



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

**Tesis de Grado previo a la obtención del Título de Abogado de los
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

TEMA:

**Incumplimiento del Estado respecto de la protección Integral de los
adolescentes infractores**

AUTOR:

Leyla Rosalba Villón Ronquillo

DIRECTOR DE PROYECTO:

Ab. Eliceo Ramírez Chávez

Quevedo-Los Ríos-Ecuador

2013

APROBACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN

NOMINA DEL TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Dr. Colón Bustamante Fuentes Msc.
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Ab. Víctor Hugo Bayas Vaca Msc.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Ab. Edison Fuentes Yáñez Msc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dr. Segundo Quispe Guanoluisa
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Ab. Eliceo Ramírez Chávez Msc.
DIRECTOR DE TESIS

Srta. Leyla Rosalba Villón Ronquillo
AUTORA

Ab. Alfredo Zabala Buenaño
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

Quevedo, abril del 2013

APROBACION DEL DIRECTOR DE TESIS

En mi calidad de Director de Tesis del Trabajo de Investigación sobre el tema: **Incumplimiento del Estado respecto de la protección Integral de los adolescentes infractores**, de la **Srta. Leyla Rosalba Villón Ronquillo**, Egresada de la Facultad de Derecho, apruebo dicho trabajo práctico por reunir los requisitos metodológicos establecidos por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

Por lo tanto, solicito que sea sometido a la evaluación del Tribunal Examinador que el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho designe.

Ab. Eliceo Ramírez Chávez Msc.
DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios por darme la fortaleza de luchar y seguir adelante, por no dejarme caer y ayudarme en las adversidades, a mis compañeros, a mi Universidad por sus enseñanzas, a los profesores que confiaron en mí, y a todas las personas que hicieron posible este Trabajo.

A la memoria de mi padre Pedro Daniel Villón, que por siempre vive en mi corazón.

A mi Esposo Roberto García por su constante apoyo y confianza, convencido de que alcanzaría mi propuesta de llegar a la meta.

A mis hijos Mylee y Daniel, por su comprensión al haberlos dejado largas horas, días y años y no haberme dedicado a ellos completamente, por lograr la superación de obtener el título de abogada, a ellos mi infinita gratitud y amor.

A la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, por brindarme la oportunidad para mi formación profesional y ser ejemplo de las demás generaciones venideras

A todos ellos mi eterno agradecimiento.

.

Leyla Rosalba Villón Ronquillo

AUTORÍA

El desarrollo del presente tema de investigación jurídica, ideas, comentarios, responsabilidad de hechos, corresponde exclusivamente a la autora, excepto en aquellos referentes conceptuales que están debidamente citadas, asumo la responsabilidad por la presente investigación

Leyla Rosalba Villón Ronquillo

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Leyla Rosalba Villón Ronquillo, en calidad de autora del trabajo de investigación o tesis realizada sobre el tema **“Incumplimiento del Estado respecto de la protección Integral de los adolescentes infractores”**, por la presente autorizo a la **UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertenecientes a la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, en concordancia con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, Octubre del 2013

Leyla Rosalba Villón Ronquillo
C.I.091336778-5

ÍNDICE

Carátula	
Nómina del tribunal de sustentación	II
Informe del director de tesis	III
Dedicatoria	IV
Autoría	V
Autorización	VI
Índice general	VII
Índice de cuadros	XI
Índice de gráficos	XII
Índice de fotos	XIII
Resumen ejecutivo	XIV

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1.1.	Introducción	1
1.2	Problematización	4
1.2.1.	Formulación del problema	5
1.2.2.	Delimitación del problema	5
1.2.3.	Justificación	6
1.3.	Objetivos	7
1.3.1.	General	7
1.3.2.	Específico	7
1.4.	Hipótesis	7
1.5.	Variables	8
1.5.1.	Variable independiente	8
1.5.2.	Variable Dependiente	8
1.6.	Recursos	8
1.6.1.	Humanos	8

1.6.2.	Materiales	8
1.6.3.	Presupuesto	9

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.	Antecedentes de la investigación	10
2.2.	Fundamentación	19
2.2.1.	Doctrina	19
2.2.1.1.	Tránsito hacia la doctrina de la protección integral	19
2.2.1.2.	Situación irregular	23
2.2.1.3.	Protección integral	27
2.2.1.4.	Convención internacional sobre los derechos del Niño	29
2.2.1.5.	Desafío pendiente	33
2.2.1.6.	Consideraciones previas acerca de la infancia como construcción socio histórica	33
2.2.1.7.	El tribunal de menores de illinos	34
2.2.1.8.	Determinación de la edad	42
2.2.1.9.	Responsabilidad civil	43
2.2.1.10.	Responsabilidad penal	44
2.2.1.11.	Adolescente infractor	45
2.2.1.12.	Las medidas socio educativas	46
2.2.1.13.	Que tutela la justicia de menores	49
2.2.2.	Jurisprudencia	54
2.2.3.	Legislación	60
2.2.4.	Derecho comparado	77

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1.	Determinación de los métodos a utilizar	90
3.2.	Diseño de la investigación	91
3.3.	Población y Muestra	92
3.4.	Técnicas e instrumentos de la investigación	93

3.5.	Validez y confiabilidad de los instrumentos	93
3.6.	Técnicas de procesamiento y análisis de datos	94

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1.	Análisis e interpretación de gráficos y resultados	95
4.1.1.	Encuesta	95
	a) Resultados de las encuestas dirigidas a ciudadanos y ciudadanas del Cantón Quevedo	106
4.1.2.	Entrevistas	107
	a) Entrevista realizada al Dr. Jacinto Jefferson Nazareno Copette	107
	b) Entrevista realizada al Dr. Edwin Javier Valle Robayo	108
4.2.	Comprobación de la hipótesis	109
4.3.	Reporte de la investigación	110

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.	Conclusiones	112
5.2.	Recomendaciones	113

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA

6.1.	Título I	114
6.2.	Antecedentes	114
6.3.	Justificación	115
6.4.	Síntesis de diagnóstico	115
6.5.	Objetivos	116
6.5.1.	General	116

6.5.2.	Específico	116
6.6.	Descripción de la propuesta	116
6.6.1.	Desarrollo	117
6.7.	Beneficiarios	121
6.8.	Impacto social	122
	Bibliografía	122
	Anexos	125

ÍNDICE DE CUADROS

N°1	Estado ineficiente para aplicar medidas de protección integral	95
N°2	Adolescentes infractores procesados por una justicia especializada	96
N°3	Violación de derecho de adolescentes infractores la falta de aplicabilidad de la protección integral	97
N°4	Conocimiento de la doctrina de protección integral	98
N°5	Necesidad de reformar el art. 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia	99
N°6	Falta de control de padres es motivo para que adolescentes cometan delitos	100
N°7	Adolescentes son inducidos por terceras personas a cometer delitos	101
N°8	Falta de centros especializados induce a adolescentes infractores a no mejorar su conducta	102
N°9	Creación de centros especializados para tratar a adolescentes infractores	103
N°10	Descuido de la familia a adolescentes infractores	104
No 11	Exclusión de la sociedad a adolescentes infractores	105
N°12	Resultados de las encuestas dirigidas a abogados y estudiantes de derecho	106

ÍNDICE DE GRÁFICOS

N°1	Estado ineficiente para aplicar medidas de protección integral	95
N°2	Adolescentes infractores procesados por una justicia especializada	96
N°3	Violación de derecho de adolescentes infractores la falta de aplicabilidad de la protección integral a adolescentes infractores	97
N°4	Conocimiento acerca de la doctrina de protección integral	98
N°5	Necesidad de reformar el art. 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia	99
N°6	Falta de control de padres es motivo para que adolescentes cometan delitos	100
N°7	Adolescentes son inducidos por terceras personas a cometer delitos	101
N°8	Falta de centros especializados induce a adolescentes infractores a no mejorar su conducta	102
N°9	Creación de centros especializados para tratar a adolescentes infractores	103
N°10	Descuido de la familia a adolescentes infractores	104
N°11	Exclusión de la sociedad a adolescentes infractores	105

ÍNDICE DE FOTOS

Sr. Dr. Jacinto Jefferson Nazareno Coppete	127
Sr. Dr. Edwin Javier Valle Robayo	129

RESUMEN EJECUTIVO

La presente Tesis de grado cuyo título es Incumplimiento del Estado respecto de la protección Integral de los adolescentes infractores, el objetivo planteado fue la reforma al artículo 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia, se realizó siguiendo las directrices dadas por la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Facultad de Derecho.

Procedí a realizar un análisis del problema, de los antecedentes de la investigación, doctrina, jurisprudencia, legislación y derecho comparado del tema investigado, para formular la hipótesis y definir la investigación de campo.

En el marco teórico, se hizo un estudio jurídico del tema de estudio, donde se determina la ineficiencia del Estado en aplicar medidas de protección Integral a adolescentes infractores.

La Investigación de campo mediante encuestas a los estudiantes y abogados del Cantón Quevedo y entrevistas a los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos y Latacunga, Cantones de Quevedo y la Maná respectivamente, me sirvieron para llegar a demostrar que la hipótesis planteada es positiva.

El estudio jurídico de los menores infractores y, la investigación de campo y, los métodos utilizados, concluyen que se debe reformar el artículo 193 del Código de la Niñez y adolescencia agregando un artículo a fin de garantizar el efectivo goce de la protección integral que tienen los niños, niñas y adolescentes, en los capítulo V y VI se desarrollan las conclusiones y recomendaciones y la propuesta.

EXECUTIVE SUMMARY

The present Thesis titled Breach of State for the Comprehensive Protection of juvenile offenders, the stated goal was the reform of Article 193 by adding a numeral of the Code of Children and Adolescents was conducted following the guidelines given by the University Quevedo State Technical School of Law.

Proceeded to an analysis of the problem, the history of research, teaching, law, law and comparative law research topic, to formulate the hypothesis and define the field research.

In the theoretical framework, it became a law of the subject of study, which determines the inefficiency of the State Comprehensive protection measures to juvenile offenders.

The field research by surveying studen of Canton Quevedo and abogation with the judges of the Family, Women, Children and Adolescents of the Provincial Court of Justice of the Rivers and Latacunga, Cantons de Quevedo and Mana respectively, I served to get to show that the hypothesis is positive.

The law firm of juvenile offenders and the field research and the methods used, conclude that it must amend Article 193 of the Code of Childhood and Adolescence adding an item to ensure the effective enjoyment of the full protection that have children and adolescents, in chapter V and VI develop conclusions and recommendations and the proposal.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Introducción

El concepto de protección integral del niño tuvo su origen en el Estatuto del Niño y el Adolescente adoptado por Brasil en 1990, en una de las primeras Normas Jurídicas que implementó la Convención de los Derechos del Niño. En la sección del documento describe la sucesiva oleada de reformas Jurídicas que le siguieron, así como los nuevos códigos que incorpora la doctrina de la protección integral.¹

La doctrina de la protección integral, tal como lo dice Clara de Sousa, en el Fascículo VI “La ciudadanía social de la niñez y adolescencia; dice:

“Exige que niño, niñas y adolescentes al igual que los demás seres humanos, gocen plenamente de todos sus derechos y no sólo de una parte de ellos. Además, como seres en desarrollo, con derechos especiales, deben recibir el Estado, la comunidad y la familia garantía plena de una formación cimentada en valores éticos y ciudadanos, y en el respeto de los derechos de los demás seres humanos. En este sentido, todos los sectores sociales son responsables, y todos los derechos son protegidos”².

Se debe señalar que el término de la doctrina de la Protección Integral de los derechos de la infancia, hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, que promueven desde el aspecto jurídico hasta la consideración social de la infancia.

¹Convención de los Derechos del Niño

² Clara de Sousa, Doctrina de la Protección Integral

El “adolescente infractor” es la persona que siendo mayor de doce años, pero menor de dieciocho, ha cometido una infracción reprochable por la ley penal. Esto significa hecho biológico de no haber cumplido la edad de 18 años, lo cual justifica la exclusión de la responsabilidad penal, es decir, la inimputabilidad del menor, aun cuando llegado el caso, el desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas del adolescente permita presumir que se trata de una persona capaz de tener conciencia de la ilicitud del acto delictuoso y voluntad para abstenerse de realizarlo.

En todo caso, los principios y garantías del debido proceso para el juzgamiento del adolescente infractor, son las mismas que las exigidas para la aplicación del Derecho Penal, tales como: el principio de legalidad, por el cual si no hay delito, no hay pena, sin ley previa; principio de lesividad, donde la conducta solo es reprochable cuando afecta un bien protegido; la garantía del debido proceso, por la cual se respetan los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

Cabe señalar que una diferencia relevante de entre el proceso seguido a un adulto y el seguido a un adolescente infractor, es el llamado “principio³ de reserva” que constituye la antítesis del principio de publicidad imperante en el proceso penal común.

En efecto, el Art. 317⁴ del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia preceptúa que en todas las instancias del proceso, las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente. En las audiencias sólo pueden estar presentes el Juez, el Fiscal, los

³ Adolescentes Infractores www.com

⁴ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

defensores, el adolescente y un familiar o una persona de confianza, si así lo solicitare el adolescente.

Quienes deban intervenir como testigos o peritos permanecerán en las audiencias el tiempo estrictamente necesario para rendir sus testimonios e informes y responder a los interrogatorios de las partes.

Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares; así como también se prohíbe hacer constar en el récord policial algún antecedente de infracciones cometidas por la persona que era adolescente. Por lo mismo, el adolescente que fue sometido a una medida socio-educativa como consecuencia de una infracción, tiene derecho a que su expediente sea cerrado y destruido después del cumplimiento de dicha medida, no solamente con cerrar y destruir el expediente se aplican las medidas de protección integral, ya que el adolescente infractor es separado de su habitual lugar de residencia y es trasladado a centros de internamiento que solo existen en Guayaquil y Quito, dejándolo solo sin sus familiares, desprotegido ya sea por falta de recursos de sus padres para estar con ellos en los lugares que fueron trasladados, centros donde se viola todos los derechos humanos de los adolescentes, ya que operan bandas que imponen criterios y modos de vida totalmente inadecuados para los adolescentes.

Por tanto, el objetivo es promover que se difundan las medidas socioeducativas que el menor recibirá en estos centros de internamiento.

1.2. Problematicación

De los diferentes criterios que se han expuesto respecto de la protección integral aplicados a adolescentes infractores, se debe considerar que no es lo mismo la defensa a la niñez y la adolescencia, que la defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia, por lo que no se concibe que aun niños, niñas y adolescentes se vean expuestos al trabajo infantil, trabajos prohibidos en sus formas, contrariando normas legales establecidas, los adolescentes infractores al no tener una justicia especializada ni centros adecuados de internamientos locales, se encuentran en total indefensión, pues allí se violan elementales derechos de éstos.

La aplicación de justicia en casos de niños víctimas de abuso sexual infantil, es limitada por que no llegan a conocimiento de jueces y no pueden actuar por falta de conocimiento de hechos concretos., el Estado de conformidad a la Ley busca determinar las causas que persiste en tratar al niño de manera incomprensiva, la misma que hace del niño y de sus apreciaciones no creíbles. La defensa de los derechos está sustentada en un mandato, en una norma legal, en un reconocimiento a esos seres sujetos de derechos, lastimosamente la ley lo señala. Si no hay un cambio en la administración de justicia, esta norma no puede ser aplicada correctamente.

En definitiva, para que los adolescentes infractores tengan acceso a sus derechos, el Estado, la comunidad y la familia están obligados a cambiar sus actitudes de asistencialismo, de compasión, represión y protección hacia un estado de reconocimiento. El incumplimiento de la protección integral viola el principio del interés superior del niño, garantizados en la Constitución de la República del Ecuador.

1.2.1. Formulación del problema

¿El incumplimiento del Estado respecto de la protección Integral de los adolescentes infractores, restringe derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador?

1.2.2. Delimitación del problema

Objetivo de estudio Código de la Niñez y adolescencia

Campo de acción: Adolescentes infractores

Lugar: Ciudad de Quevedo

Tiempo Año 2013

1.2.3. Justificación

El interés en realizar el presente trabajo de investigación jurídica, parte de la necesidad de poner en práctica las políticas de Protección Integral a los adolescentes infractores, las cuales han sido insuficientes en cuanto al reconocimiento de sus derechos.

Se debe señalar que el reconocimiento al gozo pleno de sus derechos, entraña una responsabilidad, atendiendo a las edades; pues si antes no tenían derecho ni obligaciones, hoy la doctrina de la protección integral les hace responsables del uso de sus derechos.

Haciendo eco de lo expuesto por Emilio García Méndez, cuando señaló que de estos Instrumentos jurídicos, la Convención de los Derechos del Niño ha sido lo más importante, “en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa”.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, por un lado, ofrece elementos importantes para todo cambio de “carácter legislativo que pretenda considerar a la infancia–adolescencia como sujetos de derechos y no como objetos de la compasión”; y por otro lado, “Son fundamentales sus efectos en el plano de la sensibilización, no sólo de la opinión pública en general, sino también del movimiento social que empieza a ocuparse seriamente de la dimensión jurídico institucional de la condición de la infancia-adolescencia. De ahí la importancia de llevar a cabo la presente investigación.

De aquí se deriva, tanto la pertinencia del tema por tributar a una de las líneas de investigación de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, en cuanto a su trascendencia en el orden social, en las normas jurídicas deben estar en correspondencia con los derechos que están tutelados en la Constitución y nuevos requerimientos de la sociedad, se debe reformar el Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de determinar con claridad un Marco Jurídico que Garantice sus Derechos Por tanto, los beneficiarios directos con la presente investigación jurídica, son: la población general del país y las niñas, niños y adolescentes.

En cuanto a la factibilidad, por contar con el apoyo de los Docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, de los estudiante de Derecho, Abogados en libre ejercicio profesional, y además por haber previsto el empleo de recursos tecnológicos, materiales, técnicos y económicos que se estiman necesarios en estos casos, considero que es factible realizar la presente Tesis.

1.3. Objetivos

1.3.1. General

Señalar las ineficiencias del Estado en la aplicabilidad de las normas jurídicas de protección Integral de los adolescentes infractores y su consecuente perjuicio, a fin de promover una reforma que garantice la plena vigencia de sus derechos y procurar mejoras en su aplicación.

1.3.2. Específico

Realizar un análisis doctrinario de la Protección Integral del Estado y su aplicación a adolescentes infractores.

Determinar la protección Estatal Integral a los adolescentes infractores

Presentar una reforma a la Asamblea Nacional al Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia.

1.4. Hipótesis

La reforma al Artículo 193 del código de la niñez y Adolescentes, hará posible la protección integral de los adolescentes infractores

1.5. Variables

1.5.1. Variable Independiente

La reforma al artículo 193 respecto de la Protección Integral.

1.5.2. Variable Dependiente

Hará posible la protección integral de los adolescentes infractores.

1.6. Recursos

1.6.1. Humanos

Ab. Eliceo Ramírez Chávez

Director de Tesis

Leyla Rosalba Villón Ronquillo

Investigadora

1.6.2. Materiales

Papel bond Inen A4, resmas	4
Textos	5
Xerox copias	1500
Anillados	10
Empastados (tesis)	3
Computadora	1
Impresora	1
Cartuchos de tinta (de color y negro)	4
Pen drive	1
CDS	10
Internet (horas)	30

1.6.3. Presupuesto

Detalle	V. unitario	V. total
Encuestadores (2 x 2 días)	20.00	80.00
Papel bond Inen A4, (4 resmas)	3.50	14.00
Lápices (5)	1.00	5.00
Textos (7)	10.00	70.00
Xerox copias (1500)	0.03	45.00
Anillados (10)	1.00	10.00
Empastados (3 tesis)	8.00	24.00
Computador (1)	800.00	800.00
Cartuchos de tinta color y negro (4)	25.00	100.00
Pen drive (1)	10.00	10.00
CDS (10)	0.50	5.00
Internet (30 horas)	0.80	24.00
Imprevistos 3 %		33.81
TOTAL		\$1220.81

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

La Declaración de Derechos Humanos genera discusión en torno al tema de los derechos específicos que requieren algunos seres humanos por su especial condición de desigualdad o de vulnerabilidad para su ejercicio y goce⁵.

Surgen convenciones y declaraciones específicas de los pueblos indígenas, de los niños, de las mujeres, de las personas con discapacidad, de las personas en situación de movilidad etc.

La concepción de la Doctrina de Protección Integral recogida por la Convención de los Derechos del niño, se basa en las siguientes afirmaciones:

Niños, niñas y adolescentes son sujetos, porque son seres humanos con idéntica o mayor integridad y dignidad que los adultos.

Son capaces, porque en función de su desarrollo y madurez pueden decidir, que tienen la necesidad de respeto especial a su condición de personas en desarrollo y una percepción autónoma de sus necesidades y situación que les rodea, tienen una percepción autónoma de sus necesidades y situación, por cuanto comprenden y conocen el mundo que les rodea.

⁵Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

El Punto de partida de la Doctrina de Protección Integral a Niños, niñas y adolescentes es que son ciudadanos y por tanto sujetos de derechos, con los mismos derechos, de todos los seres humanos, además de los específicos de su edad.

La Doctrina de Protección Integral lucha por la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el mundo, por su integración en la democracia y en la ciudadanía. La protección integral es el eje de la doctrina. Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño⁶, establece que: Niño es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y 18 años de edad.

El Código de la Niñez y Adolescencia⁷, en el artículo 1 prescribe que: "Finalidad.- Este Código dispone sobre 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

⁶Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la asamblea general en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁷Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Publicado por Ley No. 100, en Registro Oficial 737 de 3 de Enero, 2003.

interés superior de la niñez y adolescencia y a la Doctrina de Protección Integral”.

La Doctrina de Protección Integral lucha por la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el mundo, por su integración en la democracia y en la ciudadanía. La protección integral es el eje de la doctrina del ordenamiento jurídico que propone esta Doctrina, la cual tiene un valor transformador de las relaciones de los niños, niñas y adolescentes con la familia, el Estado y los adultos. La propuesta ética de la Doctrina de Protección Integral asume el reconocimiento tardío de los adultos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Desde el punto de vista político, rompe la visión asistencial y de necesidades sustituyéndola por la de derechos. Al respecto la Doctrina de Protección Integral para lograr el ejercicio efectivo y goce de los derechos plantea: “Que el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de adoptar todas las medidas políticas, sociales, administrativas, económicas, legislativas y jurídicas para la vigencia, ejercicio, goce, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes”.

El Estado y la sociedad formulan y aplican políticas públicas que garanticen la vigencia y exigibilidad de sus derechos

La familia, proporciona un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y desarrollo integral.

La sociedad, reconoce a niños, niñas y adolescentes como seres humanos íntegros en dignidad y derechos.

La Doctrina de Protección Integral es una transformación cultural, ética, social, política y jurídica a la que estamos obligados todos por igual y por

tanto debemos asumir la responsabilidad de iniciar un cambio en nosotros mismos, desterrando aquellas concepciones equivocadas respecto a la capacidad, dignidad e integridad de niños, niñas y adolescentes.

Planea no solamente el mirar a los niños de otra forma, sino a ser, correlativamente, adultos de otra manera. A convivir más rica y noblemente con niños, niñas y adolescentes, brindando apoyo a las familias y dotándolas de instrumentos y estrategias para su crianza⁸.

Los diferentes factores que inciden en la perpetración de delitos devienen en aumento a medida que se adicionan factores del medio socio económico y la familia, la escuela y la ocupación del tiempo libre, la influencia de los amigos y compromiso con otras formas de conducta delictiva.

La importancia de estos factores varía durante la adolescencia. Así, la influencia tanto de la familia como de la reacción social informal pierden peso progresivamente, mientras que las condiciones desfavorables del medio, la inadaptación en la escuela y la influencia de amigos marginales acrecientan su impacto.

Los denominados trastornos o alteraciones de conducta juegan un papel muy importante, un poco menos interviene la escuela, que juega un rol determinante en cuanto amplificador de la inadaptación, ya que ella puede ser un camino de disfuncionalidad.

La familia, si bien más secundaria, acrecienta su influencia cuando socializa al sujeto de manera deficiente, aumentando la probabilidad de aparición de la delincuencia. Su capacidad criminógena puede verse

⁸Eugen, Verhellen, La Convención sobre los Derechos del Niño "Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales", Ediciones Garant, 2002, Pág. 76.

reforzada por factores como la inadaptación escolar, la ocupación marginal del ocio, la frecuentación de compañeros delincuentes, entre otros.

La influencia del medio socio-económico, bien que de forma lejana, es real y se introduce a título de factor de riesgo suplementario. Así pues, parece que la conducta delincuente obedece a modulaciones del desarrollo psicosocial. Los adolescentes buscan emanciparse de su familia y dejar la escuela para entrar en sociedad⁹.

El Estado debe procurar mediante políticas la protección Integral ante el grave deterioro de los adolescentes infractores; la educación, cuidado de ellos, antes que la sanción penal se aplique como a los adultos. El tratamiento integral en los adolescentes infractores puede evitar la continuidad de sus conductas; sin embargo, es difícil pensar que se puede eliminar la conducta antisocial ya una vez iniciada. En síntesis, el centro de internamiento y de adaptación de adolescentes infractores, tiene por objeto ejecutar y dar seguimiento a las medidas sancionadoras que sean impuestas a los adolescentes infractores, para que con su aplicación se logren las finalidades que se persiguen conforme lo establecido en la ley¹⁰.

La vigencia del paradigma de derechos en los adolescentes infractores, debe conceder mayor importancia del Estado, sin embargo obedece a las siguientes interpretaciones:

a) El enfoque de los derechos aleja la fase de ejecución del modelo tutelar, propio de la doctrina de la situación irregular, para lo cual

⁹Ma. Teresa Martín López, "Justicia con Menores, Menores Infractores y Menores Víctimas", Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, Pág. 72-73.

¹⁰Hikal, Carreón, WaelSerwat, "Introducción a la Criminología", Primera edición Managua, Editorial Jurídica, 2010, Pág. 296.

importaba mucho más los rasgos de personalidad y el medio donde se desenvolvía el infractor, de la infracción cometida.

La anterior doctrina se asentaba en tesis peligrosas y los programas de intervención aplicados a los adolescentes infractores respondían a una concepción de enfermos, bien por razones de pobreza, bien por condiciones físicas o psíquicas¹¹. El delito o falta del menor infractor revelaría síntomas de patología, en razón por la cual no debía ser acusado de nada, ni castigado, sino sometido a tratamiento, para curarlo mediante su reeducación. Por eso, en aquel modelo, los adolescentes infractores no tenían derechos en ninguna de las fases procesales, incluyendo la fase de la ejecución. Como se trataba de rehabilitar y no de reprimir, casi todo estaba permitido, no habiendo necesidad de respetar garantías del procesado ni del condenado.

b) Partiendo de que los Derechos Humanos surgen como límites al ejercicio del poder, el enfoque de derechos exige el rediseño de todos los programas, privativos de libertad o no, en los cuales se insertan los adolescentes infractores en conflicto con la Ley Penal. Por lo que el respeto de los derechos de los condenados representa un límite para la intervención de los técnicos (psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos y maestros) quienes tradicionalmente, han preferido utilizar métodos del tratamiento psiquiátrico y terapias psicológicas permitiéndose la invasión casi ilimitada de la esfera íntima del adolescente, en menoscabo de sus derechos.

c) El goce y el ejercicio de los derechos establecidos, así como el cumplimiento de los deberes previstos, constituyen condición necesaria para alcanzar el objetivo de la ejecución de las medidas que es lograr el

¹¹Yur,i Emilio Buaiz V., Oficial de Derechos del Niño/UNICEF ybuaiz@unicef.org, 2000, Pág. 330.

pleno desarrollo de las capacidades del adolescente y la adecuada convivencia con su familia y con su entorno social¹².

En lo que respecta a los principios dogmáticos de política criminal de adolescentes, de conformidad con el interés superior del niño, exige normas contenidas en la Ley y éstas deben ser interpretadas siempre para garantizar y nunca para restringir los derechos de los adolescentes infractores, además de la protección que establece los instrumentos internacionales.

Así tenemos el principio de la mínima intervención, que debe ser expresado en el limitado catálogo de posibilidades que permiten sujetar a un adolescente en los términos de la propia Ley, y no en aras del interés sobre el delito o su autor, sino de la evitación de intervenciones autoritarias por parte del Estado.

El principio de subsidiariedad que debe estar presente en todo el ordenamiento, garantizando que la sujeción a proceso, la sanción y la privación de la libertad constituyan, en cada caso, la última entre las posibilidades que para resolver la situación del adolescente, prevea la Ley.

El principio de especialización que supone que toda persona que interviene en el sistema de justicia juvenil debe ser especialista.

El principio de celeridad procesal exige que todas las autoridades involucradas en el proceso tengan una actuación expedita.

¹²Angoso, García, Alberto, "La introducción de la conducta criminal" "una realidad psichistórica" Quadernos de criminología, sociedad española de criminología y Ciencias Forenses, España, 2008, Pág. 21.

El principio de flexibilidad que evita rigidez en las decisiones y el formalismo en la aplicación de las normas, y

El principio de reincorporación social, que propone para las sanciones una orientación de prevención especial positiva, dirigida al momento en el que el joven sancionado volverá a su entorno social y familiar¹³.

Curiosamente, a través de escenarios rodeados, los adolescentes infractores explican el cúmulo de angustias, acontecimientos vitales y factores estresantes de su existencia, proyectándose al anhelo de apoyo emocional y al reconocimiento de ayuda profesional¹⁴.

El apoyo emocional y el reconocimiento de ayuda profesional, es la forma efectiva de formar ciudadanos aptos para responder adecuadamente a las exigencias de la vida social. Asimismo, al respetarse los derechos de los adolescentes infractores en la fase de ejecución, se estaría propiciando el ambiente y condiciones de convivencia idóneos para alcanzar la meta educativa, fin último de las sanciones que se imponen al adolescente¹⁵.

La evolución que ha tenido la criminología y la criminalística a través de los siglos, para temas que han desarrollado su interconexión con otras ciencias y los alcances que tiene, es así que el crimen organizado ha perfeccionado día a día la violación a los Derechos Humanos tomando para sí a menores y convirtiéndolos en menores infractores, es por esto necesario abordar el fenómeno criminal desde diversas fuentes de

¹³ Méndez, Paz Lenin, Valenzuela Pernas Fernando, "Tópicos sobre la Justicia para adolescentes en el Estado de Tabasco", México, CM Impresos y Servicios, S.A., 2006, Pág. 102.

¹⁴ Morante, Mejías Felipe, "La Mediación en tiempos de incertidumbre" Editorial Dykinson, Madrid, 2011, Pág. 117.

¹⁵ Cornieles, Cristóbal, Morais G. María, "Tercer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente" Editorial Texto C.A., Caracas, 2003, Pág. 184.

conocimiento así como lograr un incremento en la fuente de los conocimientos para adaptarlos a la realidad actual¹⁶.

El apoyo social que de acuerdo con las infracciones cometidas por adolescentes ha sido limitado por parte del Estado ya que en su política proteccionista no ha desarrollado políticas de Estado que tiendan a proteger al menor infractor comenzando por los llamados centros de internamiento en los cuales se imparten medidas socioeducativas que no corresponden a la realidad actual¹⁷.

Los niños y adolescentes de nuestra sociedad, soportan también este proceso y viven de manera concentrada en su familia, en el aparato escolar y en su barrio. La crisis agudiza contradictoriamente las relaciones padres-hijos, profesor- alumno y en general sociedad-joven, hechos que determinan una específica particularidad a la vivencia de los que se han determinado “gallada, pandilla, o ladrones solitarios que normalmente son alteradores de la paz de la sociedad¹⁸.

El 20% de las adolescentes de 15 a 19 años ha tenido por lo menos un embarazo, el modelo asistencialista propio de esta realidad requiere un cambio que determine un modelo dativo que permita llegar por parte del Estado con la protección Integral llegando así a concretar aspectos fundamentales de protección a los Derechos Humanos¹⁹.

¹⁶Hikal,Wael, “Introducción al Estudio de la Criminología”, Editorial Porrúa, México, 2009,Pág. 82.

¹⁷Hikal,Wael, “Introducción al Estudio de la Criminología”, Editorial Porrúa, México, 2009, Pág. 82.

¹⁸ Universidad de Cuenca “Revista IURIS N° 10”, Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Ediciones 21, 1997, Pág. 131.

¹⁹ Santamaría, Ávila Ramiro, Borja Raúl, Arguello Santiago, 2004, Plan País Ecuador, “Derechos Humanos: No discriminación”, Apuntes para la reflexión 2, Pág. 48.

Actualmente existen dos doctrinas referentes al menor. Una es la denominada de la situación irregular y la otra de la protección integral.

Ambas doctrinas tienen un objetivo común: el reconocimiento de derechos y la protección integral del menor en base al interés superior del mismo, para lograr su pleno desarrollo e inserción en una sociedad democrática, convirtiéndose en un sujeto al que se le reconozca su dignidad de ser humano y contribuya eficientemente a la sociedad, en base a principios de Igualdad, Libertad y Justicia.

2.2. Fundamentación

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. Tránsito hacia la doctrina de la protección integral

La nueva concepción de la infancia que la Convención sobre los Derechos del Niño introduce a partir del nuevo paradigma de protección integral.

Presenta diferencias con la concepción tradicional de la situación irregular, algunas de las cuales pueden apreciarse en el siguiente cuadro:

Doctrina de Protección integral

Sólo contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, a quienes denomina “menores”, intentando dar solución a las situaciones críticas que atraviesan, mediante una respuesta estrictamente judicial.

La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños.

El niño o “menor” al que van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia.

El niño, más allá de su realidad económica y social, es sujeto de derechos y el respeto de éstos debe estar garantizado por el Estado.

El juez interviene cuando considera que hay “peligro material o moral”, concepto que no se define, y permite “disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada”.

El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada.

El sistema judicial trata los problemas asistenciales o jurídicos, sean civiles o penales, a través de la figura del Juez de menores.

El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda, etc.) y lo penal. Los temas asistenciales son tratados por órganos descentralizados en el nivel local, compuesto multisectorialmente.

Considera abandono no sólo la falta de padres, sino también aquellas situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, lo que le permite separar al niño de sus familiares.

La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Sin embargo, constituye un alerta que induce a apoyar a la familia en programas de salud, vivienda y educación.

El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oír su opinión y sin tener en cuenta la voluntad de sus padres.

El niño en dificultades no es competencia de la justicia. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a sus padres para incluir al grupo familiar programas de apoyo.

Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos, sólo por la situación socioeconómica en la que se encuentra, aduciendo “peligro material o moral”.

Se puede privar de la libertad o restringir los derechos del niño, sólo si ha cometido infracción grave y reiterada a la ley penal.

El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea declarado inocente puede ser privado de su libertad.

El juez tiene la obligación de oír al niño autor de delito, quien a su vez tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable.

El niño que ha sido autor de un delito y el que ha sido víctima de un delito recibe el mismo tratamiento.

El niño que ha sido víctima de un delito no puede ser objeto de tratamiento judicial.

La justicia no puede victimizar ulteriormente a la víctima, sino actuar sobre el victimario²⁰

2.2.1.2. Situación Irregular

²⁰www. UNICEF. com, 2007.

Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959.

Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar tal como lo señalaba el recordado maestro español Luís Mendizábal Osés, otros sólo en que se dé protección Jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular tal como lo afirmaba el Jurista Brasileño Alyrio Cavallieri .

La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción Judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad.,y con esta definición solo se estaría abarcando a los menores en situación irregular, concepto que predomino.

Así esta doctrina fue fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80, se sostuvo porque se basó en la idea de que se protege a los niños en situación de abandono, o en peligro, o delincuentes a través de una tutela organizada del Estado que reeduca, socializa y corrige al niño separándolo del ambiente que contribuye a su desviada formación, para evitar así que se convierta en un delincuente cuando llegue a ser adulto.

Es decir esta doctrina trataba por igual a los menores abandonados como aquellos que infringían la ley. La tutela del Estado y la exclusión del menor implican una discrecional intervención que resulta violatoria de

todos los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de derecho²¹.

La justificación de esto, resulta de la utilización de eufemismos tales como que el Estado no aplica medidas de privación de libertad, sino que actúa como guardián de los menores, considerados éstos últimos “objeto de tutela”, no distinguiendo entre la infancia que es víctima de delito, imputada de delito o simplemente que posee necesidades insatisfechas.

El Estado puede, con una discrecionalidad ilimitada, a través de los Jueces disponer de los menores como considere adecuado y por el tiempo que considere conveniente, es decir el menor no era un sujeto de derecho sino que adquiría la calidad de objeto digno de compasión, represión, etc., era una persona sin derechos individuales ni Garantías procesales en el Juzgamiento.

La característica predominante de esta doctrina es que no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y al adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal.

Promoviendo una intervención represiva Judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar del problema penal y un tratamiento penal del problema tutelar. Asimismo criminaliza la pobreza y el Juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para “beneficiar” y no “para castigar” a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección.

²¹Méndez, García, “Doctrina de situación irregular”, Buenos Aires, Editores García y cía. 2002, Pág. 44.

Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

Así mismo, en cuanto a los menores infractores se refiere, dicha doctrina expresa que, “la mayor connotación la encontramos en que se sostiene que al menor no se le puede imputar la realización de actos considerados como faltas o delitos, y en base a esta premisa el menor de edad sólo realiza actos antisociales y como el Juez de Menores se convierte en el padre, el defensor, el protector se deja a su libre arbitrio las medidas “protectoras” que debe discernir a favor del prenotado. Consecuentemente teniendo como fundamento lo anteriormente expuesto el menor antisocial no contaba con derechos individuales ni garantías procesales”.

Christian Hernández Alarcón, en su Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, nos indica que siguiendo a García Méndez, se puede señalar que existen tres corrientes que sustentan la doctrina irregular:

a) Conservadurismo jurídico corporativo

Cuya característica esencial es el uso de los eufemismos y expresiones de buenos deseos muy distantes de la realidad, donde las maravillosas frases que componen estas legislaciones no han impedido que se hacinen en hogares a los niños y adolescentes en abandono y a los infractores con tiempo indeterminado²².

El elemento central de este tipo de intervención el Juez, quien debe ser un buen padre de familia. Al respecto, es oportuno recordar, que hasta

²² Méndez, García, “Doctrina de situación irregular”, Buenos Aires, Editores García y cía. 2002, Pág. 45

hace un tiempo se exigía que el Juez de familia sea casado y con hijos. En esta perspectiva, un buen Juez con poder ilimitado es el ideal, por el contrario, cualquier recorte a sus facultades era perjudicial al logro de una labor positiva y correctiva en favor de la infancia. Nada más lejos de la realidad.

b) El Divisionismo administrativista

Se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención decidida de la administración Estatal completamente desprovista de las trabas y formalidades del poder judicial.²³ Para este sistema el marco legal ideal se construye teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito Jurisdiccional al administrativo. De este modo se han trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas históricamente reservadas sólo al Juez como por ejemplo la adopción internacional.

c) El Basismo de la acción directa

Parten de la idea de que la ley es tarea de los Jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las Organizaciones no Gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consecuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles,

²³ Méndez, García, "Doctrina de situación irregular", Buenos Aires, Editores García y cía. 2002, Pág. 44

las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinados no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos²⁴.

2.2.1.3. Protección Integral (un cambio de paradigma)

Surge con motivo de la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 de la “Convención sobre Derechos del Niño” la que considera, un nuevo paradigma, niño sujeto de derecho²⁵.

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo, le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

Esta doctrina en materia penal considera los hechos cometidos por el menor, como faltas o delitos sobre los que tiene responsabilidad. El menor se convierte en infractor a ley penal, se le sigue un proceso de juzgamiento especial siguiendo las normas aplicables en el Código de la Niñez y Adolescencia y no se le aplica la pena para el adulto, sino medidas de protección o medidas socioeducativas.

El menor no podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la Ley Penal, es decir se sigue el principio "no hay pena sin delito", se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, ser informado de su detención, informársele a los padres, al no estar conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se

²⁴Hernández, Alarcón Chistian, “Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil”, Colombia, editorial aires, 2005, pág. 72.

²⁵Asamblea General de las Naciones Unidas Convención sobre Derechos del Niño, 20 de noviembre 1989.

basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

En otras palabras, mientras en la Doctrina de la Situación Irregular al menor que mataba o robaba se decía que había cometido un acto antisocial; ahora de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral aquellos menores que cometen los actos anteriores se les califica con su verdadero nombre: homicida o ratero.²⁶

Antes el Juez de menores calificaba el acto según su propio criterio, ahora el Juez de Familia debe verificar que el acto cometido esté previamente tipificado como falta o delito en el ordenamiento penal en virtud del principio de legalidad. Antes no había plazo en la medida, no tenía derechos expresamente señalados el menor; ahora hay plazo en la medida y tiene derechos individuales y garantías procesales.

La característica del nuevo paradigma se basa en considerar al niño como sujeto de derechos, ya no se define al niño como incapaz, sino como una persona en desarrollo, que puede ver sus derechos amenazados o vulnerados y por lo tanto las medidas asistenciales que se aplicarán deberán ser diferenciadas de las sanciones penales aplicables a aquellos en conflicto con la ley penal, es decir a los adultos.

Con relación a niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la Ley Penal, será fundamental fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncie a la aplicación de todo tipo de medidas. Para aquella fracción etérea que se pueda imputar la comisión de un delito (esto es declararlo responsable) deberán reconocer todas las garantías del debido proceso. Se aplicará la privación de libertad como medida de último

²⁶Asamblea General de las Naciones Unidas Convención sobre Derechos del Niño, 20 de noviembre 1989

recurso, y por el tiempo más breve que proceda, considerándose medidas alternativas.

El Juez, ya no es “un buen padre de familia”, sino un Juez técnico que ejerce funciones jurisdiccionales, abandonándose la utilización de eufemismos que otorgaban absoluta discrecionalidad para intervenir en cuestiones penales, como así también indistintamente asistenciales. Es así, como dentro de este ámbito, los problemas asistenciales, fueron excluidos de las cuestiones justiciables y por tanto surge la imperiosa necesidad del trazado de políticas públicas que garanticen la satisfacción plena de los derechos de los niños.

2.2.1.4. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el contexto Latino Americano

El modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: es considerado un modelo para armar y otro para desarmar en bien de los menores, los mismos que por largos años estuvieron olvidados de la sociedad²⁷.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁸ fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y

²⁷Beloff, Mary, 1998, “Conferencia dictada en la Primera reunión del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia”, Salta, marzo.

²⁸Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

contenidos²⁹. Su ratificación por veinte países, el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia³⁰ ocurrió menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en favor de la Infancia que tuvo lugar en la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³¹. A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado.

La Convención resulta, entonces, el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

Sobre la Convención se ha afirmado: “Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente premonitorio, que en el contexto de la década perdida, la comunidad internacional haya sido capaz de superar innumerables conflictos de naturaleza diversa, para construir una Carta Magna en la cual estén implícitos los derechos de la infancia. Un instrumento que

²⁹La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El status y el tratamiento de los niños han sido por largo tiempo asuntos considerados del mayor interés por parte de la comunidad internacional.

Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional importante en recoger esa idea. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño.

³⁰Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

³¹ Comunidad Internacional y Derechos del Niño, aportes UNICEF, publicaciones oficiales.

resulta imprescindible situar y que no constituye, ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales³².

En términos generales, es posible sostener que ningún otro instrumento Internacional específico de protección de Derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³³. La razón que explica tal generalizada aceptación se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños³⁴ son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que requieren protección específica.

En muchos países de América Latina la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas Jurídicos nacionales, ha tenido lugar en contextos de transición o consolidación democráticas. Así, la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encaradas desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de Derechos para los más chicos.

Es indudable que prácticamente en todos los países se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las

³²AAVV, Manuel, 1991, "Ser niño en América Latina", De las necesidades a los derechos, Buenos Aires, Unicri- Galerna, pág. 7.

³³Le Blanc, Lawrence J., 1995, "La Convención de los derechos del niño". Naciones Unidas, Lawmakingon Human Rights, Universidad de Nebraska impreso, Lincoln, pág. 11 y ss.

³⁴La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Cfr. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.849 aprobatoria del tratado en relación al art. 1 que este debía ser interpretado en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

personas menores de edad. Tal transformación se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” una parte del universo de la infancia como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho³⁵.

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos, es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención en el contexto latinoamericano. Si se analiza el proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se observa, por un lado, y en relación al poder Judicial, que pese a la manifiesta contradicción de las leyes de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional y aún después con las Constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención por la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros)³⁶, ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes³⁷.

³⁵Sobre la distinción entre “menores” y niños ver Beloff, Mary, “No hay menores de la calle”, en: Revista “No hay derecho”, Buenos Aires, 1992, núm. 6, junio.

³⁶García, Méndez Emilio y Elías Carranza, “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina”. Bases para una reforma legislativa, Buenos Aires, Galerna, 1992, pág. 152.

³⁷La no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de tribunales con el argumento de suprogramaticidad no es poco frecuente en los tribunales latinoamericanos, y no es privativa de los instrumentos relacionados con los derechos de los niños y adolescentes.

En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de reformas con el fallo Gault en 1967³⁸.

2.2.1.5. Desafío pendiente

En el último año del siglo XX conmemoramos dos hechos clave en la historia Social y Jurídica de la infancia. En 1899 en Illinois se creó el que es considerado el primer tribunal especial para menores de la historia, dando cuenta en ese momento de una creciente preocupación por el tema de la delincuencia juvenil, y de una compleja trama de intereses entre cruzados con las intenciones más o menos conscientes de los reformadores de la época, que han sido objeto de análisis y crítica hasta el día de hoy.

En un momento mucho más reciente, 1989, se aprobó por las Naciones Unidas el principal instrumento de derechos humanos específico para la infancia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), en la cual se refleja una nueva consideración de la infancia en nuestras sociedades, enfoque que algunos han calificado de nuevo paradigma, en atención a la ruptura que representa con enfoques tradicionales dentro de los cuales los niños no eran sujetos de derechos (no al menos en el sentido pleno e integral que plantea la CIDN).

En medio de estos hitos fundamentales, el recorrido no ha sido lineal, muy por el contrario, se han presenciado avances disparejos, obstáculos y hasta retrocesos, el cual es necesario tener en cuenta en este momento

³⁸Cfr. In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

por todos los Operadores de Justicia e interesados en los temas de la infancia y los derechos humanos.

2.2.1.6. Consideraciones previas acerca de la infancia como construcción Socio-Histórica

Un abordaje profundo de los problemas implícitos en la consideración histórica de la infancia en nuestras sociedades, pese a la base biológica que está presente en la conceptualización de la infancia en las distintas épocas y culturas, la investigación histórica ha demostrado el importante y definitorio rol que en este campo ha jugado el elemento cultural.

En la concepción moderna de la infancia, encontramos componentes que provienen tanto del pensamiento humanista de Rousseau y Locke, como del romanticismo del siglo pasado, elementos no necesariamente concordantes y, al mismo tiempo, ha aparecido durante este siglo en el panorama la tendencia creciente a la autonomía de los niños y la consiguiente eliminación de barreras respecto al mundo adulto. Esto que puede parecer evidente, no lo es tanto en la realidad de los debates Jurídicos y Sociológicos respecto al tema de la infancia, pues como siempre pesa de manera inadvertida la tendencia a universalizar temporal y físicamente la concepción aún en boga de una infancia en un sentido clásico o romántico, en general ligada al enfoque Jurídico tradicional en la materia, que identifica infancia con incapacidad, como su atributo esencial.

Este enfoque histórico resulta imprescindible como telón de fondo para tratar cualquier aspecto o problemática específica ligada a la infancia, en este caso, el surgimiento de un instrumental Jurídico e institucional propio

de la infancia, al que nos referiremos sobre todo en sus aspectos penales (en el sentido objetivo de pena o punición).

2.2.1.7. El Tribunal de menores de Illinois

El contexto social e ideológico en el que se inserta la creación del tribunal de menores ha sido descrito críticamente. Hay que tener en cuenta que las características del desarrollo del capitalismo en el siglo pasado en países como Estados Unidos, tuvieron como consecuencia un empobrecimiento masivo de las clases populares, y con ello, el surgimiento del fenómeno de los niños pobres como un problema público a ser enfrentado por los Gobiernos e instituciones correspondientes.

La magnitud del problema y el riesgo que implicaba para la estabilidad social (sea política económica) de la sociedad norteamericana la existencia de una gran masa de niños de origen proletario fuera de los mecanismos normales de control y contención (casa y escuela) o criados por familias que no garantizaban su adecuada disciplina, motivó un largo proceso de reformas dentro del cual se sitúa la creación del tribunal de menores en Illinois³⁹.

Así es como, para Platt, este hecho no representó una “reforma radical” sino más bien “una reforma política transigente que consolidaba las prácticas existentes”, tendientes a castigar la independencia prematura infantil y restringir la autonomía juvenil. Para Platt los intereses reales tras todo el movimiento de reformas alentadas por los “salvadores del niño” consistían tanto en el temor de las clases dominantes a la creciente urbanización, la necesidad de reafirmar los valores tradicionales de la

³⁹Platt, Anthony, “Los Salvadores del niño”, Estados Unidos, ediciones libertad, 1969, pág. 150-151.

clase media norteamericana (a la cual pertenecían la mayoría de las figuras públicas del movimiento), intereses de las corporaciones religiosas que administraban las instalaciones destinadas al cuidado de los jóvenes, y los intereses corporativos ligados al poder médico y Judicial.

En un nivel más propiamente Jurídico, parece claro que la necesidad de consagrar un tratamiento especializado para adolescentes acusados de cometer delitos se hizo necesaria para la sociedad de la época en consideración a varios factores.

En primer lugar, hubo un gran movimiento de crítica a la práctica de someter a niños a las mismas normas que a los adultos, que incluía su hacinamiento en cárceles comunes en que se mezclaban con adultos. En muchos casos, a partir de mediados del siglo pasado, los jurados preferían absolver a Jóvenes aparentemente culpables antes que enviarlos a instituciones penitenciarias para adultos.

Desde varias décadas antes de 1899 se dictaron normas especiales para el procesamiento y privación de libertad de personas menores de edad.

En Illinois, como en los demás Estados de la Unión, regía lo que se conoce como “régimen penal mitigado” para los menores de edad, es decir, se les aplicaban las mismas disposiciones penales que a los adultos, con algunas reglas o excepciones especiales consagradas en atención a su condición que tomaban en cuenta la inmadurez propia de su edad.

El proceso de reformas impulsado en el siglo XIX por los “salvadores del niño” tendía sucesivamente a la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal

de adultos (pese a que se mantuvo hasta el día de hoy la posibilidad de derivar casos desde el tribunal de menores al tribunal criminal de adultos, mediante la figura del “*waiving*”).

En el fondo de estas reformas se situaba la crítica a la retribución pura y a las cárceles por su incapacidad para rehabilitar a los jóvenes y porque las condiciones reales de la privación de libertad significaban una contaminación ambiental para los niños, que en las cárceles de adultos aprendían a perfeccionarse en su carrera delictual. Los reformadores de la época perseguían el ideal rehabilitativo y adherían a la llamada “nueva penología” de orientación socio-etiológica, en lugar de la cárcel proponían la creación de reformatorios de variado tipo (escuelas industriales, escuelas de formación, residencias de acogida en el campo, etc.).

Convencido de la necesidad de actuar sobre las causas de la criminalidad, Frederick Wines, notable reformador y experto en criminología, declaraba en 1879: “El objeto de las instituciones de reformatorio está bien claro: no es el castigo por los delitos pasados, sino el adiestramiento para la utilidad futura⁴⁰”.

A propósito de todos estos factores hay que tener en cuenta por un lado las preocupaciones genuinamente humanitarias presentes a nivel del discurso, y por otro, los intereses preventivo especiales de defensa social expresados en un contexto de prevalencia de criterios positivistas en la criminología etiológica de la época, los que permiten comprender adecuadamente esta obsesión por evitar el contagio por contacto con delincuentes adultos, que llegaba a extremos como el quejarse por el hecho de que se actuaba sobre niños no tan pequeños, puesto que habría

⁴⁰ Obra citada, Platt, pág. 124-125.

sido necesario intervenir mediante internaciones en reformatorios en forma pre delictual.

Básicamente, el sistema del tribunal de menores de Illinois incluía en cuanto a su competencia conductas cometidas por adolescentes que eran constitutivas de delitos ("*delinquency offenses*"), y se extendía además a las llamadas "*status offenses*" delitos en razón de su condición, referidas a comportamientos no criminales que se consideraban dañinos para el correcto desarrollo y crecimiento del menor (tales como huir del hogar paterno, o no asistir a la escuela).

En lo procedimental, la idea base era que se estaba aplicando al menor un beneficio y no una sanción, razón por la cual se declararon finalidades de rehabilitación al accionar del tribunal juvenil, las que se conseguirían a través de procedimientos sumarios e informales, desprovistos de garantías para el joven, al final de los cuales se decretaba una medida de duración indeterminada (es decir, sujetas el evento futuro y siempre incierto de la "rehabilitación")⁴¹.

Este modelo de la "Justicia Juvenil" corresponde también al núcleo del modelo que en el contexto latinoamericano se conoce como doctrina de la situación irregular. En relación al tratamiento de conductas delictivas cometidas por adolescentes se encuentra presente desde su diseño la confusión de vías (entre la vía sancionatoria y la protecciones), y así es como, por ejemplo, el no ejercicio por el niño de algo que se entiende como un derecho, cual es la educación, puede ser sancionado de la misma forma que si el niño hubiera cometido un robo, asesinato.

⁴¹ Obra citada, Platt, pág. 126-127

Como es propio de los sistemas Jurídicos basados en la situación irregular “la Corte Juvenil estableció una tradición de prestar mucho menos atención al acto criminal en sí mismo, atendiendo en cambio a las circunstancias generales existentes tras la conducta del infractor. El objetivo era identificar la causa del mal comportamiento y luego administrar las medidas apropiadas de rehabilitación”⁴².

Una característica de estos sistemas diseñados desde fines del siglo pasado y a principios de este, es que el reproche a una conducta cometida por el sujeto en el pasado, base de la legitimidad de la aplicación de sanciones en el derecho penal clásico, se desplaza aquí a un reproche con base en un diagnóstico pseudocientífico a lo que en el futuro pueda llegar a hacer el niño o adolescente.

A través de herramientas como los exámenes de discernimiento se intenta detectar el grado de “enfermedad” de que adolece el sujeto y en base a eso el Juez que más bien actuaría aquí como un médico receta el remedio adecuado para cada situación. Un fundamento central del modelo lo constituye la doctrina del *parens patriae*, en virtud de la cual, frente a ciertas situaciones no necesariamente delictivas, el Estado estaría facultado para reemplazar a los padres y adoptar a través del Juez que en América Latina es incluso descrito como “un buen padre de familia” la decisión adecuada para el futuro del niño, incluso mediante el uso de la fuerza⁴³.

Esta idea de Patronato Estatal como base de las decisiones, es la que permite a los defensores de estos modelos afirmar que la intervención

⁴² Obra citada, Platt, pág. 127

⁴³ Obra citada, Platt, pág. 130

Estatal no es punitiva sino de protección o tutela, y fundamenta la falta de garantías en los procedimientos, que no serían necesarias, pues en rigor no se estaría aplicando una sanción sino que averiguando qué es lo mejor para el “interés superior del niño” (un interés superior concebido en relación al niño objeto de protección y no sujeto de derechos es el fundamento de la arbitrariedad máxima, como queda constatado en la Doctrina y Jurisprudencia, criterio que lamentablemente aún se observa con frecuencia en nuestros países).

Los criterios señalados en cuanto a la aplicación de medidas a los jóvenes, hacen absolutamente necesario dotar a estos sistemas de procedimientos muy flexibles, con gran discrecionalidad en las atribuciones del Juez, sin garantías procesales mínimas para los jóvenes, y con sentencias que apliquen medidas por tiempo indeterminado.

Particularmente en nuestro contexto latinoamericano el cruce de estas ideas con nuestros modelos penales inquisitivos tuvo como resultado un sistema profundamente antidemocrático y antigarantista, respecto al cual ya se ha escrito bastante y no se insistirá más en este momento (en relación al modelo tutelar y de la “situación irregular” en América Latina⁴⁴).

Como prueba de la influencia del modelo Norteamericano en el contexto Latinoamericano, tenemos que en 1975 José Pedro Achard, Rafael Sajón y Ubaldino Calvento señalaban la necesidad de “recordar los principios filosóficos en que se fundan los tribunales de menores...expuestos en ocasión de la creación del primer Tribunal de Menores de Chicago, los

⁴⁴Morais María G., “Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente, Mc Graw-Hill Interamericana Editores, 2005, pág. 199

cuales, a pesar del tiempo transcurrido tienen plena vigencia...”, y a continuación citaban directamente un fragmento de la *JuvenileCourtAct*:

“La Ley sobre Tribunales de Menores se ha inspirado en el concepto fundamental de que el Estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que pueden conducirlo a la comisión de un delito...

Se propone un plan con arreglo al cual el menor no será tratado como delincuente ni será acusado legalmente de cometer un delito sino que será considerado como pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, al igual que los menores abandonados o desvalidos, y en cuanto sea posible, recibirá el mismo tratamiento que debían dispensarle sus padres⁴⁵”.

En Estados Unidos, el tribunal juvenil se extendió de Illinois al resto de los Estados, y tan sólo luego de varias décadas de funcionamiento del modelo surgieron sentencias que dieron cuenta de la grave falta de garantías procesales para los adolescentes infractores. En honor a la precisión habría que señalar que el proceso no ha sido lineal, y que ya en 1879, antes de la creación del Tribunal de Illinois, se dictó por la Suprema Corte de ese mismo Estado una sentencia (*People vs. Turner*) en la que se declaró que las normas en virtud de las cuales se sometía a prisión a jóvenes sin debido proceso eran Inconstitucionales.

En este caso un niño había sido enviado a la escuela reformativa (*ReformaSchool*) de Chicago, sin vista de la causa. Respecto de la

⁴⁵Sajón, Achard y Calvento, “Menores en Situación Irregular, aspectos socio legales de su protección”, Estados Unidos, editorial Horizontes, 1975, pág. 122.

extensión del *parens patriae* en este caso la sentencia declara: “Esta restricción de la libertad natural es opresión y tiranía. Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por el “bien de la sociedad”, valdría más reducir está a sus elementos originales y reconocer que el gobierno libre es un fracaso. Hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño. Los mismos criminales no pueden ser condenados y aprisionados sin el debido proceso⁴⁶”.

2.2.1.8. Determinación de la edad

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 que no se son inmanentes al nacimiento de una persona, estos se van desarrollando de a poco hasta que por razones biológicas, la persona alcanza la madurez mental necesario para ser considerado legalmente capaz y por lo mismo responsable en el ámbito penal.

En cuanto se refiere a la determinación de la edad de un individuo, es necesario apoyarnos en primer lugar en la disposición del Código Civil⁴⁷, que por ser una norma de carácter general y matriz nos señala en su Art. 21 que es “infante o **niño** el que no ha cumplido 7 años; **impúber**, el varón, que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

⁴⁶Fragmentos de la sentencia fallo Gault en 1967.

⁴⁷Código Civil, 2005, Publicación de Estudios y Publicaciones.

Si acudimos al Código Penal⁴⁸ para averiguar desde qué edad un sujeto puede ser juzgado por un delito, encontramos en el Art. 40 que “Las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”, es decir, todos los menores de edad están sujetos al Código de la Niñez y Adolescencia (CNA).

Es oportuno ahora sí señalar que el CNA protege e impera sobre toda persona desde su concepción hasta que cumpla los 18 años de edad; y, que en el Art. 4 realiza la diferenciación entre niño y adolescente: “Niño es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona...entre doce y dieciocho años de edad”, ésta disposición Jurídica es la que prevalece y vamos a tomar para nuestro estudio del adolescente infractor.

2.2.1.9. Responsabilidad civil

1. Los niños(menores de 12 años) de acuerdo con el Art. 66 del CNA, están exentos de responsabilidad Jurídica; los actos y contratos que se celebren con niños carecen de validez, sin embargo, por sus hechos y actos dañosos, responderán civilmente sus progenitores o guardadores en los casos y formas previstos en el Código Civil. Así, el Código Civil, desde el Art. 2219 al 2221 expresa lo siguiente⁴⁹:

a) Serán responsables de los daños causados por los menores de 7 años las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia;

b) Los padres son responsables del hecho dañoso de los hijos menores que habiten en la misma casa;

⁴⁸ Código Penal, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones.

⁴⁹ Código Civil, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones

c) El tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado;

d) Los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado;

e) Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.

2. Los adolescentes(mayores de 12 y menores de 18 años) de acuerdo con el Art. 66 del CNA, son responsables por sus actos Jurídicos. Su responsabilidad civil por los actos o contratos que celebren se hará efectiva sobre su peculio profesional o industrial o sobre los bienes de la asociación que representen de acuerdo. La capacidad y responsabilidad jurídica de los adolescentes, son válidas en los siguientes casos:

a) Cuando han cumplido quince años, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo;

b) Pueden celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares; y,

c) Tienen capacidad para ejercer directamente aquellas acciones Judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus Derechos y Garantías.

2.2.1.10. Responsabilidad Penal

1. Los niños, de acuerdo con el Art. 307 del CNA, son absolutamente inimputables y tampoco son responsables por sus actos; por tanto, no están sujetos ni al Juzgamiento ni a ningún tipo de medidas socio educativas. Sin un niño es sorprendido cometiendo un delito, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva.

2. Los adolescente, conforme lo señalan los Arts. 305 y 306 del CNA, son penalmente inimputables y, por tanto, no serán Juzgados por Jueces Penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las Leyes Penales. Cuando cometan infracciones tipificadas en la Ley Penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del CNA⁵⁰.

2.2.1.11. Adolescente infractor

Se denomina “adolescente infractor” a la persona que siendo mayor de doce años pero menor de dieciocho, ha cometido una infracción reprochable por la Ley Penal.

Esto significa el hecho biológico de no haber cumplido la edad de 18 años, justifica la exclusión de la responsabilidad penal, es decir, la inimputabilidad del menor, aun cuando llegado el caso, el desarrollo de las facultades intelectuales y volitivas del adolescente nos permitiera presumir que se trata de una persona capaz de tener conciencia de la ilicitud del acto delictuoso y voluntad para abstenerse de realizarlo.

⁵⁰ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones

En todo caso, los principios y garantías del debido proceso para el juzgamiento del adolescente infractor, son las mismas que las exigidas para la aplicación del derecho penal, tales como: el principio de legalidad, por el cual no hay delito, no hay pena, sin ley previa; principio de lesividad, por el cual la conducta solo es reprochable cuando afecta un bien protegido; la garantía del debido proceso, por la cual se respetan los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes, imparcialidad del Juzgador y fundamentación de los fallos.

Cabe señalar que una diferencia relevante de entre el proceso seguido a un adulto y el seguido a un adolescente infractor, es el llamado “principio de reserva” que constituye la antítesis del principio de publicidad imperante en el proceso penal común.

En efecto, el Art. 317 del CNA preceptúa que en todas las instancias del proceso, las causas en que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán reservadamente.⁵¹ En las audiencias sólo pueden estar presentes el Juez, el Fiscal, los defensores, el adolescente y un familiar o una persona de confianza, si así lo solicitare el adolescente.

Quienes deban intervenir como testigos o peritos permanecerán en las audiencias el tiempo estrictamente necesario para rendir sus testimonios e informes y responder a los interrogatorios de las partes.

Se prohíbe cualquier forma de difusión de informaciones que posibiliten la identificación del adolescente o sus familiares; así como también se prohíbe hacer constar en el récord policial algún antecedente de

⁵¹ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones

infracciones cometidas por la persona que era adolescente. Por lo mismo, el adolescente que fue sometido a una medida **socio-educativa** como consecuencia de una infracción, tiene derecho a que su expediente sea cerrado y destruido después del cumplimiento de dicha medida.

2.2.1.12. Las medidas socio-educativas

Según lo dispone el numeral 13 del Art. 77 de la Constitución de la República, “Para... los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida...”⁵² y, es precisamente en el CNA en donde vamos a encontrar desarrolladas las medidas socio-educativas aplicables al adolescente infractor, así el Art. 369 del CNA estatuye:⁵³ “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”. Siendo la medida más ligera 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 reclusión. 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.

⁵² Constitución de la República del Ecuador, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones

⁵³ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2008, Publicación de Estudios y Publicaciones

El objetivo de la aplicación de estas 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 distinto de los adultos, para evitar que reciba algún tipo de influencias negativas que ahonden su conducta infractora.

En cuanto se refiere al régimen de prescripciones, cuando el adolescente cometa un delito, la acción prescribe en dos años; las contravenciones, prescribe en treinta días; y, las medidas socio-educativas prescriben una vez transcurrido el tiempo señalado por el Juez para su duración.

El orden Jurídico opera dispositivos específicos para restaurar los derechos Jurídicamente investidos cuando considera que han sido vulnerados. Estos dispositivos son distintos de aquellos que desde el Estado brindan asistencia médica, psicológica, social, educativa, etc. El Poder Judicial es un Servicio de Justicia epistemológicamente fundado de manera diferente a los demás servicios Estatales. La Justicia valga la perogrullada- Administra Justicia.

El Sujeto de la Justicia de Mayores es, precisamente, un Sujeto Mayor de Edad, adulto, al que se supone salvo que se pruebe lo contrario- desarrollado, en condiciones de afrontar tanto los aspectos procesales como los aspectos substanciales de la operatoria judicial. Pero el Sujeto de la Justicia de Menores es un niño (desde la concepción hasta los 18 años, según la Constitución de la República del Ecuador).

Es decir que es un Sujeto en desarrollo, aún no consolidado como Persona en sus distintas dimensiones (biológica, psicológica, social,

espiritual). A este sujeto se lo supone carente de condiciones suficientes para afrontar tanto los aspectos procesales como los aspectos substanciales de la judicialización. Opera también el supuesto según el cual conocer integralmente a este Sujeto, sus circunstancias y las conductas emergentes importa un procedimiento complejo que en gran medida deviene de su condición de Sujeto-En-Desarrollo.

Restaurar los derechos vulnerados de un niño en concordancia con esta complejidad supone un tratamiento específico, complejo, resultante de la convergencia de diversas disciplinas. Este es el denominado tratamiento tutelar. El concepto de tratamiento entonces no es equivalente al concepto de tratamiento médico, psicológico, etc... Es decir un tratamiento adjetivado por algo fundamental en la Justicia de Menores: la pretensión tutelar.

Para comprender este aspecto epistemológicamente central en la lógica del estado de derecho de sujetos menores debe asentarse quizás como axioma la siguiente pregunta / respuesta:

2.2.1.13. ¿Qué tutela la Justicia de Menores?

¿Tutela al niño? ¿O tutela sus derechos jurídicamente protegidos?

Aunque resulte poco popular esto debe ser aclarado. La Justicia de Menores tutela los derechos del niño y no al niño. Esto en parte deviene de que, aún sin admitir que la objetividad sea una característica del orden Jurídico, y siguiendo a Juan Carlos Gardella los fenómenos Jurídicos no pueden analizarse si no es trascendiendo lo exclusivamente subjetivo⁵⁴.

⁵⁴Degano, Jorge, 'El sujeto y la ley'. rosario, homo sapiens, 1993, pág. 23.

Y si no es posible el análisis tampoco es posible la acción sin trascender lo exclusivamente subjetivo. Vale insistir: esta afirmación no llega al extremo de plantear el orden jurídico como objetivo (paradigma positivista). No es menor la importancia de esta cuestión al momento de tratar de comprender cuál es el sentido de la intervención judicial especializada sobre niños en conflicto con la legislación penal.

Emilio García Méndez,⁵⁵ doctrinario y miembro de Unicef (ONU), El verdadero dilema: ¿Cura de patologías o construcción de ciudadanía?, bajo este título García Méndez afirma que del conjunto de mitos que rodean esta problemática, la mayor parte de ellos se concentran en este punto bajo la vaga denominación de políticas de tratamiento⁵⁶. Pero según afirma el autor poco o inexistente han sido las preocupaciones por las formas de entrada en los sistemas de Justicia de menores. García Méndez continúa juzgando que casi cualquier verificación empírica seria sobre programas y políticas para infractores en América Latina, permite confirmar el carácter más ideológico que real de dichas prácticas ... las instituciones de menores infractores privados de libertad han consistido en la mejor de las hipótesis en meros contenedores humanos desprovistos de cualquier propuesta pedagógica seria.

El enfoque dominante en América Latina (represivo clásico y cómplice de la marginalidad) coinciden en diversos elementos, pero algunos merecen ser destacados por ser los de mayor trascendencia. Así comienza mencionando que en ambos enfoques se confirma objetivamente la

⁵⁵ Emilio García Méndez, Revista el Verdadero dilema del Menor Infractor, en América Latina, Santa fe de Bobota, 2003, pag. 218

⁵⁶ García, Méndez, Emilio, 'Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. de la situación irregular a la protección integral, Santa fe de Bogotá, editorial forumpacis, 2003, 2ª ed., pág. 221- 222.

consideración del menor como un mero objeto del derecho y las políticas sociales⁵⁷.

El autor identifica luego un aspecto de particular relevancia, motivador de este artículo. Dicho elemento central no debiera soslayarse por su cualidad como descriptor de la realidad en materia de Políticas Públicas deficientes. García Méndez plantea que en ambos enfoques existe una fuerte tendencia a interpretar en forma mecánica, la real o supuesta comisión de una infracción como la manifestación clara de disturbios de naturaleza física o psíquica. En otras palabras, se trata de una clara tendencia a la patología y medicalización de los problemas sociales. El uso de la palabra tratamiento, adquiere en este contexto, un preciso y claro significado⁵⁸.

Debido a que el autor señala magistralmente uno de los problemas más complejos en materia de políticas actuales sobre Sujetos Menores en conflicto con la legislación penal sólo resta comentar que podría extenderse afirmando que se trata, además, de una clara tendencia a la patología y medicalización de situaciones Judiciales donde lo esencial es la constelación de derechos y obligaciones. También debe señalarse que es aquí donde la cuestión ingresa en un cono de sombras dando lugar a la pregunta del título ¿cura de patologías o construcción de ciudadanía? ¿Qué tratamiento es el conveniente para estos niños o adolescentes? ¿El que tiende a restaurar los derechos vulnerados contemplándolos como protagonistas de su condición de ciudadanos frente a -principalmente- el Estado? ¿El que tiende a decodificar problemáticas Judiciales (y/o sociales) con códigos de patologías-medicalización individual?

⁵⁷ García, Méndez, Emilio, 2003, 'Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. de la situación irregular a la protección integral, Santa fe de Bogotá, editorial forumpacis, 2ª ed., pág. 223

⁵⁸Ibídem, pág. 223.

Viktor Frankl (1905/1997) fue el psicoterapeuta que inspirándose en el Psicoanálisis, la Filosofía Existencialista y sus propias experiencias en los campos nazis de concentración crearon la Tercera Escuela Vienes (o Logoterapia), tratamiento fundado en su concepción teórica acerca del sentido de la vida. Frankl saludaba que EE.UU. haya erigido en una de sus costas la conocida Estatua de la Libertad pero les recomendaba a la par- levantar en la otra costa la Estatua de la Responsabilidad⁵⁹.

Quien trabaja profesionalmente con Sujetos Menores en Conflicto con la Ley Penal sabe que la relación de éstos asumen con el hecho protagonizado (lo que técnicamente se conoce como conexión con el hecho) sienta una de las bases para la tarea. La conexión con el hecho constituye uno de los factores fundantes del proceso de rehabilitación.

La calidad de dicha conexión indica el estado de la cuestión permitiendo hipotetizar acerca de las limitaciones y posibilidades del Tratamiento Tutelar. Esta conexión expresa en parte lo que, según la teoría a la que se adhiera, puede denominarse representación social, posición subjetiva, imaginario radical, actitud social, etc. Estos conceptos aluden a conjunciones que no se pueden sintetizar en este artículo pero remiten al modo en que el Sujeto enfrenta el hecho sucedido, si lo reconoce, si lo niega, si puede colocarse en el lugar de la víctima, si manifiesta arrepentimiento, si está dispuesto a reparar el daño ocasionado, si aparece culpa, etc.

También se sabe que, lograda y cualificada tal conexión, emerge la necesidad de construir modos de resarcimiento subjetivo, que incluye pero supera el resarcimiento en sentido lato (pej: excede el mero

⁵⁹Frankl, Viktor, "La Filosofía existencialista", Logoterapia, apuntes sobre rehabilitación de menores. 1992.

resarcimiento a la sociedad o a la víctima). Este resarcimiento subjetivo tiene alguna relación con lo que públicamente suele verbalizarse como pagar por lo que hizo. Se trata entonces de que el Sujeto Menor, autor probado del hecho, asuma responsabilidades por los efectos causados.

Esto beneficia a la sociedad que pretende prevenir nuevos episodios, pero fundamentalmente beneficia al autor del hecho, al proporcionar bases para la elaboración del conflicto y la proyección hacia el futuro.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta atractivo tratar de adecuar la legislación penal de menores a los imperativos constitucionales (Convención sobre los Derechos del Niño), mediante la creación de la que tiende a denominarse Ley de Responsabilidad Penal para los Menores de Edad. Pero que resulte atractivo, no implica que sea suficiente. Algunos aspectos de tal insuficiencia surgen de lo siguiente:

Todo indica que se piensa en una Ley, basada en una concepción de responsabilidad asimétrica. Así designada la Ley, pareciera que tiende a responsabilizar excluyentemente al Sujeto Menor aun cuando ante este cuestionamiento (sobre-responsabilidad del Sujeto Menor) se intente matizar la asimetría con conceptos que aluden a algunos Derechos Sociales. Es usual que estos Derechos Sociales carezcan de capacidad de operativización y ganen en vaguedad. Pero también es usual que en los sistemas se responsabilizarían de las responsabilidades del menor sean operativizadas a través de categorizaciones expresamente establecidas. Estas expresas categorizaciones (edades, tipos de delitos, etc.) se tornan inexorablemente aplicables precisamente por su alto grado de operativización a través de su identificación (en categorías). Estos niveles operativos en determinados aspectos de la ley, adelantan el sesgo de responsabilización asimétrica. La ubicación de las responsabilidades

en un extremo (el del Sujeto Menor) lleva implícita una concepción de la cadena causal del hecho. Se responsabiliza al Sujeto Menor porque, aunque esto no sea admitido, se lo supone única causa del hecho. Se excluye el contexto.

Quizás la Convención sobre los Derechos del Niño sería mejor expresada en el Derecho de Menores a través de un Sistema de Co-Responsabilidades Penales en Transgresiones a la Legislación Penal Protagonizadas por Sujetos Menores. Para llegar a esto, debería pretenderse un sistema sesgado por la responsabilización simétrica, pues no se trata de proclamar que se reconocen las causalidades mayoritariamente sociales de las transgresiones a la legislación penal. Se trata, en cambio, de incluir en el mismo Sistema las expresas categorizaciones que hagan operativa la asunción de responsabilidades, tanto por parte del Sujeto Menor como por parte del Estado. Esto supone un Sistema de Medidas Tutelares de naturaleza precisa, al que alcance efectivamente el Garantismo en la Ejecución de las Medidas. Se trata de compartir efectivamente las responsabilidades ubicando la causalidad en el sistema (familiar y comunitario) del que el Sujeto Menor forma parte.

Es necesario entonces incluir con énfasis un Subsistema de Garantías de que el Estado se hará realmente cargo de generar condiciones para la rehabilitación del Sujeto Menor. Básicamente esto supone garantizar condiciones para la modificación de la conducta individual del Sujeto Menor a la par de promover mejorías substanciales en las condiciones integrales del sistema familiar comunitario del que forma parte y/o al que se reintegrará si la medida incluye privación de libertad ambulatoria. Se impone también la necesidad de, a la par, generar un subsistema operativo de reclamos para cuando tales Garantías no se cumplen como así también, y con idéntico énfasis, un subsistema operativo de

responsabilidades para Funcionarios que no hagan efectivas tales condiciones.

Compartidas las responsabilidades con idéntica obligatoriedad en su cumplimiento, se sostiene otra concepción causal y se legisla en consecuencia aplicando integralmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Se construye, en definitiva, la reclamada Estatua de la Responsabilidad que simboliza comportamientos ecuanímenes de todas las partes en conflicto.

El secuestro de los conflictos sociales, sólo los oculta o disimula. La solución se acerca cuando se aumenta su visibilidad.

2.2.2. Jurisprudencia

Sigilo de los antecedentes penales y policiales:

Para el caso de los adolescentes rige un principio especial, este es el de la garantía de reserva, el mismo que indica que se respetará la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso. Las causas en las que se encuentre involucrado un adolescente se tramitarán en reserva. Las audiencias tendrán el mismo carácter reservado; y como algo interesante se dispone que los funcionarios Judiciales, Administrativos y de policía, guardarán el sigilo y la confidencialidad sobre los antecedentes penales y policiales de los adolescentes infractores, quienes al quedar en libertad tienen derecho a que su expediente sea cerrado y destruido. Bajo esta premisa se prohíbe hacer constar en el récord policial ningún antecedente de infracciones cometidas mientras la persona era adolescente; con este concepto todas las entidades sean estas administrativas, judiciales o policiales deberán destruir cualquier vestigio de investigación que se haya realizado cuando

se encuentre un adolescente al momento en que Éste ya quede en libertad.

Así mismo, la legislación de adolescentes establecía antes que la legislación penal de adultos, incluía en las reformas varias formas anticipadas de terminación del proceso que en este momento únicamente se hará mención de los mismos pues requieren de un análisis especial para cada caso, estas son la conciliación y remisión, la puede realizar el propio Fiscal siempre que la infracción perseguida no sea de aquellas que autorizan el internamiento preventivo para la conciliación; y en el caso de la remisión la puede realizar el mismo Fiscal en los delitos sancionados con pena menor a un año; en estos casos el Fiscal hace las veces de Juzgador y puede determinar el programa de orientación que más convenga al adolescente según el caso.

Todas las etapas del proceso se desarrollan ante el Juez de Adolescentes Infractores, sin que exista un Tribunal Penal especial para estos casos no siendo así para conocer los casos de impugnación en donde si existen Salas Especializadas en las Cortes Provinciales⁶⁰.

Colombia

Inmadurez sicológica

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

En relación con el concepto de inimputabilidad, los Artículos 31 del Código Penal de 1980 y 33 de la ley 599 de 2000, han determinado que es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta “no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental”.

⁶⁰Corte Nacional de Justicia, resolución caso menores infractores.

El decreto 100 de 1980, entonces vigente, sobre la inmadurez sicológica como circunstancia de la cual deriva la inimputabilidad, estableció en el artículo 34, modificado por el 165 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), que “para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años”, mientras el inciso final del artículo 33 de la ley 599 de 2000 remite a los menores de 18 años al sistema de responsabilidad penal juvenil.

La inmadurez sicológica que fundamenta la inimputabilidad, está orientada a considerar que los menores de la edad señalada, han de ser tenidos como inimputables y sometidos, por tanto, a un tratamiento especial. Con base en tal aspecto, el legislador creó un régimen particular para los menores infractores de la ley penal, (Título 5°, Capítulo 1°, artículo 163 y Ss., D. 2737 de 1989 -Código del Menor-), atribuyendo a los Jueces de Menores o Promiscuos de Familia, la competencia para este procedimiento preferencial y mediante la imposición, en caso de ser condenado, de medidas de seguridad, que buscan una finalidad diferente a las penas⁶¹.

En el derecho comparado de Colombia coincide en el decreto 100 de 1980, entonces vigente, sobre la inmadurez sicológica como circunstancia de la cual deriva la inimputabilidad, que el menor no tiene responsabilidad cuando aún tiene inmadurez sicológica.

Argentina

La aplicación de la suspensión del Juicio a prueba a adolescentes con causas penales

⁶¹ Pinilla, Pinilla Nilson, 2008, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Magistrado ponente, enero 8, acta N°112.

La incorporación en el Código Penal de la Nación del instituto de la suspensión del Juicio a prueba⁶² ha desatado numerosos debates acerca del alcance de su ámbito de aplicación. En particular, y en lo relativo a la aplicación del “Régimen Penal de la Minoridad” (decretos-ley 22.278/22.803), la cuestión debatida ha sido acerca de la procedencia o no de dicho instituto para las personas menores de edad que se encontraban imputadas en causas penales.

Aún pendiente la reforma legislativa e institucional del sistema de Justicia penal de menores hacia un sistema de responsabilidad penal juvenil acorde a lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño, el centro de discusión de este tema estaba dado por la posibilidad de ejercicio de este instituto vía la aplicación directa de este instrumento internacional.

Las posturas contrarias sostenían que el mismo “régimen penal para la minoridad” era en esencia un espacio de “probation” donde cada Juez de menores, en el expediente tutelar es decir, no el expediente penal donde se investiga el delito, podía interpretar ampliamente las consecuencias de los hechos de los adolescentes, al poder aplicar desde la misma consecuencia penal que a los adultos hasta la absolución en virtud del resultado del tratamiento tutelar seguido⁶³. Claro está que de esta forma,

⁶²Operada por la Ley 24.316 (Publicada en el Boletín Oficial del 19/05/94). Entre las cuestiones planteadas, las más destacadas han sido si debiera tenerse en cuenta la pena prevista para el delito en abstracto o la que debería resultar del caso bajo examen; si procede su aplicación en caso de delitos reprimidos con pena de inhabilitación; si es aplicable a los imputados por delitos de la Ley 23.737 (Ley de Estupeficientes), etc.

⁶³Para ilustración de lo que se comenta, el fallo reproduce los dichos de un juez de menores al respecto que sintetiza lo dicho “...durante años intervino como Juez de Menores en cientos de casos que se resolvían cotidianamente allí.- Todos tenían “probation”, verdaderas “probation”, pues de eso se trata la denominada aplicación de la legislación minoril, y con enorme conocimiento de causa puedo decir que, dentro de sus limitaciones, el instituto funcionaba bien al punto que el Tribunal que integraba llegó a absoluciones libres respecto de declaraciones de responsabilidad penal en orden a

la interpretación del tratamiento tutelar está dada por la libre interpretación Judicial, y puede afirmarse, por fuera de los principios Constitucionales de legalidad, reserva, culpabilidad por el acto, etc.

Las posturas a favor sostenían que con su aplicación además de posibilitar la introducción de alternativas en el proceso penal no privativas de la libertad, permitía exteriorizar las reglas de conductas a seguir en tiempo y también en calidad eliminando de esta forma la discrecionalidad propia de la interpretación del expediente tutelar, y a la vez se constituía en un antecedente práctico para la promoción y viabilidad de la necesaria reforma legislativa pendiente.

En Argentina.- En lo relativo a la aplicación del “Régimen Penal de la Minoridad”, ha sido debatida acerca de la procedencia o no de dicho instituto para las personas menores de edad que se encontraban imputadas en causas penales.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el debate figura la participación del niño en los actos del enjuiciamiento. Sobre este particular, la Corte observó que “la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio (...).

delitos de homicidio, robo con armas y otros graves atentados, siendo que el éxito llegaba al setenta por ciento de los casos....”

En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propi caso⁶⁴.

Nuevamente se advierte la situación especial del individuo menor de edad cuando se trata de regular y precisar el alcance de la confesión. La Corte ha señalado que “cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos (as) la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla”. Además, “debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración. En este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración⁶⁵”.

En un detallado pronunciamiento, la Corte Interamericana ha sostenido, en suma, que la “jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, entre ellas, por los siguientes elementos:

1) En primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos Judiciales⁶⁶;

2) En el caso de que un proceso Judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso;

⁶⁴Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

⁶⁵Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

⁶⁶*Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, cit., párr. 211, y artículo 40.3.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

3) Dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la Administración de Justicia de niño⁶⁷; y

4) Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales⁶⁸.

2.2.3. Legislación

Constitución de la República del Ecuador

Art. 11.- Principios para el ejercicio de los derechos⁶⁹.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los Derechos y Garantías Establecidos en la Constitución y en los instrumentos Internacionales de Derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

⁶⁷Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”, cit., párr. 211, y Regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

⁶⁸Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”, cit., párr. 211; Regla 6.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶⁹Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 17.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma Jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Art. 44.-Derechos de los niños y adolescentes⁷⁰.- 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.

Art. 45.-Derecho a la Integridad física y psíquica⁷¹.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. 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

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 30.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 30.

información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Art. 46.- Medidas para el bienestar de los niños y adolescentes⁷².- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

Art. 77.-Garantías en caso de privación de la libertad⁷³.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

13. 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 325 del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto de la privación de libertad establece que se debe dictar en casos realmente graves, se debe tener en cuenta el artículo 330 que señala los casos de internamiento preventivo.

⁷² Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 31.

⁷³ Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 50.

En la medida en que no se regule la prisión preventiva o no se aplique las medidas cautelares de orden personal no privativas de la libertad, estas seguirá siendo causas para la violación de los derechos ratificados en la Constitución, como en el Código de la Niñez y Adolescencia

En tanto el enfoque debe ser aplicado, el tema de especialidad debería encontrarse en cada sección de la Constitución, sin confundir el compromiso del Estado con considerar a los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria.

Todo esto lleva a que los adolescentes no tengan la plena capacidad para desarrollarse, mantener grados de estabilidad, creatividad en caso de que fueran privados de la libertad.

Art. 175.-Administracion de Justicia Especializada⁷⁴.- 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 adolescentes infractores.

Convenios y Tratados Internacionales

Reglas mínimas para la administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijín⁷⁵.

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador Gaceta Constituyente Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente R.O. 449, 20 de Octubre del 2008 Pág. 93.

⁷⁵ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores 7mo Congreso de las Naciones Unidas 1985 ratificada por la Asamblea General en 1985.

El objeto de estas Reglas es procurar el bienestar del menor, evitando, en lo posible, su paso por el sistema de justicia de menores y procurando que si se tiene que acudir a él, lo sea de la manera menos perjudicial, fomentando dicho bienestar.

La estructura de las Reglas consta de seis partes:

1. Principios generales
2. Investigación y procesamiento
3. De la sentencia y la resolución
4. Tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios
5. Tratamiento en los establecimientos penitenciarios
6. Investigación, planificación y formulación y evaluación de políticas

Son principios fundamentales de las mismas:

1. El tratamiento justo y humano de menores, siendo el objetivo de la Justicia de menores dobles: fomentar el bienestar de estos y equiparar la reacción de las autoridades a las características del delito y del delincuente.
2. Se preferirá a las audiencias formales, el recurso a programas adecuados de reinserción social, con el consentimiento del menor.
3. Cuando no se pueda aplicar la remisión, intervendrá la reclusión del menor, pero solo como último recurso. Su duración será lo más breve posible y el menor estará separado de los adultos.
4. Los procedimientos ante cualquier autoridad se llevarán a cabo de conformidad con el mejor interés de los menores y deberá permitírsele participar y expresarse libremente.

5. La privación de libertad sólo se impondrá tras haber sopesado cuidadosamente la situación, durante el período más breve posible y sólo en caso de delitos graves.
6. Los castigos corporales y la pena capital deberían abolirse sea cual sea el delito.
7. La reclusión del menor sólo debería intervenir tras haber considerado otras alternativas.
8. Los agentes de policía y el personal que trabaje con menores deberían recibir una formación continua especializada.
9. Cuando el menor reciba tratamiento interno, se le proporcionarán servicios educativos y demás cuidados adecuados para facilitar su reinserción.
10. Se contemplara la liberación a partir de la detención y tras ella, lo antes posible.

Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona.

11. Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluido los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o

denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas.

12. Las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes elementos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor:

- a) La conducta que constituye una infracción a la disciplina;
- b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar;
- c) La autoridad competente para imponer esas sanciones;
- d) La autoridad competente en grado de apelación.

13. Los informes de mala conducta serán presentados de inmediato a la autoridad competente, la cual deberá decidir al respecto sin demoras injustificadas. La autoridad competente deberá examinar el caso con detenimiento.

14. Ningún menor estará sujeto a sanciones disciplinarias que no se ajusten estrictamente a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor. No deberá sancionarse a ningún menor a menos que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa, incluido el derecho de apelar a una autoridad

imparcial competente. Deberá levantarse un acta completa de todas las actuaciones disciplinarias.

15. Ningún menor deberá tener a su cargo funciones disciplinarias, salvo en lo referente a la supervisión de ciertas actividades sociales, educativas o deportivas o programas de autogestión.

Las Reglas reconocen el concepto de mayoría de edad penal, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana y tomará en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual del menor.

Convención sobre Derechos del Niño o Menor⁷⁶.

Los principios que se señalan en el marco internacional de derechos humanos se aplican tanto para los niños como para los adultos. La infancia está mencionada concretamente en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención articula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

Esta recopilación y clarificación de los derechos humanos de la infancia establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención, además de establecer los principios básicos que sirven de

⁷⁶Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador en marzo de 1.990 R.O. N- 31 de 22 de septiembre del mismo año.

base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Los artículos también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.

Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia. La Convención hace hincapié en estos principios y se refiere la responsabilidad de los niños y niñas de respetar los derechos de los demás, especialmente sus progenitores. Por el mismo motivo, la comprensión que tienen los niños de los temas que se suscitan en la Convención depende de su edad. Ayudar a la niñez a comprender sus derechos no significa que los progenitores deben obligarles a tomar decisiones cuyas consecuencias no puede asumir aún debido a su edad.

La Convención reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores. El texto alienta a padres y madres a abordar con sus hijos cuestiones relacionadas con sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades" (artículo 5). Los progenitores, que conocen intuitivamente el nivel de desarrollo de su hijo, llevan a cabo esta tarea de forma natural. Los temas que debatan, la forma en que respondan a las preguntas, o los métodos disciplinarios que utilicen, dependerán de si el niño o niña tiene 3, 9 o 16 años.

Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño

Proporcionar a la infancia protección jurídica contra las peores formas de explotación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, una serie de normas y obligaciones irrevocables aceptada universalmente, ofrece protección y apoyo a los derechos de la infancia. Al aprobar la Convención, la comunidad internacional reconoció que, a diferencia de los adultos, las personas menores de 18 años necesitan una atención y protección especiales. Para contribuir a eliminar los abusos y la explotación cada vez mayores de los niños y niñas en todo el mundo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en dos mil dos Protocolos facultativos de la Convención que refuerzan la protección de la infancia contra su participación en los conflictos armados y la explotación sexual.

El Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados establece los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades.

El Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía llama especialmente la atención hacia la criminalización de estas graves violaciones de los derechos de la infancia y hace hincapié en la importancia que tiene fomentar una mayor concienciación pública y cooperación internacional en las actividades para combatirlas.

Los protocolos facultativos deben interpretarse siempre a la luz del tratado original como un todo, que en este caso se rige por los principios de la no discriminación, el interés superior del niño y la participación infantil.

Utilizar los protocolos facultativos para aumentar los instrumentos de derechos humanos

Después de la aprobación de un tratado de derechos humanos se suelen añadir “protocolos facultativos”, mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado. Un protocolo puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el tratado original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha del tratado, como por ejemplo incluir un procedimiento para la presentación individual de quejas. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño ofrecen más detalles y amplían las obligaciones del tratado original.

Un protocolo es “facultativo” porque no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado el tratado original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en la Convención original, por lo que los estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al protocolo. Por tanto, un protocolo facultativo dispone de sus propios mecanismos de ratificación independientes del tratado que complementa. Por lo general, solamente los Estados que ya han aceptado vincularse al tratado original pueden ratificar sus protocolos facultativos. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño permiten sin embargo a los Estados que no son parte ratificarlos o adherirse a ellos. Por ejemplo, los Estados Unidos, que no han ratificado la Convención, han ratificado ambos protocolos facultativos. Los Estados deben ratificar cada uno de los protocolos siguiendo el mismo procedimiento que utilizaron cuando ratificaron la Convención.

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad; los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos. Pero como son especialmente vulnerables, es necesario que tengan

derechos concretos que reconozcan su necesidad de recibir una protección especial.

La niñez en el marco de derechos humanos

La Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos que es preciso convertir en realidad para que los niños y niñas desarrollen su pleno potencial y no sufran a causa del hambre, la necesidad, el abandono y los malos tratos. Refleja una nueva visión sobre la infancia. Los niños y niñas no son la propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y son también los titulares de sus propios derechos. La Convención ofrece una visión del niño como un individuo y como miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo. Al reconocer los derechos de la infancia de esta manera, la Convención se centra firmemente en todos los aspectos del niño y la niña.

La Convención y su aceptación en tantos países han servido para defender la dignidad humana fundamental de todos los niños y niñas y la necesidad urgente de asegurar su bienestar y su desarrollo. La Convención deja muy clara la idea de que una calidad básica de vida debe ser el derecho de todos los niños y las niñas, en lugar de un privilegio que disfrutaran solamente unos cuantos.

De derechos abstractos a realidades concretas

A pesar de la existencia de toda esta serie de derechos, los niños y las niñas sufren a causa de la pobreza, la falta de hogar, los malos tratos, el abandono, las enfermedades que se pueden prevenir, la desigualdad en el acceso a la educación y la existencia de sistemas de justicia que no reconocen sus necesidades especiales. Estos son problemas que ocurren

tanto en los países industrializados como en aquellos que se encuentran en desarrollo.

La ratificación casi universal de la Convención refleja el compromiso del mundo con los principios que sustentan los derechos de la infancia. Al ratificar la Convención, los gobiernos indican su intención de convertir en realidad este compromiso. Los Estados parte están obligados a enmendar y promulgar leyes y políticas que pongan plenamente en práctica la Convención, y deben asegurar que todas las medidas se tomen en consonancia con el interés superior del niño. La tarea, sin embargo, debe contar con la participación no sólo de los gobiernos sino de todos los miembros de la sociedad. Las normas y los principios que se articulan en la Convención solamente pueden convertirse en realidad cuando se han respetados por todos, en la familia, en las escuelas y en otras instituciones que proporcionan servicios a la niñez, en las comunidades y en todos los niveles de la administración pública.

Directrices RIAD⁷⁷.

1. La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes nocriminógenas.

2. Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los

⁷⁷Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia.

3. A los efectos de la interpretación de las presentes Directrices, se debe centrar la atención en el niño. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control.

4. En la aplicación de las presentes Directrices y de conformidad con los ordenamientos Jurídicos nacionales, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.

5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir:

a) La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales;

b) La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea

reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien;

c) Una intervención oficial que se guíe por la Justicia y la Equidad, y cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes;

d) La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes;

e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta;

f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "pre delincuente" a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

6. Deben crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han establecido todavía organismos oficiales.

Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social.

Las presentes Directrices deberán interpretarse y aplicarse en el marco general de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁸, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño⁸⁰, y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing), así como de otros instrumentos y normas relativos a los derechos, los intereses y el bienestar de todos los menores y jóvenes.

Las presentes Directrices deberán igualmente aplicarse en el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales imperantes en cada uno de los Estados Miembros.

Código de la niñez y adolescencia⁸¹

Art. 305.- Inimputabilidad de los adolescentes.- 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.

Es un criterio que toma en cuenta la personalidad del individuo en relación con el contexto social y cultural en que transcurre su vida, de este modo

⁷⁸Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.

⁷⁹Las comunidades deberán adoptar o reforzar una amplia gama de medidas de apoyo comunitario a los jóvenes, incluido el establecimiento de centros de desarrollo comunitario, instalaciones y servicios de recreo, a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social. Esta forma de ayuda deberá prestarse respetando los derechos individuales.

⁸⁰Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.

⁸¹ Ley 2002-100 R.O. 737 del 3 de Enero de 2003.

se considera inimputable a quien no logra adecuar su comportamiento al patrón socio-cultural dominante, porque procede de un ambiente distinto .

La minoridad como causa de inimputabilidad aparece con carácter científico a mediados del siglo XIX, en el cual se va perfilando un tratamiento distinto para la delincuencia infantil y juvenil. Contribuye a ello una mayor técnica del Derecho Penal, la Constitución de una teoría sobre menores que ha rechazado los medios retributivos expiatorios y hasta reprobatorios para obtener su enmienda. Por eso hoy se declara al menor fuera del Derecho Penal.

Art. 306.- Responsabilidad de los adolescentes.- Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la Ley Penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con las preceptos del presente Código.

Es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades Judiciales especializadas y entes administrativos que intervienen en la investigación y Juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre 14 y 18 años.

Art. 308.- Principio de legalidad.- Los adolescentes únicamente podrán ser Juzgados por actos considerados como delitos por la Ley Penal con anterioridad al hecho que se le atribuye y de acuerdo al procedimiento establecido en este Código.

No se podrán tomar medidas si existen causas eximentes de responsabilidad según lo establecido en el Código Penal.

La aplicación, ejecución y control de las medidas socio-educativas se ajustarán a las disposiciones de este Código.

En este sentido, las instituciones, órganos y autoridades así como las personas privadas autorizadas o relacionadas con la regulación, aplicación y operatividad del sistema de Justicia juvenil deberán considerar en todo momento el interés superior del niño, el interés superior del niño debe ser el criterio interpretativo rector que concilie dos realidades al regular el sistema de justicia juvenil: por un lado, el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía, dejando de ser un mero objeto de tutela, y, por otro, el reconocimiento de su vulnerabilidad dada la imposibilidad material de satisfacer plenamente sus necesidades básicas, con mayor razón cuando éstos pertenecen a sectores sociales desaventajados o a grupos discriminados como el de las mujeres

2.2.4. Derecho Comparado

Dos hitos en la crisis del modelo de situación irregular y en la atribución de garantías procesales a los jóvenes: Gault (1967) y Sentencia del Tribunal Constitucional español (1991) Estados Unidos

Pese a que existieron críticas a la falta de garantías en los procedimientos de menores desde muy temprano, las sentencias que hicieron eco de estas críticas en Estados Unidos datan de los años sesenta.

La primera decisión que suele señalarse en este sentido, fue la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Kent vs. Estados Unidos, en este caso, un tribunal juvenil había derivado a un adolescente de 16 años al sistema criminal adulto por sospecha de robo y violación, sin vista de la causa ni consideración de peticiones del defensor del joven en orden a suministro de atención psiquiátrica dentro del sistema juvenil.

El joven Kent fue sentenciado de 30 a 90 años de prisión. La Corte Suprema determinó que la orden de derivación era inválida en cuanto a requerimientos básicos del debido proceso, y señaló que el principio del *parens patriae* no podía constituir una licencia para la arbitrariedad procesal⁸².

Para hacer un balance de las implicancias históricas del caso Gault debemos tener en cuenta que la evolución posterior del sistema norteamericano se ha caracterizado por un endurecimiento del trato judicial hacia los jóvenes infractores y por la extensión de la represión a niveles muy exagerados que incluyen la ejecución de jóvenes y las privaciones de libertad excesivas por motivos no necesariamente delictivos. A modo de ejemplo, podemos mencionar que entre 1977 y 1998 fueron ejecutadas 11 personas que tenían menos de 18 años de edad al momento de cometer los crímenes por los que fueron condenados. El año pasado, existía una lista de 70 jóvenes en espera de la ejecución de condenas de muerte dictadas por hechos cometidos mientras eran menores de edad⁸³. En general lo ocurrido en las dos últimas décadas corresponde a tratar a los niños como si fueran adultos, incluso en los aspectos más duros, al punto que hoy en día se discute seriamente si se justifica o no mantener los tribunales juveniles.

España

En un contexto bastante diferente y un época más reciente se produjo otro hito jurisprudencial, señal de la crisis definitiva del modelo tutelar de menores. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional español

⁸² Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Kent vs. Estados Unidos.

⁸³ Amnistía Internacional, "Betraying the Young...", 1998.

36/1991 (del 14 de Febrero de 1991), en virtud del cual se declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En España el modelo tutelar data de principios de siglo, con la Ley de Bases de 1918 mediante la cual se crearon los tribunales de menores, el primero de los cuales comenzó a funcionar en Bilbao en 1920.

De 1948 data el texto refundido de la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores⁸⁴. Esta ley contempla básicamente una competencia triple de los tribunales de menores: protectora, en relación a menores de 16 años; reformadora, también respecto de menores de 16 años; y, finalmente, de enjuiciamiento de mayores de 16 años, en ciertos casos. De acuerdo a su artículo 9, “la jurisdicción del tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar”.

En cuanto a las sanciones aplicables (artículo 17), estas van desde de la “amonestación o breve internamiento” hasta el ingreso a un “establecimiento especial para menores anormales”. En lo procedimental, los artículos 15, 20 y siguientes contemplaban un sistema en que no existe publicidad del proceso, no interviene abogado defensor (salvo en las situaciones de enjuiciamiento de mayores de 16 años), y se considera que el procedimiento es no contradictorio, puesto que está establecido en beneficio del menor.

Además, los miembros del tribunal no eran jueces sino ciudadanos de intachable conducta y vida familiar ejemplar (nuevamente la idea del

⁸⁴José de la Cuesta José y Esther Giménez-Salinas, 1995, “Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, ediciones mundo, pág. 66.

“buen padre de familia”), sus facultades eran discrecionales, pudiendo decidir la aplicación de cualquier medida si se juzgaba necesario aplicar la “facultad reformadora”, y al igual que en todos los sistemas basados en la “situación irregular” el tipo de medida impuesta y su duración no guardaban relación de proporcionalidad con la mayor o menor gravedad de los hechos imputados, que por lo demás no necesitaban ser acreditados.

En 1978, en plena transición democrática luego de la muerte de Franco, España promulgó una nueva Constitución, y a partir de ese momento se sostuvieron duras críticas al sistema tutelar vigente, que era tildado de inconstitucional. En efecto, la Constitución, además de contemplar garantías procesales y penales para todas las personas, se refería también a la juventud y la infancia como colectivos especialmente protegidos (artículos 20.4, 27 y 39.4). En 1985 se modificó parcialmente el sistema al dictarse la Ley Orgánica del Poder Judicial, creándose los Juzgados de Menores, y su disposición adicional primera otorgó al Gobierno plazo de 1 año para la presentación de un proyecto que reformara toda la legislación tutelar de menores, dicho proyecto no llegó a ser presentado.

En este escenario jurídico, los Jueces de Menores creados por la Ley Orgánica de 1985 se vieron enfrentados a tener que aplicar cotidianamente una normativa que muchos consideraban abiertamente inconstitucional. Así es como los Jueces de Menores de Tarragona, Madrid y Oviedo presentaron cuestiones de constitucionalidad en relación a algunas disposiciones de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

Por sentencia de 14 de Febrero de 1991 el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió las 5 cuestiones de constitucionalidad acumuladas presentadas por los Juzgados mencionados, declarando inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (además se declaró constitucional el artículo 16 en tanto se interpretara en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7º, y se desestimaron las demás cuestiones planteadas).

Frente al vacío en la regulación legal del procedimiento generado por la decisión del Tribunal Constitucional, se procedió al año siguiente (1992) a dictar una Ley Orgánica que reforma de manera urgente la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (que pasa a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores). Esta ley introdujo modificaciones no sólo procedimentales sino también sustantivas (el procedimiento se estructuró en tres etapas, se contempla el principio de oportunidad, la intervención de abogados y del Ministerio Fiscal, se creó la figura del Equipo Técnico que asesora al Juez y se fijó un plazo máximo de dos años a la medida de internamiento que puede decretar el Juez).

En la propia exposición de motivos de esta ley se señaló explícitamente su carácter de “reforma urgente que adelanta una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Estas medidas posteriores aún se encuentran en fase de proyecto y discusión, y lo cierto es que en el intertanto, a pesar de innegables avances contenidos en la Ley Orgánica de 1992, tal como señala Rocío Cantarero “al momento actual la legislación en la materia es,

básicamente, la vetusta y preconstitucional Ley de Tribunales Tutelares de Menores⁸⁵".

Las características y limitaciones de la situación actual en España se comprenden mejor si se tiene en cuenta que el fallo del Tribunal Constitucional no fue tan radical como uno pudiera imaginarse. De esta forma, hay que tener en cuenta que dicha sentencia afirmó que "El procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión con el artículo 24 de la Constitución Española si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta". En el fondo se siguió un criterio de tipo material, tendiente a comparar las consecuencias jurídicas de las medidas de esta Ley con las penas del Código Penal, pero en todo momento se afirmó que no eran totalmente equiparables.

Así, en el Fundamento Jurídico 7º, en relación al artículo 17 de la Ley (que es el que contempla las medidas aplicables) el Tribunal afirmó: "Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio del ius puniendi en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar importantes restricciones a la libertad del menor.

No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico

⁸⁵Cantarero Rocío, 1995, "Los Menores y el Derecho Penal", España, Ediciones Madrid pág.15.

que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución, en su contra, de las garantías de las que gozaría si no lo fuese”.

El modelo actualmente aplicable en España resulta ser una combinación de aspectos propios de la doctrina tutelar, con modificaciones a través de las que se han incorporado elementos propios de los modelos educativos y de responsabilidad.

De acuerdo a Esther Giménez Salinas y José de la Cuesta, condensando variadas críticas a la situación actual, “se opta por un sistema contradictorio, lleno de incoherencias ideológicas, sui generis, mezcla de aspectos penales y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad...(un sistema) que se esfuerza en construir un proceso penal respetuoso de las garantías procesales, pero que a pesar de eliminar parafernalias, trastornar con aquel pretexto las funciones naturales de no pocos órganos y remitir a las víctimas al orden civil demora y retrasa demasiado la intervención educativa, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio y la filosofía punitiva subyacente⁸⁶”

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y los desafíos planteados en materia de justicia juvenil: las lecciones de Estados Unidos y España.

Volviendo al momento presente, y teniendo en cuenta los 100 años de justicia juvenil, las implicancias de los dos casos emblemáticos son las siguientes:

Previo a ello, debemos tener en cuenta que entre el fallo Gault y el del Tribunal Constitucional español se inserta otro hecho histórico de

⁸⁶De la Cuesta, José Luis y Giménez-Salinas, Esther (1995), “Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, agosto.

importancia fundamental para todo el tema infancia y dentro de él para los temas relacionados con la responsabilidad penal de los jóvenes, nos referimos a la aprobación en 1989 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Este instrumento marca el punto más alto de reconocimiento de derechos a los niños, y se enmarca dentro del proceso de positivización de los derechos humanos que hemos presenciado a lo largo del siglo. En conjunto con otros instrumentos internacionales relativos (o aplicables) a la infancia, constituye la base de un nuevo paradigma o modelo en la consideración jurídica de la infancia, que en nuestro medio ha sido denominado de la Protección Integral.

Sin entrar a analizar todas las implicancias de este nuevo modelo, podemos señalar que el reconocer a los niños la calidad de sujetos de derechos trae aparejado que no se puede, bajo el pretexto de la protección de estas personas, vulnerar o restringir derechos.

Por eso mismo, la lógica de la protección de derechos no puede ser la misma que la de infracción de normas penales por el joven, y las vías de acción por parte del Estado deben ser adecuadamente separadas.

En palabras de Jaime Couso: "El niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce, cada vez en mayor medida, sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce un cierto grado de responsabilidad del joven por sus actos, que cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas, pueden conducir legítimamente a sanciones necesarias para prevenir ese tipo de atentados. Pero el Estado, en su actitud sancionatoria-preventiva, se encuentra con un ciudadano enfrente dotado de derechos y al que el

ordenamiento jurídico debe ofrecer los medios necesarios para garantizar dichos derechos⁸⁷".

Para los casos de infracción de normas penales, los artículos 37 y 40 de la CIDN reconocen una serie de derechos a los niños. Estos derechos corresponden por un lado a derechos propios de toda persona frente a la actividad punitiva del Estado, y por otro, a derechos específicos de los niños, que en virtud de su particular condición de personas en crecimiento, merecen una protección adicional en relación a las personas adultas. Creemos que el modelo que mejor obedece a los dictados de la CIDN y a la realidad de nuestros países es el de responsabilidad juvenil, por varias razones, entre las cuales tienen un peso primordial las siguientes: la responsabilidad es inherente a todas las personas, aunque se encuentre presente en diversos grados atendiendo a la fase de desarrollo de éstas; la responsabilidad permite ligar al sujeto con las consecuencias de su acto, y en ese sentido la responsabilización tiene un innegable valor educativo; la responsabilidad juvenil permite el vínculo entre un acto infractor de la ley penal con una consecuencia jurídica que es la imposición de una sanción a su autor, el reconocimiento del carácter sancionador de la respuesta estatal permite de entrada evitar confusiones respecto a la finalidad de esta intervención, y exige contemplar mecanismos jurídicos que permitan dar efectividad a los derechos de los niños en estas instancias; un sistema de responsabilidad juvenil permite terminar con la nefasta confusión entre situaciones de vulneración por niños de bienes jurídicos y/o derechos de otras personas y situaciones de desprotección de derechos de los niños, confusión de origen positivista y

⁸⁷Couso Jaime, "Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos", España ediciones independiente, 1998,pág. 76.

de consecuencias clasistas y criminalizantes que se encuentra en la base de todos los sistemas tutelares.

La discusión en torno a la adecuación de las legislaciones nacionales a la CIDN en esta materia ha sido considerable, a muchos les asusta el reconocimiento del carácter penal de las infracciones y de la respuesta estatal. Esto es comprensible si tenemos en cuenta el grado de deslegitimación y desprestigio que el derecho penal ha alcanzado en estos tiempos por su incapacidad para reducir el nivel de violencia en nuestras sociedades y por cumplir reales funciones de reproducción de la pobreza y ejercicio de control sobre los sectores más desfavorecidos de la población.

Pero en relación a esto hay que ser claros en afirmar que un sistema de responsabilidad juvenil acorde a los planteamientos de la CIDN y la protección integral debe necesariamente ser un derecho penal de mínima intervención, lo que implica despenalizar absolutamente las conductas de los niños por bajo cierto límite de edad (que en las propuestas y leyes implementadas suele variar entre los 12 y los 14 años), y consagrar para los adolescentes sujetos a este sistema un catálogo de infracciones menor que el equivalente adulto de conductas tipificadas en los códigos penales, contemplando en lo medular aquellas conductas que representen atentados graves contra derechos de otras personas. Un imperativo claro de la CIDN es reducir la privación de libertad al mínimo, operando siempre como último recurso y por el mínimo tiempo posible.

Además, una separación coherente de vías exige renunciar efectivamente a toda intervención coactiva en los casos de conductas delictivas cometidas por niños bajo la franja de responsabilidad especial (por el contrario, la tendencia ha sido en los países latinoamericanos a mantener una derivación automática a los sistemas de protección, lo cual es en

cierto modo una reminiscencia de la doctrina de la situación irregular y del paradigma etiológico de la criminología de inspiración positivista, pues se asume que tras toda infracción existe un déficit social o educativo).

Por otra parte, materialmente es claro que a los niños y adolescentes se les ha estado aplicando durante este siglo un sistema penal, tanto o más punitivo que el otro, y desprovisto de garantías. Ante la realidad de este “fraude de etiquetas⁸⁸” no es enteramente correcto que los sistemas de responsabilidad juvenil innoven en cuanto a la aplicación de penas a la infancia, más bien la novedad en esta área está dada por la aplicación de garantías.

La propuesta de este modelo ha sido definida por Rocío Cantarero en la siguiente forma: “...conservemos y amplíemos los avances en favor de la dignidad de la persona del moderno derecho penal y penitenciario, reduzcamos la pena privativa de libertad al mínimo y, en los casos en que sea imposible obviarla, desarrollemos en las mejores condiciones⁸⁹”. Es más, una fundamentación clave para la aplicación actual de un sistema penal a los adolescentes surge de la constatación práctica de que nuestras sociedades no están dispuestas a tolerar que cometan ciertas conductas graves y que de una forma u otra abierta o velada, a pretexto de protección o de cualquier otro en la actualidad se les sanciona⁹⁰.

Por eso, resulta imperativo que, mientras no se renuncie a la sanción, ésta se aplique al final de un procedimiento respetuoso de los derechos

⁸⁸Couso, Jaime “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”. En De la Tutela a la Justicia, varios autores. UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile. (1998),

⁸⁹Cantarero, Rocío “Los Menores y el Derecho Penal”. En Derecho Privado y Constitución(1995),, N° 7. pág. 24.

⁹⁰Couso, Jaime y otros Derecho Penal de Adolescentes: ¿Educación, Ayuda o Sanción?UNICEF/Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. (1999)

del joven, donde efectivamente se compruebe la comisión del hecho y su participación.

Sin perjuicio de esta consideración necesaria y realista, el autor comparte la idea de que el horizonte que debe guiar nuestros esfuerzos es el de la despenalización progresiva, con vista a la abolición del derecho penal, y en ese sentido la propuesta original de los “salvadores de la infancia” de sustraer a los niños del derecho penal es éticamente compartida, pero con todas sus consecuencias: debe tratarse de una despenalización efectiva, no de nuevos fraudes de etiqueta, y mientras esto no sea posible, lo que se aplique debe ser un sistema penal.

No es posible entrar aquí a tratar las discusiones acerca de las diversas formas de implementación de este modelo, cuyas principales materias son las de si en un sistema que se reconoce como punitivo se pueden atribuir o no finalidades socioeducativas a las medidas o sanciones y la del rol de la consideración de circunstancias personales y familiares del joven en la determinación de sanciones⁹¹.

Está comprobado que en nuestros países los sistemas de justicia de menores han operado como sucedáneo de políticas que remuevan en los sectores más vulnerables de la infancia los obstáculos para accederá todos los derechos que implica su ciudadanía plena (civil, política y social).

La lección que podemos extraer del caso Gault –contextualizando en todo caso que se dio en un escenario pre-CIDN– es que para los Estados no es tan costoso otorgan garantías procesales, y que si el complejo de

⁹¹Beloff, Mary “Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina, en Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Emilio García-Méndez y Mary Beloff,compiladores. Editorial Temis-Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires. (1998)

fundamentos del modelo no cambia sustancialmente, el resultado puede llegar a ser contraproducente: a los niños se les sanciona con la misma dureza que a los adultos, respetando formalmente las garantías del debido proceso.

El ejemplo español es más reciente, post-CIDN, y por eso debe ser muy tenido en cuenta por los países que estamos en pleno proceso de adecuación legislativa de las normas relativas a la infancia: para que operen garantías procesales básicas en los procedimientos relativos a jóvenes infractores no era necesario esperar a la aprobación de la CIDN, en rigor habría bastado para obtener este resultado la aplicación coherente de las normas constitucionales, que en ningún caso hacían excepción en su vigencia a las personas por debajo de cierta edad (al igual que las constituciones de los países latinoamericanos).

La protección integral de los derechos del niño exige ir mucho más allá del simple reconocimiento de las garantías de que gozan los adultos, hacia el diseño de un modelo de responsabilidad juvenil garantista que tome en cuenta las especificidades de los jóvenes y se oriente por principios de oportunidad e intervención mínima, y la exigencia no se agota aquí. Como ha señalado Mary Beloff (op. cit., 1998, y en numerosas intervenciones orales), la adecuación a los artículos 37 y 40 no es una adecuación a la CIDN como un cuerpo integral. Una reforma que se circunscriba a los aspectos de administración de justicia y no aborde todos los demás desafíos que plantea la protección integral de los derechos del niño, sobre todo en materia de políticas sociales, conlleva el grave peligro de colapso y deslegitimación de los sistemas de responsabilidad juvenil, puesto que la situación irregular continua actuando de forma criminalizadora reclutando entre las capas pobres de

la población infante juvenil la futura clientela de los sistemas de responsabilidad juvenil y de justicia penal de adultos.

Sólo con una reforma integral y sustantiva a nuestras sociedades se estarán tomando en serio el imperativo ético y político de la CIDN y de los derechos humanos, y la protección integral de los derechos del niño podría pasar a ser efectivamente un paradigma que plantea un nuevo proyecto de sociedad.

Una reflexión importante a la luz de la evolución sufrida en este siglo por los sistemas de justicia juvenil, es que luego de la CIDN no es posible realizar maquillajes a los sistemas basados en la situación irregular, por más que impliquen dotar a los procedimientos de las mismas garantías que tienen los adultos acusados de cometer delitos. Estamos obligados a ir más allá.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Determinación de los métodos a utilizar

Histórico

Este método permitió realizar vinculaciones de las distintas etapas de la protección integral, sucesión cronológica, evolución y desarrollo en la aplicación de adolescentes infractores.

Lógico

Se aplicó en el razonamiento lógico del tema que se investiga, lo que permitió determinar las causas por las cuales los adolescentes infractores no reciben protección integral de parte del Estado.

Inductivo

A través de este método se obtuvo los datos y la información necesaria sobre los hechos considerados en la investigación. Para el efecto, se partió del análisis doctrinario y jurídico de casos concretos y particulares que se generan por la falta de reforma del Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Deductivo

Mediante este método se realizaron los estudios bibliográficos en torno a las variables de la hipótesis de trabajo, considerando como marco de referencia conceptual la fundamentación histórica, doctrinaria, jurídica, de las políticas de protección integral (Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia), situación que permitió inferir de manera objetiva aspectos

puntuales y particulares de la investigación y que están contenidos en las conclusiones y recomendaciones

3.2. Diseño de la Investigación

Se aplicaron los siguientes tipos de investigación: científica, descriptiva, bibliográfica y de campo.

Investigación Científica

Es un tipo de investigación que por estar compuesta de un conjunto de procedimientos y técnicas que se utilizan en forma sistemática en el proceso, permitió obtener resultados eficaces y además descubrir nuevos conocimientos de la realidad donde se aplicó la investigación de campo, bibliográfica o jurídica, pues ayudó a:

- Comprobar y demostrar en problema
- Formular hipótesis y comprobarla
- Recopilar datos
- Analizar resultados.

Investigación descriptiva

Se describe los datos de la investigación de campo, con los cuales se llegó a la comprobación de la hipótesis.

Investigación bibliográfica

Con esta investigación se tuvo acceso a la información requerida de los diferentes textos jurídicos analizados, dígame: Códigos, Leyes, Constitución de la República del Ecuador, doctrina, páginas de Internet, tesis, revistas científicas, datos estadísticos, entre otros.

Investigación de campo

Mediante esta investigación se obtuvo datos e información generados en el lugar donde se delimitó el objeto de estudio; es decir, en contacto con los actores (Abogados en libre ejercicio, Estudiantes de Derecho involucrados en la investigación, y Jueces de la Niñez y Adolescencia).

3.3. Población y Muestra

Población

El Universo de la población comprendió el número total de abogados en libre ejercicio profesional (115), dos Jueces de la Niñez y Adolescencia, 20 estudiantes de la Carrera de Derecho encuesta que lo realice mediante un formulario y cuestionario de preguntas previamente elaboradas

Muestra

Para determinar el tamaño de la muestra se aplicó la siguiente fórmula.

$$n = \frac{Z^2 pqN}{e^2 (N - 1) + Z^2 pq}$$

Donde

P = Probabilidad de que el evento ocurra 50%

Q = Probabilidad de que el evento no ocurra 50%

Z = Margen de error 1.96%

E = Error de estimación 5%

N = Población 115 abogados y 20 estudiantes de derecho

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.50 \times 0.50 \times 135}{0.05^2 (135 - 1) + 1.96^2 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{3.8416 \times 0.50 \times 0.50 \times 135}{0.0025(134) + 3.8416 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{129.6}{0.335 + 0.96}$$

$$n = \frac{12.6}{1.295} = 100$$

El tamaño de la muestra, fue de 115 abogados en libre ejercicio profesional, a los cuales se suman dos jueces de la Niñez y Adolescencia, 20 estudiantes de la Carrera de Derecho.

Esta es la población a la que se aplicarán las encuestas y entrevistas.

3.4. Técnicas e instrumentos de la investigación

La recolección de datos e información se realizó a través de encuestas y entrevistas.

Investigación descriptiva.- Con la cual se describen los datos de la investigación de campo realizada, con los cuales llegue a la comprobación de la hipótesis.

Encuesta.- Esta técnica se aplicó a los 115 abogados en libre ejercicio profesional, y como instrumento se empleó un cuestionario de preguntas cerradas, y a 20 estudiantes de la Carrera de Derecho

Entrevistas.- Fueron aplicadas a Jueces de la Función Judicial del Cantón Quevedo y Cantón La Maná y como instrumento se utilizó la guía de entrevista.

3.5. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos

Los instrumentos de investigación para la recolección de datos, el cuestionario y la guía de la entrevista fueron sometidos, primeramente a la revisión del Director de tesis, lo que permitió mejorar sustancialmente la confiabilidad de los instrumentos y con la aplicación de una prueba piloto se corrigió cualquier sesgo que pudiera afectar la validez y confiabilidad.

3.6. Técnicas del procesamiento y análisis de datos

Observación Directa.-

La observación es un elemento fundamental de todo proceso investigativo, por lo cual en las encuestas obtuve el mayor número de datos.

La encuesta.-

Para el procesamiento y análisis de datos, se utilizan cuadros en Word, donde se consideran como datos: Las Variables, Frecuencia y el porcentaje; además se realizan gráficos en Excel para demostrar los porcentajes.

Entrevistas.-

Realizadas a Jueces de la Función Judicial del Cantón Quevedo y Cantón La Maná.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1. Análisis e interpretación de Gráficos y Resultados

4.1.1. Encuesta a Profesionales en Derecho, Estudiantes de derecho

Pregunta 1.- ¿Considera Usted que el Estado es ineficiente al aplicar medidas de protección integral a adolescentes infractores?

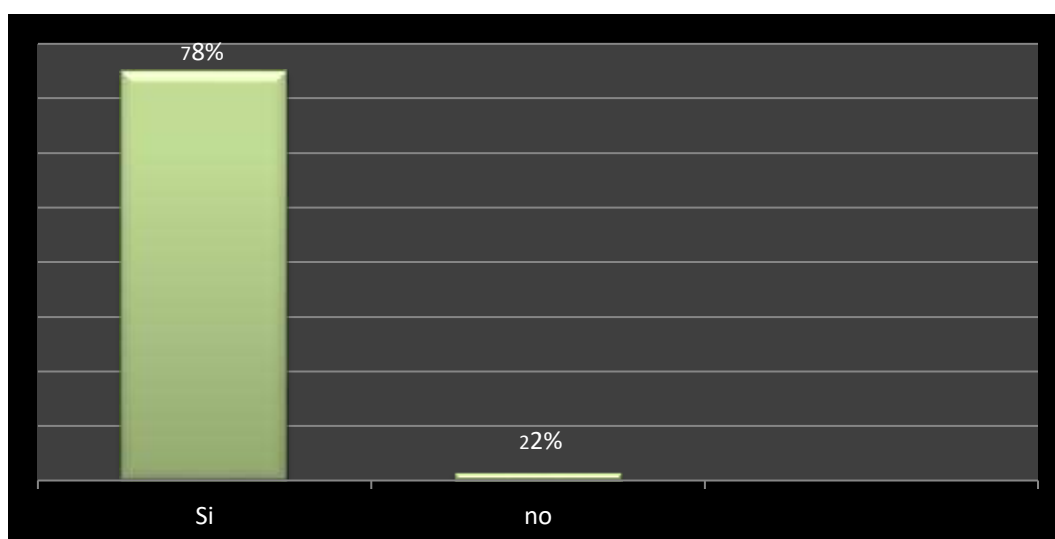
Cuadro N°-1 El Estado es ineficiente para aplicar medidas de protección integral

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	78	78 %
No	22	22 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados y estudiantes de derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-1 El Estado es ineficiente para aplicar medidas de protección integral



Análisis e Interpretación:

En el cuadro y grafico N-1, el 78% de los encuestados considera que el Estado es ineficiente al aplicar medidas de protección integral a adolescentes infractores, el 22% considera que no. En el marco de la convención de los Derechos del niño, la Constitución de la República del Ecuador y el Código de la Niñez y Adolescencia, deben señalar políticas de protección efectivas para los a adolescente infractores, de que permitan su incorporación a la sociedad.

Pregunta 2.- ¿Cree Usted que los adolescentes infractores deben ser procesados por una Justicia Especializada?

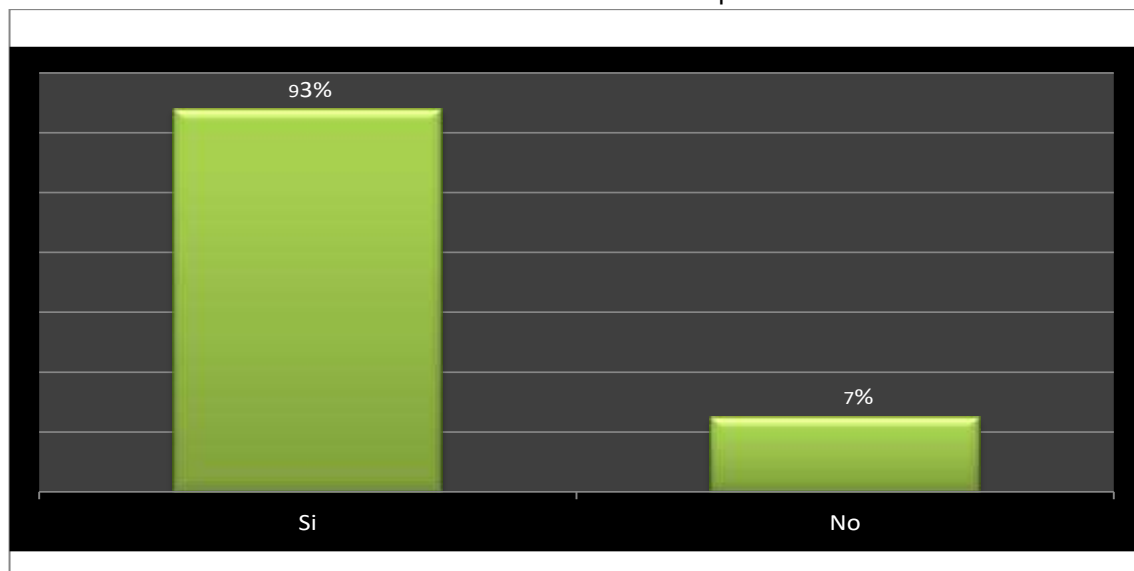
Cuadro N°-2 Adolescentes infractores procesados por una Justicia Especializada

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	93	93 %
No	7	7 %
Total	100	100 %

Fuente: Encuesta aplicada a Abogados y Estudiantes de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-2 Adolescentes infractores merecen Justicia Especializada



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 2, el 93% de los encuestados considera que los adolescentes infractores deben ser procesados por una Justicia especializada, el 7% considera que no. La especialidad debe aplicársela para garantizar que el Juzgamiento sea realizado con objetividad.

Pregunta 3.- ¿Considera Usted que es violatorio a los derechos, de los adolescentes infractores la falta de aplicabilidad de la protección integral?

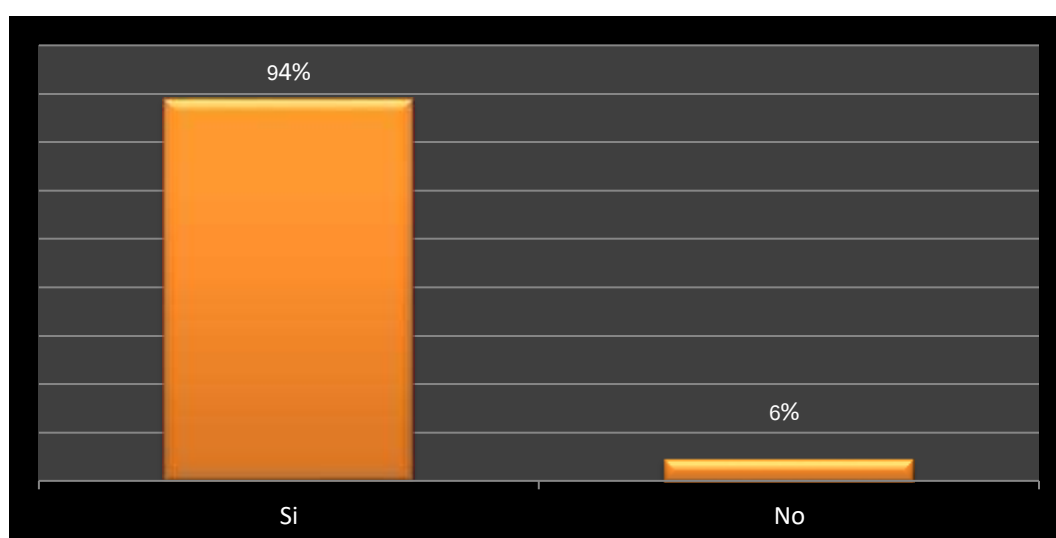
Cuadro N°- 3 Violación de derecho de adolescentes infractores la falta de aplicabilidad de la protección integral

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	94	94 %
No	6	6 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a la ciudadanía

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°- 3 violación de Derecho ante la falta de aplicabilidad de la protección integral a adolescentes infractores



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 3, el 94% de los encuestados considera que sí es violatorio a sus derechos de los adolescentes, la falta de aplicación de adolescentes infractores, el 6% considera que no, los derechos de niños, niñas y adolescentes con la Convención de los Derechos del niño y el nuevo ordenamiento Constitucional, garantiza que éstos sean tratados como sujetos de Derechos.

Pregunta 4.- ¿Conoce Usted en que consiste la aplicación de la Doctrina de Protección Integral?

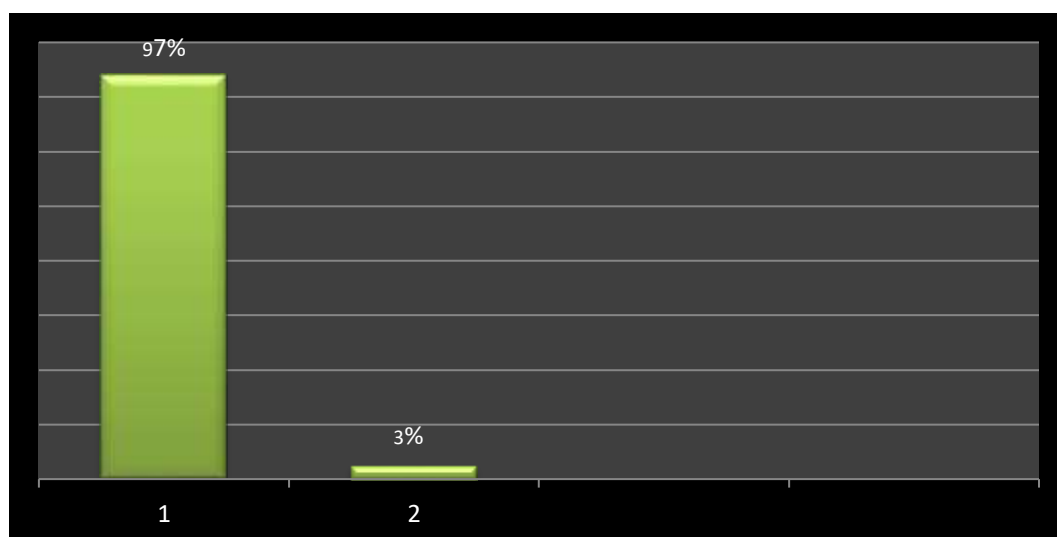
Cuadro N°-4 conocimiento de la Doctrina de Protección Integral

Variables	Frecuencias	Porcentaje
Si	97	97 %
No	3	3 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los abogados y estudiantes de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-4 conocimiento acerca de la Doctrina de Protección Integral



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-4, el 97% de los encuestados manifiesta que sí conocen la aplicación de las Doctrinas de Protección Integral, el 3% considera que no, lamentablemente el desconocimiento no garantiza el goce de la misma por parte de los niños, niñas y adolescentes.

Pregunta 5.-¿Considera Usted necesario reformar el Ar.193agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia respecto de la protección Integral a adolescentes infractores?

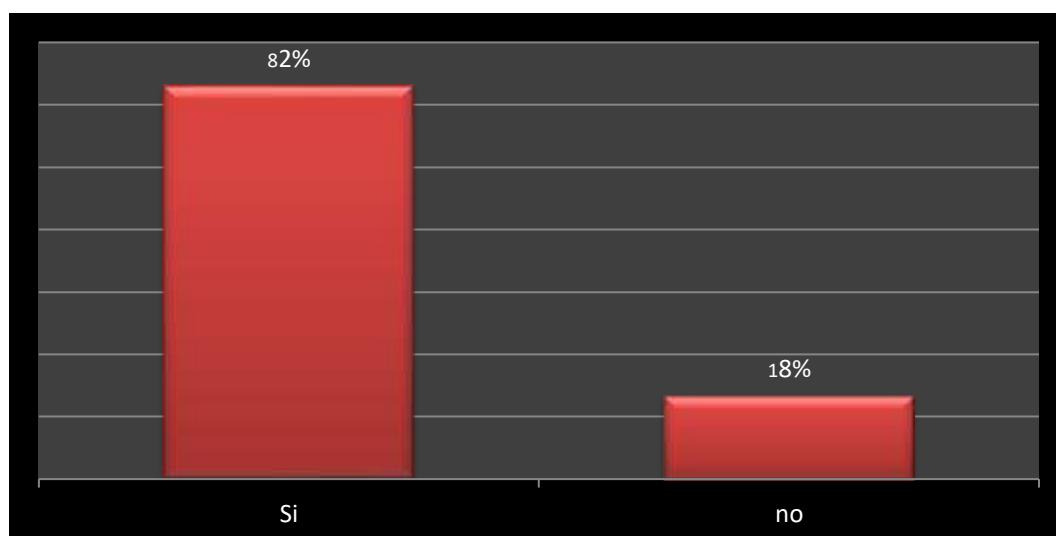
Cuadro No-5 necesidad de reformar el art. 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	82	82 %
No	18	18 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los abogados en libre ejercicio de su profesión y Estudiante de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-5 necesidad de reformar el art. 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-5, el 82% de los encuestados considera que sí es necesario reformar el Artículo 193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia en lo que tiene relación a la Protección Integral, el 18% considera que no.Reformar el Código de la Niñez y Adolescencia en el sentido de adoptar políticas acordes que protejan al adolescente infractor.

Pregunta 6.- ¿Cree Usted que la falta de control de los padres es motivo de que los adolescentes cometan delitos?

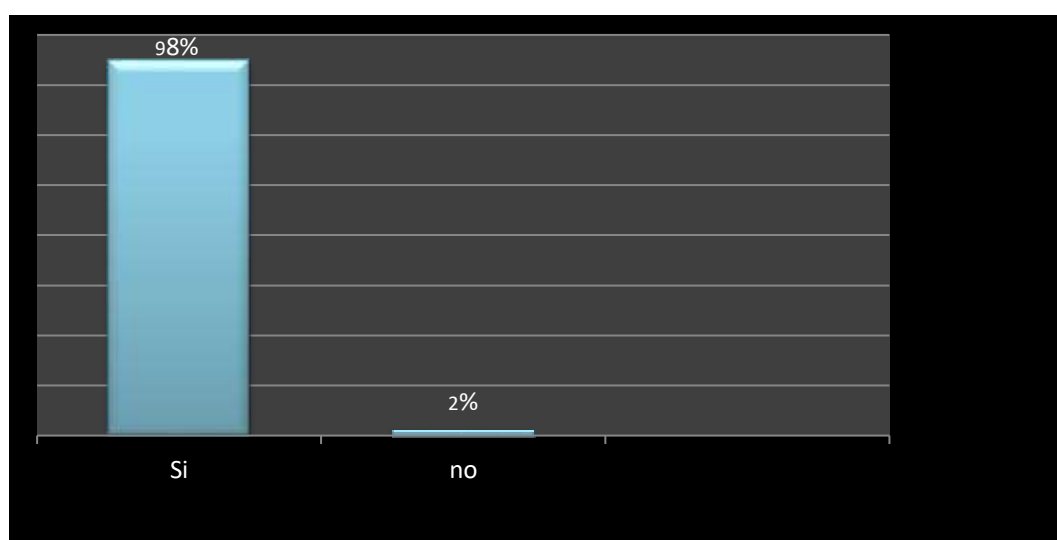
Cuadro No-6 falta de control de padres es motivo para que adolescentes cometan delitos

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	98	98%
No	2	2%
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los abogados en libre ejercicio y estudiantes de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-6 falta de control de padres es motivo para que adolescentes cometan delitos



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-6, el 98% de los encuestados considera que sí es motivo la falta de control de los padres para que los adolescentes cometan delitos, el 2% considera que no, dejarlos solos y no realizar controles adecuados, ha sido motivo para que los adolescentes cometan actos delictivos.

Pregunta 7.- ¿Piensa Usted que los adolescentes infractores son inducidos por terceras personas a cometer delitos?

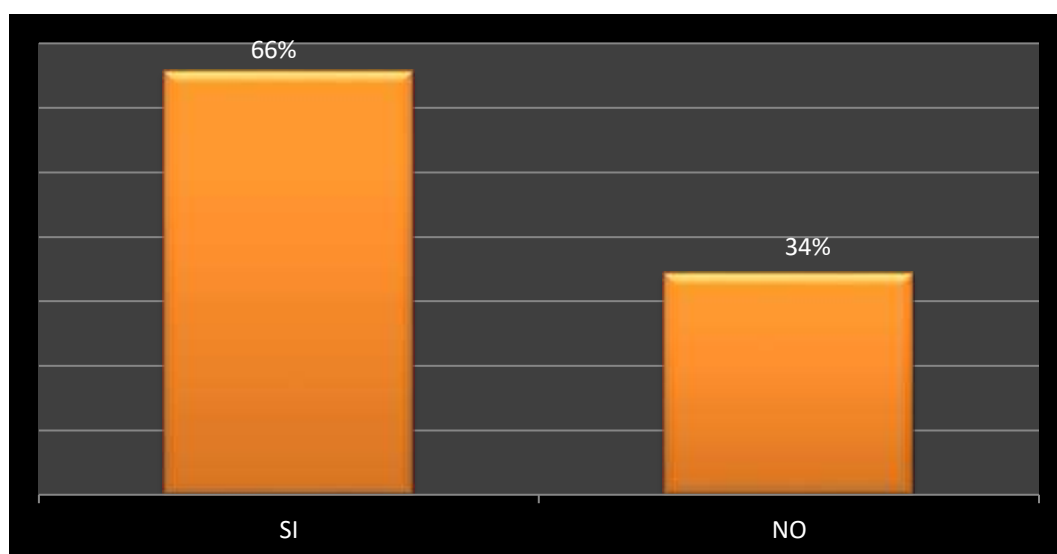
Cuadro No-7 Adolescentes son inducidos por terceras personas a cometer delitos

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	66	66%
No	34	34%
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Abogados y Estudiantes de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-7 Adolescentes son inducidos por terceras personas a cometer delitos



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-7, el 66% de los encuestados considera que los adolescentes infractores sí son inducidos por terceras personas a cometer delitos, el 34% considera que no. Los adultos delincuentes inducen a los adolescentes a cometer delitos por diversas circunstancias, ante esto se debe tomar medidas adecuadas a fin de lograr mayor control por parte de del Estado, la sociedad y la familia.

Pregunta 8.- ¿La falta de centros especializados para tratar a adolescentes infractores, induce a estos a no mejorar su conducta?

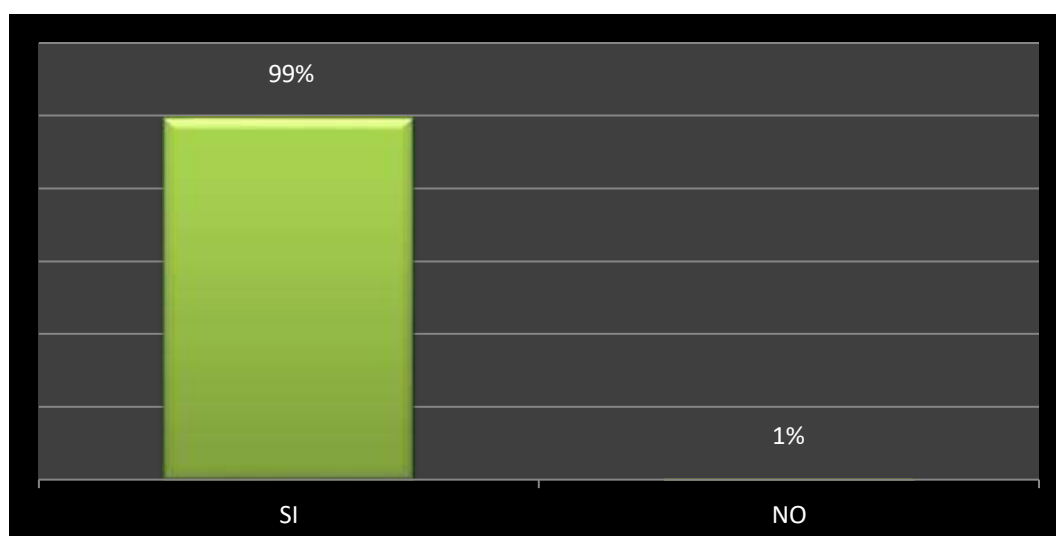
Cuadro N°-8 Falta de centros especializados induce a adolescentes infractores a no mejorar su conducta

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	99	99 %
No	1	1 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Abogados en libre ejercicio de su profesión y Estudiantes de derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-8 Falta de centros especializados induce a adolescentes infractores a no mejorar su conducta



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-8, el 99% de los encuestados considera que sí incide en la conducta la falta de centros especializados para tratar a adolescentes infractores, el 1% opina que no. Al no existir centros especializados para tratar a menores infractores, sí incide en la conducta de éstos su tratamiento integral.

Pregunta 9.- ¿Cree Usted que se deben crear centros especializados para tratar a adolescentes infractores?

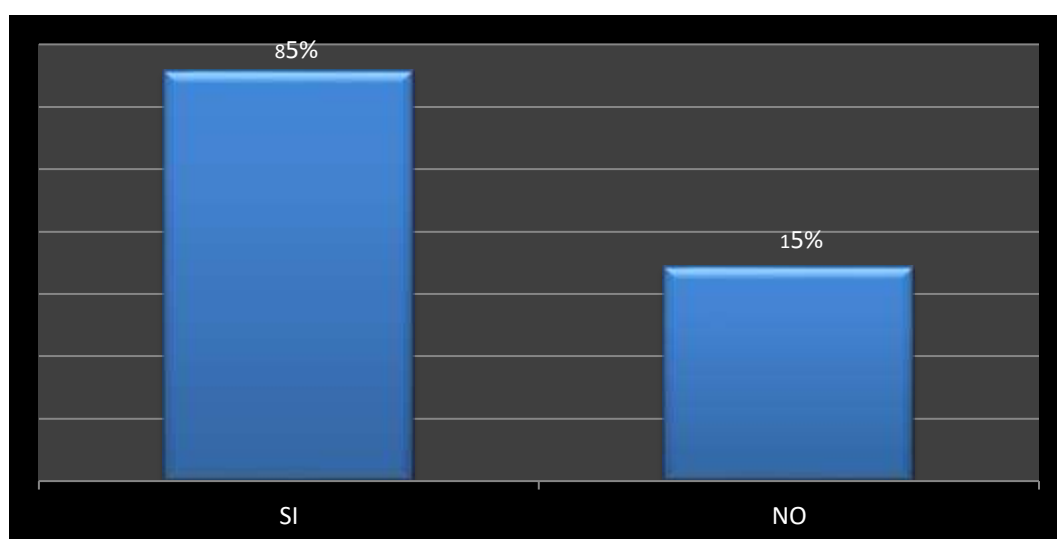
Cuadro N°-9 creación de centros especializados para tratar a adolescentes infractores

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	85	85 %
No	15	15 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Abogados y Estudiantes del Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-9 Creación de centros especializados para tratar a adolescentes infractores



Análisis e interpretación:

En el cuadro y figura N-9, el 85% de los encuestados considera que sí es necesario crear centros especializados para tratar a menores infractores, el 15% considera que no, las juntas de protección de derechos y los Gobiernos Autónomos Descentralizados de cada Cantón deben crear centros especializados exclusivos para tratar a menores infractores ya que éstos no existen.

Pregunta 10.- ¿Considera que existe descuido de la familia hacia los adolescentes infractores?

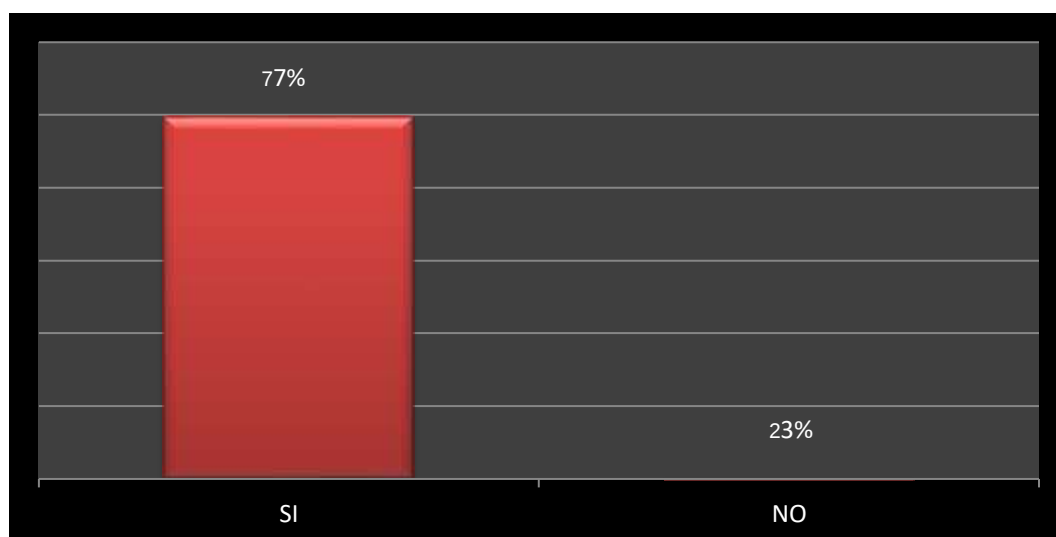
Cuadro N°-10 descuido de la familia a adolescentes infractores

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	77	77 %
No	23	23 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Abogados y Estudiantes de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-10 Descuido de la familia a adolescentes infractores



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-10, el 77% de los encuestados considera que si existe descuido de la familia hacia el adolescente infractor, el 23% contesto que no. Esta realidad nos lleva a emprender urgente cambios en la sociedad y el Estado para diseñar programas y políticas tendientes a poner en práctica medidas adecuadas para la reeducación del adolescente infractor.

Pregunta 11.- ¿Cree que la sociedad excluye a los adolescentes infractores?

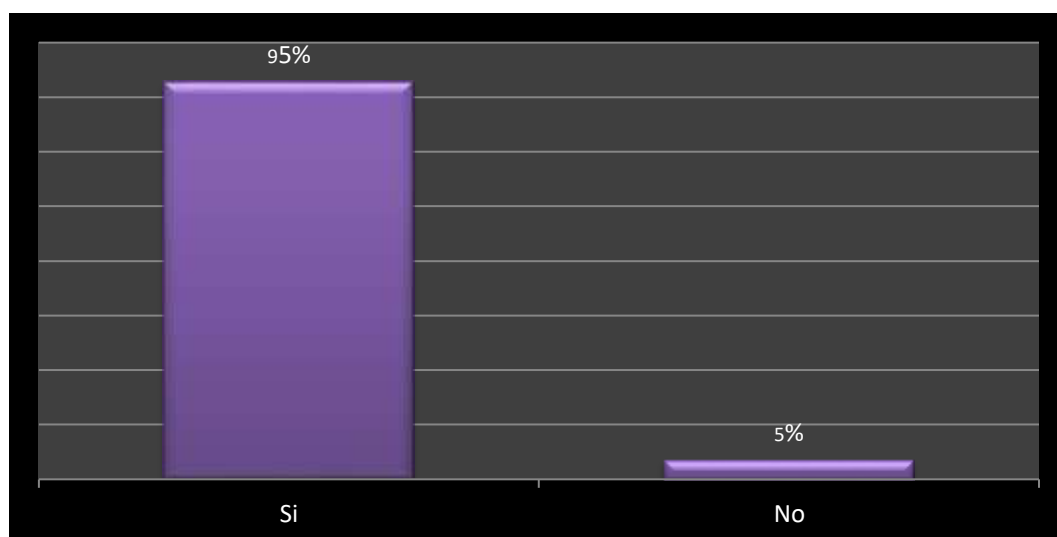
Cuadro N°-11 exclusión de la sociedad a adolescentes infractores

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	95	95 %
No	5	5 %
Total	100	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Abogados y Estudiante de Derecho

Elaborado por: la Autora

Gráfico: N°-11 exclusión de la sociedad a adolescentes infractores



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-11, el 95% de los encuestados considera que la sociedad sí excluye a los adolescentes infractores, el 5% opina que no. Resulta imprescindible adoptar medidas de reinserción del adolescente infractor a la sociedad.

a) Resultados de las encuestas dirigidas a Abogados y estudiantes de Derecho

No.	Cuestionario	SI	%	NO	%	Total	%
1	¿Considera Usted que el Estado es ineficiente al aplicar medidas de protección integral a adolescentes infractores?	78	78	22	22	100	100
2	¿Cree Usted que los adolescentes infractores merecen que su juzgamiento lo haga una justicia especializada?	93	93	7	7	100	100
3	¿Considera Usted que es violatorio a sus derechos la falta de aplicabilidad de la protección integral a adolescentes infractores?	94	94	6	6	100	100
4	¿Conoce Usted en que consiste la aplicación de la doctrina de protección integral?	97	97	3	3	100	100
5	¿Considera Usted necesario reformar el Art.193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia respecto de la protección Integral a adolescentes infractores?	82	82	18	18	100	100
6	¿Considera Usted que la falta de control de los padres es motivo de que los adolescentes cometan delitos?	98	98	2	2	100	100
7	¿Considera Usted que los adolescentes infractores son inducidos por terceras personas a cometer delitos?	66	66	34	34	100	100
8	¿La falta de centros especializados para tratar a adolescentes infractores induce a estos a no mejorar su conducta?	99	99	1	1	100	100
9	¿Cree Usted que se deben crear centros especializados para tratar a adolescentes infractores?	85	85	15	15	100	100
10	¿Considera Usted que existe descuido de la familia hacia los adolescentes infractores?	77	77	23	23	100	100
11	¿Considera Usted que la sociedad excluye a adolescentes infractores?	95	95	5	5	100	100
	TOTAL	964	88%	136	12%	1100	100%

4.1.2. Entrevistas

a) Entrevista realizada al Sr Juez. Ab. Jacinto Jefferson Nazareno Copette

Juez Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos en Quevedo.

1.- ¿Considera usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?

No se está aplicando, pero se debería crear centros de internamiento para menores en conflicto con la Ley.

2.- ¿Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?

Pienso que a partir de los 16 años deberían considerarse imputables pero con penas menos rígidas hasta la edad de los 21 años.

3.- ¿Que opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?

Opino que hacen falta centros especializados los cuales deberían crearse en cada capital de provincia del País. La falta de estos centros produce la violación de los derechos del menor.

4.- ¿Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?

En la actualidad no se cumple con estas, pues no alcanzan cumple con los estándares de internamiento, de centros de la Ciudad de Quevedo, lo cual perjudica al adolescente infractor

Comentario el señor Juez de la Niñez y Adolescencia del Cantón Quevedo, en la entrevista, considera que hace falta centros de internamiento locales, y que a los adolescentes infractores menores de dieciséis años debería de corregir con penas menos rígidas.

b) Entrevista realizada al Sr Juez Dr. Edwin Javier Valle Robayo

Juez Tercero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, Cantón la Maná.

1.- ¿Considera Usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?

No se aplica como se debería por que hace falta una Justicia especializada para esta acción de protección.

2.- ¿Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?

Considero que a los menores infractores debe dárseles oportunidades para que se reinseren a la sociedad, porque a un no tienen su criterio formado para imputarles un delito.

3.- ¿Que opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?

Considero que el Estado como Garantista de los derechos de los menores infractores, debe crear verdaderos centros de internamiento en las Capitales de cada Provincia, para que sus familiares lo puedan visitar con más frecuencia y no se sientan solos o abandonados.

4.- ¿Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?

No. tiene garantías porque no existe una verdadera rehabilitación de los adolescentes infractores, es muy distinta a las garantías existentes en nuestra Carta Magna.

Comentario: El señor Juez de la Niñez y Adolescencia del Cantón la Maná, considera que debe darse la oportunidad a estos chicos para que se reinseren a la sociedad, porque aún no tienen su criterio formado, y que se debería de crear centros de internamientos locales para que su familia los pueda visitar y no se sientan abandonados.

Ficha de observación

CENTRO DE ADOLESCENTE VARONES INFRACTORES DE GUAYAQUIL (CAI)		Cód.N°000567
CALLES BABAHOYO Y CALICUCHIMA		
Menores aislado sin acceso a visitas		
Menores que se encuentran mezclados con otros muchachos que les causan daño a los más Pequeños		
Las condiciones físicas del Centro no son adecuadas		
Muchos duermen en el piso, no son bien alimentados, las condiciones sanitarias no son las mejores		
Es urgente la creación de verdaderos centros socios educativos, con personales especializados, que estos niños estén en mejores condiciones, son seres humanos con igual o mejor dignidad que los adultos. No hay necesidad de separarlos de su entorno completamente, la convención de los Derechos de los niños es muy clara con respecto a la privación de libertad como última instancia, un aislamiento por el menor tiempo posible.		

4.2. Comprobación de la Hipótesis

El análisis de los datos, permitió realizar la interpretación de los mismos, los cuales los presento en cuadros y gráficos, donde el 84% de los encuestados manifestaron afirmativamente a las preguntas planteadas, lo cual permitió a la comprobación de la hipótesis; esto es, que el Estado es ineficiente en la aplicación de políticas de protección integral a adolescentes infractores; pues éstos deben ser Juzgados por Jueces especializados; es violatorio a sus derechos la falta de aplicación de protección integral a menores infractores, por lo que se debe reformar el artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia; que existe falta de control en los padres; que los adolescentes son inducidos por terceras personas a cometer delitos; que faltan centros especializados para rehabilitar a adolescentes infractores, que existe descuido familiar y que viven en una sociedad excluyente, por lo cual la hipótesis planteada a saber: “La reforma al Artículo 193 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es positiva pues incidirá en dictar políticas públicas de protección Integral a adolescentes infractores”;

4.3. Reporte de la investigación

La presente investigación se realizó en base al siguiente procedimiento metodológico:

La selección del tema fue producto de un estudio analítico, Doctrinario y Jurídico del Artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual causa controversia Jurídica al no haber políticas públicas para la protección integral a adolescentes infractores, por lo que creí oportuno profundizar en su estudio y análisis, a efecto de plantear una propuesta de reforma.

Analizada la controversia Jurídica que causa el Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia respecto de la protección integral a adolescentes infractores, procedí a la formulación del Objetivo General y Específicos la hipótesis, lo cual ayudó a orientar la investigación empírica y bibliográfica.

La elaboración del marco teórico, se realizó en base a una cuidadosa selección de los contenidos, lo cual permitió investigar en diferentes campos: Doctrinario, Jurídico y Derecho comparado, para lo cual se recurrió a fuentes bibliográficas secundarias, como: libros, revistas, artículos periodísticos, leyes, entre otros. Un marco teórico hace posible comprensión objetiva del tema investigado.

La recolección de información y datos se obtuvo mediante la aplicación de encuestas a los Abogados y Estudiante de Derecho del cantón Quevedo y también entrevistas a Jueces del cantón Quevedo y la Maná, lo cual me permitió obtener datos que fueron analizados, e interpretados y representados sus porcentajes en cuadros y gráficos de barras, Resultados que a su vez me permitieron, comprobar la hipótesis y formular las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- Se realizó un estudio doctrinario, jurídico y empírico de la normativa que reprime las medidas de protección Integral a adolescentes infractores no se cumplen por parte del Estado, por lo cual su nivel de vida es inadecuado.
- Se llegó a determinar las causas de protección de los Adolescente infractores por lo que deben ser Juzgados por Jueces especializados, así está establecido en la Convención de los derechos del Niño.
- Se estableció la necesidad de incrementar un numeral al (Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia), para la aplicación de medidas de protección Integral adolescentes infractores.
- Los resultados de la investigación de campo aplicada mediante encuestas y entrevistas, permitieron comprobar que la hipótesis planteada en la investigación es positiva, por tanto se acepta.
- Se elaboró una propuesta de reforma al Art. 193, del Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo en los Considerandos y Exposición de motivos los fundamentos jurídicos, sociales y políticos que caracterizan el momento histórico que vive el país.

5.2. Recomendaciones

- Que se debe actualizar el estudio doctrinario y jurídico de las normas jurídicas para reformar el artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de determinar con claridad un Marco Jurídico que Garantice sus Derechos.
- Es necesario determinar con objetividad las causas y consecuencias la falta de reformas jurídicas que garanticen la Justicia Especializada en la aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia
- Que la Asamblea Nacional reforme el Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de que existan políticas de reinserción de los menores infractores a la sociedad, para evitar la exclusión de los mismos.
- Que se realicen investigaciones de campo de manera periódica, a fin de conocer las causas y consecuencias de las situaciones de las medidas de protección Integral deben contener aspectos fundamentales que permitan al menor infractor reinsertarse a la sociedad.
- En las proyecciones de toda investigación jurídica, es importante abordar un cuerpo de doctrina que sea susceptible de utilizar como fuente de conocimiento científico, y que presente ideas generales básicas y útiles que sirvan de guía a los lectores y estudiosas del Derecho.

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA

6.1. Título

Proyecto de ley Reformatoria al Artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia agregando un numeral.

6.2. Antecedentes

La responsabilidad jurídico-penal, consiste en la obligación que tiene un sujeto imputable de sufrir las consecuencias derivadas de la perpetración de un hecho socialmente peligroso y antijurídico. Se deduce entonces, que no a toda persona puede exigírsele responsabilidad penal; sino únicamente cuando se trate de un sujeto imputable por reunir ciertos requisitos, tales como la capacidad de auto determinarse (voluntad) y de comprender la ilicitud de sus actos (conciencia).

Para que un individuo sea penalmente imputable, se requiere tanto un determinado nivel de salud mental, como una cierta madurez de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas. Por esta razón, el Código Penal establece que “No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer”. Entonces, si la salud mental del individuo estaba gravemente disminuida o anulada, se dice que el individuo es un inimputable.

Un menor de edad, al no poseer cierta madurez mental, es también inimputable; la minoría de edad no consiste en una perturbación patológica, sino en una realidad biológica. Por esta consideración, el Art. 307 del Código de la Niñez y Adolescencia estatuye que los niños son

absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas.

6.3. Justificación

El Código de la Niñez y Adolescencia es el cuerpo legal encargado del Juzgamiento de adolescentes infractores, lo cual no permite que exista más rigurosidad en la sanción de la infracción, llegando quizás de forma indirecta a que la víctima no se sienta satisfecha con la sanción impuesta al adolescente infractor.

Es difícil, pues, que se presente más rigurosidad en la sanción o como se lo conoce en el Código de la Niñez y Adolescencia de medidas socioeducativo, ya que este código busca la protección de los niños y adolescentes, haciendo que sus derechos se cumplan.

La importancia de reformar el art. 193 del Código de la Niñez y adolescencia, agregando un numeral, radica en que los adolescentes infractores, cuenten con un proceso de Juzgamiento especial, donde las autoridades competentes, para llevar estos casos, están llamados a buscar la equidad de los derechos para las dos partes, permitiendo que el adolescente infractor sea responsable de la infracción cometida, a su vez aplicando las medidas de protección integral a las cuales tiene derecho.

6.4. Síntesis del Diagnóstico

Toda reforma siempre está asociada a un problema social, a los aspectos técnicos, científicos y culturales que sobre dichos problemas se han desarrollado, a las respuestas que se dan para ser puestas en práctica.

Sin el perjuicio que significa poder caracterizar el problema de los menores infractores en el país, la incursión de jóvenes en las diferentes actividades violentas e ilícitas es compartida en muchos países de

América y del mundo donde se encuentra latente este problema, es por esto que se debe desarrollar una propuesta de reforma al Artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia para hacer efectiva las garantías de otorgar al adolescente infractor medidas eficaces de protección integral.

6.5. Objetivos

6.5.1. General

Plantear propuesta de reforma al Artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia agregando un numeral.

5.5.2. Específico

Redactar la propuesta de un nuevo numeral al Artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Realizar una exposición de motivos donde se fundamenten las razones sociales, políticas y económicas de la propuesta de reforma

Presentar a la Asamblea Nacional la reforma planteada para su discusión y aprobación.

6.6. Descripción de la Propuesta

El Código de la niñez y Adolescencia determina como principios básicos la vigencia de los derechos de los niños, y modernización del Estado, la descentralización, la protección integral, la adecuación de la legislación nacional a los compromisos internacionales, una respuesta efectiva a las

violaciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la corresponsabilidad de la Sociedad, Familia y Estado, la inclusión social de la Niñez y Adolescencia, con capacidad de ejercer y demandar la aplicación de sus derechos, el reconocimiento a los niños como sujetos de derecho y no como objetos de protección y el reconocimiento de todas las garantías procesales para adolescentes infractores.

6.6.1. Desarrollo

ASAMBLEA NACIONAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que, es deber del Estado formular políticas que garanticen el acceso sin dilaciones a la Justicia,

Que, el Estado tiene la finalidad de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad,

Que, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, Administrativo o Judicial, de oficio o a petición de parte,

Que, para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley,

Que, los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento,

Que, en materia de derechos y Garantías Constitucionales, las servidoras y servidores públicos, Administrativos o Judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia,

Que, el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento,

Que, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución,

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, “se refieren a que el Estado, la sociedad y la familia promoverá 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”.

Que, el artículo 45 de la Constitución, dispone que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos además de los

específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;

Que, el artículo 175 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe:“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 adolescentes infractores”,

En uso de sus atribuciones constitucionales contenida en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide el siguiente:

Reformatoria al artículo 193 Código de la Niñez y Adolescencia, agregando un numeral.

Código de la Niñez y Adolescencia artículo 193 vigente:

Art. 193.- Políticas de Protección integral.- Las políticas de protección integral son el conjunto de directrices de carácter público; dictadas por los organismos competentes, cuyas acciones conducen a asegurar la protección integral de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia. El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia contempla cinco tipos de políticas de protección integral, a saber:

1. Las políticas sociales básicas y fundamentales, que se refieren a las condiciones y los servicios universales a que tienen derecho todos los

niños, niñas y adolescentes, de manera equitativa y sin excepción, como la protección a la familia, la educación; la salud, la nutrición, la vivienda, el empleo de los progenitores y la seguridad social, entre otras;

2. Las políticas de atención emergente, que aluden a servicios destinados a la niñez y adolescencia en situación de pobreza extrema, crisis económico-social severa o afectada por desastres naturales o conflictos armados;

3. Las políticas de protección especial, encaminadas a preservar y restituir los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de amenaza o violación de sus derechos, tales como: maltrato, abuso y explotación sexual, explotación laboral y económica, tráfico de niños, niños privados de su medio familiar, niños hijos de emigrantes, niños perdidos; niños hijos de madres y padres privados de libertad, adolescentes, infractores, niños desplazados, refugiados o con discapacidades; adolescentes embarazadas, etc.;

4. Las políticas de defensa, protección y exigibilidad de derechos, encaminadas a asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

5. Las políticas de participación, orientadas a la construcción de la ciudadanía de niños, niñas y adolescentes.

Los Planes de Protección Integral que se diseñen para alcanzar las finalidades de las políticas de protección integral de los derechos de niños, niñas, y adolescentes deben contemplar la acción coordinada de todos los entes responsables, en el ámbito nacional y local, de manera de optimizar los recursos y esfuerzos que se realizan.

Código de la Niñez y Adolescencia artículo 193 reformado:

Art. 1.- agréguese en el artículo 193 del Código de la Niñez y Adolescencia el numeral 6 el cual dirá:

“6. Las políticas de protección integral a adolescentes infractores estarán encaminadas a:

- a) Dotar al adolescente infractor de medidas socio educativo las cuales serán dictadas por personal especializado.
- b) Las medidas socio educativas abarcaran un periodo de 5 años a partir del cometimiento del delito.
- c) Se procurará la participación de los padres en la dotación de dichas medidas.
- d) Los centros en los cuales se deben aplicar dichas medidas estarán ubicados en el lugar de su residencia.
- e) El internamiento preventivo dará lugar a que el adolescente infractor sea internado en centros diferentes a los de internamiento en los cuales se encuentran menores infractores de mayor tiempo.
- f) Los centros serán administrados por técnicos especializados designados por el Consejo de la Judicatura y el Ministerio del Interior.
- g) El Estado garantizará la reinserción del adolescente a la sociedad.

6.7. Beneficiarios

Tratándose de una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia sobre aspectos fundamentales de protección a adolescentes infractores, los beneficiarios serán la sociedad y la familia, ya que se logrará el respeto a sus derechos, en especial la aplicación de la protección integral.

6.8. Impacto Social

Este proyecto, tiene un gran impacto Social y Jurídico, pues se logrará reconocer y aplicar la protección integral a los adolescentes infractores, logrando de esta manera un impacto positivo en sus vidas y conductas

BIBLIOGRAFÍA

ANGOSO, García, Alberto, “La introducción de la conducta criminal” “una realidad psichistórica” cuadernos de criminología, sociedad española de criminología y Ciencias Forenses, España, 2008.

BUSTOS, Méndez Pablo, “Adolescentes Infractores de la Ley: Análisis comparativo desde el apoyo social percibido” Editor Universidad de Concepción, Chile. 2007.

CANTARERO, Rocío “Los Menores y el Derecho Penal”. En Derecho Privado y Constitución, Nº 7. (1995)

CORNIELES, Cristóbal, Morais G. María, “Tercer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente” Editorial Texto C.A. Caracas. 2003.

COUSO, Jaime, “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, España ediciones independiente, 1998.

DE LA CUESTA, José Luis y Giménez-Salinas, Esther “Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”. (1995)

EUGEN, Verhellen, La Convención sobre los Derechos del Niño “Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales”, Ediciones Garant, 2002.

GARCÍA, Méndez Emilia, Reconocimiento de derechos a niños, niñas y adolescentes.

HÉCTOR, Gros Espiell, “La Convención Americana y la Convención Europea de DD.HH. Análisis Comparativo, Editorial Jurídica Chile,1991.

HIKAL, Carreón WaelSerwat, “Introducción a la Criminología”, Primera edición Managua, Editorial Jurídica. 2010.

HIKAL, Wael Introducción al Estudio de la Criminología, Editorial Porrúa, México, 2009.

INFA, Políticas de protección integral a niños, niñas y adolescentes.

LÓPEZ, Ma. Teresa Martín, “Justicia con Menores, Menores Infractores y Menores Víctimas”, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

MÉNDEZ, Paz Lenin, Valenzuela Pernas Fernando, “Tópicos sobre la Justicia para adolescentes en el Estado de Tabasco” 2006, México, CM Impresos y Servicios, S.A.

MORANTE, Mejías Felipe, “La Mediación en tiempos de incertidumbre” Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

REVISTA, IURIS N° 10, Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales Universidad de Cuenca, Ediciones 21. 1997.

SANTAMARÍA, Ávila Ramiro, Borja Raúl, Arguello Santiago, Plan País Ecuador, “Derechos Humanos: No discriminación” Apuntes para la reflexión 2, 2004.

YURI, Emilio Buaiz V. Oficial de Derechos del Niño/UNICEF
ybuaiz@unicef.org.Derechos Universales a niños, niñas y adolescentes,
2000.

CONSTITUCIÓN, de la República del Ecuador, Editores El Fórum, Quito,
2008.

DECLARACIÓN, de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por
la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de
1948.

CONVENCIÓN, de los Derechos del Niño. La Convención de los
Derechos del Niño del año1990 (Internet, 2010).

CODIGO, de la Niñez y Adolescencia. Dada en Quito, Distrito
Metropolitano a, 23 de enero de 2012.

**Preguntas aplicadas a Abogados y Estudiantes de Derecho del
Cantón Quevedo**

1	¿Considera Usted que el Estado es ineficiente al aplicar medidas de protección integral a adolescentes infractores?	Si ()	No ()
2	¿Cree Usted que los adolescentes infractores merecen que su juzgamiento lo haga una Justicia especializada?	Si ()	No ()
3	¿Considera Usted que es violatorio a sus derechos la falta de aplicabilidad de la protección integral a adolescentes infractores?	Si ()	No ()
4	¿Conoce Usted en que consiste la aplicación de la doctrina de protección integral?	Si ()	No ()
5	¿Considera Usted necesario reformar el Art.193 agregando un numeral del Código de la Niñez y Adolescencia respecto de la protección Integral a adolescentes infractores?	Si ()	No ()
6	¿Considera Usted que la falta de control de los padres es motivo de que los adolescentes cometan delitos?	Si ()	No ()
7	¿Considera Usted que los adolescentes infractores son inducidos por terceras personas a cometer delitos?	Si ()	No ()
8	¿La falta de centros especializados para tratar a adolescentes infractores induce a estos a no mejorar su conducta?	Si ()	No ()
9	¿Cree Usted que se deben crear centros especializados para tratar a menores infractores?	Si ()	No ()
10	¿Considera Usted que existe apatía social a adolescentes infractores?	Si ()	No ()
11	¿Considera Usted que la sociedad excluye a adolescentes infractores?	Si ()	No ()

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

Entrevista

Sr. Juez. Dr. Jacinto Jefferson Nazareno Copette

Juez Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Los Ríos en Quevedo.

Se realiza una investigación para conocer la falta de aplicación de la acción de protección que garanticen el bienestar y rehabilitación en los casos de menores infractores; por lo que le solicito se digne contestar el siguiente cuestionario:

1.- ¿Considera Usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?

2.- ¿Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?

3.- ¿Qué opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?

4.- ¿Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?



1¿Considera Usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?	No se está aplicando pero se debería crear centros de internamiento para menores en conflicto con la ley...
2¿Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?	Pienso que a partir de los 16 años deberían considerarse imputables pero con penas menos rígidas hasta la edad de los 21 años ...
3¿Qué opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?	Opino que hace falta los cuales deberían crearse en cada capital de provincia del país, en la actualidad la falta de estos centros produce la violación de derechos del menor.
4¿Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?	En la actualidad no se cumple con estas garantías, lo que no cumple con los estándares de internamiento son los centros que no existen actualmente en la ciudad de Quevedo lo cual perjudica al adolescente infractor.

UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

Entrevista

Sr Juez Dr. Edwin Javier Valle Robayo

Juez Tercero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, Cantón la Maná.

Se realiza una investigación para conocer la falta de aplicación de la acción de protección que garanticen el bienestar y rehabilitación en los casos de menores, infractores; y reformar el (Art. 193 del Código de la Niñez y Adolescencia) por lo que le solicito se digne contestar el siguiente cuestionario:

- 1.- Considera Usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?**
- 2.- Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?**
- 3.- Qué opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?**
- 4.- Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?**



1¿Considera Usted que se aplica la acción Judicial de protección en casos de menores infractores?	No se aplica como se debería por que hace falta una Justicia especializada para esta acción de protección...
2¿Qué opina Usted sobre la inimputabilidad de los menores infractores?	Considero que a los menores infractores debe dárseles oportunidades para que se reinseren a la sociedad porque a un no tienen su criterio formado para imputarles un delito. ...
3¿Qué opina Usted sobre la falta de centros especializados para la detención de menores infractores?	Considero que el Estado como garantista de los derechos de los menores infractores debe crear verdaderos centros de internamiento en las capitales de cada provincia, para que sus familiares lo puedan visitar con más frecuencia y no se sientan solos o abandonados. .
4¿Considera Usted que el adolescente infractor tiene garantías, bienestar y rehabilitación en los actuales centros de internamiento?	No, tiene garantías porque no existe una verdadera rehabilitación la realidad de los adolescentes infractores, es muy distinta a las Garantías existentes en nuestra Carta Magna. .