

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Irrespeto a los derechos y garantías en la (in)justicia penal juvenil

¿De qué manera sigue vigente la doctrina de situación irregular?

Luis Hernán Altamirano Espinosa

Tutor: Ramiro Fernando Ávila Santamaría

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Luis Hernán Altamirano Espinosa, autor de la tesis intitulada “Irrespeto a los derechos y garantías en la (in)justicia penal juvenil: ¿De qué manera sigue vigente la doctrina de la situación irregular?”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Octubre, de 2019

Firma: _____

Resumen

Para el juzgamiento a adolescentes existía la doctrina de situación irregular en la que los *menores* eran observados como objetos de represión y objetos de compasión aplicando un sistema judicial tutelar cuando de ellos se desprendía una determinada situación de peligro. Posteriormente, entra en vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño y con ella la doctrina de protección integral que busca que las niñas, niños y adolescentes sean tratados como verdaderos sujetos de derechos. La presente investigación examina la práctica judicial con respecto al juzgamiento a adolescentes en conflicto con la ley para determinar si se ha dado el salto garantista hacia la doctrina de protección integral o si por el contrario, todavía existen rezagos de la doctrina de situación irregular. Para el efecto, se desarrolló una investigación cualitativa, mediante una *observación participante* en diligencias y audiencias que se llevaron a cabo en los años 2016, 2017 y 2018 en la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores de Quito. Además, se realizó un *análisis documental* de providencias y expedientes fiscales y judiciales de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores de Quito, así como, de manera complementaria se examinó documentación de otras ciudades, en ambos casos, entre los años 2015, 2016, 2017 y 2018. Los resultados de este estudio revelan que en la administración de justicia no existe una correcta aplicación de la doctrina de protección integral, es decir, ha existido una adecuación formal pero no sustancial. Las y los operadores de justicia en el juzgamiento a adolescentes en conflicto con la ley vulneran derechos y garantías como la legalidad, igualdad y no discriminación, juez natural, especialización, proporcionalidad y excepcionalidad de la privación de libertad. Por tanto, las y los adolescentes no reciben un juzgamiento especializado, mostrando así, una resistencia a un sistema garantista que la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos han establecido, lo que evidencia que no existe mayor diferencia en el trato que recibieron los *menores* en la doctrina de situación irregular con respecto a las y los adolescentes de hoy en día, a pesar de la vigencia de la doctrina de protección integral.

Palabras clave: situación irregular; protección integral; niñas, niños y adolescentes; sujeto de derechos; garantías; especialización; justicia penal juvenil; derechos humanos.

A mi esposa Alejandra que supo darme el apoyo necesario con amor.

A mis hijos Matías y Amira Simone, por enseñarme a ver el mundo, tal cual, como lo ven, lleno de esperanza y felicidad, donde la utopía no es sino la realidad más anhelada;
perdón por tantas noches de desvelo.

A mi madre y a mi padre por enseñarme todo lo que soy en esta vida.

A las y los adolescentes que no les permitieron vivir su tiempo y que les tocó aprender a jugar con reglas distintas porque que todos fallamos al desprotegerlos y por no poder brindarles una vida en la que puedan ejercer sus derechos.

Agradecimientos

Estoy muy agradecido con mi maestro Ramiro Ávila Santamaría por confiar en este trabajo investigativo, por el apoyo brindado y enseñarme a que al derecho penal debe ser visto de una forma más humana y crítica.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Aproximaciones al tratamiento de la infancia en la justicia penal juvenil.....	21
1. Aproximación práctica a la justicia penal juvenil	28
1.1 Actualmente no está en su casa, sino callejizada	28
1.2 Seguro que parece un asqueroso gusano	33
1.3 Niña, tu apellido te condena	38
1.4 De buen padre de familia a salvador externo	47
Capítulo segundo: Flexibilización de las garantías en la justicia penal juvenil	63
1. Garantías y el dolor infligido.....	63
2. Juez natural y especializado o el rinoceronte furioso en la selva	65
3. ¿Es posible la flexibilidad en la legalidad violenta?	77
4. <i>Three Strikes and you are out</i> en la justicia juvenil	84
Conclusiones.....	97
Bibliografía.....	107

Introducción

“No veo cómo evitar ese pronóstico sombrío de que, un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que los somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tienen futuro.”

Juez A.A. Cançado Trindade¹

El problema de la presente investigación es la vulneración a los derechos y garantías en el juzgamiento a adolescentes en conflicto con la ley por parte de los operadores judiciales, en cuanto, mantienen concepciones tutelares y no ha existido una adecuada adaptación sustancial de la doctrina de protección integral.

La pregunta central de este trabajo es: ¿De qué manera sigue vigente la doctrina de situación irregular en la justicia penal juvenil en el Ecuador? Su vigencia sería la razón, por la cual, existe un juzgamiento basado en un sistema tutelar, sin tomar en cuenta derechos y garantías de las y los adolescentes y que la administración de justicia está en la obligación de promover y respetar.

La hipótesis que planteo es que a la administración de justicia juvenil no le interesa los medios que se utilicen para lograr *proteger* a las y los adolescentes desde una visión tutelar, aunque para ello, resulten necesariamente vulnerados sus derechos y garantías, por eso, les resulta casi imposible ofrecer un sistema garantista basado en una verdadera protección integral, por tanto, tampoco les conviene alejarse de la doctrina de la situación irregular.

Siempre se consideró al juzgamiento a adolescentes en conflicto con la ley como un problema no jurídico, donde las garantías se ven flexibilizadas si el fin último es *salvar* a las y los adolescentes, imponiendo como regla - y no como excepción - la privación de libertad, por lo que, no se ha podido cambiar la concepción de *menor* como objeto de compasión y represión por la de adolescente como sujeto de derechos.

¹ Corte IDH, “Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade”, *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 3, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Por ello, ésta doctrina de situación irregular está pese a que la legislación desde hace años adecuó, al menos de manera formal, lo que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual, contempla la existencia de un sistema más garantista, en aplicación a la doctrina de protección integral.

La situación de la infancia estaba reflejada por los *niños de la calle* y ahora, por los *adolescentes en conflicto con la ley*, - este paso se evidencia en el desarrollo jurisprudencial de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos - pero no por ello, se dejó atrás los problemas que pertenecían a la doctrina de la situación irregular, por lo que, el pasado parece que aún no pasa.

Debido a que no ha sido posible resolver muchos problemas sociales a través de una prestación positiva de derechos sociales, culturales y económicos, aquella responsabilidad de solucionar esos problemas se ha trasladado al derecho penal. El inconveniente surge cuando es evidente que el derecho penal no surge para solucionar estos problemas sino todo lo contrario en la práctica ahonda esos problemas y lo que se busca es imponer límites a la intervención punitiva, para lo cual, es necesaria la implementación de un derecho penal mínimo, para fortalecer los derechos y garantías de las y los adolescentes.

Mi trabajo investigativo tiene un alcance descriptivo, en cuanto, identifiqué causas y consecuencias de la vulneración de derechos y garantías de adolescentes por las actuaciones de operadores judiciales y describo lo que se observa en las actuaciones judiciales.

Me desempeño como Defensor Público de adolescentes en conflicto con la ley, por lo que, he logrado observar que había y hay tanto por hacer y luchar por la vigencia de los derechos y garantías de adolescentes, ya que, éstos estaban siendo invisibilizados, lo cual, hoy después de realizar este despliegue investigativo, me siento más convencido y comprometido con la lucha de los principios, derechos y garantías en la justicia penal juvenil.

Así mismo, tiene un alcance exploratorio, ya que, el objeto de estudio, no ha sido investigado a profundidad en el Ecuador, y si se lo ha hecho, se trata de investigaciones jurídicas netamente basadas en la legislación y no lo que sucede en la práctica judicial, en especial, por la reserva que ha existido en esta justicia penal juvenil. Por tanto, sería uno de los primeros trabajos investigativos sobre la materia, por lo que, está llamado a promover el interés para que aparezcan nuevas investigaciones, para ir encontrando

soluciones a esos nudos críticos que se evidencian en la administración de justicia juvenil y que hoy en día se han perpetuado en constantes violaciones a derechos y garantías de adolescentes.

Se busca que la información proporcionada en esta investigación pueda promover la construcción de nuevas ideas teóricas, precisamente, por la poca investigación que se ha destinado a analizar los inconvenientes que las y los adolescentes deben afrontar en la justicia penal juvenil.

Este trabajo investigativo tiene como finalidad no solo incentivar a investigar a abogados sino también a sociólogos, trabajadores sociales, psicólogos que están de alguna manera en contacto con las y los adolescentes. En especial, está dirigido para la sociedad en general, en cuanto, hoy desconocen cuándo la o el adolescente se encuentra en conflicto con la ley y cómo se vulneran sus derechos y garantías.

Debido a los objetivos de mi investigación, el método a utilizarse será el cualitativo, en cuanto, se han analizado varios casos para lograr detectar la vulneración de derechos y garantías de adolescentes en conflicto con la ley.

Para ello, se ha utilizado la técnica de análisis documental, con la cual, se han recopilado providencias, actas de audiencia y en sí se ha logrado analizar expedientes de forma íntegra en la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores y la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, ambas de la ciudad de Quito.

El acceso a esa documentación no fue fácil debido a la garantía de reserva que existe para los procesos contra adolescentes, sin embargo, se me ha facilitado esta información, en cuanto, me desempeño como Coordinador y Defensor Público en el Área de Adolescentes en Conflicto con la Ley. De igual forma, he podido obtener información y documentación de otras ciudades, en determinados casos en que los familiares de adolescentes han solicitado algún tipo de asesoría legal e incluso por los mismos funcionarios de los centros donde se encuentran adolescentes cumpliendo medidas socioeducativas.

La reserva de la información que existe en los procesos en que se juzga a las y los adolescentes se debe a la necesaria protección de su intimidad y vida privada y para que no pueda la o el adolescente ser identificado ni su familia y así no afectar otros derechos que impida su adecuado desarrollo integral; sin embargo, existe una incorrecta aplicación de dicha reserva, en cuanto, existe un secretismo como en los sistemas inquisitivos en que

se vulneraba los derechos y garantías de las personas procesadas, ya que, con pretexto de esta confidencialidad se trasgrede el derecho a la defensa.

En estos procesos se escudan actuaciones arbitrarias pues crean zonas de poder bastante oscuras y se refugian en sus sombras para crear una zona de confort para garantizar la impunidad de sus actuaciones,² no solo afectándose la publicidad interna sino también la externa cuando el público no tiene acceso a la información, siendo esto importante para la creación de políticas públicas, como parte del principio de transparencia y rendición de cuentas de funcionarios públicos en un estado democrático, en especial, para emitir políticas de prevención de la delincuencia juvenil y satisfacción de derechos; así como, un control del ejercicio jurisdiccional como parte de la independencia judicial con la consecuente carencia de un adecuado desarrollo de jurisprudencia especializada en justicia juvenil y que hoy es muy escasa.

Otra técnica utilizada fueron las observaciones participantes, en las que intervine de manera directa en la causa en mi calidad de Defensor Público y otras en las que observé como un espectador ajeno al proceso, en ambos casos, se realizó de manera exclusiva en la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores de la ciudad de Quito, lo que permitió identificar caso a caso distintas vulneraciones a derechos y garantías de las y los adolescentes.

Esta técnica significó un reto muy grande no solo porque fue la primera vez que en un trabajo investigativo la ponía en práctica sino debido a la comentada existencia de la garantía de reserva que existe sobre expedientes, diligencias y audiencias en la administración de justicia juvenil.

Era importante que las intervenciones en las audiencias observadas sean lo más auténticas posibles; por lo que, no deseaba que con mi presencia exista un cambio de actitud de alguno de los intervinientes. Debido a que podría existir una desconfianza sobre la información que se obtendría y que se podría hacer pública la misma, por esta razón, no se identifica con nombres a quienes participaron en las audiencias. De igual forma, se explicó a las y los adolescentes y sus representantes legales, que la finalidad de observar aquellas audiencias se basaban de manera específica a la elaboración de este trabajo investigativo, para lo cual, me apoyé en un cuaderno de campo para anotar los detalles que eran útiles para mi investigación.

² Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia* (Madrid: Editorial Trotta, 2015), 517.

Existieron dificultades que para el éxito de la observación participante debí sobrellevar. Me resultó difícil cuando se trataban audiencias en que yo mismo actuaba como Defensor Público de la o el adolescente, ya que, aparte de encontrarme concentrado en lo que sucedía en la audiencia como parte de mi defensa técnica y mi intervención en la misma; además, debía poner todo mi esfuerzo para obtener detalles de la intervención de los operadores judiciales que eran útiles para mi investigación, y ante la imposibilidad de registrar mediante audio o video debía anotar con sumo detenimiento en mi cuaderno de campo, siendo más sencillo cuando se trataba de audiencias en la que no participaba dentro de determinada audiencia.

Con el análisis documental no existió mayor complicación; sin embargo, considero que la importancia de complementar el análisis documental con la observación participante, es que, al ser reservadas las causas, las principales vulneraciones a las garantías se producían, antes de que se instalen las audiencias o después de las mismas e incluso se llegaba a apagar el audio oficial de la judicatura, para que no quede registrado lo que se decía, por ello, cobra más valor este despliegue investigativo realizado.

Con relación a la selección de casos se lo hice tomando en cuenta los fines del método cualitativo que se buscó proyectar en este trabajo investigativo, al respecto Charles Ragin³ considera que: “Cuando el fin de la investigación es dar voz, se escoge un grupo específico para el estudio [...]. Cuando el fin es hacer progresar la teoría, se puede escoger un caso porque es inusual en algún sentido y presenta, por lo tanto, una oportunidad especial para elaborar nuevas ideas”.

Es necesario dar voz a los grupos que históricamente han sido excluidos en este caso de adolescentes que tienen que pasar por el juzgamiento por el posible cometimiento de infracciones flagrantes, y que para evidenciar las distintas aristas problemáticas en que se desencadenan las vulneraciones a sus derechos y garantías requiere un análisis profundo de la actuación de las y los operadores judiciales; y, así también, a partir de conocer esa realidad que sucede en la práctica judicial poder lograr evidenciar la necesidad de desarrollar estándares que permitan el real ejercicio de los derechos y garantías de las y los adolescentes.

Para la selección de casos a ser estudiados a través de las técnicas investigativas señaladas, no iba a ser sencilla si no me basaba en dos criterios muy importantes. El primero, es la facilidad de acceder a la información que debido al cargo de Coordinador

³ Charles C. Ragin, *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 150.

de Adolescentes en Conflicto con la Ley en que me desempeñé se me permitió de antemano conocer los casos y circunstancias de los mismos, pudiendo realizar un análisis previo e incluso permitirme acceder a la documentación de manera directa, es claro que alguien sin esta facilidad le sería casi imposible obtener toda esta información; y, como segundo criterio, indagar los casos que se podían adecuar a mi marco teórico utilizado en el trabajo investigativo, a partir de conceptos claros a ser observados, como son la especialización o no de los operadores judiciales con relación a casos que podrían ser decididos de una u otra manera por la existencia de ciertas características como la criminalización de la pobreza, exclusión y consideración de criterios apegados a la situación irregular. Aun así, si no me hubiera decidido sobre este tema a investigar con anterioridad a la elaboración del mismo, no hubiese sido posible obtener toda la información valiosa que hoy es parte de este trabajo.

Otro factor importante para la selección de casos fue dirigir la atención en determinadas infracciones penales que son recurrentes en la vulneración de derechos y garantías de las y los adolescentes, entre ellas, las contravenciones, ya que, éstas no son susceptibles de ser revisadas por un juez o tribunal superior; los delitos de naturaleza sexual, contra la propiedad y tenencia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización porque son las infracciones que más cometen las y los adolescentes y donde más se aprecia una discrecionalidad y actuaciones tutelares por parte de las y los operadores judiciales, tanto en audiencias dentro del proceso penal como en la ejecución de medidas socioeducativas.

A esta selección de casos se agregan aquellos documentos que de manera complementaria fueron analizados que corresponde a resoluciones de las y los operadores judiciales de otros cantones del país y que de alguna manera llegaron a mi conocimiento por mi rol profesional y que justamente se adecuaban a una misma representatividad de las características señaladas en los casos que fueron seleccionados y que tuvieron una misma consecuencia, la vulneración de derechos y garantías de las y los adolescentes.

Para la selección del lugar de investigación, es decir, la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores de Quito, se da por la facilidad en la que puedo obtener la información necesaria, ya que, es allí donde me desempeñé como Coordinador y Defensor Público de Adolescentes en Conflicto con la Ley y porque allí se encuentran las y los operadores de justicia especializados en justicia penal juvenil; y, la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencias en Infracciones Flagrantes de Quito, en cuanto, por disposiciones emitidas por el Consejo de la Judicatura, eran los competentes para

conocer los casos de infracciones flagrantes cometidos por adolescentes en horarios y días no laborables, por tanto, era necesario evidenciar la actuación de operadores judiciales no especializados.

Las fuentes utilizadas en este trabajo investigativo fueron textos bibliográficos, tanto físicos como electrónicos; así también, las fuentes utilizadas para el análisis documental son expedientes, mails, providencias, notificaciones; y, el cuaderno de campo en el caso de las observaciones participantes.

Los límites y alcances de este trabajo se centran en el análisis de las decisiones y comportamientos de las y los operadores de justicia en la administración de justicia juvenil, al ejercer una función tutelar sobre las y los adolescentes con las consecuentes vulneraciones de sus derechos y garantías para demostrar que sus actuaciones están alejadas de un sistema garantista. La intención de este trabajo investigativo no es repetir lo que la legislación ha contemplado sobre la justicia penal juvenil, sino brindar investigaciones que busquen analizar aspectos sociales tan enriquecedores que la administración de justicia puede brindarnos para comprender las razones de ciertas decisiones judiciales. Al realizar un análisis de la justicia penal juvenil desde las actuaciones de operadores judiciales y cómo éstos han quedado en el pasado, aplicando la doctrina de situación irregular, será necesario continuar investigando en el futuro para evidenciar el impacto que tienen estas actuaciones discrecionales y arbitrarias en la vida de las y los adolescentes y su afectación a su desarrollo integral y así continuar dando voz a las y los adolescentes, a quienes hoy la intervención estatal ha intentado - y con gran efectividad - callar.

Cuando explico los casos en el desarrollo trabajo investigativo, realizo un análisis para detallar en qué consistió cada uno de ellos; de qué infracción penal trataba; y, cuál fue la actuación de las y los operadores judiciales. Intentado escribir de una manera clara y comprensible para que este trabajo investigativo, incluso, un día, pueda ser leído y criticado por todas las personas que de alguna manera están en contacto con adolescentes, y así, despertar un interés para seguir investigando sobre esta materia.

Como parte de la intención de que este trabajo investigativo pueda ser leído y entendido por todas y todos, acompaño en ciertos pasajes del mismo, oportunas comparaciones del libro *Matilda*, de Roald Dahl, - me encontraba leyendo junto a mis hijos este texto cuando me encontraba realizando este trabajo - ya que, encuentro semejanzas entre dicho texto y la realidad por las que atraviesan las y los adolescentes en un proceso penal.

Este trabajo de investigación está dividido en dos capítulos. En el primero, comienzo indicando el paso que se ha dado de la doctrina de la situación irregular hacia la doctrina de protección integral, con ello, el paso de *menor* como objeto de compasión a niño sujeto de derechos; realizo una aproximación práctica de la justicia penal juvenil, es decir, lo que sucede en el día a día en el juzgamiento a adolescentes en conflicto con la ley, para ello, aplico técnicas investigativas para señalar las diferencias de lo que la legislación especializada ha previsto para el juzgamiento a adolescentes con relación a lo que realmente sucede en la práctica judicial; así también, resalto la vulneración a derechos y garantías que en la justicia penal juvenil se dan por la consideración de que la o el adolescente al encontrarse en una situación de irregularidad es excluido, existiendo consideraciones peligrosistas propias de un régimen de minoridad en que se produce una invención de la delincuencia, pues se equipara a ésta, las diversas situaciones de irregularidad y su inminente relación que existe con el derecho a la igualdad formal y no discriminación; establezco la diferenciación - pero con estrecha relación - que existe entre personalidad jurídica y capacidad jurídica, así como, la importancia que tiene con el interés superior del niño como principio garantista para precautelar los derechos y garantías reconocidos a las y los adolescentes y que el Estado está llamado a respetar y a permitir su pleno ejercicio en su calidad de salvador externo.

Finalmente, en el segundo, se continúa demostrando los inconvenientes que en la práctica se suscitan en la justicia juvenil pero haciendo énfasis en la flexibilización de garantías como consecuencia de la falta de especialización. Situación que se agrava con la intervención de jueces penales de adultos por disposiciones emitidas por el mismo Consejo de la Judicatura; especifico la vulneración a la legalidad, como característica particular que evidencia que la doctrina de situación irregular continúa vigente, demostrándose que los medios no importan, si el fin es *proteger* a los *menores*, en lugar de garantizar derechos y garantías a las y los adolescentes, considerándose que todavía se encuentra fragmentada la categoría universal de la infancia; y, explico otra grave vulneración, como es la incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad, debido a la aplicación ilegal y arbitraria - porque no está reglado - del agravamiento de sanciones por el análisis de reincidencias, aplicándose una *three strikes and you are out* sin fundamento legal, y, por ende, su consecuente vulneración al principio de excepcionalidad de la privación de libertad que debe ser respetada en toda intervención penal.

Capítulo primero

Aproximaciones al tratamiento de la infancia en la justicia penal juvenil

La categoría de infancia es una construcción social⁴ y no una categoría ontológica,⁵ por tanto, la infancia como construcción social, ha sido comprendida por la integración de personas de una misma edad y que no todas gozan de los mismos derechos y, por tanto, son tratadas de manera discriminatoria.

Es así que dicha categoría universal de la infancia se dividió, por una parte, los menores quienes eran considerados como seres inferiores, por otra, las niñas, niños y adolescentes a quienes se les proporcionó un ejercicio pleno de sus derechos, en especial, la satisfacción de aquellas prestaciones positivas al que tienen derecho.

Dentro del marco internacional se entiende que son niñas y niños, toda persona que no ha cumplido los dieciocho años,⁶ contando todos con los mismos derechos y garantías.

Nuestra legislación vigente considera que se debe diferenciar entre niña y niño como toda persona que no ha cumplido los doce años de edad de las y los adolescentes que se encuentran entre los doce y dieciocho años de edad,⁷ sin embargo, esta diferenciación no se lo realiza porque se considere que uno u otro tenga más derechos sobre el otro sino para conocer ciertas diferencias en su tratamiento como es el caso de la responsabilidad penal.⁸

Toda norma que haga referencia a derechos y garantías de niñas y niños deberá hacerse extensivo a las y los adolescentes.

⁴ Para tratar la construcción social de la realidad se destaca una de las obras más importantes e influyentes de la sociología. Se considera que la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento debe analizar los procesos en que se producen y que es entendida como fenómenos externos de los sujetos. Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (Madrid: Amorroruto Editores, 2005), 66-120.

⁵ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3.^a ed. (México D.F.: Fontamara, 2007), 17.

⁶ Toda niña o niño menor a dieciocho años de edad. ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 1, A/RES/44/25.

⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 02 de enero de 2003, art. 4.

⁸ *Ibíd.*, art. 307.

Sin perjuicio de lo mencionado, la adolescencia tiene contextos particulares que la caracteriza, sin embargo, no es posible definirla de manera unívoca peor aún tener un consenso general de su duración exacta, lo que sí se puede establecer con claridad es que la adolescencia es la transición entre la infancia y la adultez, para lo cual, se incluyen procesos de maduración biológica, psicológica y social.⁹

De aquí en adelante, cuando me refiera a la consideración de menor es cuando exista un trato acorde a la doctrina de situación irregular, mientras que cuando trate del análisis de derechos y garantías en el juzgamiento por infracciones penales en la actualidad o con relación a la doctrina de protección integral diré que es adolescente.

Muchos no comprenden la necesidad imperante de realizar un estudio a los derechos y garantías de las y los adolescentes dentro de la justicia penal juvenil, ya que, suelen recurrir a una comparación netamente cuantitativa entre adolescentes privados de libertad (Véase tabla 1).

Tabla 1
Adolescentes privados de libertad

Centro de Adolescentes Infractores	Número de adolescentes infractores
Riobamba	44
Ibarra	58
Quito (Masculino)	103
Ambato	62
Guayaquil (Masculino)	198
Loja	31
Cuenca	29
Esmeraldas	53
Machala	32
Guayaquil (Femenino)	19
Quito (Femenino)	16
Total	645

Fuente: Subdirección de Medidas Socioeducativas para Adolescentes Infractores, Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores

Elaboración: Propia

Fecha de corte: 03 de junio de 2019

Ese análisis cuantitativo lo realizan en comparación con adultos privados de libertad (Véase tabla 2). Lo cual, dará como resultado, una diferencia enorme que lo llevará a concluir que quizá no debería ser prioridad la atención de personas adolescentes al ser una clara minoría frente a toda la población privada de libertad.

⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 003-18-PJO-CC, caso n.º: 0775-11-JP*, 27 de junio de 2018, párr. 21.

Tabla 2
Adultos privados de libertad
Total Adultos Privados de Libertad

40.096

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad, Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores

Elaboración: Propia

Fecha de corte: 17 de abril de 2019

Entonces, no se debe caer en errores del pasado que permitieron precisamente tratar a la justicia juvenil penal como el último eslabón del derecho penal sino dar el protagonismo que se merece y eso es precisamente lo que realizo con este trabajo investigativo.

La justicia penal juvenil ha pasado por diversas etapas. La primera, alrededor del siglo XIX, se aplicaba un derecho penal de adultos, según su capacidad para entender el ilícito cometido, con una pequeña rebaja en su sanción pero recibiendo un tratamiento idéntico a los adultos, sin ser separados de éstos, lo cual, trajo problemas propios del encierro en relación con el hacinamiento y la creciente violencia que se producían contra los *menores*.

Posteriormente, ante estos inconvenientes, surgió en los Estados Unidos, el Movimiento “Salvadores del Niño”, donde no se consideraba a la doctrina de situación irregular, ya que, ésta fue conocida como tal en la región latinoamericana. Movimiento cuyos integrantes se encontraban supuestamente preocupados - en realidad les interesaba mantener el dominio sobre las clases bajas - que tenían por las agresiones que los menores recibían en las cárceles de adultos y sugieren que deben recibir un tratamiento especial, pero esto dio paso a una intervención punitiva por comportamientos y situaciones de irregularidad, es decir, no solo por el cometimiento de infracciones penales.

Así surge una verdadera invención de la delincuencia juvenil ante nuevas formas de malos comportamientos considerados por el Estado que no necesariamente derivan de que los menores se adecuen a una infracción penal específica, con la finalidad de controlar a ese sector de la sociedad, mantener el poder y sin que exista un real cumplimiento de sus derechos.¹⁰

La segunda etapa ocurre una vez consolidada la doctrina de situación irregular en Latinoamérica, a comienzos del siglo XX, ante las deplorables condiciones en el que se

¹⁰ Anthony Platt, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, 3.ª ed. (México D.F.: Siglo XXI Edit. 1997), 24-5.

encontraban los menores,¹¹ a través de una generación de legislaciones, que dentro de sus objetivos se encontraba, el permitir una intervención estatal punitiva casi ilimitada sobre quienes que estaban en situación de riesgo o peligro.

Emergen actuaciones discrecionales por parte de las y los operadores de justicia para el *bienestar del menor*, desde una visión tutelar, causando inmediatamente distintas vulneraciones a los derechos y garantías de los *menores*, por lo que, la categoría universal de la infancia se divide entre aquellos *menores* abandonados y los *adolescentes* que tenían satisfechos sus derechos.

No hay duda que previo a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, la regulación de la infancia se basó en la doctrina de la situación irregular, la cual, entiende que las niñas, niños y adolescentes son objeto de protección, es decir, se les da una definición negativa, o sea, lo que no son o no merecen tener, por lo que, esta categoría de infancia no abarcaba a todos, ya que, existía un sector excluido, por tanto, no era parte de las políticas sociales, y se lo consideraba como *menor*¹² y para el sector incluido en dichas políticas se lo consideraba como niña, niño y adolescente. Al no poder revertirse esta situación se opta por judicializar este problema, y el *menor* fue considerado como una vaga categoría sociológica.¹³

Por parte del juez o tribunal de menores, existía una discrecionalidad en sus decisiones, producto de una competencia omnímoda penal-tutelar,¹⁴ ya que, existían sanciones indeterminadas en modo y tiempo, como parte de una visión tutelar, en el que actúa el juez como un *buen padre de familia*, considerando que la privación de la libertad no solo que es la regla sino que sin ella es imposible un tratamiento exitoso.

Son los *menores* los que resultan judicializados por encontrarse en una situación de irregularidad, es decir, no necesariamente por el cometido de una infracción penal, con lo que, se produce impunidad cuando quien comete una infracción penal son personas de un *status* alto o medio, ya que, no se encuentran en esa situación, por lo cual, evidentemente estamos frente a una criminalización de la pobreza por una consideración de peligrosismo social, y que mediante un control social formal se busca proteger una defensa social, y con ello, se da una *minimización formal del control para lograr el máximo de represión material*,¹⁵ lo cual, solo trajo más violencia y segregación.

¹¹ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 18.

¹² *Ibíd.*, 20.

¹³ *Ibíd.*, 184-5.

¹⁴ *Ibíd.*, 18.

¹⁵ *Ibíd.*

La tercera etapa sucede con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, momento en que la doctrina de situación irregular fue sustituida por la doctrina de protección integral. El compromiso que todos los países tuvieron con respecto a niñas, niños y adolescentes es evidente, pues se trata del instrumento internacional con mayor número ratificaciones.

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigencia apenas un año después, al ser ratificada por los primeros veinte países¹⁶ y en la actualidad, el único país que no la ha ratificado es Estados Unidos, por lo que, sin duda es el tratado internacional con mayor consenso a nivel mundial y aquello se debe a que las niñas, niños y adolescentes son las personas más vulnerables frente a posibles violaciones a los derechos humanos y que requieren una atención prioritaria y específica.

En el caso de la región latinoamericana, la ratificación se dio en un proceso de retorno a la democracia en los distintos sistemas jurídicos de cada país, produciéndose una transformación como es la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la doctrina de protección integral, es decir, el paso de la concepción de *menor* - parte del universo de la infancia - como objeto de tutela a la concepción de niño - total del universo de la infancia - como sujeto de derechos.¹⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño trajo conceptos importantes como la protección integral y el interés superior del niño; aunque, no fueron definidos expresamente.

La *protección integral* de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de manera unívoca y específica no fue definida y esto es precisamente lo que ha permitido que se siga aplicando y defendiendo características de la doctrina de situación irregular por parte de funcionarios judiciales pese a la vigencia de una nueva doctrina, por lo que, ha sido necesario llegar a un consenso de su característica principal, es decir, que se refiere a la protección de derechos, es allí, cuando se diferencia de las leyes con la doctrina de situación irregular.

Lo mismo sucede con el principio del *interés superior del niño*, como idea central de la protección integral, pues, la Convención no lo define de manera expresa, por ello,

¹⁶ La Convención entra en vigencia al trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación al Secretario General de las Naciones Unidas. ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 49, núm. 1, A/RES/44/25.

¹⁷ Mary Beloff, “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar”, en *Justicia y Derechos del Niño 1*, ed. Mary Beloff et al. (Santiago de Chile: UNICEF, 2009), 10.

por su carácter indeterminado, se han aplicado conceptos propios de la situación irregular, en especial, actos discrecionales en procura de un supuesto bienestar de las niñas, niños y adolescentes, pero también se podría indicar que su característica principal es que es un principio que permite la satisfacción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, momento en que también se deslinda de la doctrina de la situación irregular.

Al no ser definiciones totalmente acabadas, pues, las mismas permanecen abiertas para una permanente búsqueda de parámetros cada vez mejores y más garantistas de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y por lo tanto, los instrumentos jurídicos que existan o pudieran existir deberán estar encaminados para el beneficio de todos los niños y así, mejorar cada vez más los estándares de protección integral.

Protección integral	➡	protección de derechos
Interés superior del niño	➡	satisfacción de derechos

Para considerar que una legislación ha realizado una verdadera adecuación a la doctrina de protección integral - por tanto, a la Convención sobre los Derechos del Niño - deben reunirse ciertas características mínimas.

Entre ellas, la eliminación de la situación irregular de los niños, relegando la concepción de minoridad, dejando atrás las definiciones vagas de situación irregular, desjudicializando situaciones por falta de recursos económicos, debiendo dar el salto de menor objeto de represión-compasión a niña, niño y adolescente como sujeto de derecho, es decir, ya no se tratan de personas incapaces o personas incompletas, sino de personas en crecimiento, por tanto, con todos los derechos de todas las personas más los derechos específicos de su estado evolutivo, retomando así, la universalidad de la categoría infancia,¹⁸ y así, separando el sistema de protección de derechos del sistema de responsabilidad penal juvenil,¹⁹ y diferenciando claramente la competencia jurisdiccional penal que pertenece al órgano jurisdiccional del desarrollo de las políticas sociales que corresponde al poder ejecutivo, por lo que, que en nombre de la protección no puede existir nunca una intervención estatal coactiva.²⁰

Dentro del plano procesal deberá existir una defensora o defensor y una juzgadora o juzgador especializado, sin discrecionalidad y solo limitado por las garantías, con procedimientos específicos, que establezcan consecuencias distintas de las personas

¹⁸ *Ibíd.*, 19.

¹⁹ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 28-9.

²⁰ Mary Beloff, "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar", 19.

adultas, por ser las y los adolescentes personas inimputables pero responsables penalmente. Además, mediante un juicio imparcial se obtendrá una resolución judicial en pleno respeto de los principios, derechos y garantías, que entre ellos están la igualdad ante la ley, estableciendo distintas medidas como sanciones por el cometimiento de una infracción penal, pudiendo existir privación de libertad, siendo ésta excepcional y por el menor tiempo posible y determinadas en modo y tiempo, de acuerdo a un análisis de proporcionalidad, logrando así, pasar de *menor* como una vaga categoría social de delincuente a niña, niño y adolescente como una precisa categoría jurídica de infractor.²¹

Cada característica de la doctrina de la situación irregular tiene su contrapuesta en la doctrina de protección integral, con lo cual, este cambio de paradigma debe verse reflejado en la justicia penal juvenil. (Véase tabla 3)

Tabla 3
Diferencias entre la doctrina de situación irregular y doctrina de protección integral

Características	Situación irregular	Protección integral
Concepción de la infancia	menor (infancia segregada)	niñas, niños y adolescentes (universo de la infancia)
Consideración de la infancia	objeto de protección y compasión	sujeto de derechos
Objetivo principal de la doctrina	tutelar	protección de derechos
Resultado de la protección	restricción de derechos	reconocimiento y ejercicio de derechos
Características de la infancia	Incapacidad	personas en desarrollo
Situación que define la intervención estatal	situación irregular	infracción penal
Función del Juez	función asistencial y de políticas sociales	función jurisdiccional
Característica del Juez	buen padre de familia	garantista y especializado
Actividad judicial	ilimitada y discrecional	limitadas por derechos y garantías
Sistema de administración de justicia	único (se confunden la protección de derechos y la responsabilidad penal)	dividido en protección de derechos y responsabilidad penal
Garantías	Flexibilizadas	Reforzadas
Derecho penal aplicable	derecho penal de autor	derecho penal de acto
Privación de libertad	Regla	Excepción
Sanciones	Indeterminadas	Determinadas
Fin de la intervención estatal	predelictiva y defensa social	reeducativa y resocializadora

Fuente: Mary Beloff, “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar”

Elaboración: Propia

²¹ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 186-7.

1. Aproximación práctica a la justicia penal juvenil

Es necesario hacer un acercamiento a la justicia juvenil para comprender si existe una indebida aplicación de la doctrina de la situación irregular, y así, definir si sólo hay una adecuación formal o verificar si ya se ha realizado una adecuación sustancial de la Convención sobre los Derechos del Niño y con ella, la doctrina de la protección integral.

Para conocer la realidad de la práctica judicial no puede existir un análisis en abstracto sino en cada caso en concreto, por ello, se requiere de una aproximación práctica del día a día en la justicia penal juvenil para determinar si se ha logrado dar ese paso de calidad al respecto de los derechos de las y los adolescentes, para lo cual, será muy útil las observaciones directas que se han realizado en las diversas diligencias judiciales y el análisis documental de los pronunciamientos judiciales.

Esa práctica jurídica deberá ser analizada dentro del marco de una cultura jurídica determinada. Ésta definida por Luigi Ferrajoli como la suma del conjunto de saberes y enfoques como son el conjunto de teorías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas en un determinado momento; y, los modelos de justicia, modos de pensar y su forma de aplicar el Derecho por las y los operadores judiciales como jueces, fiscales y defensores públicos y privados.²² Es decir, siempre relacionando lo teórico con lo práctico, debiendo servir para que en el futuro cercano se desarrolle la legislación, doctrina y jurisprudencia en defensa de los derechos y garantías de las y los adolescentes.

1.1 Actualmente no está en su casa, sino callejizada

De la categoría universal de niñez se creó una categoría particular que se denomina *menor*, y así, se identifica a un grupo de personas que requiere de protección, entendido no como derecho de ellos sino como una imposición. Surgen así los menores abandonados-delincuentes, es decir, se produce una invención de la delincuencia.

Esta categoría asignada de menores, era porque en la práctica tenía una característica de minoridad frente al resto de personas, ya que, se encontraban en desventaja en comparación con las personas adultas e incluso con respecto a otras u otros adolescentes que no se adecuaban a una situación irregular.

²² Luigi Ferrajoli, *Cultura jurídica y paradigma constitucional: La experiencia italiana del Siglo XX* (Lima: Palestra, 2010), 15.

No se requiere haber realizado necesariamente alguna infracción penal sino encontrarse en algún tipo de abandono o peligro. Siendo un caso paradigmático el de *Mary Ellen*.²³ Una niña de diez años que fue maltratada y que no pudo obtener algún tipo de protección sino hasta que intervino la *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, ya que, no existía protección legal contra el maltrato a los menores pero sí contra el maltrato a los animales.

En el siglo XIX, todavía sin legislación específica de la niñez, los códigos penales brindaban un tratamiento a los *menores* que estaban en conflicto con la ley distinto de aquellos abandonados o en situación de riesgo, porque solo interesaba quienes habían cometido infracciones penales, pero se fijaba una edad determinada de inimputabilidad y quienes tenían más de cierta edad se configuraba criterios de discernimiento bastantes discrecionales y poco objetivos para decidir si ameritaba una sanción, lo cual, consistía en realizar un análisis de si el menor ha actuado con conocimiento y voluntad de cometer un delito.

Poco a poco con la presencia de menores abandonados o en situación de peligro, se vio el momento preciso para expandir el poder estatal. Estas leyes surgieron en los primeros años del siglo XX, las cuales, permitieron una intervención judicial sobre ellos, aun cuando no se haya cometido una infracción penal.

En el caso ecuatoriano, el comportamiento de los menores consistía en conducta irregular,²⁴ es decir, sin constituir delito o contravención denote peligrosidad y por lo tanto, requiera intervención estatal para readaptación del menor; y, delincuencia juvenil,²⁵ cuando la conducta constituye violación a las leyes penales. Por tanto, los Códigos

²³ Mary Ellen nace en 1864, su padre muere en una guerra y su madre con escasos recursos la pone al cuidado de Mary Score, quien a su vez ingresa a la niña a los Servicios Sociales, quienes dan a la niña en adopción al matrimonio Mary y Thomas McCormack, este último, muere a los pocos meses, para nuevamente contraer matrimonio con Francis Connolly. En 1874, cuando la trabajadora Etta Angel Wheeler recibe llamada de una vecina de la familia Connolly, quien indica que todos los días escucha gritar y llorar a una niña, a quien nunca ve, pues cuando los padres salen ella permanece en casa, por ello, acude a la casa y observa a Mary Ellen, sucia, muy delgada, llena de heridas - era agredida con tijeras, látigo de cuero y amarrada a la cama - y vestida con ropa sucia. La trabajadora social recorre los juzgados de Nueva York para denunciar estos casos, quienes no dan solución con el argumento de que los niños son propiedad de los padres, siendo un asunto privado que no debe importar a nadie, por lo tanto, no existía ley alguna que sancionara el maltrato infantil, por lo tanto, analiza el caso con profundidad con el afán de encontrar una salida, es allí, que deduce que una niña también es persona, y que las personas también son animales, en ese entonces, sí existían leyes que protegían el maltrato animal, recurriendo a la *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, logrando así ser separada de sus padres y su madre enfrentar una sanción privativa de libertad. Carmen Paniagua, “Mary Ellen Wilson: El origen de los derechos de la infancia”, *Psicomemorias*, 20 de noviembre de 2015, párr. 5-8, <https://www.psicomemorias.com/mary-ellen-wilson-origen-los-derechos-la-infancia/>.

²⁴ Ecuador, *Código de Menores*, Registro Oficial 107, 14 de junio de 1976, art. 99.

²⁵ *Ibíd.*, art. 100.

Penales, de 1960²⁶ y 1971,²⁷ de aquella época en que estaba en plena vigencia la situación irregular, eximía de responsabilidad penal a las personas menores de dieciocho años e indicaban que estaban sujetas al Código de Menores, en cuanto se ha considerado que requería un tratamiento y medidas distintas a las personas adultas, - este fue el primer paso para consolidar la doctrina de situación irregular - y ya no se toma en cuenta el criterio de discernimiento.

Recibía el mismo trato el menor que estaba inmerso en una situación irregular que si realizaba una infracción penal. Los primeros, se consideraban que se encontraban en estado de peligro²⁸ o abandono,²⁹ siendo términos indeterminados, pese a que existían normas que detallaban cuando se encuentran en cada caso, por lo que, su situación permitió ejercer con discrecionalidad toda intervención estatal.

En la región latinoamericana, la constante crisis económica ahondó el tratamiento de los *menores*, sumado a la falta de voluntad política para dar el lugar que se merece la atención de personas vulnerables y se dio paso a judicializar su condición, cuyos derechos cada vez fueron más vulnerados. Así surge la figura del *niño de la calle*³⁰ para referirse a los *menores* que vivían en las calles en determinadas situaciones de riesgo.

En el análisis de los casos en este trabajo investigativo muchas veces no se hace referencia a un tema en específico sino que se entrelazan en varios temas, porque, el análisis de la doctrina de situación irregular, resulta imposible evitar una interconexión de sus características en cada caso.

Una adolescente fue encontrada en su poder con dos fundas, en una contenía 7,70 gramos de marihuana y en la otra funda 2,00 gramos de cocaína, por lo que, se inicia

²⁶ Ecuador, *Codificación del Código Penal*, Registro Oficial 1202, Suplemento, 20 de agosto de 1960, art. 39.

²⁷ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, 22 de enero de 1971, art. 40.

²⁸ Por estado de peligro, se entiende a todos los que tengan menos de dieciocho años y que se dedican o estuvieren expuestos a la prostitución, libertinaje, alcoholismo, al juego, a la vagancia, a la mendicidad o a la delincuencia. Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento de los Tribunales de Menores*, Registro Oficial 155 y 156, 08 y 09 de junio de 1939, art. 4.

²⁹ Por abandono, se entendía cuando no tenían domicilio fijo, medios para subsistir, se encuentren en estado de vagancia o mendicidad, que concurran a lugares de dudosa moralidad o sean incitados a actividades delictivas. *Ibíd.*, art. 5.

³⁰ “188. El artículo 19 de la Convención Americana no define que se entiende como 'niño'. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño, considera como tal (artículo1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, 'salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad'. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según estos criterios solo tres de las víctimas, [...], tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión de 'niños de la calle', para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo”. Corte IDH, “Sentencia de 11 de septiembre de 1997 (Excepciones Preliminares)”, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 188, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

instrucción fiscal por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, que tiene una sanción para personas adultas de cinco a siete años y para adolescentes la sanción más grave es de tres meses a un año de internamiento con régimen semiabierto.

En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio se realiza una forma de terminación anticipada como es la remisión con autorización judicial, - no implica una sentencia condenatoria ni reconocimiento de la infracción o responsabilidad alguna - en la que se dispone una orientación y apoyo psico socio familiar por seis meses, - auto ejecutoriado el 28 de mayo de 2018 - la cual, no se estaba cumpliendo, en cuanto, el ente encargado de hacerla cumplir - la Unidad de Desarrollo Integral para Adolescentes Infractores No Privados de Libertad n.º: 9 - informa el 22 de agosto de 2018 su incumplimiento, debido a que ese mismo día se habría hecho una visita domiciliaria y mencionan que se evidencia la situación socioeconómica familiar muy deprimente. El juzgador en su motivación para resolver la situación jurídica de la adolescente señala que:

Escuchando las versiones de la adolescente indica que *actualmente no está en su casa, sino callejizada*. [...] al no existir interés por parte de la adolescente, ni representante legal que asuma el cumplimiento de la medida en Quito, [...] esta Autoridad en uso de sus facultades constitucionales y legales, modifica la medida socioeducativa anteriormente ordenada y dispone que la adolescente [...] cumpla con la medida socioeducativa de internamiento con régimen semiabierto de tres meses.³¹

Días después de haberse privado de libertad a la adolescente, la Coordinadora del Centro de Adolescentes Infractoras de Quito le comunica lo sucedido a la defensora de la adolescente, - para la Coordinadora era algo normal que eso sucediera, adicionalmente, le comenta que fue detectada en la adolescente un trastorno mental - y ésta última, se comunica con familiares de la adolescente, quienes le dicen que “están felices que esté detenida para que no ande en las calles”, y la defensora no termina haciendo ninguna gestión por no existir inconformidad de los familiares de cómo se resolvió el caso.

En este caso se evidencia como el trato a la adolescente por su situación irregular, debido a su abandono, hace que su situación jurídica empeore, no se busque una salida a su situación acorde a los estándares de una correcta justicia penal juvenil y se vulnere el debido proceso. Esa situación irregular se analiza con respecto a las condiciones familiares - no tener un representante que le acompañe a cumplir con la medida impuesta

³¹ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Auto de modificación de medida socioeducativa”, en *Juicio n.º: 17957-2018-01298*, 19 de septiembre de 2018. Énfasis añadido.

- y económicas, - tener una situación socioeconómica deprimente - las que llevan a imponer una privación de libertad, pese a que legalmente aquello no era posible.

En el Ecuador, si bien es cierto se adecuó la normativa a la doctrina de protección integral y se pretendió que la doctrina de situación irregular ya no sea parte de la legislación especializada, ésta se sigue aplicando en la práctica judicial pero también aún existen rezagos de esta doctrina en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, permitiendo una esquizofrenia jurídica por estar abiertamente en contradicción con la Convención, otros instrumentos internacionales y la misma Constitución de la República del Ecuador.

Esto sucede respecto a las medidas cautelares, pues, éstas tienen como finalidad asegurar la inmediación del adolescente al proceso y su eventual responsabilidad civil o de su representante, por lo que, si existieren medidas cautelares que no tienen relación con estas finalidades, definitivamente no serían necesarias, idóneas ni proporcionales.

Estas medidas cautelares tienen finalidades tutelares y no procesales - en justicia penal de adultos no existen estas medidas - porque están destinadas a corregir conductas irregulares como lo es cuando se establece sobre “[l]a obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención, que informarán regularmente al Juez sobre la conducta del adolescente;”³² y que en la práctica se aplican. Así en un caso se establece que: “[d]eberá someterse al cuidado, vigilancia y control de su conducta de la persona que le he designado como curador su abuela materna y *tiene la obligación en que cada cinco días informará al Juez que conozca esta causa, del comportamiento de su nieta, empezando el primer informe el 1 de mayo del 2018, así sucesivamente cada cinco días*”.³³

Así mismo, la medida cautelar no privativa de libertad que establece “la prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el juez”.³⁴ En este caso, en la práctica también se dispone: “[l]a prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el juez, esto es *a bares o discotecas lugares que puedan alterar la conducta del adolescente.*”;³⁵ y, la medida cautelar sobre “[l]a prohibición de comunicarse con

³² Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 324, núm. 2.

³³ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17282-2018-01443*, 25 de abril de 2018. Énfasis añadido.

³⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 324, núm. 5.

³⁵ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17282-2017-04827*, 31 de diciembre de 2017. Énfasis añadido.

determinadas personas que el Juez señale, siempre que ello no afecte su derecho al medio familiar y a una adecuada defensa”,³⁶ en este caso, es la única medida cautelar que en la práctica no se ha dispuesto. Estas tres medidas cautelares cumplen un rol tutelar no procesal con respecto al juzgamiento a un adolescente por una infracción penal.

1.2 Seguro que parece un asqueroso gusano

Para facilitar la comprensión de los casos y temas analizados en este trabajo investigativo, utilizo algunos pasajes de la gran obra de Roald Dahl como es *Matilda*. En mi niñez había visto la película y no sé si se trate de que el libro es mucho mejor o si ahora que soy adulto le doy otra lectura mucho más enriquecedora pero encuentro mucha relación de su texto con el tratamiento de situación irregular que se le ha dado a los *menores*.

En el relato, es muy importante la caracterización de la señorita Trunchbull, quien era una mujer musculosa y se vestía como para ir de caza o a la guerra, infundiendo un gran temor a los niños de la escuela donde ella era la Directora.

Una mañana llegó al despacho de la Directora, la señorita Honey, profesora de Matilda - quien se quedaría con la custodia de Matilda cuando fuera abandonada por sus padres - para comentar de las capacidades intelectuales que Matilda tenía. Trunchbull aunque no conocía a Matilda, la identificó porque conoció a su padre, quien le habría vendido un automóvil y tenía buenas, aunque equivocadas, referencias de él, quien le había dicho que cuide a su hija ya que no era buena persona y que si sucedía algo pues seguramente sería Matilda la responsable, por ello, que cuando alguien le hizo una mala broma esa mañana colocando algo que emitía un olor muy desagradable no dudó en que Matilda fue, y al preguntar a la señorita Honey sobre el aspecto de Matilda, ella mismo se respondió, asegurando que: “[s]eguro que parece un asqueroso gusano”.³⁷

Así como le sucedió a Matilda, le sucede a miles de adolescentes que son criminalizados por estereotipos creados por los adultos, quienes clasifican como lo feo,

³⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 324, núm. 6.

³⁷ *Matilda* es una obra literaria de Roald Dahl, es el nombre de una niña que de apenas cinco años y ya tenía habilidades fantásticas para la edad que tenía e incluso para personas mayores a ellas, le encantaba leer mucho y podía hacer cálculos matemáticos imposibles de hacer sin calculadora en manos, sin olvidar que tiene poderes mentales, siendo muy admirada por todos, excepto por sus padres que la consideran algo inútil y aburrida, decidiendo un día utilizar poderes contra ellos y la cruel Trunchbull que es la directora de la escuela a la que asiste. Roald Dahl, “La Trunchbull” en *Matilda*, 3.ª ed. (Barcelona: Alfaguara, 2016), 89.

como asquerosos gusanos, como un delincuente nato y que los adultos no creen en sus verdaderas capacidades sino en sus apariencias e incluso sin conocerlos, es decir, sin haber demostrado un verdadero acto dañoso y se basan en circunstancias de peligrosidad alertadas por terceros, convirtiéndose en el enemigo de la autoridad por ser distinta al resto, lo cual, *per se* es signo de sospecha.

Eugenio Raúl Zaffaroni,³⁸ al estereotipo lo considera como:

[P]refiguraciones negativas (prejuicios) de determinada categoría de personas, que por apariencia o conducta se tienen por sospechosas. [...] Los estereotipos dominantes en la actualidad suelen ser jóvenes y pobres, con cierto aspecto externo y caracteres étnicos, o sea, con aspecto de delincuente cuya mera presencia los hace sospechosos.

El trato a las niñas, niños y adolescentes como objetos de protección y no como sujetos de derechos se ha demostrado al judicializarse situaciones de irregularidad y no por el exclusivo cometimiento de infracciones penales, por ello, se considera que al adolescente se lo ha etiquetado como delincuente ante estas circunstancias.

Ese proceso de etiquetamiento no es infalible, pues no siempre lo tiene el que ha infringido una norma o lo que es peor no tienen aquella etiqueta todos los que sí han vulnerado una norma,³⁹ por lo tanto, que las personas consideren un acto desviado dependerá de cómo la sociedad reacciona ante tal. En el primer caso, están adolescentes que han sido judicializados por una situación irregular y los segundos son adolescentes con cierto *status* que sus características personales no cumplen con el etiquetado estándar, por lo tanto, pasan inadvertidos para la justicia penal juvenil.

A consecuencia de esto, basta haber sido encasillado en alguna situación de irregularidad para ser etiquetado como delincuente, y es así que, adolescentes que han tenido una determinada circunstancia personal encasilla en determinado etiquetamiento, serán sospechoso de todo acto desviado - sea cometimiento de infracción penal o no - porque se considera que de ellos se puede esperar cualquier cosa.

Al momento de aplicar las leyes se lo hace de manera selectiva, ya que, ni agente policial ni la administración de justicia puede ocuparse del universo de casos cuando las y los adolescentes cometen actos contra las leyes penales, siendo más fácil fijarse en los que se adecuan a determinadas características personales.

³⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 23.

³⁹ Howard Becker, *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 29.

De esas personas etiquetadas se espera determinado comportamiento, es decir, la sociedad les ha otorgado determinado rol en base a esos prejuicios, por lo tanto, de esas personas con estereotipos se esperan actos desviados y muchos terminan introyectando dichos roles,⁴⁰ pues de no ser así, ¿para qué le sirve comportarse de un modo distinto al rol asignado si igual no va a ser creíble? Todos tienen *demandas de roles*, unos esperan un rol de unos y ellos esperan un determinado rol de los otros, cuando alguien no se adecua a determinado rol asignado surgen las *disrupciones*, pudiendo ser los roles positivos o negativos - esperar el rol de infractor de la ley es negativo - y todos para evitar las disrupciones terminan respondiendo a esa demanda de rol, al final del día las y los adolescentes son lo que la sociedad ha pensado que deben ser.⁴¹

Si después de haber introyectado dicho rol, se le considera inimputable, se complica aún más porque se ven flexibilizados sus derechos y garantías y la sanción no dependerá del acto cometido sino de cuán grave es su situación de riesgo,⁴² es decir, sus circunstancias que ha permitido crear un cierto estereotipo de delincuente juvenil.

En ese sentido, si se sanciona a adolescentes que no han cometido necesariamente una infracción penal, sino que se encuentran en un estado de situación irregular, se convierten en un grupo diferenciado objeto de criminalización.

En este punto, es necesario considerar lo que es delito para unos como una lesión a un bien jurídico protegido y para otros es signo de inferioridad moral, biológica o psicológica, para los primeros lo que interesa es el acto - derecho penal de acto - y para los segundos las características de autor, - derecho penal de autor - y, por lo tanto, en virtud de ello, será justificada una sanción.⁴³

Esto tiene relación con los postulados de la criminología positivista, que comprende al delito como el resultado de la personalidad y el ambiente en que se desenvuelve, cuya idea nuclear es la *defensa social*, es decir, que no interesa la libertad que tal persona haya tenido al cometer tal o cual acto delictivo - como podría ser el análisis del cometimiento de infracciones penales por adolescentes - sino que la sociedad se defiende de todo aquello que le haya causado un daño, por ello, sería suficiente que la

⁴⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 22-7.

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Buenos Aires: Planeta, 2011), 154-5.

⁴² Mary Beloff, "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar", 14-6.

⁴³ Alejandro Alagia, Alejandro Slokar y Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Ediar, 2011), 66.

persona dañe o pueda dañar para que determinada sociedad actúe contra ella, ahí surge la *peligrosidad*.

La proporcionalidad de su sanción será en la medida de cuanto temor infunde el delincuente en la sociedad, por tanto, no solo se puede prescindir de un acto dañoso sino incluso del acto, por ello, la peligrosidad no solo es comprendida como posdelictiva sino también predelictiva,⁴⁴ y la fundamentación de la doctrina de situación irregular se basa precisamente en los *estados predelictivos*.

En la ciudad de Monterrey de México, a comienzos del año 2017, se produce un tiroteo perpetrado por un adolescente, dentro de una institución educativa, con posterioridad al mismo, se conoce que en la red social de Facebook, existe un grupo cerrado denominado “Legión Holk”, donde habría existido una amenaza y se adjudicaban el hecho violento.

Pocos días después, se habría creado un grupo en la misma red social, cuyos integrantes en su mayoría eran adolescentes de la ciudad de Quito, en el cual, existía un mensaje indicando que habrá una masacre en los días subsiguientes en el Liceo Policial de la ciudad de Quito, también, existía una foto de un adolescente con un arma de fuego, la cual, fue tomada desde las instalaciones de dicha institución educativa, la misma que habría sido de juguete, según se determinó con posterioridad por las mismas autoridades educativas.

Situación que originó que policías aprehendieran a tres adolescentes, para ser llevados ante el fiscal de turno, quien consideró que no se trata de ningún delito, sino que se debe poner a órdenes de un juzgador competente, ya que, se trataría de una contravención como es la apología del delito, la cual, es sancionada de quince a treinta días de privación de libertad en el caso de personas adultas y con medidas socioeducativas no privativas de libertad para el caso de adolescentes.

La juzgadora antes de la audiencia, indicaba que: “no sé porque el fiscal considera que esto es una apología [...] claro como son pasadas las 17h00, seguro tenía apuro de irse a su casa y a nosotros nos deja este problema”.⁴⁵

Dentro de la audiencia de juzgamiento de contravención flagrante, el abogado defensor de los adolescentes, indica que en cuanto la legislación no contempla una

⁴⁴ Nodier Agudelo Betancur, *Grandes Corrientes del Derecho Penal Escuela Positivista*, 7a. ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 2-7.

⁴⁵ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00032*, 20 de enero de 2017.

definición de apología corresponde ir a su definición gramatical, y menciona que es: “el discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”,⁴⁶ por lo tanto, el adolescente que simplemente ponía una foto suya con un arma de juguete, sin ninguna clase de comentario o defensa de algo o alguien y los otros dos adolescentes que ponían “me gusta” en dicha foto sin comentario alguno no incurría tampoco en defensa o alabanza de un delito o de una persona que haya sido sentenciado, como lo exige el tipo contravencional. De todas maneras se impuso sentencia condenatoria para los tres adolescentes por tres meses de orientación y apoyo psico socio familiar.

La juzgadora en la audiencia de forma oral - obviamente en la notificación escrita lo omite - y sabiendo que no existía infracción penal cometida, menciona lo siguiente:

[M]uchachitos de todo esto debo decir que es cierto que no han cometido una apología del delito pero no es menos cierto que andan haciendo cosas que son peligrosas, como el indicar armas dentro de la institución educativa, cuando lo que deben hacer es estudiar y los otros chistositos felices dando 'me gusta' a esta clase de actos, [...] por lo que, dicto de todas maneras sentencia declarando la culpabilidad imponiendo tres meses de orientación psico socio familiar porque igual *están haciendo cosas peligrosas* y esa sanción les va a servir.⁴⁷

En este caso se puede apreciar que no existe una consideración del acto tipificado como infracción sino meramente un análisis de peligrosidad, pero ¿realmente ese acto era peligroso? Ya que, lo que es moralmente reprochable no necesariamente es peligroso para la sociedad y mucho menos ser sujeto a sanción penal.

Al enemigo históricamente se lo ha construido, lo bueno se ha identificado con lo bello y lo feo con lo malo o lo que huele mal,⁴⁸ es por ello que en criminología positivista, se relaciona las características físicas con el delincuente nato y en *Matilda* se le asocia con un *asqueroso gusano*, por la necesidad de construir al enemigo, siendo este distinto o de clase inferior.

El estigma del que parte como característica para su selectividad, es entendido como la situación de la persona que inhabilita para una plena aceptación social, en relación con la *información social*, que es la información que nosotros transmitimos sobre nosotros mismos.⁴⁹ Las personas que no comparten un determinado estigma son los *otros* que criminalizan, y solo existen dos grupos de personas que otorgan apoyo a los

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd. Énfasis añadido.

⁴⁸ Umberto Eco, *Construir al enemigo* (Buenos Aires: Lumen, 2012), 19.

⁴⁹ Erving Goffman, *Estigma La identidad deteriorada*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Amorrortu, 2015),

estigmatizados, los que comparten el estigma se definen como *iguales*; y, los *sabios*, que por su condición - pese a ser *normales* - están íntimamente informados acerca de la vida de los que poseen el estigma, como lo afirma Erving Goffman.⁵⁰ Se requiere que sean *sabios* todos los que están en la administración de justicia pero aquello no es posible y allí se vulneran derechos y garantías de los estigmatizados - en nuestro caso los *menores* que son una categoría parcial de minoridad frente al universo de la infancia -.

Cuando la doctrina de situación irregular incluye como se ha dicho no solo el cometimiento de delitos sino de situaciones de irregularidad, sería más apropiado hablar de *desviación* que de delito como lo hace Howard Becker,⁵¹ en cuanto, delito es aquel que está tipificado legalmente; y, desviación sería aquella que se aleja de las reglas establecidas por un grupo de personas destinadas a otro grupo de personas, en este caso, a los *menores*, conocidos como *outsiders*,⁵² por lo tanto, “[l]a desviación no es una cualidad del acto que la persona comete, sino una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones sobre el 'infractor' a manos de terceros. Es desviado quien ha sido exitosamente etiquetado como tal, y el comportamiento desviado es el comportamiento que la gente etiqueta como tal”.⁵³

1.3 Niña, tu apellido te condena

En el caso de adolescentes, no todo trato diferenciado es arbitrario, ya que, por su especial condición de vulnerabilidad, debe recibir una atención prioritaria, además, que no cuentan solo con los derechos de toda persona sino los derechos propios de su edad y maduración personal, es decir, en todo proceso que se juzgue a una o un adolescente deberá ser respetuoso de todos los derechos de las personas, además, de los propios reconocidos a adolescentes, dentro de un marco de garantismo, es decir, existiendo límites al poder punitivo para contenerlo, para lo cual, deberá existir un justo equilibrio entre el sistema penal y los derechos.⁵⁴

Una diferenciación arbitraria, puede ser entre iguales - en causas que intervengan adolescentes - y entre desiguales - causa que intervenga una persona adulta con otra causa

⁵⁰ *Ibíd.*, 40.

⁵¹ Howard Becker, *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*, 17.

⁵² *Ibíd.*, 21.

⁵³ *Ibíd.*, 28.

⁵⁴ Carlos Uriarte, *Vulnerabilidad, Privación de Libertad de Jóvenes y Derechos Humanos* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006), 28-30.

que intervenga una o un adolescente -. También, existe una diferenciación, con la finalidad de crear condiciones de igualdad real para los grupos que históricamente han sido excluidos,⁵⁵ por lo que, es un mecanismo de protección, y de no ser así, debe ser eliminado toda causal de discriminación, en especial cuando se trate de discriminaciones estructurales.⁵⁶

El *corpus iuris* internacional sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes es el reconocimiento del conjunto de normas que regulan principios, derechos y garantías,⁵⁷ entre ellas, la igualdad y no discriminación.

El hecho de que no todo trato diferenciado con respecto a adultos sea *per se* discriminatorio, no quiere decir que todo trato diferente esté plenamente justificado, ya que, las y los adolescentes tengan que enfrentar un sistema de justicia juvenil por comportamientos o situaciones no tipificadas como infracciones cuando lo cometen adultos, es una vulneración no solo al principio de legalidad sino al de igualdad.

Esto hoy se evita, al verificar la existencia o no de una infracción penal, atendiendo únicamente a los tipos penales, claro a veces existe una analogía in *malam partem*, pero eso, no depende de la legislación sino de la aplicación por los juzgadores, es decir, la aplicación de la situación irregular y sus consecuencias se han desplazado al proceso y a la ejecución, ya que, para evitar la estigmatización, victimización y criminalización de adolescentes, las leyes debe garantizar que ningún acto que no sea delito ni sancionado a un adulto pueda ser considerado delito o sea sancionado a una o un adolescente.

Igualmente, existe trato discriminatorio en el tratamiento entre adolescentes, no es coincidencia que las y los adolescentes más pobres sean la mayoría en los centros de privación de libertad y reciban las sanciones más drásticas, así como, son ellos

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, 2011, párr. 30, OEA/Ser.L/V/II. Doc.78.

⁵⁶ Corte IDH, “Sentencia de 19 de diciembre de 2001 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 450-1, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

⁵⁷ No limitándose al contenido del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sino que incluye a la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y el resto de instrumentos internacionales de derechos humanos, así como, interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño y distintos pronunciamientos dentro de las facultades consultivas y contenciosas del sistema interamericano de derechos humanos con interdependencia del sistema internacional de derechos humanos.

precisamente los que experimentan la violencia del encierro, a pesar de cometer una misma infracción y eso tienen relación con el principio de proporcionalidad.

Es muy común, escuchar en los juzgados que si no tienen dinero para una buena reparación integral, la sanción debe ser mayor; por ello, a adolescentes de cierto status económico casi nunca se los procesa, y de llegar a hacerlo, existe temor en sancionar. No porque delincan menos, sino por la selectividad imperante.

Además, se toma en cuenta situaciones socio culturales como el no estudiar, al momento de imponer una medida cautelar por falta de arraigo; en el caso de sanciones siempre se opta por la privación de libertad o no estar en compañía de un representante legal o que su hogar sea desestructurado; así también, cuando se analiza la posibilidad de realizar una forma de terminación anticipada y en la ejecución de medidas socioeducativas porque, al fin de cuentas, no todos cumplen con los estándares de selectividad y lo que se hace es criminalizar la pobreza, debido a una discriminación sistemática del sistema judicial y la sociedad.

La selectividad no involucra a todas las personas aunque hayan vulnerado la norma penal, no todos los que han vulnerado esas normas son etiquetados, ya que, para la sociedad pasan inadvertidos y nunca llegarán a formar parte de la población de desviados.

No en pocos casos suele observarse que en el relato policial de los hechos se indica que la o el adolescente está en *actitud sospechosa* o en *actitud evasiva*. Esto se basa en que la agencia ejecutiva realiza una selectividad basada en estereotipos, que se ven acentuadas en sociedades inequitativas,⁵⁸ lo cual, no solo ingresa a la o el adolescente de manera arbitraria a una intervención penal desmedida sino que se le priva de uno de los conceptos claves del debido proceso como es el estado de inocencia.

Las y los adolescentes de clases medias y altas corren distinta suerte que los de clase baja, y ello debido a que existe una *criminalización de la pobreza*, por lo tanto, la desviación no depende enteramente del acto cometido sino también del resultado de un proceso de la respuesta de los no desviados.

El trato desigual se da con respecto a las y los adolescentes en su juzgamiento, en distintos niveles. Primero, es necesario comparar cómo se resuelve un determinado caso de una persona adulta con respecto a las o los adolescentes, ya que, existen casos en que

⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Sentencia n.º: 14-15-CN, caso n.º: 14-15-CN (delito de receptación)*, 14 de mayo de 2019, párr. 44.

se observan infracciones en el que participan personas adultos y adolescentes - obviamente, ante los juzgadores competentes cada uno de ellos -.

Allí, surgen varias posibilidades, como que a la persona adulta no se le inicia ningún proceso y a la o el adolescente sí; o, iniciado el proceso para ambos, a la persona adulta se le inicia el proceso por un delito de menor gravedad que a la o el adolescente, pese a ser los mismos hechos; o, que la persona adulta recibe una medida cautelar no privativa de libertad y la o el adolescente una privativa de libertad; o, que la sentencia proporcionalmente es menor la de la persona adulta con respecto a la de la o el adolescente; o, peor aún, que se haya declarado la inocencia a la persona adulta y a la o el adolescente se lo condena o se le agrava la situación en la sanción o posible reparación integral, es decir, casi siempre es más perjudicial para la o el adolescente, pese a que en la justicia juvenil existen diversas opciones de desjudicializar la causa, que hoy no se aplican.

Segundo, la relación entre causas de una o un adolescente que no se adecua a condiciones de situación irregular con respecto a una o un adolescente que sí las tiene, pese a ser investigado y juzgado por hechos muy similares y por las mismas autoridades. Principalmente tiene que ver con la situación económica, ya que, es más probable que concluya la causa con una forma de terminación anticipada, en cuanto, es más probable que se desjudicialice la causa si existe una reparación económica significativa, situación que no es posible con adolescentes de bajos recursos económicos.

Tercero, corresponde a la relación entre adolescente juzgado en la ciudad de Quito con respecto al juzgamiento de un adolescente juzgado en otro cantón o provincia del país, y pues esto llama mucho la atención, ya que, se debe al desconocimiento de la justicia penal juvenil al no ser servidores especializados, en especial, con respecto a la falta o indebida aplicación de formas de terminación anticipada como conciliación, mediación, remisión fiscal o judicial y suspensión del proceso a prueba; así como, de procedimientos abreviados, lo cual, es necesario aplicar por el incremento de las sanciones, en especial, en su tope que ahora es de ocho años de internamiento institucional a partir de la última reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esto es, agosto 2014.

Debido a la aplicación de procedimiento abreviado en la ciudad de Quito, jamás se ha impuesto el máximo de sanción, mientras que en cantones del país, es normal encontrar esas sanciones.

Existiendo un caso paradigmático en la ciudad de Ambato. Un adolescente es procesado por el delito de violación con muerte, con la que una persona adulta puede obtener una sanción de veintidós a veintiséis años de privación de libertad y una o un adolescente una sanción de cuatro a ocho años de internamiento institucional; finalmente, se le impuso una sanción de diez años con seis meses de internamiento institucional.⁵⁹

La sanción máxima nunca podrá ser mayor a ocho años en ningún caso, pero en este se impuso diez años con seis meses, en cuanto el juzgador de primera instancia consideró que existe una circunstancia de agravante como es que la víctima sea un niño e incrementa un tercio de la sanción máxima, como señala las reglas de la justicia penal de adultos. La Defensoría Pública interpuso recurso de apelación, y la sentencia fue reformada por una sanción definitiva de ocho años, la causa actualmente ya está ejecutoriada. Sin embargo, de aplicarse procedimiento abreviado como en otras ciudades sí se los hace, la sanción pudo ser mucho menor a esos ocho años que se impuso.

Cuarto, se observa discriminación contra las adolescentes, lo que, conlleva no cumplir con las condiciones mínimas por su doble vulneración en que se hallan inmersas, en especial, por no existir un número muy alto de privadas de libertad, pues, solo existen dos centros de adolescentes infractoras en el país - Quito y Guayaquil – (Véase tabla 4) lo que conlleva, el alejamiento familiar, con las dificultades económicas y familiares que aquello acarrea, por lo que, es menos probable una adecuada ejecución de la medida socioeducativa, en especial, con lo relacionado al vínculo familiar y por ende, es mucho menos probable que obtenga modificaciones en los regímenes de ejecución y pueda reinsertarse a la sociedad.

Tabla 4
Adolescentes mujeres privados de libertad

Centro de Adolescentes Infractores	Número de adolescentes infractores
Guayaquil (Femenino)	19
Quito (Femenino)	16
Total	35

Fuente: Subdirección de Medidas Socioeducativas para Adolescentes Infractores, Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores

Elaboración: Propia

Fecha de corte: 03 de junio de 2019

⁵⁹ Ecuador Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Tungurahua, “Sentencia de recurso de apelación”, en *Juicio n.º: 18202-2018-00588*, 13 de julio de 2018.

De la mano del adultocentrismo se encuentra el androcentrismo, es decir, la consideración de que el hombre, sus experiencias e intereses son el centro de todo, por tanto no han considerado las experiencias ni puntos de vista desde las mujeres, por tanto, sus necesidades son infravaloradas e invisibilizados las vulneraciones a sus derechos.⁶⁰ Derivándose así, constantes discriminaciones que son normalizadas en nuestra sociedad sin ser la excepción la administración de justicia, y no siempre realizadas solo por hombres.

Para esto cobra mucha importancia la perspectiva de género, no para otra vez buscar una diferencia de poder desigual, sino lograr una igualdad entre hombres y mujeres, cuya incorporación sea:

[U]na estrategia para hacer que los intereses y experiencias tanto de mujeres como de hombres sean una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas del quehacer humano, con el objetivo de que todas las personas se beneficien igualmente y para que la desigualdad de lo femenino con respecto a lo masculino no sea perpetuada.⁶¹

La perspectiva de género debe ser una guía en las decisiones que tome la administración de justicia, por tanto, deberán actuar con imparcialidad para visualizar aquellas situaciones discriminatorias en que se vulneran derechos cuando se basen en el género y se tomen acciones para garantizar sus derechos acorde a su dignidad humana.

Una adolescente es aprehendida después de realizarse un allanamiento por la Policía, en cuanto, por denuncias de moradores del sector, se presume que desde su domicilio personas adultas están expendiendo droga, pero al momento de allanar el domicilio se encontraba sola la adolescente y se hallaron 682.50 gramos de cocaína, correspondiendo a alta escala del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, el mismo que contempla una sanción para una persona adulta de cinco a siete años de privación de libertad y para adolescentes una sanción de seis meses a dos años de internamiento con régimen semiabierto y una sanción máxima de uno a cuatro años de internamiento institucional.

Se desarrolla la audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia para la cual, la defensa negocia un procedimiento abreviado con el fiscal antes de la audiencia, por un tiempo de cuatro meses de internamiento con régimen semiabierto - medida que garantiza continuar con el estudio y el trabajo - pese a que no estaban claros

⁶⁰ Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, en *Género y Derecho*, ed. Alda Facio y Lorena Fries, Serie Casandra (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999), 37-9.

⁶¹ *Ibíd.*

los hechos, pues, eran los padres de la adolescente quienes habrían estado dedicados a la venta de drogas, ya que, se adecuaban a las características físicas que se informaban en las denuncias como posibles expendedores.

Previo a instalar la audiencia, la jueza con relación a un procedimiento abreviado, indica que “es muy poco tiempo, además, debe ser un internamiento institucional, porque la Coordinadora del CAI, es muy flexible y les deja salir con cualquier excusa, menos de diez meses de institucional, yo no lo aceptaré”.⁶² La defensa alegó que se está tomando la medida socioeducativa más gravosa como lo es el internamiento institucional, pero aun así, ésta al contemplar una sanción de uno a cuatro años y al querer imponer diez meses no se le está beneficiando de la reducción por aplicar el procedimiento abreviado, en cuanto, la norma establece que nunca podrá ser menor a la tercera parte de la sanción mínima,⁶³ después de tanta insistencia, la jueza procede a aceptar por un plazo de ocho meses.

Con esto, se puede apreciar que la privación de libertad en el caso de las adolescentes mujeres es la regla, imponiéndose mayor tiempo y de la medida socioeducativa más grave. (Véase tabla 5).

Tabla 5
Situación de adolescentes mujeres en relación a medidas socioeducativas privativas de libertad

Centro de Adolescentes Infractores	Internamiento institucional	Internamiento con régimen semiabierto	Internamiento de fin de semana	Total de adolescentes mujeres privadas de libertad
Guayaquil (Femenino)	11	1	2	14
Quito (Femenino)	12	1	1	14
Total	23	2	3	28

Fuente: Subdirección de Medidas Socioeducativas para Adolescentes Infractores, Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores
Elaboración: Propia

Fecha de corte: 03 de junio de 2019

Posteriormente, al haber llegado al 80% del cumplimiento de la sanción se solicita la correspondiente audiencia de modificación de medida socioeducativa, en la cual, se

⁶² Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00394*, 10 de agosto de 2017.

⁶³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 636, inc. 3ro.

puede acceder a un régimen abierto, como lo es verificar que la adolescente se presente de manera periódica ante la juzgadora.⁶⁴ En la misma, la jueza después de la intervención del abogado defensor de la adolescente, suspende la audiencia de inmediato por unos minutos para verificar si tiene antecedentes - lo cual, es inconstitucional y no es requisito para el cambio de medida - al reinstalarse la misma, el abogado defensor, al observar que la jueza busca motivos extralegales para negar la solicitud de cambio de medida socioeducativa, la defensa solicita sea escuchada la adolescente, más la jueza no lo permite, alegando que su abogado en representación de ella ya lo hizo.

La jueza al verificar que no tiene antecedentes, niega la petición de modificación del régimen de ejecución de medida socioeducativa, basándose en informes anteriores realizados por el Equipo Técnico del Centro, e indicando que en el área psicológica falta trabajar aún más, lo cual, es evidente pues porque se trataba de informes que fueron emitidos al inicio del cumplimiento de la medida socioeducativa, en el último informe, ya se superó los inconvenientes pero aun así no lo tomó en cuenta la juzgadora y sin motivación alguna, por lo que, la defensa solicita a la jueza que aclare por qué no toma en cuenta el último informe, y la jueza indica que no lo tiene en el expediente, lo cual, no era cierto, porque sí constaba de los recaudos procesales. Finalmente, ya con el audio apagado, una vez concluida la audiencia, la jueza indica a la defensa lo siguiente:

Doctor, el cambio de medida socioeducativa no es un derecho, es un privilegio, yo sabré a quién y cómo otorgar, además, no seamos ingenuos, el apellido de la adolescente me indica que toda su familia se dedica al tráfico de drogas, tu hermano creo el que era, que estuvo hace poco aquí. *Niña, tu apellido te condena.*⁶⁵

En este caso no solo existe vulneración al debido proceso como es afectar la legalidad al momento de incorporar requisitos distintos de los establecidos legalmente como el analizar si debe continuar con trabajos en el área psicológica, sin tomar en cuenta que eso no sugiere la psicóloga del Centro, ya que, se detalla en el informe que en el área psicológica está apta para un cambio de medida; o, imponer una sanción mayor en procedimiento abreviado de la ya negociada entre la defensa y fiscalía; sino que, existen varios hechos discriminatorios como son el solicitar registros de reincidencia, negar el tipo de medida socioeducativa porque la juzgadora considera que en el caso de las adolescentes no hay un control estricto para cumplir en libertad la medida, haciendo de

⁶⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 383, inc. 4to.

⁶⁵ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de cambio de medida socioeducativa”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00394*, 19 de marzo de 2018. Énfasis añadido.

la privación de libertad la regla, siendo más severo que en el caso de los adolescentes varones.

La negativa de la modificación del régimen de medida socioeducativa también se basa, por quién es la adolescente, su familia, y que los antecedentes delictivos de la familia - no demostrado procesalmente - impide el cambio, pese a ser una adolescente ejemplar, es por ello, que a raíz de este caso el entonces Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos solicita que ante estas argumentaciones inhumanas se inicien acciones para enmendar estos errores y se planifique una reunión interinstitucional, con todo el sector justicia,⁶⁶ pero esto no trajo efectos y la situación ha permanecido igual, es decir, vulnerándose derechos de adolescentes mujeres.

Otro caso analizado es para entender el trato diferenciado de manera arbitraria entre una persona adulta y una o un adolescente, en virtud, a la relación entre la consideración de una situación irregular y el derecho igualdad.

Un adolescente es aprehendido, cuando existía una caravana de hinchas del equipo El Nacional, que se encontraban dirigiéndose al estadio Casa Blanca, por cuanto existiría un partido contra el equipo de Liga Deportiva Universitaria de Quito, cuando estaban a alrededor de dos kilómetros del mencionado escenario deportivo, miembros policiales observan a este adolescente con una persona adulta, quienes habrían estado transportando una java de color rojo, que en su interior estaban once botellas con un contenido azulado con olor a combustible, con pedazos de tela en la punta de las botellas, dos botellas de Zhumir con líquido azulado con olor a combustible y una botella Pilsener vacía, momento en que se percatan de la presencia policial, proceden ambos a soltar la java y continúan con el recorrido hasta el estadio donde son aprehendidos.

Se realiza la audiencia de juzgamiento de contravención flagrante y el adolescente manifiesta que una persona en esa caravana le pide que le ayude a cargar la java, la cual, estaba cerrada, al ver que se trataba de algo extraño, deja de llevar la misma, y la suelta kilómetros antes de llegar al escenario deportivo, es decir, nunca llega a entrar al mismo. El juzgador dentro de la audiencia de contravención flagrante, señala que:

El adolescente tiene que aprender la lección, [...] hay indicios de responsabilidad penal, [...] más que comprender la infracción es para que aprenda la lección, [...] tienes que ser más pensante, no seas ingenuo.⁶⁷

⁶⁶ Ecuador Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, *Memorando n.º: MJDHC-SDIPAI-2018-0135-M* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2018), 1.

⁶⁷ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de contravención flagrante”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00188*, 23 de abril de 2017.

La madre interrumpe y dice: “gracias señor juez, ayúdenos con mi muchacho, para que no haga cosas malas, [...] muy amable, nos hace un favor”.⁶⁸

Realmente es un caso, que desde un comienzo se alejó del principio de legalidad, y es que, el primer requisito básico ante una audiencia penal, es averiguar si pudo haber existido una infracción penal, en este caso, una contravención, pues, se pretende aplicar la contravención en escenario deportivo y concurrencia masiva, es decir, cuando una persona introduzca de manera subrepticia a escenarios deportivos o de concurrencia masiva armas blancas, petardos, bengalas o material pirotécnico prohibido,⁶⁹ sancionado hasta cien horas de trabajo comunitario; mientras que a las y los adolescentes se contempla una sanción con medidas no privativas a la libertad, entre ellas, también servicio a la comunidad de hasta cien horas, en el caso se impuso una sanción de veinte horas, al adulto ratificaron su inocencia.

En el presente caso, se indicó que el adolescente no conocía el contenido de las javas y cuando dudó del material que lo contenía, inmediatamente dejó de cargar, esto cerca de dos kilómetros antes de llegar al escenario deportivo, y cuando estaba en las boleterías en el exterior del estadio para adquirir la entrada, es aprehendido, por tanto, no introduce nada al estadio, pues ni siquiera ingresa al mismo, y en el caso no consentido de que ingrese tampoco se trataba de un objeto prohibido, - pese a que ya no tenía ningún objeto en su poder -, pues, el combustible, no es bengala, ni arma blanca ni material pirotécnico, por lo que, no se adecua a los elementos del tipo, por ello, se debió ratificar la inocencia, como se hizo con el adulto aprehendido, en este mismo caso.⁷⁰

El juzgador resuelve de esta manera porque encuentra refuerzo en la posición de los familiares de los adolescentes como en este caso en que la misma madre solicita una corrección a su hijo y el señor juez accede, y declara una sentencia condenatoria por veinte horas de servicio a la comunidad, dejando atrás un análisis jurídico para tomar una decisión tutelar.

1.4 De buen padre de familia a salvador externo

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 397, num. 3.

⁷⁰ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de contravención flagrante”, en *Juicio n.º: 17282-2017-01761*, 23 de abril de 2017.

También *Matilda* tiene algo que decir con respecto a la exclusión del *otro* cuando se refiere a niñas, niños y adolescentes, ya que, si bien es cierto, es solo un relato imaginario, en la vida real sucede esto con cierta frecuencia.

Cuando Matilda se venga de su cruel directora y ésta ve la manera de amenazar a la niña, como los adultos lo hacen diariamente para que un niño haga lo que aquel desea o necesita, es decir, recurriendo a la discrecionalidad cuando no se visibiliza a las niñas, niños y adolescentes como sujetos derechos. Muchas veces, para dejar en claro quiénes son los mayores y quiénes los *menores*, se insulta:

-¡Eres un animal vil, repulsivo, repelente y maligno! - gritó la Trunchbull -. ¡No eres digna de esta escuela! ¡Deberías estar entre rejas, allí es donde deberías estar! ¡Haré que te expulsen de este establecimiento con toda ignominia! ¡Haré que los inspectores te persigan por el pasillo y te arrojen por la puerta a patadas! ¡Haré que el personal te lleve hasta tu casa con guardia armada! ¡Y luego me aseguraré a que te envíen a un reformatorio para niños delincuentes y que estés allí cuarenta años por lo menos!⁷¹

Con esto se evidencia lo que las personas adultas suelen hacer con regularidad. Insultar que equivale a tratar como objeto; atemorizar para tratar como objeto de represión; y, después, excluir para confirmar que no es sujeto de derechos y que es distinto a los *otros* y que no merece que se permita el ejercicio de ciertos derechos. Todo esto paradójicamente para buscar su bienestar, es decir, una errónea búsqueda de tutela, pero, ¿desde qué punto de vista?

Cuando se dice que un grupo impone reglas sobre otro grupo en la sociedad, es necesario plantearse ¿Quién puede obligar a otro a aceptar las reglas y cuáles son las posibles razones de su éxito? pues, la gente está permanentemente imponiendo reglas sobre otros, sin tomar en cuenta su consentimiento, es decir, en contra de su voluntad, pues en la construcción de esas reglas, como es el caso de las reglas que se imparten a niñas, niños y adolescentes, éstos no intervienen en la construcción de ellas, por lo que, están siendo hechas e impuestas por adultos.

Es decir, desde el adultocentrismo. Los *ismos* están para demostrar las relaciones asimétricas entre dos personas o dos grupos de personas; y, el adultocentrismo no es la excepción, siendo éste, la relación de poder desigual y discriminatorio entre los adultos frente a las niñas, niños y adolescentes, por tanto, los convierte en objeto y la lucha por

⁷¹ Roald Dahl, “El primer milagro” en *Matilda*, 165-6.

convertirlos en verdadero sujetos de derechos, es al mismo tiempo dejar atrás este adultocentrismo.⁷²

Una clara imposición de reglas es cómo debe ser el comportamiento sexual de las y los adolescentes, estableciendo sanciones por su desacatamiento y esto se ha dado porque siempre se ha considerado que las y los adolescentes no tienen la madurez y el conocimiento para establecer sus propias reglas, pero en sí se trata de qué grupos de poder sometan al más débil.

Estas reglas para comportamiento sexual de las y los adolescentes son impuestas por personas adultas, lo cual, no ha impedido que ya inicien la vida sexual desde temprana edad. (Véase tabla 6)

Tabla 6
Edad en que las mujeres tuvieron su primera relación sexual

< 15 años	< 18 años	< 20 años	< 22 años	< 25 años
7.5%	30.1%	41.8%	44.8%	45.6%

Fuente: ENSANUT ECU 2012. MSP/INEC⁷³

Elaboración: Propia

Para conocer la realidad del comportamiento sexual de las y los adolescentes que buscan las personas adultas limitar y sancionar es necesario saber la edad de la persona con quien tuvo su primera relación sexual. (Véase tabla 7)

Tabla 7
Edad de la persona con quien tuvieron su primera relación sexual las mujeres menores de 25 años

< 15 años	15-17 años	18-19 años	20-24 años	> 24 años
0.8%	18.8%	28.6%	36.2%	12.5%

Fuente: ENSANUT ECU 2012. MSP/INEC⁷⁴

Elaboración: Propia

Además, es muy importante identificar que no solo las adolescentes han comenzado a temprana edad su vida sexual sino también los adolescentes, y cuán común son las relaciones sexuales entre adolescentes. (Véase tabla 8)

⁷² Ramiro Ávila Santamaría, “De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El principito”, en *Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, ed. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 18 (Quito: Ministerio de Justicia, 2010), 206-7.

⁷³ Philippe Belmont et al., *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición. Salud Sexual y Reproductiva*, 2 (Quito: Ministerio de Salud Pública/Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2012), 273.

⁷⁴ *Ibíd.*, 275.

Tabla 8

Edad de la mujer en relación a la edad del hombre en la primera relación sexual

Edad de la mujer	Edad de la persona con quien la mujer tuvo la primera relación sexual				
	< 15 años	15-17 años	18-19 años	20-24 años	> 24 años
< 15 años	4.3%	31.5%	22.6%	26.6%	9.1%
15-17 años	0.2%	25.2%	31.5%	29.6%	10.4%
18-19 años	-	4.8%	34.4%	46.0%	1.6%
20-24 años	-	0.6%	4.3%	63.6%	2.6%

Fuente: ENSANUT ECU 2012. MSP/INEC⁷⁵

Elaboración: Propia

Esta información resulta de gran importancia para la elaboración de políticas públicas adecuadas y no la limitación de derechos por la imposición restrictiva a un determinado comportamiento sexual de las y los adolescentes, ya que esto conlleva necesariamente la vulneración a derechos como la libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad y a los sexuales y reproductivos.

En similar situación de asimetría en la imposición de reglas dentro de la relación de los hombres con respecto a las mujeres, los blancos con respecto a los negros, clase alta con relación a los de clase baja, los que están en libertad con los que están privados de ella, los nacionales con respecto a los extranjeros, por lo que, no se trata de edad o madurez, eso es solo una excusa, se trata de diferencias de poder.⁷⁶

Esas reglas impuestas son parte de un disciplinamiento emitidas por las personas adultas. Existe un castigo disciplinario que como lo señaló Michel Foucault, éste tiene como función, la reducción del desviamiento, por tanto, es eminentemente correctivo, es decir, lograr un encauzamiento de la conducta,⁷⁷ por ello, las instituciones disciplinarias comparan, diferencian, jerarquizan, excluyen.⁷⁸

Esa diferencia de poder permite establecer reglas que traen consecuencias por su incumplimiento y que son impuestas a un grupo determinado de la sociedad, para ello, existen tres argumentos distintos. El primero, es el *argumento perfeccionista*, en el que se interfiere induciendo que esas personas adopten modelos de conducta digna; el

⁷⁵ Ibíd.⁷⁶ Howard Becker, *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*, 36.⁷⁷ Michel Foucault, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, 2.ª ed. 9.ª reimpresión (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018), 210.⁷⁸ Ibíd., 213.

segundo, es el *argumento paternalista*, que consiste en que se busque desalentar malas conductas, no para imponer modelos de conducta sino para proteger a las persona de las consecuencias de esas conductas, otorgando plena autonomía para plantearse su propio proyecto de vida, siempre y cuando, ello no implique una autolesión o lesión de terceros; y, el tercero, el *argumento de la defensa social*, que es la protección que se realiza a terceros o a la sociedad en su conjunto.⁷⁹

Ninguno de estos argumentos son válidos en un Estado constitucional de derechos y justicia en que se debe tomar en cuenta de manera exclusiva, la afectación de terceros, a sus derechos constitucionales, mediante imposición de reglas, que en su aplicación respeten el principio de legalidad y coherente con el principio de autonomía y dignidad humana.

Pero, sí cabe preguntarse, si ¿la imposición de sanciones a los adolescentes, sin tomar en cuenta derechos constituciones y el principio de lesividad de terceros es aplicar el argumento perfeccionista, paternalista o de defensa social?, creo que la respuesta, dependerá de un análisis caso a caso, pero que en muchas veces se involucra a los tres argumentos y por ende una intervención inconstitucional, y que hoy por hoy, de manera abstracta no está contemplada en la legislación sino que se produce en la práctica. Cualquiera de ellas no son propias de la doctrina de protección integral que es garantizar derechos y garantías de las y los adolescentes.

En la legislación se solía imponer ciertas normas que daban crédito de un vigente perfeccionismo como sucedía cuando se regulaba la intervención judicial y los *menores* se sometían al Código Penal de adultos, bajo ciertas diferencias - antes de que exista legislación especializada - y se indicaba que no podía recuperar la libertad el menor que siendo exento de pena por tener más de siete años y menos de quince años, ha actuado con discernimiento y es colocado en un establecimiento para su corrección, si no da suficientes garantías de moralidad,⁸⁰ es decir, el Estado a través de aquellos establecimientos imponía modelos de conducta morales, para poder el menor recuperar la libertad.

No se puede confundir el ámbito de las cuestiones jurídicas de las morales. En el ámbito penal, ha existido una estrecha relación, sobre qué tipificar como delito y en el momento de procesar o sancionar, situación que acontece en la justicia penal juvenil,

⁷⁹ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*, 2.^a ed., Filosofía y Derecho, 15 (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007), 413-46.

⁸⁰ Ecuador, *Código Penal*, publicación oficial s/n, 03 de noviembre de 1872, art. 84.

pues, el derecho no es un instrumento de reforzamiento de la moral. Por esta razón, el Estado no debe meterse en la moral de las personas, ratificando o prohibiendo determinados estilos morales, sean propios o impuestos sino solo tutelar derechos.

Con el transcurrir del tiempo, se mantuvieron disposiciones que también permite entender la vigencia de un paternalismo y protección de defensa social, es decir, la protección estatal para precautelar su integridad, tal es el caso del consumo de drogas y contemplándose la privación de libertad para su tratamiento, estableciendo incluso que sería de manera indeterminada,⁸¹ con la finalidad de precautelar su salud, sin tomar en cuenta si existe un consumo problemático, es meramente ocasional o si ha llegado al punto de afectar en su persona.

El más mínimo contacto con las drogas se considera perjudicial - hasta ahora lo es en la práctica, al haber cero tolerancia a la tenencia de drogas -, y como protección de defensa social, a diferencia del tráfico de drogas, que es un delito de peligro, y que efectivamente puede afectar a terceros, sino visualizar el consumo de drogas, que tiene una afectación - cuando lo tiene - de manera individual, como una posible afectación a terceros, básicamente por la posibilidad de que otras personas puedan adquirir el *vicio* de consumir drogas.

La aplicación de estas argumentaciones, es una de tantas posibilidades en que se judicializa los *problemas sociales* de la infancia o si se quiere decir, de su situación irregular, y, con ello, se vulneran garantías del debido proceso.

Todo esto, necesariamente conecta con dos circunstancias que rodean a la infancia en relación con los adultos. En primer lugar, está la incapacidad que tienen los niños en relación con el mundo adulto; y, en segundo lugar, el interés superior del niño que aplica el mundo adulto con respecto a ellos, según como los adultos lo entienden.

La incapacidad de las niñas, niños y adolescentes tiene relación con que éstos dejaron de ser objetos del proceso y han pasado a ser verdaderos sujetos de derechos - si bien es cierto el universo es la infancia o la niñez, pero los sujetos de derechos son las personas, no su categoría que lo engloba, porque cuando así sucede, existe un grupo de personas que no la comprenden, por ello, digo que son sujetos de derechos las niñas, niños y adolescentes y no la infancia -.

A pesar de ello, no basta con que las niñas, niños y adolescentes tengan personalidad jurídica y por ende sean sujetos de derechos sino que ellos lo sepan, se

⁸¹ Ecuador, *Código de Menores*, Registro Oficial 995, Suplemento, 07 de agosto de 1992, art. 224.

empoderen de sus propios derechos y se les permita luchar y garantizar su cumplimiento, y así, desarrollen su proyecto de vida.

Si bien es cierto, existe un vínculo muy cercano entre capacidad jurídica y personalidad jurídica, éstas no son sinónimo; pues, puede suceder y de hecho sucede que una persona tenga personalidad jurídica pero por su especial condición - por su edad - no tenga la capacidad para actuar.

La personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, mientras que la capacidad jurídica es la aptitud para ejercer esos derechos por sí mismo, por lo que, si bien es cierto la capacidad está estrechamente relacionada con la personalidad jurídica, el hecho de que una persona no esté en plena capacidad jurídica no por ello dejará de ser sujeto de derechos,⁸² es decir, la personalidad jurídica es un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, derecho a un ordenamiento jurídico que salvaguarde los derechos inherentes a su calidad de persona.⁸³

Siempre a un segmento de la población se le ha excluido y por tanto, se le ha invisibilizado. A través de prácticas de subordinación, naturalizando así la discriminación hacia las niñas, niños y adolescentes y apartándolos de la toma de decisiones y en la participación con el mundo adulto.⁸⁴

Los niños han sufrido esa exclusión por parte del poder estatal, y la reacción política o jurídica ha sido casi nula, sufriendo ataques de distinta naturaleza, a pesar de que siempre se han querido hacer notar de diversas maneras, pero siguen invisibilizados, no tanto para la represión sino para la satisfacción de derechos. La satisfacción de sus derechos - aún no del todo plena - ha sido constante y difícil, los derechos no son regalos estatales, son producto de luchas sociales, luchas que para las niñas, niños y adolescentes han resultado complicadas, pues no es posible hacer valerlos por sí mismos, ya que, requieren de ayuda de las personas adultas.

El problema está en qué es lo mejor para las niñas, niños y adolescentes desde el punto de vista de los adultos, y para evitar esto, es inevitable el que sean escuchados, pero una escucha activa y respetuosa, no para mantenerlos invisibilizados ni para mantener su *status* de objeto sino como verdadero sujeto de derechos frente a otros que tienen poder

⁸² Corte IDH, “Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade”, párr. 8.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 70.

⁸⁴ Gayne Villagómez Weir, “¿Androcentrismo o adultocentrismo?”, en *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010/2011* (Quito: Corporación Humanas Ecuador, 2011), 95.

y que en virtud de ese poder, ponen calificativos como *muchachito*, *mocoso* o *malcriado*, que suele escucharse con cierta frecuencia.

Así también, las personas adultas califican su comportamiento y establecen sanciones - *invisibilización* - lo mismo sucede en la administración de justicia cuando se refieren a un adolescente, pero nunca se han tomado la molestia de preguntar el porqué de determinadas actitudes desde la visión de las y los adolescentes, es decir, se termina imponiendo como única opción, la visión del mundo adultocentrista.

El admitir que el *otro* es diferente, que tienes sus propios fines y que merece ser escuchado y tomado en cuenta, es respetar su dignidad - *visibilización* - además, es tomar en cuenta en serio de sus necesidades y posturas, se valora su real peso en la sociedad y la relación ya no es totalmente vertical, pues, los adultos tienen mucho que aprender de los niños y ellos tienen mucho que decir a los adultos para un mundo mejor.

Los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se comprenden y desarrollan de manera autónoma de los derechos y deberes de los padres, por ello, en la práctica, cuando una o un adolescente comparece a una diligencia o audiencia dentro de un proceso legal en su contra, si bien es cierto requerirá de representante legal, que pueden ser sus padres, familiares, responsables de su cuidado o cualquier persona de confianza para ellos, no es menos cierto, que goza de autonomía para decidir sobre sus derechos, debiendo tomarse en cuenta lo que éste decida sobre sí, y no lo que sus padres deseen sobre él, primando un justo equilibrio con el goce de sus derechos.

Como parte de este desarrollo de la personalidad jurídica de las niñas, niños y adolescentes, independientemente de su incapacidad para actuar, toma gran importancia el principio de dignidad humana, que se encuentra regulado en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como, su relación con el interés superior del niño. Se constituye en un principio fundamental, la protección de las niñas, niños y adolescentes, por la condición de ser humano, su dignidad y la situación muy especial en la que atraviesan debido a la “inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.⁸⁵

El interés superior del niño es un tema central para la legislación, jurisprudencia y doctrina del derecho de las niñas, niños y adolescentes, por supuesto, incluyendo a la justicia penal juvenil.

⁸⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 93, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Para su comprensión y desarrollo de este principio ha sido necesaria la jurisprudencia, para lo cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que consiste en “un principio regulador de la normativa de los derechos del niño, que encuentra su fundamento en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potenciales”;⁸⁶ sin embargo, continúa dejando un amplio margen de discrecionalidad al Estado, familia y sociedad para su aplicación, y deja abierta la posibilidad de que el modelo tutelar siga aplicándose en desmedro de los derechos de los niños.

Es así, que en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, a la Opinión Consultiva OC-17, sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, estableció que:

[S]ería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquel, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este Voto y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión Consultiva, que no se afilia a doctrina alguna.⁸⁷

Es decir, no elimina la posibilidad de que el régimen tutelar pueda seguir aplicándose de alguna manera, o al menos, no lo considera totalmente opuesta a un régimen garantista, lo cual, ahonda más la característica de indeterminación del interés superior del niño.

Está claro que este principio se relaciona con el deber de protección, para ello, es necesario indicar que la relación que ha existido entre niñas, niños y adolescentes y la ley, siempre ha sido discriminatoria, es decir, ha existido una combinación entre protección y discriminación, esta discriminación se dio con respecto a quiénes integraban la categoría infancia, los *otros* eran asociados como seres peligrosos y que requerían de protección porque eran futuros delincuentes, por lo que, fueron separados de sus familias - si las tenían - y fueron institucionalizados, no solo quienes cometían delito sino quienes estaban en situación de riesgo. Siendo la institucionalización el medio de protección para ejercer

⁸⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 59-0 citado en Farith Simon Campaña, *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2014), 54.

⁸⁷ Corte IDH, “Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez” *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 22, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

control social discrecional, éste fracasó cuando ya no existían recursos para tantos *menores* que se encontraban en la calle, por el constante y acelerado crecimiento de la pobreza.

La vieja y aún vigente concepción tutelar se basó en el interés superior del niño, llamado a veces *bienestar del menor*,⁸⁸ para aplicar con discrecionalidad medidas en contra de *menores*, y que hoy, las personas adultas, instituciones y autoridades represoras-protectoras de forma malintencionada buscan relegitimar un discurso discrecional, a esto se lo llama *neomenorismo*,⁸⁹ por ello, la adecuación al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y con ella la doctrina de protección integral es una lucha por lograr entender y definir el verdadero significado del interés superior del niño. Aún, el debate está abierto, por lo que, es necesario dar el paso del arma que refuerza la discrecional hacia la garantía de derechos como parte del proceso de autonomía progresiva de los niños para deslegitimar para siempre la discrecionalidad.

El interés superior del niño permitirá que los principios y derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño sean interpretadas de manera evolutiva y sistemática, ya que, no pueden ser aplicadas con el régimen tutelar que se supone debió quedar en el pasado, por lo que, ya no podría entenderse al interés superior del niño como un concepto vago o indeterminado que habilite a tomar decisiones discrecionales,⁹⁰ ya que, aquello, debilitaría a la tutela judicial efectiva de los niños, por lo que, al ser el interés superior del niño un principio transversal en toda la Convención debe ser aplicado con el objetivo de garantizar el ejercicio de todos los derechos.

Debe existir una interpretación de toda la Convención para aplicar el interés superior del niño, por lo que, es necesario un vínculo inquebrantable entre este principio y la protección efectiva de sus derechos, porque “[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención.”⁹¹

La Convención sobre los Derechos del Niño ha positivizado su contenido, más allá de factores culturales y sociales, ya que, ante todo, prevalecen los derechos de las

⁸⁸ Ecuador, *Código de Menores*, art. 114.

⁸⁹ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 298-9.

⁹⁰ Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, ed. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 18 (Quito: Ministerio de Justicia, 2010), 88.

⁹¹ ONU Comité de Derechos del Niño, *Observación General n.º: 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril de 2011, párr. 61, CRC/C/GC/13.

niñas, niños y adolescentes, que al ser ahora ellos sujetos de derechos, el interés superior del niño debe constituirse en el principio que permita contrarrestar la arbitrariedad y vulneración a los derechos y promover la satisfacción de ellos. Su aplicación no obedece, debido a que sea socialmente aceptado, como acto bondadoso, sino porque los niños tienen derechos y antes de tomar alguna medida en relación a ellos, sean de aquellas que promuevan - y no vulneren - derechos.

Al ser un mecanismo idóneo para asegurar la protección de derechos, también es una garantía, por lo que, sólo lo que es satisfacer un derecho puede ser determinado como interés superior del niño, por tanto, solo cuando no existía un catálogo de derechos, este principio pudo entenderse de manera arbitraria. Ahora, “[d]esde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objeto social deseable - realizado por una autoridad progresista o benevolente - y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad”⁹² para superar el perfeccionismo y paternalismo estatal, que permitía que el juzgador actuara como *buen padre de familia*, - creyéndose que cuenta con una competencia omnímoda penal-tutelar - como la transferencia - por la imposibilidad de solucionar en el núcleo familiar - para solucionar problemas domésticos que correspondía a los padres por incompetencia o comodidad de éstos al poder estatal,⁹³ casi siempre a través de la coerción.

La actuación del juzgador impone un discurso, que por lo general impone un modelo de conducta ejemplar, desde una visión tutelar, en algunos casos, incluso, cuando no hay sentencia condenatoria. Para esto, traigo dos casos ejemplares, el primero con sentencia que ratifica la inocencia; y, el segundo, con remisión con autorización judicial - es una forma de terminación anticipada que no desvirtúa el estado de inocencia -.

Son aprehendidos cinco adolescentes, en cuanto, miembros policiales observan que en una parada de bus del centro de la ciudad de Quito, dos de ellos suben a un bus, proceden a arrancar un celular, mientras los otros tres sostienen la puerta, cuando se encontraba detenido el bus, para facilitar que los dos primeros se bajen y salir todos en precipitada carrera. La víctima reconoce a los adolescentes que le sustrajeron y el celular sustraído es recuperado. Se inicia el proceso penal por el delito de robo sancionado a personas adultas con una pena privativa de libertad de cinco a siete años y para una o un adolescente con sanción máxima de uno a cuatro años de internamiento institucional.

⁹² Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, 98.

⁹³ Corte IDH, “Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez” párr. 5.

Durante la etapa de instrucción fiscal, se logra llegar a un acuerdo para realizar una conciliación, entre la víctima y cuatro de los adolescentes - uno de ellos nunca compareció al proceso - por lo que, en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, debía ser ratificada la conciliación pero a la misma no comparece ningún adolescente. La defensa de los adolescentes solicita que la audiencia sea diferida hasta contar con la presencia de los adolescentes pero la jueza no la quiso diferir - porque en la evaluación sufren desmedro en puntuaciones por audiencias fallidas - y la causa se llevó a la etapa de juicio.

En esta audiencia, la víctima manifestó que el adolescente que le sustrajo era el que está en calidad de prófugo y que a los otros no logra identificar, por lo que, el fiscal no continuó con su acusación y la juzgadora emitió sentencia ratificando la inocencia.

Entonces, la juzgadora, como parte de su rol tutelar como si estuviera tratando a su hijo, cuando los audios estaban ya apagados, señaló que:

[V]erán muchachitos, de esta se salvan, agradezcan a la víctima, si vuelven a caer no habrá contemplación, así que compórtense como se debe o ya saben, y a ustedes madres, no descuiden a sus hijos, no quiero volverles a ver.⁹⁴

Pese a que existió sentencia que ratifica el estado de inocencia, se les recrimina a los adolescentes y a sus madres; así mismo, se indica que no existirá piedad una próxima vez. Allí está el problema principal, pues no puede ser comprendido el administrar justicia como un acto de bondad, ni la sentencia que ratifica la inocencia se le debe agradecer a la juzgadora como si se tratara de un favor hacia los adolescentes y sus madres, peor que ella realice comentarios paternalistas de que adecúen sus comportamientos. Sería bastante absurdo pensar que si volvieran a estar presumiblemente en conflicto con la ley, no habrá contemplación, pues, aquello contraviene el estado de inocencia y el principio de proporcionalidad, en una posible causa futura.

En otro caso, son aprehendidas dos adolescentes, como resultado de un operativo policial a un hostel en el centro de Quito, en cuanto, se presume que de un robo con armas de fuego de la noche anterior, los objetos sustraídos se encontraban en las habitaciones, porque, del delito de robo fue aprehendido un adolescente y habría proporcionado esa información, y con autorización de la propietaria del inmueble ingresan y encuentran los

⁹⁴ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de juicio”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00489*, 20 de diciembre de 2017.

bienes sustraídos efectivamente, dentro de pertenencias de las adolescentes y en la habitación en la cual, estaban ellas registradas.

Por tanto, se procesan a las adolescentes por el delito de receptación que tiene una sanción para personas adultas de seis meses a dos años de privación de libertad, mientras que para una o un adolescente cuenta con distintas posibilidades en la sanción, siendo la más grave un internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año.

En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, las adolescentes solicitan someterse a una remisión con autorización judicial, y el juzgador dispone la realización de la medida socioeducativa de orientación y apoyo psico socio familiar por tres meses.

Al final de la intervención del juzgador, éste señala que: “niñas a portarse bien, señores padres, me llaman si se portan mal, les doy unos consejitos para que se porten bien”.⁹⁵ Es ahí, cuando, la fiscal, indica que entonces sería como: “darle correazos telefónicos”,⁹⁶ momento en que las personas en la sala de audiencias comienzan a reírse de todo este diálogo, que más sonó a broma entre juzgador y fiscal.

En este caso, ya no se trata de sentencia que ratifica la inocencia, sino de una remisión con autorización judicial, pero que ésta tampoco implica reconocimiento de la infracción ni tampoco desvirtúa el estado de inocencia de las adolescentes, sino que es un compromiso de cumplir con una medida socioeducativa impuesta. Por tanto, se produce un archivo provisional hasta verificar su total cumplimiento, lo cual, tampoco justifica que se haya emitido comentarios paternalistas, insinuando castigos y reprimendas como si el juzgador tomara el rol de padre de familia, con amenazas de corrección y castigos físicos, que quizá, el juzgador y la fiscal, estaban haciendo broma pero el resto de personas que desconocen de derecho y que estaban presentes no les causó gracia alguna sino desconcierto total.

Ahora el interés superior del niño es el límite de ese poder judicial, porque, éste será el medio para la satisfacción de los derechos, pero no a toda costa, sino respetando los derechos y garantías.

Las personas que son responsables del cuidado de las niñas, niños y adolescentes están en la obligación de tomar decisiones con respecto a la vida de éstos, pero siempre debiendo hacerlo en el marco del interés superior del niño y sus derechos. Esta atribución

⁹⁵ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00378*, 06 de septiembre de 2017.

⁹⁶ *Ibíd.*

no es tampoco absoluta, y deberá ser tomada en cuenta con el nivel de autonomía de ellos, caso contrario, devendrá en una intervención ilegítima,⁹⁷ - no solo para el caso de medidas tomadas de personas encargadas de su cuidado, sino también, medidas estatales y sociales – y cuando no existe una correcta protección a los niños, se justifica que el Estado actúe como *salvador externo* para garantizarla efectiva vigencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes,⁹⁸ pero no para salvarlos en el sentido paternalista sino garantista.

Adicionalmente, a que el interés superior del niño se lo entienda como *principio garantista*, también tiene una *función interpretativa*, en cuanto, cuando una norma no sea del todo clara o admita más de una interpretación, se la realizará con una interpretación sistemática que garantice la plena satisfacción de derechos; y, una *función de solución de derechos en conflicto*, ya que, si bien los derechos tienen igual jerarquía, en ciertos casos se debe ponderar entre uno y otro derecho⁹⁹ y prevalecerán los derechos de las niñas, niños y adolescentes sobre los de los demás.

Acerca de la discrecionalidad que otorgaba el interés superior del niño, ésta es añorada por funcionarios administrativos y judiciales, en especial, jueces y fiscales, de la que se sentían orgullosos. Así como lo hacía la señorita Trunchbull cuando quería reprender a un alumno en *Matilda*: “-¡Claro que lo hizo! -dijo con voz tonante la señorita Trunchbull-. Y le voy a decir una cosa. Me gustaría que me permitieran usar el látigo y el cinto como se hacía en los viejos tiempo.”.¹⁰⁰

Esta discrecionalidad ha facilitado en la práctica que a las y los adolescentes se les engañe, y esto se perfecciona cuando el juzgador se hace pasar como buen padre de familia, quien promete ayudar al adolescente a cambio de que diga la verdad, creando un ambiente de supuesta familiaridad, dando a entender que nada malo va a pasar, pero la verdad es que al final, diga o no la verdad, después de haber sido engañado, lo único que hay es coerción y judicialización de su causa, que de manera expresa lo evidencia el juzgador en su frase introductoria de todas las audiencias, cuando menciona lo siguiente:

Soy el doctor [...] juez de la Unidad de Adolescentes Infractores, soy quien va a resolver tu situación jurídica, te voy a hacer la recomendación que siempre la hago a todos sin excepción, y que es de buena fe, límitate a decir nada más que la verdad, porque mentir más que ayudar, te perjudica, si dices la verdad podemos ayudarte.

⁹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 003-18-PJO-CC, caso n.º: 0775-11-JP*, párr. 44-6.

⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 112.

⁹⁹ Miguel Cillero Bruño, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, 102.

¹⁰⁰ Roald Dahl, “La Trunchbull” en *Matilda*, 92.

En una pequeña frase que parece inofensiva pero en realidad conlleva vulneraciones al debido proceso, para lograr obtener una versión auto inculpatória y así brindar lo mejor de sí que tiene la administración de justicia, que es la exclusión y criminalización.

Conforme a lo expuesto en este capítulo es menester indicar que el Estado a través de los años ha venido vulnerando principios, derechos y garantías de las y los adolescentes de manera sistemática y hasta la actualidad ha omitido solucionar los problemas que surgen desde la administración de justicia y que no se limitan solo a la privación de libertad sino a las afectaciones que surgen desde el inicio de los procesos penales hasta después de su conclusión y no se han buscado soluciones porque han dirigido su atención a la problemática de la justicia penal de adultos.

En síntesis, se debe considerar que las decisiones judiciales se han basado en la consideración de la todavía vigente doctrina de situación irregular, la cual, deja amplio espacio para la discrecionalidad; y, con ello la exclusión de las y los adolescentes, quienes son tratados como *outsiders*, al adecuarse perfectamente a un proceso de etiquetamiento por el cometimiento de actos desviados, vulnerándose así la legalidad y seguridad jurídica.

Así también, se debe decir que se ha demostrado que la legislación al haber realizado una adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, no se encontrará rezagos de dicha doctrina de situación irregular sino que será en la práctica judicial donde son evidenciados.

En suma, cuando se toman en cuenta criterios peligrosistas y cuando se analizan circunstancias basadas en prejuicios, resultan afectados principios, derechos y garantías de las y los adolescentes. Derivando en vulneración al derecho a la igualdad cuando existen diferencias arbitrarias del adolescente con el tratamiento que han recibido personas adultas en una misma infracción penal; cuando se aplica de forma distinta casos de adolescentes, si se compara entre una o un juzgador especializado de otros que no lo son; en los casos en que se criminaliza la pobreza por una situación económica, cultural y social distinta a otra u otro adolescente; y, en el caso de las adolescentes mujeres con respecto a adolescentes hombres, invisibilizando las necesidades de las primeras, convirtiendo a la privación de libertad en la regla, afectando así al principio de la excepcionalidad de la privación de libertad.

Finalmente, se puede concluir que la imposición de reglas por parte de personas adultas sin tomar en cuenta la opinión de las y los adolescentes, pese a que se relacionan

con su propia vida y desarrollo, no solo afecta al derecho de participar en las decisiones sino que sigue siendo tratado como objeto y no como verdadero sujeto de derechos y esto se ha trasladado a una actuación tutelar por parte del juzgador tomando un rol paternalista en lugar del rol garantista que le corresponde en el Estado constitucional de derechos y justicia. Si bien es cierto el Estado debe erigirse como un salvador externo cuando por parte de la sociedad y la familia no garantizan los derechos y garantías de las y los adolescentes, esta salvación debe ser entendida no en el sentido tutelar sino garantista, caso contrario, en la administración de justicia se vulneran garantías del debido proceso como el estado de inocencia y el principio de proporcionalidad.

Capítulo segundo

Flexibilización de las garantías en la justicia penal juvenil

El poder punitivo estatal siempre está y estará presente, este no desaparecerá, pero sí puede contenerse. Esa contención debe ser realizado por las y los juzgadores, por ello, para que tengan legitimidades necesario que realicen una contención real.¹⁰¹

Para tener un derecho penal que contenga y limite, se requiere de la existencia real de garantías - técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, entendiendo por este derecho toda expectativa jurídica positiva o de prestación y negativa o de no lesión -,¹⁰² por lo que, todo penalista que esté de este lado será *garantista*. Por ello, el verdadero enemigo que hay que contener es aquel que actúa de forma arbitraria y la única manera es a través de las garantías.

1. Garantías y el dolor infligido

Existen dos tipos de dolores. El *dolor sufrido* que es natural y el *dolor infligido* que es el producido por los hombres. Los derechos constitucionales están para reducir esos dolores. Los derechos de libertad están para prevenir el dolor infligido - son los que interesan al dolor causado en la justicia juvenil - y los derechos sociales son prestaciones positivas para reducir el dolor sufrido.¹⁰³

Con respecto a prevenir el dolor infligido y que se relaciona con el derecho penal mínimo está la minimización del dolor infligido entre particulares con penas, es decir, a través, de la potestad de prohibir y de castigar, además, de prevenir las reacciones informales frente a los delitos y la minimización del dolor infligido por el Estado por aquella potestad de castigar, mediante las garantías procesales.¹⁰⁴

El derecho penal mínimo es el sistema de normas idóneas para garantizar esta doble minimización de la violencia y el dolor infligido, es decir, del proporcionado por los delitos y las penas, pues el derecho penal solo se justifica si previene y minimiza con

¹⁰¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 28.

¹⁰² Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo* (Madrid: Editorial Trotta, 2010), 63-5.

¹⁰³ *Ibíd.*, 123.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 124.

normas sustanciales los sufrimientos infligidos por los delitos y por normas procesales los sufrimientos infligidos por las reacciones punitivas estatales a los delitos.¹⁰⁵

Las personas siguen sufriendo el poder estatal con más dureza que los delitos cometidos por particulares, produciéndose un derecho penal máximo, dándose una esquizofrenia jurídica, en el sentido de que en las constituciones están en vigencia principios de mínima intervención penal pero que en la legislación y práctica penal no se aplican, por lo que, las justificaciones *a priori* de las penas no son correctas al menos no demostradas empíricamente, por lo que, la única justificación será *a posteriori*, que será la demostración real de la minimización del dolor.¹⁰⁶

Respecto al delito están las *garantías penales sustanciales* como el de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, lesividad, materialidad y culpabilidad, mientras que con respecto al proceso están las *garantías procesales*, entre ellas la contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad del juicio, independencia judicial interna y externa y juez natural. Las garantías penales cumplen con la función de minimizar los delitos, es decir, lo que el poder legislativo puede establecer como infracción penal cuya consecuencia sea una pena y las garantías procesales cumplen la función de minimizar el poder judicial, reduciendo lo que más se pueda con respecto a las arbitrariedades.¹⁰⁷

Se deben reforzar las garantías penales y procesales para legitimar la intervención judicial y así reducir las actuaciones arbitrarias con la sola finalidad de tutelar derechos de las personas, por ende, si no hay garantías, el juzgador no cumplirá su rol de garante.¹⁰⁸

El respeto a los derechos y garantías de las y adolescentes en el marco de la justicia penal juvenil comenzó en el fallo *in re Gault*, entre los pasajes de dicha sentencia está lo siguiente: “*Under our Constitution, the condition of being a boy does not justify a kangaroo court*”,¹⁰⁹ en cuanto, los procesos en que estaban involucrados las niñas, niños

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 125.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 216.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 217.

¹⁰⁹ El Juez Abe Fortas de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el día 15 de mayo de 1967 anunciaba la sentencia, por el cual, en 1964, Gerry Gault con 15 años de edad, fue acusado de realizar llamadas indecentes a una vecina, al investigarlo, no se le informó sobre sus derechos ni informado a sus padres sobre la detención de éste y permaneció privado de su libertad en un centro correccional hasta que cumplió 21 años - un adulto por estos hechos pudo haber sido sancionado solo 50 dólares o en el peor de los casos dos meses de privación de libertad -. Francisco Estada, “Gault at: Los 40 años del caso Gault”, *Justicia penal adolescente*, 29 de mayo de 2007, párr. 3, <http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com/2007/05/gault-at-40-los-40-aos-del-caso-gault.html>.

y adolescentes no eran considerados penales sino civiles, por lo tanto, no se les priva de derechos de los cuales no son titulares y se determinó que ellos tienen los mismos derechos que las personas adultas con respecto al debido proceso.¹¹⁰

En el caso de la justicia juvenil suelen justificarse actuaciones con una finalidad tutelar, para ello, se simula una acusación o se elimina toda formalidad jurídica, es decir, se despoja de garantías a los adolescentes, ya que, es la única manera de lograr de manera eficaz su fin protector-represivo de imposible convivencia en un estado constitucional de derechos y justicia.

2. Juez natural y especializado o el rinoceronte furioso en la selva

Continuando con la aproximación práctica de la justicia juvenil, ahora desde las garantías, es necesario referirse a la labor jurisdiccional, y es que la sujeción a la Ley y a la Constitución de la o el juzgador, lo transforma a éste en garante de los derechos humanos, es decir, no como era antes un funcionario identificado meramente como boca de la ley sin importar su contenido, ahora lo es, pero de la ley válida, es decir, aquella que tenga coherencia con la Constitución.

Sin embargo, en la práctica, en especial en la justicia juvenil, esto no se realiza, porque se viene arrastrando la doctrina de situación irregular en que la discrecionalidad era evidente y las garantías no eran importantes ni tomadas en cuenta. Cuando se determinó que debía contar con una o un juzgador especializado, no se lo hizo solo para que la o el adolescente no sea juzgado por una o un juzgador de adultos sino para que la o el juzgador aplique la normativa especializada, sin embargo, se ha observado que en la justicia penal juvenil, las garantías se vulneran de manera más escandalosa.

En cuanto a la especialidad de los sistemas de justicia juvenil, los casos en que las y los adolescentes se encuentren en conflicto con la ley serán conocidos por una o un juzgador especializado como parte del derecho a ser juzgado por un órgano judicial competente y establecido con anterioridad por la ley - no por resoluciones y peor si estas van en contra de la ley y la Constitución - y con procedimientos, autoridades e instituciones específicas,¹¹¹ por lo tanto, “como parte del derecho a ser juzgados por su juez natural, los Estados deben garantizar que los niños menores de 18 años [...] sean

¹¹⁰ Corte IDH, “Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez” párr. 19.

¹¹¹ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 40, num. 3, A/RES/44/25.

juzgados únicamente por jueces especializados en la materia y no por jueces penales ordinarios”.¹¹²

En el Ecuador, se ha establecido que la o el juzgador competente para conocer los casos de justicia penal juvenil tanto en su procedimiento como ejecución de las medidas socioeducativas sea la o el juzgador de adolescentes infractores y que en los cantones donde no exista una o un juzgador de adolescentes infractores - solo existen cuatro unidades judiciales especializadas en adolescentes infractores,¹¹³ dos jueces en Quito, tres en Guayaquil, uno en Quevedo y uno en Babahoyo - sea una o un juzgador de familia, mujer, niñez y adolescencia¹¹⁴ y que en cada distrito - por cierto no se ha señalado qué comprende un distrito o su diferencia con un cantón - existirá al menos una o un juzgador de adolescentes infractores,¹¹⁵ por lo tanto, son ellos, los jueces naturales en materia de justicia penal juvenil, y por lo tanto, especializados.

Cuando se habla de especialización es necesario también relacionar a la capacitación que debe existir para toda autoridad que de alguna manera está en contacto con las y los adolescentes, en especial, jueces y fiscales, que estarán en las distintas fases y etapas de la justicia penal juvenil, sobre derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, en psicología infantil para evitar abusos de discrecionalidad, para que sus resoluciones sean idóneas, necesarias y proporcionales,¹¹⁶ así como también, a los funcionarios no judiciales y personal no jurídico, como la Policía Nacional.

El inconveniente surge que son muy pocos los juzgados especializados, y pocas veces las y los juzgadores son capacitados, peor aún, donde no existen juzgados de adolescentes en conflicto con la ley, por lo que, hace que exista desigualdad al momento de resolver causas de adolescentes si se compara entre cantones o provincias del país.

El Consejo de la Judicatura emitió algunas resoluciones con respecto a la competencia para conocer las audiencias de calificación de flagrancia en relación a las causas de adolescentes infractores en horarios y días no laborables por las y los juzgadores de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 164.

¹¹³ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución n.º: 152-2018 Aprobar el régimen de cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Constitucional respecto al juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores*, 19 de septiembre de 2019, anexo 1, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2019/152-2019.pdf>.

¹¹⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 262.

¹¹⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 228.

¹¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 84.

con Sede en el Cantón Quito y después de la misma, remitir el expediente a la Unidad Judicial competente. La primera resolución es de 2015,¹¹⁷ la cual, no entró en vigencia, después de que fueran consultados fiscales, defensoras y defensores públicos especializados, aunque, las y los juzgadores sí estaban de acuerdo, con el único argumento de que venían haciendo turnos fines de semana las 24 horas, y que eran solo dos jueces en el cantón Quito.

Posteriormente, sale otra resolución en 2017,¹¹⁸ con la que, se crea la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en la Parroquia de Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito y se otorga la competencia para realizar la audiencia de calificación de flagrancia en el caso de adolescentes infractores, fuera del horario regular de trabajo, fines de semana y feriados, pero sin reformarse la resolución anteriormente mencionada, que pese a que no fue derogada nunca entró vigencia, pero desde esta última resolución entraron ya en vigencia ambas resoluciones.

Surge una tercera resolución del mismo 2017, pero con alcance nacional,¹¹⁹ en el que se señala que las infracciones flagrantes en casos de adolescentes infractores en horarios laborables conocerán los jueces naturales - es decir, la misma resolución reconoce textualmente cuáles son los jueces naturales - y fuera de este horario conocerán los jueces con competencia en materia penal.

Finalmente, dentro de una resolución a año seguido,¹²⁰ en la que se derogó la anterior resolución mencionada pero dejando intacta la competencia para las y los juzgadores competentes en el ámbito penal con respecto a flagrancias de adolescentes infractores solo agregando los casos flagrantes de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar - en esta materia posteriormente salió otra resolución que devolvía la competencia a sus jueces especializados pero con respecto a adolescentes infractores se

¹¹⁷ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución n.º: 175-2015 Reformar la resolución 150-2014 de 16 de septiembre de 2014, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió: Crear la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con Sede en el Cantón Quito*, 17 de junio de 2015, art. 1, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/175-2015.pdf>.

¹¹⁸ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución n.º: 051-2017 De la competencia en razón de la materia y el territorio de las dependencias judiciales que formarán parte de los Complejos Judiciales norte y sur del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha*, 17 de abril de 2017, art. 56, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2017/051-2017.pdf>.

¹¹⁹ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución n.º: 054-2017 Reformar la Resolución 045-2016 de 16 de marzo de 2016, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió: "Expedir el Reglamento General de turnos para la atención de infracciones flagrantes a nivel nacional"*, 20 de abril de 2017, art. 1, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2017/054-2017.pdf>.

¹²⁰ Ecuador Consejo de la Judicatura, *Resolución n.º: 062-2018 Reformar la Resolución 045-2016 de 16 de marzo de 2016, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió: "Expedir el Reglamento General de turnos para la atención de infracciones flagrantes a nivel nacional"*, 28 de mayo de 2018, art. único, <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2018/062-2018.pdf>.

mantuvo como estaba, es decir, ante las dos justicias especializadas no se corrigió el problema de la competencia solo con respecto a justicia juvenil -. En esta resolución también se señala de manera expresa que las y los juzgadores naturales son aquellos que conocen en horarios laborables.

En la práctica, el problema no se da solamente que no sean las y los juzgadores competentes establecidos legalmente sino que no han sido capacitados y se han producido una serie de vulneraciones a derechos y garantías, en especial, por la falta de celeridad, pues no se da una atención prioritaria, ya que, al no ser capacitados las y los funcionarios judiciales, temen tener que pasar flagrancias en que esté involucrado una o un adolescente, entonces, dilatan los casos, para que sean llevados a su juez natural, en el horario laboral.

No cuentan las y los adolescentes con un espacio digno, ya que, en un primer momento les colocaron en celdas con personas adultas, después les tenían en pasillos esposados, exhibiéndoles al resto de personas que se encontraban en las unidades de flagrancia, ahora les tienen en el patrullero o en las unidades policiales, y son llevados a la audiencia minutos antes de la misma, lo que ocasiona una vulneración al derecho a la defensa, al no contar con los medios y tiempo necesario para preparar una defensa de calidad.

Para efectivizar las garantías contempladas a favor de las y los adolescentes, es de gran importancia el rol que debe desempeñar la o el juzgador especializado en materia de adolescentes infractores, quien deberá ser garantista. En la realidad se esperan nuevas y nuevos juzgadores, no entendido como cambios de jueces o incremento de los mismos sino que las mismas o mismos juzgadores permitan el efectivo goce de los derechos y garantías, quienes además, deberán actuar e interactuar con la sociedad y siempre comprometidos con el ideal de la justicia.¹²¹

Si existe vulneración al principio de especialización de manera conexa habrá vulneraciones a otros derechos y garantías, por ello, sin perjuicio de que se traten vulneraciones a otras garantías que desarrollo en este trabajo investigativo, cobra importancia analizar unos casos desde la especialización.

Para conocer sobre la especialización de las y los funcionarios judiciales se requiere del análisis de la práctica judicial. El primer caso, a analizarse es cuando no

¹²¹ Joao Batista Costa Saraiva, “El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia”, en *Justicia y Derechos del Niño 9*, ed. Mary Beloff et al. (Santiago de Chile: UNICEF, 2007), 233-41.

existe especialización por parte de un fiscal, ni del juez ni del defensor dentro de una audiencia de flagrancia realizada por un juez penal de adultos.

Un adolescente es acusado por el delito de intimidación, delito sancionado de uno a tres años de privación de libertad para una persona adulta y para una o un adolescente se establecen distintas posibles medidas socioeducativas, siendo la más grave de tres a un año de internamiento con régimen semiabierto. Los hechos consisten en una posible intimidación en contra de un niño, esto se da dentro de un establecimiento educativo, en cuanto, el adolescente es hijo de una vendedora ambulante que le daba al niño - víctima - para que venda dulces dentro de la institución junto con el adolescente, pero el niño al vender debía entregar el dinero al adolescente y pese a que se produjo la venta, el niño no entrega el dinero y eso ocasiona que el adolescente lo insulte y amenace verbalmente. Fiscalía formula cargos por el delito de intimidación pero solicita el internamiento preventivo cuando este no es posible. La defensa no se percató de este error pero fundamenta su petición de medidas alternativas a la privación de libertad, por la excepcionalidad del internamiento y el juez accede a la solicitud de la defensa, pero nunca indica que lo hace porque no cabe, sino porque considera excesiva la privación de libertad.¹²²

Ninguno de los intervinientes, por falta de especialización y capacitación en justicia juvenil pudo identificar que el delito de intimidación, tiene una sanción de uno a tres años para las personas adultas y por ende, no cabe internamiento preventivo - solo cabe en delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a los cinco años -¹²³ y que si no tuvo privación de libertad, no es porque hayan sido capacitados en el procedimiento del juzgamiento de adolescentes infractores, porque de hecho fiscalía solicitó la privación de libertad, sino porque la defensa solicita y el juzgador fundamenta de que dicha medida privativa de libertad es de *ultima ratio* como lo es también en la justicia penal de adultos.

Existe otro caso en que se conoció en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencias en Infracciones Flagrancias de Quito pero en ella comparece un fiscal especializado, que estuvo de turno. Una adolescente es aprehendida con dos tipos de droga, 2,50 gramos de cocaína y 4,60 gramos de marihuana, que por las cantidades se

¹²² Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17282-2018-01749*, 22 de mayo de 2018.

¹²³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 330, lit. b).

trataría de mediana escala y mínima escala, respectivamente Fiscalía solicita que no se inicie ninguna instrucción fiscal, en cuanto, si bien es cierto se trata de mínimas cantidades, por la cantidad encontrada correspondiente a marihuana está dentro del rango permitido para el consumo y que por la cantidad que corresponde a cocaína a penas se pasa en su gramaje para la cantidad permitida para el consumo, lo cual, es ratificado con el test multidroga, el cual, indica de que se trata de una persona consumidora, y que no existe reincidencia, pero lo más importante de su intervención es cuando menciona que: “La Convención de Derechos del Niño en el art. 40 indica que los adolescentes deben ser llevados ante los jueces naturales, a fin de que se resuelva este caso, [...] el principio de interés superior del niño prevalece sobre todos los derechos legales”.¹²⁴

Este caso es distinto pues aquí intervino un fiscal especializado y debidamente capacitado en principios de justicia penal juvenil, y ello se determina porque se fundamenta en el interés superior del niño, así también, alega sobre quién es el juez natural, ya que legalmente son las y los juzgadores de adolescentes infractores y una resolución - que es de menor jerarquía - no puede prevalecer sobre norma jerárquicamente superior, y dejando en claro que la o el juzgador penal no es la o el juzgador natural de las y los adolescentes por el cometimiento de posibles infracciones penales.

También, toma en cuenta la reincidencia, pero no para perjudicar, sino dar mayor valor a su fundamentación, porque, al ser fiscal de adolescentes infractores sabía que era una adolescente con algunas causas anteriores en delitos de drogas pero no lo manifestó, pese a ello, ni para bien ni para mal debe alegarse la reincidencia pues la legislación especializada no lo establece, aunque, en la práctica le dan mucho valor las y los fiscales y las y los juzgadores.

Hablando del rol de la y el fiscal especializado, es importante determinar que sus actuaciones investigativas estén amparadas por el respeto de los derechos humanos, es así que dentro de esas investigaciones están las de realizar allanamientos a instituciones educativas, en la mayoría de ocasiones por cuanto se detecta el consumo de drogas, con lo cual, se aprehende a las y los adolescentes que son encontrados en su poder con alguna droga, lo importante que hay que decir, es que esto solo ha servido para criminalizar el consumo de drogas y ahondar esa problemática con sanciones en el ámbito educativo - como suspensiones o cambio de institución educativa - con la consecuente afectación al

¹²⁴ Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17282-2018-01722*, 19 de mayo de 2018.

derecho a la educación, por ello, es importante manifestar que un fiscal especializado de la ciudad de Quito, ha tomado la decisión de no hacer estas investigaciones y manifestó lo siguiente:

La respuesta penal debe ser objetiva y no basada en supuestos o presunciones de culpabilidad inconstitucionales. Si los pedidos de las autoridades educativas solo son para influir temores en el alumnado, o distraer de sus actuaciones al personal policial, pues a los resultados de estos años me remito: poquísima droga encontrada y ningún micro expendedor capturado. Parece que las investigaciones deben ir por otro lado, y ésta es encontrar la fuente del expendio de droga y ésta está casi siempre en los adultos y fuera de los colegios. Con este antecedente el suscrito ya no realiza más operativos policiales al interior de los Centros Educativos como los descritos que no tengan un fundamento técnico e investigativo donde se justifiquen claros indicios de tráfico.¹²⁵

La especialización también es analizada cuando se posibilita la aplicación de mecanismos de terminación anticipada o procedimiento abreviado siempre que vaya acorde al interés superior del niño, para lo cual, existen casos en que se aplica de manera correcta y otros en que no se aplica por falta de conocimiento, para ello, es necesario indicar la posibilidad de aplicar procedimientos distintos a los contemplados en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Dentro del juzgamiento a una o un adolescente que se encuentre en conflicto con la ley y ante la ejecución de una medida socioeducativa se debe tomar en cuenta que la norma aplicable es el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,¹²⁶ por lo que, se debe observar si existe norma expresa en el cuerpo legal mencionado.

Si existe norma expresa ésta debe ser aplicada, mientras que si para el caso concreto no hay regla aplicable en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se deberá tomar en cuenta otra norma del ordenamiento jurídico, siempre que ésta no contradiga principios de la normativa especializada y sean más favorables a la vigencia de los derechos las y los adolescentes¹²⁷ tomando en cuenta el interés superior del niño.

Para comprender de mejor manera es muy importante plantear casos que suceden en la justicia penal juvenil y existiría la necesidad de aplicar una norma supletoria. Con referencia al procedimiento abreviado, debe aplicarse siempre que se respete los derechos de las y los adolescentes, sin perjuicio de que no esté contemplado expresamente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

¹²⁵ John Romo Loyola, correo electrónico al autor, 22 de noviembre de 2017.

¹²⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 38.

¹²⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 3.

Así mismo, cuando se regula una forma de terminación anticipada como la conciliación, existen requisitos específicos, al encontrarse normados estos ya no se debe acudir al Código Orgánico Integral Penal para conocer otros requisitos, ya que, estos últimos serían exclusivamente para el juzgamiento de personas adultas.

En la práctica, de manera discrecional se niegan formas de terminación anticipada por aplicación a normas de justicia penal de adultos, lo cual, es contradictorio con la justicia penal juvenil y la justicia restaurativa.

Un caso fue observado en el que se determina que sí existió especialización con respecto a la aplicación de una norma supletoria, en el cual, un adolescente es acusado de haber cometido un delito de abuso sexual contra una niña menor de seis años, infracción que contempla una sanción de siete a diez años de privación de libertad para adultos y para una o un adolescente la sanción más grave es un internamiento institucional de uno a cuatro años, en el que, fiscalía y la defensa llegaron a un acuerdo de realizar procedimiento abreviado por la medida socioeducativa de internamiento domiciliario por cuatro meses.¹²⁸

En este delito, al contemplarse una sanción de siete a diez años, a las y los adolescentes existen distintas medidas socioeducativas que pueden imponerse, siendo una de ellas el internamiento domiciliario la menos lesiva a la privación de libertad de seis meses a un año. En el caso se impuso cuatro meses, es decir, dentro de lo permitido en las reglas del procedimiento abreviado, por lo que, es evidente, que la aplicación de dicho procedimiento fue beneficioso al adolescente y permite evidenciar que existe especialización - estas sanciones que minimizan la privación de libertad se observan cada vez menos pues la privación de libertad se ha convertido en la regla incluso entre los funcionarios especializados - porque se buscó garantizar la excepcionalidad de la privación de libertad y buscar una salida que cumpla con las finalidades de las medidas socioeducativas.

De igual forma, se observó un caso, cuya actuación de la juzgadora permitió observar que no es especializada, pues, un adolescente es acusado por el delito de violación, que contempla una sanción para personas adultas de diecinueve a veintidós años y para adolescentes se prevé una sanción de internamiento institucional de cuatro a ocho años.

¹²⁸ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de legalidad de evaluación y preparatoria de juicio”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00131*, 24 de marzo de 2017.

Durante la investigación se determinó que eran enamorados pero para cuando tuvieron relaciones sexuales, la adolescente habría manifestado que no desea tener relaciones sexuales, y el adolescente la obliga. En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la juzgadora no aceptó el planteamiento de procedimiento abreviado, pese a que existió acuerdo entre defensa y fiscalía, por lo que, correspondió realizar la audiencia de juicio, en la que, se impuso una sanción de cuatro años de internamiento institucional.¹²⁹

La juzgadora no actuó con los principios que guían la especialización en justicia penal juvenil, ya que, pese a que existió una petición conjunta de fiscalía y la defensa, la juzgadora no lo acepta, y no motiva su negativa.

Para ello, es necesario indicar cuáles son los motivos legales para una posible negativa del procedimiento abreviado, esto es, que sean de aquellos delitos que no pueden acogerse a este procedimiento especial, pues, las reglas indican que no se puede hacer en *delitos que tengan una sanción menor de diez años*, sin embargo, la misma juzgadora en otros casos ha aceptado procedimientos abreviados, incluso, por delitos más graves como el asesinato, porque todos tienen sanción máxima de ocho años para el caso de las y los adolescentes; que exista *afectación a derechos del procesado*, lo cual, tampoco es aplicable porque el adolescente de forma libre y voluntaria acepta que cometió la infracción atribuida y existe suficiente material probatoria para acreditarlo; y, que no haya *afectación a derechos de la víctima*, aquello, tampoco se da debido a que los mismos denunciantes aprueban el procedimiento abreviado, y, aún en el caso de que no sea así, la víctima no tiene derechos sobre la cantidad de años de sanción a imponerse a una o un adolescente.

Por tanto, al no encontrarse razón legal para negar el procedimiento abreviado, su actuación deviene en discrecional, con lo que, se perjudicó en el tiempo de sanción, pues, se había negociado un tiempo de dos años de internamiento institucional y la juzgadora vulneró el principio de excepcionalidad y menor tiempo posible de la privación de libertad, por ende, no solo permite establecer que su actuación no fue especializada sino que vulneró el principio de proporcionalidad e igualdad, ya que, en casos similares sí se ha aplicado por la misma juzgadora procedimiento abreviado y con tiempos inferiores de sanción.

¹²⁹ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de juicio”, en *Juicio n.º: 17957-2015-00778*, 27 de septiembre de 2016.

La justicia restaurativa es entendida como: “una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo”.¹³⁰

Dentro del juzgamiento a adolescentes cobra una importancia trascendental la justicia restaurativa para cumplir con la desjudicialización de sus causas y velar por el interés superior del niño, pues estar judicializado por sus actos perjudica en su desarrollo evolutivo en que se encuentra; sin embargo, se observa que en algunos casos no se aplica por desconocimiento de su aplicación o se privilegia criterios ajenos a la justicia penal juvenil.

De igual forma, también existe una aplicación errónea por desconocimiento de estas formas de terminación anticipada, con el agravante de que se aplica con criterios tutelares o privaciones de libertad ilegales, aunque sean mecanismos alternativos de solución de conflictos, y esto se observa que sucede en ciudades distintas a Quito, lo que ratifica la premisa de que falta capacitación en justicia penal juvenil.

En la ciudad de Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, un adolescente en compañía de un amigo ya mayor de edad, proceden a sustraer dos celulares y dinero en efectivo a un señor mediante amenazas con un arma blanca, por lo que, es procesado por el delito de robo con amenazas, que tiene una sanción de cinco a siete años de privación de libertad para adultos y como sanción más grave un internamiento institucional de uno a cuatro años para adolescentes.

En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio realizan una suspensión del proceso a prueba, cuya única condición es el internamiento institucional por dos años.¹³¹ Este caso es paradigmático, pues, el desconocimiento de la legislación especializada es alarmante, ya que, si bien es cierto se aplica una forma de terminación anticipada como la suspensión del proceso a prueba¹³²- perfectamente aplicable al presente caso - ésta se desnaturaliza en su aplicación, puesto que, dentro de sus condiciones están las de encontrarse en libertad, porque se desjudicializa la causa, tanto es así, que corresponde notificar el cambio de domicilio o centro de educación en que las y los adolescentes se

¹³⁰ Aída Kemelmajer de Carlucci, *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004), 109.

¹³¹ Ecuador Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santo Domingo, “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”, en *Juicio n.º: 15906-2015-04906*, 02 de diciembre de 2015.

¹³² Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 349.

encuentren, por lo tanto, incluir una sanción privativa de libertad no tiene fundamento legal peor constitucional.

Además, el tiempo impuesto de dos años, cuando en el caso de una sentencia condenatoria en el peor de los casos una sanción de internamiento institucional que es la que se impuso pero de uno a cuatro años, que de haberse aplicado procedimiento abreviado - por cierto, hay cantones y provincias que no lo aplican porque consideran que es un procedimiento no contemplado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y por tanto no aplican, desconociendo el principio de supletoriedad, y su falta de aplicación perjudica al adolescente - pudo haber sido una sanción mínima de cuatro meses, por lo que, el desconocimiento o la mala intención con su afán de régimen tutelar en que la privación de libertad se convirtió en la regla, afecta al desarrollo integral del adolescente, debiendo decir, que vuelven a fallar no solo juez sino fiscal y defensor al permitir esta inconstitucional e ilegal aplicación de las formas de terminación anticipada.

Otro tipo de casos merecen especial atención por la desjudicialización de las causas y su relación con la criminalización de la pobreza. En denuncias realizadas por violación -- en la mayoría de casos por familiares que no ven aceptable la posibilidad de que sus hijas tengan relaciones sexuales en la adolescencia - cuando entre adolescentes mantienen relaciones sexuales con consentimiento, las autoridades no se abstienen de continuar las causas sino que optan por formas de terminación anticipada como son las conciliaciones - pero esto dependerá de la autoridad que tenga la causa y de la situación social y económica de los representantes legales del adolescente, no hay que olvidar que por lo general se criminaliza la pobreza - y su posterior archivo.

Con respecto a la situación social aludida. Se observó un caso en que las partes procesales tienen una situación social bastante buena a criterio de las autoridades judiciales, pues, son adolescentes que estudian, que viven en un hogar fijo con su familia, caso contrario, optan por sancionar con privación de libertad.

La madre de la adolescente realiza la denuncia de violación cuando se enteró que su hija tenía relaciones sexuales con su enamorado, porque ella es una mujer religiosa y no concebía que su hija a los quince años de edad ya tenga relaciones sexuales, por lo que, su hija por temor a su madre le habría indicado que existieron amenazas por parte de su pareja para tener relaciones sexuales, sin embargo, con posterioridad la víctima indica que existió consentimiento, la causa concluyó con disculpas como conciliación.

La conciliación se realizó con una juzgadora que nunca acepta - de manera discrecional - conciliaciones en delitos de violación, - de hecho fue la última vez que lo hizo - aunque como en este caso no pueda existir responsabilidad penal.¹³³

Ahora con la situación económica, es necesario indicar que en otro caso de una presunta violación, que se había denunciado por la madre de la adolescente, debido a que habían estado bebiendo alcohol los adolescentes y su hija no recordaba con precisión qué había sucedido, por lo que, se realizó una conciliación por el valor de mil dólares, esto siendo posible, porque se trataba de familias que tienen recursos económicos. Esto se realizó en la misma fiscalía, dentro de una instrucción fiscal, cuyo fiscal de la causa emite dictamen abstentivo - ello legalmente no es posible porque al estar en instrucción fiscal debió realizarse ante la o el juzgador -.¹³⁴

La especialización también puede ser apreciada en *Matilda*, cuando establece que la señorita Trunchbull no está capacitada para ser profesora y no conoce la especialidad de su profesión sino que la ejerce de manera equivocada con otros valores distintos a los de la educación:

[L]a directora, era totalmente, diferente. Se trataba de un gigantesco ser terrorífico, un feroz monstruo tiránico que atemorizaba la vida de los alumnos y también de los profesores. Despedía un aire amenazador, aún a distancia, y cuando se acercaba a uno, casi podía notarse el peligroso calor que irradiaba, como si fuera una barra metálica al rojo vivo. [...] Gracias a Dios, no nos topamos con muchas personas así en el mundo, aunque las hay y todos nos encontramos, por lo menos, con una de ellas en la vida. Si le pasa a usted, compórtese igual que si se hallara ante un *rinoceronte furioso en la selva*: súbase al árbol más cercano y quédese allí hasta que se haya ido. [...] A la mayoría de los directores de la escuela los eligen porque reúnen ciertas cualidades. Comprenden a los niños y se preocupan de lo que es mejor para ellos. Son simpáticos, amables y les interesa profundamente la educación. La señorita Trunchbull no poseía ninguna de estas cualidades y era un misterio cómo había conseguido su puesto.¹³⁵

La especialización crea un ambiente adecuado y amistoso, por lo que, no debe existir temor o recelo por parte de los adolescentes ni mirar a la autoridad como el rinoceronte furioso de la selva - que hoy en la práctica lo es -. Esto sucede en especial, cuando se está en audiencias, y llega la hora de resolver, debo decir, que la arbitrariedad, trae con ello inseguridad jurídica y ello trae miedo, de cómo pretende resolver - el juzgador -, lo cual, se ve agravado con el trato que el adolescente recibe.

¹³³ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”, en *Juicio n.º: 17957-2015-00154*, 20 de agosto de 2015.

¹³⁴ Ecuador Fiscalía de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Impulso fiscal”, en *Causa n.º: 170101818044144*, 11 de junio de 2018.

¹³⁵ Roald Dahl, “La señorita Honey” en *Matilda*, 70. Énfasis añadido.

Así como no se sabe cómo la señorita Trunchbull llegó a ser directora, no es difícil admirarse, cómo muchas juzgadoras o juzgadores llegan a serlo sin ser especializados, pues aparte de ganar un concurso público, no demuestran tener esos conocimientos en derechos humanos y justicia juvenil, pero lo que sí no es un misterio es cómo se mantienen en el cargo, pues, existen erróneas formas de evaluar, prefiriendo lo cuantitativo a lo cualitativo, entonces, mientras eso no cambie, sugiero que todavía no se suban al árbol más alto sino que luchen con todas las fuerzas por los derechos y garantías de las y los adolescentes, ya que, en algún momento ese poder arbitrario cederá y se garantizarán los derechos y garantías con un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad que en este ámbito se requiere con urgencia y denunciar a quienes no se adecuan a los principios de la justicia penal juvenil, porque hasta la actualidad ninguna funcionaria o funcionario judicial ha sido sancionado.

3. ¿Es posible la flexibilidad en la legalidad violenta?

El poder punitivo no puede ser eliminado, pero sí debe estar limitado, pues, aquel se legitima solo si logra evitar una mayor violencia que existiría en ausencia de dicho poder, - léase bien, evitar una violencia mayor, no digo evitar la violencia en sí, porque el derecho penal es violento a través de la tipificación de infracciones y la consecuente pena, pero una violencia reglada y permitida para la convivencia pacífica - y así se legitima la violencia estatal, es decir, la *legalidad violenta*.¹³⁶

Así, se componen dos tipos de legalidad que son: 1. *Mera legalidad* que consiste que se limita a exigir que estén legalmente establecidos los presupuestos del delito y su sanción; y, 2. *Estricta legalidad* que no basta la mera legalidad sino que para que sea considerada válida a la norma, requiere que esa legalidad violenta cumpla con unos requisitos que son las garantías penales y procesales.¹³⁷

Todo poder que no tiene un verdadero contra peso de garantías, tiende a ser absoluto, y el otro a ser excluido, o sino basta con mirar la relación desigual y discrecional adulto-menor, porque un poder no sometido a una estricta legalidad, limitará la libertad e igualdad de las personas.¹³⁸

¹³⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, 175.

¹³⁷ *Ibíd.*, 176-7.

¹³⁸ *Ibíd.*, 189.

Los derechos que se garantizan a las y los adolescentes son todos aquellos que son inherentes a toda persona más los propios que se derivan de su especial situación¹³⁹ y con ello, implica el respeto de principios que permitan un goce de estos derechos. Con el sistema tutelar, existe una discrecionalidad, en consecuencia, se afectaban derechos de los adolescentes, con resoluciones totalmente arbitrarias y mientras más espacio tutelar se brindaba a los juzgadores menos seguridad jurídica se otorgaba a los adolescentes, situación que con la Convención sobre los Derechos del Niño cambia, en cuanto, de este paradigma tutelar se pasa a la de doctrina de protección integral, siendo una de sus piedras angulares, el principio de legalidad.

El principio de legalidad requiere que para que exista una intervención estatal se necesita que una persona haya cometido una infracción y que con anterioridad haya sido tipificada como infracción penal y que estén claramente precisadas,¹⁴⁰ por lo que, no podrá iniciarse proceso alguno¹⁴¹ ni tampoco podrá ser sancionada una o un adolescentes si aquel acto cometiere una persona adulta y ésta no pueda ser sancionada.¹⁴²

No solo que una persona puede ser privada de libertad - en este caso una o un adolescente - por causas y circunstancias tipificadas legalmente - *aspecto material* - sino con sujeción estricta a los procedimientos establecidos legalmente - *aspecto formal* -.¹⁴³ Con respecto a las sanciones, éstas también deberá estar previamente indicada en la ley y deberá existir una resolución judicial que señale la responsabilidad y determine con claridad, cuál es la sanción y su tiempo de duración.¹⁴⁴

Si se aplica el sistema tutelar en que se priva de libertad por una situación de riesgo y no por posibles infracciones penales, acarrearía una violación al derecho de libertad,¹⁴⁵ aún, si gozan de legalidad, si se trata de causas que no son atribuibles a infracciones penales, ya que, su aplicación es discriminatoria, en cuanto, pretender brindar medidas de

¹³⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 45.

¹⁴⁰ Corte IDH, “Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 121, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

¹⁴¹ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 40, A/RES/44/25.

¹⁴² ONU Asamblea General, *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, 14 de diciembre de 1990, directriz 56, A/RES/45/112.

¹⁴³ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 131.

¹⁴⁴ ONU Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*, 14 de diciembre de 1990, directriz 3.1 y 11.1, A/RES/45/110.

¹⁴⁵ OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe n.º: 41/99 de 10 de marzo de 1999”, *Caso n.º: 11.491 Menores detenidos contra Honduras*, 10 de marzo de 1999, párr. 109-10, <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Honduras11.491.htm>.

protección no pueden estar investidas de un tratamiento punitivo,¹⁴⁶ peor aún con privación de libertad, ni tampoco por finalidades meramente terapéuticas puede ser utilizado el sistema de justicia juvenil.¹⁴⁷

Con respecto a la legalidad y su vulneración, se ha visto varios casos que se refieren a la violación de otras garantías, pero que al estar relacionados a un régimen tutelar, de manera directa o indirecta se han relacionado con la legalidad, a pesar de ello, a continuación, expondré cuatro casos que se relaciona a la legalidad con la especialización y, por ende, al debido proceso en general.

Primer caso, se ordena de manera ilegal la privación de libertad como medida cautelar. A un adolescente se le realiza una audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia, con la cual, se inicia instrucción fiscal por el delito de robo y recibe medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, las mismas que no fueron cumplidas por el adolescente. Durante la instrucción fiscal, la fiscalía solicitó sólo por *una vez* para que rinda la versión, quien no fue notificado, porque nadie conoce algún domicilio donde pueda ser ubicado y DINAPEN tampoco hizo tareas investigativas al respecto, razón que motivó a la fiscal a solicitar - de forma errada - una detención con fines investigativos.¹⁴⁸

Esta solicitud de detención con fines investigativos, no procede en este caso, pues, dicha medida solo es factible en una fase preprocesal de investigación previa y no en instrucción fiscal, etapa en la que se encontraba, con la finalidad de investigar a una persona que se presume podría tener alguna participación en una infracción penal,¹⁴⁹ pero llama la atención que la providencia en la que se concede la petición fiscal se diga que sí está en investigación previa, - existiendo una confusión en la fase preprocesal - por lo que, al estar ya en instrucción fiscal se hace una analogía in *malam partem* de la medida, lo cual está legalmente prohibido.¹⁵⁰

Fiscalía pretendía que con dicha detención se tome la versión, lo cual, también vulnera garantías del debido proceso, pues ya se había concluido la instrucción fiscal,

¹⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 70.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 72.

¹⁴⁸ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Escrito de reforma de providencia de orden de detención”, en *Juicio n.º: 17282-2018-02328*, 14 de agosto de 2018.

¹⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 530; Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 328.

¹⁵⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 13, num. 3.

porque el plazo de la instrucción fiscal es de treinta días¹⁵¹ y cualquier diligencia realizada fuera del plazo carecerá de valor alguno.¹⁵²

Fiscalía tiene la atribución de hacer comparecer con la fuerza pública¹⁵³ - que es distinto a detención con fines investigativos - pero incluso ahí no es correcto para este caso, porque la norma legal dice que procede para *cualquier persona* lo cual hace mención a terceras personas, porque el adolescente tiene a través de su versión un medio de defensa¹⁵⁴ y que no puede ser obligado a declarar¹⁵⁵ en asuntos que puede acarrearle responsabilidad penal.¹⁵⁶

Aún en el caso de que se considere posible ordenar la comparecencia con fuerza pública, - que no lo hizo en el caso porque esto no requiere orden judicial y no es medida de detención con fines investigativos - debió cumplir con dos requisitos que es *determinar el domicilio o lugar de trabajo* para notificar y que haya *incumplido una segunda notificación*, ninguna de estas condiciones se cumplió, entonces, lo que debió hacerse es solicitar una audiencia para verificar el incumplimiento de las medidas cautelares¹⁵⁷ y analizar la posibilidad de imponer internamiento preventivo, pero esto tampoco sucedió, posteriormente, después de que la defensa solicitó que se revoque dicha medida, la jueza revocó la orden de detención con fines investigativos aduciendo que fiscalía la habría inducido al error.

Segundo caso, es la imposición de una sanción ilegal. En la ciudad de Ambato, un adolescente es procesado por violación en contra de un niño menor de diez años y que debido a la posible existencia de circunstancias agravantes, se impuso una sanción de diez años y seis meses, situación inédita en el país.¹⁵⁸ Posteriormente, tal sentencia es apelada, y la Corte Provincial de Tungurahua, establece que no existen circunstancias agravantes más allá de las constitutivas del tipo penal, y que aun existiendo, no podría establecer una sanción mayor a ocho años, porque, ello vulneraría el principio de legalidad.

En este caso, surgen los inconvenientes desde la duda de si es aplicable o no la supletoriedad y cuándo se aplica. Había ya manifestado que se aplica siempre que sea

¹⁵¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 343 inciso primero.

¹⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 592.

¹⁵³ *Ibíd.*, art. 444 inciso final.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 507 num. 1.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, art. 507, num. 2.

¹⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, num. 7, lit. c); Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, num. 8 y art. 508 num. 1.

¹⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 540 y 542.

¹⁵⁸ Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Ambato, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 18202-2018-00588*, 29 de mayo de 2018.

favorable a los derechos de las y los adolescentes. En este caso se cometen dos errores. El primero, es aplicar circunstancias agravantes, ya que, aquello impide tomar en cuenta el principio de proporcional acorde a la justicia especializada; y, el segundo, es no aplicar un procedimiento abreviado, que le hubiese permitido obtener una sanción más beneficiosa, en aplicación del interés superior del niño. Por lo tanto, ambos, al aplicar mal y en el otro por no aplicar, trasgreden el principio de legalidad, en especial, el momento de imponer una sanción no prevista de manera legal.

Tercer caso, se debe a la ilegal modificación de régimen de ejecución de medida socioeducativa pero en este caso, este error causa un beneficio a la adolescente por desconocimiento de la norma por parte de la juzgadora. Este caso sucedió en la ciudad de Esmeraldas y trata de que una adolescente fue procesada por robo, cuya sanción para una persona adulta es de cinco a siete años de privación de libertad y en el caso de adolescentes una sanción máxima de uno a cuatro años de internamiento institucional. La adolescente fue sancionada con un internamiento institucional de tres años. Cuando había transcurrido menos del 45% del cumplimiento de la medida socioeducativa se solicita cambio de régimen de ejecución de la medida socioeducativa, pese a que para esta solicitud se requiere haber sobrepasado el 60% de cumplimiento de la medida socioeducativa privativa de libertad, pudiendo pasar a un internamiento con régimen semiabierto o internamiento de fin de semana.¹⁵⁹

La juzgadora, fiscal - convocada a audiencia pese a que legalmente no se establece su comparecencia en la ejecución de la sanción -¹⁶⁰ y el abogado de la adolescente, desconocen totalmente la materia especializada de justicia juvenil, en cuanto, se pronuncian como si se tratara de una medida cautelar y no una medida socioeducativa, pues, se habla de internamiento preventivo y no de internamiento institucional y otorga el cambio sin la verificación de requisitos legales solo con la demostración de arraigo estudiantil.¹⁶¹

En su momento, llamó mucho la atención, cuando se conoció de esta causa, pues se pensaba que la motivación de la misma se basaba en aplicación directa de estándares internacionales sobre la excepcionalidad de la privación de libertad y el derecho a la revisión periódica y a la educación, pero al ser analizado con detenimiento el caso, se

¹⁵⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 382.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 386, cuarto inciso.

¹⁶¹ Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Esmeraldas, “Auto de modificación de régimen de ejecución de medida socioeducativa”, en *Juicio n.º: 08201-2016-00476*, 01 de septiembre de 2017.

evidenció que se debía a un desconocimiento total sobre la materia, ya que, se confunde medidas cautelares con medidas socioeducativas e internamiento preventivo con internamiento institucional - el cual en sentencia fue bastante elevado, por no considerar principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la privación de libertad o no aplicar formas de terminación anticipada como justicia restaurativa juvenil o en último caso, aplicar un procedimiento abreviado - por consecuencia, no hay una verdadera motivación, con lo que se permite evidenciar la discrecionalidad al caso y vulneración al principio de legalidad e igualdad.

Cuarto caso, no se toma en cuenta la sanción establecida legalmente de forma rígida pero se actúa con especialización con conocimiento de principios y derechos de justicia juvenil que permiten una flexibilidad respetando el interés superior del niño. En la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Manabí, ratifican una sentencia de primera instancia, la cual, sentencia a un adolescente de dieciséis años con cuatro años de internamiento institucional por violación, en cuanto, habría tenido relaciones sexuales con su pareja sentimental, pero ésta tenía solo trece años de edad, - es irrelevante el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años en los delitos de naturaleza sexual -¹⁶² es así, que el adolescente interpone recurso de casación.

La sentencia de la Corte Nacional de Justicia, al resolver la casación planteada indica que si bien existió materialidad y responsabilidad, también debe existir un análisis para dar un tratamiento diferenciado a las y los adolescentes, con relación a la proporcionalidad, y que además, debe tomarse en cuenta que en realidad existió un consentimiento en la relación sexual, y que ese consentimiento debe ser observado desde la diferencia de edad que exista entre adolescentes, siendo delictivo si existe una diferencia mayor de tres años y siempre que la víctima sea menor de catorce años y con esa diferencia de edad pueda analizarse si existe desigualdad de poder y sobre la existencia de un consentimiento libre.

Así mismo, tomando en cuenta la documentación de arraigo estudiantil, se modificó la sanción de un internamiento institucional a uno domiciliario entre semana y de forma conjunta con un internamiento de fin de semana,¹⁶³ situación que es posible con

¹⁶² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 175, num. 5.

¹⁶³ Ecuador Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, “Sentencia de recurso de casación”, en *Juicio n.º: 13204-2015-02793*, 21 de julio de 2017.

juzgadores especializados, basados en conocimiento de psicología infantil, y en especial, justicia juvenil y derechos humanos.

Sin duda, es la sentencia más importante en la jurisprudencia ecuatoriana sobre justicia juvenil, la misma que fue emitida por autoridades especializadas, y es que el principio de legalidad, interpretado bajo el principio de interés superior del niño puede ser flexibilizado, - nunca de forma perjudicial al adolescente - en cuanto, si se trata de un delito de violación, según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, solo contempla la sanción de internamiento institucional por un tiempo de cuatro a ocho años, entonces, ¿cómo se explica que se haya impuesto dos medidas simultáneas como es fin de semana y domiciliario?, pues, lo que se hace es tomar en serio las necesidades del adolescente, situación muy distinta cuando existe flexibilización de las garantías en perjuicio de las y los adolescentes.

Este caso tiene una importancia muy grande no solo por su contenido, en cuanto, respeta los principios de una justicia penal juvenil especializada, adecuándose a un desarrollo integral de las personas adolescentes sino que emite ciertas reglas que deben ser tomadas en cuenta en casos de procesos penales iniciados por presuntos delitos de naturaleza sexual.

Es necesario señalar cuál es la situación real de las y los adolescentes en su vida sexual y para ello, se debe decir que las y los adolescentes tienen su primera relación sexual a temprana edad pero no siempre es producto de una violación, de hecho, es la excepción. (Véase tabla 9)

Cuando me refiero a violación es a la consideración de que sea contra una persona que no haya dado su consentimiento, sea producido mediante amenazas o violencia, y no en los casos en que la víctima tenga menos de catorce años, aunque legalmente, esta última posibilidad esté tipificado como violación.

Tabla 9

Tipo de relación que tenía la mujer con quien tuvo la primera relación sexual

Novio	Conviviente	Amigo	Violación	Desconocido	Familiar	Otro	No responde
86.6%	7.9%	3.7%	1.1%	0.3%	0.2%	0.1%	0.1%

Fuente: ENSANUT ECU 2012. MSP/INEC¹⁶⁴

Elaboración: Propia

¹⁶⁴ Philippe Belmont et al., *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición. Salud Sexual y Reproductiva*, 2, 273.

Sin perjuicio, de lo indicado el delito más cometido por adolescentes, son los de carácter sexual y sancionado con la mayor rigurosidad. (Véase tabla 10)

Tabla 10
Adolescentes privados de libertad por delitos cometidos

Delitos de naturaleza sexual	Delitos contra la propiedad	Delitos contra la vida	Otros
38%	28%	19%	15%

Fuente: El Telégrafo¹⁶⁵

Elaboración: Propia

4. *Three Strikes and you are out* en la justicia juvenil

Resulta importante mencionar a la proporcionalidad y su relación con la excepcionalidad de la privación de la libertad, cuando se toma en cuenta circunstancias que se desarrollan en la justicia juvenil como son las alegaciones a la reincidencia. Cuando se habla de proporcionalidad - al igual que de la excepcionalidad de la privación de libertad - nos referimos tanto a las medidas cautelares como a las medidas socioeducativas.

Al hablar del principio de proporcionalidad es inevitable asociarlo en su definición tradicional, es decir, como es entendido en el juzgamiento a personas a adultas, es decir, es solo proporcional la sanción en su relación con la infracción atribuida.

Incluso la Constitución¹⁶⁶ y el mismo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,¹⁶⁷ así lo mencionan, cuando se hace referencia a la justicia juvenil. Sin embargo los instrumentos internacionales de derechos humanos lo contemplan de una forma más completa y adecuada para garantizar los derechos de las y los adolescentes.

No solo debe ser entendido de que a mayor o menor participación, menor o mayor sanción, sino también deberá tomarse en cuenta las circunstancias y necesidades de las y los adolescentes, siendo obligatorio optar por la aplicación de una mínima intervención,¹⁶⁸ además, importará la edad de las y los adolescentes y la menor

¹⁶⁵ El Telégrafo, “Ecuador, ante el desafío de rehabilitar a los jóvenes delincuentes”, *El Telégrafo*, 03 de septiembre de 2018, párr. 2, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/rehabilitacion-jovenes-delincuentes-ecuador>.

¹⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, num. 13.

¹⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 321.

¹⁶⁸ ONU Asamblea General, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*, directriz 2.6.

culpabilidad, por lo que, la imposición de métodos exclusivamente punitivos van en contra de los principios de la justicia juvenil.¹⁶⁹

Debe existir mucha precaución en tomar criterios de circunstancias personales o familiares del adolescente, ya que, aquello puede dar paso a una aplicación de sanciones muy discrecionales, produciéndose una desproporción entre sentencias en hechos similares, o peor aun tomándose en cuenta, con la justicia penal de adultos, ya que, contrario a lo que podría pensarse, en muchos casos puede ser más severa la justicia juvenil.¹⁷⁰

La relación que tiene la proporcionalidad con la excepcionalidad es que la privación de libertad se basará a lo contemplado legalmente y que deberá ser utilizada como último recurso y por el menor tiempo posible,¹⁷¹ se requiere la posibilidad real de poder revisar la medida con cierta periodicidad - reservando para aquellos casos en que se trata de una vulneración grave a los bienes jurídicos más importantes y prefiriendo la aplicación de medidas no privativas de libertad, debiendo incluso, evitar judicializar la causa cuando aquello sea posible, y siempre respetando las garantías del debido proceso, por lo tanto, sin sacrificar la justicia por el solo afán de celeridad; y, cuando se refiere a la medida cautelar deberá referirse a criterios de necesidad y proporcionalidad¹⁷² y su excepcionalidad debe ser aplicado con muchísima más rigurosidad, ya que, el derecho a la libertad personal no podrá deslindarse del interés superior del niño.

La importancia de este principio no solo es garantizar el derecho a la libertad de las y los adolescentes, sino precautelar otros derechos relacionados que corren peligro como son derecho a la vida, al entorno familiar y al desarrollo integral, además, de que dificulta el real cumplimiento de los fines de las medidas socioeducativas como la reinserción a la sociedad.¹⁷³

La privación de libertad en la justicia juvenil suele ser tratada de forma eufemística, porque siempre se ha creído que ésta le hará bien al niño, pero en sí, la *pena* está disfrazada de *medida socioeducativa* y la *cárcel de centro de orientación*, cuando en

¹⁶⁹ ONU Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n.º: 10*, 25 de abril de 2007, párr. 71, CRC/C/GC/10.

¹⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 356.

¹⁷¹ ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 37, lit. b), A/RES/44/25.

¹⁷² Corte IDH, “Sentencia de 02 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, 02 de septiembre de 2004, párr. 228, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.

¹⁷³ ONU Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n.º: 10*, párr. 11, CRC/C/GC/10.

el fondo son lo mismo, lo único que debe diferenciar es su trato diferenciado, que hasta hoy es casi es nulo.

Eufemismos que dan carta abierta a prácticas discrecionales, por ello, más allá del término que se utilice “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”¹⁷⁴ sin importar la finalidad que busca al imponerse.

Existe un vínculo de las sanciones privativas de libertad - en la legislación de la situación irregular - y sanciones no privativas de libertad - en la práctica actual - con respecto a la legalidad y proporcionalidad, ya que, en la actualidad, no se da el caso de sentencias indeterminadas en sus sanciones por parte del juzgador, porque, legalmente ya se imponen escalas para tomarse en cuenta con mínimos y máximos.

La indeterminación se ha trasladado en la aplicación de las medidas no privativas de libertad - también de manera legal se establece en modo y tiempo - que su ejecución depende del Ejecutivo, pues con el argumento tutelar de ellos, consideran que el tiempo impuesto por el juzgador no les permite realizar una verdadera reinserción y que son aquellos quienes deberían regular el verdadero tiempo al que deben someterse a quienes se les ha impuesto sanciones.

También, la indeterminación se produce cuando no se sabe si las o los adolescentes podrán realmente someterse a un cambio de régimen de ejecución de medidas socioeducativas, tanto para el régimen semiabierto como para el régimen abierto, creando en ellos, la incertidumbre de hasta cuándo estará privado de su libertad, en que, no sabe si será fructífero apegarse a las normas del centro de privación de libertad, si tendrá resultados positivos o si solo debe esperar que transcurra el paso del tiempo sin aprovechamiento del mismo.

Esa incertidumbre va acompañado de que pese a que se establecen momentos establecidos en la ley, de cuándo y cómo operan los cambios de regímenes de ejecución, no se garantiza un real control de legalidad y constitucionalidad al respecto, peor de convencionalidad, pues la revisión de la sanción debería ser en cualquier momento

¹⁷⁴ ONU Asamblea General, *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana)*, 14 de diciembre de 1999, regla 11, lit. b), A/RES/45/113.

durante la ejecución de la medida socioeducativa,¹⁷⁵ caso contrario afecta a las y los adolescentes, por lo que:

[L]a existencia de esos procedimientos de revisión tan prolongados en el tiempo, y además de dudosa realización en la práctica y dudoso resultado, producen en el sujeto un sufrimiento adicional que se considera ilegítimo y no propio de aquellas penas, del sufrimiento normal de una pena, por lo tanto [se encuentran...] dentro de aquellas penas que pueden calificarse como crueles, inhumanas o degradantes.¹⁷⁶

La proporcionalidad y la excepcionalidad toman mucha más importancia al hablarse de la reincidencia en la justicia juvenil. Cuando Matilda y su amiga Lavender escuchaban atentas a una niña más grande llamada Hortensia, sobre el comportamiento de la señorita Trunchbull como autoridad y sus arbitrariedades, le comentó que en la segunda vez que hacía sus travesuras a Trunchbull - pese a que no se demostró que Hortensia había sido la responsable de esa travesura - fue sancionada de todas maneras, porque se supuso su responsabilidad ya que había sido sancionada por una vez, lo mismo sucede con los operadores judiciales en la justicia penal juvenil:

- Pero ¿cómo te pilló ella esta vez? - preguntó Lavender, sin aliento.
- No me pilló - dijo Hortensia -, pero, a pesar de eso, pasé un día en *La Ratonera*.
- ¿Por qué? – preguntaron a dúo.
- La Trunchbull - dijo Hortensia - tiene la mala costumbre de suponer. Cuando no sabe quién es el culpable, se lo imagina, y lo malo es que casi siempre acierta. Yo fui la primera sospechosa esta vez por lo del asunto del jarabe y, aunque yo sabía que no tenía ninguna prueba, no me sirvió de nada.¹⁷⁷

La reincidencia no es tomada en cuenta en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por cuanto, no la define, situación distinta al Código Orgánico Integral Penal, el cual, no podrá ser aplicada por ser una supletoriedad desfavorable e iría en contra de los principios y derechos de la justicia juvenil.

La única aplicación cercana a una reincidencia - digo más cercana, porque, en realidad reincidencia es cometer un nuevo delito por parte de la persona que ya fue declarada culpable mediante sentencia condenatoria ejecutoriada y por lo tanto, existirá un agravamiento en su sanción - es cuando, ya no permite volver a realizar una remisión cuando haya recibido una anterior o se le haya impuesto una medida socioeducativa por

¹⁷⁵ ONU Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*, 26 de octubre de 2017, párr. 44, lit. f), CRC/C/ECU/CO//5-6.

¹⁷⁶ Corte IDH, “Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)”, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, 14 de mayo de 2013, párr. 178, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf.

¹⁷⁷ Roald Dahl, “Lanzamiento de martillo” en *Matilda*, 112.

un delito de igual o mayor gravedad, que el delito, por el cual, se está investigando o juzgando.¹⁷⁸ No debería considerarse como reincidencia si en un caso se ha sometido a una desjudicialización y se juzga un nuevo delito, ya que, hacerlo de esta manera se toma en cuenta solo estados de peligrosidad, por *esa mala costumbre de suponer*.

También, la reincidencia tiene relación con otros derechos como es no mantener registros de antecedentes por el cometimiento de infracciones penales mientras una persona era adolescente, para no ser utilizado cuando se encuentre en conflicto con la ley ya siendo una persona adulta.

Retomando el principio de proporcionalidad, se debe hacer mención al *Three Strikes and you are out*. Ésta es una frase utilizada en un juego estadounidense llamado *baseball*, que significa que si el bateador en el tercer intento no logra golpear la pelota con su bate, es eliminado del juego, por ello, se utiliza esta frase para hacer referencia a leyes estadounidenses, que consisten en que si una persona ha cometido tres veces una infracción penal, incluso si la tercera vez se trata de un delito que no denota gravedad, - porque no se utiliza violencia -, será sancionado con cadena perpetua y nunca una sanción efectiva menor a veinticinco años.

Esto trajo dos consecuencias. La primera es que analiza cuestiones de peligrosidad para imponer una tercera sanción y no se toma en cuenta el principio de legalidad ni proporcionalidad sobre la sanción que puede ser impuesta por el delito cometido esa tercera vez - actualmente esas leyes se han reformado para evitar que esa sanción por el tercer delito sin que sea violento no tenga sanciones tan desproporcionadas -; y, la segunda, es que se toma en cuenta delitos cometidos mientras eran personas menores de edad, es decir, existe un registro de adolescentes y son utilizados en la justicia penal de adultos.¹⁷⁹ Contrario a su propósito original, estas leyes no contribuyeron a la disuasión del delito sino al crecimiento de la violencia y al aumento desmesurado del hacinamiento y los problemas que aquello acarrea.

Es plenamente aplicable la comparación de estas leyes a la realidad de la justicia penal juvenil en nuestro país, no porque el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia así lo establezca, - solo existe la disposición con respecto a la remisión - sino porque las autoridades judiciales así lo han convenido en aplicar.

¹⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, art. 351, num. 2.

¹⁷⁹ María Teresa Castiñeira y Ramón Ragués, "Three Strikes El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad (Quito: Ministerio de Justicia, 2008), 191.

La única disposición legal se refiere a la remisión, - cuando haya sido impuesto una medida socioeducativa o haya hecho remisión con anterioridad en un delito de igual o mayor gravedad - por lo tanto, es necesario su análisis. Una *medida socioeducativa* puede imponerse mediante sentencia condenatoria ejecutoriada por el cometimiento de una infracción penal, pero también, puede ser por una remisión o suspensión del proceso a prueba, y en la práctica están también imponiendo en conciliaciones, - sin duda desnaturaliza la desjudicialización de causas -.

Las *remisiones* pueden ser fiscales o judiciales. En las primeras cabe en delitos que tengan una sanción inferior a dos años de privación de libertad - siempre el inconveniente de saber si se refiere a penas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal o de medidas socioeducativas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia - y, en las segundas, cuando no tengan una sanción mayor a cinco años.

Por *delito de igual o mayor gravedad*, se entiende que sólo podrá entenderse cuando vengan de un delito y no de contravención, además, que la medida socioeducativa o la remisión se haya realizado con anterioridad y esa primera vez sea por un delito de igual o mayor gravedad, - el término gravedad es muy subjetivo, lo correcto debería ser que sea de un delito sancionado con mayor cantidad de años de privación de libertad, según el Código Orgánico Integral Penal, aquello brindaría seguridad jurídica de mejor manera - por ejemplo, si recibió una medida socioeducativa o realizó remisión por un delito de hurto y tiene un segundo proceso por delito de robo, en este segundo caso podría realizarse otra remisión.

Sin embargo, en la práctica, no se aplica porque no lo interpretan así, pues, lo que les interesa no solamente es si ya realizó una remisión o se le impuso una medida socioeducativa con independencia de la infracción penal, sino incluso si estuvo denunciado o aprehendido de cualquier manera, sin importar como terminó la causa anterior, tomando en cuenta argumentos peligrosistas.

Esto no solo es aplicado cuando se piensa realizar una remisión sino cualquier otra forma de desjudicialización como suspensión del proceso a prueba y conciliación, - sobre la mediación no menciono porque jamás se ha aplicado en nuestro país - y todo esto lleva a ratificar una de las ideas centrales de la doctrina de situación irregular como es hacer de la privación de libertad la regla y no la excepción, obligando al adolescente tomar el procedimiento abreviado como única salida para no obtener una sanción totalmente perjudicial, por lo que, se podría decir, que en el país en materia de adolescentes en conflicto con la ley, la reincidencia ni siquiera es entendida como sentencia condenatoria,

sino haber estado de sospechoso en algún caso para que se aplique de forma más radical en un segundo o tercer proceso, por lo que, ni siquiera se trataría de un *three strikes* sino de un *second strikes and you are out*, lo cual, afecta a la seguridad jurídica, porque, la norma no lo contempla de esa manera.

Casi siempre, se hace en contra de quienes reúnen las características de selectividad, y las y los adolescentes sienten injusticia, ellos saben que el juego establece reglas claras y a nadie le gusta que en medio partido se cambien dichas reglas para perjudicarlo.

Observé dos casos en la práctica judicial en relación a la reincidencia. El primer caso trata de que a un adolescente se le encontró un teléfono celular, que tres horas antes había sido sustraído a un señor, por cuanto, se realizaron patrullajes en el sector y miembros policiales observaron al adolescente en supuesta actitud sospecha. El adolescente manifiesta que se encontró el celular, sin embargo, se le sanciona con tres meses de medida socioeducativa de orientación y apoyo psico socio familiar - la sanción no es privativa de libertad, porque la misma norma no contempla esa posibilidad -.

Este caso es relevante, en cuanto, por el hecho de ser reincidente no se hace un análisis verdaderamente jurídico, pues la juzgadora consideró suficientes las probabilidades y no la certeza para condenar. Se realiza una audiencia de juzgamiento de contravención flagrante, previo a la instalación de la misma y la juzgadora dijo: “A vos ya te he visto por aquí, y ya revisamos y tienes una causa anterior, creo que conciliación hicimos, estas jodido”; y, se le consulta a la víctima sobre la presunta infracción y refiere: “No me di cuenta que ya no estaba el celular, no puedo reconocer si es el adolescente el que me sustrajo el celular, no vi a nadie”.¹⁸⁰

Al no existir argumentos para sancionar, la defensa solicita que no se califique la flagrancia, por tanto, no podía existir sanción alguna, sin embargo, la jueza interviene preguntando al policía:

- ¿Señor, Policía, usted ha visto con regularidad al adolescente en el sector?
- Sí suele estar, desconozco realizando qué tipo de actividades.
- ¿Señor, Policía, en qué estado se encontraba el celular?
- El celular ya estaba sin chip.
- No hay duda, eres responsable.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”, en *Juicio n.º: 17957-2018-00183*, 09 de agosto de 2018.

¹⁸¹ *Ibíd.*

El trato que recibió el adolescente desde antes de que comience la audiencia fue agresivo por parte de la autoridad judicial, señalándole permanentemente que tenía ya una causa anterior, pese a no haber existido en esa causa una sentencia condenatoria. Durante la audiencia no pudo demostrarse con pruebas que el adolescente sea responsable de hurto, no solo porque, ni siquiera se pudo demostrar la titularidad del bien por parte de la víctima sino que ésta no pudo indicar si el adolescente habría sustraído su celular, y, esa duda razonable no pudo ser desvirtuada en ningún momento.

Por ello, la juzgadora en su desesperación, comienza a hacer preguntas, lo cual, en un sistema dispositivo es imposible, porque aquello rebasa sus facultades jurisdiccionales. Además, aquellas preguntas y respuestas, no demostrarían responsabilidad, sino inquietudes basadas en el peligrosismo, como es el hecho de pretender que se le diga que el adolescente suele estar en el sector, porque, para la autoridad juzgadora el hecho de estar en una situación de irregularidad es sospecha de delito, de ser peligroso.

La reincidencia en la práctica se aplica con frecuencia, no solo para imponer la sanción más drástica sino también para impedir que se realicen formas de terminación anticipadas y agravar la situación con un drástico procedimiento abreviado.

Otro caso relevante para conocer el análisis que se realiza sobre la reincidencia en la justicia penal juvenil, es la relación de la aplicación del procedimiento abreviado con la reincidencia. A dos adolescentes se les inició una instrucción fiscal por robo, en calidad de coautores, en cuanto, se empleó violencia contra la víctima, ya que, fue herida con arma blanca, tal delito prevé una sanción de cinco a siete años de privación de libertad para personas adultas. En el caso de adolescentes, se contempla distintas medidas socioeducativas privativas de libertad, siendo la más drástica el internamiento institucional de uno a cuatro años.

La defensa solicitó que se realice una forma de terminación anticipada como es la conciliación, porque la víctima habría estado de acuerdo en realizar esta forma de terminación anticipada, pero la juzgadora y el fiscal se oponen a la misma, aunque, no tienen atribución legal para hacerlo al verificarse el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales.

Por ello, queda la única vía de solución para evitar una sanción excesivamente grave para los adolescentes mediante el procedimiento abreviado. Imponiéndose al adolescente que era primera vez que estaba en conflicto con la ley, un internamiento

institucional por cuatro meses y al otro adolescente que ya registraba otras causas anteriores, un internamiento institucional de dieciocho meses.¹⁸²

Los adolescentes al encontrarse en calidad de coautores, les correspondería la misma sanción, pero en el presente caso, uno de ellos, recibe casi cinco veces más sanción privativa de libertad que el otro, por tanto, esa sanción, no solo afecta al principio de igualdad, sino que se asemeja a una sanción que podría imponerse por el mismo procedimiento abreviado a una persona adulta - entre veinte a cuarenta meses -.

En este caso, pese a existir la condiciones para realizar formas de terminación anticipada, como la conciliación, no se da paso, con el argumento de que uno de los adolescentes es *bastante reincidente*, requisito no contemplado de manera legal.

Ahora, con respecto a la injusta aplicación del procedimiento abreviado con uno de los adolescentes, ya que, éste se realiza no solo porque permite a la administración de justicia tener menos carga laboral sino que se debe verificar un beneficio real al adolescente, por eso la normativa contempla que existirá una rebaja en la sanción, pudiendo llegar a ser hasta el tercio de la sanción mínima prevista en el tipo penal,¹⁸³ por lo tanto, si no existiera tal rebaja, no habría beneficio alguno y no se diferenciaría de un proceso en que no se abrevie y con esto se busca solo un eficientismo procesal.

Si se toma en cuenta que la sanción máxima para este tipo de casos es de un internamiento institucional de uno a cuatro años, bien pudo imponerse una sanción de cuatro meses, como sí se realizó con uno de los adolescentes, pero en la motivación de la solicitud de procedimiento abreviado realizada por fiscalía solo se refiere a la reincidencia como motivo para aceptar una sanción de dieciocho meses; y, por parte de la juzgadora no efectuó una motivación al respecto, - aunque sin plasmarlo por escrito lo hace por la reincidencia - que bien pudo rechazar ese tiempo imponiendo una sanción más proporcional o negar el procedimiento abreviado por afectación a derechos del adolescente,¹⁸⁴ entre ellos a obtener una sanción proporcional.

¹⁸² Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00238*, 17 de julio de 2017.

¹⁸³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 636, inciso tercero; Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución n.º 09-2018*, 05 de septiembre de 2018, art. 2, <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2018/18-9%20procedimiento%20abreviado.pdf>.

¹⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 639, inciso primero.

Estas situaciones han permitido que en la justicia penal juvenil exista un crecimiento alarmante de adolescentes privados de libertad, dando como resultado un hacinamiento en muchos centros de adolescentes infractores del país.

Para determinar la existencia de hacinamiento, es importante tomar en cuenta lo que dice al respecto Elías Carranza,¹⁸⁵ en cuanto, para medir la existencia o no de hacinamiento debe entenderse a éste en relación con la densidad penitenciaria, ésta es la capacidad que tienen los centros de privación de libertad y el número de personas realmente privadas de libertad, para lo cual, debe aplicarse la siguiente fórmula: número de personas privadas de libertad/número de cupos de los centros x 100.

Habrà sobrepoblación penitenciaria si la densidad penitenciaria supera el valor de 100, porque habría más personas privadas de libertad que la capacidad establecida para determinado centro de privación de libertad; y, existirá sobrepoblación crítica o hacinamiento cuando la densidad penitenciaria iguala o supera los 120. La situación de las y los adolescentes en privación de libertad dependerá de cada centro de privación de libertad. (Véase tabla 11)

Tabla 11
Adolescentes privados de libertad

Centro de Adolescentes Infractores	Número de adolescentes infractores	Capacidad por centro	Densidad por cada 100 plazas
Riobamba	44	33	133.33
Ibarra	58	50	116
Quito (Masculino)	103	115	89.56
Ambato	62	48	129.16
Guayaquil (Masculino)	198	164	120.73
Loja	31	30	103.33
Cuenca	29	35	82.85
Esmeraldas	53	70	75.71
Machala	32	30	106.66
Guayaquil (Femenino)	19	25	76
Quito (Femenino)	16	40	40
Total	645	640	100.78

Fuente: Subdirección de Medidas Socioeducativas para Adolescentes Infractores, Secretaría Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores

Elaboración: Propia

Fecha de corte: 03 de junio de 2019

¹⁸⁵ Elías Carranza, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos* 8, (2012): 32-3, doi: 10.5354/0718-2279.2012.20551.

Mientras tanto con respecto a la excepcionalidad de la privación de libertad, también existe relación con la ejecución de las medidas socioeducativas, ya que, deberán estar amparadas por una *revisión periódica*. Esto tiene relación con la necesidad de la privación de libertad, es decir, que si las condiciones han cambiado, debe existir la posibilidad de obtener la libertad antes del cumplimiento total de la medida privativa de libertad y esa posibilidad deberá ser realista.¹⁸⁶

Esta eventual modificación de las sanciones privativas de libertad ha sido la gran excusa para elevar sanciones y una aplicación de sanciones más severas, que ante la incertidumbre de cambios de sanción, suele mantenerse la impuesta, que de por sí ya era elevada.

Por tanto, la posibilidad de que la sanción se flexibilice y se incrementen las sanciones en abstracto, de alguna manera se legitiman entre sí, por lo que, la única manera de romper ese círculo de sanciones drásticas y garantizar un trato más humano es la aplicación de formas de terminación anticipada como parte de una justicia restaurativa y así mejorar las condiciones de vida y lograr una mejor reinserción social, por lo que, “tenemos que trabajar con la utopía positiva en el sentido de que la mejor institución para la privación de libertad es aquella que no existe, y que la mejor sociedad es aquella que supera la necesidad de secuestrar conflictos sociales que pueden resolverse por otras vías”.¹⁸⁷

En suma de lo expuesto en este capítulo, se ha indicado que las garantías penales y procesales contendrán el poder punitivo y que su flexibilización justifica actuaciones arbitrarias por parte de las y los operadores judiciales.

En síntesis, se señala la vulneración al derecho a una o un juzgador natural y que en materia de justicia penal juvenil, además, debe ser especializado. Con respecto a la o el juzgador natural, en cuanto, en días y horarios no laborables las y los adolescentes para la audiencia de legalidad y aprehensión de flagrancia están siendo juzgados por juzgadores penales de adultos; y, a pesar de que solo deben ser calificadas las flagrancias, en el caso de contravenciones flagrantes se están dictando sentencias, es decir, se produce un juzgamiento de forma íntegra por una o un juzgador que no es el natural ni tampoco es especializado.

Así mismo, a que la o el juzgador sea especializado, pues, en el país solo existen ocho jueces, cuyo, nombramiento indican que son especializados, el Quito, Guayaquil,

¹⁸⁶ Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 162.

¹⁸⁷ Emilio García Méndez, *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 90.

Babahoyo y Quevedo, aunque, del análisis de casos realizados en esta investigación y que indaga la manera en que las y los juzgadores aplican principios, derechos y garantías de las y los adolescentes, evidencian que no lo son, por tanto, se requiere una capacitación general en doctrina de protección integral, psicología juvenil y derechos humanos.

Como parte de la especialización de las y los operadores judiciales se encuentra la adecuada aplicación de una justicia restaurativa, sin embargo, no se está realizando de manera correcta al aplicar reglas de la justicia penal de adultos, por una errónea interpretación supletoria de las formas de terminación anticipada cuando no hay vacío legal o la incorporación de requisitos extralegales para agravar la situación, como actos discrecionales de la administración de justicia y como parte de la selectividad judicial en que se criminaliza la pobreza.

La especialización tiene un enorme impacto sobre la aplicación de normas de manera supletoria como la manera errónea de aplicar las formas de terminación anticipada pero también por no aplicabilidad en la práctica judicial del procedimiento abreviado, por lo que, se observan sanciones muy drásticas, afectando a la excepcionalidad de la privación de libertad y proporcionalidad. En la ciudad de Quito, sí se aplica, por tanto, afecta al derecho a la igualdad que tienen las y los adolescentes con respecto a sanciones desiguales en casos muy similares.

Otra de las ideas estudiadas en este capítulo, es la proporcionalidad, la cual, en justicia penal juvenil no es entendida como lo es en la justicia penal de adultos, ya que requiere un análisis más profundo de las necesidades de las y los adolescentes, en cuanto, el derecho de libertad va de la mano del interés superior del niño.

También, se analizó la aplicación de reglas de la reincidencia en su relación con la proporcionalidad. La reincidencia a pesar de no contemplarse en el caso de procesos contra adolescentes, éste es aplicada, de algunas maneras. La primera, para no permitir la aplicación de formas de terminación anticipada y hacer que se convierta en regla y no en excepción la privación de libertad, vulnerando a la excepcionalidad de la judicialización de causas y de la privación de libertad; la segunda, para que la privación de libertad sea cada vez más drástica afectando a la proporcionalidad; y, la tercera, para sentenciar basándose en situaciones de peligrosidad y no en el real convencimiento del cometimiento de una infracción penal, trasgrediendo la legalidad y seguridad jurídica.

Todo esto, por aplicar un *three strikes and you are out* - a veces un *two strikes and you are out* como en las remisiones- sin que exista una base legal, constitucional o

convencional para hacerlo sino basados en decisiones proteccionistas y paternalistas desde la administración de justicia.

Estas formas equivocadas de aplicar las reglas en la justicia penal juvenil han permitido el crecimiento numérico de adolescentes privados de libertad. A consecuencia de ello, es pertinente indicar que en muchos centros de privación de libertad existe una sobrepoblación carcelaria y sobrepoblación crítica o hacinamiento. Esto no solo afecta al derecho a la libertad sino que junto a él se afecta al derecho de desarrollo integral, derecho a la educación, al trabajo, a la cercanía familiar y un adecuado cumplimiento de los fines de las medidas socioeducativas como son la reinserción a la familia y a la sociedad, todo lo contrario, el encierro lo que hace es discriminar y excluir.

Conclusiones

Las distintas afectaciones a los principios, derechos y garantías de las y los adolescentes no pueden ser descritas y explicadas si solo se analiza la norma escrita, ya que, estas se producen en la práctica judicial, por ello, ha sido muy importante la aplicación de técnicas investigativas y así responder de forma correcta la pregunta central planteada en este trabajo investigativo, es decir, explicar de qué manera sigue vigente la doctrina de situación irregular y con ello, cuáles son los principios, derechos y garantías vulnerados.

Si bien es cierto el análisis empírico realizado describe la consideración de postulados de la doctrina de situación irregular que aún están vigentes y específicas vulneraciones a los principios, derechos y garantías existe una interconexión de ellos en cada caso.

La crítica situación de los principios, derechos y garantías se ha mantenido en las distintas etapas por las que las y los adolescentes han estado inmersos en la administración de justicia, pues, no se ha brindado una protección que permita un adecuado ejercicio de los mismos.

Esto se debe a que el Estado no ha dado la importancia que merece, el conocer y resolver los distintos problemas de la justicia penal juvenil, que de manera directa afecta a los derechos y garantías de las y los adolescentes.

Esta omisión estatal se ha basado en insistir en la necesidad de realizar un análisis cuantitativo de personas privadas de libertad. A pesar de que la privación de libertad solo es el resultado final de un proceso penal en que está involucrada una determinada persona, que en el caso de las y los adolescentes debe ser excepcional, por lo que, si ese es el criterio a analizarse se deja de lado a un gran número de adolescentes que han sido judicializados y también se han vulnerado sus derechos y garantías, para solo enfocarse en los problemas que el encierro causa, los cuales, obviamente, no son menores.

Aun así, tampoco han sido atendidos estos inconvenientes respecto a la privación de libertad de las y los adolescentes, debido a que el Estado no ha dedicado una adecuada atención. En gran parte por dar una gran relevancia a estos datos cuantitativos pues si se considera que en todo el país existen 40.096 personas adultas privadas de libertad y 645 adolescentes en privación de libertad, solo el 1.60% de toda la población privada de

libertad corresponde a las y los adolescentes, por lo que, han decidido atender de forma prioritaria los problemas de las personas adultas; y, porque las y los adolescentes todavía son considerados como objetos y no como verdaderos sujetos de derechos, por lo que, sus problemas y necesidades no son visibilizadas de forma correcta.

La situación de irregularidad antes era definida como una situación de riesgo o abandono, cuya definición siempre fue vaga e indeterminada, más aún en la actualidad, en cuanto, de forma expresa ya no esté regulada en el ordenamiento jurídico, pero que en la práctica se aplica, pues, cuando una o un adolescente se encuentra en situación de abandono, las medidas de privación de libertad se vuelven la regla y sobre esto gira el presente trabajo investigativo.

Es así, que en el juzgamiento a adolescentes se han establecido formas de terminar anticipadamente los procesos, entre ellos, la conciliación, mediación, remisión judicial, remisión fiscal y suspensión del proceso a prueba. En ninguno de estos casos se desvirtúa el estado de inocencia porque lo que se busca desjudicializar los procesos penales que tanto afectan a su desarrollo integral.

El propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que debe reiniciarse el proceso penal si se verifica el incumplimiento de la conciliación, mediación y suspensión del proceso a prueba pero no se dice nada con respecto a las remisiones, las y los juzgadores han entendido que ante esos casos debe imponerse privación de libertad, y esto afecta no solo a la legalidad sino al estado de inocencia cuando no existe sentencia condenatoria ejecutoriada, peor aún, si no se amparan en fundamentos legales solo tomando en cuenta consideraciones de irregularidad, muchas veces justificadas por las solicitudes de determinadas personas como su propia familia, lo cual, no debería suceder si la o el juzgador velara por el respeto a los derechos y garantías de las y los adolescentes.

En la legislación se ha realizado una adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño y con ello a la doctrina de protección integral, sin embargo, han permanecido específicos rezagos de la doctrina de situación irregular como son las medidas cautelares personales no privativas de libertad, relacionado al comportamiento de las y los adolescentes para alejar de circunstancias que puedan desviar una conducta ejemplar. Estas medidas cautelares resultan desproporcionadas e innecesarias porque no tienen relación con el fin de las medidas cautelares como es asegurar la presencia de la o el adolescente al proceso o el pago de una eventual reparación integral, por tanto, son incompatibles con un sistema judicial garantista.

La construcción de estereotipos basados en prejuicios dan inicio a un proceso de etiquetamiento, en el que se adecuan determinadas personas, lo cual, da origen a que la administración de justicia realice una selectividad discriminatoria, basada no en el cometimiento de infracciones penales sino de actos desviados, guiados en la consideración de la autoridad judicial como actos peligrosos, que en muchos casos se trata de simples estados predelictivos.

La autoridad judicial de manera expresa en las audiencias reconoce la importancia de que un acto sea considerado peligroso, sin la necesidad de la verificación de los elementos del tipo penal, incluso, llega a reconocer que en determinados casos ameritarían una sentencia que ratifica la inocencia, pero por realizar actos que denotan un peligro hacia la sociedad, consideran que es menester imponer una sentencia condenatoria, con esto, se evidencia la afectación a la legalidad y a la seguridad jurídica; así también, esto se ve afectado en aquellos casos en que no se ha previsto la posibilidad de contar con un recurso legal para que dicha decisión sean revisadas por una o un juzgador o tribunal superior como es en el caso de las contravenciones, afectando a la garantía procesal de contar con un recurso efectivo. Por tanto, se está dando un tratamiento que excluye y discrimina, considerando a las y los adolescentes como un *outsider*.

Existen diferenciaciones arbitrarias en el juzgamiento entre adolescentes y esto también se ha verificado en el estudio de los casos prácticos. Siempre el tratamiento desigual se basa en la importancia que la o el juzgador da a las situaciones sociales, económicas y culturales de cada adolescente, produciéndose así una criminalización de la pobreza, todo esto causando un grave perjuicio al derecho a la igualdad.

Otra diferenciación arbitraria se da al compararse el tratamiento recibido por una persona adulta con respecto a la o el adolescente, pese a haber cometido una misma infracción penal, siempre basándose en criterios de la doctrina de situación irregular, por cuanto, la autoridad judicial considera determinados actos como alejados a un comportamiento correcto de una o un adolescente, para lo cual, se desvía de la consideración del tipo penal, afectando a la legalidad, ya que, no existe ni el más mínimo interés en agotar el estudio de las categorías dogmáticas, análisis que es obligatorio en todo proceso penal, situación que se encuentra reforzada cuando son los mismos familiares de las y los adolescentes los que avalan un tratamiento discriminatorio.

De igual forma, se produce una injusta diferenciación en el tratamiento de adolescentes cuando se produce un análisis de causas cuando una es realizada por una o

un juzgador especializado y otro que no lo es. Esto porque se desconoce los principios de la justicia penal juvenil y se traslada la imposición de reglas de la justicia penal de adultos, sin un correcto análisis de lo que implica la supletoriedad.

La supletoriedad debe ser entendida como la posibilidad de aplicar reglas de otras normas del ordenamiento jurídico siempre que exista un vacío en la norma especializada y sea más beneficioso para la vigencia de los principios y derechos de las y los adolescentes, por tanto, si no se respeta esta disposición, se trasgrede el derecho a la igualdad, legalidad y seguridad jurídica, por una falta de especialización en las y los operadores judiciales.

Así también, existe una discriminación arbitraria con respecto a las adolescentes mujeres en relación a los adolescentes hombres, viniendo esto no de forma exclusiva por juzgadores hombres.

Primero, debido a que en el país existen solo dos centros de privación de libertad para adolescentes mujeres, dificulta una adecuada reinserción familiar, social y educativa sin observar las necesidades que ellas tienen, haciendo de la privación de la libertad la regla, incluso de manera más drástica que en el caso de los adolescentes hombres.

El Centro de Adolescentes Infractoras de Guayaquil tiene diecinueve adolescentes privadas de libertad y en el Centro de Adolescentes Infractoras de Quito están dieciséis adolescentes en privación de libertad, dando un total de treinta y cinco adolescentes, que corresponde al 5.4% del total de adolescentes privados de libertad, por tanto, cuantitativamente no es un número significativo para dirigir una atención adecuada dentro del grupo ya discriminado, y esa falta de atención genera una doble carga de discriminación hacia ellas.

Segundo, a que la privación de la libertad es la regla de manera más rígida en el caso de adolescentes mujeres. En ambos centros, existen catorce adolescentes sancionadas con una medida socioeducativa privativa de libertad, siendo la más aplicada - y más drástica - el internamiento institucional, a pesar de que ésta interrumpe la educación, vínculo familiar y su proyecto de vida, al no tener posibilidad de tener un contacto fuera del encierro.

En el caso de Guayaquil son once adolescentes mujeres con internamiento institucional que equivale al 78.5% del total de las adolescentes que se encuentran con sentencia condenatoria; y, en el caso de Quito están doce adolescentes con el mismo internamiento institucional que representa el 85.7%. Con esto se demuestra, que se vulnera el derecho a la igualdad, el principio a la excepcionalidad de la privación de

libertad, principio de proporcionalidad, legalidad por consideración de factores extralegales, por tanto, se hace necesario que las decisiones judiciales se efectúen dentro de una perspectiva de género no solo para no mantener la afectación a derechos sino que se tomen en cuenta los intereses y necesidades de las adolescentes al encontrarse en una doble condición de vulnerabilidad.

Otra de las ideas analizadas es sobre la imposición de las reglas por las personas adultas quienes mantienen un relación de poder asimétrica frente a las y los adolescentes, por ello, se ha perpetuado la invisibilización de las necesidades de éstos, sin poder ser tratados hasta la actualidad como sujetos de derechos, lo que, ha producido exclusión.

El ejemplo más claro de esta imposición de reglas desde el mundo adulto hacia las y los adolescentes y sin tomar en cuenta su criterio, es la consideración de que ellos no pueden consentir en las relaciones sexuales, y así, se ha tipificado como violación, señalándose que no pueden emitir el consentimiento para una relación sexual personas menores de dieciocho años, cuando la realidad es totalmente distinta.

La vida sexual de las y los adolescentes comienza desde una temprana edad. La realidad en el Ecuador indica que antes de los quince años el 7,5% de mujeres ya tuvieron su primera relación sexual y el 30,1% fue antes de los dieciocho años de edad.

Así también, cuando la relación sexual fue antes de los quince años el 31,5% fue con un adolescente de quince a diecisiete años de edad y 4,3% con una persona menor de quince años, y, cuando la primera relación sexual fue entre los quince a diecisiete años fue el 25,4% con otro adolescente. Por lo que, el 61.2% de las adolescentes mujeres tuvieron su primera relación sexual con un adolescente.

Por ello, ni la tipificación del delito de violación ni la imposición de reglas desde el adultocentrismo han podido reducir el comportamiento sexual de las y los adolescentes, más bien, aquello, lo que ha ocasionado es la vulneración a los derechos como la libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad y a los sexuales y reproductivos.

Estas imposiciones de las personas adultas que repercute en la vida y desarrollo de las y los adolescentes también se trasladan a la administración de justicia que aplicando argumentos perfeccionistas, paternalistas y de defensa social trasgreden de forma sistemática los derechos y garantías de las y los adolescentes, al momento en que la o el juzgador en lugar de cumplir con su rol garantista desempeña el rol de buen padre de familia, cuya actuación es incoherente con el Estado constitucional de derechos y justicia.

Por ello, es necesario dejar atrás el discurso tutelar desde la competencia omnímoda penal-tutelar, en cuanto, la función judicial no está para tomar decisiones que

competen a la madre, al padre o a las personas bajo el cuidado de las y los adolescentes, eso sí, estando permitido actuar el Estado como salvador externo para garantizar derechos y garantías de adolescentes, quienes tienen personalidad jurídica.

Tal salvación no debe ser paternalista ni perfeccionista sino garantista, para lo cual, se requiere dejar atrás el neomenorismo que existe en la actualidad, por parte de operadores judiciales que buscan mantener prácticas tutelares propias de la doctrina de situación irregular, situación que no está justificada ni siquiera en aquellos casos en que existe sentencia condenatoria ejecutoriada, peor en formas de terminación anticipada como suelen aplicar las y los juzgadores, cuando dejan en claro que lo hacen porque han concedido una especie de perdón a las y los adolescentes pero con la advertencia de que si no cambian su actuar, en el futuro ya no habrá contemplación, afectando esto al estado de inocencia del que gozan las y los adolescentes y al principio de proporcionalidad en los posibles casos futuros.

Se ha indicado que las garantías penales y procesales buscan contener el poder punitivo, por tanto, su flexibilización justifica actuaciones arbitrarias por parte de las y los operadores judiciales.

Se ha señalado que se vulnera el derecho a una o un juzgador natural y que en materia de justicia penal juvenil, además, éste debe ser especializado. Con respecto a la o el juzgador natural, en cuanto, en días y horarios no laborables las y los adolescentes para la audiencia de legalidad y aprehensión de flagrancia están siendo juzgados por juzgadores penales de adultos; y, a pesar de que solo deben ser calificadas las flagrancias, en el caso de contravenciones flagrantes se están dictando sentencias, es decir, se produce un juzgamiento de forma íntegra.

Así mismo, acerca de que la o el juzgador sea especializado, es necesario señalar que en el país solo existen ocho jueces, cuyo, nombramiento indican que son especializados, aunque, del análisis de casos realizados en esta investigación y que indaga la manera en que las y los juzgadores aplican principios, derechos y garantías de las y los adolescentes, evidencian que no lo son, por tanto, se requiere una capacitación general en doctrina de protección integral, psicología juvenil y derechos humanos.

Si bien es cierto las y los juzgadores penales no han tenido la capacitación necesaria en justicia penal juvenil se puede concluir dos aspectos positivos en sus intervenciones: 1. No brindan un tratamiento tutelar, ya que, las y los adolescentes fueron tratados como sujetos de derechos no como objetos de compasión o represión; y, 2. Se

aplicó de mejor manera la excepcionalidad de la privación de libertad, en suma se observó mayor respeto a los derechos y garantías de las y los adolescentes.

Cuando las causas ya se encontraban en conocimiento de las y los juzgadores competentes para conocer casos contra adolescentes, se observó que existieron actuaciones alejadas de los parámetros de una justicia especializada, es decir, vulnerando principios, derechos y garantías de los adolescentes, afectando a la excepcionalidad de la privación de libertad, proporcionalidad en las medidas cautelares, derecho a la igualdad, principio de legalidad y derecho a la seguridad jurídica.

Como parte de la especialización de las y los operadores judiciales se encuentra la adecuada aplicación de una justicia restaurativa, sin embargo, no se está realizando de manera correcta al aplicar reglas de la justicia penal de adultos, por una errónea interpretación supletoria de las formas de terminación anticipada cuando no hay vacío legal o la incorporación de requisitos extralegales para agravar la situación, como actos discrecionales de la administración de justicia y como parte de la selectividad judicial en que se criminaliza la pobreza.

Incluso, existieron casos que fueron observados que con la aplicación de formas de terminación anticipada para desjudicializar la causa se impusieron privaciones de libertad, lo cual, no solo afectó el derecho a la libertad personal sino al estado de inocencia del que gozan las y los adolescentes. Esto también afecta al principio de legalidad, en cuanto, por consideraciones de condiciones de irregularidad se impone privación de libertad, por ende, si existen situaciones que implican privación de libertad, y si esto cometiera una persona adulta no tiene como consecuencia una privación de libertad, ya que, ni como medida de protección o terapéutica puede ser activado el poder punitivo.

La especialización tiene un enorme impacto sobre la aplicación de normas de manera supletoria como la manera errónea de aplicar las formas de terminación anticipada pero también por no aplicar en la práctica judicial del procedimiento abreviado, por lo que, se observan sanciones muy drásticas, afectando a la excepcionalidad de la privación de libertad y proporcionalidad de las sanciones. En la ciudad de Quito, sí se aplica, por tanto, afecta al derecho a la igualdad que tienen las y los adolescentes con respecto a sanciones desiguales en casos muy similares.

Como parte de la especialización en justicia penal juvenil, está el análisis de los tipos penales, los cuales, se rigen según el Código Orgánico Integral Penal pero su estudio para comprender si en un caso específico existe materialidad y responsabilidad será conocer el contexto en que se desarrollan, como lo son los delitos de naturaleza sexual y

la contradicción con el derecho a un desarrollo integral, como es la regla del artículo 175 numeral 5 del cuerpo legal mencionado que establece que es irrelevante el consentimiento de la víctima, por tanto, sería necesario comprender la realidad que viven las y los adolescentes con respecto a su vida sexual.

Para ello, se tiene que el 1.1% de las adolescentes mencionan que su primera relación sexual se debió a una violación, es decir, el 98.9% han mantenido su primera relación sexual con consentimiento. Esta información difiere enormemente cuando son los delitos de naturaleza sexual, los más recurridos en las y los adolescentes en conflicto con la ley privados de libertad, con el 38%, con lo que, se ratifica la intervención tutelar con la que actúan las y los operadores judiciales.

Otro de los principios estudiados es el de proporcionalidad, el cual, en justicia penal juvenil no es entendido como lo es en la justicia penal de adultos, ya que requiere un análisis más profundo de las necesidades de las y los adolescentes, en cuanto, el derecho de libertad va de la mano del interés superior del niño.

Para ello, fue necesario referirse a la reincidencia a pesar de no contemplarse en el caso de procesos contra adolescentes, pero igual es aplicada. La primera forma de aplicar es para no permitir la aplicación de formas de terminación anticipada y hacer que se convierta en regla y no en excepción la privación de libertad, vulnerando a la excepcionalidad de la judicialización de causas y de la privación de libertad; la segunda, para que la privación de libertad sea cada vez más drástica afectando a la proporcionalidad; y, la tercera, para sentenciar basándose en situaciones de peligrosidad y no en el real convencimiento del cometimiento de una infracción penal, trasgrediendo la legalidad y seguridad jurídica.

Es inevitable la relación que existe entre la aplicación de reincidencia y la privación de libertad, porque, de alguna manera se busca sancionar con mayor gravedad y la justicia penal deja de atender a su fin rehabilitador, y pasa a tener un fin retributivo, aislamiento o que busca disuadir sobre el cometimiento del delito, éste último fin no ha podido demostrarse de forma empírica, ya que, más bien, la violencia se incrementa.

Todo esto, por aplicar un *three strikes and you are out* - a veces un *two strikes and you are out* como en las remisiones - sin que exista una base legal, constitucional o convencional para hacerlo sino basados en decisiones proteccionistas y paternalistas desde la administración de justicia juvenil.

Estas formas equivocadas de aplicar las reglas en la justicia penal juvenil han permitido el aumento de adolescentes privados de libertad. A consecuencia de ello, es

pertinente indicar que en muchos centros de privación de libertad existe una sobrepoblación carcelaria y sobrepoblación crítica o hacinamiento. Las estadísticas establecen que de los once centros de adolescentes privados de libertad, en tres centros existe sobrepoblación carcelaria, los cuales son Ibarra, Loja y Machala con 116, 103.33 y 106.66, respectivamente, como densidad poblacional por cien plazas en su capacidad; y en tres centros existe sobrepoblación crítica o hacinamiento, como son Riobamba, Ambato y Guayaquil (hombres) con 133.33, 129.16 y 126.73, respectivamente, tomando en cuenta la densidad poblacional por cien plazas en su capacidad.

Solo en Quito (hombres), Cuenca, Esmeraldas, Guayaquil (mujeres) y Quito (mujeres) todavía no existe sobrepoblación, aunque ante el crecimiento de sentencias privativas de libertad será cuestión de tiempo.

Así mismo, no solo se priva del derecho a la libertad sino que junto a él se afectan otros derechos como al desarrollo integral, a la educación, al trabajo, a la cercanía familiar y a un adecuado cumplimiento de los fines de las medidas socioeducativas como son la reinserción a la familia y a la sociedad, por tanto, el encierro lo que hace es discriminar y excluir.

Este crecimiento poblacional de adolescentes privados de libertad es el producto final de todos los principios, derechos y garantías que se vulneran en la administración de justicia juvenil y que se han evidenciado en este trabajo investigativo para determinar la existencia real de rezagos de la doctrina de situación irregular.

En cuanto, se debe entender que la centralidad de la cárcel debe quedar atrás y en el caso de justicia juvenil, es imperativo, porque, debe buscarse otras salidas, al menos más proporcionales, ya que, debe preferirse la desjudicialización de las causas y si esto no fuera posible, cuando vaya a existir privación de libertad, ésta deberá ser excepcional.

Esto no será posible mientras no exista una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, para ello, debe desjudicializarse aquellas causas que no revisten de gravedad extrema, aplicar la privación de libertad de forma muy excepcional y dejar que el poder de sancionar siga siendo un acto discrecional en que no se toma en cuenta los derechos y garantías de los adolescentes.

Por todo lo expuesto en esta investigación, se considera que la aplicación perfecta de las garantías penales y procesales de las y los adolescentes será la utopía a realizarse, porque es la parte de los derechos humanos no realizada, que el ordenamiento jurídico nacional e internacional ya viene reconociendo pero que en la práctica aún no existe un pleno ejercicio. Muchos se preguntan ¿Para qué sirve la utopía?, habría que responder

como Eduardo Galeano lo hizo: “la utopía está en el horizonte, y si está en el horizonte, yo nunca la voy a alcanzar, porque si yo camino diez pasos, la utopía se va a alejar diez pasos, y si camino veinte pasos, la utopía se va a alejar veinte pasos más allá, o sea yo sé que jamás nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve? Para eso, para caminar”.¹⁸⁸

Finalmente, se deben fijar objetivos garantistas para que permita seguir caminando en el sendero de los derechos y garantías pero junto a las y los adolescentes, no atrás ni adelante sino junto a ellos, por un mundo igual para todos, y que ellos se sientan - y sean realmente - sujetos de derechos para que puedan satisfacer sus derechos y garantías y exigir su cumplimiento cuando éstos son violentados, porque de ellos se debe aprender a no perder el sueño de que esa utopía es realizable.

Para todo esto, después de haber realizado esta investigación me he convencido que no basta con conocer la problemática que atraviesan las y los adolescentes sino que debe existir una militancia comprometida por garantizar los derechos de los más desprotegidos y así reconstruir el sistema de responsabilidad juvenil para que éste sea más garantista.

¹⁸⁸ Eduardo Galeano, “Eduardo Galeano ¿Para qué sirve la utopía?”, video de YouTube, a partir de una entrevista en el programa “Singulars”, 2012, min 1:05, <https://www.youtube.com/watch?v=GaRpIBj5xho>.

Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nodier. *Grandes Corrientes del Derecho Penal Escuela Positivista*. 7.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2002.
- Alagia, Alejandro, Alejandro Slokar y Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal Parte General*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “De invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El principito”. En *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*, editado por Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 18, 179-213. Quito: Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, 2010.
- Batista Costa Saraiva, Joao. “El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia”. En *Justicia y Derechos del Niño 9*, editado por Mary Beloff, Andrea Benavente, Miguel Cillero, Nicolás Espejo, Francisco Estrada, Susana Falca y Gimol Pinto, 233-41. Santiago de Chile: UNICEF, 2007.
- Becker, Howard. *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Belmont, Philippe, Wilma B. Freire, Ana Larrea, María José Ramírez Luzuriaga, Gabriela Rivas - Mariño, Katherine Silva-Jaramillo, y Cecilia Valdivia. *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición. Salud Sexual y Reproductiva*, 2. Quito: Ministerio de Salud Pública/Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2012.
- Beloff, Mary. “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y otro para Desarmar en Justicia y Derechos del Niño”. En *Justicia y Derechos del Niño 1*, editado por Mary Beloff, Miguel Cillero, Julio Cortés y Jaime Couso, 9-21. Santiago de Chile: UNICEF, 2009.
- Berger, Peter, y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*. Madrid: Amorrourto Editores, 2005.
- Carranza, Elías. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”. *Anuario de Derechos Humanos* 8, (2012): 31-66. doi: 10.5354/0718-2279.2012.20551.

- Castiñeira, María Teresa, y Ramón Ragués. “Three Strikes El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 189-220. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- Cillero Bruñol, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*, editado por Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 18, 85-107. Quito: Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc.78.
- Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- . “Sentencia de 19 de diciembre de 2001 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.
- . “Sentencia de 02 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. 02 de septiembre de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf.
- . “Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)”. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. 14 de mayo de 2013. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf.
- . “Sentencia de 11 de septiembre de 1997 (Excepciones Preliminares)”, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.
- . “Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade”. *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

- . “Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez”. *Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- Dahl, Roald. *Matilda*, 3.^a ed. Barcelona: Alfaguara, 2016.
- Eco, Umberto. *Construir al enemigo*. Buenos Aires: Lumen, 2012.
- Ecuador. *Codificación del Código Penal*. Registro Oficial 1202, Suplemento, 20 de agosto de 1960.
- . *Código de Menores*. Registro Oficial 107, 14 de junio de 1976.
- . *Código de Menores*. Registro Oficial 995, Suplemento, 07 de agosto de 1992.
- . *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 02 de enero de 2003.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*. Publicación oficial s/n, 03 de noviembre de 1872.
- . *Código Penal*. Registro Oficial 147, 22 de enero de 1971.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Reglamento para el Funcionamiento de los Tribunales de Menores*. Registro Oficial 155 y 156, 08 y 09 de junio de 1939.
- Ecuador Consejo de la Judicatura. *Resolución n.º: 175-2015 Reformar la resolución 150-2014 de 16 de septiembre de 2014, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura Resolvió: Crear la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, con Sede en el Cantón Quito*. 17 de junio de 2015. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/175-2015.pdf>.
- . *Resolución n.º: 051-2017 De la competencia en razón de la materia y el territorio de las dependencias judiciales que formarán parte de los Complejos Judiciales norte y sur del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha*. 17 de abril de 2017. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2017/051-2017.pdf>.

- . *Resolución n.º: 054-2017 Reformar la Resolución 045-2016 de 16 de marzo de 2016, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió: “Expedir el Reglamento General de turnos para la atención de infracciones flagrantes a nivel nacional”*. 20 de abril de 2017.
<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2017/054-2017.pdf>.
- . *Resolución n.º: 062-2018 Reformar la Resolución 045-2016 de 16 de marzo de 2016, mediante la cual el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió: “Expedir el Reglamento General de turnos para la atención de infracciones flagrantes a nivel nacional”*. 28 de mayo de 2018.
<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2018/062-2018.pdf>.
- . *Resolución n.º: 152-2018 Aprobar el régimen de cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Constitucional respecto al juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores*. 19 de septiembre de 2019.
<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2019/152-2019.pdf>.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 003-18-PJO-CC, caso n.º: 0775-11-JP*. 27 de junio de 2018.
- . “Sentencia”. En *Sentencia n.º: 14-15-CN, caso n.º: 14-15-CN (delito de receptación)*. 14 de mayo de 2019.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución n.º: 09-2018*. 05 de septiembre de 2018.
<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2018/18-9%20procedimiento%20abreviado.pdf>.
- Ecuador Fiscalía de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Impulso fiscal”. En *Causa n.º: 170101818044144*. 11 de junio de 2018.
- Ecuador Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos. *Memorando n.º: MJDHC-SDIPAI-2018-0135-M*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2018.
- Ecuador Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. “Sentencia de recurso de casación”. En *Juicio n.º: 13204-2015-02793*. 21 de julio de 2017.
- Ecuador Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Tungurahua. “Sentencia de recurso de apelación”. En *Juicio n.º: 18202-2018-00588*. 13 de julio de 2018.

Ecuador Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Audiencia de cambio de medida socioeducativa”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00394*. 19 de marzo de 2018.

———. “Audiencia de contravención flagrante”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00188*. 23 de abril de 2017.

———. “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”. En *Juicio n.º: 17957-2015-00154*. 20 de agosto de 2015.

———. “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00131*. 24 de marzo de 2017.

———. “Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00378*. 06 de septiembre de 2017.

———. “Audiencia de juicio”. En *Juicio n.º: 17957-2015-00778*. 27 de septiembre de 2016.

———. “Audiencia de juicio”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00489*. 20 de diciembre de 2017.

———. “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00032*. 20 de enero de 2017.

———. “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”. En *Juicio n.º: 17957-2017-00238*. 17 de julio de 2017.

———. “Audiencia de juzgamiento de contravención flagrante”. En *Juicio n.º: 17957-2018-00183*. 09 de agosto de 2018.

———. “Auto de modificación de medida socioeducativa”. En *Juicio n.º: 17957-2018-01298*. 19 de septiembre de 2018.

———. “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”, en *Juicio n.º: 17957-2017-00394*, 10 de agosto de 2019.

———. “Escrito de reforma de providencia de orden de detención”. En *Juicio n.º: 17282-2018-02328*. 14 de agosto de 2018.

Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con Sede en el Cantón Ambato. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 18202-2018-00588*. 29 de mayo de 2018.

Ecuador Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Esmeraldas. “Auto de modificación de régimen de ejecución de medida socioeducativa”. En *Juicio n.º: 08201-2016-00476*. 01 de septiembre de 2017.

Ecuador Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santo Domingo.

“Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio”. En *Juicio n.º: 15906-2015-04906*. 02 de diciembre de 2015.

Ecuador Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Audiencia de contravención flagrante”. En *Juicio n.º: 17282-2017-01761*. 23 de abril de 2017.

———. “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º: 17282-2017-04827*. 31 de diciembre de 2017.

———. “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º: 17282-2018-01443*. 25 de abril de 2018.

———. “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º: 17282-2018-01722*. 19 de mayo de 2018.

———. “Audiencia de legalidad de aprehensión y calificación de flagrancia”. En *Juicio n.º: 17282-2018-01749*. 22 de mayo de 2018.

El Telégrafo. “Ecuador, ante el desafío de rehabilitar a los jóvenes delincuentes”. *El Telégrafo*, 03 de septiembre de 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/rehabilitacion-jovenes-delincuentes-ecuador>.

Estada, Francisco. “Gault at: Los 40 años del caso Gault”. *Justicia penal adolescente*, 29 de mayo de 2007. <http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com/2007/05/gault-at-40-los-40-aos-del-caso-gault.html>.

Facio, Alda, y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”. En *Género y Derecho*, editado por Alda Facio y Lorena Fries, Serie Casandra, 21-61. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 1999.

Ferrajoli, Luigi. *Cultura jurídica y paradigma constitucional: La experiencia italiana del Siglo XX*. Lima: Palestra, 2010.

———. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. 2.^a ed. 9.^a reimpresión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

Galeano, Eduardo. “Eduardo Galeano ¿Para qué sirve la utopía?”. Video de YouTube, a partir de una entrevista en el programa “Singulars”, 2012. <https://www.youtube.com/watch?v=GaRpIBj5xho>.

García Méndez, Emilio. *Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. 3.^a ed. México D.F.: Fontamara, 2007.

- Goffman, Erving. *Estigma La identidad deteriorada*. 2.^a ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2015.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *Tercero en discordia*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*. 2.^a ed. Filosofía y Derecho, 15. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- Platt, Anthony. *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*. 3.^a ed. México D.F.: Siglo XXI Edit. 1997.
- OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe n.º: 41/99 de 10 de marzo de 1999”. *Caso n.º: 11.491 Menores detenidos contra Honduras*. 10 de marzo de 1999. <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Honduras11.491.htm>.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. A/RES/44/25.
- . *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*. 14 de diciembre de 1990. A/RES/45/112.
- . *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana)*. 14 de diciembre de 1999. A/RES/45/113.
- . *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*. 14 de diciembre de 1990 A/RES/45/110.
- ONU Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador*. 26 de octubre de 2017. CRC/C/ECU/CO//5-6.
- . *Observación General n.º: 10*. 25 de abril de 2007. CRC/C/GC/10.
- . *Observación General n.º: 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. 18 de abril de 2011. CRC/C/GC/13.
- Ragin, Charles C. *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.
- Simon Campaña, Farith. *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2014.
- Uriarte, Carlos. *Vulnerabilidad, Privación de Libertad de Jóvenes y Derechos Humanos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

Villagómez Weir, Gayne. “¿Androcentrismo o adultocentrismo?”. En *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios 2010/2011*, 83-102. Quito: Corporación Humanas Ecuador, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

———. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2011.