

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Sistema penal juvenil en Ecuador

Jorge Luis Ortega Galarza

Tutora: Jorge Vicente Paladines Rodríguez

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Jorge Luis Ortega Galarza, autor de la tesis titulada “Sistema penal de adolescentes infractores en el Ecuador: régimen de responsabilidad e interés superior de niños, niñas y adolescentes”, mediante el presente documento de 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 Máster 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 formato virtual, electrónico digital u óptico, como usos en red local e 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 ante la Universidad.

3.- En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma.....

Resumen

El presente trabajo investigativo se centra en el análisis del sistema penal de adolescentes infractores en Ecuador, mediante los estándares internacionales elaborados en la materia, los que contienen los principios y derechos derivados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Se analizan las normas del Código de la Niñez y Adolescencia que regulan el sistema penal de adolescentes infractores para determinar si cumplen con los estándares internacionales y si garantizan los derechos de los menores infractores reconocidos en el bloque de constitucionalidad de la Constitución de 2008.

Como conclusión, a pesar del amplio desarrollo de la normativa y la jurisprudencia, hay que adaptar el régimen de responsabilidad de adolescentes infractores en el Ecuador, a los principios de interés superior del niño y de especialidad, en la medida de que esto coincida con el modelo de la protección integral. No obstante, este trabajo se constituye en un primer diagnóstico centrado en el nivel institucional, ante el cual, se abren nuevas posibilidades de investigación en los niveles de los actores políticos alrededor del régimen de responsabilidad de adolescentes infractores y de las estructuras profundas sobre las que funciona en la realidad.

A mi hijo con muchísimo amor y cariño le dedico todo mi esfuerzo y trabajo puesto para la elaboración de esta tesis. Espero que esta dedicatoria te motive e inspire a la realización de tus anhelos académicos.

Agradecimientos

Quiero empezar agradeciendo a mi Dios y mi Virgen Dolorosa por todas sus bendiciones palpables en mi vida. Mi profundo agradecimiento a mis padres, que con su infinito amor me han fortalecido frente a cada adversidad y su ejemplo de vida ha sido el norte que guía mis pasos. También quiero agradecer a Ramiro por su desprendimiento a la hora de enseñar; a Jorge y Luis, grandes pensadores y buenos amigos. A Anita, por su paciencia y apoyo en mi paso por mi querida UASB. Finalmente, gracias María Gabriela que con tu ternura y cariño le has dado vida a mi vida.

Tabla de contenidos

Universidad Andina Simón Bolívar	1
Resumen	5
Tabla de contenidos	11
Introducción	13
Capítulo uno	17
Adolescente infractor y justicia penal	17
1.1 Adolescente infractor	17
1.2 Sistema penal de responsabilidad de adolescentes infractores	18
1.2.1 Edad	19
1.2.2. Condición jurídica de inimputabilidad de niños, niñas y adolescentes	21
1.3. El interés superior del niño	23
1.4 Mínima intervención penal	25
1.5 Principio de igualdad y no discriminación	28
Capítulo segundo	31
El proceso penal en un sistema penal de adolescentes	31
2.1 Interés superior del niño y proceso penal	32
2.2 Debido proceso y garantías	32
2.2.1 Participación del niño, niña y adolescente	33
2.2.2 Jueces y tribunales especializados	34
2.2.3 Doble instancia y recurso efectivo	37
2.2.4 Presunción de inocencia	38
2.2.5 Principio de contradicción	39
2.2.6 Publicidad	40
2.2.7 Justicia alternativa	41
2.3 Sujetos que forman parte del sistema penal de adolescentes infractores	41

2.3.1 Fiscalías especializadas	41
2.3.3 Oficina técnica y policía especializada	44
2.4 Víctimas	46
Capítulo tercero	55
Las medidas socioeducativas como penas para los adolescentes infractores	55
3.1 Fines de las medias socioeducativas	56
3. 2 Responsabilidad penal del adolescente infractor	58
3. 3 Proporcionalidad de las medidas	59
3.4 Aplicación de las medidas socioeducativas	61
3.4.1. Medidas socioeducativas no privativas de libertad	62
3.4.2 Medidas socioeducativas privativas de la libertad	67
3.4.3 Incumplimiento de las medidas socioeducativas no privativas y privativas de libertad	77
Conclusiones	81
Bibliografía	87

Introducción

La responsabilidad penal de adolescentes infractores es un tema que ha sido debatido a nivel internacional ampliamente en los últimos años. No obstante, la concepción jurídica que propone que los que en su momento se llamaron “menores de edad” ahora son “sujetos de derechos” se da recientemente, en las últimas décadas del siglo XX. Con ello, los Estados se han propuesto modificar la normativa y las políticas públicas relacionadas con los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes infractores.

La visión anterior sobre los niños, niñas y adolescentes era conocida como la “doctrina de la situación irregular” y consideraba que los menores eran “objetos de protección” y que, por lo tanto, necesitaban ser tutelados y asistidos por las personas, instituciones, sociedad o el Estado. En ese paradigma no se consideraba que eran “sujetos de derechos” y, por lo tanto, no debían participar en la toma de decisiones que les afectaban. Ello dio paso a criminalizar la pobreza, la orfandad y la exclusión; por ello el Estado era el que tenía que hacerse cargo de los menores que se encontraban en una situación irregular. En ese escenario se encerraba a los menores en centros y se vulneraba los derechos. El nuevo paradigma de la “doctrina de la protección integral” considera que los menores son sujetos de derechos, que deben ser respetados por todos, y las obligaciones corresponden no solo al Estado sino a la familia, a la sociedad, quienes tienen que trabajar para garantizar el “interés superior del menor”, que incluye su desarrollo físico y psicológico en goce efectivo de sus derechos.

No obstante, pese a estar reconocidos estos principios a nivel internacional en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los Estados lenta y progresivamente fueron reconociendo y aplicando en su derecho interno ese nuevo paradigma. Así, varios pronunciamientos de la Corte IDH, de la CIDH, el Comité de Derechos del Niño han sido fundamentales para interpretar y guiar la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a nivel interno de los Estados parte. Incluso, sobre los adolescentes infractores se han desarrollado varios instrumentos internacionales.

Por ese motivo, en este trabajo de investigación nos interesa revisar el sistema penal de adolescentes infractores existente en Ecuador y su correspondencia con el bloque de constitucionalidad que reconoce todos los principios y derechos que deben tenerse en cuenta al momento de tratar a un adolescente que ha infringido leyes penales.

Lo anterior me lleva a analizar en tres niveles. En el nivel de análisis de los principales instrumentos internacionales de derechos de niños, niñas y adolescentes, puesto que ello comporta la implementación y desarrollo de la doctrina de la protección integral, que es contraria a la de la situación irregular que se entendería superada por esta nueva y más progresista normativa. En un segundo nivel, tomaré en cuenta la doctrina acorde con este enfoque protectorio, pero sin dejar de contrastar la que apoya otros enfoques contrarios o complementarios. Y, en un tercer nivel, revisaremos normativa constitucional e infraconstitucional en la medida que desarrollan el enfoque referido.

La tesis que se desarrolla es importante en la medida que los adolescentes infractores, más allá de la normativa, son en la realidad y constituyen un grupo de atención importante. A continuación, veremos que existe un alto porcentaje de adolescentes infractores en los Centros de Adolescentes Infractores (CAI):

Tabla 1. Internos por Centro de Adolescentes Infractores (CAI)

Internos	Internas	Menores de 18	Total
511 (96%)	19 (4%)	340 (64%)	530

Fuente: Defensoría del Pueblo (2016).

Elaboración propia, 2019.

La evidencia empírica muestra la dimensión política del tema que se va a desarrollar en esta tesis. De esta manera, se lo realiza de la siguiente manera:

En el capítulo primero, se muestran los aspectos fundamentales de un sistema penal de adolescentes infractores, distinto al de los adultos, en el cual se aborda el análisis de ciertas características del derecho penal de adolescentes, buscaremos encontrar condiciones que permitan distinguirlo y diferenciarlo del derecho penal de adultos. En el capítulo segundo, se revisan las características del proceso penal de adolescentes infractores desde la perspectiva de su interés superior, partiendo de la conformación de sus órganos, los especiales conocimientos de quienes lo conforman, y concluyendo con el estudio de los sujetos que intervienen en el mismo. Finalmente, en el capítulo tercero se analizan las medidas socioeducativas y su aplicación, partiendo del precepto de la responsabilidad y del principio de proporcionalidad. Se describe a cada una de las medias, verificando los modelos que se vienen implementado en su ejecución por el órgano rector

de la política pública relativa a adolescentes infractores, así como las respuestas alternativas para solucionar los conflictos con la ley penal de los adolescentes.

El trabajo usa una metodología cualitativa, mediante la técnica de la revisión documental, para recabar información tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional sobre las garantías de los adolescentes, dentro de un sistema de responsabilidad penal especializado. Asimismo, se utiliza la hermenéutica para interpretar los artículos del Código de la Niñez y Adolescencia, que es la norma rectora en Ecuador sobre los adolescentes infractores. No obstante, queda pendiente un análisis estandarizado de casos o un estudio profundo de un solo caso como una posibilidad de investigaciones futuras, con el fin de triangular la información y sus hallazgos en la investigación de campo, y disminuir el sesgo y acercarse al óptimo científico.

Capítulo uno

Adolescente infractor y justicia penal

En este capítulo se recogen las categorías teóricas de la investigación que permiten analizar el proceso penal en contra de menores infractores. En un inicio se estudia la definición de “menor infractor”; seguidamente la conceptualización de “sistema penal de adolescentes infractores”.

1.1 Adolescente infractor

En esta investigación usaremos la definición de “menor” (niño o niña) establecida en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), que ha sido utilizada por varios organismos internacionales y por los Estados: “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.¹ Así por ejemplo, esa definición ha sido usada en la redacción de las Reglas de Beijing², en las Reglas de Tokio³ y en las Directrices de Riad⁴.

Se usan los términos “niño” y “menor” para determinar cuáles son los destinatarios de las disposiciones de la CIDN. Por ello, para la Corte IDH el término “niño” incluye a las personas que no han cumplido los 18 años de edad, y están inmersos “niños, niñas y adolescentes”. Según la opinión consultiva de la Corte IDH es irrelevante realizar otra distinción que no sea la que diferencia entre personas mayores y menores de 18 años de edad. No obstante, todos ellos son sujetos de derechos; la mayoría de edad únicamente les da la capacidad de actuar para ejercitar ciertos derechos y asumir responsabilidades, mientras que la minoría de edad los vuelve incapaces, que deben actuar bajo la tutela de la autoridad parental o de su representante legal.⁵

¹ ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 1. Resolución 44/25.

² ONU, *Reglas mínimas de naciones unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijing”*, 20 de noviembre de 1985: Resolución 40/33, http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_beijing.htm “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”.

³ ONU, *Reglas mínimas de naciones unidas para medidas no privativas de libertad “Reglas de Tokio”*, diciembre de 1990.

⁴ ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”*, 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/112.

⁵ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, párr. 39.

Sobre ese grupo de personas, tanto a nivel internacional como nivel de los Estados se ha formado una especialidad de derecho penal que supone el diseño de un sistema de justicia penal de adolescentes infractores que tiene como objetivo regular y judicializar las acciones de los adolescentes infractores con la ley penal.

1.2 Sistema penal de responsabilidad de adolescentes infractores

Se ha construido una especialidad del derecho que se encarga de establecer normas para regular el comportamiento y las acciones de las personas consideradas “menores” (niños, niñas y adolescentes), que no han alcanzado la mayoría de edad.

Debido a su minoría de edad las normas sustantivas y adjetivas deben respetar ciertos estándares para no vulnerar los derechos de los adolescentes infractores. En tal sentido, se distinguen diversos debates respecto a la naturaleza y límite del derecho de niños, niñas y adolescentes al momento de establecer un sistema penal para adolescentes o “sistema de responsabilidad penal de adolescentes”. Ellas se centran en dos puntos concretos: la edad de los adolescentes y la condición jurídica de inimputabilidad de los mismos. Respecto a la edad, las consideraciones esbozadas en el acápite anterior dan cuenta de la necesidad de un tratamiento especial a las personas que infringen la ley, que sea congruente con el sistema internacional de protección de derechos. Mientras que la condición jurídica de inimputabilidad plantea retos para el Estado sobre la forma en cómo usar el *ius punendi* con los adolescentes infractores.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha mencionado que:

“Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección de interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”.⁶

⁶ Comité de Derechos Humanos, “*Los derechos del niño en la justicia de menores*”. CRC/C/GC/10. Adoptada en 44° Período de Sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, párr. 10, http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf

1.2.1 Edad

El sistema penal de adolescentes infractores está dirigido al grupo de personas que definimos en el punto 1 de este capítulo. Aunque a nivel interno existen otras distinciones adicionales a las de mayor y menor de edad, entre ellas la distinción entre niño y adolescente, y entre púber e impúber. En la legislación ecuatoriana esto está regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia -en adelante CONA- que recoge las normas sustantivas y adjetivas sobre el derecho de niños, niñas y adolescentes aplicables. En efecto, al niño o niña como aquella persona que no ha cumplido 12 años de edad, y al adolescente como la persona de ambos sexos entre 12 y 18 años de edad.⁷

En el Código Civil encontramos otra distinción entre los menores, que son identificados como “infante o niño el que no ha cumplido 7 años; impúber, el varón, que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años y menor de edad o simplemente menor (niño, niña o adolescente), el que no ha llegado a cumplirlos”⁸. Esta distinción permite establecer diferenciaciones respecto al desarrollo de la persona, tanto física como psíquica, en el momento de establecer su relación con el mundo jurídico. Aunque estas distinciones son relevantes para el derecho de familia, antes que para entender la respuesta penal al cometimiento de delitos.

La distinción de la minoría de edad permite establecer la etapa de la vida de una persona en la que se considera que carece de plena madurez, y consecuentemente no puede ejercer con plenitud todos los derechos reconocidos políticamente ni ser sujeto de algunas obligaciones. Es por ello que los sujetos del derecho de niños, niñas y adolescentes, son todas las personas que no han cumplido la mayoría de edad, es decir, los niños y adolescentes. Esto, recogiendo los estándares internacionales que reconocen cuando una persona es menor de edad y requiere la protección integral del Estado. En efecto, la Constitución ecuatoriana reconoce que todas las personas, incluyendo los niños, son sujetos de derechos. Se puede ver que el texto constitucional abandona la doctrina de la situación irregular para recoger la doctrina de protección integral.⁹

⁷ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 4

⁸ Ecuador, *Código Civil, Codificación 10, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 46*, del 24 de junio de 2005, art. 21

⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 06.

Es relevante mencionar que la distinción respecto a la minoría y mayoría de edad, tiene como punto de referencia el desarrollo del ser humano, considerando que, en una etapa específica de la vida, no tiene capacidad para responder por obligaciones, así como tampoco pueden ejercer cierto tipo de derechos, debido a su inmadurez emocional. Por ello, es discutible si la responsabilidad de sus actos deba ser castigada con penas privativas de libertad. El aspecto a analizar, entonces, se refiere a la capacidad cognitiva del entorno social donde se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes. Es decir, la determinación de la edad como elemento objetivo para el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes no es una cuestión de capacidad biológica, sino se incurriría en una visión biologicista y, por tanto, sesgada de la cuestión que se trata en esta parte.

Se podría caer en simplismo que desarrolla el derecho medieval y el canónico que fijan la línea entre la niñez y la adultez en razones puramente reproductivas. A esta postura más biologicista hay que sumar una perspectiva psicológica, según la cual la edad marca la capacidad cognitiva, la que consiste en la posibilidad de entender y decidir con plena conciencia y voluntad. Esta última línea se presenta más cercana al Derecho Civil.¹⁰

Tampoco hay que descuidar las características culturales aplicables en un entorno determinado que inciden en el desarrollo de niños y adolescentes. Así, por ejemplo, si bien de acuerdo a algunos estudios científicos la madurez cerebral desde lo fisiológico se alcanza a los 21 años, lo cual abonaría a la idea de que esa sería la edad adecuada tal como se tienen en varios países –por ejemplo, los Estados Unidos de América- para la mayoría de edad, no es menos cierto que influyen otros factores para esta determinación o cualificación de la madurez psicológica. En países desarrollados, la emancipación por las propias dinámicas del mercado resulta más temprana que en los países en vías de desarrollo. También, la estructura familiar en los países en vías de desarrollo influye desde la lógica de la familia ampliada y transnacional, puesto que aquello retrasa la emancipación social de los niños, niñas y adolescentes. Por otra parte, puede ocurrir contrariamente que las labores de colaboración para la economía de subsistencia en los países en vías de desarrollo retrasen dicha emancipación, puesto que esto afectaría la supervivencia económica, aunque estos niños trabajen desde los cinco años de edad en los oficios del campo.¹¹

¹⁰ David Rojas Lizama, “Elementos de contexto sobre filosofía y niñez” en *Infancia, Educación y Aprendizaje (IEYA)*. Vol. 1, N° 1, pp. 17.

¹¹ Philip Rice. *Desarrollo Humano. Estudio del ciclo vital* (Prentice Hall Press Iberoamérica: 1997).

No obstante, si se toma esta visión de manera exclusiva se puede caer en un determinismo contractualista que no está exento de sesgo. A ello hay que aumentar que la edad modifica la forma como se relacionan los seres humanos en el entorno social, el influjo de la cultura, las condiciones sociales y económicas, así como el género y la geografía que van a influir en la cuestión intergeneracional. Estas condiciones pueden relativizar el criterio de edad. Por ejemplo, el acceso al trabajo en el área andina es más temprana que lo que sucedería en los países desarrollados, o en los países del norte del África, las mujeres de todas las edades no tienen acceso al trabajo o son víctimas de abusos de todo tipo por su condición de mujeres. Incluso, el Estatuto de la Corte Penal Internacional se señala que no serán competencia de la Corte los actos que sean cometidos por personas menores de 18 años de edad.¹²

1.2.2. Condición jurídica de inimputabilidad de niños, niñas y adolescentes

Uno de los aspectos relevantes al momento de discutir la forma en la que los Estados dan respuesta a las acciones delictivas o criminales de los adolescentes, es la responsabilidad que poseen respecto a sus actos en relación a las normas jurídicas vigentes.

La forma de tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde la “doctrina de la situación irregular” hasta la “doctrina de protección integral” ha hecho que se modifique la concepción sobre la respuesta del Estado. Mientras en la doctrina tradicional se buscaba que el Estado sea el que se haga responsable de los actos delictivos y, con ello, discrecionalmente aplicaba medidas de internamiento y privación de libertad, o buscaba medidas tutelares asistencialistas que comprometían la dignidad de los niños, niñas o adolescentes. En tanto, en la doctrina de protección integral se busca que sean varios los actores involucrados en el proceso de tratamiento de los adolescentes que cometen actos delictivos. Por ello, se menciona que los adolescentes al ser sujetos diferentes, tienen una responsabilidad diferente y, por lo tanto, debe existir un sistema penal diferente¹³. Esto debido a que no se puede desconocer que un adolescente que comete actos delictivos no sea responsable. Lo lógico es buscar un tratamiento acorde a su situación, que en cualquier caso busque el respeto de sus derechos.

¹² ONU, *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 1998, art. 26.

¹³ Mary Beloff, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en *infancia, ley y democracia en América Latina*, comps. Emilio García y Mary Beloff (Bogotá, CO: Temis, 1998).

De allí la importancia de la existencia de un sistema penal de adolescentes infractores en que se tomen en cuenta las condiciones de éstos adolescentes. Por ello, el concepto de inimputabilidad refiere a la prohibición de que los adolescentes sean juzgados por los jueces penales ordinarios y que se les impongan las penas previstas en los códigos penales, aunque la responsabilidad penal especializada les acarrea el cumplimiento de medidas socioeducativas.

Al respecto, la imputabilidad supone cumplir con los requisitos de edad para ser identificado como penalmente responsable y al mismo tiempo sancionado con las penas previstas en el código penal. Es decir, que el “límite máximo de lo punible en un derecho democrático que intenta responder a las expectativas del hombre normal, es lo exigible a dicho hombre normal”¹⁴. Por ello un sistema penal de adolescentes infractores debe considerar la cuestión particular de los adolescentes, en cuanto a que son inimputables, aunque ello no quiera decir que no son responsables penalmente, sino que serán sancionados de diferente forma. En el mismo sentido, menciona Zaffaroni “que imputable es la conducta que sólo se puede poner a cargo del autor cuando éste tiene capacidad psíquica para comprender su antijuricidad y para adecuar su comportamiento a esa comprensión”¹⁵. En ese sentido, el adolescente representa una realidad distinta a la de los adultos, por lo tanto, merece una respuesta diferente de parte del Estado, a la que éste da a los adultos. De allí que el concepto de inimputabilidad pueda ser considerado inadecuado cuando se refiere a los sistemas penales de adolescentes infractores, debido a que el Estado debe procurar que el sistema jurídico reconozca que los adolescentes infractores tienen responsabilidad¹⁶ de los actos ilícitos que cometen, y por lo tanto, merecen penas distintas que cumplan con los fines restaurativos.

En el ordenamiento internacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño ordena que los Estados adecuen su legislación interna para que diseñen un sistema penal de adolescentes infractores que sea acorde con los derechos y obligaciones reconocidos en esa Convención, que entre otras cosas propone que los Estados deben establecer un límite de edad frente al cual los niños y niñas son absolutamente inimputables¹⁷. En Ecuador, la legislación sobre niñez y adolescencia menciona que los

¹⁴ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal parte general*, 4ta edición, (Barcelona, ES: PPU, 1996), 547

¹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, (Buenos Aires, AR: EDIAR, 2002), 694

¹⁶ J A. García Andrade, Política Criminal y Edad Penal, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal* (Madrid, ES: EDERSA, 1993) 505.

¹⁷ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 40.3.

adolescentes son penalmente inimputables y, por lo tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales. En su lugar, recibirán medidas socioeducativas. Aunque la responsabilidad penal de adolescentes únicamente está habilitada para los adolescentes comprendidos en la edad de 12 a 17 años 11 meses 29 días, los menores de 12 años son declarados absolutamente inimputables.¹⁸ De esta forma, no se lo considera al niño o niña como exento de culpabilidad, sino como un sujeto responsable en la medida de su comprensión del hecho antijurídico a él atribuido, al que no se le aplican las consecuencias previstas en la ley penal ordinaria, sino las previstas en una ley especial, en este caso el CONA.

Tabla 2. Períodos de imputabilidad según la edad

Período de absoluta inimputabilidad	Edad mínima de responsabilidad penal. 0 a 12 años
Periodo de imputabilidad reducida	Adolescentes entre 13 a 17 años
Plena imputabilidad	Mayores de 18 años.

Fuente: Mary Beloff, 2005.

Elaboración propia, 2019.

Así, en nuestro país la edad mínima para atribuírsele responsabilidad penal a un adolescente, es la de 12 años. Aunque no se puede por simple mandato legal establecer la capacidad de comprensión de un acto antijurídico por parte del adolescente entre 12 a 17 años 11 meses 29 días, puesto que el grado de madurez sólo podría ser demostrable en cada caso concreto, con el fin de determinar si el mismo tiene o no discernimiento, es decir la capacidad de comprensión del desvalor de sus actos. Ello conlleva que en el sistema penal de adolescentes infractores se prevean garantías específicas para que los adolescentes infractores tengan un trato diferenciado. Esto se fundamenta en el interés superior del niño que ha sido ampliamente reconocido a nivel internacional.

1.3. El interés superior del niño

El tratamiento tutelar tradicional de los derechos de los niños ha permitido que se establezcan ciertas contradicciones al momento de reflexionar sobre el principio de interés superior del niño y la existencia de un sistema penal para adolescentes. Esto

¹⁸ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, arts. 305, 306 y 307.

porque la visión asistencialista concluye que los niños y niñas no pueden ser declarados responsables penalmente, dejando un esquema de discrecionalidad para que el Estado pueda actuar y, en algunos casos, transgredir el derecho de los niños, niñas y adolescentes. Esto se corresponde con la doctrina de situación irregular que existía antes de la década de los 90¹⁹.

Con la doctrina de la protección integral, en la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante, CIDN) se establece el principio del interés superior del niño, y se reconoce que los Estados deben tener un sistema de responsabilidad penal de adolescentes²⁰. Ello permite reflexionar la coexistencia del principio enunciado y el reconocimiento de la responsabilidad penal de los adolescentes. El interés superior del niño supone plena satisfacción de todos los derechos. En efecto, los niños, niñas y adolescentes son titulares de la mayoría de los derechos y libertades reconocidas a todos los seres humanos, más los que se reconocen por su específica condición.²¹ Su primera referencia se encuentra en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, cuyo principio número 2 señala:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.²²

Esta declaración influyó en la elaboración de normas que sobre niños, niñas y adolescentes se irían construyendo, a partir de su aprobación, por los Estados Parte. Y se constituyó en el primer instrumento a partir del cual se hizo recaer sobre la sociedad y el Estado la responsabilidad de asegurar el futuro de los adolescentes infractores. En el mismo sentido, la CIDN de 1989, proclama en su artículo 3, que “en todas las medidas

¹⁹ Miguel Cillero, “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, en *Justicia y derechos del niño* (Chile: Unicef, 2005), 244.

²⁰ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 3 sobre el interés superior del niño, y art. 40 sobre el sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

²¹ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966. *Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950.

²² ONU, *Declaración de los Derechos del Niño*, 1959, Doc. A/4354, principio 2.

concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”²³

El reconocimiento en la CIDN permitió que los Estados adoptarán una posición en sus ordenamientos jurídicos de coexistencia entre el principio de interés superior del niño y el sistema penal para adolescentes, de tal forma que se supere la discrecionalidad en el tratamiento de cuestiones de niños, niñas y adolescentes para que se respeten garantías constitucionales y legales de los involucrados.

En ese orden de ideas, un sistema penal de adolescentes infractores debe usar el interés superior de niños, niñas y adolescentes como un principio que garantice sus derechos dentro de un proceso penal, considerando que aquellos son sujetos en desarrollo, y, por lo tanto, merecen un trato diferenciado. La CIDN reconoce la existencia de un sistema penal para adolescentes que han infringido leyes penales.²⁴ Reconoce una serie de derechos y principios que deben respetarse cuando se juzga adolescentes. Entre ellos, podemos citar el principio de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención penal, garantías procesales como presunción de inocencia, juez especializado, derecho a la defensa, derecho a la intimidad personal, entre otras. En Ecuador, se recoge en el Título II de los derechos y garantías en el juzgamiento del CONA, siguiendo las disposiciones de la CIDN. Esto porque no solo debe tenerse en cuenta las medidas especiales que ordena el principio de interés superior, sino también las condiciones especiales en las que se encuentran.

1.4 Mínima intervención penal

La necesidad de discutir sobre el principio de mínima intervención penal se da en torno a las discusiones sobre la rebaja de la edad de inimputabilidad, es decir, que más personas adolescentes puedan ser juzgadas y sancionadas con el sistema penal de los adultos²⁵. Esos argumentos apuntan a tratar la delincuencia de adolescentes infractores y un intento de reducirla, en tratarlos como adultos. Por ello, este principio se constituye en una barrera para el *ius punendi* del Estado, en tanto que prevé que únicamente se tratarán cuestiones en el derecho penal cuando otras ramas del derecho no han podido hacerlo,

²³ ONU, “Convención Internacional de los derechos del niño”, art. 3

²⁴ ONU, “Convención Internacional de los derechos del niño”, art. 40

²⁵ Miguel Cillero, *Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el derecho penal de adolescentes chileno*, (Chile: Unidad de Defensa Penal Juvenil, 2008).

tales como el derecho civil o el derecho administrativo. De allí que este principio se fundamente en dos postulados: a) el carácter fragmentario del derecho penal, y b) su consideración como *ultima ratio*,²⁶ así como también la naturaleza accesoria del derecho penal.

El carácter fragmentario del derecho penal supone que “el derecho penal no ha de castigar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.”²⁷ Mientras que la consideración de *ultima ratio* supone que el “Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho Penal”.²⁸ El derecho penal utilizado como *ultima ratio*, significa entonces que sólo puede acudir a éste cuando los demás controles sociales, sean éstos formales o informales, no han sido suficientes para evitar una lesión a un bien jurídico (desde una visión preventiva), o se han agotado todas las formas de sanción no penales para castigar una conducta lesiva.

Por el contrario, si se acude al derecho penal antes de aplicar otros medios que resulten menos gravosos, o la legislación no cuenta con otras formas no penales para proteger los bienes jurídicos, se llegaría a la expansión del derecho penal, lo que se denomina *derecho penal máximo*, cuya consecuencia es el recorte de garantías constitucionales y procesales e incremento de tipos penales y penas desproporcionadas.

Ello es evidente cuando el sistema penal pretende tratar a los niños, niñas y adolescentes como adultos, juzgarlos y sancionarlos en el sistema penal normal; se vulneran los derechos y garantías reconocidos internacionalmente. De allí que el principio de interés superior del niño y de mínima intervención penal sugieran que se diseñe un sistema penal de adolescentes infractores que se adapte a las circunstancias propias de los adolescentes.

Con base en ello, la CIDN menciona que los procedimientos que se lleven a cabo sobre adolescentes infractores se deben aplicar “b) siempre que sea apropiada y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales.”²⁹

En ese sentido, solamente cuando se agoten todos los procedimientos no judiciales y mecanismos desprovistos de sanción o no penales, estará legitimado el acudir a un

²⁶ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal parte general*, (Ciudad: Editorial, año), 89.

²⁷ *Ibíd.* 90

²⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Referido al Libro Primero Parte General, Primera Edición, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 181

²⁹ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 40.3

proceso y sanción penal, para tratar un caso en el que se encuentre involucrado un adolescente. De lo planteado con anterioridad, entonces podemos colegir que el grado de especialidad, que parte de la consideración de la edad y el tratamiento que por tal consideración se deba dar a los niños, niñas y adolescentes en general, y a los adolescentes infractores de manera particular, exige la necesidad de un derecho especializado y distinto del que se tiene para los adultos.

De este modo, no se presenta un derecho penal de adolescentes autónomo e independiente, debiéndose recurrir al de adultos. Esto sugiere que la pretendida especialidad del derecho penal de adolescentes no es total, especialmente en lo que tiene que ver con ciertos principios consustanciales del derecho penal de adultos, que necesariamente deben ser advertidos en el derecho niños, niñas y adolescentes.

Este principio se encuentra reconocido en el artículo 3 del COIP que señala que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas, y que constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. Tal disposición legal está incorporada a la legislación de niños, niñas y adolescentes, por el carácter supletorio que reconoce el artículo 3 del CONA. También supone que el sistema penal de adolescentes infractores contemple penas menos rigurosas que las establecidas para los adultos. Esto, en virtud a que se debe considerar que los adolescentes tienen menor culpabilidad que los adultos; el impacto mayor de la pena en la vida de los menores infractores y la posibilidad de su resocialización³⁰.

Respecto de las medidas cautelares que puede dictar el juez cuando se trata del procesamiento de adolescentes es necesario resaltar que el internamiento preventivo debe ser de *ultima ratio*. Así, se puede ver que la norma no establece circunstancias que deba justificar el adolescente para evitar una medida de internamiento preventivo, ni tampoco establece las condiciones que deberán observarse para que se pueda revocar dichas medidas. El principio de mínima intervención penal se relaciona con el principio de oportunidad, que consiste en “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente,

³⁰ Unicef, “Imputabilidad de los adolescentes”, <https://www.unicef.org/uruguay/spanish/unicef-edad-imputabilidad.pdf>

por motivos de utilidad social o razones político criminales.”³¹ La limitación de la persecución penal de los adolescentes, por intermedio de la aplicación del principio de oportunidad, puede brindar una contribución útil a la solución de problemas actuales del sistema penal. Al ocupar dichos criterios, se buscaría una descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder punitivo, que muchas veces resulta innecesario y procurando con ello buscar respuestas no penales para solucionar los conflictos.

Por otra parte, se buscaría alcanzar una eficiencia del sistema penal, permitiendo que se trate de manera preferente a aquellos casos que necesariamente deben ser resueltos por el sistema, así como pretender alcanzar que se revierta la desigualdad que, por selección natural, provoca la aplicación rígida del principio de legalidad.³² Los defensores en general, deben comprobar que la medida de privación de libertad, en este caso, la medida socioeducativa de internamiento, sea sometida a un examen periódico que tenga en cuenta la evolución y desarrollo del joven institucionalizado, así como velarán porque a los adolescentes institucionalizados se les garantice la escolarización obligatoria gratuita.

1.5 Principio de igualdad y no discriminación

Otro argumento en contra del reconocimiento de la existencia de un sistema de justicia de adolescentes infractores, es el que considera que otorgarles a los adolescentes infractores un trato diferenciado vulnera su derecho a no ser discriminados y tratados en igualdad de condiciones que el resto de la población. Ese argumento no tiene sustento debido a que los estándares internacionales de derechos humanos han concluido que la distinción de un sistema penal de adolescentes infractores no es discriminatoria, sino más bien garantiza los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La Corte IDH ha mencionado que la igualdad supone el reconocimiento de la naturaleza del género humano y la dignidad de la persona, toda vez que un trato es incompatible con esos principios cuando conduce a tatar con privilegio a alguien por considerarlo superior a un determinado grupo. Asimismo, cuando se intente tratarlo de forma diferente porque se lo considera inferior. Por ello, concluye que no se pueden admitir diferencias de trato que no se corresponda en la naturaleza humana³³. Así, “no

³¹ Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, segunda edición, tercera reimpresión, (Buenos Aires, AR: Editores del Puerto, 2004), 836.

³² Cfr. *Ibíd.*, 837

³³ Corte IDH, “Sentencia”, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 105

toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”. Para que pueda ser una situación considerada discriminatoria debe establecerse que “carece de justificación objetiva y razonable”, porque existen desigualdades que son naturales.

Cuando se producen desigualdades en el tratamiento jurídico, puede ser que se lo haga para proteger a los más débiles o para brindarles herramientas para que sean iguales al resto de la población. Es lo que se denomina discriminación positiva. En ese sentido, no se vulnera el principio de igualdad y no discriminación cuando una distinción de tratamiento no se realiza de forma ilegítima, contraria a la justicia. No se puede afirmar que exista discriminación en cualquier trato distintivo que realice el Estado, “siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón”

En ese sentido, la Corte IDH ha concluido que no existe “discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”. Con base en los instrumentos internacionales y en la opinión de los órganos de protección, la Corte ha mencionado que “las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”³⁴.

En síntesis, en este capítulo se identifican los aspectos fundamentales de un sistema penal de adolescentes infractores, distinto al de adultos, por lo cual se analiza las diversas características del derecho penal de adolescentes, con el fin de encontrar condiciones que permitan distinguirlo y diferenciarlo del derecho penal de adultos. Este capítulo establece el marco teórico general que permitirá el desarrollo de las distintas características del derecho penal para adolescentes, los procedimientos y los fines generales del régimen para el juzgamiento protectorio para adolescentes infractores.

³⁴ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 55.

Capítulo segundo

El proceso penal en un sistema penal de adolescentes

Luego de haber revisado los fundamentos de la existencia un sistema penal de adolescentes infractores que se corresponda con las normas internacionales, es necesario realizar consideraciones sobre el proceso penal en concreto en el que son actores los adolescentes que infringen la ley penal. En este punto, si se acepta la necesidad de un derecho penal especial distinto del ordinario o de adultos, y si además se reconoce que dicha especialidad lleva implícita la incorporación de principios y la modificación de otros, se colige que debe aceptarse la posibilidad de un proceso especial, que permita la realización de ese derecho especial, cumpliendo exigencias propias y distintas.

En este sentido, debemos partir desde uno de los principales principios en los que se desarrolla el derecho penal de adolescentes, como es el *interés superior*, como condición única en el proceso judicial en el que participe un adolescente, por haber adecuado su conducta a un acto socialmente divergente. Así lo han referido los distintos instrumentos internacionales que se desprenden de las disposiciones de la CIDN. Es decir, que el principio de interés superior del niño permite reflexionar sobre la existencia de normas y procedimientos especiales para juzgar y sancionar a los adolescentes infractores, en el cual se respeten sus derechos y garantías básicas; que orienten los fines de la pena hacia el desarrollo y protección integral, proporcionándoles oportunidades para su formación tanto física como mental, que les permita llegar a la vida adulta en plenas condiciones para desarrollar y ejercer sus derechos. En ese sentido, los fines educativos serán el horizonte de las normas que tienen que ver con los adolescentes infractores. Será la educación del adolescente infractor, el fin último de éstas.

En Ecuador, la parte sustantiva sobre el sistema penal de adolescentes infractores ha ocupado un segundo plano en relación con la parte adjetiva. Esto es evidente al observar que los artículos del CONA, dedicados al derecho material son escasos en comparación a los dedicados a los aspectos procesales.³⁵ La legislación de adolescentes infractores se orienta principalmente al proceso, que se configura como un proceso especial, no sólo en función de los sujetos a quienes se dirige, sino fundamentalmente,

³⁵ Corresponde a cuatro artículos que van desde el 305 al 307 del Código de la Niñez y Adolescencia, el resto de artículos tienen que ver con el proceso penal de los adolescentes.

por los mecanismos e instituciones procesales que desarrolla: como la incorporación del interés superior en el proceso y la posibilidad de evitar un juicio.

2.1 Interés superior del niño y proceso penal

La incorporación del interés superior en adolescentes infractores en el proceso penal revierte en la especialidad con la que deben contar los sujetos que intervienen en el proceso. Lo especial que resultan los sujetos a quienes se dirige la norma determina también la necesidad de que los operadores judiciales, principalmente, tengan una formación especializada y acorde con quienes van a trabajar, de suerte que tengan una mejor comprensión de las circunstancias del adolescente infractor. Por otra parte, la incorporación del interés superior del adolescente infractor se revierte también en evitar la actuación de terceros dentro del proceso que puedan derivar en perjuicio del adolescente, y otorga como facultad exclusiva de persecución a la Fiscalía General del Estado y dentro de esta institución al fiscal especializado. En efecto, el principio de interés superior del niño debe ser utilizado como un criterio rector para todas las políticas y normativas que se lleven dentro del Estado, en el sentido de servirle para elaborar medidas positivas y para considerar sus cuestiones particulares de niños, niñas y adolescentes³⁶.

2.2 Debido proceso y garantías

En el ordenamiento internacional se ha reconocido la existencia de un sistema penal de adolescentes infractores que se encargue de los adolescentes que han infringido las leyes penales. Esos procedimientos administrativos y judiciales deben respetar el debido proceso y las garantías judiciales que se encuentran en las normas internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad.

Cuando los adolescentes infractores son sometidos a procesos penales debe respetarse el debido proceso y las garantías judiciales que se brindan a los adultos, teniendo en cuenta, a la luz del principio de interés superior del niño, su atención y trato diferenciado. Los derechos humanos y las libertades fundamentales en conjunto con sus garantías y el papel del Estado³⁷ son componentes del sistema de protección de derechos que debe activarse cuando se vulneran los derechos y cuando los adolescentes son

³⁶ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/2002.

³⁷ Corte IDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, párr. 26.

sometidos al *ius punendi* del Estado, debido a “su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.³⁸

Por ello es que se presentan algunas consideraciones adicionales a las garantías judiciales y protección judicial que tienen los adultos, cuando se refiere a las normas y políticas de los procedimientos judiciales y administrativos relacionados con los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, la Corte IDH ha mencionado que en esos casos deben tomarse en cuenta los artículos 8, 25 y 19 de la CADH³⁹.

2.2.1 Participación del niño, niña y adolescente

Uno de los aspectos relevantes en los procedimientos administrativos y judiciales es la participación de los niños en el proceso que tiene que ver con el derecho a ser oído que se reconoce en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La participación del niño, niña o adolescente debe adecuarse a las condiciones de su naturaleza y que sea un óbice para la vulneración de sus derechos o en perjuicio de sus intereses. Por ello, la CIDN reconoce que en los procedimientos debe escucharse a los niños de acuerdo a su edad y madurez.⁴⁰ Los adolescentes infractores deben ser escuchados ante un tribunal competente, tanto en los tribunales ordinarios como en los especiales. El Comité de Derechos Humanos ha mencionado que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se les brinde las mismas garantías y protección que les concede a los adultos, según el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴¹

Para ello, debe tenerse en cuenta la edad, debido a que “hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto”. Esto significa que debe “matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior”.⁴² En ese sentido, en los

³⁸ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 92.

³⁹ *Ibid.*, párr. 95

⁴⁰ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño” art. 12.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, Equidad ante la Corte y el derecho a ser escuchado públicamente ante tribunales competente establecidos por la ley, artículo 14 PIDCP, CCPR/C/21.

⁴² Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 95.

procedimientos judiciales y administrativos, se debe procurar escuchar a los niños, niñas y adolescentes en la medida de su desarrollo emocional e intelectual, siempre procurando el mayor acceso a los procedimientos que los involucran en la medida de lo posible según cada caso en concreto.

2.2.2 Jueces y tribunales especializados

Otro aspecto relevante es el juez o la jurisdicción que conoce los casos, debiendo ser especializada, de tal forma que pueda comprender el principio de interés superior del niño en el análisis de los hechos y en la interpretación de las normas que regulan la situación de los adolescentes infractores. Los jueces que conocen las causas de adolescentes infractores deben ser competentes, independientes e imparciales, que puedan resolver las causas mediante medios legales idóneos para la protección de los derechos de los adolescentes infractores. En ese aspecto, la Corte IDH menciona que esos jueces deben decidir con base en parámetros de oportunidad, legitimidad y racionalidad.⁴³

Por ello, los adolescentes infractores deben estar sometidos a jueces y tribunales diferentes del de los adultos, así como estar ampliamente capacitados.

Los jueces pueden presentar facultades discrecionales para que puedan optar por la gran cantidad de medidas disponibles en favor de los niños, niñas y adolescentes, durante todas las etapas de los juicios, desde la etapa pre procesal hasta la ejecución de la pena⁴⁴. Ello no excluye que sean competentes y debidamente capacitados para tratar esos asuntos.⁴⁵ De allí que se reconozca que los jueces deben estar especializados en la materia de adolescentes infractores, tal como lo prevé la CIDN: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, en particular.”⁴⁶

La especialización de los funcionarios encargados de la justicia de adolescentes infractores, representa la garantía del respeto a los derechos de éstos, puesto que en la consideración que dichos funcionarios tengan de la real situación del adolescente infractor en el caso concreto, permitirá garantizar la aplicación adecuada e interpretación

⁴³ *Ibíd.*, párr. 111.

⁴⁴ ONU, “Reglas de Beijín”, art. 6.1.

⁴⁵ Corte IDH, “Sentencia”, caso Las Palmeras, 06 de diciembre de 2001, párr. 53.

⁴⁶ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 40.3.

precisa de las normas, siempre sobre la base del interés superior. Por su parte, las Reglas de Beijín mencionan que deben existir procedimientos, órganos y autoridades especializadas en conocer temas de adolescentes infractores.

En la legislación ecuatoriana, en el CONA se plantean dos circunstancias, sobre el sistema de justicia penal de adolescentes: por un lado, la creación de órganos especializados; y por otro, la especialización en la formación de los funcionarios de dichos órganos. Para ser juez en esa especialidad, se requiere de la “evaluación del conocimiento y comprensión del candidato acerca de los principios y normas del presente Código, Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, y más instrumentos internacionales vigentes sobre derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.”⁴⁷

No sucede lo mismo con los otros funcionarios que están relacionados con los procesos penales en el sistema penal de adolescentes infractores. Así, por ejemplo, no se refiere a la especialización de los defensores públicos, lo cual representaría una garantía al derecho de defensa. La formación de los defensores no puede ser ajena a la búsqueda de la especialidad en el conocimiento del derecho de niños, niñas y adolescentes de los operadores de justicia. Se prevé, también, una oficina técnica que estará al servicio de la administración de justicia, como órgano auxiliar de los jueces y juezas de la niñez y adolescencia y de las salas especializadas de las cortes, que estará integrada por profesionales de distintas ramas especializados en el trabajo con la niñez y la adolescencia⁴⁸. A cargo de estos profesionales está la elaboración de informes luego de los exámenes técnicos que ordenen los jueces, los mismos que tendrán valor pericial.

En el Ecuador se ha ordenado establecer la “administración de justicia especializada en la niñez y adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reglados en este Código”⁴⁹. Ésta se conformará por “los juzgados de la niñez y adolescencia y los juzgados de adolescentes infractores”⁵⁰. Los jueces son competentes para conocer y resolver las causas relacionadas con la responsabilidad penal del adolescente infractor, dentro de las respectivas

⁴⁷ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 263.

⁴⁸ *Ibíd.*, art. 260.

⁴⁹ *Ibíd.*, art. 255.

⁵⁰ *Ibíd.*, art. 259.

circunscripciones territoriales.⁵¹ En los cantones las causas las conocen los jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia. Esto contraviene la exigencia de especialidad de los operadores de justicia que garantizan los instrumentos internacionales y la propia ley, debido que en la mayoría de los casos son jueces multicompetentes.

Las funciones de los jueces son “conocer, sustanciar y dictar sentencias y resoluciones de primera instancia en todos los asuntos relativos a adolescentes infractores y los demás que determine la ley. En cada distrito habrá, por lo menos, una Jueza o Juez especializado en adolescentes infractores”⁵². Para la selección de dichos funcionarios, el Consejo de la Judicatura, órgano encargado del gobierno, administración, vigilancia y disciplina de los órganos de la Función Judicial, dentro de los cuales se encuentran los juzgados de adolescentes infractores, no determina un procedimiento especial de selección para los funcionarios y operadores de justicia de adolescentes infractores, deduciéndose que la única diferenciación será acreditar, para el caso de los jueces, estudios en niñez y adolescencia básicos y circunscriptos al conocimiento de la ley y de los instrumentos internacionales de la materia.

De hecho, en la Escuela de Formación Inicial para ingresar a la carrera de la Función Judicial no se establecen asignaturas especializadas, dentro de su pensum, que permitan luego de la selección de los futuros jueces, capacitarlos en áreas relacionadas con la sociología, criminología, psicología de la delincuencia de adolescentes infractores, entre otros. Además, existe la falta de especialización de jueces en instancias superiores.

Pese a que se han creado Salas Especializadas en las Cortes Provinciales y en la Corte Nacional -tribunal de casación- no se exige que sus jueces hayan acreditado estudios especializados en materia de niños, niñas y adolescentes en general, y menos en adolescentes infractores, en particular, como requisito previo para el ejercicio de su cargo.

De esto se infiere que el derecho de recurrir de una decisión judicial, garantizado por la ley y los instrumentos internacionales, por parte de los adolescentes infractores, también les otorga el derecho de hacerlo ante jueces superiores especializados en la materia, de suerte que se garantice la adecuada interpretación de los preceptos legales que norman este derecho especial de niños, niñas y adolescentes de edad en general, y de los adolescentes infractores en particular, como es, entre otros, su interés superior.

⁵¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014, arts. 402-408; Congreso Nacional, “Código de la Niñez y Adolescencia”, art. 262.

⁵² Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009 art. 228.

La especialización de los jueces y de los operadores de justicia en instancias superiores es un derecho de los adolescentes infractores, que surge de la interpretación de su propia ley y de los instrumentos internacionales, por lo que se considera absolutamente necesaria, puesto que, de otra forma, no se estaría garantizado plenamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una justicia especializada y más aun tratándose de casos de naturaleza penal.

Sin lugar a dudas, que el derecho de los adolescentes infractores se ve afectado por el hecho de que una resolución tomada por un juez de primera instancia especializado, sea luego modificada por un juez superior carente de especialización. El interés superior es un precepto que se lo debe transversalizar en todo el derecho de niños, niñas y adolescentes y, obviamente, en el proceso penal de adolescentes infractores, por lo que no puede haber la posibilidad de que, en la etapa de impugnación, el proceso se desarrolle en un órgano carente de especialización. Por otra parte, los recursos en instancia no gozan de una preferencia, puesto que al no existir un órgano encargado exclusivamente de tramitar recursos concernientes a resoluciones que declaren la responsabilidad de un adolescente en la participación de un hecho delictivo, este órgano debe despachar otros recursos subidos en grado concernientes a otras materias. De este modo, la especialización de los tribunales de apelación y casación resulta indispensable, no sólo por el grado de conocimiento que deben poseer para brindar una efectiva respuesta, sino que también permita la agilidad en el despacho de causas, atendiendo el interés superior que motiva toda la esfera del derecho de niños, niñas y adolescentes.

Además, se exige especialización de los fiscales que conocen los casos de los adolescentes infractores para “el ejercicio de la acción para el juzgamiento del adolescente corresponde únicamente al fiscal. Las infracciones de acción privada se tratarán como de acción penal pública”⁵³. Lo que significa que en todos los casos deben actuar los fiscales especializados para llevar a cabo la investigación pre procesal y penal en el tema de adolescentes infractores, lo cual no sucede en todos los casos.

2.2.3 Doble instancia y recurso efectivo

En los procesos judiciales dentro del sistema penal de adolescentes infractores, debe garantizarse el derecho a recurrir a las decisiones judiciales ante un juez jerárquico superior que debe estar especializado en la materia. Ello implica que los recursos que

⁵³ *Ibíd.*, art. 334.

existan en las legislaciones sean efectivos y permitan garantizar el principio de interés superior del niño. Este derecho se reconoce en el “artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁴, para que las decisiones de los jueces de primera instancia puedan ser sometidas a revisión de una autoridad competente, independiente e imparcial. Adicionalmente, se reconoce en el artículo 25 de la CADH el derecho a un recurso rápido y sencillo, tales como el amparo o el habeas corpus⁵⁵.

El derecho a recurrir a instancias superiores, de las decisiones tomadas por jueces de primera instancia, es un derecho que se desprende del derecho a la tutela judicial efectiva. Conforme así lo refieren los artículos 75 y 76 de Constitución de la República.

Se reconoce en el artículo 364 del CONA el recurso de apelación, y en el artículo 366 se menciona que se podrán proponer los recursos reconocidos en el Código Orgánico Integral Penal.

2.2.4 Presunción de inocencia

Una garantía del debido proceso es la presunción de inocencia reconocida en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que consiste en que se presumirá la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad de las personas que han infringido las leyes penales. Esta incluye algunas acepciones como no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a auto incriminarse.⁵⁶ Esto plantea que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en espera de juicio deben ser considerados como inocentes y, por lo tanto, deben ser tratados como tales. Aunque debe considerarse que las medidas privativas de libertad deben ser excepcionales, aplicando en las posibles medidas sustitutorias⁵⁷. En esos casos se sugiere que los adolescentes en espera de juicio deben estar separados de los declarados culpables. Adquiere en este caso relevancia el principio de juzgar más allá de toda duda razonable, toda vez que, si no existe prueba suficiente para condenar, porque es incompleta o insuficiente, los tribunales deben absolver en lugar de condenar.⁵⁸

⁵⁴ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 122.

⁵⁵ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 25, Res 27/08/1979 N° 17955; ONU, “Reglas de Beijing”, 7.1.

⁵⁶ Corte IDH, “Convención Americana de Derechos Humanos”, art. 8.2; ONU, “Convención Internacional de los derechos del niño”, art. 40.3.

⁵⁷ ONU, “Reglas de Tokio”, Regla 17.

⁵⁸ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 127.

Cuando se trata de declaración de los niños, niñas y adolescentes, se deben establecer las garantías mínimas de la posibilidad de no declarar o acogerse al derecho al silencio, la asistencia de un defensor, y rendir la declaración ante autoridad competente.

El juzgador debe valorar de forma integral la declaración del adolescente debido a que “puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración”⁵⁹.

2.2.5 Principio de contradicción

Una garantía básica del derecho a la defensa de los adolescentes infractores es la posibilidad de contradecir los argumentos y las pruebas de la acusación penal. Ello debe tener en cuenta la especialización y conocimiento de los abogados, e incluso la experticia de los abogados de la defensoría pública para responder por las garantías del debido proceso de niños, niñas y adolescentes. Lo que buscan las garantías del derecho a la defensa es que exista un equilibrio entre las partes, para la defensa de los intereses de cada una. Así, el principio de contradicción incluye que los niños, a través de sus defensores o representantes puedan participar en las actuaciones judiciales, aportar pruebas, contradecir las pruebas, presentar alegatos. Es decir, busca que las partes accedan al análisis de las pruebas para que mediante los alegatos puedan influir en la decisión del tribunal⁶⁰.

En Ecuador, se ha establecido una guía para el actuar de los defensores públicos, que deben actuar en favor de las personas en condiciones de vulnerabilidad y acceso a la justicia, entre otras, que, por razón de su edad, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁶¹ Todas las personas privadas de libertad deben considerarse en condiciones de vulnerabilidad. Así lo establece el numeral 4 del anexo 1 de la mencionada Guía, puesto que precisamente por la propia situación en que se encuentran de limitación

⁵⁹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 130.

⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 133.

⁶¹ Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, “Guía para la defensa pública y la protección integral de los privados de libertad”. Guía adoptada mediante Resolución DP-DPG-2014-008, de 29 de enero de 2014 y publicada en el Registro Oficial EE 110 de 18 de marzo de 2015. La Defensoría Pública del Ecuador adoptó la Guía Regional para la Defensa Pública Oficial y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad, acogida por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, el 12 de junio de 2013, en la ciudad Antigua de Guatemala, como instrumento de aplicación obligatoria en el ámbito de sus competencias.

de su derecho fundamental a la libertad personal, están expuestas a un mayor riesgo de violación de sus derechos humanos, más aún si se trata de niños, niñas o adolescentes que adquieren la categoría de doble vulneración.

La especialización de las y los defensores públicos como estrategia institucional permite el adecuado ejercicio de sus funciones, asesoramiento, representación y defensa de los adolescentes privados de libertad, con acceso igualitario a los servicios, sin discriminación y con el suficiente despliegue territorial. Por otro lado, los defensores públicos están obligados en sus visitas a los centros de internamiento de niños, niñas y adolescentes a verificar que se respeten los derechos consagrados en la CIDN, así como el cumplimiento de los estándares internacionales reconocidos en los instrumentos internacionales de la materia⁶².

2.2.6 Publicidad

El principio de publicidad, que es central en los procesos judiciales que se siguen a los mayores, presenta algunas divergencias cuando se trata de adolescentes infractores.

Por lo tanto, se fijan limitaciones a este principio, en lo que se relaciona con el acceso del público a los actos procesales, pero no en lo que se relaciona con el acceso a las pruebas y providencias dentro del proceso por parte del adolescente o su representante.

Los límites suponen el respeto y garantía del principio de interés superior del niño, toda vez que protegen de estigmatizaciones o prejuicios que pueden afectar su vida normal o futura. Esto ha sido reconocido ampliamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁶³

Por otro lado, este principio también se aplica en el sentido contrario para que los adolescentes tengan total acceso a la información pública para la defensa de su situación legal y procesal. Lo anterior nos llevaría a la conclusión de que el principio de publicidad tiene dos dimensiones: primero, una negativa que impide el acceso a la práctica judicial donde están implicados los adolescentes infractores (de manera general, los niños, niñas y adolescentes), con el fin de impedir la victimización o la lesión del derecho a la integridad moral de niños, niñas y adolescentes. En segundo término, una positiva, en la

⁶² Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, “Guía para la defensa pública y la protección integral de los privados de libertad”.

⁶³ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 40.2.b.; ONU, “Reglas de Beijing”, Regla 8.1.

medida que les permitirían a los adolescentes infractores acceder a la información pública adecuada para la defensa de sus intereses procesales.

2.2.7 Justicia alternativa

La justicia alternativa supone que se garantice el principio de mínima intervención penal, procurando que no todos los casos sean judicializados mediante el sistema penal de adolescentes infractores. En esos casos, se pueden aplicar los medios alternativos de solución de conflictos, buscando que en su aplicación no se afecte los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ni de otras personas.⁶⁴ Tanto la exclusividad de la investigación entregada a la Fiscalía, como la creación de normas que buscan llegar a acuerdos conciliatorios, mediación penal y evitar enjuiciamientos, así como la suspensión del proceso a prueba y la remisión, son los particulares que distinguen al proceso penal de adolescentes infractores.

Se trata en realidad de mecanismos que permiten la terminación anticipada del procedimiento. No obstante, en cualquier caso, debe respetarse el principio de interés superior del niño, niña o adolescente. La figura de la conciliación, en este punto, deberá hacerse con acuerdo de las partes; lo propio sucede con la mediación. Adicionalmente, el CONA plantea la posibilidad de una remisión con autorización judicial y otra sin autorización, pero ambas establecen condiciones y requisitos a cumplir, sin los cuales el fiscal de adolescentes no podrá archivar el expediente.

2.3 Sujetos que forman parte del sistema penal de adolescentes infractores

En el proceso penal en el que están involucrados los adolescentes infractores, en el CONA se han establecido como sujetos procesales, por un lado, la Fiscalía General del Estado, y por otro, el adolescente infractor.

2.3.1 Fiscalías especializadas

La Fiscalía es la encargada de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal sobre las acciones ilícitas cometidas por los adolescentes infractores. Así, tiene las atribuciones de dirigir la investigación, proponer la terminación anticipada del proceso y

⁶⁴ ONU, “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, art. 40.3.

la remisión⁶⁵. Por ello, se asume que las atribuciones de los fiscales son la investigación, la acusación y la protección de los derechos de los adolescentes infractores y de las víctimas. El fiscal, en cada caso, debe respetar los derechos de los adolescentes infractores, tal como se ha revisado en el orden internacional y nacional, buscando “la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión”⁶⁶. Por ejemplo, puede acogerse a una de las formas reconocidas de terminación anticipada del proceso penal, tales como la conciliación, la mediación, suspensión del proceso a prueba en delitos sancionados con hasta diez años de prisión privativa de libertad, la remisión con autorización judicial en delitos sancionados con hasta cinco años de prisión privativa de libertad; la remisión fiscal en delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta dos años. En todos los casos, debe verificarse la reparación a la víctima, el consentimiento del adolescente infractor y respeto a sus derechos.

La investigación debe estar dirigida a determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal del adolescente infractor⁶⁷. Se puede apoyar en la policía judicial especializada en niños, niñas y adolescentes denominada DINAPEN, para las diligencias de investigación necesarias. Adicionalmente cuenta con la oficina técnica especializada en temas de adolescentes infractores, cuyos informes tienen valor pericial. De allí que, en el ejercicio de sus funciones, puede solicitar la aplicación de medidas cautelares personales y reales⁶⁸, siempre bajo criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad.

Las de orden personal pueden ser: (i) permanencia del adolescente en su domicilio, (ii) someterse al cuidado de una persona o entidad, (iii) presentarse periódicamente ante el juez, (iv) prohibición de salida del país, (v) prohibición de acudir a lugares o reuniones, (vi) prohibición de comunicarse con determinadas personas, (vii) privación de libertad.

En cuanto a la medida cautelar de privación de libertad existen restricciones. El internamiento de un adolescente infractores se realizará dependiendo de la edad y del tipo de delito presuntamente cometido.⁶⁹ Las complejas atribuciones que se le otorgan a la Fiscalía en el proceso penal de adolescentes infractores, y de manera especial la que tiene

⁶⁵ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 336; Un análisis de los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto se puede revisar en Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal Tomo I*, segunda edición, tercera reimpresión, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 442-60.

⁶⁶ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, (Buenos Aires, AR: Editores del Puerto, 2008), 5

⁶⁷ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 344.

⁶⁸ *Ibíd.*, art. 323.

⁶⁹ *Ibíd.*, art. 330.

que ver con la renuncia a su ejercicio, la ubican como protagonista, en el respeto y desarrollo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Las fiscalías especializadas deben optar por personal altamente calificado en materia de adolescentes infractores, como garantía básica, no solo de la especialidad que se exige, a través de la ley y de los instrumentos internacionales, sino también para asegurar el respeto a los derechos que les asiste a los adolescentes infractores y, sobre todo, la adecuada interpretación y enfoque de su interés superior dentro del proceso.

2.3.2 Los defensores de los adolescentes infractores

No se dispone en la ley de requisitos de especialización para los defensores públicos, como tampoco existe para los fiscales, como ya lo hemos señalado, pese a que en el artículo 313 del CONA y que tiene que ver con los derechos de defensa, se señala que el adolescente tiene derecho a una defensa profesional adecuada durante todas las instancias del proceso. Además, sostiene que cuando no cuente con un defensor particular, se le asignará, en un plazo de veinticuatro horas, un defensor público especializado. La figura del defensor especializado representa una garantía de la defensa técnica en el proceso de adolescentes infractores, dada la naturaleza penal del proceso, se deben respetar los derechos y las garantías inherentes al proceso penal constantes en la Constitución, los instrumentos internacionales y la propia ley, velando por el interés superior, exigiendo consecuentemente una defensa especializada en todas las etapas del proceso.

Una defensa técnica, no solo adecuada como sostiene la norma, sino especializada, es un derecho de los adolescentes y de su tratamiento especial en función de su interés superior. No obstante, no se menciona procedimiento alguno en el caso de no existir un acuerdo entre el adolescente y sus representantes respecto del abogado que lo vaya a defender. El artículo 11 del CONA, cuando habla del interés superior del niño manifiesta que, el interés superior es un principio de interpretación de la presente ley y que nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña y adolescente involucrado que éste en condiciones de expresarla.

La Defensoría Pública del Ecuador no cuenta con defensores públicos calificados como especialistas en adolescentes infractores, al menos en todo el país. Existen defensores que se encargan exclusivamente de asuntos relacionados con adolescentes infractores, apenas en las principales ciudades como son Quito, Guayaquil y Cuenca, a

los cuales se les capacita en materia de niñez y adolescencia, puesto que no han acreditado, por sí mismos, especialidad en la materia. Sin embargo, con la adopción de la Guía Regional para la Defensa Pública Oficial, se espera que dicha Institución cuente con el suficiente apoyo gubernamental y del resto de instituciones, que le permitan ampliar y mejorar sus servicios.

2.3.3 Oficina técnica y policía especializada

El requerimiento de especialización de los profesionales que directamente se encuentran involucrados en el orden jurídico en el proceso de adolescentes es exigido también a aquellos profesionales que participan de forma auxiliar en el proceso. Así, el CONA, en su artículo 260 señala que la oficina técnica estará integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia. De igual forma, en lo que tiene que ver con la especialización de la policía y el dar cumplimiento a las exigencias que se desprenden de las Reglas Mínimas de Beijín en su artículo 12.1, que establece que los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con niños, niñas y adolescentes o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia, recibirán instrucción y capacitación especial.

Por esta razón, se ha creado la policía especializada denominada DINAPEN. La misma que está encargada, bajo la dirección del fiscal de adolescentes infractores, de investigar las infracciones penales cometidas por adolescentes. La policía especializada, por otra parte, debe realizar acciones de prevención, capacitación e intervención, en temas de niñez y adolescencia, participando en diversos programas que se organicen en distintas instituciones que tengan entre otras funciones, velar por la niñez y adolescencia. El equipo técnico, por otro lado, es el encargado de practicar los exámenes técnicos que ordenen los jueces y sus informes tendrán valor pericial. La importancia que se le debe otorgar al equipo técnico y su conformación, representa respetar los derechos de los adolescentes infractores, pues sus informes servirán de soporte para la toma de decisiones jurisdiccionales por parte de las autoridades encargadas de investigar y administrar justicia, que como hemos observado, no cuentan en muchos casos, con la suficiente especialidad y capacitación. También se elaboran informes por parte de las entidades que están a cargo de los adolescentes, cuando así lo exijan los jueces de adolescentes

infractores, en los casos en los que a los adolescentes se les ha dispuesto medidas cautelares de orden personal que consistan en someterse a entidades de atención.

Adicionalmente, podemos señalar que nada impide que otras entidades educativas, religiosas, deportivas etc., puedan ser requeridas a presentar algún tipo de informe, con el objeto de establecer mayores y mejores conocimientos del adolescente y poder reforzar los criterios que se tengan para su valoración y la consecuente toma de decisiones judiciales. Los informes deberán versar sobre la situación psicológica y sobre el entorno social y familiar, en el que se desarrolle el adolescente, considerando también otros aspectos como la salud, educación, trabajo y relaciones personales. Es decir, los informes escapen de los contenidos que establece la ley, y versan sobre aspectos sociales y culturales en los que se desarrolla el adolescente.

El informe se elabora sobre la base de entrevistas al adolescente, así como a toda persona que se encuentre relacionada con el adolescente, estableciendo además factores de riesgo o necesidades que se hayan podido percibir, que eventualmente podrían afectar al adolescente. Además, los informes deben cuidar de no caer en una simple transmisión de información, como tampoco, en interpretaciones extensivas de la realidad del adolescente. Como se ha indicado, de acuerdo a la ley, el informe elaborado por el equipo técnico, adquiere valor pericial, es decir que podrá elevarse a prueba en la audiencia de juicio, según las reglas previstas en el COIP.

Esta característica genera una interrogante: ¿El informe del equipo técnico tiene naturaleza pericial? Partiendo de la ley, la respuesta sería afirmativa, pues como hemos señalado, así lo establece el artículo 260 del CONA. Sin embargo, para algunos no puede considerarse un medio de prueba de carácter pericial por cuanto tiene un carácter obligatorio, en cuya elaboración, muchas veces no se cuenta con la posibilidad de que sea contradicho por las partes. Para otros, en cambio, sí se puede considerar prueba pericial por cuanto permite aportar al proceso los conocimientos de un experto.

Analicemos las dos posiciones. El peritaje debe ser elaborado por quien acredite idoneidad en una ciencia, una técnica o un arte. La peritación se traduce en un acto de conocimiento fundado en leyes o reglas de una ciencia, técnica u arte. Por otra parte, el perito no debe haber percibido el hecho o circunstancia del cual se le pregunta, antes de haber sido convocado judicialmente, siendo este particular, lo que le diferencia de un testigo. La prueba de peritos debe ser apreciada tanto por los intervinientes como por el juez y su sana crítica. Éste último tiene la libertad de apreciación del dictamen, así como la libre convicción en la valoración de la prueba. Ello no significa tampoco que se puedan

apartar de forma libre y voluntaria de las conclusiones del dictamen de los peritos, a menos que existan fundamentos suficientes que demuestren que el perito ha incurrido en un error.

En el caso del informe del equipo técnico, éste cumple con las características y condiciones que se han señalado, pues los peritos no conocieron los hechos antes de ser ordenados por el juez para examinarlos. Son expertos y acreditados en la materia a ellos encomendada y su informe pericial puede ser apreciado y discutido por las partes y valorado por el juez. El hecho de que sea obligatorio no desnaturaliza su finalidad.

Es posible entonces afirmar que el informe del equipo técnico no es una prueba *per se* por cuanto resulta de una obligación legal su introducción en el proceso, pero en cuanto a su contenido y finalidad es perfectamente compatible con una prueba pericial, más allá de lo que ordene la propia ley. Los informes que presenten las otras entidades no constituyen prueba pericial, puesto que no cumplen con las características de su desconocimiento de los hechos antes de ser requeridos judicialmente, cayendo en el plano meramente de una prueba testimonial.

Lo que no está claro es si el informe puede servir al fiscal, para derivar en una salida alternativa y evitar un enjuiciamiento, al verificarse que en el desarrollo del trámite ya se ha satisfecho con el fin educador y se ha verificado la comprensión de su conducta por parte del adolescente o que la intervención procesal resulte perjudicial para su interés superior. Situación que sería perfectamente aconsejable en delitos que por su particular afectación a un bien jurídico no sean de suficiente gravedad. Sin embargo, podría inferirse que el adolescente en estos casos acepte la participación de un hecho, lo cual afectaría al principio de presunción de inocencia. No obstante, el impacto de las oficinas técnicas es desconocido en concreto. No obstante, la evaluación realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos muestra resultados positivos.⁷⁰ Finalmente, hay que destacar que la labor del equipo técnico es fundamental para determinar el interés superior del adolescente infractor, principio que transversaliza todo el informe.

2.4 Víctimas

Ahora bien, al respecto de las víctimas, establezcamos si la figura de la víctima tal y como se plantea en la norma, prácticamente la coloca en la misma posición del acusador

⁷⁰ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Modelo de Atención Integral Socio-Psico-Pedagógico para ser aplicado en los Centros de Adolescentes Infractores*, 2014.

particular y la ubica como sujeto procesal, aun cuando la norma expresamente no lo reconoce. Y si esa participación afecta el sentido de exclusividad de la acusación por parte de la fiscalía especializada, como característica del proceso penal de adolescentes. La figura de la víctima cada vez ha ido ganando protagonismo en el Derecho penal en general y en el Derecho procesal en particular, pasando desde su ausencia a una marcada omnipresencia, lo cual ha sido visto como saludable y como una reivindicación de los derechos de las víctimas de una conducta socialmente divergente.

A partir de los años ochenta, se ha producido un eventual desarrollo en el reconocimiento del derecho de las víctimas, especialmente con la aprobación de los Principios de justicia de las víctimas del delito y de abusos de poder (1985)⁷¹ y el cuestionamiento a la victimología originaria que haría el sociólogo Walklate a finales de los ochentas. El olvido de la víctima dentro del Derecho penal y el Derecho procesal penal ha sido materia de profundas discusiones, especialmente en el campo de la criminología.

A Nils Christie se le atribuye la frase de que a la *víctima se le confisca el conflicto*, sostenía que “la víctima es una especie de perdedora doble, primero, frente al delincuente, y segundo -y a menudo de manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”⁷². Aquí se destacaba en ese sentido que “los conflictos se arrebatan a las partes, se desechan, se desvanecen, se tornan invisibles.”⁷³

En cuanto tiene que ver con la protección de las víctimas, el CONA en su artículo 337 establece que la víctima podrá denunciar los hechos al fiscal, participar en el proceso e interponer los recursos, cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses, lo cual compromete al fiscal a prestarle la suficiente atención. De igual forma el COIP, en su artículo 442, establece que el fiscal deberá instruir a la víctima sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa, norma a considerar por la supletoriedad que establece el artículo 3 del CONA.

El artículo 355 del CONA señala que son sujetos procesales en el proceso penal de adolescentes infractores: los fiscales de adolescentes infractores y el adolescente

⁷¹ Josep M. Tamarit Sumalla, “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la víctima”, en *Revista para el análisis del Derecho*, (Barcelona: Indriet, 2013), 3

⁷² Nils Christie, *Los conflictos como pertenencia*, Conferencia pronunciada el 31 de marzo de 1976 en la Universidad de Sheffield, publicada como Conflicts as prosperty en *The British Journal of Criminology* Vol. 17 No.- 1, en enero de 1977, 168

⁷³ *Ibíd.* 169

infractor. Sin embargo, en el mismo artículo se indica que la víctima podrá participar en el proceso de acuerdo a las reglas del presente Código. Las reglas que hace referencia el mencionado artículo podrían entenderse son las disposiciones establecidas en el artículo 337 del CONA, cuando establece que la víctima podrá denunciar los hechos al fiscal, participar en el proceso e interponer los recursos, cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses.

De igual forma, para aplicar una salida anticipada al proceso, a excepción de la remisión, el CONA establece que se deberá contar siempre con la participación de la víctima. Así mismo, los artículos 359 y 360 facultan a la víctima a presentar sus alegatos de apertura, presentación de pruebas y alegatos de cierre, dentro de la audiencia de juicio.

El artículo 361 del CONA, por su parte, señala que la sentencia deberá expresar la reparación integral de la víctima cuando corresponda. Adicionalmente, por supletoriedad se debe considerar al artículo 442 del COIP cuando señala que el fiscal deberá instruir a la víctima sobre sus derechos y en especial sobre su intervención en la causa. Esto resulta en cierta medida incongruente con lo que determina y establece el artículo 334 del propio CONA cuando manifiesta que el ejercicio de la acción para el juzgamiento del adolescente corresponde únicamente al fiscal, y que las infracciones de acción privada se tratarán como de acción penal pública. Además, señala que las reparaciones integrales procederán sin necesidad de acusación particular. En este último aspecto podemos referirnos y concluir que la función del acusador particular es precisamente justificar el detrimento económico que la lesión a su bien jurídico penalmente protegido le representó, por lo que entregar la posibilidad para que el juez lo regule sin que exista una justificación plena por parte del acusador, al no permitírsele participar en esa calidad al perjudicado, podría derivar en una arbitrariedad.

En lo que hay claridad es que la escasa participación de la víctima en su conflicto y su relego a ser un testigo más y una mera estadística en el proceso, degeneró en su invisibilización y consecuente violación a sus derechos. Sin embargo, la exclusividad de la acusación entregada a la fiscalía, más allá de marcar una característica del proceso penal de adolescentes, lleva implícita la necesidad de velar por su interés superior y evitar que el adolescente sea abordado por una parte del conflicto, que si bien, necesita ser visibilizada, no se le puede exigir el suficiente grado de conocimiento que le permita apreciar la real situación del adolescente, a quien sólo lo ve como el energúmeno que lesionó sus más preciados bienes. La evitación de una confrontación desmedida y sin el suficiente entendimiento de la realidad que envuelve al adolescente infractores, por parte

de personas extrañas al proceso y sin la suficiente comprensión – más que preparación – es la razón por la que la ley y los instrumentos internacionales entregan la exclusiva acusación al órgano de persecución penal estatal especializado.

De acuerdo a lo que se ha venido planteando, la participación de la víctima en el proceso penal de adolescentes resulta clave, para que guarden un respeto a sus derechos, tendencia que se viene plasmando en las distintas reformas de las legislaciones penales a nivel mundial y que, en el caso de nuestro país, por primera vez se introduce en el COIP su figura, con relevante protagonismo, pero tal y como está establecida en la legislación de niños, niñas y adolescentes, rompe con el precepto de exclusividad de la acusación y se presenta como un sujeto procesal más y sobre todo con características propias de una acusación particular, aun cuando no lo sea formalmente. Todo lo anterior afecta y amenaza al principio del interés superior de niño, niña o adolescente, que debe primar y prevalecer como su derecho exclusivo, y que prevalece por sobre los derechos de las demás personas, puesto que se trata de un proceso altamente especializado y totalmente, o al menos eso se aspira, distinto del de los adultos.

Por otra parte, es bien sabido que el concepto víctima ha pasado a ejercer un papel clave en el discurso político, especialmente en la elaboración de la víctima héroe⁷⁴ por parte de los políticos, y el manejo de la *victimidad*⁷⁵ por parte de los medios masivos de comunicación, que activan resortes emocionales del público, llevándolos a elaborar una identidad deformada del victimario, fruto de su manipulación, cargada de odio, rencor y rechazo, todo lo cual originaría la construcción de una imagen distorsionada y manipulada del adolescente presuntamente responsable de una infracción penal⁷⁶. Además, “la idea de víctima se construye en gran medida como antagónico conceptual del victimario. El pensamiento dicotómico se manifiesta en una visión de la realidad caracterizada por la existencia de un ofensor culpable y una víctima inocente.”⁷⁷ Todo ello motivaría aún más a la construcción de un pensamiento social contrario a todo aquel que haya generado la condición de víctima de un tercero. Como sostiene Tamarit, según esta lógica, “la

⁷⁴ Sobre la criminología mediática y víctima héroe, ver en Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal*, primera edición, (Buenos Aires, AR: Planeta, 2011), 223-34.

⁷⁵ Mendelsohn utiliza la palabra *victimidad* para referirse al conjunto de características bio-psico-sociales comunes a todas las víctimas en general, con independencia de la causa de su situación.

⁷⁶ Podemos remitirnos a los registros periodísticos de un caso famoso en la historia ecuatoriana reciente, como fue el del “niño del terror”, así denominado mediáticamente como se puede ver en una noticia del diario *El Telégrafo*, al adolescente Juan Fernando Hermosa, declarado responsable de la muerte de 8 taxistas y 10 homosexuales en 1991.

⁷⁷ Josep M. Tamarit Sumalla, *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la víctima*, (Ciudad: Barceloan, InDret Revista para el análisis del Derecho, 2013),13

existencia de cada uno de estos elementos refuerza la de su antagonista. La defensa de la inocencia de la víctima parece exigir la afirmación a ultranza de la maldad del agresor”.⁷⁸

El manejo mediático-político de las víctimas muchas veces se aleja del real deseo e intensión de éstas, que terminan siendo *utilizadas* por las agencias ejecutivas y los aparatos de publicidad del sistema penal, para el reforzamiento de políticas más represivas e incremento de sintonía. Esto degenera el fin mismo del derecho penal de adolescentes, que es la reeducación y la integración a la vida familiar y social, de quien no acaba de incorporarse, por su propia condición altamente confusa propia de la etapa de la vida de los seres humanos que se encuentra atravesando.

Otro aspecto que hay que considerar, y que escapa del criterio de la ley, es el que tiene que ver con las víctimas niños, niñas o adolescentes. Un gran número de delitos cometidos por niños, niñas o adolescentes recae en otros. Para estos casos la ley no hace ninguna distinción, entendiéndose que la posición de la víctima en estos casos será ocupada por sus representantes, pero al carecer de aquellos, es a la Fiscalía a la que le compete velar por los derechos de éstos, tanto como los de los adolescentes infractores, lo cual refuerza la idea de la especialidad y exclusividad en el manejo del proceso de la Fiscalía. Los propios adolescentes infractores pueden aparecer también a su vez como víctimas, de circunstancias y estructuras de riesgo⁷⁹, lo cual está por fuera de la percepción de sus supuestas víctimas, por lo que una vez más se refuerza la idea de limitar su protagonismo en el proceso penal de adolescentes.

Llegados a este punto, se considera que la posición de la víctima en el proceso penal de adolescentes infractores se ubica en un plano protagónico que casi se acerca a la posición de un acusador particular y, sin duda, afecta la condición de exclusividad de la acusación de la fiscalía especializada, pudiendo generar su presencia tal y como se encuentra concebida, afectaciones al interés superior del adolescente infractores.

Asimismo, la justicia penal de adolescentes debe fomentar el respeto y desarrollo de los valores fundamentales para la convivencia, por lo que se debe procurar evitar desde todo punto de vista, cualquier tipo de confrontación y exposición mediática, lo cual no se vería asegurado según como se ubica a la víctima en el proceso penal de adolescentes infractores, en el CONA. Una distinción especial se debe hacer en cuanto tiene que ver a la mediación penal, ya que es un proceso en el que la participación de la víctima es

⁷⁸ *Ibíd.* 13

⁷⁹ Isabel Germán Mancebo y Estefanía Ocariz Passevart, “Menores Infractores/Menores Víctimas: Hacia la ruptura del círculo victimal”, en *Revista Eguzkilore*, número 23 (San Sebastián: S/E, Dic. 2009), 295

necesaria, aunque no imprescindible, si se busca ampliar el ámbito de la mediación a espacios familiares y comunitarios. En la mediación, por otra parte, la víctima se muestra más real y no como un mero instrumento representado.

El proceso penal para adolescentes infractores está diseñado para prohibir la intervención de otros sujetos que no sean los estrictamente señalados en la ley como sujetos procesales, tanto formal como materialmente, porque se considera incompatible con el interés superior, conforme lo hemos establecido. Así, se debe limitar la intervención de las víctimas de delitos cometidos por adolescentes, a supuestos expresamente establecidos, lo cual no se verifica en nuestra ley, y, al contrario, fomentar su amplia participación en procesos conciliatorios y reconciliatorios. Todo lo cual se presenta como una exigencia derivada del interés superior de los adolescentes infractores.

No debemos olvidar, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva, al que tienen derecho todos los ciudadanos, en especial las víctimas de los delitos, lo cual se eleva a derecho fundamental, al estar garantizada en nuestra Constitución⁸⁰. Desde este punto de vista, la exclusión como sujeto procesal a la víctima y el impedimento de presentar acusación particular en el proceso penal de adolescentes, resultaría inconstitucional, por cuanto prohíbe el ejercicio pleno del derecho a proponer acusación y ser parte de un proceso. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto en el sentido de que no puede ser restringido. El legislador en ocasiones limita su ejercicio en especial en la interposición de recursos, por ejemplo.

Es preciso, entonces, establecer si el interés superior está por sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Se considera que, aunque el interés superior no se establezca en la Constitución como un derecho autónomo, éste se encuentra por sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en atención a dos razones: la primera, es que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se encuentra consagrado en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador y, por consiguiente, se erige como un derecho fundamental de los derechos humanos; y, la segunda, es que el interés superior pesará más en un conflicto entre ambos derechos.

El derecho a la tutela judicial efectiva podrá entonces mantenerse, pero a ciertos aspectos particulares, como, por ejemplo, la reparación integral, en la que entre otras cosas se deberá justificar el detrimento económico causado por la infracción. La ley

⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 75

debería, en razón de satisfacer tanto el interés superior, como el interés legítimo de accionar por quien se ve perjudicado, el establecer supuestos y condiciones en los que estaría permitida dicha participación, definiendo claramente si se busca la participación de la *víctima*, entendida a ésta como la persona natural o jurídica sobre la cual recae la acción material del delito, o si se trata más bien, de buscar la participación del *perjudicado*, entendido a éste como la persona natural o jurídica que ha sufrido el perjuicio patrimonial derivado de la patentización de esa infracción a la ley penal, y que, por tanto, es el legitimado y habilitado para constituirse en parte civil dentro del proceso.⁸¹

El papel que en el proceso de adolescentes infractores se debe otorgar a la víctima, a la luz de lo que hemos señalado, adquiere características distintas, que no han sido consideradas, por lo que se aprecia, en el CONA.⁸²

Para concluir este apartado, se debe señalar que la calificación jurídica que debe otorgarse a la figura de la víctima en el proceso penal de adolescentes, debe necesariamente cumplir con dos características: primero, la víctima no puede ser parte en el proceso penal, ni material ni formalmente, por el principio de interés superior; y, segundo, con el fin de no atentar a la tutela judicial efectiva se le debe otorgar facultades significativamente limitadas, como podría ser la exigencia de la reparación integral del daño causado, en el que se haya establecido la participación de un adolescente, luego del proceso. La garantía de reserva contemplada en el artículo 371 del CONA exige que se respete la vida privada e intimidad del adolescente en todas las instancias del proceso. Se deben tramitar de manera reservada las causas en que estén involucrados adolescentes y pudiendo sólo concurrir a las audiencias los funcionarios judiciales que disponga el juez, el fiscal de adolescentes infractores, sus representantes legales y un familiar o una persona de confianza, si así lo solicitara el adolescente, no contemplándose la presencia de las víctimas. De tal modo que se elimine de esta forma la posibilidad de presentarse una de las partes, como acusador particular. Sin embargo, más adelante se plantea identificar si efectivamente existe tal exclusión y si ésta se deriva del interés superior del adolescente infractores, puesto que si bien es cierto que la legislación no permite la presentación de la acusación particular, no es menos cierto que con la incorporación del artículo 337 al

⁸¹ También Santiago Mir Puig, en *Derecho Penal*. Parte General, señala que perjudicado posee trascendencia a efectos de responsabilidad civil. Definiendo a perjudicado como a aquél o aquellos que han sufrido los efectos del delito con independencia de que sean o no los sujetos pasivos de la acción u omisión penal. Y el término víctima lo reserva para el sujeto pasivo de la acción u omisión típica.

⁸² Gerardo Molina Arrubla, citado por Marisol Palacio, en *Contribuciones de la victimología al sistema penal*, (Bogotá, AR: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2001), 41.

CONA, como parte de las reformas introducidas por el COIP, se le faculta a la víctima participar en el proceso e interponer recursos cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses. Es así que el artículo 335 del CONA establece como sujetos procesales a los fiscales de adolescentes infractores y al adolescente procesado. Pero recalca que la víctima podrá participar en el proceso de acuerdo a las reglas del presente Código.

Introduciendo una figura procesal importante como es la víctima, pero con una regulación legal imprecisa.

En resumen, en este capítulo se desarrolla las características del proceso penal de adolescentes infractores desde la perspectiva de su interés superior, describiendo la conformación de sus órganos, el principio de especialidad del sistema y de quienes lo conforman, y concluye con el estudio de los sujetos que intervienen en este régimen. Todo esto supone la base estructural para lo que se va a tratar en el siguiente capítulo respecto de las medidas socioeducativas y su ejecución por parte del órgano rector del sistema de protección de adolescentes infractores.

Capítulo tercero

Las medidas socioeducativas como penas para los adolescentes infractores

Si bien es cierto, se ha considerado un sistema penal de adolescentes infractores de carácter excepcional y especial, la respuesta penal debe tener la misma naturaleza, debido a que se trata de niños, niñas y adolescentes, a quienes las sanciones deben estar orientadas por fines socioeducativos y de reintegración social y familiar. Por tanto, no todas las sentencias emitidas por las autoridades competentes deben enfocarse en medidas privativas de libertad, sino que valerse del sinnúmero de medidas no privativas que han sido desarrolladas en los estándares internacionales y en la legislación nacional⁸³.

Tabla 3. Tipo de medidas

Tipo de medidas	Criterio de aplicación
Medidas no privativas de libertad	Delitos que no superen los 5 años de privación de libertad,
Medidas privativas de libertad	Superior a los 5 años de privación de la libertad.

Fuente: Código de la Niñez y Adolescencia.
Elaboración propia, 2018.

Como podemos observar, en la legislación ecuatoriana se presentan criterios de aplicación de las medidas privativas y no privativas de libertad. Aunque deja abierta la posibilidad de que en todos los casos se pueda privar de la libertad, y es posible que en los delitos sancionados con penas de más de cinco años de privación de libertad se apliquen también medidas no privativas de libertad.

No existen criterios de aplicación de estas medidas en el CONA. En otros términos, cuando se deba utilizar una medida y no otra, en función de las condiciones de madurez del adolescente infractor, más aún cuando no se muestra una clara división como ya lo dejamos anotado, por lo que el juez al momento de proponer la sentencia tiene amplia discrecionalidad para aplicar unas y otras. En el CONA, adquieren el nombre de “medidas socioeducativas” debido a la superación de la perturbación y la inclusión social⁸⁴ y la protección e inclusión constructiva a la sociedad⁸⁵. Por ello, las medidas

⁸³ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 372.

⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento del registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014, art. 36.

⁸⁵ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 371.

socioeducativas pueden ser confundidas con medidas de seguridad o de protección, propias del modelo tutelar asistencialista que veía a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección y no como sujetos de derechos.

En la presente investigación se busca identificar las características especiales que distinguen las medidas socioeducativas de las denominadas penas privativas de libertad dentro del sistema penal de adolescentes infractores. Lo cierto es que en la legislación de niños, niñas y adolescentes se han previsto medidas concretas de este tipo destinadas únicamente a los adolescentes infractores, tales como: amonestación, imposición de reglas de conducta, orientación y apoyo psicosocial familiar, servicio a la comunidad y libertad asistida, así como el internamiento domiciliario, de fin de semana, con régimen semiabierto e institucional, son medidas específicas para los adolescentes infractores.

En el CONA se incorporó, a raíz de la promulgación del COIP, el Libro V, que tiene que ver con las medidas socioeducativas. Las disposiciones que en ese libro se contienen definen: las circunstancias en las que el juez de adolescentes infractores puede dictaminarlas, en qué consisten cada una de ellas, el régimen de ejecución, las instancias encargadas de su cumplimiento, el tratamiento dentro de los Centros de Adolescentes Infractores (en adelante CAIS), los planes individuales y los regímenes de visitas y disciplinarios. Por ello se analizan los fines de las medidas, la forma de responsabilidad que tiene el adolescente, la proporcionalidad de las sanciones impuestas, criterios de aplicación de medidas privativas y no privativas de libertad, los responsables de la implementación de las medidas, y la necesidad de un sistema de evaluación y monitoreo.

3.1 Fines de las medidas socioeducativas

Las medidas socioeducativas de corte educativo-sancionador previstas en el CONA, permiten explicar los fines que busca el sistema penal de adolescentes infractores para solucionar los problemas derivados de los adolescentes que infringen leyes penales.

Por ello, resulta importante identificar si los fines de las penas de ese sistema difieren del sistema penal de adultos, para que de esa forma se justifique su especialidad.

En Ecuador la rehabilitación social tiene como fin “la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos”⁸⁶. Ese fin

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008”, art. 201.

responde a la finalidad del Estado Constitucional de Derechos y Justicia como se autodefine en el Ecuador en su Constitución.⁸⁷ Por ello, se puede concluir que el fin de la pena en general en Ecuador es la resocialización y reinserción social de los sentenciados. Por su parte, las medidas socioeducativas en la legislación tienen los siguientes fines: “la protección y el desarrollo de los adolescentes infractores, garantizar su educación, integración familiar e inclusión constructiva a la sociedad, así como promover el ejercicio de los demás derechos de la persona de conformidad con la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y este libro”⁸⁸. De ello se puede observar que los fines de este tipo de medidas son la reeducación, integración e inclusión del adolescente que ha sido declarado responsable del cometimiento de una infracción al ordenamiento jurídico penal.

La diferencia entre las penas aplicadas a la población adulta y las medidas socioeducativas como sanciones para adolescentes infractores, radica en que las primeras buscan la reinserción social del delincuente mientras que las segundas buscan su integración familiar. Coincidiendo ambas en procurar el desarrollo personal y el respeto de los derechos de los privados de libertad o sentenciados. Las medidas socioeducativas no son las penas con las que se amenaza sancionar en el código penal, sino que su naturaleza es distinta, lo cual muestra el carácter especial y excepcional del sistema penal de adolescentes infractores. Aunque su naturaleza se puede opacar por el uso excesivo y desproporcionado de medidas privativas de libertad. De allí que debe realizarse un análisis especial para demostrar la proporcionalidad, razonabilidad y legitimidad de las medidas que un juez sentencie en contra de un adolescente infractor.

Además, las medidas buscan la educación y la integración familiar, es decir funcionan como el mecanismo a través del cual se desarrollará la capacidad de los adolescentes para una inclusión constructiva a la sociedad. De allí la importancia de reconocer la diferencia entre doctrina de situación irregular y protección integral, para resaltar “el paso de considerar a los adolescentes infractores, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales (situación irregular), a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables (protección

⁸⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Primera Edición (Quito, EC: Ediciones Abya-Yala, 2011), 121-2.

⁸⁸ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 371

integral)”⁸⁹, permitiendo garantizar el respeto y ejercicio de los derechos de los adolescentes y reconocer la naturaleza misma de las medidas.

Ello significa que se debe eliminar del sistema penal de adolescentes infractores los rasgos retributivos que son comunes en la teoría de la pena aplicados a los adultos. En su lugar, deben abundar los rasgos de rehabilitación y reinserción social. Así, por ejemplo, se buscaría la rehabilitación de las personas adolescentes que han sido sentenciadas y que presentan algún tipo de adicción o trastornos de salud mental, cuestión que debe analizarse caso por caso.⁹⁰ La reinserción supone que las medidas socioeducativas sirvan para que los sentenciados puedan trazarse y cumplir un proyecto de vida. Es decir, que la aplicación de las medidas sirva como una especie de transición hacia los sistemas de educación formal, salud, trabajo, organización política.

3. 2 Responsabilidad penal del adolescente infractor

La determinación de la responsabilidad penal por el cometimiento de un ilícito penal es una condición necesaria y obligatoria para la imposición de las medidas socioeducativas. Mediante la declaración de la responsabilidad de las acciones, la conciencia sobre los actos, el desarrollo integral y el respeto a la ley, por parte del adolescente. De allí que tenga que demostrarse, más allá de duda razonable, que los adolescentes infractores han producido un daño o puesto en peligro un bien penalmente protegido y ha existido un vínculo entre su voluntad, su conducta para cometerlo y sobre todo su comprensión del hecho. No obstante, los niños, niñas y adolescentes deben responder no como adultos sino como niños, niñas o adolescentes, de acuerdo a criterios de edad y proporcionalidad de las sanciones.

Así, por ejemplo, la edad mínima en el caso del Ecuador se ha establecido en 12 años, no queda claro el criterio del legislador para establecer la edad de 12 años como inicio de la adolescencia y su consecuente responsabilidad penal. Al parecer asumió que es una edad en la que se presume que inicia la adolescencia, y se adquiere cierta capacidad

⁸⁹ Emilio García Méndez, “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia”, en *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral*, Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores, ed., Primera edición, (Quito, EC: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 13.

⁹⁰ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Los sistemas de responsabilidad penal adolescente en las Américas”, OEA, 2012, <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>

de discernimiento. Aunque guarda correspondencia con los estándares emitidos por la Corte IDH y el Comité de los Derechos del Niño.

La responsabilidad es la condición que permite responder por las consecuencias éticas del propio actuar.⁹¹ Emilio García Méndez sostiene que la responsabilidad penal para adolescentes implica atribuirles, en forma diferenciada respecto de las personas adultas, las consecuencias de sus hechos que constituyen una infracción a la ley penal.

Asimismo, aclara que, siendo las leyes penales el punto de referencia común para personas adultas y adolescentes, el concepto antes referido, se caracteriza por tres puntos fundamentales: (i) los mecanismos procesales, (ii) el monto o años de las penas impuestas a los adultos difiere del monto de las medidas socioeducativas impuestas a los adolescentes y, (iii) el lugar físico del cumplimiento de la sanción o medida.⁹²

3. 3 Proporcionalidad de las medidas

En el proceso de determinación e individualización de las sanciones el juez debe tener en claro el principio de proporcionalidad de acuerdo a las circunstancias y la gravedad del delito, la edad, la menor culpabilidad por ser adolescente, circunstancias y necesidades del adolescente, las necesidades de la sociedad. En cualquier caso se debe buscar salvaguardar el interés superior del niño, niña o adolescente y buscar la reinserción familiar y social.⁹³ Por ello, las medidas puramente punitivas no son coherentes con los estándares de derechos humanos⁹⁴, así como por ejemplo, la prohibición de aplicación de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la aplicación de la pena de muerte⁹⁵, y la cadena perpetua, o la privación de libertad sin la posibilidad de que pueda salir o sea revisada de forma periódica su situación⁹⁶. Lo contrario, haría imposible la consecución de los fines para los que se crea el sistema penal de adolescentes infractores.

El principio de proporcionalidad encuentra armonía con el de mínima intervención penal, pues busca que la pena privativa de libertad sea el último recurso, en orden a los

⁹¹ Edson Seda, “El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Ramiro Ávila y María Belén Corredores, ed, primera edición, (Quito, EC: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 156.

⁹² Emilio García Méndez, Bases para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil en Derecho Ecuador, <http://www.derechoecuador.com>.

⁹³ Comité de los derechos del niño, *Observación general N° 8, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, 2006.

⁹⁴ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 40.1.

⁹⁵ *Ibíd.*, art. 37, a.

⁹⁶ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 25.

siguientes parámetros: (i) que el órgano judicial realice una interpretación estricta y garantista de los dispositivos jurídicos que regulan la privación de libertad, y, (2) que el órgano administrativo diseñe, construya y ejecute el conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad.⁹⁷ En ese sentido, el principio de proporcionalidad se convierte en un límite en la regulación de las penas (ámbito legislativo) y en su aplicación (ámbito jurisdiccional). El legislador “debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a los que se le asignan”⁹⁸, y, por otra parte, en el plano jurisdiccional, el principio actúa como un conjunto de reglas que permiten al juzgador adecuar al caso concreto la pena en función de la gravedad de la infracción, y a la personalidad del autor de acuerdo al juicio de reproche. Este tiene varios supuestos según la teoría final de la acción como son: la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta del infractor,⁹⁹ o desde la perspectiva de la imputación objetiva: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concrete en la producción del resultado y cuyas acciones se encuentren cubiertas por el alcance de la prohibición de la norma.¹⁰⁰ Las reglas de determinación de las penas permiten al juzgador un margen de discrecionalidad, que deberá ser utilizado bajo un concepto garantista de la proporcionalidad, lo que significa que la gravedad de las sanciones impuestas deberán guardar estricta relación con los hechos, la ley y con los sujetos a quienes se les impone.¹⁰¹

Así, la CIDN ha previsto que se impongan medidas como “el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”.¹⁰² Lo que significa que las medidas socioeducativas impuestas no sean más graves o de duración superior a las que corresponderían a un adulto por los mismos hechos, además que vayan establecidas en función de la capacidad de discernimiento del adolescente.

⁹⁷ Emilio García Méndez, *Ibíd.*

⁹⁸ Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, (Barcelona, ES: Bosch, 1976), 179.

⁹⁹ Nódier Agudelo, *Curso de Derecho penal Esquema del delito*, cuarta edición, (Medellín, EC: Ediciones Nuevo Foro, 2010), 134.

¹⁰⁰ Claix Roxin en Claudia López Díaz, “Zum Shutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten,” en *Introducción a la Imputación Objetiva*, primera edición y tercera reimpression (Bogotá, CO: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996), 80.

¹⁰¹ Sobre el Garantismo penal: Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición, (Madrid, ES: Editorial Trotta, 2009), 851-903.

¹⁰² ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 40.4.

3.4 Aplicación de las medidas socioeducativas

La aplicación o ejecución de las medidas socioeducativas debe hacerse desde un enfoque de los derechos de las personas sentenciadas, de la integración familiar y a la comunidad, siguiendo los fines de la justicia restaurativa. Es necesario que en un proceso de ejecución de la pena se incluya, a las familias, la comunidad y la sociedad civil organizada, con el fin de lograr una reinserción adecuada. Cuando la ejecución se realiza de forma aislada supone que el fin de la misma sea puramente retributivo. El apego con la familia y con la comunidad permite crear nuevos vínculos. Además, ello implica que los actores de la sociedad asumen sus responsabilidades para el respeto de los derechos de los adolescentes infractores, debido a la posición que remarca que la responsabilidad no es exclusivamente del Estado, sino que corresponde a todos.¹⁰³ Por otra parte, debe buscar reparar a las víctimas de los actos ilícitos cometidos por parte de los adolescentes¹⁰⁴. Ello va en concordancia con la necesidad de que el adolescente infractor asuma su responsabilidad, aunque la reparación debe realizarse ponderando el interés superior del niño, niña o adolescente.

El CONA establece en su artículo 385, los casos en los que proceden las medidas tanto privativas como no privativas de libertad, tomando en consideración la cantidad de años que en el COIP se sancionan las infracciones penales al adolescente atribuidas.

Tabla 4. Medidas no privativas de libertad

DELITOS	MEDIDA	TIEMPO
Delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de un mes hasta cinco años.	Imposición de reglas de conducta Orientación y apoyo psico socio familiar Servicios a la comunidad Libertad asistida Internamiento domiciliario Internamiento de fin de semana. Internamiento con régimen semiabierto.	Máxima: un año Mínima: un mes

¹⁰³ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 19.

¹⁰⁴ CIDH, *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, julio, 2011; Comité de los derechos del niño, *Observación general 10*, párr. 3, 10 y 17.

Delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años y hasta diez años.	Internamiento domiciliario Internamiento de fin de semana Internamiento con régimen semiabierto. Internamiento institucional de uno a cuatro años	Máxima: cuatro años Mínima: seis meses
Delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a diez años.	Amonestación e internamiento institucional.	Máxima: ocho años Mínima: cuatro años

Fuente: Código de la Niñez y Adolescencia.

Elaboración propia, 2018.

Adicionalmente y seis meses después de cumplir esta medida socioeducativa se realiza una evaluación integral que determina la necesidad de seguimiento y control de hasta dos años posteriores al cumplimiento de la medida. Para los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el juzgador especializado en adolescentes infractores impondrá además la obligación de que el adolescente asista a programas de educación sexual, como parte del tratamiento en la ejecución de las medidas socioeducativas. En el caso de las contravenciones, según lo que establece el artículo 384 del CONA, se aplicará la medida de amonestación al adolescente y llamado de atención a los padres, junto con las siguientes medidas: (i) imposición de reglas de conducta de uno a tres meses, (ii) orientación y apoyo psico socio familiar de uno a tres meses, (iii) servicios a la comunidad de hasta cinco meses.

En la aplicación de estas medidas, como ya nos hemos referido, debe primar la consideración del principio de interés superior, así como la idoneidad y la proporcionalidad de la sanción, con el fin de fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas, en función de sus necesidades de desarrollo y educación, procurando siempre que la aplicación de medidas privativas de libertad sea el último recurso. Toda medida socioeducativa propuesta no puede deslindarse del principio de interés superior del niño, debido a que es necesario protegerlo por su condición de vulnerabilidad.¹⁰⁵

3.4.1. Medidas socioeducativas no privativas de libertad

El instrumento de *soft law* que sirve de parámetro internacional para la aplicación de las medidas no privativas de libertad, es el de las Reglas de Tokio. Estas medidas son

¹⁰⁵ Corte IDH, *Sentencia, Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 225.

idóneas para que sean aplicadas a los adolescentes infractores, debido a que permiten conseguir los fines del sistema penal de adolescentes infractores, que es la participación del niño, niña o adolescente en la comunidad y la integración familiar. Además, buscan respetar los derechos de los niños, niñas o adolescentes que por su condición deben recibir medidas especiales. En cualquier caso, se deben ejecutar buscando un equilibrio entre la sociedad, los derechos del niño, niña o adolescente y los derechos de la víctima.

Estas medidas son la garantía del principio de excepcionalidad del sistema penal de adolescentes infractores, toda vez que impiden que se apliquen las medidas privativas de libertad, y están en armonía con los estándares internacionales en la materia.¹⁰⁶ Esto en el sentido de que la privación de libertad debe plantearse como una medida de último recurso.¹⁰⁷ El uso de las medidas no privativas de libertad garantiza una amalgama de derechos; no solamente el derecho a la libertad personal, sino que también el derecho a la vida, a la integridad personal, al desarrollo, a la vida familiar. Por ello, estas medidas buscan garantizar programas de educación, fortalecer la integración familiar y la participación en la comunidad.

La CIDH afirma que las medidas alternativas a la privación de libertad que más aplican en América Latina son: “a) los programas de libertad vigilada, b) las advertencias y amonestaciones, c) las reglas de conducta, d) los programas comunitarios, e) los programas individualizados de remisión, y f) las sanciones que implican una justicia retributiva.” Además, no todas las medidas alternativas a la prisión son acordes con los estándares internacionales, tal es el caso de la sanción de imposición de multas. Ello obligaría a los niños a trabajar, y al mismo tiempo su condición de vulnerabilidad aumentaría, o que los padres asuman la multa, lo que vulnera el principio que ordena la no trascendencia de la pena a otras personas que no sea el infractor.¹⁰⁸

El artículo 378 del CONA expresamente señala cuáles son las medidas socioeducativas no privativas de libertad. Las medidas que se apliquen a los adolescentes infractores se deben caracterizar por su flexibilidad y por su carácter no penal. Es decir, tienen que ser tomadas cuando otra forma de control no haya sido suficiente para proteger al bien jurídico que lesionara o pusiera en peligro un adolescente, además como ya hemos

¹⁰⁶ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 40.4.

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 80.

¹⁰⁸ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 5.3.

dejado señalado, se las debe imponer considerando el principio de mínima intervención penal y el de proporcionalidad.

Bajo estas consideraciones, el legislador ha establecido una división de las medidas socioeducativas, determinando medidas que, sin perder su carácter sancionador y educativo, no privan de la libertad a los adolescentes a quienes se les han impuesto.

Estas medidas incluso generan menos costo que la privación de la libertad. Los criterios que se manejan para su imposición van desde procurar que los modelos en que participe el adolescente tengan relación con la infracción cometida, identificando si el adolescente tiene un medio familiar idóneo que coadyuve con el control de la medida, así como introducir a la familia en modelos que fortalezcan sus capacidades parentales, de suerte que permitan mejorar su incidencia sobre las conductas de riesgo del adolescente y promuevan una comunicación e interrelación saludable, hasta procurar introducir al adolescente en el servicio de salud pública u otras instituciones gubernamentales que presten servicios necesarios para el tratamiento de adolescentes.

Como se había indicado los jueces de adolescentes infractores dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales son las autoridades competentes en el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la responsabilidad del adolescente infractores. En los cantones donde no exista un juez de adolescentes infractores, corresponderá el conocimiento de las causas a los jueces de familia, mujer niñez y adolescencia, como así lo determina el artículo 262 del CONA.

3.4.1.1 Amonestación

Es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador, no sólo al adolescente, sino también a sus padres o representantes legales o responsables, con la finalidad de que se comprenda la ilicitud de las acciones. El juez en un solo acto manifiesta de manera directa y clara, las razones de la ilicitud de los hechos cometidos; expone las consecuencias que, para el adolescente, la víctima y la sociedad han tenido o podrían haber tenido y recomienda acciones a seguir en el futuro. El juez debe hacer referencia a la normativa nacional, a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales que sancionen o cuestionen el hecho cometido, pero sin utilizar lenguaje que afecte la autoestima o dignidad del adolescente. El juez, por otra parte, deberá recordar a los responsables del adolescente sus responsabilidades y deberes respecto a la educación y vigilancia de su hijo o pupilo.

3.4.1.2 Imposición de Reglas de conducta

Es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social. Su objetivo es introducir en las actividades cotidianas del adolescente, modificaciones y restricciones de conducta y responsabilidades, con el fin de cambiar su comportamiento para promover su mayor bienestar. Esta medida es compatible con los derechos de niñas, niños y adolescentes siempre y cuando sea parte de un proceso participativo y que tome en cuenta las condiciones sociales y la opinión del adolescente.

3.4.1.3 Orientación y apoyo psico-social familiar

Consiste en obligar al adolescente, a sus padres, representantes legales o responsables a participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social. Esta norma, más que una medida socioeducativa, es de seguridad, puesto que busca introducir al adolescente en un modelo psico-terapéutico, terapia psicológica o psiquiátrica, para superar, desde procesos de desequilibrios leves, hasta disfunciones significativas de la psiquis o adicciones al alcohol o sustancias estupefacientes.

Como ya lo habíamos advertido, en el caso de trastornos mentales, debe ser necesariamente impuesta una medida que asegure la integridad física y psíquica del adolescente que haya cometido una infracción como consecuencia o resultado de su trastorno, ordenando su internamiento en un centro médico psiquiátrico o psicológico, y por el tiempo estrictamente necesario, realizándose evaluaciones periódicas de las condiciones de salud. En el caso de las adicciones, las medidas a imponerse no pueden ejecutarse sin el consentimiento del adolescente, caso contrario se deberá imponer otro tipo de medida, lo cual no se encuentra regulado en la ley.

Por otra parte, estas medidas buscan involucrar a la familia en terapias de orientación y de apoyo de capacidades parentales, u otras que determine la autoridad judicial. Para su aplicación, se podrán utilizar terapias individuales como también grupales, tanto para el tratamiento del adolescente, así como el de su familia. En tanto

que esta medida tenga la participación de profesionales especializados es compatible con los derechos de niños, niñas y adolescentes.

3.4.1.4 Servicio a la Comunidad

Son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juez, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus actividades académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reporten. Su objetivo es lograr que, mediante la realización de trabajos comunitarios, las o los adolescentes resarzan a la comunidad el daño causado, y se involucren en su proceso de responsabilización por la conducta infractora. Para la CIDH, este tipo de programas son los más adecuados para conseguir los fines de las medidas socioeducativas y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los programas de servicio a la comunidad deben estar supervisados independientemente de a quién esté dirigido o quién sea el responsable. Ello evitará cuestiones de explotación infantil. Deben también tener límites, de tal forma que no se vea afectada la vida educativa, familiar y el desarrollo del niño, niña o adolescente.

Además, la participación de terceras personas no debe afectar la evaluación del desempeño del niño, niña o adolescente.¹⁰⁹ Por último, debe buscarse que esta medida no sea en labores infamantes que afecten la integridad moral del adolescente.

3.4.1.5 Libertad asistida

Es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes. Su objetivo es ejecutar la libertad asistida con intervenciones orientadas hacia la reparación, reinserción e integración de la o el adolescente, mediante vigilancia y seguimiento. Según la CIDH este

¹⁰⁹ CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 325.

tipo de programas es lo que más se usa en América Latina, pues incluye que un profesional mantenga contacto con el niño, la comunidad y la familia.¹¹⁰

3.4.1.6 Responsables de la ejecución de las medidas socioeducativas no privativas de la libertad

En Ecuador, la aplicación de las medidas no privativas de libertad corresponde al Estado, que lo realiza mediante el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Integral para Adolescentes Infractores y la Dirección de seguimiento de medidas socioeducativas no privativas de libertad para adolescentes infractores quien, por su competencia, es responsable de poner en marcha este proceso y proponer la forma en que las Unidades Zonales aplican, coordinan, dan seguimiento y monitoreo a la ejecución de las medidas no privativas.¹¹¹

Para la aplicación se establecen acciones de cooperación interinstitucional e interministerial que permitan responder con servicios a las demandas de los adolescentes y sus familias. Las Unidades de Desarrollo Integral de Adolescentes Infractores se encargan de analizar la situación, de seleccionar y asignar a la institución pública o privada que dispone del programa, profesionales y equipamiento necesario que asegure la ejecución de la medida socioeducativa no privativa de la libertad.¹¹² Cada Unidad Zonal estará conformada por un líder de equipo, un trabajador social, un psicólogo clínico y un abogado.

3.4.2 Medidas socioeducativas privativas de la libertad

Ahora corresponde revisar la aplicación de las medidas privativas de libertad que se imponen a los adolescentes infractores, las mismas que deben ser impuestas luego de haber analizado la posibilidad de aplicar solamente las medidas no privativas de la libertad, a través de un análisis de legalidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Las reglas de La Habana sobre las medidas privativas de libertad en adolescentes infractores son las que contienen los estándares internacionales para aplicarlas. Para la CIDH la privación de libertad es:

¹¹⁰ *Ibíd.*, párr. 316.

¹¹¹ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, del 03, de enero de 2003, art. 377.

¹¹² *Ibíd.*, art. 391.2.

“Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”¹¹³

Según esta definición, no se pierde el derecho a la libertad solamente cuando se ingresa a un centro de rehabilitación social o cárcel, sino que también cuando los adolescentes son internados en instituciones. Eso ha sido reflejado en los instrumentos internacionales de derechos humanos,¹¹⁴ que ordenan que la medida de privación de libertad debe considerarse de *última ratio*, por el tiempo más corto posible, sin privar de la libertad de forma ilegal o arbitraria. Por ello, en cualquier caso que exista la privación de libertad deben aplicarse los principios reconocidos en los estándares de derechos humanos, tales como: (i) medio físico apto para la rehabilitación y resocialización, (ii) recibir escolaridad obligatoria, (iii) a la salud, (iv) comunicación con familiares, amigos, organizaciones, (v) carácter excepcional del uso de la coerción y la fuerza, (vi) medidas disciplinarias compatibles con la dignidad humana, (vii) dirigir quejas a la administración central, (viii) inspección con profesionales capacitados. Todas esas medidas hacen que la privación de libertad no vulnere los derechos del niño, niña y adolescente.

A continuación, vamos a revisar algunos principios que han sido reconocidos por la CIDH, para el uso y la guía de las medidas privativas de la libertad, entre otros la

¹¹³ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; ONU, “Reglas de la Habana”, regla 11.b.

¹¹⁴ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 37.

excepcionalidad, proporcionalidad, la duración, la revisión periódica, el contacto con la familia y la comunidad, entre otros.¹¹⁵

3.4.2.1 Excepcionalidad

La privación de libertad de los adolescentes debe usarse como una medida de último recurso durante el tiempo más breve posible.¹¹⁶ Por ello, es necesario que el juzgador en primer término de privilegio a las medidas que no son privativas de libertad, o incluso se someta al adolescente a mecanismos no judiciales. Además, las penas privativas de libertad deben ser aplicadas solamente a los ilícitos penales que por su naturaleza son más severos. Incluso cuando se trata de infracciones penales tipificadas, la orientación debe ser por las medidas no privativas de libertad que deben ser priorizadas y estar disponibles cuando el juzgador toma la decisión.

De esa forma, el principio de excepcionalidad, no solo busca proteger el derecho a la libertad personal, sino todos los derechos interdependientes como la vida, el desarrollo, entre otros, debido a que “la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad”¹¹⁷ Según la CIDH, menciona que los jueces en América Latina tienen la discrecionalidad de escoger entre las medidas privativas y no privativas de libertad, pero que optan por las primeras, incluso porque en algunos casos no existe presupuesto para financiar la ejecución de las medidas no privativas.

3.4.2.2 Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad debe ser garantizado por el juez al momento de la determinación e individualización de la sanción en la sentencia. Por ello, el principio se relaciona con las circunstancias en las que se encuentra el niño y la infracción cometida¹¹⁸, de tal forma que, si el daño no es grave, la pena debe ser leve. En este caso, se está hablando del principio de proporcionalidad de las penas, y no estrictamente del principio de proporcionalidad como test para verificar la vulneración de derechos. En ese

¹¹⁵ CIDH, *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, párr. 336

¹¹⁶ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 37.b.; ONU, “Reglas de Beijing”, regla 19; ONU, *Reglas de la Habana*, regla 2.

¹¹⁷ Comité de derechos del niño, “Observación General N° 10”, 345.

¹¹⁸ ONU, “Convención internacional de los derechos del niño”, art. 40.4.

sentido, este principio busca que “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”¹¹⁹. Así, la medida privativa de la libertad debe estar justificada por la conducta del adolescente y la lesividad de la infracción.

Así también, al momento de imponer la sanción debe tenerse en cuenta “la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del adolescente, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”¹²⁰ Por ello, una respuesta puramente punitiva de restricción de la libertad no está en conformidad con los estándares de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

3.4.2.3 Duración

La medida privativa de libertad debe ser impuesta después de un análisis de excepcionalidad y proporcionalidad, durante el tiempo más breve posible, garantizando los derechos de los niños de acuerdo a sus condiciones de edad, sexo y características individuales. Por ello, se ha previsto una edad mínima de 12 años para que los niños puedan ser sometidos al sistema penal de adolescentes infractores. El plazo máximo de duración debe ser lo más breve posible. Por tanto, se prohíbe la pena de muerte, y la cadena perpetua debe tener la posibilidad de excarcelación conforme se expresa en la CIDN.¹²¹ Al respecto, la posibilidad de excarcelación debe ser real, por lo que la prisión debe estar sometida a una revisión periódica, aunque “la condena de un menor a cadena perpetua, aún con la posibilidad de puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores”¹²².

Por ello, el análisis del juez al momento de decidir la duración de la privación de libertad debe ser guiada por los principios internacionales que regulan el sistema penal de adolescentes infractores. Ello permitirá alcanzar los fines de rehabilitación y resocialización. La duración excesiva de la privación de libertad atenta contra el principio de brevedad reconocido para los adolescentes infractores.

¹¹⁹ Corte IDH, *Sentencia, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

¹²⁰ Comité de los derechos del niño, *Observación General N° 10*, párr. 71

¹²¹ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 37.

¹²² Comité de los derechos del niño, *Observación General N° 10*, párr. 77

3.4.2.4 Revisión periódica

Para dar cumplimiento a los principios de brevedad es necesario que exista un mecanismo de revisión periódica de las medidas privativas de libertad. De allí, que de haber cambiado las circunstancias del adolescente y no ser necesaria la reclusión es obligación de los Estados ponerlos en libertad, sin importar si han cumplido la totalidad de la pena impuesta, es lo que se conoce con el nombre de libertad anticipada.¹²³ Los programas de libertad anticipada tienen una variedad de formas, tales como permisos para visitar a las familias y la comunidad en días señalados para el efecto, la sustitución de la privación de libertad con otras medidas no privativas de libertad.

3.4.2.5 Comunicación con la familia y la comunidad

Para cumplir con los fines de las medidas de rehabilitación y resocialización es necesario que los adolescentes infractores tengan contacto con la familia y la comunidad, de lo contrario perdería sentido el sistema penal de adolescentes infractores. De allí que, siguiendo al principio de excepcionalidad, los jueces deben tratar de no separar a los niños de su familia como regla general. Deben hacerlo solamente si es absolutamente necesario para garantizar el interés superior del adolescente, en cuyo caso la separación será excepcional y temporal. Esto tiene concordancia con el deber que tiene el Estado de procurar la unidad familiar y fortalecer los lazos familiares, para que sea la familia la que promueva la resocialización del menor. En el caso de menores privados de la libertad, la unidad familiar puede garantizarse mediante las salidas, las visitas, entre otras. Así, el derecho a las visitas obliga a los Estados a brindar espacios adecuados para que la familia pueda visitar al menor, por ejemplo, cerca del lugar de residencia y origen del menor y la familia¹²⁴.

La comunicación con la sociedad debe buscar que el niño, niña o adolescente pueda acceder a la educación y la formación profesional dentro de la comunidad. Por ello, los centros de privación de libertad de adolescentes deben establecer programas de acercamiento a la comunidad.

¹²³ ONU, *Convención internacional de los derechos del niño*, art. 25; ONU, “Reglas de Beijing”, regla 28.1.

¹²⁴ Comité de los derechos del niño, *Observación General n° 10*, párr. 87-90; ONU, “Reglas de la Habana”, regla 61.

3.4.2.6 Formas de privación de libertad

En Ecuador se reconocen varias formas de privación de libertad, previstas en el artículo 379 del CONA, que determina las medidas socioeducativas privativas de libertad que se detallan en la siguiente tabla.

Tabla 5. Formas de privación de libertad

Forma de privación de libertad	Descripción
Internamiento domiciliario	Restricción parcial de la libertad por la cual el adolescente no puede abandonar su hogar, excepto para asistir al establecimiento de estudios, de salud y de trabajo.
Internamiento de fin de semana	Restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente estará obligado a concurrir los fines de semana al centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo
Internamiento con régimen semiabierto	Restricción parcial de la libertad por la que el adolescente ingresa en un centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo.
Internamiento Institucional	Es la privación total de la libertad del adolescente que ingresa en un centro de adolescentes infractores, sin menoscabo de la aplicación de los programas establecidos para su tratamiento. Ésta medida se desarrolla bajo tres regímenes: Cerrado, Semiabierto, Abierto

Fuente: Código de la Niñez y Adolescencia.

Elaboración propia, 2018.

3.4.2.7 Responsables de la ejecución de las medidas socioeducativas privativas de libertad

En el Ecuador funcionan once centros para las y los adolescentes que han infringido la ley penal. De estos, dos son para mujeres y nueve para hombres¹²⁵. Los centros funcionan mediante un modelo de atención integral socio-pedagógico que ha sido elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y que se encuentra implementando con el fin de desarrollar una política pública de protección a las y los adolescentes infractores que ingresan a los Centros. El modelo de atención integral socio-psico-pedagógico, elaborado en el 2010 y actualizado al 2014, es un proceso en el cual se desarrollan y activan: teorías, conocimientos, experiencias y herramientas para aportar al

¹²⁵ *El Telégrafo*, “Los once centros de adolescentes infractores registran el 18,3% de hacinamiento”, 30 de abril de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/hacinamiento-centros-menores-infractores>

adolescente en la construcción de su proyecto de vida que le asegure superar su situación de conflicto con la ley penal. Reconoce al adolescente como sujeto de derechos y al Estado como responsable de su protección integral.

3.4.2.8 Condiciones de los centros de internamiento institucional

Los Centros de Adolescentes Infractores, son instituciones encargadas del cumplimiento de las medidas cautelares o medidas socioeducativas privativas de libertad.

Actualmente son administrados por el MJDHC, pero pueden ser administrados por entidades públicas o privadas, de conformidad con los convenios suscritos para el efecto, los cuales deberán garantizar el cumplimiento de los objetivos y condiciones señaladas en la normativa nacional e internacional.¹²⁶ Para garantizar la protección integral de los adolescentes infractores, los centros cuentan con tres secciones como son: 1) Sección de Internamiento provisional, para adolescentes que ingresan por efecto de una medida cautelar; 2) Sección de orientación y apoyo para el cumplimiento de medidas socioeducativas de internamiento de fin de semana e internamiento de régimen semiabierto; 3) Sección de internamiento para el cumplimiento de medidas socioeducativas de internamiento institucional de régimen cerrado¹²⁷. Dentro de las secciones determinadas en los numerales 2 y 3 deben existir cuatro subsecciones así: a) para los adolescentes menores de 15 años; b) para los adolescentes entre 15 y 18 años; c) para los mayores de 18 años de edad y hasta 24 años; y, d) para los mayores de 24 años de edad.

Además, los CAIS acogerán a adolescentes de un mismo sexo o, a falta de Centros para cada sexo, deberán estar los ambientes totalmente divididos. Los Centros deben mantener un modelo arquitectónico de una casa familiar, con dormitorios, baños, cuarto de estudios o de uso múltiple, sala, comedor y jardín. Los Centros deben ser lugares seguros para las y los adolescentes y el personal que labora con ellos. Deben garantizar el derecho de ser protegidos de amenazas, de violencia, de chantajes, de asaltos, de maltratos, de abusos sexuales, etc., casos en los que se podría ver expuesto un adolescente, dentro de su internamiento y que ponga en riesgo su salud física o mental, o su integridad personal. Cada Centro cuenta con reglas que deben ser previamente conocidas a su ingreso por los adolescentes; reglas que deben ser seguidas voluntariamente, lo cual

¹²⁶ Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, art. 376.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 393.

garantizará una convivencia armónica entre los adolescentes y los funcionarios que trabajan en los CAIS. Las reglas deben ser revisadas permanentemente, con el fin de evitar que ellas vulneren derechos de los adolescentes, así como del personal.

Los Consejos Nacionales para la Igualdad, son los órganos responsables de asegurar la plena vigencia y ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En materia de niñez y adolescencia, según lo que establece el artículo 156 de la Constitución, será el Consejo Intergeneracional, sin embargo, aún está pendiente la ley de igualdad y no discriminación que cree efectivamente los Consejos Nacionales para la Igualdad.

Por otra parte, el artículo 341, inciso tercero de la Constitución establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte de este sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias. En ese sentido el Plan Nacional del Buen Vivir es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de recursos públicos. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los otros sectores, conforme lo expresa el artículo 280 de la Constitución.

En relación a los adolescentes infractores, la Política 6.4 del Plan 2013-2017, asegura que el Estado consolidará la transformación del sistema de rehabilitación, protegiendo los derechos de las personas privadas de libertad, con énfasis en los grupos de atención prioritaria, implementando un modelo de atención integral y promoviendo acciones de reinserción social para las personas puestas en libertad. Por otra parte, la Política 6.9 garantiza el combate y erradicación de la violencia y el abuso contra niñas, niños y adolescentes, mediante la implementación de medidas socioeducativas para adolescentes infractores que garanticen sus derechos.¹²⁸

Es la Subsecretaría de Desarrollo Integral para Adolescentes Infractores, perteneciente al Viceministerio de Atención a personas privadas de la libertad del Ministerio de Justicia, la responsable del manejo de todo cuanto tiene que ver con la protección de las y los adolescentes que han infringido la ley penal, debe garantizar el

¹²⁸ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017*, www.buenvivir.gob.ec revisado el 26 de octubre de 2015

desarrollo integral de los adolescentes infractores, administrar, evaluar y controlar los procesos técnicos relacionados sobre la base de la política pública y la normativa legal vigente, en armonía con los Instrumentos internacionales. Esta Subsecretaría cuenta con cuatro Direcciones: De desarrollo Integral y medidas socioeducativas para adolescentes infractores; de Inserción Social o Acogimiento para adolescentes infractores; de seguimiento de medidas socioeducativas no privativas de libertad para adolescentes infractores, y de Seguridad y tratamiento para adolescentes infractores. Por otra parte, la Subsecretaría coordina directamente con los CAIS, para la implementación y aplicación de las políticas públicas, orientada siempre desde la Doctrina de la Protección Integral, de suerte que toda acción que se desarrolle vaya encaminada a asegurar la garantía de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, desde tres líneas estratégicas de acción: prevención, atención para la reinserción familiar y social, y exigibilidad. Estas líneas marcan el trabajo que deben ejecutar los Centros, al ingreso de los adolescentes infractores.

3.4.2.9 Atención integral socio-psico-pedagógico

Conforme el Modelo de Atención Integral socio-psico-pedagógico para ser aplicado en los Centros de Internamiento de Adolescentes Infractores, la metodología de atención integral socio-psico-pedagógica orienta el trabajo del personal de los Centros a cargo de desarrollar el proceso socio-psico-pedagógico con las y los adolescentes ingresados en los Centros. Su objetivo es ofrecer estrategias y herramientas de atención y el acompañamiento efectivo y apegado a la garantía y a la plena vigencia de los derechos humanos de las y los adolescentes que cumplen medidas cautelares y socioeducativas de internamiento, internamiento de fin de semana y con régimen semiabierto en los CAIS.

La metodología se define como: participativa, experiencial y lúdica. Por otra parte, se establecen cuatro fases de la metodología de atención integral. Fases que se integran por un conjunto de procedimientos, herramientas y acciones que se ejecutan algunas de forma individual y otras simultáneamente. Estas fases son: (i) análisis y conocimiento de la situación del adolescente, (ii) proceso pedagógico educativo. (iii) aprestamiento para la salida, (iv) seguimiento post internamiento / post salida. Además, se regula por los siguientes principios.

3.4.2.10 Igualdad y no discriminación

A ninguna niña, niño o adolescente se le podrá negar o conceder como privilegio el acceso a un derecho, argumentando su condición social, religión cultura, edad o sexo. Todos tienen la posibilidad de acceder a sus derechos. Consecuentemente las políticas sociales deben estar encaminadas a garantizar la equidad y la justicia. El principio de equidad, por otra parte, está vinculado con el compromiso que tiene el estado a desarrollar los mandatos constitucionales en procura de lograr la equidad y la inclusión social.

3.4.2.11 Protección Integral

Bajo este principio se busca garantizar que todas las normas y políticas públicas estén afinadas a la doctrina de la protección integral, que persigue garantizar que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, por lo tanto, es responsabilidad del estado, la comunidad y la familia, crear y garantizar condiciones que aseguren el ejercicio pleno de sus derechos y garantías que permitan ese ejercicio.

3.4.2.12 Interés superior

El modelo está desarrollado fundamentalmente con base en lo establecido en el artículo 44 primer inciso de la Constitución, que establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán el desarrollo integral de los adolescentes, asegurando el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo principalmente a su interés superior.

3.4.2.13 Prioridad Absoluta

Este principio establece la necesidad de que el Estado debe cumplir con sus responsabilidades con la niñez y adolescencia, antes que con cualquier otro sector de la población o área de desarrollo social y económico.

3.4.2.14 Corresponsabilidad

Todos los sujetos del modelo tienen responsabilidad en garantizar el reconocimiento de los derechos, el Estado y la comunidad debe asegurar la formulación de políticas públicas que permitan establecer planes, programas y proyectos que

posibiliten el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y no como objetos de protección y tutela. La comunidad debe crear espacios seguros que garanticen su adecuado desarrollo y la familia debe exigir y demandar a quien amenace o vulnere el acceso o el incumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3.4.2.15 Justicia restaurativa

Busca la reconciliación en lugar del castigo. El modelo utiliza actividades como círculos de discusión sobre la paz, el trabajo terapéutico, para que el adolescente comprenda y asuma que cometió una infracción; círculos de reflexión en la familia, que permitan ampliar las relaciones basadas en el respeto y el diálogo entre sus miembros.

3.4.3 Incumplimiento de las medidas socioeducativas no privativas y privativas de libertad

Según señala el Modelo para la gestión y aplicación de medidas socioeducativas no privativas de la libertad para adolescentes infractores:

En caso de incumplimiento, conforme el artículo 387 del CONA, de las medidas socioeducativas de imposición de reglas de conducta, orientación y apoyo psico-socio familiar o servicio a la comunidad, el juzgador impondrá la medida de libertad asistida o internamiento domiciliario por el tiempo restante a la medida inicial.

En caso de incumplimiento de las medidas socioeducativas de libertad asistida, internamiento domiciliario, internamiento de fin de semana e internamiento con régimen semiabierto, el juzgador impondrá la medida socioeducativa inmediatamente superior por el tiempo restante de la medida inicial.

El coordinador presentará al juez de adolescentes, los informes de incumplimiento de la medida, emitidos por el equipo técnico del Centro de Adolescentes Infractores o de la Unidad Zonal de desarrollo integral de adolescentes infractores, quien luego de comprobar concisamente dicho incumplimiento por causas imputables al adolescente, impondrá la medida superior.

Cuando el adolescente se fugue del establecimiento, será procesado por el delito de evasión, sin perjuicio de que, al ser aprehendido nuevamente, cumpla el tiempo faltante de la medida inicial,¹²⁹ siempre y cuando esta medida no hubiere prescrito, según las reglas establecidas en el Art 334a del CONA.

El último inciso del Art. 274 del COIP, como observamos, establece una sanción al propio privado de libertad que evada su encierro, lo cual no se encontraba contemplado en la anterior norma penal ecuatoriana, que fue derogada según lo estableció la Disposición derogatoria primera del COIP, la misma que registraba tal acto típico en el Capítulo XI denominado De La Evasión¹³⁰. En este capítulo se establecían seis artículos que iban desde el Art. 307 al 312 inclusive, en los cuales no se establecía la posibilidad de sancionar al propio evasor de su encierro. Incluso, la evasión resultaba impune si la posibilitaban ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos del prófugo y sus afines en los mismos grados.

En la legislación de niños, niñas y adolescentes anterior a la reforma registrada por el COIP, conforme ya lo hemos mencionado, no se contemplaban sanciones penales a los adolescentes evasores, tan sólo sanciones en el ámbito disciplinario, tal cual a lo que se establecía en el Código Penal para el caso de los adultos. La evasión no puede ser merecedora de sanción penal por parte de quien, estando encerrado, alcance evadir por cualquier medio su encierro, o en nuestro caso una medida socioeducativa, ni siquiera en el campo disciplinario administrativo, puesto que nadie está privado de su libertad por voluntad propia, y resulta justo que todo ser humano busque alcanzar su libertad a cualquier costo.

Por otra parte, el abrir un proceso en contra de un adolescente que evadió la medida socioeducativa impuesta, desnaturaliza el fin de las medidas, tratando a éstas como verdaderas condenas penales.

Resulta entonces, una excesiva ampliación del ejercicio del poder punitivo el que el legislador penal haya establecido un tipo penal que sancione al evasor de su propio encierro; y, más aún, en el caso de los adolescentes infractores, cuya legislación debe priorizar su interés superior y la proporcionalidad de las medidas

¹²⁹ Modelo para la gestión y aplicación de medidas socioeducativas no privativas de la libertad para adolescentes infractores, publicado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en el año 2014.

¹³⁰ Código Penal Ecuatoriano, publicado en el Suplemento del registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971.

frente al hecho que, como hemos dejado señalado, resultaría un ideal por demás justo de todo ser humano privado de su libertad en cualquier forma, el buscar su libertad, y cuyo bien jurídico lesionado sería discutible y cuestionado en un ejercicio de ponderación frente a cualquier otro derecho, y más aún si consideramos la utilización del derecho penal como último recurso.

Por otra parte, cuando el adolescente sentenciado llegará a la mayoría de edad, continuará con la medida socioeducativa impuesta. Si es una medida socioeducativa privativa de libertad, permanecerá en una sección especial en el mismo Centro de adolescentes infractores, según lo establece el artículo 388 del CONA. Existe la posibilidad de una denominada salida emergente, conforme así lo señala el artículo 389 del CONA, cuando es necesaria la atención médica especializada, cuando ésta no puede ser proporcionada en el Centro, así como para acudir al sepelio de sus ascendientes o descendientes, su cónyuge o pareja en unión de hecho, o para visitarlos en el lecho de enfermedad grave. Las mencionadas salidas se realizarán bajo la vigilancia de la policía especializada en niñez y adolescencia.

En definitiva, en este Capítulo se analizan las medidas socioeducativas y su aplicación, en la medida que se relacionan con la responsabilidad y el principio de proporcionalidad como eje rector en su aplicación en el régimen de adolescentes infractores. Así, se describe a cada una de las medidas y la responsabilidad de cada uno de los órganos del sistema de protección y juzgamiento de adolescentes infractores.

Conclusiones

El presente trabajo se plantea el objetivo de analizar en tres niveles la problemática del funcionamiento de la política de juzgamiento de los adolescentes infractores en el Ecuador. Respecto del primer nivel se hace referencia a los principales instrumentos internacionales de derechos de niños, niñas y adolescentes, en el cual se ha comprobado desde la formalidad, que existe una implementación y desarrollo de la doctrina de la protección integral y políticas particulares más progresistas en gran parte de la normativa.

Luego, en un segundo nivel, a nivel doctrinal ocurre algo parecido a lo anterior: la implementación en la normativa es, al menos, formal.

Finalmente, en el tercer nivel que se planteó, se revisó la normativa constitucional e infraconstitucional y se comprobó que, formalmente, los estándares estaban incorporados al régimen de juzgamiento de adolescentes infractores.

También, se identifica, de manera específica, algunas conclusiones que surgen del análisis propuesto. De esta manera, el principal fundamento de la existencia de un derecho penal y procesal de adolescentes infractores es precisamente la edad de aquellos para quienes está concebido. Para establecer la culpabilidad penal de una persona, la edad es determinante, puesto que permite distinguir su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y la transgresión al ordenamiento jurídico. Por esta razón, y cumpliendo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Ecuador considera en su legislación, Código de la Niñez y Adolescencia, que hasta la edad de doce años los adolescentes son inimputables. Por lo tanto, no es posible exigir se declaren responsables por la comisión de infracciones penales aquellos niños o niñas que no han alcanzado los doce años de edad. Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la legislación penal de adultos, estarán sujetos a medidas socioeducativas por su responsabilidad, de acuerdo con los preceptos establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Por otra parte, pese a que históricamente los ordenamientos jurídicos tratan con cierta distinción a los niños, niñas y adolescentes, su tratamiento era de carácter tutelar, compasivo, fundamentado en una concepción de minoría de edad, según la cual las personas no gozan de plena capacidad. Con la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño, la comunidad internacional reconoce y proclama que los niños, niñas y adolescentes no son simples objetos del derecho, sino que se convierten en sujetos de

derecho, capaces de ser considerados titulares de todos los derechos inherentes a su condición de seres humanos, pasando de ser objetos de conmiseración a ser sujetos de consideración. Por otra parte, esa consideración se plasma en el concepto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo incluso, que sus derechos prevalecen por sobre el derecho de los demás.

Además, el interés superior no es sino otra cosa que el reconocimiento a los niños, niñas y adolescentes, de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, a todas las personas. El interés superior del niño debe entenderse entonces como el respeto a los derechos y garantías fundamentales, reconocidas por el ordenamiento jurídico, pero con énfasis a la expresión *superior* para distinguir una posición de preferencia de los derechos de la infancia, por sobre los derechos de los adultos. Por otra parte, el interés superior en el marco de un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos y garantías de los niñas, niños y adolescentes, debe entenderse como el reconocimiento de que el niño, niña o adolescente es *distinto* (desde el punto de vista psicológico y biológico) del adulto. Consecuentemente, las consideraciones jurídicas deben responder a esa diferencia.

Sin embargo, el derecho penal y procesal de adolescentes infractores, debe adecuarse a las exigencias que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se prevé en la Convención y la Constitución de la República. Sin embargo, no se puede hablar de un derecho penal sustantivo de adolescentes, puesto que la legislación de niños, niñas y adolescentes sólo se limita a realizar algunas adecuaciones del derecho penal de adultos en su parte general, y a las especificidades propias.

Esto nos lleva a entender que, en cuanto al derecho procesal, el Código de la Niñez y Adolescencia establece un proceso especial, pues se distingue de adultos, por varios aspectos que lo caracterizan que parten de la consideración del principio del interés superior, en el proceso penal de adolescentes infractores. El proceso penal acoge algunas instituciones y mecanismos procesales que permiten distinguirlo del proceso penal de adultos, como la especialización de los sujetos que intervienen en el proceso, la facultad exclusiva de investigación a cargo de la fiscalía, así como formas de terminación anticipada, como la conciliación, la mediación penal, suspensión del proceso a prueba y la remisión judicial y fiscal.

No obstante, entre las exigencias derivadas del interés superior están las de la especialidad de los sujetos que intervienen en el proceso. Se requiere que los sujetos que intervienen en el proceso de adolescentes tengan una formación especializada que les

acredite los suficientes conocimientos para ejercer su trabajo, en función de las especificidades propias del proceso de adolescentes y la relación con éstos. Sin embargo, la especialidad sólo se puede afirmar que existe en cuanto al juez de primera instancia, puesto que ni por el juez superior encargado de conocer los recursos, ni por el resto de sujetos que intervienen en el proceso, se contempla especialización alguna.

Por lo tanto, se prohíbe la acusación particular, más se garantiza la participación de la víctima en el proceso y la interposición de recursos por parte de ésta cuando lo crea necesario en defensa de sus intereses. La presencia de la víctima y su justo afán vindicativo, colisiona con el interés superior del adolescente infractores, puesto que el proceso debe ser reservado, y si bien es cierto que las víctimas tienen derechos, la utilización mediática de ellos, ocasiona que se proyecte al adolescente como el energúmeno que lesionó un bien jurídico protegido penalmente, sin interesar su condición y entendimiento de su conducta. Consecuentemente, iniciado un proceso, conlleva fundamentalmente el reconocimiento al adolescente infractor de los derechos y garantías de defensa. El interés superior determina que dichos derechos y garantías vayan en función de las necesidades propias del adolescente infractor. Sin embargo, no se establece el reconocimiento expreso de una adecuada asistencia psicológica y afectiva durante el desarrollo del proceso por parte de sus familiares y de los operadores de justicia o funcionarios de las oficinas técnicas.

En todo caso, el CONA establece como objeto de las medidas cautelares asegurar la inmediación del adolescente con el proceso y su eventual responsabilidad civil o la de su representante, lo cual coincide con el objeto de las medidas cautelares de carácter personal para los adultos, pese al esfuerzo en buscar diferenciarlas. Se establecen una serie de medidas cautelares, sin determinar las condiciones que deben existir para que el juez las imponga de manera motivada. En cuanto a la medida de internamiento preventivo, se hace una distinción en función de la edad del infractor y el acto cometido para emitirla: sólo se podrá ordenar internamiento preventivo de los adolescentes entre doce y catorce años de edad, siempre que existan indicios sobre la existencia de infracciones de acción pública y su autoría y complicidad, en actos de robo, con resultado de muerte, homicidio, asesinato, femicidio, sicariato, violación, secuestro extorsivo, genocidio, lesa humanidad y delincuencia organizada. Para los adolescentes mayores de catorce años se podrá ordenar el internamiento preventivo, cuando se presuma su participación en delitos cuya sanción sea más de cinco años. Bajo consideraciones a la escasa gravedad de las infracciones, en el proceso penal de adultos se garantiza la

posibilidad de que se aplique el principio de oportunidad por parte del agente de persecución penal estatal. Sin embargo, en las normas procesales del CONA, no se cuenta con aquel principio, no obstante, el carácter supletorio del COIP, permitiría su aplicación por parte de los fiscales de adolescentes infractores, como ejercicio de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción.

De todas maneras, el juzgamiento y aplicación de las medidas socio-educativas a los adolescentes infractores pertenecientes a comunidades indígenas, aún por hechos cometidos en sus comunidades, se deben ajustar a lo dispuesto en el CONA, lo cual viola lo establecido en el artículo 171 de la Constitución de República, que garantiza el ejercicio de las funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Por ende, como algunas opciones de política criminal establecidas en el CONA, está la posibilidad de acogerse a varios mecanismos de terminación anticipada del proceso como la conciliación, la mediación penal, la suspensión del proceso a prueba, así como la remisión fiscal y judicial.

Pero vale la pena recalcar que las medidas socioeducativas tienen como finalidad la protección y el desarrollo de los adolescentes infractores, garantizando su educación, integración familiar e inclusión constructiva a la sociedad, promoviendo todos sus derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. Las medidas socioeducativas se dividen en privativas y no privativas de libertad, teniendo consideraciones especiales para la imposición de cada una de ellas, en función de la edad del adolescente infractor y de la pena establecida para cada tipo penal.

En definitiva, este trabajo recopiló hallazgos generales respecto del régimen penal para adolescentes infractores, donde se pudo identificar los principios, procedimientos y algunas de las problemáticas más importantes respecto de la gran política de protección de niños, niñas y adolescentes aplicada al juzgamiento especializado de los adolescentes.

Para esta tesis, no obstante, y tal como ya se lo expresó en la introducción de este trabajo monográfico, no se realizó el estudio de casos o el estudio particular de un caso, lo cual sería un objetivo posterior a la realización de esta tesis. La investigación cualitativa, en todo caso, se realizó respecto de la normativa en varios niveles y es, apenas, un diagnóstico que deberá profundizarse en posteriores esfuerzos de investigación cualitativa.

Finalmente, el trabajo que se presenta en esta ocasión no es suficiente para agotar las diversas perspectivas extra normativas para el análisis del régimen de adolescentes

infractores. Aún queda por explorar otras variables de investigación en dos vías. Por una parte, en la aplicación de metodologías cualitativas con investigación de campo utilizando otras herramientas y técnicas de investigación que logre agotar un enfoque más cualitativo, y, por la otra, agotar otros objetos de investigación relacionados con el tema aquí presentado. Uno de los objetos de investigación que es necesario asumir de inmediato es encontrar las razones institucionales por las que los principios y normas de protección no se cumplen a cabalidad; y, a continuación, es necesario investigar sobre las condiciones reales de exclusión en las que los adolescentes infractores sobreviven dentro del régimen.

Bibliografía

Libros

- Agudelo, Nódier. *Curso de Derecho penal Esquema del delito*, cuarta edición, Medellín: Ediciones Nuevo Foro, 2010.
- Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. “Guía para la defensa pública y la protección integral de los privados de libertad”. 29 de enero de 2014. En *Registro Oficial EE 110* de 18 de marzo de 2015.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, Primera Edición. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- Beloff, Mary, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, comps. Emilio García y Mary Beloff, pag. 161 a la 180 Bogotá, CO: Temis, 1998.
- Cillero, Miguel, “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño” en *Justicia y derechos del niño*. Chile: UNICEF, 2005.
- , *Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el derecho penal de adolescentes chileno*, Unidad de Defensa Penal Juvenil. Chile: Editorial Defensoría de Chile, 2008.
- Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Vigésima Quinta Edición y Tercera Reimpresión en castellano. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.
- Edson Seda. “El nuevo paradigma de la niñez y el niño en América Latina”, en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, Ramiro Ávila y María Belén Corredores editores, primera edición, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 156.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- García Andrade, José Antonio. “Política Criminal y Edad Penal”, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: EDERSA, 1993.
- García Méndez, Emilio. “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia”, en *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral*, Ramiro Ávila Santamaría y María Belén

- Corredores editores, primera edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- , "Bases para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil" en Derecho Ecuador", en Derecho Ecuador, <http://www.derechoecuador.com>
- Mancebo, Isabel Germán y Ocáriz Passevant, Estefanía. "Menores Infractores/Menores Víctimas: Hacia la ruptura del círculo victimal", en *Revista EGUZKILORE*, número 23. 2009.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Modelo de Atención Integral Socio-Psico-Pedagógico para ser aplicado en los Centros de Adolescentes Infractores*, 2014.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal parte general*. Cuarta edición. Barcelona: PPU. 1996.
- , *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976.
- Nils Christie. "Los conflictos como pertenencia". Conferencia pronunciada el 31 de marzo de 1976 en la Universidad de Sheffield, publicada como *Conflicts as prosperty en The British Journal of Criminology* Vol. 17 No. - 1, en enero de 1977.
- , *Una sensata cantidad de delito*, primera edición, traducida por Cecilia Espeleta y Juan Iosa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Philip Rice. *Desarrollo Humano. Estudio del ciclo vital* (Prentice Hall Press Iberoamérica: 1997).
- Rojas Lizama, D. "Elementos de contexto sobre filosofía y niñez" en *Infancia, Educación y Aprendizaje (IEYA)*. Vol. 1, N° 1, pp. 17.
- Tamarit Sumalla, Josep M. "Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la víctima", en *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona: Indriet, 2013.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. Buenos Aires: EDIAR, 2002.
- , *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2011.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Referido al Libro Primero Parte General, Primera Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Tratados y documentos internacionales

OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 25, Res 27/08/1979 N° 17955.

ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 1. Resolución 44/25.

-----. *Reglas mínimas de naciones unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijín”*, 20 de noviembre de 1985.

-----. *Reglas mínimas de naciones unidas para medidas no privativas de libertad “Reglas de Tokio”*, diciembre de 1990.

-----. *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil “Directrices de Riad”*, 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/112.

-----. *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 1998.

UNICEF, “Imputabilidad de los adolescentes”,
<https://www.unicef.org/uruguay/spanish/unicef-edad-imputabilidad.pdf>

Sentencias Corte IDH

Ecuador Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002.

Ecuador Corte IDH, “Sentencia”, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 105

Ecuador Corte IDH, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”.

Ecuador Corte IDH, “Sentencia”, caso Las Palmeras, 06 de diciembre de 2001.

Legislación

Ecuador, *Código de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 03 de enero, 2003.

Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento Codificación 10, del 24 de junio de 2005.

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

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento del Registro Oficial 180, 10 febrero, de 2014.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*. Suplemento del Registro Oficial 544,
9 de marzo de 2009.