

Reflexiones sobre política criminal juvenil

Por Alfonso Zambrano Pasquel¹

La ruptura que significó el cambio del paradigma de la *doctrina de la situación irregular* del menor, por la *doctrina de la protección integral del niño y del adolescente*, nos motiva a insertar algunas reflexiones en torno a lo que debe entenderse como una necesaria y adecuada política criminal juvenil.

El profesor venezolano, Francisco Martínez Rincones², nos dice: " En el caso de la criminalidad y la adolescencia la cuestión ha sido, desde siempre sumamente compleja, debido a las características particulares de los actores que participan en los hechos criminosos y con los que se debe obrar con justicia, esto es con normas adecuadas a su particular condición humana de adolescentes. Lo anterior permite señalar, que la Política Criminal debe actuar teniendo una meridiana claridad, por cuanto la adolescencia representa, en el desarrollo de los seres humanos, una etapa en la que la visión del mundo y sus valores se aprecia con el particular deslumbramiento de quien descubre su propio universo social y su entorno particular.

En esta materia, en consecuencia, puede afirmarse que la Política Criminal debe estar dirigida, de manera especial, hacia el control social del adolescente que participe en actividades criminosas, dándosele la mayor trascendencia posible a la adolescencia, para que la acción del Estado, desde la perspectiva de la Política Criminal, no sea genérica, sino específica, esto es que resuelva la cuestión como una cuestión de criminalidad juvenil como la denomina la Criminología, a partir de la categoría específica de la "delincuencia Juvenil".

El profesor Martínez Rincones expresa en relación a la política criminal juvenil que: "Siguiendo los lineamientos de las Naciones Unidas, en los que se reflejan los principios de la psicología evolutiva de Piaget, la Política Criminal en el caso latinoamericano, ha dado pasos de gran

¹ Prof. De Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología y Política Criminal

² Francisco MARTINEZ RINCONES, *Política criminal y adolescencia en América Latina. Especial referencia al caso Venezuela*. Se puede ver el documento en www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal Juvenil.

importancia bajo liderazgo del Programa Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos, del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Asistencia del Delincuente (ILANUD), con el apoyo de la Unión Europea. Tales pasos se traducen en el desarrollo, durante la década última y el corriente año 2000, de las condiciones para la producción de un cambio de paradigma en materia de protección de los derechos del niño y del adolescente, a partir de la lucha por la reforma legal en todas las naciones de la Región dentro de cuyos propósitos se encuentra el político-criminal, que permite superar el sistema tutelar de menores, sustituyéndolo por un sistema de control social garantista de naturaleza penal, adecuado específicamente a los adolescentes, esto es por un legítimo sistema penal juvenil.

Ya en referencia al cambio del paradigma, lo que nosotros denominamos esta suerte de ruptura con el *statu quo*, afirma el profesor Francisco Martínez, "El cambio de paradigma de la situación irregular por el protección integral, se ha considerado como un cambio beneficioso y realista que coloca al adolescente frente a su propio destino procesal penal, policial o administrativo, para el ejercicio de sus derechos como sujeto real, como ciudadano. Ferrajoli, al referirse a este tema ha señalado que:

"El paradigma escogido, como lo señala Mary Beloff, ha sido el del derecho penal mínimo, que resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema "pedagógico" de las llamadas "sanciones blandas" impuestas informal, y de hecho, arbitrariamente. Ello por tres razones: Primero, por el recurso al derecho penal como extremo ratio... Segundo, por el riguroso respeto de todas las garantías penales y procesales-de la taxatividad de los delitos a la comprobación de la ofensa y la culpabilidad, de la carga de la prueba, al contradictorio y al derecho de defensa-impuesto al sistema de derecho penal juvenil ... En tercer lugar, por la minimización de las penas juveniles, a través de la existencia, en la mayor parte de los casos, de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad y solo en casos extremos de utilización de este tipo de medida... "(García Méndez. 1998: XII).

Por nuestra parte creemos en la necesidad de una nueva Política Criminal para la adolescencia comprometida con hechos delictivos merecedores de sanciones, bajo un modelo que no solo recoja los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989, sino también los principios rectores emanados de los instrumentos jurídicos derivados de la Convención, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riad, así como los principios del Pacto de San José o Convención Americana de DD.HH de 1969.

El Profesor Alessandro Baratta, decía respecto a las contradicciones entre los postulados de la Convención de la Niñez y Adolescencia y las realidades de la región que él conocía muy de cerca³: "Es enorme en América Latina, después de años de su entrada en vigor, la distancia entre la situación real y la situación ideal de la niñez, dibujada por la Convención. No existen todavía las condiciones sociales, institucionales y estructurales pero sobre todo las condiciones culturales para un acercamiento. Así, solamente Brasil, ha producido, con el Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, una de las legislaciones de menores más adelantadas del mundo, y que, con el Art. 227 de su Constitución se ha anticipado en un año a la Convención, en sus principios básicos. Aún así, 25 millones de niños se encuentran en condición de grave pobreza y de abandono, continúa el exterminio de niños de la calle, en lugar de realizarse la obra de reintegración social que el Estatuto impone.

No obstante, es posible considerar la tensión que con respecto a los derechos de la niñez, existe entre la situación jurídica y la situación de hecho, como un momento necesario y muy importante del proceso de transformación de la realidad social en América Latina. La firma de la Convención y el proceso de ratificación representan una condición no suficiente, pero necesaria en la lucha para la transformación de la realidad. Para apreciar el significado de esta afirmación podríamos

³ Alessandro BARATTA, *la situación de la protección del niño en América Latina*. En www.alfonsozambrano.com

considerar la historia y la situación actual de los derechos humanos de la niñez refiriéndonos a la dinámica particular y a la interacción de los tres componentes, o las tres clases de actores implicados en el proceso: el aparato estatal, la sociedad civil o sea lo que podemos llamar en términos generales el movimiento social, y el mundo jurídico oficial. Emilio García Méndez ha realizado un dibujo muy eficaz, desde este punto de vista, de los noventa años en los que se ha llevado a cabo el proceso de definición de los Derechos Humanos de la niñez: desde el nacimiento del primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899, hasta la Convención de 1989. De acuerdo con otros autores, él define este proceso como *una larga marcha que puede ser resumida con el pasaje de la consideración del menor como objeto de la compasión-represión, al niño y al adolescente como sujeto pleno de derecho*".

Uno de los avances más importantes en la región es la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica en la que trabajó con enorme entrega el Prof. Dr. D. Carlos Tiffer Sotomayor, catedrático de la Universidad de Costa Rica, quien al evaluar la naciente ley a los pocos meses de su vigencia⁴ nos decía:

"Sin lugar a dudas, en la Ley está presente una nueva concepción de política criminal. Se transforma el modelo tutelar paternalista por una orientación punitivo garantista. Se entiende al joven o adolescente como un sujeto, no sólo titular de derechos legales y sociales, sino como un sujeto responsable por sus actuaciones frente a la Ley penal.

La idea de la responsabilidad del joven y del adolescente está fundada en la convicción de la comprensión de la ilicitud del hecho. Actualmente, sería muy difícil sostener que un joven o adolescente de 12 a 18 años, tiene una incapacidad, o una falta de madurez para comprender la ilicitud del hecho. Sin embargo, el juzgamiento de la comisión de un hecho delictivo cometido por un menor de edad debe ser un asunto especializado de la justicia penal juvenil. Por eso, desde la fase de investigación del delito, intervienen órganos como la Policía Judicial

⁴ Carlos TIFFER SOTOMAYOR, *De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista. Nueva Ley de justicia Penal Juvenil*. Se puede ver el documento en www.alfonsozambano.com en el link Política Criminal Juvenil.

Juvenil, un Ministerio Público con fiscales especializados, una Defensa Pública, también, con defensores especializados. Se crearon Juzgados Penales Juveniles, así como una segunda instancia, también especializada, que es el Tribunal Superior Penal Juvenil.

Como principio básico para la intervención jurídico penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo. De un derecho de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho penal juvenil de culpabilidad por el hecho con una intervención judicial mínima. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad, y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad. La Ley que hoy está vigente, recoge las garantías procesales internacionalmente admitidas para adultos, como por ejemplo: el principio de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, derecho de defensa, doble instancia, etc. Además de aquellas garantías especiales que corresponden, por la condición de jóvenes y adolescentes, como por ejemplo: trato diferencial, justicia especializada, reducción de plazos de internamiento y mayores beneficios institucionales que los adultos.

La reacción judicial ante la comisión de un hecho delictivo es denominada sanción y no medida. El derecho penal de medidas responde a un derecho penal de autor y de peligrosidad. Por el contrario, la sanción o pena negativa es la reacción normal ante la comisión de un delito. Sin embargo, la sanción tiene un fin predominantemente pedagógico. Por medio de la sanción se procura alcanzar una meta inconfundible: preparar al joven o adolescente para ser una persona responsable, apta para la normal convivencia y su reinserción social... debe quedar muy claro que con la Ley de Justicia Penal Juvenil no se va a terminar la delincuencia, como muchos equivocadamente podrían pensar. Lo que se tiene es una legislación más ágil y moderna, acorde con la realidad social actual de nuestro país. Una legislación que se espera aumentará la efectividad del sistema de Justicia Penal, sobre todo evitando la impunidad y juzgando con el respeto y las garantías procesales reconocidas internacionalmente. De ahí que sea tan importante no sólo una respuesta represiva, como la que representa la Ley de Justicia Penal Juvenil, sino también la acción preventiva. Más política social y menos política criminal sería una buena

fórmula. Para que reacciones, represión y prevención, sean aplicadas en forma integral, interdisciplinaria e interinstitucionalmente, tanto a nivel público como privado. Esto, creo, sería una respuesta seria, realista y madura a la búsqueda de la ansiada seguridad ciudadana. Ese es el desafío que se nos presenta”.

Coincidimos con las propuestas del profesor de Costa Rica, Tiffer Sotomayor, y mencionamos otras propuestas de desjudicialización : la aplicación del *criterio de oportunidad* reglado que es una forma efectiva de reducir la intervención judicial y que se aplica para los imputados mayores de edad por delito. La *conciliación* que permite involucrar a la víctima del delito en la búsqueda de salidas alternativas que no signifiquen la cárcel. Es conveniente desde una adecuada perspectiva de política criminal juvenil, que signifique un mayor espacio de libertad, aplicar la *suspensión del proceso a prueba*. La suspensión del proceso a prueba con la imposición de reglas de conducta (órdenes de orientación y supervisión) por un plazo determinado es una buena oportunidad para que se continúe con el normal desarrollo del joven. En la experiencia de Costa Rica, en la mayoría de los casos los jóvenes han cumplido las condiciones y los procesos han terminado, sin necesidad de la celebración del juicio o debate.

También la ejecución condicional de la sanción de internamiento, sin límite por los tipos de delito o monto de la sanción permite al juez aplicar esta modalidad en forma amplia y convertir realmente la sanción de privación de libertad en “última ratio.”

Un interesante documento de UNICEF es ilustrativo para comprender la *Justicia Penal Adolescente*⁵ el mismo que está elaborado en formato de preguntas y respuestas:

“¿Qué es la justicia penal adolescente?”

La justicia penal adolescente es un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes a quienes se acuse de haber participado en la comisión de

⁵ Elaborado por la Asesora Regional de Protección- Oficina Regional para América Latina y el Caribe – TACRO (Febrero de 2.004). Se puede revisar en www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal Juvenil.

una infracción a la ley penal. Ahora bien, lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y restauradora de la pena, lo que, en primer lugar, permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento y consecuentemente el archivo de la causa y, en segundo, aconseja la menor restricción de derechos posible a la hora de imponer la sanción, siendo la privación de libertad el último recurso y sólo para infracciones muy graves.

¿Porqué los adolescentes deben tener derecho a una justicia especializada?

La Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores recomiendan la organización de una justicia especializada, flexible y diversa, para juzgar a las personas menores de 18 años. Su razón de ser está en el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, lo que facilita, si se intervine a tiempo, la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los delincuentes mayores de edad. La psicología evolutiva entiende que el adolescente infractor es una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable, sino que, por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos delictivos no debe ser de castigo sin más, debiéndose procurar su integración social y evitar en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación.

¿Cuál es la finalidad de la justicia penal adolescente?

Podemos enumerar al menos cuatro finalidades por orden de importancia:

- 1) Administrar justicia de forma democrática.
- 2) Fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal.
- 3) Promover su integración social.

4) Favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socio-educativas.

¿Por qué se fija una edad mínima de responsabilidad penal adolescente?

Aunque las Reglas de Beijing dejan libertad a los Estados a la hora de fijar las edades mínimas y máxima de responsabilidad penal, la franja de edad a partir de la cual se considera al adolescente responsable oscila en el derecho comparado entre los 12 y los 14 años al entender que es a partir de esa edad cuando comienza a cristalizarse la adquisición de responsabilidad y la capacidad de raciocinio, y se extiende hasta los 17 años. Por debajo de esas edades los niños que cometen infracciones quedan sujetos al control de su familia o de las instituciones civiles de protección, mientras que las personas mayores de 18 años pasan a ser juzgadas y sentenciadas de conformidad con los Códigos Penales.

La imputabilidad atribuida a los adolescentes debe corresponder a la capacidad de autonomía y al ejercicio de derechos que se les reconoce en la sociedad, Así por ejemplo, el establecimiento de una edad para votar o ser electo(a) para cargos de representación popular, para obtener una licencia de conducir, o para la compra de bebidas alcohólicas, etc. son expresiones del reconocimiento social acerca de cuándo una persona está lo suficientemente madura para tomar decisiones con plena responsabilidad, lo que ocurre por lo general a partir de los 18 años.

¿Cuál es el mandato de la justicia penal adolescente?

El mandato de la justicia penal adolescente es contribuir a que los adolescentes se responsabilicen de sus actos, asegurando siempre su bienestar. Para conseguir estos fines el juez tiene que tener en cuenta a la hora de imponer la sanción no sólo la infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los que se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, procurando causarle la menor aflicción y restricción de derechos. La

justicia penal adolescente tiene que articularse de forma que éste pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta.

¿Qué diferencia existe entre el sistema de justicia penal para adultos y la Justicia penal adolescente?

La diferencia radica en que en la justicia penal adolescente prima por encima de todo la educación y la reinserción social del infractor, lo que obliga a establecer procesos rápidos y ágiles y a disponer de un amplio abanico de medidas socioeducativas que permitan cumplir con esa finalidad. La justicia penal adolescente establece una serie de restricciones, incluyendo la prohibición de pena de muerte y el encarcelamiento de por vida. La detención y encarcelamiento de un adolescente debe ser utilizada como el último recurso para delitos graves, y siempre por el menor tiempo posible.

Otras de las singularidades frente al proceso penal de adultos, son la posibilidad de no iniciar el procesamiento, suspenderlo o resolverlo anticipadamente si se estima que puede causar al menor de edad un perjuicio mayor que el que él causó; la posibilidad de participar en un programa de mediación para reparar el daño o conciliarse con la víctima; la exclusión de la publicidad de juicio oral; la confidencialidad respecto a la identidad del adolescente; la intervención de los padres o sus representantes; la inclusión de estudios psico -sociales que orienten al Juez a la hora de determinar la medida a imponer dentro del marco de la legalidad, o la corta duración e improrrogabilidad de la prisión

¿Qué tipo de garantías establece la justicia penal adolescente?

Las mismas que existen para las personas mayores de 18 años dentro de los sistemas penales acusatorios e incluyen: la prueba legal de los hechos; atribución y notificación de los cargos; conocimiento del asunto por un órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial; asistencia jurídica durante el proceso; resolución y fallo de la causa sin demora y derecho a impugnar las resoluciones ante un tribunal superior

¿Qué significa la remisión de casos en la justicia penal juvenil?

La remisión es una práctica introducida en la regla no. 11 de las Reglas de Beijing y pretende evitar, en todos los casos que sea posible, los sistemas penales formales (cortes, etc.) cuando se trate de delitos menores o cuando se estime que la permanencia en el procedimiento puede causar al adolescente un daño mayor que el que él causó con el delito. La aplicación de esta práctica requiere el consentimiento del adolescente y de su representante legal, la adopción de la decisión por el juez o el fiscal, y nunca avala la creación de un sistema de resolución de conflictos como sustitutivo de la sede judicial. En este marco son de gran interés los procesos de mediación en favor de la conciliación y reparación del daño, tanto a la víctima individual como a la comunidad.

¿Qué tipo de sanciones sugiere la justicia penal adolescente?

El abanico de sanciones previsto es amplio y está especialmente concebido para promover la reinserción social. De allí que las medidas en libertad en el entorno social y comunitario al que pertenece el adolescente infractor ocupen el grueso de los posibles listados: la amonestación; la multa; la reparación del daño causado; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; y la privación de libertad. La privación de libertad sólo debe ser impuesta en aquellos casos en donde el adolescente ha cometido infracciones graves como homicidio, violación, secuestro, lesiones graves, etc.

¿Por qué la reclusión en un centro de cumplimiento es una sanción de carácter excepcional?

La privación o reclusión en un centro de cumplimiento es una medida excepcional porque, de conformidad con numerosas investigaciones empíricas llevadas a cabo en la última década, el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de promover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo y a su desocialización. Por otro lado, si se acepta que la pena debe ser proporcional al delito cometido y, tal y como lo demuestran los datos existentes en América Latina, la mayoría de los adolescentes cometen delitos menos graves,

la reclusión en un centro de cumplimiento debería ser la sanción menos impuesta. También en base a investigaciones empíricas, se estima que las medidas alternativas facilitan la rehabilitación y reinserción social de los adolescentes en un número muy elevado de casos. El hecho de que se cuente con su consentimiento y su participación en la elaboración del plan educativo y con la participación de los padres o representantes y de la comunidad a lo largo del cumplimiento permiten que el adolescente infractor reflexione sobre las consecuencias de sus acciones y reciba y se sienta estimulado ante el reconocimiento que la comunidad le brinda si cumple con el plan pactado.”

El caso de Ecuador

Ecuador tenía vigente un Código de menores que se inspiraba en la *doctrina de la situación irregular*, no obstante que había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inscribe en la *doctrina de la protección integral*, según publicación en el RO 31, del 22 de septiembre de 1992. Con la Ley 2002-100, publicada en el RO 737 del 3 de enero del 2003, se dictó el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sigue las nuevas propuestas de la doctrina de la protección integral y pretende respetar a niños y adolescentes como sujetos de derechos, y no como objetos del proceso.

En el marco teórico se busca crear un modelo de justicia penal juvenil, similar al de Costa Rica, con policía, jueces , fiscales, defensores, y cortes especializadas en el tratamiento de niños y adolescentes infractores, a quienes se les reconocen todas las garantías constitucionales del *debido proceso* y un trato preferencial por mandato constitucional que considera sus derechos preeminentes. De acuerdo con el Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, hay la propuesta de una Justicia especializada de la Niñez y Adolescencia, cuya gestión debe inspirarse en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia. Teóricamente y de acuerdo con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2003 se da paso a un fuero especial de menores tanto de las víctimas como de los infractores. La Constitución Política de la República de 1998 vigente al tiempo de dictarse el Código

de la Niñez y Adolescencia, en el Capítulo IV, se refería a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y entre estos derechos de nueva generación en la sección 5ta., se refería a los grupos vulnerables entre los que se menciona a los niños y adolescentes. Se reconocía el principio del interés superior de los niños y de que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. La constitución del 2008 reconoció y consolidó el carácter prevalente de los derechos de la niñez y adolescencia.

En Ecuador nos encontramos frente a un modelo “por armar”, en el que se insiste mucho en las garantías del debido proceso, estableciendo el Art. 257 del nuevo Código del 2003, que en todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código se asegurará la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediatez, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *habeas corpus*. En teoría se puede afirmar que se tiende a proteger el derecho de defensa de niños y adolescentes, incluso en mayor medida que los adultos como cuando se dispone respetar el derecho a la intimidad y a la integridad física y emocional del niño, niña o adolescente.

Parece rescatable destacar que el modelo de justicia penal juvenil, contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, se aparta de un modelo como el costarricense, en que se aplican verdaderas penas privativas de la libertad para los delincuentes jóvenes bajo la forma de medidas de internamiento de hasta quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años, conforme al Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Esta sanción de internamiento que es una privación de la libertad de carácter excepcional, procede cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a los seis años, y cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las ordenes de orientación y supervisión impuestas.

En Ecuador se mantiene el nombre de medidas socio-educativas, que proceden cuando una autoridad judicial ha declarado previamente la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal (Art. 369 del Código de la Niñez y Adolescencia), siendo lo más

grave el denominado ***internamiento institucional*** en el numeral 10, mismo que dice: "es la privación total de la libertad del adolescente infractor. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se la aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte". El ***internamiento institucional*** es hasta por cuatro años, según el Art. 370 ibidem. y en caso de reincidencia se le impone el máximo de la medida o de duración de la misma, al tenor del Art. 372. El menor de 12 años no responde penalmente (Art.4).

Recordamos aquí, las lapidarias expresiones de Emilio García Méndez, "estamos convencidos también de que muchos de los juristas que nos acompañaron estarán de acuerdo en esta paráfrasis heterodoxa del gran filósofo del derecho Gustav Radbruch posible de ser expresada en estos términos: si un requisito para ser un buen jurista es tener la conciencia sucia, para ser un buen jurista de 'menores' hay que tener la conciencia muy sucia"⁶. Fernando Tocora por su parte nos dice: "las garantías procesales que suelen reconocerse en el proceso liberal, son muchas veces desconocidas en los procesos de menores, bajo el argumento de preservarlos de la estigmatización y del escarnio público, así como por la confianza incontestada en un juez - padre sabio y competente - que resolverá infaliblemente el conflicto".⁷

La desprotección al joven es un tema recurrentemente reconocido, pues como nos dice Azaola Garrido⁸, "en muchas ocasiones la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina paradójicamente colocándolo en posición de desventaja con respecto al adulto". Un sistema aparentemente protector puede también convertirse en un instrumento de desviación secundaria, porque el internamiento de jóvenes "por su propia seguridad" en reclusorios juveniles sin ninguna separación; con una abierta promiscuidad entre jóvenes calificados de conducta irregular, de delincuentes o de niños y adolescentes en

⁶ Emilio GARCIA MENDEZ, *Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina. Primer Informe*. Depalma, 1990, p. 9.

⁷ Fernando TOCORA, *Política Criminal en América Latina*, ediciones L.P. Bogotá- Colombia, 1990, p. 88.

⁸ Azaola GARRIDO, *La Ilusión de la "verdad" en la investigación de menores delincuentes*. Doctrina Penal, año 12, abril-sep. 1989, No. 46-47. Depalma, Buenos Aires, pág. 241.

situación de abandono o desamparo; les brinda la oportunidad de pasar de una categoría menor a una mayor.

El Prof. D. Eugenio Raúl Zaffaroni, denunciaba ya hace algunos años el discurso perverso de carácter tutelar y paternalista de este tipo de sistemas penales y en abierta crítica a jueces, justicia e instituciones, expresaba: "prosiguiendo ese derrotero, las facultades omnímodas de tales magistrados, combinadas con una global despreocupación administrativa respecto de la creación de una infraestructura básicamente apta para el desenvolvimiento de un patronato digno, condujo a la implementación de un tratamiento temporalmente indeterminado, impuesto a los menores ineluctablemente, irrespetuoso de las garantías procesales más elementales y ahogado, en punto a las medidas extremas de internación en una hojarasca de eufemismos, 'fundaciones', 'hogares escuelas', 'institutos', 'reformatorios', encubridores de una dantesca realidad".⁹

El cambio del paradigma de la *doctrina de la situación irregular* a la llamada *doctrina de la protección integral*, demanda algo más que un buen cuerpo normativo, y en materia de política criminal juvenil exige mirar la intervención del Estado frente a la comisión de delitos que se le atribuyan a un joven, en verdad como la *última* o *extrema ratio*. Alessandro Baratta¹⁰ destaca la importancia del cambio del paradigma, y expresa que, "la doctrina de protección integral, que encontró su espacio en la Convención y en los documentos de Naciones Unidas que la han precedido, constituye también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa. No sólo cambió profundamente el concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje, lo cual constituye una señal relevante de la transformación en el plano normativo. Se habla y se escribe siempre menos de *menores*, y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos.

⁹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 242.

¹⁰ Alessandro Baratta, *Infancia y democracia*. En www.alfonsozabrano.com

Cuando usamos la fórmula *del menor hacia el ciudadano*, nos colocamos frente a un proceso en curso, no cumplido aún. Este carácter abierto del proceso no se refiere solamente, como es obvio, a la implementación en la realidad fáctica de las normas internacionales y nacionales y de los principios teóricos en los cuales se expresa la nueva doctrina; sino que también se refiere a la producción normativa y doctrinal. En ese sentido (y para usar otra feliz expresión del mismo autor de aquella fórmula - que es Antonio Carlos Gomes da Costa-), cuando decimos *del menor al ciudadano*, estamos expresando *nuestra memoria del futuro*. Aún cuando el *menor* vuelva a ser niño no se convertirá, solamente por eso, en un ciudadano. Permanezcamos en el nivel normativo: ¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la Convención? La respuesta a esta pregunta nos permitirá establecer si en esta memoria del futuro existe más memoria o más futuro. Resulta importante establecerlo para saber cuán largo es el camino que tenemos frente a nosotros en lo que se refiere a las normas y a la doctrina”.

En el caso ecuatoriano afirmamos que el discurso referido a los delincuentes jóvenes no ha cambiado sino en el código, pasando normativamente de un modelo a otro, y el **sistema penal** a ellos aplicado sigue siendo agente de **desviación primaria**. En el ámbito de la justicia penal juvenil ecuatoriana, los jueces que generalmente no son expertos en la materia, al igual que fiscales y policías, a más de la impreparación en una materia especializada como esta, cuentan con un formidable margen de discrecionalidad que se materializa en una práctica arbitraria y abusiva del internamiento, que es simplemente institucionalización, aunque se lo trate de maquillar como medida de seguridad o medida socio-educativa que en el fondo es privación de la libertad. Esto ocurre en Ecuador en que se sigue aplicando el secuestro institucional en contra de los delincuentes jóvenes, a quienes se quiere incluir como delincuentes adultos a partir de los 16 años de edad, esta es una de las propuestas de reforma para julio del 2010, propias del *derecho penal del enemigo*, que se esgrime como respuesta frente al incremento de la criminalidad atribuida incluso al *garantismo penal* i

Epílogo

Nos queda una preocupación, pues para enero del 2012 y desde hace algunos meses cursa en la Asamblea Nacional un *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*, el mismo que trae una parte dedicada al tratamiento del joven que entra en conflicto con la ley penal que tiene dos aspectos, que nos hacen dudar de la aplicación del *principio de mínima intervención penal* (Art. 195 de la Constitución), del reconocimiento de ser el sector de mayor vulnerabilidad, del respeto al *principio de su interés superior y de sus derechos prevalentes* (Art. 44 de la Constitución), y del respeto a la inconstitucionalidad de *cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de sus derechos* (Art. 11 n.8. párrafo 2 de la Constitución).

Estos dos aspectos son:

a.- La institucionalización del menor bajo el discurso perverso de medida socioeducativa, que no es otra cosa que privación de la libertad, que actualmente tiene un máximo de cuatro años, tendría una duración máxima de seis años.

b.- La privación de la libertad (maquillada como medida socioeducativa) se aplicaría al adolescente (delincuente juvenil) a partir de los 16 años de edad, con lo cual en verdad se está bajando la edad de la imputabilidad penal que hoy es de 18 años de edad.

Vale decir, que nos encontramos frente a una clara expresión no de *derecho penal mínimo* sino de *derecho penal máximo* que es una evidente expresión de la aplicación del *derecho penal del enemigo* al delincuente juvenil. Aquí no hay *progresión* sino *regresión* de los derechos de los jóvenes que entran en conflicto con la ley penal.

El impacto negativo es de tal magnitud, pues contraría incluso la Convención de la niñez y Adolescencia de NN.UU, que el señor Fiscal General en funciones Dr. Galo Chrriboga Zambrano, se ha expresado de manera pública en contra de este trato de mayor represión en contra del delincuente juvenil ecuatoriano.