento de responsabilidad penal.”

Una vez que el legislador considera que determinados bienes deben ser protegidos o tutelados por el derecho, tipificándolos mediante una ley, automáticamente se

convierten en bienes jurídicamente protegidos. En las conductas tipificadas bajo el membrete de delitos contra la vida, no hay mayores problemas para identificar el derecho a la vida humana como el bien jurídico protegido.

Según Fuentes (Cubillos Hernán (2014) el Principio de Proporcionalidad: “se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.”

En base a los referentes doctrinarios recogidos, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el principio de proporcionalidad tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho de otra manera, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para poder evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, siempre fundamentada en la relación medio fin, determinándose que la misma debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, debiéndose justificar la utilidad, necesidad y aplicación adecuada de la medida para obtener un fin legítimo; es decir, en el caso que existen varias medidas para lograr el fin, debe optarse por aquella sanción que afecte en menor medida los derechos fundamentales, para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos.

Para el autor Herrera Zurita (2010) “las medidas socioeducativas se definen como “(...) acciones legales dispuestas por la autoridad judicial competente, cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal.”

Desde nuestro punto de vista, la medida socioeducativa constituye la sanción impuesta por el Estado al menor infractor frente a la conducta de quebrantamiento de la norma penal.

Es por ello que se consideran a las medidas socio-educativas como la sanción impuesta por el legislador para ser aplicadas a los adolescentes una vez su culpabilidad en el cometimiento de una infracción, lógicamente la aplicación de la medida debe ser proporcional de acuerdo a la gravedad del delito y a sus consecuencias, ya que esta constituye una forma de advertir a los demás adolescentes que serán sancionados con una de estas medidas si cometen algún delito tipificado como infracción penal, la aplicación de las mismas debe considerarse de acuerdo a la edad y la reincidencia.

En ese sentido podemos determinar que el principal objetivo de la justicia juvenil restaurativa, es fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal y posee tres ejes de trabajo que incluyen: la incidencia, la formación y el fortalecimiento de modelos innovadores en el ámbito de la justicia juvenil en Ecuador, en la ejecución de medidas socioeducativas privativas y no privativas de la libertad.

1. EL HOMICIDIO SIMPLE EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

1.1 El homicidio simple. - Antecedentes

Cuando nos referimos al homicidio, estamos frente a un delito contra la vida humana, a decir de (Sáinz Juan (Madrid 2004), en su obra la evolución del derecho penal en España dice: “es el más relevante de los delitos corporales, porque la vida es el bien máspreciado de los hombres.”

Etimológicamente nace del latín “homicidium”; la voz, homicidio, deriva del latín “homicidium” (de las palabras “homo” y “caedere”), lo que en su conjunto significa muerte causada a una persona por otra.

Levene, (1977) nos da algunas pautas sobre los antecedentes del homicidio, en sus diversos aspectos históricos y lugares importantes donde se regulaba y sancionaba el delito de Homicidio, entre en las grandes civilizaciones tenemos: “Mesopotamia, Egipto, Grecia, y la afamada Roma creadora de instituciones de derecho que existen hasta la actualidad. El homicidio en la mayoría de las civilizaciones y desde épocas muy remotas ha sido acogido por las distintas civilizaciones y dentro de sus legislaciones estableciendo sanciones para este delito, pudiendo establecer que desde sus inicios las diferentes legislaciones han protegido la vida humana como el primer bien que el derecho ampara y protege antes que otros.”

Una de las primeras legislaciones en sancionar este delito, fue el código establecido por el rey Hammurabi en el cual se elaboró una serie de artículos que sancionaba el delito en cuestión a partir del artículo 192 hasta el artículo 214.

Egipto es otra de las civilizaciones antiguas en sancionar el homicidio, la misma se permitieron realizar una clasificación con la finalidad de clasificar al homicidio de otras acciones que atentan contra la vida, dentro de la cual podemos determinar el asesinato entre parientes (parricidio); y, el asesinato que el padre comete contra el hijo (filicidio) del homicidio simple. En Grecia el homicidio se lo clasifico en voluntario e involuntario, buscando siempre que la prevención a fin de que este tipo de delito no sea concurrente, es por ello que la sanción llegaba incluso a los coautores.

Debemos destacar que en todos los tiempos la sanción para el homicidio ha sido la más severa, puesto que en las distintas civilizaciones se establecían penas sin importar la condición de la víctima, siempre que se llegara a determinar que la muerte fue causada de manera consciente, ya que el acusado que no era encontrado culpable se le brindaba refugio en los asilos, existiendo seis de estos refugios: tres en Canaán y tres en el Jordán, se refugiaban ahí a fin de evitar que los parientes de la víctima cobren venganza, en estos lugares se les permitía vivir pacíficamente hasta la muerte del sumo sacerdote.

Según Mommsem (1898) “se puede distinguir seis clases de homicidio simple, que eran considerados en la legislación romana y tenían el componente común entre ellos era poner en peligro la vida de algún ser humano o atentar contra ella con el propósito de ponerle fin, estos tipos de homicidio en su mayoría se encontraban reguladas a través de la ley Cornelia contra los sicarios y envenenadores, con excepción de la quinta, esta se encuentra dentro de la ley.”

En nuestro país el homicidio viene desde tiempos antiguos, un ejemplo es la pelea entre Huáscar y Atahualpa que tuvo como resultado la perdida de la vida de uno de ellos, este acontecimiento se dio como resultado de la ambición de acaparar el poder por parte de Atahualpa, para obtener el domino absoluto del imperio incaico, a este hecho se suman las muertes que padecieron muchos de los precursores como consecuencia de las intensas luchas por la independencia, por lo que podemos determinar que el homicidio es un delito muy recurrente que se ha venido cometiendo a lo largo de nuestra historia, por lo que nuestra convivencia se

subscribe a convivir con el clima de terror impuesto por la delincuencia y el propio Estado, es por ello que este tipo de delito contra la vida es el incidencia a tenido en nuestro país en relación a otras infracciones que dañan el cuerpo y la salud.

Carrara (1972) enseñaba que una antigua ley atribuida a Numa prescribía “si quis hominen liberum dolo sciens morti duit, paricida esto” (“si alguno, dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será paricida”). Se empleaba la voz “paricida” con una sola “ere” (que significaba “el que da muerte a un igual suyo”), expresión que los autores, con el tiempo, fueron leyendo con “doble erre”, dando origen, de ese modo, a la voz “parricida” para indicar a aquellos que daban muerte a cualquier hombre libre.”

Paredes Romero (2012) al referirse a CARNIGNI señala: “que homicidio es la muerte de un hombre realizado injustamente por otro hombre. Significa que el sujeto actúa en contra (acción) del ordenamiento jurídico de la norma, del derecho, puesto que existe una norma de carácter prohibitiva, pero aclaramos de que si uno actúa por legítima defensa no viola la norma, está exento de responsabilidad penal.”

En la actualidad en nuestro país rige el sistema finalista, el cual concibe al delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Siendo los elementos constitutivos para que exista el delito la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La concepción final del delito, surge gracias a los postulados del penalista alemán Hans Welzel, que a decir de Llobet Javier (2002), el mismo que con su teoría de la acción final, estableció el presupuesto: “Que la Acción es el ejercicio final de la actividad humana. Esto niega la concepción de que una acción puede ser guiada por motivos ciegos y ajenos a una finalidad determinada dentro de un actuar consciente.”

Es por ello que podemos afirmar que a lo largo de la historia de nuestro país, el homicidio es considerado el más antiguo y el más grave de los delitos, entendido este delito como la muerte de un ser humano producida por otro, lo que determina consecuencias de carácter irreversibles para todos los involucrados. Por un lado, para la víctima refiere perder su derecho a la vida; mientras que para la familia y para el autor significa aprender a vivir con una situación negativa en su historia vital, pues será una experiencia que los afectará directamente en la forma que tienen de relacionarse y vivir en el mundo.

1.2 El bien jurídico protegido en el delito de homicidio simple

Una vez observado brevemente el recuento histórico del tipo penal de homicidio simple, es necesario referirnos al bien jurídico protegido, desde un criterio casi unánime consideran que lo que se pretende proteger a través de la legislación dentro de este tipo penal es la vida humana como tal. Pero existe una minoría que lo identifica con la capacidad de autodeterminación del sujeto, de modo que no se protege sólo la realidad biológica de la vida, sino también las facultades de decisión y disposición que conlleva dicha realidad como un todo.

El bien jurídico que precautela la norma penal es la vida, la Constitución del Ecuador en su Capítulo Sexto trata del derecho a la libertad el cual reconoce y a su vez garantiza en su artículo 66 numeral 1, El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte. El estado a través de su mecanismo de prevención que es la norma penal vigente protege la vida desde el momento de su concepción salvo en los casos que el Artículo 150 del (COIP, 2014) que son: para evitar un peligro a la vida o salud de la mujer embarazada o si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que posea discapacidad mental.

Las posiciones doctrinales sobre la disponibilidad de la vida según (Carrasco Andrino (2013) son las siguientes:

- a) la mayoría: bien indisponible. Sus argumentos: El art. 15 CE tan solo contiene una garantía del ciudadano frente al Estado, que queda

así obligado a respetar y proteger la vida frente a los ataques ajenos. No recoge un dicho subjetivo a la vida, pues el Estado está obligado a intervenir con independencia de su titular.

Esa es la razón por la que se castiga la inducción y auxilio al suicidio en el CP. La no incriminación del suicidio se explica por razones de política criminal.

b) Una minoría: bien disponible. Sus argumentos: una interpretación sistemática del art. 15 CE permite sostener que en él se contiene un derecho a morir (a decidir el momento y la forma de morir). Leer arts. 1.1, 10 y 17 CE. El derecho a morir está implícito dentro del derecho a la vida del art. 15 CE. No puede haber un deber de vivir en aras de un interés social (demografía, etc.) en un sistema jurídico que considera a la libertad personal como valor superior de su ordenamiento. Por ello el suicidio no se castiga en el CP. Es algo lícito. Se castiga la participación en el suicidio, porque la facultad de disposición de su titular está limitada a él mismo, no autoriza los ataques provenientes de terceros, pues dada la trascendencia de la decisión de quitarse la vida, en su adopción y en la ejecución de la propia muerte no deben interferir los terceros.

Entendemos como bien jurídico a todo aquel interés social que se constituye en presupuesto necesario para el normal desenvolvimiento de la persona humana en sociedad, se trata de algo, ya sea tangible o intangible, considerado valioso a un nivel que merece una garantía legal de no ser quebrantado por la acción de un tercero, solo existe cuando se crea una norma para protegerlo, normalmente estableciendo una sanción para las conductas que puedan vulnerarlo. Cuando no existe dicha norma, el bien carece de carácter jurídico. Por tanto, el bien jurídico es, en todo caso, un bien que goza de protección legal.

los bienes jurídicos son tales no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque son en sí presupuestos indispensables para la vida en común.

Una vez que el legislador considera que determinados bienes deben ser protegidos o tutelados por el derecho, tipificándolos mediante una ley, automáticamente se convierten en bienes jurídicamente protegidos. En las conductas tipificadas bajo el membrete de delitos contra la vida, no hay mayores problemas para identificar el derecho a la vida humana como el bien jurídico protegido.

La persona individual es el pilar central del sistema jurídico, constituyéndose al mismo tiempo en su principal valor; en consecuencia, ya nadie discute que merece por ello su preferencial protección. Aquí es importante destacar que cuando se alude al derecho a la vida, nos estamos refiriendo tanto a la vida independiente como a la dependiente, y cuando nos referimos a la integridad física y mental de la persona, automáticamente estamos aludiendo a la salud.

Polaino Miguel (2018) manifiesta:

El bien jurídico protegido, en todas las formas de homicidio, es la vida humana. El derecho penal no suministra un concepto de vida humana, sólo se ocupa de protegerla como objeto material de los delitos que atentan contra ella. En rigor de verdad, el derecho penal interviene, con distinta intensidad, en todo el proceso de la vida humana. De aquí que el objeto de protección de los delitos que constituyen formas de homicidio es, en todos los casos, el ser humano, la persona física viva. Por lo tanto, debemos convenir en que –al menos desde un punto de vista ontológico-biológico- es la vida humana misma el bien jurídico tutelado por estos delitos, afirmación que no parece que hoy pueda discutirse.

Esta es la fuente de todos los demás bienes tutelados; sin ella no tendría sentido hablar de derecho y mucho menos de la vida misma. En otros términos, el derecho a la vida constituye el bien jurídico de mayor importancia, no solo porque el atentado contra él es irreparable, sino porque es también la condición absolutamente necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes.

Garland David (2005), parafraseando a Emile Durkheim, sostiene que:

Hoy en día la sociedad castiga con el fin de infundir miedo en los posibles delincuentes. Sin embargo, el castigo seguía siendo un acto de venganza y de expiación, la venganza de la sociedad por lo que el criminal debe expiar el "ultraje a la moral", el ataque a la sociedad, por lo que es reprimido con una pena. Castigar a la delincuencia la conciencia común de los seres humanos que representa a las personalidades individuales y el otro que representa a la colectividad conmocionada por el crimen y su finalidad es mantener la cohesión social que surge de estas similitudes.

Este planteamiento se fundamenta en la posición doctrinaria que plantean que, si bien es cierto el ejercicio del derecho a la vida, a la integridad física o mental y los demás derechos, corresponde al hombre, individual o colectivamente considerado, su garantía, defensa y puesta en práctica pertenece al estado, pues solo el dispone en forma efectiva de los mecanismos legales para su protección. Por consiguiente, protegiéndoles se protege así mismo y garantiza su supervivencia.

Zaffaroni Eugenio (2011) en su obra Manual de Derecho Penal, manifiesta:

El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir

resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso.

Para entender lo manifestado por Zaffaroni, hay que analizar el bien jurídico desde el punto de vista limitativo, lo que significa que la intervención penal tiene lugar cuando se determina la afectación grave o puesta en peligro de un bien jurídico, ya que el principio de lesividad establece que no hay tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro. En relación a la lesión o al peligro puedo manifestar que la nueva estructuración de la sociedad de riesgos y el establecimiento de nuevos bienes jurídicos dignos de protección han implicado un gran crecimiento de los delitos de peligro, lo que genera la anticipación o adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, generando que este mecanismo, que funcionaba generalmente ex post, tienda en los actuales momentos a funcionar ex ante, eliminando la fuente de peligro. Lo que es criticable, porque esto ha permitido que el poder punitivo del estado sea mucho más grande y descontrolada pues bajo estos parámetros se retoman las ideas del simbolismo del Derecho penal, pero adicionalmente el principio de legalidad en materia penal se vuelve a desconfigurar porque la definición de peligro, o fuente de peligro es de lo más variada y arbitraria.

Gálvez y Rojas (2016) mencionan: que se considera bien jurídico a todo interés, derecho o potestad (públicos o privados) o a ciertas condiciones favorables a éstos, susceptibles de ser protegidos por las normas penales". Bajo este concepto tampoco se dan luces a fin de identificar con claridad que hemos de entender por bien jurídico. Peña y Almanza (2010) han señalado que el "bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, lo que la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones".

En conclusión, podemos afirmar que en el delito de homicidio simple la persona individual es el pilar central del sistema jurídico, por consiguiente, se constituye al mismo tiempo en su principal valor; en consecuencia, nadie discute que merece por ello su preferencial protección. Aquí es importante destacar que cuando se alude al derecho a la vida, nos estamos refiriendo tanto a la vida independiente como a la dependiente, y cuando nos referimos a la integridad física y mental de la persona, automáticamente estamos aludiendo a la salud.

1.3 Estructura típica del delito de homicidio

El homicidio es el tipo básico y genérico de imputación entre las diferentes clases de homicidio previstos por la ley; es un delito de acción, que puede cometerse por omisión, de medios indeterminados, instantáneo y de resultado material. La perfección típica requiere la existencia de una relación de causalidad, entre la acción del agente y el resultado muerte, jurídico-penalmente relevante.

La conducta típica aparece con la expresión el que “matara a otro”, a diferencia como señala Luzón Cuesta (2015) “de otros ordenamientos que utilizan los términos “ocasionar” que resultan ser más amplio como es el caso de Italia o Austria o los términos “dar voluntariamente muerte” supuesto de Francia. La descripción típica del verbo matar va a incluir tanto el comportamiento activo como el pasivo (referido a la comisión por omisión) del sujeto que pone en riesgo la vida humana independiente.”

Este comportamiento de “matar” va a englobar tanto la acción, entendida como un acometimiento o comportamiento activo, como la omisión impropia o “comisión por omisión”.

En el caso de la comisión por omisión será preciso que concurren dos requisitos:

- a) La relación de causalidad entre la omisión y el resultado de muerte, de modo que ésta no se hubiera producido de haberse realizado la acción omitida que el sujeto tenía obligación de haber desplegado.
- b) La obligación de actuar que asume el que ocupa una posición de garante, conforme a la doctrina formulada por Nagler. En este caso, la inactividad consciente del sujeto que ocupa tal posición ha de haber provocado el resultado de muerte, teniendo obligación de actuar.

A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Zárate Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio (2015) establecen: Además de este acometimiento o supuesto de la comisión por omisión al ser un delito de resultado es preciso que la acción u omisión sea causa del resultado de muerte y que al autor se le pueda imputar objetivamente ese resultado.

El profesor Díaz y García Conlledo (2008) trata un punto en el que convergen todos y en el que coincidimos plenamente con el autor, en lo que respecta a la relativización entre la distinción entre elementos normativos y descriptivos, observemos:

La postura absolutamente mayoritaria hoy en día consiste en la relativización de la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo. La razón que suele aducirse es que existirían multitud de elementos típicos que son parte descriptivo y en parte normativo, si es que tales cosas no suceden todos los elementos son típicos. Así es muy frecuente apelar a algunos ejemplos como los que a continuación se citan. Parece que el elemento "persona", que utilizan la mayoría de los CP para identificar al sujeto pasivo de los

delitos comunes contra la vida, como homicidio y asesinato, es un claro ejemplo de elemento descriptivo del tipo, y, sin embargo, en sus "zonas límite", es decir, en las del comienzo y el fin de la existencia de una persona (o sea, el comienzo y el fin de la vida), el elemento pasaría a ser normativo, pues la mera aprehensión sensorial no nos indicaría sin más si estamos ante una persona, sino más bien habrá que realizar una valoración apoyada en normas, en este caso fundamentalmente jurídicas: respecto del comienzo de la vida suelen tener relevancia los propios preceptos penales sobre el delito de aborto o (donde exista) infanticidio (aunque también haya legislaciones en que las normas civiles sean también trascendentes a este respecto); y, en cuanto al fin de la vida, habrá de tenerse en cuenta la existencia de normas, como las relativas al trasplante de órganos, que precisan el momento en una persona deja de serlo y se le considera muerta a efecto de extracción del órgano. Igualmente un elemento típico tradicionalmente considerado normativo, como "documento" en las falsedades documentales (Art. 390 ss. CP español) no se agota en su capacidad de servir de prueba (aspecto normativo jurídico más frecuentemente resaltado, aunque quizá no el único), sino que requiere de la existencia de un sustrato fáctico, perceptible por los sentidos y concebible sin relación a norma alguna: el trozo de papel u otro soporte material en que se refleja el contenido del documento. Por tanto, en la distinción entre elementos normativos y descriptivos del tipo no estaríamos ante una división tajante en compartimentos estancos, sino más bien ante una apreciación cuantitativa: ciertos elementos típicos son más descriptivos (o contienen más componentes descriptivos) que otros, mientras que en algunos "la carga" normativa es mayor. La normatividad es un criterio cuantitativo, no hay apenas elementos puramente normativos o puramente descriptivos.

Por consiguiente, podemos decir que el tipo penal se constituye en un modelo conductual pre establecido en la ley penal, que constituye la descripción de la

conducta prohibida que el legislador la plasma dentro de una norma penal. En consecuencia, podemos señalar que los tipos penales que han sido regulados por el legislador, son las únicas conductas o supuestos de hecho que tienen relevancia jurídica penal. Por ello se dice que el tipo penal tiene la función seleccionadora de conductas pues de un universo indeterminado de ellas, solo aquellas son convertidas en tipos penales por voluntad del legislador, tiene relevancia penal.

Cavero (2019) en relación a la tipicidad, manifiesta:

En el plano político – criminal, la función es una de garantía, en la medida que la tipicidad se encargaría de definir la conducta penalmente sancionada. Esta función vincula la determinación de la conducta delictiva y la pena a imponer con el principio de legalidad. A la función sistemática le corresponde, por su parte, establecer el conjunto de elementos que permiten saber de qué delito típicamente se trata. En ese sentido, la tipicidad no sólo haría posible determinar la conducta permitida de la prohibida, sino también diferencia las distintas formas de conducta prohibida de cara al establecimiento de las consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, la tipicidad del delito de hurto sustentada en la sustracción subrepticia permite diferenciarla de la tipicidad del delito de robo, cuyo tipo penal requiere que la apropiación tenga lugar por medio de violencia o amenaza. Por último, la función dogmática de la tipicidad residiría en determinar aquello que debe ser abarcado por el dolo del autor.

En los últimos años, ha tomado fuerza la llamada teoría de la imputación objetiva, la cual se ha encargado de normativizar la parte objetiva de la tipicidad. En un primer momento este proceso inició en la forma de tipificación predominante en los delitos de resultado. En este tipo de delitos, el juzgador no solo debía limitarse a hacer una simple verificación si la conducta causó un resultado lesivo, sino que debe determinar mediante criterios jurídico – penales, si la conducta del sujeto

activo generó un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo se realizó con el resultado acaecido. Actualmente el tipo objetivo ha trascendido a todas las formas de tipificación de las conductas delictivas.

1.3.1 Elementos del tipo objetivo en el homicidio simple

El elemento objetivo se constituye en el más importante para poder determinar la conducta típica en los delitos de acción y resultado, pues en ellos la conducta prohibida queda plasmada en la ley a través del uso de verbos de acción.

a) Sujetos activo y pasivo.

Sujeto activo. El homicidio es un delito común, de titularidad indiferenciada, que puede ser cometido por cualquier persona, varón o mujer. El tipo no requiere ninguna condición personal relacionada con la autoría, con excepción de algunos tipos agravados que exigen en el agente una cualificación especial (por ej. parricidio). La expresión “al que” empleada por la ley, alude a la indeterminación del sujeto activo.

Sujeto pasivo. Puede ser cualquier persona, con vida independiente. Pero, debe tratarse de una persona distinta al autor.

En el homicidio, por lo general, coinciden el sujeto activo, quien es el titular del bien jurídico protegido (el ser humano), con el objeto material, que es el objeto sobre el que recae la acción (el cuerpo de la persona). En cualquier caso, tiene protección penal todo ser que pertenezca al género humano, por deforme que sea y aunque se encuentre desprovisto de formas humanas (los monstruos del antiguo derecho) o de valor vital (de no lejanas experiencias históricas), como los enfermos incurables, inválidos y ancianos.

b) Acción típica.

El homicidio consiste en matar a otro y ese otro debe ser una persona nacida con vida del vientre de una mujer, por lo consiguiente sus elementos son una acción u omisión causales, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir un ser humano. Por tanto, la acción en el delito de homicidio consiste en “matar a otro”, lo cual implica la destrucción de una vida humana.

El delito de homicidio es de comisión, es decir, que la acción de matar es siempre activa, pero, en ciertos supuestos, también puede cometerse por omisión (omisión impropia). En los casos de homicidio por omisión, en los que surge la figura del “garante”, es decir, de quien tiene el deber jurídico de actuar para evitar el resultado no querido por el orden jurídico, el círculo de autores se reduce considerablemente. En estas hipótesis de omisión impropia el delito se transforma en un tipo especial propio, vale decir, que solo puede ser cometido por un círculo limitado de personas que, en la emergencia, ostentan la calidad de garantes de la no producción del resultado.

Para Liszt (2000) “acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo exterior. Se entiende por manifestación de voluntad, toda conducta voluntaria. El acto es la voluntad objetivada. Se trata de una conducta que, libre de violencia física o psicológica, está determinada, motivada, por las representaciones. La manifestación de la voluntad puede consistir en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo que produce un cambio en el mundo exterior.”

Modernamente, en el ámbito de la dogmática jurídico penal, se piensa que la verificación del nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor del delito. Se requiere, además, la relevancia del nexo causal que permita comprobar que ese resultado puede ser objetivamente imputado al comportamiento del autor. Son necesarios criterios de tipo normativo para fundamentar lo que actualmente se denomina “imputación objetiva”, vale decir, que

se requiere de criterios normativos para imputar el resultado a su autor. Estos criterios son la “creación de un riesgo no permitido” (principio del incremento del riesgo) y la “producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida”; con arreglo al primer criterio, no son imputables aquellos casos en los que la acción disminuye el riesgo del bien jurídico. Para esta postura, el resultado solo puede ser imputado al autor si se demuestra claramente que, con su acción debida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. El segundo criterio –como se dijo- es el de la “producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida”, según el cual los resultados que se producen fuera del ámbito de protección de la norma no pueden ser imputados a su autor.

Esta clase de medios para perpetrar el homicidio deben ser admitidos, pues, como enseña Soler (1970) “no puede negarse, aunque fuera excepcionalmente, que ciertas impresiones psíquicas pueden causar la muerte. El que cuenta con esa posibilidad y asume mentalmente el riesgo, añade, causa, sin duda, y causa dolosamente.”

Se discute la posibilidad de comisión del homicidio por un “medio moral o psíquico”. Los medios morales son aquellos que actúan sobre la psiquis del individuo, concretándose en fuertes sacudimientos morales o psicológicos que producen la muerte debido a la influencia de aquella sobre lo orgánico, por ej., las sevicias o torturas psíquicas, el miedo, el dolor, la sorpresa, las malas noticias a una persona cardíaca, el gran susto al anciano, la presión psicológica, etcétera.

1.3.2 Los elementos del tipo subjetivo en el homicidio simple

En la teoría del delito se entiende que lo objetivo es todo lo material, es decir lo que puede ser percibido por los sentidos, dicho de otra manera, es todo lo que ocurre fuera de la mente del sujeto; en lo que respecta a lo subjetivo, en la teoría del delito

comprende todo aquello que ocurre dentro de la mente del sujeto o sea el tránsito mental del sujeto al realizar la conducta.

a) El dolo

Uno de los ámbitos en donde existe mayor grado de discusión es respecto a que concepto de dolo debería manejarse. En la doctrina, existe discusión respecto a si el dolo comprende únicamente un aspecto cognitivo, o si por el contrario, involucra también un aspecto volitivo Villavicencio (2006); Meini (2014). Esto resulta de especial relevancia sobre todo en el Perú, el cual, a diferencia de otros países del continente, no tiene una definición legal del dolo Sánchez Málaga (2015); Villavicencio (2006)

El dolo en la acción por parte del sujeto activo, como elemento subjetivo está constituido por dos elementos: el cognitivo y el volitivo; para el homicidio, el dolo se traduce en el conocimiento que el sujeto activo tiene o se representa, que su actuar es ilícito y la voluntad o la indiferencia de llevar a cabo tal acción o que se produzca ese resultado, que son dos aspectos internos del ser humano los cuales se pueden probar incluso a través de indicios.

Rusconi Maximiliano (2016) se ha decantado por la teoría de la voluntad del dolo, pues argumenta de la siguiente forma: “No solo debe darse la oposición objetiva a la norma imperativa, sino que, además, para la imputación del delito doloso de comisión, el sujeto debe haber tenido conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo descrito. A ese conocimiento y a esa voluntad le llamamos “dolo”. [...] Dolo, para la doctrina mayoritaria, es el conocimiento y la voluntad para realizar el tipo objetivo.”

Es cierta la crítica de la teoría objetiva del dolo sobre que nadie puede inmiscuirse en los pensamientos de otra persona para saber si tuvo dolo en la perpetración de

un crimen. Sin embargo, lo que sí puede hacerse es constatar el conocimiento del riesgo de una conducta delictiva mediante indicadores fácticos.

Dolo eventual

Algunos dogmáticos afirman que al tener un conocimiento de la culpa consiente quedaría subsumido dentro del dolo eventual. En relación con este tema el maestro Bustos Ramírez (2008) nos dice: “No es el querer lo que diferencia al dolo, sino el conocer los elementos del tipo penal”; al igual que él, Enrique Bacigalupo dice: “El dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido.”

Por lo tanto, se habla de dolo eventual cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria, sin embargo continúa procediendo del mismo modo: acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado.

Se habla de culpa, en cuanto a imprudencia se refiere, respecto a casos típicos como el de quien descuidadamente limpia un arma e hiere accidentalmente a otro; pero cuando la temeridad es tan extrema como en el presente caso que refleja un desprecio por los demás, las muertes acarreadas son tipificadas como homicidios a título de dolo eventual. En el presente caso, cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre "el animus occidendi" o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisiva, sin intención de matar pero que fue causa de muerte.

Isabel Marzabal (2013) se expresa: “Para valorar la intención o el animus del autor es necesario analizar, el arma utilizada, la dirección de la acción, el número y violencia de los golpes; condiciones de tiempo y espacio; circunstancias conexas; manifestaciones del agresor, palabras acompañantes y precedentes a la acción,

actividad anterior y posterior del sujeto activo del delito; relaciones previas entre víctima y agresor; y el origen de la agresión...”

Cuando hablamos de la intención o el animus de alguien en quien no había dolo homicida directo y perfecto, es decir, intención clara de matar; y que su conducta, por otro lado, fue mucho más grave que los supuestos configuradores de la simple culpa. En otras palabras, la situación de una persona cuya conducta está un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, es dolo eventual.

b) Consumación y tentativa

Decimos que una conducta es típica cuando se cumplen los elementos del respectivo tipo de delito: la tipicidad de la conducta realizada exige constatar que ésta colma el tipo tanto objetivo como subjetivo del delito en cuestión. Una vez que la conducta se exterioriza, recorre diversas fases. Comienza con la tentativa y conduce a la consumación, pasando por las diversas fases de su ejecución. Tras la consumación, puede hablarse todavía de la fase de agotamiento.

El Prof. Jimenez de Asua Luis (1970) manifiesta: “el iter críminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento, y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. “La fase interna sólo existe mientras el delito encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación”.

Por consiguiente, podemos decir que el delito es una obra humana y por ello debe seguir un proceso más o menos extenso que se denomina en la doctrina vida del

delito o iter criminis, estas etapas en el desarrollo del acto delictivo, primeramente se generan en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. Por tanto, la acción es punible no solo cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo objetivo y el subjetivo, sino también cuando falte algún elemento requerido por el tipo objetivo. Por ello, dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización (tentativa y consumación), es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mínimo de lo punible, y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista.

1.4 Los Derechos de Protección

El Comité de los Derechos del Niño, si bien celebra que el principio del interés superior del niño se haya incorporado a la Constitución y al Código de la Niñez y Adolescencia, está preocupado por la falta de información sobre el modo en que se aplica este principio en la práctica. Le preocupa que este principio pueda no ser tenido en cuenta en la totalidad de las decisiones, los procedimientos administrativos y judiciales y los programas que afectan a los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, en el caso de los niños privados de su libertad o de su entorno familiar.

El Comité insta al Estado Parte a que garantice el pleno cumplimiento de las normas de justicia juvenil, en particular los artículos 37 b), 40 y 39 de la Convención, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana). En particular, el Comité insta al Estado Parte a que tenga en cuenta la Observación General N° 10 del Comité (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores. También recomienda que el Estado Parte vele por la aplicación en la práctica del interés superior del niño, incorporando plenamente el principio en

todos los programas, las políticas y los procedimientos judiciales y administrativos, así como en la ejecución de los planes de acción nacionales, y que lleve a cabo una evaluación del impacto sobre los niños de todas las propuestas de leyes, políticas y asignaciones presupuestarias que afecten a los niños y al goce de sus derechos.

También recomienda que el Estado Parte:

- a)** garantice que el nuevo Código de Garantías Penales esté armonizado con el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia 2004 - 2014, consagrado en la Constitución, y establezca un sistema especializado de justicia juvenil integrado con el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia;
- b)** garantice que el sistema especializado de justicia juvenil esté separado del sistema penal para adultos en lo que respecta a las normas sobre procedimientos, sanciones y ejecución de las sentencias, y que los niños estén siempre separados de los adultos en todos los establecimientos de detención, incluidas las celdas de las comisarías;
- c)** considere la posibilidad de aumentar la actual edad mínima de responsabilidad penal;
- d)** establezca alternativas no judiciales a la privación de libertad, como la libertad vigilada, los servicios comunitarios o la suspensión condicional de la condena, siempre que sea posible;
- g)** garantice que todos los niños que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, pero que estén en conflicto con la ley, sean tratados por las autoridades civiles o administrativas de manera conforme con la Convención y las normas internacionales; en particular, garantice que tengan acceso a medidas socioeducativas que supongan una alternativa a todas las formas de privación de libertad y/o institucionalización (...)

UNICEF cree que las cárceles y la detención deberían ser la última instancia para los niños en conflicto con la ley. El trabajo de UNICEF en cuanto a justicia de menores se orienta hacia la reducción del número de procedimientos de privación de la libertad, reemplazándolos por la promoción de sanciones diferentes a la detención, impulsando una justicia restaurativa, y el desvío de los casos hacia otras instancias o sanciones alternativas. UNICEF desea crear un ambiente de protección para todos los niños, lo cual implica una interpretación sistemática y múltiple que incluya el compromiso de los gobiernos, la capacitación, la reforma de las leyes, la supervisión y la denuncia de la violación de los derechos, la transformación de las actitudes humanas, el desarrollo de las habilidades infantiles, y la oferta de programas de reinserción.

La mayor parte de llamados urgentes emitidos por el Programa de derechos del niño de la OMCT se inscriben en el campo de la justicia de menores: detenciones arbitrarias, torturas durante la custodia policial, ausencia de garantías judiciales, castigos abusivos y ejecuciones extrajudiciales de niños por parte de agentes de la fuerza pública. Algunos llamados urgentes también se relacionan con el arresto arbitrario de niños en situaciones irregulares, o con deficiencias en cuanto a la protección de los niños durante el debido proceso. Los informes de la OMCT, que son presentados ante los órganos de vigilancia de los tratados (Comité de los Derechos del Niño, Comité de Derechos Humanos, Comité Contra la Tortura) se centran principalmente en la justicia de menores, tanto en términos legales como en términos prácticos. En su promoción y trabajo de capacitación, la OMCT también hace de la justicia de menores uno de sus temas prioritarios.

El establecimiento de un sistema de justicia de menores apropiado y conforme a las normas internacionales constituye un proceso técnico prolongado y costoso, teniendo en cuenta que requiere profundas reformas legales e institucionales.

1.5 El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho complejo, Aguirre (2010) “actúa como un paraguas que refuerza la protección a otras garantías de naturaleza procesal, en caso de que no tengan cobertura constitucional.”

Por tanto, constituye el pilar transcendental en la concepción y desarrollo de un proceso, que resulta complejo y se relaciona con varios elementos que lo componen. La tutela judicial efectiva posee un contenido complejo y no se agota únicamente en el acceso a la justicia, que es el concepto o criterio más conocido sobre el contenido de la tutela judicial.

El derecho a la tutela judicial efectiva está compuesto por: a) el derecho de acceder a los órganos de justicia, el cual implica universalidad, gratuidad, igualdad y debido proceso. b) obtener una sentencia motivada y congruente. c) que la sentencia se ejecute de manera efectiva. d) derecho al recurso legalmente previsto. Es decir, para que sea realmente efectiva esta tutela que empieza con el acceso a los órganos de justicia, debe concluir con una decisión posible y materialmente ejecutable.

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.

En conclusión, la tutela efectiva ha tenido un desarrollo importante y muy positivo desde la vigencia de la Constitución de 2008, pues la Corte Constitucional ha trabajado en aclarar y ampliar sus elementos. Sin embargo, el sistema y entendimiento del derecho complejo no es el esperado, pues existen brechas importantes por solventar, como preparar a los jueces, capacitarlos para que emitan mejores sentencias y a la vez dejarlos libres de “modelos”, “fórmulas”, “formatos”, “evaluaciones por cantidad” que impiden un verdadero desarrollo jurídico e imposibilitan una efectiva aplicación de la tutela efectiva de la justicia

1.6 La seguridad jurídica y la injusticia del resultado

Nuestra Constitución reconoce expresamente la seguridad jurídica como principio constitucional. En 2011, el Ecuador se pronunció en referéndum para transformar el sistema judicial lento e ineficiente y avanzar hacia una verdadera seguridad jurídica. Ya no se necesita privatizar la justicia a instancias arbitrales privadas que, además, están llenas de conflictos de interés.

La esencia de nuestro Estado democrático no es compatible con el esquema construido por la Corte Constitucional en el que prima una concepción canónica del sistema jurídico, vale decir, sólo se acepta como justicia lo que deciden los jueces si es adecuado a lo que ella percibe y declara que lo es. Se ha auto-erigido como única sede donde se concibe la justicia, con exclusión del legislador y de los demás jueces a quienes debe corregir en su labor.

Esta impostura amerita un llamado de atención a los integrantes de la Corte Constitucional para que reciban el consejo que dieran tres de los más ilustres Magistrados del Tribunal Constitucional español, a saber: Francisco Rubio, Francisco Tomas y Valiente; y, Luis Diez-Picazo “(STC No.53/1985):

El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder

en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica. En la fundamentación de la presente Sentencia falta ese razonamiento riguroso y es esa falta de rigor la que conduce a la errada decisión.

La seguridad jurídica es una necesidad primaria del Derecho, un elemento inherente y definidor del mismo. Se suele comenzar definiendo al Derecho diciendo que es un orden regulador o un sistema de normas, y, precisamente, la seguridad jurídica presupone un orden y deriva del concepto más general de orden, es un posterior necesario del orden y presupone también la existencia de un sistema. Pero esta inmanencia entre la idea de Derecho y la de seguridad jurídica ha de cohererse con la consideración de la justicia como valor que preside el Derecho.

La seguridad jurídica es una necesidad básica de todo ordenamiento jurídico. Partiendo de una concepción democrática del Estado y del Derecho, aquello en qué consiste la seguridad es imprescindible: un ordenamiento que reúna unas características tales que pueda decirse que proporciona certeza a sus destinatarios; un orden que garantiza la salvaguarda de los derechos de sus miembros, generando un cierto nivel de confianza. Que la seguridad jurídica es necesaria queda fuera de toda duda.

Según (Vid. Chiavelli (2015)). “En el fondo del conflicto subyace el problema central del Derecho: no existe una realización perfecta de la justicia. Esta afirmación tan repetida es sólo la mitad del problema. La otra mitad es que tampoco cabe una realización plena de la seguridad jurídica. Se trata de valores y, como tales, irrealizables en su integridad.”

Quienes afirman que hay que conformarse con la seguridad jurídica ante la imposibilidad de realizar plenamente la justicia, desconocen la mitad del problema. Que con la seguridad ocurre lo mismo. Sólo pueden conseguirse realizaciones parciales de la justicia y de la seguridad jurídica. Una ley puede ser justa porque la distribución que determina está regida por unos criterios de la razón aceptados unánimemente y, pese a ello, su aplicación a un caso concreto puede resultar injusta.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA LEGISLACION PENAL ECUATORIANA

2.1 El principio de proporcionalidad. - Definición

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, como principio jurídicamente exigible, es esencialmente un concepto relacional que carece de vida propia, ligado siempre a un sustrato normativo y vinculado a una determinada teoría de la interpretación.

Podríamos decir que se trata de una pieza dentro de un sistema, de un universo más amplio en el que se enmarca y al que pertenece, como el que encarnan la teoría general de los derechos fundamentales, las técnicas de control judicial, el canon de constitucionalidad, etc.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se encuentra integrado por un conjunto de herramientas que permiten medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada.

Según criterio de algunos autores, el principio de proporcionalidad constituye también uno de los límites a la limitación de los derechos, comúnmente empleado

en el ámbito del control de constitucionalidad para definir el ámbito de validez de una medida normativa utilizada en relación con un fin propuesto. Una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales.

Según Fuentes Cubillos Hernán (2014) el Principio de Proporcionalidad: “se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.”

Ahora bien, en este punto, hay quienes ceden ante la tentación de confundir conceptos en torno al pacto social, pues mientras para Hobbes, siendo los seres humanos inteligentes, además de malvados, en un determinado momento deciden acogerse a un pacto entre ellos y ese pacto consiste en la cesión de todo el poder del individuo a un soberano (o corporación), que habrá de mantener el orden y la paz. En cambio para Locke, los individuos ceden sus derechos a un soberano (o grupo de soberanos), en aras de garantizar una vida digna y pacífica, pero teniendo en cuenta que tal cesión no es perpetua ni irrevocable. Locke reconoce así el derecho a la rebelión si el soberano no cumple con los límites de lo pactado. Finalmente Rosseau tomó prestadas, para su obra El contrato social, las categorías políticas Hobbesianas, pero modificando radicalmente los puntos de partida y de llegada.

Dos elementos esenciales se desprenden de este relato para el jurista de nuevo siglo y son claves para entender el principio de proporcionalidad:

1) La libertad se perpetúa en la sociedad civil. El ser humano debe gozar de libertad plena para pensar, para proyectarse individual o colectivamente; 2) El Estado está

facultado por el pacto civil para intervenir y restringir libertades, única y exclusivamente, en casos excepcionales.

Es decir, el principio de proporcionalidad, nos permite examinar la problemática desde dónde surgen las directrices axiológicas supremas de nuestro ordenamiento jurídico, para exigir que entre el delito y la correspondiente pena, rijan una determinada relación de proporcionalidad, y de ser así, determinar cómo es posible que se pueda fundamentar su presencia y operatividad dentro del sistema penal.

2.2 Objeto del principio de proporcionalidad

Podríamos decir que el principio de proporcionalidad tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio- fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos.

(Alexy Robert (2013) en relación a este principio manifiesta: “existen varios métodos para aplicar el principio de proporcionalidad, tales como el conceptual, que trata de precisar en qué consiste, el empírico que se aplica sin estudiar cómo opera; y el normativo, que prescribe cómo debe operar o cómo se debe aplicar la proporcionalidad, a través de reglas, que se conozcan y que sean fiables, y que pueden dar racionalidad a la ponderación.”

Es de suma utilidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad hacer la correspondiente diferenciación entre lo que son las normas con estructura de regla y las normas con estructura de principio, y su forma de aplicación.

Bernal Jaime (2012) dice:

Las primeras, es decir las normas con estructura de regla, poseen una estructura jurídica compuesta de supuesto de hecho y consecuencia jurídica clara, y su forma jurídica tradicional de aplicación es mediante la subsunción, las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada, las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, a través de métodos tradicionales de validez, especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior). Mientras que los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que establecen que se realice su aplicación en la mayor medida de lo posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, Son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de interpretación y aplicación para lo cual usamos la ponderación. Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

El término ponderación viene de la locución latina *pondus* que significa peso, el ejercicio de la ponderación consiste en pesar o sopesar los principios en colisión

que concurren en el caso específico, los principios están dotados de una propiedad que no tienen las reglas, los principios tienen un peso y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos debe limitar o restringirse en su ejercicio y goce, en qué medida y bajo qué parámetros, al respecto Alexy, Robert (2003) dice: “existen varios métodos para aplicar el principio de proporcionalidad, tales como el conceptual, que trata de precisar en qué consiste, el empírico que se aplica sin estudiar cómo opera; y el normativo, que prescribe cómo debe operar o cómo se debe aplicar la proporcionalidad, a través de reglas, que se conozcan y que sean fiables, y que pueden dar racionalidad a la ponderación.”

Consideramos que el Principio de Ponderación no es una muy buena guía como demostración de la posibilidad de aplicar racionalmente los principios, usado de cierta manera el Principio de Ponderación puede resultar útil. Esto porque se trata de una estructura metodológica que puede servir para hacer explícitas las razones por las que un tribunal toma una decisión, es decir, para argumentar de manera abierta el porqué de una resolución. Además, por su flexibilidad tanto para proteger los derechos fundamentales como para mantener al propio derecho constitucional como un límite efectivo frente al poder a lo largo del tiempo.

2.3 El principio de proporcionalidad como esencia de principios

El principio de proporcionalidad implica la esencia misma de los principios. El examen de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, instrumento que, en palabras de Alexy Robert (1993) constituye:

El más importante principio del derecho constitucional material, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo constituyen un sistema de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para declarar la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad

constitucional, aplicada a través de una lógica gradual esto significa que se va aplicando sucesivamente los controles que hace cada una de las reglas que se encuentran cronológicamente concatenadas, se requiere conocer la estructura del principio y de sus reglas para comprender su modo de aplicación o procedimiento estandarizado de razonamiento, el que esencialmente consiste en seguir los pasos establecidos para cada una de las reglas, lo cual permite reconstruir el razonamiento seguido y advertir tanto las fortalezas como las posibles deficiencias en el proceso de argumentación de la decisión, lo cual permitirá generar una mejor justicia y un mayor disfrute de los derechos fundamentales, que constituyen uno de los pilares del ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor

manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

En ese sentido Bernal Carlos (2005) manifiesta: “En una sociedad liberal a la Rawls, debe atribuirse un peso mayor a los derechos liberales vinculados de manera estrecha con las capacidades morales de la persona. Estos derechos ostentan un significado sobresaliente y, por tanto, toda intervención del poder público en ellos debe considerarse como una intervención seria en el principio al que se adscriben.

En una sociedad rawlsiana, cuanto más esté conectada con las capacidades morales de la persona una posición jurídica adscrita a un principio, tanto mayor deberá ser la importancia que debe atribuirse a tal principio.”

Nos encontramos, por tanto, ante un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia, suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable.

El principio de proporcionalidad por tanto se erige como aquella herramienta con la que el operador jurídico puede determinar si la actuación que pretende realizar es o no legítima. En el ámbito penal puede verse su necesidad tanto en un plano abstracto como en otro concreto. En el caso de la emisión de una norma penal (plano abstracto), el legislador tiene que usar el test de proporcionalidad para determinar si la conducta que desea incriminar es válida porque no constituye un exceso en la esfera de libertad del ciudadano; o, si la protección que se ha pretendido dar es deficiente, en la medida que se infracriminaliza. En el caso de la determinación de la pena a aplicar (plano concreto), el principio de proporcionalidad ayuda al juez a determinar que la pena a imponer es una pena que tiene una estricta relación con el hecho y las características personales del autor.

2.4 La función del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Es el mejor método que

existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución.

Höllander Pavel (2011) manifiesta:

el principio de proporcionalidad enlazó la teoría de los principios de Dworkin —y nosotros agregamos de Esser— con la teoría de los derechos fundamentales y de la argumentación de Alexy, pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto. La tesis de Alexy implica en términos generales lo siguiente: los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino por su vigencia aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad; los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.

Por consiguiente, podemos decir que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones del control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución.

Entendido así el principio de proporcionalidad constituye un método, cuya función principal consiste en interpretar y argumentar principios constitucionales ante

situaciones jurídicas que se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer; puede tener aplicación respecto de políticas públicas, decisiones administrativas, casos concretos que se ventilan ante los jueces y, desde luego, para determinar hasta dónde la ley supone una intervención indebida a los derechos fundamentales en caso de existir, o bien, hasta dónde la ausencia de ley afecta de manera indebida a los derechos.

La discusión teórica en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la legislación penal es una de las más interesantes, pues este principio puede servir no sólo para determinar si las penas o sanciones son proporcionales a los delitos sino incluso si la conducta típica penal es proporcional con relación a los derechos fundamentales intervenidos y con los bienes jurídicos que se supone son protegidos o garantizados por la norma.

2.5 Presupuestos del principio de proporcionalidad

Resulta importante determinar cuáles son los presupuestos necesarios para que el principio de proporcionalidad opere. Una aplicación indebida del principio a casos para los cuales no fue diseñado generaría resultados inconsistentes, contradictorios y hasta peligrosos.

En ese sentido encontramos que el principio de proporcionalidad tiene un objeto final, formal y material, así como una causa eficiente, que definen dónde opera.

a) Objeto final

El principio de proporcionalidad no tiene fines meramente didácticos: no busca evidenciar lo irrazonable solo con ánimos eruditos. Por el contrario, su fin ulterior es controlar que las decisiones de la autoridad sean razonables. Este control primero debe hacerlo la misma autoridad pública a la hora de dictar sus propias normas;

luego los ciudadanos verificarán si la norma es soportable; finalmente el juez podrá declarar imperativamente que la medida es irrazonable y que debe tenerse por inexistente, nula, inválida, ilegítima, inconstitucional o contraria a derecho.

b) Objeto formal

El principio de proporcionalidad judicial tiene el objetivo formal de determinar la "proporcionalidad en derecho" o la "razonabilidad jurídica" de la norma sub iudice, no su "razonabilidad política". En lo político suelen darse múltiples opciones justas o legitimadas por el derecho, cualquiera de las cuales el legislador puede optar según motivos de conveniencia. En el mundo jurídico se tiene derecho o no se tiene derecho, algo es justo o no lo es, la acción es permitida o prohibida. Así, si el legislador optó por cualquier opción legítima, el juez constitucional no podría invalidar la ley aduciendo una escasa conveniencia de la medida adoptada, o una mala ponderación de valores, principios o derechos en juego. En cambio, cuando la norma se adoptó contra derecho, solo entonces el juez será competente para invalidar tal norma por desproporcionada. De otra manera el juez se convertiría en el legislador o administrador más autorizado del país, echando por tierra la emblemática división de poderes.

c) Objeto material

El objeto material es la materia que el principio analiza, la cosa que se juzga, a saber: la medida de autoridad pública. Tal "medida" puede ser: una ley, un reglamento, una norma de cualquier tipo, así como un acto administrativo o una interpretación vinculante, e incluso una sentencia de juez inferior.

d) Sujetos

El agente del principio es el quien "actúa" aplicándolo. En concreto, es el juez y el operador del derecho que aplica el principio para los fines antes mencionados. "Operador del derecho" en primer lugar es la autoridad pública que al dictar la norma

debe revisar que esta sea razonable. También es operador del derecho el sujeto pasivo llamado a cumplir tal norma, que está interesado en evaluar si la norma es arbitraria. Tanto el juez, como el operador del derecho, están llamados a aplicar el principio de proporcionalidad, aunque en momentos distintos.

En esta relación de fines y medios no puede estar ausente ciertamente la importancia que en términos de ilicitud y prevención general tiene el objetivo que se quiere lograr ya sea por neutralización de sus efectos lesivos para la comunidad como por el impacto en el reconocimiento de la validez del orden normativo. De allí que las posibilidades de éxito de las medidas adoptadas no pueden ser dejadas de lado en la ponderación. La poca probabilidad de éxito es un elemento negativo que ha de tenerse en cuenta por cuanto en ese caso serán mayores los males que se producen por la frustración del cometido, que los bienes hipotéticos a obtener, aunque este claro está, sean justos. Una medida restrictiva condenada al fracaso en punto a sus posibilidades de aplicación y consiguiente obtención de los fines pretendidos se materializa en un grave perjuicio en términos de derechos individuales y en descrédito social del poder público. De esa manera se daña la necesaria confianza en las relaciones con el orden jurídico.

2.6 Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana

En los últimos años, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, mucho se ha hablado del ingreso del Ecuador a la órbita del garantismo constitucional; se ha debatido mucho, sobre los riesgos de tal decisión constituyente, particularmente de las amenazas que se ciernen sobre el orden jurídico con la importación e imposición de un modelo teórico y filosófico ajeno a nuestra realidad.

Al legislador le incumbe examinar la proporcionalidad de los actos que emite respecto de su intervención en los derechos fundamentales, en la mayoría de las ocasiones la violación de éstos por una medida legislativa desproporcionada se pone de manifiesto luego de someterse su constitucionalidad a revisión judicial y,

en especial, por su aplicación en casos de circunstancias especiales, imprevistas por el legislador. Es por esta razón, que el principio de proporcionalidad contempla dos aristas importantes de campo de acción. Por un lado, se trata del legislativo que dicta las leyes, por el otro, del poder judicial que vela por su aplicación y castiga a los que la incumplen.

El tratadista Sánchez Rubén (2007) manifiesta lo siguiente: “De ser un simple instrumento de poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de derecho, y de éste al actual Estado constitucional democrático [...] Al igual que el Estado de derecho, el estado constitucional sostiene el deber del poder público de someterse a la ley y a la Constitución.”

La Corte Constitucional asumido de manera unánime esta postura, consecuentemente, es guía forzada para los jueces ordinarios que dictan sentencias concernientes a procesos derivados de acciones constitucionales en la búsqueda de proteger a los ciudadanos ecuatorianos. Con este asentimiento general hacia los métodos interpretativos como el de ponderación y, por supuesto, el de proporcionalidad, se hace indispensable la reflexión en torno al ejercicio propiamente interpretativo y a la manera como se puede abordar

Al respecto Ávila Ramiro (2008) manifiesta: “En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida.”

Es en esta medida que en el Ecuador el Estado se convierte en garantista de los derechos y desde su emisión hasta su ejecución su rol está pensado para cubrir las necesidades del individuo y proteger su dignidad y valores como persona sujeta a derechos y deberes. Por lo tanto, el procedimiento para la emisión de leyes contará, como en el caso de la proporcionalidad, con un riguroso seguimiento que busca ante todo el bienestar del individuo. Todos los derechos fundamentales tienen una identidad esencial que se encuentra en su reconocimiento constitucional y sus titulares son todas las personas y comunidades.

Con base en lo anterior, Villaverde Ignacio (2008) dice: “El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir los términos en los que limita un derecho fundamental pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite crear o concretar sean proporcionados. Tal exigencia supone que el legislador no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello. Es así como el Tribunal Constitucional en su relación con el legislativo se erige en el que decide las medidas que puede adoptar el legislador al excluir otras por tenerlas por desproporcionadas.”

En conclusión, podemos decir que, para alcanzar una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana, es necesario que los jueces cumplan con el nuevo rol en la administración de justicia. Por lo tanto, los derechos de las personas deben tener como garantes a las cortes, tribunales y jueces pues son ellos los que aplican la normativa jurídica día a día. El poder Judicial cumple un rol fundamental frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, pues es como un mediador que tercia entre los excesos o el desconocimiento que consciente o inconscientemente se cometen por parte de los otros dos.

3. LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

3.1 Definición de medidas socioeducativas

Las medidas socioeducativas son acciones dispuestas por autoridad judicial cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal. Su finalidad es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado.

Para el autor Herrera Zurita (2010) “las medidas socioeducativas se definen como “(...) acciones legales dispuestas por la autoridad judicial competente, cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal.”

Desde nuestra posición, la medida socioeducativa es la consecuencia impuesta al adolescente infractor de la norma penal.

Con la finalidad de establecer un concepto claro de las medidas socioeducativas, analizaremos dos conceptos:

El Diccionario de La Real Academia Española (2018) nos da la siguiente definición: “Medidas complementarias o sustitutivas de las penas, que, con fines preventivos, puede imponer el juez a personas inimputables que hayan exteriorizado su peligrosidad criminal o de los que puede temerse que vuelvan a delinquir.”

Villanueva Ruth (2004) nos da la siguiente definición: “se entiende por medidas socioeducativas, la aplicación de sistemas o métodos especializados con aportación de las diversas ciencias, técnica y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del menor.”

De lo anterior podemos concluir que las medidas socioeducativas son aquellas que tienen por finalidad esencial proteger jurídicamente al menor contra el medio

ambiente que nocivamente influye en su comportamiento; y, contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás, por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida, por lo tanto no se trata de una pena, ni tampoco se pretende intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular.

3.2 Objetivo de las medidas socioeducativas

En términos generales podemos decir que el objetivo de la aplicación de las medidas socio-educativas, es la resocialización del menor, en concordancia con el principio del interés superior del mismo. Es por esta razón que se atiende estrictamente al principio de reserva con la finalidad de que no sea estigmatizado por la sociedad y su internamiento se efectúa en lugares distintos de los adultos, para evitar que reciba algún tipo de influencias negativas que ahonden su conducta infractora.

Entre los principales objetivos de las medidas socioeducativas podemos mencionar:

Desarrollo del Adolescente:

Las medidas socio educativas tienen como objeto continuar con el desarrollo del adolescente en los aspectos físicos, cognitivos, ideológicos, desde un punto mucho más correctivo, esto es que este desarrollo vaya definiendo una personalidad más sana y anti delictiva en el adolescente en conflicto con la Ley, para que de este modo sea un ciudadano que ha futuro aporte con el desarrollo de la sociedad.

Integración Familiar:

A partir del año 2008 con la Constitución, se ha constituido en prioridad el sistema de protección de derechos de niños y adolescentes en el Ecuador, sin embargo se lo aplica cuando el adolescente se encuentra de víctima y no de victimario, para cuyo caso, las medidas adoptadas tienen menos atención por parte de las autoridades.

Retribución Social:

Si bien es cierto, los adolescentes infractores no tienen responsabilidad en el cometimiento de un delito sancionado con el Código Orgánico Integral Penal (COIP), si tienen culpabilidad. Por lo que las medidas que se le apliquen buscan reparar el daño que ocasionaron con su conducta, al punto de que de cierto modo el perjuicio ocasionado tanto a la víctima como a la sociedad, sea retribuido por parte del adolescente infractor, y recupere su lugar en la sociedad.

El objetivo es responder a las demandas de los adolescentes y personas de su vínculo afectivo, para garantizar su protección integral y restitución de los derechos vulnerados, mediante el seguimiento y acompañamiento de las medidas socioeducativas.

3.3 Clasificación de las medidas socioeducativas

El legislador ha establecido una división de las medidas socioeducativas, determinando medidas que, sin perder su carácter sancionador y educativo, no privan de la libertad a los adolescentes a quienes se les han impuesto, las mismas incluso generan menos costo que la privación de la libertad, existen diferentes criterios en torno a su imposición, que van desde procurar que los modelos en que participe el adolescente tengan relación con la infracción cometida, identificando si el adolescente tiene un medio familiar idóneo que coadyuve con el control de la medida, así como introducir a la familia en modelos que fortalezcan sus capacidades parentales, de suerte que permitan mejorar su incidencia sobre las conductas de riesgo del adolescente y promuevan una comunicación e interrelación

saludable, hasta procurar introducir al adolescente en el servicio de salud pública u otras instituciones gubernamentales que presten servicios necesarios para el tratamiento del mismo.

Nuestra legislación de adolescentes infractores ha previsto las siguientes medidas socioeducativas:

a) Amonestación

El Juez procede a realizar un llamado de atención verbal en forma directa al adolescente infractor; y, a sus padres o representantes legales o a las personas comprometidas para su cuidado para que se comprenda la ilicitud de las acciones, con el con el objeto de que le brinden más atención y mejore su comportamiento para que no vuelva a reincidir en su conducta.

b) Amonestación e Imposición de Reglas de Conducta

Es la recriminación acompañada de la imposición de obligaciones y restricciones de conducta que realiza el Juez al adolescente infractor, sus padres o representantes legales, para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento del adolescente involucrado, a fin de conseguir su integración a su entorno familiar y social, tiene una duración de uno a tres meses.

c) Orientación y Apoyo Familiar

Consiste en la obligación del adolescente, sus progenitores o representantes de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social, tiene una duración de uno a tres meses.

d) Reparación del Daño Causado

Esta medida consiste en la obligación del adolescente de restablecer el equilibrio patrimonial afectado con la infracción, mediante la reposición del bien, su restauración o el pago de una indemnización proporcional al perjuicio provocado

e) Servicio a la comunidad

Son actividades concretas del beneficio comunitario que impone el Juez, para que el adolescente infractor las realice sin menoscabo de su integridad, dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración sus actitudes, habilidades, del beneficio socioeducativo que reportan, con una duración de siete días a un mes.

f) Libertad asistida

Es un estado de la libertad condicional, sujeto al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el Juez, a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, con una duración de tres meses a un año;

g) Internamiento domiciliario

Consiste en una restricción parcial por la que el adolescente infractor no puede abandonar su hogar, excepto para asistir a los establecimientos de estudio y de trabajo y tienen una duración de siete días a tres meses.

h) Internamiento de fin de semana

Es una restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente está obligado a concurrir los fines de semana al centro de internamiento para cumplir las actividades de su proceso de reeducación, lo que permite mantener sus relaciones

familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudio y trabajo, tiene una duración de uno a seis meses.

i) Internamiento con régimen de semi libertad

Consiste en la restricción parcial de libertad por la que el adolescente infractor ingresa a un centro de internamiento de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo; tiene una duración de tres meses a dos años.

j) Internamiento institucional

Es la privación total de la libertad del adolescente infractor internado en un centro de internamiento de adolescentes infractores, esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores de catorce años de edad, por infracciones que en la legislación penal ordinaria sean sancionadas con privación de la libertad. A los adolescentes menores de catorce años, se les aplicará únicamente en los delitos de asesinatos y homicidios, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

La medida más ligera es la amonestación, que es una recriminación verbal, para que el adolescente comprenda la ilicitud de las acciones; y, se llega a la más drástica: el internamiento institucional, que es la privación total de la libertad del adolescente infractor y que se aplica únicamente a los adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con privación de la libertad. Se aplica también al adolescente infractor menor de catorce años sólo cuando comete delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

Estas medidas socio-educativas que el legislador ha establecido para ser aplicadas a los adolescentes que resulten responsables en el cometimiento de infracciones,

en forma proporcional de acuerdo a la gravedad del delito y a sus consecuencias, es una forma de advertirle al adolescente que será sancionado con una de estas medidas si comete algún delito tipificado como infracción penal, siempre considerando su edad y la reincidencia.

3.4 Ejecución de las medidas socioeducativas

La justicia juvenil restaurativa, tiene como principal objetivo fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal y posee tres ejes de trabajo que incluyen: la incidencia, la formación y el fortalecimiento de modelos innovadores en el ámbito de la justicia juvenil en Ecuador, en la ejecución de medidas socioeducativas privativas y no privativas de la libertad.

Con relación a esto, Polit Verónica (2017) manifiesta:

La primera fase del Proyecto en Ecuador responde a nuestra vocación de dar acompañamiento al Estado Ecuatoriano en sus compromisos internacionales y constitucionales de implementar un sistema especializado de justicia juvenil restaurativa. Hemos evidenciado importantes avances en los últimos años a través de la capacitación de equipos muy comprometidos, el manejo de medidas privativas de la libertad con un enfoque restaurativo y la implementación de un sistema de medidas no privativas de la libertad que promueven la reeducación de los adolescentes y la restauración de vínculos con sus familias y comunidades. Queda mucho trabajo por hacer, y Tdh continúa el compromiso de trabajar de la mano de cada uno de los actores para conseguir objetivos en común: que los Adolescentes en conflicto con la ley cuenten con un sistema especializado para su beneficio, el de sus familias, y el de sus comunidades.

En resumen, el control y ejecución de las sanciones en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente son las bases de la etapa final del proceso judicial, el mismo tiene como finalidad proteger las condiciones del libre desarrollo individual del sujeto siendo lo más importante que éste asuma la conciencia de sus actos, por lo que se le conceden herramientas destinadas a garantizar su adecuada convivencia en el entorno familiar y social. En este punto, vale denotar que ese tratamiento ostenta una connotación humanista ya que a criterio de Núñez (2005) “para asegurar las condiciones del libre desarrollo individual, para fomentar la responsabilidad personal y la conciencia social, y restablecer vínculos con el medio social, no son necesarios la violencia ni el encierro que han caracterizado el sistema penitenciario venezolano, de hecho, son incompatibles.”

Por tanto, el Juez es el llamado a vigilar tales circunstancias para la puesta en práctica de las medidas sancionatorias y demostrar siempre preferencia por aquellas menos gravosas que puedan conducir al sujeto a una atención integral que coadyuve en su reinserción a la sociedad.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes distingue una variedad de sanciones con finalidad educativa, entre las que destaca la más radical: la privativa de libertad, una medida excepcional aplicable a delitos graves pero que de acuerdo a múltiples investigaciones científicas realizadas en la última década, Sánchez (2013) “lejos de promover cambios positivos en la conducta del individuo coadyuva a su desarraigo y a su desocialización, motivo por el cual se aboga por su sustitución para la imposición de otras medidas menos gravosas.”

En concordancia con ello, Baratta (2004) expone que: “El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver, en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal.”

Las afirmaciones realizadas justifican que la privación de libertad sea considerada de última ratio y que por sí misma ocasiona múltiples problemas incluso más agudos que la propia acción delictiva, lo que coadyuva a esto la falta de preocupación del

Estrado para el funcionamiento de los Centros de Atención donde se ejecuta la medida, siendo una realidad que estos centros contribuyen con el aumento en la cantidad de adolescentes infractores, pues difiere radicalmente del fin planteado por el legislador.

3.5 Medidas socioeducativas vs privativas de la libertad a los menores infractores

La legislación ecuatoriana es clara en cuanto a niños, niñas y adolescentes infractores. La norma a previsto a la privación de la libertad como el último recurso cuando se trata de adolescente infractores debiendo ser aplicada, llegado el caso, por el mínimo de tiempo necesario.

Los niños, niñas y adolescentes que cometan delitos penales, Murillo (2013): “serán sometidos a medidas socioeducativas por decisión escrita y motivada del juez no pudiendo ser juzgado por jueces ordinarios. El proceso se llevará en una sola audiencia, posterior a ser aprehendido por la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niñez y Adolescencia (DINAPEN).”

Las medidas socioeducativas y su duración Soto (2007): “dependerán en gran medida del criterio del juez quien deberá evaluarla teniendo en cuenta todos los elementos que configuren el delito, así como la condición familiar del niño, niña y adolescente, su entorno social, y las necesidades de reinserción a la sociedad del victimario.”

La delincuencia juvenil es un problema social que ha avanzado de manera vertiginosa tanto en Ecuador como en América Latina, lo que a motivado que los legisladores se centren en crear soluciones factibles a través de la promulgación de normas especializadas para sancionar los actos delictivos de los adolescentes infractores, que por su edad son susceptibles de regeneración, lo que conduce a que se establezcan diversas alternativas con finalidad educativa para frenar la formación del futuro delincuente adulto.

En ese orden la legislación especializada ha creado alternativas sancionatorias cuya eficacia socioeducativa depende en gran medida de la contextualización de la intervención social dentro del entorno familiar del que forma parte el sujeto. Por lo tanto, se requiere de la participación activa de la sociedad, del Estado, de la familia y del propio individuo para lograr la efectividad de las sanciones que deben ser vistas como una oportunidad para regenerarlo dada su juventud.

Por ello resulta necesario la adecuación de las medidas socioeducativas a las necesidades físicas, psicológicas y sociales del adolescente, las cuales deben ser determinadas en base al estudio llevado a cabo por un equipo multidisciplinario experto en la materia cuyos informes constituyen el soporte fundamental para el Juez a la hora de imponer la sanción; tomando en consideración que los motivos que originan conductas delictivas revisten diferentes perspectivas tanto sociales como biológicas y psicológicas que se convierten en factores internos y externos influyentes en la predisposición a delinquir. Por este motivo es menester fijar las causas para lograr corregirlas a través de la sanción

En ese orden de ideas, resulta necesario reconocer que la comisión de hechos delictivos por parte de los adolescentes no es un problema ajeno a la sociedad moderna sino un flagelo muy preocupante, tal como lo expresa (Morant citado por Sorando y Niño (2013) que manifiesta: “Sin lugar a dudas, la delincuencia juvenil es uno de los fenómenos sociales y uno de los problemas criminológicos más importantes que nuestras sociedades tienen planteados, pues, las manifestaciones de la conducta que llaman socialmente la atención de forma negativa pueden observarse, por lo general, mejor entre los jóvenes que en la población adulta. Además, es importante tratar la delincuencia juvenil de hoy como posible delincuencia adulta de mañana.”

En conclusión, podemos decir que se hace necesario la creación del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente Infractor, a fin de regular las sanciones que deben ser aplicadas una vez que se ha comprobado la participación del sujeto en

un hecho punible. Por consiguiente, lo que pretende este Sistema Especializado es promover la reducción y el control del incremento en la tasa de menores infractores, cuya finalidad se cierce en la disminución significativa de la aplicación de las medidas que no pueden ser consideradas con una perspectiva negativa a la cual se somete al menor de edad considerado un sujeto procesal dentro del Derecho Penal, sino que deben ser percibidas como una forma de modificar conductas lesivas.

4. EL HOMICIDIO SIMPLE Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EN LOS MENORES INFRACTORES

4.1 La finalidad de las medidas socioeducativas y su garantía de la aplicación proporcional

Las medidas socioeducativas tienen por finalidad la rehabilitación, reeducación y resocialización del menor, a fin de evitar que reincida en el cometimiento de delitos, que afectan gravemente a los bienes jurídicos de los demás ciudadanos, garantizando siempre, el pleno respeto de sus derechos constitucionales.

Al respecto Beccaria (1990) manifiesta que: “Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...). El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”

Como podemos ver Beccaria ya tenía una visión humanitaria del derecho penal, puesto que consideraba que las penas tenían por finalidad establecer una barrera a fin de evitar que los infractores sigan atentando contra el bienestar de la sociedad,

además sostiene que se debe garantizar la eficacia y proporcionalidad de las medidas y su pronta aplicación, esto con la finalidad de evitar mayores dolores o sufrimientos al que cumple una sanción. Afirmaba que las penas razonables perduran en el tiempo y en la mente de los adolescentes, pero con más razón si en el cumplimiento de las medidas se encuentra una verdadera rehabilitación y no una simple restricción de la libertad, como ocurre hasta nuestros días por la falta de iniciativa y de previsión estatal.

En virtud de lo anterior Giménez y González, citados por Maxera y Medina (1998) sostienen que: “Adecuar la respuesta penal a la fase volitiva de adolescentes y jóvenes, supone contar con un catálogo de sanciones (siempre determinadas en el tiempo), amplias, flexibles, dotadas de contenido educativo y susceptibles de ser llevadas a cabo en el propio medio del menor; supone por último estimular y potenciar la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas, a fin de lograr limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes.”

La aplicación de este enfoque se traduce en la existencia de una intervención social que procura que los adolescentes en conflicto con la ley penal, las víctimas, sus familias y la comunidad, se integren con la finalidad de establecer relaciones positivas, logren actitudes de responsabilidad en los autores y la reparación posible de los daños sufridos, a través de programas y métodos distintos del proceso judicial de responsabilidad penal.

De lo expuesto puedo concluir que es importante destacar el enfoque restaurativo, sus principales objetivos, entre ellos, promover la rehabilitación y reintegración de los niños niñas y adolescentes para que asuman un papel constructivo en la sociedad, a la vez que contribuya a reducir la reincidencia. Esto permite construir una alternativa a un sistema de justicia de menores tendiente a la estigmatización y criminalización de los adolescentes que infringen la ley.

4.2 El principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana

El principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana, no es un concepto inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX. Una vez consolidado el Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se ha generalizado viniendo a desempeñar un papel relevante, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los Derechos humanos. De ahí que, la generalizada aceptación que hoy en día goza en la doctrina jurídica el principio de proporcionalidad, conlleva que todos los poderes públicos estén sometidos al mismo en su doble vertiente: como criterio de actuación y parámetro de control.

Al respecto Perello Isabel (1977) manifiesta: “La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio de proporcionalidad en la práctica jurídica.”

El principio de proporcionalidad está caracterizado por la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho, tanto así, que en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del Art. 76 núm. 6 de la Constitución Ecuatoriana, manifiesta la existencia de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, es ahí donde la proporcionalidad deberá medirse con base en la importancia social del hecho desprendiéndose de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad.

Con esto podemos concluir que el establecimiento de penas, es necesario para garantizar una readaptación, resocialización, rehabilitación siempre y cuando se lo aplique de manera proporcional al ilícito cometido, ya que la mayoría de los delincuentes necesitan diferentes tratamientos y políticas carcelarias, para lograr su reinserción en la sociedad, en donde surge un carácter instrumental del derecho penal y de la justicia criminal, en la que se debe analizar al delincuente previo a la

comisión del acto, así como también determinar el criterio de la sociedad que da pautas para la imposición de la sanción, poniendo límites al mundo en algunas ocasiones sin valorar preceptos o tipologías tanto criminológicas como victimológica.

4.3 El principio de proporcionalidad de la sanción en el sistema de responsabilidad penal de los menores infractores

El Derecho Penal de Menores exige responsabilidad penal a los menores infractores, entre 14 y 18 años de edad, caracterizado por una orientación de prevención especial y la flexibilidad en la aplicación de las medidas socioeducativas, las cuales son verdaderas sanciones penales pero que poseen una finalidad educativa que les hace gozar de una naturaleza sui generis. Existiendo flexibilidad en la prueba y valoración jurídica de los hechos, atendiendo especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor; debiendo aunarse al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción penal cometida, y la naturaleza y extensión de la medida sancionadora-educativa.

Al respecto Baratta Alessandro (1995) manifiesta:

“este maquillaje terminológico muy peligroso, especialmente para los adolescentes pues va en desmedro del gran valor pedagógico que tiene el hecho de que comprendan las consecuencias que para ellos mismos tienen sus actos y su responsabilidad frente a los mismos.

Por otro lado la sanción que aparece como “un bien” corre el riesgo de ser usada y abusada. No se puede castigar, independientemente de la finalidad que el castigo tenga, diciendo que se está aplicando un castigo positivo. La sanción es sanción y no hay sanción positiva. El adolescente lo debe tener en claro del mismo modo que el operador de derecho. Solamente reconociendo la naturaleza restrictiva de derechos de la medida socio educativa podemos asegurarle al adolescente tanto en el proceso como en la ejecución de las medidas

las garantías de justicia que no deben ser menores sino mayores a las que goza el infractor adulto.

El principio de proporcionalidad constituye la base del funcionamiento del sistema de justicia penal juvenil, si bien es cierto este principio en el derecho penal, generalmente está relacionado con la pena, puesto que se procura que la impuesta sea proporcional a los hechos cometidos; en el sistema de justicia penal juvenil no se puede hablar de penas sino de sanciones, y es ahí donde el juez en el ejercicio de sus facultades entra a interpretar el principio de proporcionalidad considerando circunstancias objetivas y subjetivas del caso.

La proporcionalidad en el Sistema Penal para Adolescentes, existe más opciones para el juez que en el sistema de adultos, ya que cuenta con una gama más amplia de sanciones y, con mayores recursos para encontrar el equilibrio entre los valores protegidos por la ley y el fin educativo, es por esto que se puede llegar a hablar de la idoneidad, ya que el juez tiene que considerar la aptitud de la sanción con relación al hecho cometido y a las posibilidades del adolescente para cumplirla.

4.4 Principio de proporcionalidad de la sanción

Cueva Luis (2010) manifiesta:

Es un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa; su interpretación difiere de la tradicional: es sistémica, se usa el método de la ponderación, que se auxilia del test de proporcionalidad, el método de la unidad de la Constitución y el de la armonización. Todo el sistema constitucional debe funcionar y ser interpretado desde una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales, porque se fundamenta en ellos, son su eje central y, para su efectiva vigencia, ha reforzado las acciones constitucionales existentes y ha creado otras. Para esta corriente, no existen derechos absolutos, todos tienen igual valor y jerarquía.

El principio de proporcionalidad está desarrollado para ponderar los bienes jurídicos constitucionales, el cual se desarrolla a través del juicio de proporcionalidad de los medios, como mecanismo para la restricción y condicionamiento de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.

Bajo esta premisa Díaz (2011) manifiesta: “que las reglas del principio de proporcionalidad permiten generar decisiones judiciales correctas, porque implica el pleno goce de los derechos humanos en virtud que se justifica en los sub principios. Asimismo, sirve como argumento para interpretar los principios y cuando existe la colisión de los mismos, para ello, la proporcionalidad funciona como medida de ponderación depende de las circunstancias de cada caso otorga un peso a cada uno y aquel principio que reciba el mayor peso influye en la decisión final.”

Hay que señalar que mediante el principio de proporcionalidad, se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional, de tal modo que la responsabilidad de los particulares, para su existencia requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intensión que se juzga lesiva; o sea que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifican la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.

El principio de lesividad o de antijuridicidad material, se deduce de las normas constitucionales, de tal manera que entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, así la gravedad de la pena, depende de la gravedad o levedad de la infracción, la igualación de las conductas de poca significación social con aquellas de mayor gravedad, viola el principio de igualdad,

porque no puede haber una pena excesiva, injusta, inequitativa y desproporcionada en relación con la ofensa cometida.

4.5 El principio de doble garantía

La garantía de la Doble instancia, está dirigida como tal exclusivamente a favor del imputado. Si bien se le confiere la posibilidad de recurrir la sentencia penal adversa a otros sujetos en el proceso, estos no poseen el goce de dicha garantía, sino sólo un derecho establecido en el ámbito interno del Estado, con un alcance limitado a la discrecionalidad del legislador.

Entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad no existe ningún antagonismo. La doble instancia es un derecho fundamental que tiene únicamente el imputado, mientras que la doble conformidad es una decisión legislativa que busca dotar de seguridad jurídica a los intervinientes del proceso al evitar sucesiones interminables de reenvíos cuando hay absolutorias. Por otra parte, las sentencias de la Sala Constitucional han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada al Derecho de la Constitución.

Al referirse al principio de doble garantía, Pinto Gimol (1998) manifiesta: “Se debe reconocer al niño todas las garantías aplicables a los adultos, más aquellas que son propias de su edad y su condición de persona en desarrollo. Ello se fundamenta en los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y el principio del interés superior del niño.”

En consecuencia, de todo lo anterior, podemos afirmar que todo Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene la obligación de revisar sustancialmente tanto la pena como el fallo condenatorio y adicional a ello, la suficiencia de las pruebas aportadas como la legislación vigente aplicada, todo pues, con el fin de valorar y apreciar debidamente la naturaleza de la causa. De estos instrumentos emana la naturaleza y contenido del derecho de impugnación.

Ferrajoli Luigi (1995) sostiene que:

Un sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por lo tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes.

Esto quiere decir, obviamente, que por semejantes fines no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al derecho penal mismo y a sus garantías. Pero también refleja, ciertamente, que el derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria.

Tomando en consideración todos los referentes doctrinarios analizados, se hace necesario reflexionar si realmente en nuestro país se está evolucionando hacia un Derecho Penal más justo y acorde con los derechos humanos, o por el contrario se está perjudicando los derechos y garantías procesales del autor, cuando ampliamos los derechos del ofendido o la víctima.

4.6 La respuesta adecuada del Estado ante la infracción penal

Los estados determinan los valores fundamentales dentro de su Constitución nacional, siendo su obligación desarrollar normas y leyes dentro del ordenamiento jurídico, con la finalidad de poder determinar los derechos que van a recibir protección del derecho penal y por la otra el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a los que los cometen.

En ese sentido el derecho penal tiene como obligación la tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege, teniendo a la pena como el mecanismo oportuno y adecuado, como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

Siendo el *ius puniendi* o derecho de castigar, la facultad que tiene el Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, este principio adquirido un rango constitucional y esta integrado por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir un mecanismo de control frente a posibles arbitrariedades.

Teniendo en cuenta que el niño, niña y adolescente es una persona en desarrollo, se debe limitar la respuesta del Estado a fin de garantizar y adecuar la sanción penal en relación a la fase evolutiva del niño. Lo que implica eliminar la aplicación de una pena como respuesta automática a la comisión de un ilícito penal, a fin de poder determinar criterios de enjuiciamiento y medidas que evalúen tanto la gravedad del hecho, como las condiciones personales, familiares y sociales del niño.

Es por ello que la dogmática jurídica determina, que no se debe determinar como delitos en el caso de los adolescentes infractores a todas las conductas consideradas como tales en la legislación de los adultos, en ese orden los delitos que afectan bienes jurídicos macrosociales o difusos requieren de un proceso de internalización de valores que no se les puede exigir a los menores infractores. También se debe buscar los mecanismos que impidan el inicio del proceso o la suspensión de éste, cuando se considere más conveniente para el menor infractor.

De igual manera la nueva corriente del derecho penal sancionador exige que se debe establecer un catálogo de medidas flexibles en relación a los adolescentes infractores, debiéndose considerar las que tengan contenido educativo, que puedan ser desarrolladas en el ambiente donde vive, estimulando la participación social en

la ejecución de las mismas. Por ello, debe priorizarse las medidas ambulatorias frente a la privación de libertad.

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

5.1. Constitución de la República del Ecuador

La presente investigación tiene como base legal la Constitución de la República del Ecuador, los Instrumentos Internacionales reconocidos legalmente por nuestro país, Código de la Niñez y a Adolescencia, Código Orgánico Integral Penal cuya vigencia fortalecen la delimitación espacial del objeto de estudio.

La Constitución de la República del Ecuador establece: “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...”, en ese orden podemos manifestar que la finalidad de la pena es la resocialización y reinserción social de las personas procesadas y sentenciadas; mientras que las medidas socioeducativas tienen como fin la protección y el desarrollo de los adolescentes infractores, garantizar su educación, integración familiar e inclusión constructiva a la sociedad, por tanto tienen como fin la reeducación, integración e inclusión del adolescente que ha sido declarado responsable del cometimiento de una infracción dentro de la Justicia Penal ecuatoriana.

El art. 76 de la Constitución, establece que en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones se asegurará Garantías básicas del derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

El artículo 77 numeral 13 de la Constitución establece: “Sistema de Medidas Socioeducativas “Para las adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas”.

El artículo 44 de la norma Constitucional establece:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

El artículo 45 de la Constitución establece:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

El artículo 175 de la Constitución establece: “Administración de justicia especializada: las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de los adolescentes.”

El artículo 351 de la Constitución referente a los deberes del Estado, establece en su numeral primero, el deber de garantizar y proteger que se cumplan todos los derechos recogidos, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales, dentro de los cuales se tiene el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal al vivir en un ambiente libre de violencia y el derecho a la objeción de conciencia. Por lo mismo, al tener la calidad de igualdad entre los derechos, se debe ponderar entre los mismos, por un lado proteger la vida y

sancionar su violación o establecer un régimen de trato especializado para los menores. Ambos derechos tienen validez y fortalezas, pero en el fondo un juez de utilizar el método de ponderación para darle más importancia al uno sobre el otro en el caso determinado.

La Constitución a partir del año 2008, le dio al país un nuevo enfoque en relación a los derechos constitucionales, se han establecido y reconocido varias garantías cuando existe un juzgamiento en cualquier tipo de infracciones, más aún cuando se trata de niños y adolescentes el sistema de juzgamiento tiene otro tipo de aplicación, por lo tanto los Jueces de Adolescentes Infractores son garantistas de derechos de los menores infractores, por lo tanto deben imponer medida socio educativa que las establece el artículo 385 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, siendo la máxima establecidas en su numeral 3 en la que se impone una medida socioeducativa que va de cuatro a ocho años, que si bien es cierto el artículo 35 de CRE, considera a los adolescentes infractores como personas vulnerables por cuanto están en proceso biopsicosocial, que por los acuerdos y tratados internacionales, derechos humanos, reconocidos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, les otorga protección integral a veces confundida con sobreprotección olvidando, que los adolescentes infractores son merecedores de protección integral, y la víctima que durante muchas épocas fue olvidada por la sociedad, actualmente la víctima se le reconocen sus derechos, en cuanto a la reparación integral; y es parte pre-procesal y procesal, pese a ello al momento de aplicar las medidas socioeducativas solo son observados los derechos de los adolescentes infractores, olvidando a la víctima, en el delito de Asesinato se establece penas privativas de libertad de 22 a 26 años, en el Art. 140 Código Orgánico Integral Penal vigente, a los adolescentes infractores se impone el internamiento de medida socio educativa de 4 a 8 años.

5.2 Convenios y Tratados Internacionales reconocidos por el Ecuador en materia de menores infractores

5.2.1 Declaración de los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el congreso de 23 de marzo de 1990, busca proteger el interés superior del niño.

UNICEF (1989) La convención en su artículo 40 dice: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

UNICEF (1989) en el artículo 37 se determinan los objetivos que todo estado parte velará:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante de la protección de los Derechos del Niño, lo que significa que tiene fuerza obligatoria para el conjunto de derechos que establece. Esto implica que los Estados que han ratificado la Convención están obligados a respetar y asegurar que se respeten todos los derechos que componen esta convención.

5.2.2 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia del menor Beijing 1985

UNICEF (2003) sus principios fundamentales son:

1. El tratamiento justo y humano a adolescentes, siendo el objetivo de esta justicia, fomentar el bienestar del adolescente infractor y equiparar la reacción de las autoridades a las características del delito y del delincuente.
2. Se preferirá a las audiencias formales en las cuales se observen, respeten y garanticen los derechos de niños y adolescentes, el recurso a programas adecuados de reinserción social, con el consentimiento del menor.
3. La reclusión del adolescente siempre como último recurso. Su duración será lo más breve posible y el adolescente estará separado de los adultos.
4. Los procedimientos frente a autoridad se llevarán a cabo de conformidad con el interés superior de lo niño y deberá permitírsele participar y expresarse libremente.
5. No castigos corporales ni pena capital sean cual sea el delito.

6. La reclusión del adolescente sólo debería intervenir tras haber considerado otras alternativas.
7. Los agentes de policía y el personal que trabaje con niños y adolescentes deberían recibir una formación continua especializada.
8. Si el adolescente se encuentra dentro de un centro de internamiento se le proporcionara servicios educativos y demás cuidados adecuados para facilitar su reinserción.

Las reglas de las Naciones Unidas dan un concepto de edad penal, reconocen que su comienzo no podrá ser fijado a una edad demasiado temprana y el juez de adolescentes infractores tomará en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual del adolescente. De acuerdo con estas reglas todos los órganos encargados de hacer cumplir las leyes de responsabilidad penal juvenil, incluyendo a la policía, deben ser especializados, es decir dedicados a esta materia de forma separada de otras y estar capacitados en temas relacionados a niñez.

(Organización de Naciones Unidas, 1985) “La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.”

Las Reglas mínimas se han formulado de tal manera que sean aplicables en diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, establezcan algunas normas mínimas para el tratamiento de los adolescentes infractores con arreglo a cualquier definición de la noción de joven y a cualquier sistema de tratamiento de adolescentes infractores.

5.2.3 Código de la Niñez y la Adolescencia

El artículo 1. Del código de la Niñez y la Adolescencia establece que las normas de este código tienen por finalidad la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

El artículo 14 establece sobre la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente, por la que ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 306 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece las responsabilidades de los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio - educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código.

De igual manera se reconoce la inimputabilidad de los adolescentes, en ese orden establece que los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales.

Se reconoce que los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas.

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

preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.

Finalmente se reconoce el principio de inocencia del adolescente y será tratado como tal mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él.

5.2.4 Código Orgánico Integral Penal

Las medidas socio-educativas no privativas de la libertad se basan en la justicia restaurativa, son medidas en las cuales el adolescente infractor no entra en contacto con el sistema formal de justicia penal, evitando de esta manera la violación de derechos, mediante la protección integral del adolescente otorgándole un trato digno y un proceso específico para su juzgamiento.

Como se determinó en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la privación de la libertad de las y los adolescentes infractores, solo debe ejecutarse como último recurso.

Las medidas socioeducativas no privativas de libertad determinadas por nuestro Código Orgánico Integral Penal son:

1. Amonestación: es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, al adolescente; y, a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado.
2. Imposición de reglas de conducta: es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.

3. Orientación y apoyo psico-socio-familiar: es la obligación del adolescente y sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.
4. Servicio a la comunidad: son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.
5. Libertad asistida: es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes.

Cuando un adolescente haya cometido un delito, por el cual se haga necesario una medida de internamiento, se impondrán las establecidas en el artículo 379 del Código Orgánico Integral Penal, considerando para su determinación el menor tiempo posible; éstas medidas conforme dicho artículo son:

1. Internamiento domiciliario: es la restricción parcial de la libertad por la cual el adolescente no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios, de salud y de trabajo.
2. Internamiento de fin de semana: es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo.

3. Internamiento con régimen semiabierto: es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo.

4. Internamiento institucional: es la privación total de la libertad del adolescente, que ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin menoscabo de la aplicación de

5. Los programas establecidos para su tratamiento. Dependiendo de la gravedad de la conducta antijurídica que haya cometido el adolescente se le impondrá por parte de un juez competente una medida no privativa o privativa de libertad, sin embargo, debemos dejar claro que cualquier que sea la medida tomado por el administrador de justicia siempre deberá ser por el menor tiempo posible y observando el interés superior del adolescente.

SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS

Matriz de categorización descompuesta en objetivos específicos, elementos, categorías y subcategorías que sirvieron para la construcción del marco teórico.

Tabla 1. Matriz de categorización

Tema	Problema de la investigación	Interrogante de la investigación	Objetivo general	Objetivos específicos	Categorías	Subcategorías
<p>EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR, INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS</p>	<p>establecer la proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una problemática social que tiene matices muy preocupantes, puesto que los delitos cometidos por adolescentes, han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos en especial el homicidio simple</p>	<p>¿El inadecuado juzgamiento del delito de Homicidio Simple cometido por un menor infractor, vulnera el principio de proporcionalidad al imponer las medidas socioeducativas?</p>	<p>Analizar jurídicamente sobre el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, para que el juzgador le imponga las medidas socioeducativas en base al principio de proporcionalidad</p>	<ul style="list-style-type: none"> Realizar un estudio sobre el delito de homicidio simple cometido por el menor infractor y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en base a la Doctrina, la Jurisprudencia, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la República y la Ley. Determinar la pertinencia y aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor. 	<p>El delito de homicidio simple</p> <p>Menores infractores</p>	<p>Normativa Internacional</p> <p>Constitución de la República</p> <p>Código de la Niñez y Adolescencia</p> <p>Código Orgánico Integral Penal</p> <p>El bien jurídico protegido en el delito de homicidio simple</p> <p>El principio de proporcionalidad como esencia de principios</p> <p>Medidas socioeducativas vs privativas de la libertad a los menores infractores</p>

				<p>Establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor.</p>	<p>Proporcionalidad de las medidas socioeducativas</p>	<p>La finalidad de las medidas socioeducativas y su garantía de la aplicación Proporcional</p> <p>El principio de proporcionalidad de la sanción en el sistema de responsabilidad penal de los menores infractores</p> <p>La respuesta adecuada del Estado ante la infracción penal</p>
--	--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

6. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de esta investigación fue de carácter cualitativo, en virtud de la problemática de investigación, que refiere el estudio de una figura jurídica de aplicación actual, conforme la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia en relación al menor infractor en conflicto con la ley penal, esto es el principio de proporcionalidad, cuyo tema es: **EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR, INFRACTOR Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS**, desde esa perspectiva el presente trabajo de investigación tiene por objetivo establecer la proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una problemática social que tiene matices muy preocupantes, puesto que los delitos cometidos por adolescentes, han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos en especial el homicidio simple, todo esto se logró a través del empleo de métodos, técnicas y fuentes científico jurídicas conclusiones y recomendaciones, tendientes a una propuesta factible que contribuya a su adecuada aplicación.

Vasilachis de Gialdino (1992) manifiesta:

El conocimiento científico visualiza sólo la realidad que ha construido con antelación como cognoscible, que ha definido como objeto. Se autolimita y restringe la posibilidad de conocer aquello que, aún, no puede ser conocido por exceder a esas formas de conocimiento que poseen legitimación. Su control opera en todo el desarrollo de la investigación, y alcanza tanto al investigador, determinando sus alternativas, como a aquello que pretende analizar, explicitando qué es lo que se puede conocer desde lo "válido". El denominado "conocimiento" no es, entonces, sino el producto de una convención vigente en el mundo y contexto científico, a la que se asocia, por lo general, con la ontología y epistemologías propias de la corriente

positivista. Sin embargo, este último no es más que una entre las posibles formas de producción de conocimiento.

El método cualitativo puede ser visto como un término que cubre una serie de métodos y técnicas con valor interpretativo que pretende describir, analizar, decodificar, traducir y sintetizar el significado, de hechos que se suscitan más o menos de manera natural. Posee un enfoque interpretativo naturalista hacia su objeto de estudio, por lo que estudia la realidad en su contexto natural, interpretando y analizando el sentido de los fenómenos de acuerdo con los significados que tiene para las personas involucradas. Es decir, las metodologías cualitativas no son subjetivas ni objetivas, sino interpretativas, incluye la observación y el análisis de la información en ámbitos naturales para explorar los fenómenos, comprender los problemas y responder las preguntas. El objetivo de la investigación cualitativa es explicar, predecir, describir o explorar el “porqué” o la naturaleza de los vínculos entre la información no estructurada. El objetivo de la investigación cualitativa es el proceso inductivo en lugar del resultado deductivo. Los datos objetivos de la investigación cualitativa proporcionan información no sobrecargada, por lo tanto, el investigador tiene que buscar patrones narrativos explicativos entre las variables de interés, y llevar a cabo la interpretación y descripción de dichos patrones, bajo estos parámetros se empleó el Método analítico - sintético

Como parte de la investigación y el complemento en su desarrollo y conclusión, se hizo necesario aplicar este método cooperativo y fusionado, como consolidado ideal para el desarrollo del presente estudio, Suárez (2014), expresa que empleó este método para resumir la búsqueda bibliográfica. Herrera, Herrera y Pérez (2012), plantean que utilizaron el método para facilitar el análisis y la clasificación de las fuentes de información recopiladas en busca de la esencia de las ideas. Martínez (2016), precisa que el método se utilizó para analizar la documentación referente al tema de investigación, lo cual permitió la extracción de los elementos más importantes que se relacionan con el objeto de estudio.

El análisis y la síntesis funcionan como una unidad dialéctica y de ahí que al método se le denomine analítico-sintético. El análisis se produce mediante la síntesis de las propiedades y características de cada parte del todo, mientras que la síntesis se realiza sobre la base de los resultados del análisis. En la investigación, puede predominar uno u otro procedimiento en una determinada etapa.

El método inductivo-deductivo está conformado por dos procedimientos inversos: inducción y deducción. La inducción es una forma de razonamiento en la que se pasa del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general, que refleja lo que hay de común en los fenómenos individuales. Su base es la repetición de hechos y fenómenos de la realidad, encontrando los rasgos comunes en un grupo definido, para llegar a conclusiones de los aspectos que lo caracterizan. Las generalizaciones a que se arriban tienen una base empírica.

Francis Bacon (1561-1626), citado por Dávila (2006), fue el primero que propuso la inducción como un nuevo método para adquirir conocimientos. "Afirmaba que para obtener conocimiento es imprescindible observar la naturaleza, reunir datos particulares y hacer generalizaciones a partir de ellos. Según Bacon, las observaciones se hacían sobre fenómenos particulares de una clase y luego a partir de ellos se hacían inferencias de la clase entera. Este procedimiento es lo que hoy se denomina razonamiento inductivo, que habría de convertirse en el principio fundamental de todas las ciencias. Sus pasos son estos: i) observación; ii) formulación de hipótesis; iii) verificación; iv) tesis; v) ley y vi) teoría."

Finalmente recurrimos al método histórico – lógico puesto que estos están estrechamente vinculados. Lo lógico para descubrir la esencia del objeto requiere los datos que le proporciona lo histórico. De otra manera, se trataría de un simple razonamiento especulativo. Sin embargo, lo lógico debe reproducir la esencia y no limitarse a describir los hechos y datos históricos. Estas ideas se resumen en que lo lógico es lo histórico liberado de la forma histórica.

La aplicación de estos métodos permitió que el presente estudio se consolide en un documento crítico jurídico, de contenido óptimo y relevante, procesada que ha sido la información, priorizadas las fuentes y concluyente el análisis apuntando a los elementos primordiales del objeto de investigación y pretendiendo concretar en lo más sustancial en apego a los objetivos planteados.

7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Investigación socio- jurídica

En relación al desarrollo y los lineamientos que se siguieron para la consecución de los objetivos planteados, y considerando el análisis del caso como eje de la presente, cabe aplicar el tipo de investigación socio- jurídica, en virtud de lo cual, Tantaleán (2016) manifiesta: Como en esta clase de investigaciones nos basamos en la eficacia de las normas jurídicas, hay que verificar su cumplimiento efectivo en la realidad, o, en defecto del cumplimiento del mandato o la prohibición normativa respectiva, se evalúa la efectividad de los medios de coacción para su cumplimiento.

Descriptivo

Profundizando el análisis y complementando el estudio, en el nivel descriptivo de la información, conforme lo manifiesta Mejía (2018): La investigación descriptiva es un tipo de investigación que se encarga de describir la población, situación o fenómeno alrededor del cual se centra su estudio. Procura brindar información acerca del qué, cómo, cuándo y dónde, relativo al problema de investigación, sin darle prioridad a responder al “por qué” ocurre dicho problema.

En relación a la problemática objeto de la presente investigación, a través de este nivel, fue posible desarrollar y ampliar de forma más ordenada y completa el análisis respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, para concluir de forma más precisa la presente investigación,

alcanzando los objetivos planteados y proveyendo de una herramienta académica sólida y de gran relevancia jurídica.

8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se empleó la técnica de observación, al respecto Díaz (2011) manifiesta: “Es una técnica que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis. La observación es un elemento fundamental de todo proceso de investigación; en ella se apoya el investigador para obtener el mayor número de datos.

Como técnica de obtención de información fue fundamental en la presente investigación, en relación al principio de proporcionalidad en las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores.

Se recurrió a la revisión documental: matriz de análisis de contenido y de categorías. Siendo una técnica fundamental de recolección de información, cabe su aplicación dentro de la presente investigación, al respecto Hurtado (2008), manifiesta: “es una técnica en donde se recolecta información escrita sobre un determinado tema, teniendo como fin proporcionar variables que se relacionan indirectamente o directamente con el tema establecido, vinculando esta relaciones, posturas o etapas, en donde se observe el estado actual de conocimiento sobre ese fenómeno o problemática existente.

Entrevista, al respecto Questionpro (2020) manifiesta: “Como técnica principal de recolección de datos, la entrevista constituye aquel pliego de interrogantes dirigidas por el investigador y entrevistador, pudiendo ser preparadas de antemano o improvisadas conforme el desarrollo de la entrevista, que tiene como fin el recolectar los criterios expertos de aquellos profesionales relacionados con el objeto de investigación, direccionados que sean los resultados a verificar los indicadores e indicios de la problemática y permitan proyectar una posible alternativa de solución, aplicada en este caso a funcionarios judiciales, profesionales del derecho y usuarios.

Estudio de caso: como referente práctico, el análisis de caso permite observar, validar e identificar la idea central a desarrollar en torno a la necesidad de establecer una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, así como diagnosticar la eficiencia de la normativa vigente y administración de justicia para la aplicación adecuada de los menores en conflicto con la ley penal.

9. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Se dio cumplimiento metodológicamente a cada etapa de la investigación, a partir de cada objetivo específico.

Para el primer **objetivo específico**: Realizar un estudio sobre el delito de homicidio simple cometido por el menor infractor y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en base a la Doctrina, la Jurisprudencia, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la República y la Ley, se parte del análisis de la información referente al principio de proporcionalidad, las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, en la normativa vigente en Ecuador, los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a fin de identificar la problemática en concreto y así manejar una idea sólida de investigación.

Se desarrollan los ítems necesarios para contextualizar el objeto de investigación, apuntando a la relación crítica con la idea de investigación y el análisis final a plantear, empleado que sea el método analítico sintético, tipo descriptivo y la herramienta de revisión documental.

De igual forma, para el **segundo objetivo**: Determinar la pertinencia y aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor, se realizó la revisión documental utilizando una matriz de análisis de contenido. Para de esta manera validar la existencia del problema de investigación e identificar los puntos críticos a analizar,

elementos obtenidos de la aplicación de los métodos y tipo de la investigación aquí detallados, en base a los cuales y con el argumento jurídico crítico de los investigadores en efecto alcanzar el objetivo general. Empleando el método analítico sintético, tipo descriptivo y las herramientas de revisión documental y la observación.

En relación al **tercer objetivo**: Establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, se consolida el presente estudio, al realizar la entrevista a Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, defensores públicos, profesionales del derecho de la ciudad de Ibarra, información que fue procesada a través del método de categorización y triangulación que permitió concluir en el análisis de resultados y establecer parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor.

.

CAPÍTULO IV ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Se presenta en este capítulo el análisis y discusión de los resultados de acuerdo con los objetivos específicos de la investigación.

4.1. Análisis de los resultados obtenidos de la entrevista

Entrevista 1

Entrevistado/a: Dr. Alexis Simbaña Portilla

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

El delito de homicidio simple cometido por adolescentes, se trata de una problemática social que ha tomado matices muy preocupantes, puesto que han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, por tratarse de un hecho que involucra a la sociedad ecuatoriana, se convierte en un problema que debe ser analizado desde todas sus variantes, a fin de establecer soluciones que no afecten los derechos de la víctima ni de los menores infractores.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

La justicia juvenil restaurativa, tiene como principal objetivo fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal, es por ello que cuentan con la protección tanto en la Constitución de la República, así como los Instrumentos Internacional de protección de los Derechos de los menores, de allí la procedencia de su aplicación.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

La legislación ecuatoriana es clara en cuanto a niños, niñas y adolescentes infractores. La norma a previsto a la privación de la libertad como el último recurso cuando se trata de adolescente infractores debiendo ser aplicada, llegado el caso, por el mínimo de tiempo necesario, es por ello que la necesidad de su aplicación nace de la Constitución y la Ley.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

La delincuencia juvenil es un problema social que ha avanzado de manera vertiginosa tanto en Ecuador como en América Latina, lo que ha dado lugar que los legisladores se centren en crear soluciones factibles a través de la promulgación de normas especializadas para sancionar los actos delictivos de los adolescentes infractores, en ese orden la legislación especializada debe promulgar alternativas sancionatorias cuya eficacia socioeducativa depende en gran medida de la contextualización de la intervención social dentro del entorno familiar del que forma parte el sujeto.

Entrevista 2

Entrevistado/a: Dra. Lilian Janeth Enríquez Clerque

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

El homicidio constituye uno de los delitos contra la vida, por lo tanto, es el pilar central del sistema jurídico, por consiguiente, se constituye al mismo tiempo en su principal valor; en consecuencia, nadie discute que merece por ello su preferencial protección, cuanto más es cometido por un adolescente.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores, se constituyen en una necesidad básica de todo ordenamiento jurídico. Partiendo de una concepción democrática del Estado y del Derecho, aquello en qué consiste la seguridad es imprescindible: un ordenamiento que reúna unas características tales que pueda decirse que proporciona certeza a sus destinatarios; un orden que garantiza la salvaguarda de los derechos de sus miembros, generando un cierto nivel de confianza.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

Lamentablemente sigue existiendo una falencia respecto de la legislación de los Adolescentes infractores, teniendo la necesidad de reformar la norma de manera urgente, sin violar los derechos de los Adolescentes por un lado y por el otro evitar que los delitos queden en la impunidad.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

Las diferentes leyes sobre Justicia Penal Juvenil vigentes en el mundo, al igual que en América Latina, expresan una conceptualización de medidas de protección dirigidas a los menores con fines socioeducativos, en correlación con la aplicación de las sanciones penales juveniles por órganos especializados en justicia de menores, de allí la necesidad de establecer nuevos parámetros en relación a la política sancionadora de los menores infractores.

Entrevista 3

Entrevistado/a: Dra. María de las Mercedes Cuastumal

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

La posibilidad de imputar a un adolescente por un hecho delictivo, es una verdad a gritos, pese a las posiciones que disienten al respecto, debido a que los actos criminales cometidos por este sector han aumentado, siempre escudados en su inimputabilidad, dejando en la impunidad hechos que han causado estupor en nuestra sociedad.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Las medidas socioeducativas son la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de un precepto, representan un orden de medidas jurídicas. Están

compuestas de medidas en especie, ya sea desde la mera advertencia hasta la severa medida de internamiento institucional.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

El principio de proporcionalidad es aquel que tiene relación directa con las penas o sanciones a aplicarse, ya que está orientado a que dichas penas no sean ni excesivas ni insignificantes en relación con las infracciones cometidas. De ahí la gran importancia que tiene el principio de proporcionalidad de las sanciones — medidas socioeducativas— aplicables a los adolescentes infractores, en relación con el sistema especial que se ha instaurado para ellos.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

Tenemos que tomar en consideración que se trata de un Sistema de Justicia especializado, es por ello que las penas o sanciones son consideradas: “la expresión del reproche jurídico a la conducta del adolescente en conflicto con la ley penal”, no obstante, las acciones que desembocan los actos ilícitos no deben considerarse castigos, puesto que “principalmente procura reeducar o rehabilitar al infractor para cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad, de ahí la necesidad de establecer parámetros para la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en los menores infractores.

Entrevista 4

Entrevistado/a: Dr. José Eladio Coral

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Los adolescentes a pesar de ser penalmente inimputables, tienen cierto grado de responsabilidad por los actos que ejecuten, sólo que en lugar de sometérselos a penas de prisión, se los trata de rehabilitar antes de que alcancen la mayoría de edad mediante la imposición de medidas socio-educativas, pero no por ello dejan

de causar alarma social, ya que estamos frente a uno de los delitos pilares de todo ordenamiento jurídico que es la vida.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Las medidas socioeducativas son acciones dispuestas por autoridad judicial cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal. Su finalidad es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado, por esta contemplado en la Constitución y más Instrumentos Internacionales de protección de derechos de los adolescentes, su aplicación es legal.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

Resulta necesario la adecuación de las medidas socioeducativas a las necesidades físicas, psicológicas y sociales del adolescente, las cuales deben ser determinadas en base al estudio llevado a cabo por un equipo multidisciplinario experto en la materia cuyos informes constituyen el soporte fundamental para el Juez a la hora de imponer la sanción, aplicando el principio de proporcionalidad en su aplicación, de acuerdo a la gravedad del delito cometido.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

Considero que se hace necesario la creación del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente Infractor, a fin de regular las sanciones que deben ser aplicadas una vez que se ha comprobado la participación del sujeto en un hecho punible, por lo tanto se debe promover la reducción y el control del incremento en la tasa de menores infractores, cuya finalidad se cierne en la disminución significativa de la aplicación de las medidas que no pueden ser consideradas con una perspectiva negativa a la cual se somete al menor de edad considerado un sujeto procesal dentro del Derecho Penal.

Entrevista 5

Entrevistado/a: Dr. Mgs. Hernán Jiménez Torres

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

La edad constituye un factor fundamental en todo el campo jurídico para determinar la capacidad y responsabilidad de un individuo. La voluntad y la conciencia exigida por el ordenamiento jurídico, son dos ingredientes de la capacidad, la persona alcanza la madurez mental necesario para ser considerado legalmente capaz y por lo mismo responsable en el ámbito penal, es por ello que resulta repudiable hasta cierto punto

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Las medidas socioeducativas tienen por finalidad la rehabilitación, reeducación y resocialización del menor, a fin de evitar que reincida en el cometimiento de delitos, que afectan gravemente a los bienes jurídicos de los demás ciudadanos, garantizando siempre, el pleno respeto de sus derechos constitucionales.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

El principio de proporcionalidad es de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia, suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

El legislador tiene que usar el test de proporcionalidad para determinar si la conducta que desea incriminar es válida porque no constituye un exceso en la esfera de libertad del ciudadano; o, si la protección que se ha pretendido dar es deficiente, en la medida que se infraccionaliza. En el caso de la determinación de la pena a aplicar, el principio de proporcionalidad ayuda al juez a determinar que la pena a imponer es una pena que tiene una estricta relación con el hecho y las características personales del autor.

Entrevista 6

Entrevistado/a: Dr. Eduardo Moreno Robles

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Desde el punto de vista jurídico, se deben acatar las disposiciones relacionadas con los derechos de los niños, por la finalidad que la sanción persigue, pero desde el punto de vista real, práctico, el tema de justicia, es totalmente de inconformismo por parte de la sociedad, que se considera victimizada por el actuar criminal de los adolescentes, para quienes se considera que la sanción a imponer es irrisoria frente al daño causado, catalogándolo como injusto.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

La medida a imponer a los “menores infractores de la ley penal”, se encuentra encaminada por la finalidad de la misma, esto es, protectora, educativa y restaurativa, razón suficiente para que la mayoría de los Estados adopten las disposiciones jurídicas a los estándares internacionales y en especial a la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta

pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica, es por ello que se hace necesario y pertinente aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en torno al delito de homicidio simple cometido por los menores infractores.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

Resulta importante determinar cuáles son los presupuestos necesarios para que el principio de proporcionalidad opere. Una aplicación indebida del principio a casos para los cuales no fue diseñado generaría resultados inconsistentes, contradictorios y hasta peligrosos.

Entrevista 7

Entrevistado/a: Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras

1.- ¿Cuál es su criterio respecto del delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Establecer si la sanción que se le impone a un menor adolescente como consecuencia de su conducta criminal, pueda ser justa o injusta, merece ser analizada desde diferentes ángulos jurídicos: de lo que es justicia, y de la ponderación de la sanción.

2.- ¿Considera Usted viable la aplicación de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores?

Las medidas socioeducativas son aquellas que tienen por finalidad esencial proteger jurídicamente al menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento; y, contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su convivencia con los demás, por ello la finalidad esencial de éstas medidas es de prepararle eficazmente para la vida

3.- ¿De acuerdo a su experiencia, considera pertinente la aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor?

El principio de proporcionalidad constituye un método, cuya función principal consiste en interpretar y argumentar principios constitucionales ante situaciones jurídicas que se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer; puede tener aplicación respecto de políticas públicas, decisiones administrativas, casos concretos que se ventilan ante los jueces y, desde luego, para determinar hasta dónde la ley supone una intervención indebida a los derechos fundamentales en caso de existir, o bien, hasta dónde la ausencia de ley afecta de manera indebida a los derechos.

4.- ¿De acuerdo a su criterio, considera que se debe establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor?

La justicia juvenil restaurativa, tiene como principal objetivo fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal y posee tres ejes de trabajo que incluyen: la incidencia, la formación y el fortalecimiento de modelos innovadores en el ámbito de la justicia juvenil en Ecuador, en la ejecución de medidas socioeducativas privativas y no privativas de la libertad, de ahí la necesidad de establecer parámetros claros para su aplicación.

Análisis de resultados

Entrevistados que fueron profesionales del derecho en libre ejercicio y administradores de justicia, siendo los principales actores y referentes en materia de derechos y de forma específica la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, para aquellas personas en condición en regular las medidas socioeducativas en torno al principio de proporcionalidad, han resuelto el pliego de interrogantes planteadas y se destacan las siguientes conclusiones:

- ✓ Respecto al criterio de los entrevistados en relación al delito de homicidio simple cometido por menores de edad, coinciden que estamos frente a un problema social que deben ser analizado desde varias aristas.
- ✓ Desde la óptica de los entrevistados en relación a la aplicación de las medidas socioeducativas, estos coinciden que su aplicación está contemplada tanto en la Constitución, en los Instrumentos Informacionales de protección de los derechos de los menores de ahí la legalidad de su aplicación.
- ✓ Desde su experiencia en relación a la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, los entrevistados coinciden en determinar que la proporcionalidad tiene como principal objetivo fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal.
- ✓ Sobre la necesidad de establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, los entrevistados coinciden en afirmar que resulta importante determinar cuáles son los presupuestos necesarios para que el principio de proporcionalidad opere. Una aplicación indebida del principio a casos para los cuales no fue diseñado generaría resultados inconsistentes, contradictorios y hasta peligrosos.

CAPÍTULO V PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

Esta propuesta es producto de los resultados obtenidos de la entrevista aplicada a cuatro (3) Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, (2) Abogados de libre ejercicio profesional; y, (1) Fiscal Provincial en calidad de entrevistados, los mismos que fueron analizados jurídicamente, a la par con el análisis de un caso práctico, con la intención de elevar a propuesta de investigación.

5.1. TÍTULO DE LA PROPUESTA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS EN EL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE COMETIDO POR UN MENOR, INFRACTOR.

5.2. INTRODUCCIÓN

Existe en el país el criterio generalizado que la justicia y su aplicación constituyen una de las debilidades del aparataje judicial, por consiguiente, existe un reproche generalizado sobre su aplicación, existe el reclamo de la sociedad que se dicten leyes adecuadas y objetivas en concordancia con la realidad social que vivimos y se sancione apropiadamente a quienes cometen delitos con severidad y sin dilaciones, a fin de no propiciar la impunidad.

Desde esa perspectiva el presente trabajo de investigación tiene por objetivo establecer la proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple en los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una problemática social que tiene matices muy preocupantes, puesto que los delitos cometidos por adolescentes, han aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos en especial el homicidio simple.

Por tratarse de un hecho que involucra a la sociedad ecuatoriana, se convierte en un problema que debe ser analizado desde todas sus variantes, a fin de establecer soluciones que no afecten los derechos de la víctima ni de los menores infractores, tomando en consideración que nos encontramos frente a una población prioritaria que viven en condición de vulnerabilidad, al respecto en el sistema de adolescentes infractores se establecen una gama difusa de sanciones para los delitos de lesiones.

Por consiguiente, se hace necesario contar con un análisis de la situación de los menores infractores frente al delito de homicidio simple en el Ecuador, mediante la implementación de un proceso de investigación y producción de argumentos tanto a nivel general, como específicos basados en los datos, informaciones, análisis de sus derechos y de las medidas socioeducativas implementadas como mecanismo sancionador frente a esta problemática social.

5.3. ANTECEDENTES

El tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde la “doctrina de la situación irregular” hasta la “doctrina de protección integral” han determinado los mecanismos que se adopten sobre la respuesta del Estado. Dentro de la doctrina tradicional se buscaba que el Estado se haga responsable de los actos delictivos y, con ello, discrecionalmente aplicaba medidas de internamiento y privación de libertad, o buscaba medidas tutelares asistencialistas que comprometían la dignidad de los niños, o adolescentes. Mientras que en la doctrina de protección integral se busca que sean varios los actores involucrados en el proceso de tratamiento de los adolescentes que cometen actos delictivos. Por ello, se menciona que los adolescentes al ser sujetos diferentes, tienen una responsabilidad diferente y, por lo tanto, debe existir un sistema penal diferente. Esto debido a que no se puede desconocer que un adolescente que comete actos delictivos no sea responsable. Lo lógico es buscar un tratamiento acorde a su situación, que en cualquier caso busque el respeto de sus derechos aplicando el principio de proporcionalidad.

Es por ello que dada la importancia que tiene la problemática planteada, por tratarse de un problema actual de gran relevancia que afecta a la sociedad ecuatoriana, se constituye la presente investigación en un mecanismo que permita proponer soluciones viables, al momento de establecer sanciones a los menores infractores frente al delito de homicidio simple aplicando el principio de proporcionalidad, puesto que el sistema penal de adolescentes infractores en su parte sustantiva ha ocupado un segundo plano en relación con la parte adjetiva. Esto se evidencia al observar que los artículos de la Ley, dedicados al derecho material son escasos en comparación a los dedicados a los aspectos procesales. La legislación de adolescentes infractores se orienta principalmente al proceso, que

se configura como un proceso especial, no sólo en función de los sujetos a quienes se dirige, sino fundamentalmente, por los mecanismos e instituciones procesales que desarrolla: como la incorporación del interés superior en el proceso y la posibilidad de evitar un juicio.

5.4. OBJETIVOS

5.4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar jurídicamente sobre el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, para que el juzgador le imponga las medidas socioeducativas en base al principio de proporcionalidad.

5.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio sobre el delito de homicidio simple cometido por el menor infractor y la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en base a la Doctrina, la Jurisprudencia, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución de la República y la Ley.
- Determinar la pertinencia y aplicación de la proporcionalidad de las medidas socioeducativas, en torno al delito de homicidio simple, cometido por un menor infractor
- Establecer los parámetros que permitan aplicar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor.

5.5. JUSTIFICACIÓN

El tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde la “doctrina de la situación irregular” hasta la “doctrina de protección integral” han determinado los mecanismos que se adopten sobre la respuesta del Estado. Dentro de la doctrina tradicional se buscaba que el Estado se haga responsable de los actos delictivos y, con ello, discrecionalmente aplicaba medidas de internamiento y privación de libertad, o buscaba medidas tutelares asistencialistas que comprometían la dignidad de los niños, o adolescentes. Mientras que en la doctrina de protección integral se busca que sean varios los actores involucrados en el

proceso de tratamiento de los adolescentes que cometen actos delictivos. Por ello, se menciona que los adolescentes al ser sujetos diferentes, tienen una responsabilidad diferente y, por lo tanto, debe existir un sistema penal diferente. Esto debido a que no se puede desconocer que un adolescente que comete actos delictivos no sea responsable.

La justicia penal en adolescentes infractores es un tema tan enriquecedor y apasionante, que incluso en las aulas universitarias se enseña a tratar al infractor con acciones afirmativas, como las contempladas en los artículos 6, 11, 12 y 14 del CONA entre otras normas; pero lo que no se enseña es a ponderar los derechos entre víctimas y agresores cuando los dos gozan de esas acciones afirmativas. La justicia en adolescentes infractores por principio es restaurativa, distinta de la justicia penal ordinaria, razón por la cual las acciones afirmativas afloran dentro de esta materia y no solo en el área constitucional, en virtud de que la justicia en adolescentes infractores se inspira en los principios de humanidad, priorizando la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento y la moralidad entre otros principios.

Es por ello que dada la importancia que tiene la problemática planteada, por tratarse de un problema actual de gran relevancia que afecta a la sociedad ecuatoriana, se constituye la presente investigación en un mecanismo que permita proponer soluciones viables, al momento de establecer sanciones a los menores infractores frente al delito de homicidio simple aplicando el principio de proporcionalidad, puesto que el sistema penal de adolescentes infractores en su parte sustantiva ha ocupado un segundo plano en relación con la parte adjetiva, lo que ha permitido establecer las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

5.6. METODOLOGÍA DE APLICACIÓN

En relación a la problemática objeto de investigación se relaciona el análisis bibliográfico y la normativa vigente en materia de aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por menores infractores, y conforme a los resultados una vez que han sido catalogados, corresponde su interpretación y análisis en apego a la naturaleza de la problemática.

Constituyéndose la presente en una investigación explicativa, sea parte de la información recabada, y conforme se va avanzando en el desarrollo surgen nuevas preguntas al tanto se propone la indagación de las mismas, y se diseñan las teorías tendientes a probarlos.

Bajo esta modalidad en apego a la metodología ya desarrollada y a los objetivos planteados, se analizan los puntos críticos adquiridos del procesamiento de resultados, para describirlos en un documento consolidado con las principales ideas en torno a la problemática.

5.7. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

Se describe en un análisis jurídico, con enfoque crítico, respecto a las interrogantes definidas, los argumentos puntuales en torno a definir la problemática y su contexto, posterior a lo cual se describe los indicadores relevantes y de incidencia en torno a resolver la problemática de investigación.

Es importante tener en cuenta que las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico para los adolescentes infractores, si bien es cierto tienen como fin sancionar al adolescente que viola la ley, no es menos cierto decir que no son drásticas y el adolescente por este hecho no las cumple, por esta razón se sigue cometiendo delitos por parte de este grupo, y la finalidad de la justicia que consiste en brindarle la seguridad que necesita se está incumpliendo.

Las medidas socio-educativas son acciones dispuestas por autoridad judicial cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal. Pero no son lo suficientemente proporcionales al delito cometido, por eso es que existe una vulneración de los derechos violados de la víctima y estos delitos prácticamente quedan en la impunidad.

El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la racionalidad en la actividad jurisdiccional, pues los criterios de la sana crítica se entrelazan con el principio de proporcionalidad a lo largo del proceso penal y deben ser observados por el juez en todo momento; de tal modo que el principio de proporcionalidad es el parámetro de conducta, que debe poner el juez para que garantice en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso penal.

5.8. ESTUDIO DE FACTIBILIDAD DE LA PROPUESTA

La importancia de analizar el principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor de edad, de tal manera que se delimite la problemática y su contexto conforme a la normativa vigente, los Convenios Internacionales de Protección del menor Infractor.

Del análisis se logra identificar que la normativa y lineamientos respecto a la justicia juvenil restaurativa, tiene como principal objetivo fortalecer el sistema de justicia especializado para beneficio de los adolescentes en conflicto con la ley penal y posee tres ejes de trabajo que incluyen: la incidencia, la formación y el fortalecimiento de modelos innovadores en el ámbito de la justicia juvenil en Ecuador, en la ejecución de medidas socioeducativas privativas y no privativas de la libertad.

El Estudio es la base y referente en torno a determinará la existencia, incidencia, efectos, consecuencias, hechos relacionados y afectación colateral en torno a la problemática objeto de estudio, y al tanto poder estructurar una crítica con argumentos jurídicos sobre lo que implica la persistencia en este caso de la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple cometido por un menor infractor, y en tanto a ello, realizar recomendaciones estratégicas.

Teniendo como base el principio de proporcionalidad, presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales.

Es plenamente factible, en atención al diagnóstico del marco normativo vigente en la materia y la necesidad identificada en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas, conocer, analizar y considerar acciones tentativas a resolver una desatención vulneradora de derechos, principios

y garantías fundamentales y constitucionales, afín a la línea de investigación definida y a la malla curricular cursada, goza de factibilidad.

Con las directrices, indicadores y recomendaciones sustanciales la legislación especializada ha creado alternativas sancionatorias cuya eficacia socioeducativa depende en gran medida de la contextualización de la intervención social dentro del entorno familiar del que forma parte el sujeto. Por lo tanto, se requiere de la participación activa de la sociedad, del Estado, de la familia y del propio individuo para lograr la efectividad de las sanciones que deben ser vistas como una oportunidad para regenerarlo dada su juventud.

Constituye, además, una herramienta y referente teórico, académico, en virtud de ser el resultado de una investigación jurídica en virtud de la aplicación de técnicas e instrumentos de recolección de información relevante que valida lo aquí plasmado y las recomendaciones estratégicas.

5.9. CONCLUSIONES

El Derecho Penal de Menores exige responsabilidad penal a los menores infractores, entre 14 y 18 años de edad, caracterizado por una orientación de prevención especial y la flexibilidad en la aplicación de las medidas socioeducativas, las cuales son verdaderas sanciones penales pero que poseen una finalidad educativa que les hace gozar de una naturaleza sui generis. Existiendo flexibilidad en la prueba y valoración jurídica de los hechos, atendiendo especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor; debiendo aunarse al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción penal cometida, y la naturaleza y extensión de la medida sancionadora-educativa.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este aparte se muestran las conclusiones derivadas del trabajo investigativo realizado con base en la teoría y los hallazgos encontrados con la aplicación del instrumento, así como la interpretación realizada por los investigadores.

CONCLUSIONES

- A pesar que nuestra legislación en materia penal ya lleva utilizando el principio de proporcionalidad un considerable tiempo, esto es desde la promulgación de la nueva Constitución en el 2008, no podemos decir que tengamos parámetros claramente definidos sobre su contenido y alcance, ya que el principio de Proporcionalidad ha sido objeto de profundas críticas, pero a pesar de ello podemos concluir que es el instrumento hermenéutico más adecuado para la concreción adecuada de los derechos fundamentales.
- El principio de proporcionalidad es la base del derecho penal, por consiguiente constituye el andamiaje del funcionamiento del sistema de justicia penal juvenil. Pero no es menos cierto que el Estado en su pretensión punitiva se encuentra limitado por principios como el de legalidad, culpabilidad y, por supuesto, por el de proporcionalidad, que restringe la sanción que se puede imponer, haciéndola corresponder con la afectación de bienes protegidos por el sistema jurídico.
- Cuando hablamos del principio de proporcionalidad en derecho penal lo relacionamos generalmente con la aplicación de la pena, es decir, se procura que la pena impuesta sea proporcional a los hechos cometidos. En el derecho penal juvenil, sin embargo, en razón de sus fines, la pena puede ser menor que la culpabilidad.
- Los mecanismos legales de responsabilidad penal de los adolescentes infractores son diferentes a los sistemas de responsabilidad penal dirigidos a adultos, adoptando un modelo de justicia restaurativa y contemplando medidas preventivas especiales de carácter educativo orientadas a la reinserción de adolescentes y jóvenes que cometen actos punibles.
- El juzgador de los adolescentes infractores al momento de imponer la pena tiene en cuenta los mínimos y máximos de la sanción, pero se abstiene de acudir a criterios objetivos para identificar la sanción a imponer dentro de dicho marco.

RECOMENDACIONES

- A fin de garantizar la plena aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en el delito de homicidio simple, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de justicia de menores. El Estado deberá adoptar todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los menores de edad en conflicto con las leyes penales.
- El derecho penal y procesal de adolescentes infractores, debe adecuarse a las exigencias que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se prevé en la Convención y la Constitución de la República. Sin embargo, no se puede hablar de un derecho penal sustantivo de adolescentes, puesto que la legislación de niños, niñas y adolescentes sólo se limita a realizar algunas adecuaciones del derecho penal de adultos en su parte general, y a las especificidades propias.
- Se debe establecerse medidas socioeducativas especializadas, por ejemplo, la libertad vigilada, asesoramiento de supervisión, y también centros especializados, como centros diurnos y, según proceda, centros de atención y tratamiento de menores delincuentes en régimen de internado, a fin de que tenga vigencia el principio de proporcionalidad de la sanción para los menores en conflicto con la Ley.
- El principio de proporcionalidad está caracterizado por la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho, tanto así, que en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del Art. 76 núm. 6 de la Constitución Ecuatoriana, manifiesta la existencia de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, es ahí donde la proporcionalidad deberá medirse con base en la importancia social del hecho desprendiéndose de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad.

- El principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana, no es un concepto inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX. Una vez consolidado el Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se ha generalizado viniendo a desempeñar un papel relevante, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los Derechos humanos, de ahí la necesidad de regular la aplicación del principio de proporcionalidad de las medidas socioeducativas en los delitos considerados graves, particularmente en el delito de homicidio simple.

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo, S. C. (2016). Sanciones en los sistemas de justicia juvenil: visión comparada: (especial referencia a los sistemas de responsabilidad penal de menores de España y Colombia). Derecho y Cambio Social.

Asua, J. d. (1970). El Iter Criminis.

Baratta, Alessandro, (1995), "El niño como sujeto de derechos y participante en el proceso democrático", en Revista Espacios, San José.

Baratta, Alessandro, (2004), Crítica de la Criminología crítica, Buenos Aires, Argentina.

Beccaria, Cesar, (1990), De los delitos y de las penas, Milán.

Berríos Díaz, G. (2012). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política criminal

Bobbio, Norberto, (2002) "Igualdad y dignidad de los hombres", Madrid.

Blanco Barea, J. Á. (2008). Responsabilidad Penal del Menor: principios medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español. Revista Estudios Jurídicos

Bonatto, C. (2015). ¿Los adolescentes deben ser tratados como adultos? Idee de
Revista (251). Obtenido de

<https://revistaideele.com/ideele/content/%C2%BFlosadolescentes-debensertratados-como-adultos>

Borrás, N. M. (2019). Aproximaciones generales al sistema de responsabilidad penal para adolescentes. *Revista Jurídica Piélagus*.

Cabanellas, G. (2010). *Medidas Socioeducativas*.

Camizan, P. S. (2018). Adolescentes infractores considerados inimputables en el delito de sicariato. Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho.

Cubillos, H. (2014). *El Principio de Proporcionalidad*.

Cueva Carrión, Luis, (2010), acción constitucional extraordinaria de. Protección, Quito.

Díaz García, L. Iván, (2011), La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales, Valparaíso, Chile.

Duque, L. (2016). La responsabilidad penal de los menores infractores y la edad de la imputabilidad de delitos contra la vida. Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. UDLA.

Enríquez, Antonio, P. L. (2021). *La Seguridad Jurídica*

Ferrajoli, Luigi, (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid.

González, J., & Ortega, C. (2016). *Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes infractores: análisis y propuestas*. Asunción: Editorial Arandura.

Guerra, J. S. (2004). *La Evolución del Derecho Penal en España*, Barcelona.

Morant citado por Sorando y Niño, (2013), *Medidas socioeducativas y regenerativas que sustituyen la privación de libertad en la responsabilidad penal de los adolescentes*, Venezuela.

Núñez, G. (2005). Las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena en el sistema penitenciario venezolano. *Revista Capítulo Criminológico*.

Orts, M. P. (2018).

Perelló Doménech, Isabel, (1994) El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, Madrid.

Pinto, G. (1998). Principio de Doble Garantía.

Pinto Gimol, (1998), La Doctrina de la Protección Integral, México.

Polit, V. (2017). Justicia Juvenil Restaurativa.

Romero, P. (2012). El Homicidio.

Sabogal, E., Cortes, H., & Ruíz, D. (2016). Ineficacia en el aumento de sanciones de los adolescentes infractores en delitos graves. Corporación Universidad Libre, Bogotá.

Sandoval, E. (2014). Propensión a aprender de los Adolescentes Infractores de Ley: reflexiones desde el Enfoque Biográfico. Polis [En línea] (37). Obtenido de <https://journals.openedition.org/polis/9829#quotation>

Sánchez, (2013), La privación de libertad como sanción penal y medida provisional en el sistema de responsabilidad penal y la reeducación de los adolescentes. Trabajo especial de grado no publicado. Universidad Católica Andrés Bello, Barinas.

Silva, D. (2008). Límite al poder punitivo Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal juvenil montevideano. Montevideo: UNICEF. Oficina de Uruguay, Defensa de los Niños Internacional - Uruguay.

Torres, H., & Corrales, D. (2019). Inimputabilidad e inmadurez psicológica y su relación con los principios generales de la responsabilidad penal del adolescente infractor en Colombia. Saber, ciencia y libertad es una revista científica de la Universidad Libre

Valdez, M., & Córdova, C. (2018). Medidas socioeducativas vs privativas de la libertad a adolescentes infractores. Evidencias de las ciudades de Ambato y Latacunga en el período 2014-2017. Ecos de la academia

Zafaroni, E. R. (2011). Manual de Derecho Penal.

Referencias Legales

Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Artículo 76 y ss. octubre 20 de 2008 (Ecuador).

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA]. Ley 100 del 2003. Arts. 4 y ss. Julio 07 del 2020 (Ecuador).

Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Ley 0 del 2014. Arts. 152 y ss. enero 14 del 2021 (Ecuador).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, 116.

Observaciones y Recomendaciones emitidas en el acto de defensa.

- Se recomienda profundizar respecto al Principio de Proporcionalidad,
- Con respecto a la metodología y muestras empleadas,
- Corregir respecto de las conclusiones y remendaciones,
- Sobre la metodolgia de la investigacion.