

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La vulneración de derechos de los adolescentes en la modificación del régimen semiabierto en la provincia de Loja periodo 2014-2018

Johanna Vanessa Merino Bermeo

Tutora: Adriana Victoria Rodríguez Caguana

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Johanna Vanessa Merino Bermeo, autora de la tesis intitulada “La vulneración de derechos de los adolescentes en la modificación del régimen semiabierto en la provincia de Loja periodo 2014-2018”, 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 Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

31 de marzo de 2021

Firma: _____

Resumen

La Constitución de la República establece que el Estado debe prestar una especial protección a las personas en condición de vulnerabilidad. En este marco de protección de los derechos se encuentran los adolescentes privados de su libertad. Este grupo de atención prioritaria es el objeto de estudio de la presente investigación, a quienes se les aplica la justicia juvenil prevista en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia que contiene el sistema de medidas socioeducativas cuya finalidad es rescatar al adolescente de conductas ilícitas, que conozca las consecuencias de sus actos, se eduque y se reintegre a la sociedad con un criterio de servicio, trabajo y respeto al derecho de las demás personas. Sin embargo, la norma jurídica especializada desde la reforma del 2014 recopila un criterio legislativo, que de acuerdo a la prevalencia que exige la Constitución, carecería de eficacia jurídica. El contenido de las disposiciones legales vigentes se aparta de garantías básicas del debido proceso que garantiza la norma constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos a favor de los adolescentes privados de libertad. De acuerdo al sistema de protección de derechos humanos que gestiona la comunidad internacional, se analiza la normativa jurídica para que los adolescentes privados de libertad ejerzan su derecho a la revisión periódica de la medida socioeducativa que modifique el encierro por una medida menos restrictiva de movilidad. Se expone las preocupaciones y recomendaciones al Estado, para evitar vulneración de derechos humanos los adolescentes en condición de vulnerabilidad. Los adolescentes que cumplen internamiento institucional en el Centro de Adolescentes Infractores Varones de la provincia de Loja, ejercen su derecho a ser escuchados y comparten la vulneración de derechos que se producen durante el 60% de la ejecución de la medida socioeducativa, periodo mínimo para acceder a régimen menos restrictivo de libertad.

Palabras clave: adolescente infractor, medida socioeducativa, revisión periódica, justicia juvenil, protección internacional del adolescente, proporcionalidad, criminología

A la memoria de mi padre Juan Emilio,
A mi hijo Juan Emilio y mi familia.
A los niños del Centro de Adolescentes Infractores Loja.

Agradecimientos

Mi gratitud a los Docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar por su excelente participación y enseñanza en la Maestría de Derecho Penal, de manera especial a la Dra. Adriana Rodríguez por su guía académica para concluir la investigación.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero Justicia juvenil.....	17
1. Antecedentes históricos de la adolescencia	17
2. Persona adolescente.....	20
3. Adolescente infractor en el ámbito legal	21
4. Principios y derechos de protección de los adolescentes infractores	22
5. Garantías básicas de los adolescentes privados de libertad.....	24
6. Principios del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	26
6.1. Principio de igualdad y no discriminación.....	26
6.2. Principio de corresponsabilidad	30
6.3. Principio del interés superior del niño.....	30
7. Medidas socioeducativas para adolescentes infractores	32
8. Sistema de ejecución de las medidas socioeducativas de los adolescentes.....	33
8.1. Finalidad de las medidas socioeducativas	34
8.2 Equivalencia de la finalidad de las penas y las medidas socioeducativas.....	35
8.3. Medidas socioeducativas privativas de libertad	38
8.4. Cambio de régimen de las medidas socioeducativas: cerrado, semiabierto y abierto.....	39
9. Derecho a la revisión periódica de la privación de libertad: caso Mendoza vs. Argentina	40
Capítulo segundo Protección internacional del adolescente infractor.....	43
1. Normativa internacional de protección para los adolescentes infractores.....	43
2. Sistema internacional de derechos humanos de los adolescentes infractores	46
2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	47
2.2. Observaciones del Comité del PIDCP a Ecuador, 2016	48
2.3. Observaciones del Comité contra la Tortura al Ecuador, 2016.....	48
2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	49
2.5. Convención sobre los Derechos del Niño	50
2.6. Observación General No. 24 del Comité de Derechos del Niño.....	52
2.7. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a Ecuador	53
2.8. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores	55

2.9. Las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de los adolescentes infractores.....	57
3. Principios desarrollados por los mecanismos internacionales de derechos humanos	57
4. Revisión periódica de la medida socioeducativa.....	59
Capítulo tercero Diálogo entre los argumentos del legislador, la realidad de los adolescentes infractores en el CAI de Loja y la criminología en justicia juvenil	61
1. Principales argumentos de la Asamblea Nacional para la reforma del 2014	61
2. Vulneración de derechos de los adolescentes en el CAI de Loja	68
3. Análisis de los pronunciamientos de la Asamblea Nacional en relación con la situación de los adolescentes internados en el CAI Loja.....	80
4. Régimen semiabierto: adolescente que cumplió el 60% de la medida socioeducativa de privación de libertad.....	82
5. Enfoque político criminal y criminología para la justicia juvenil	84
5.1 Referencia de la criminología y el sistema penal para la justicia juvenil	87
5.2 Presupuestos de las teorías de la desviación para comprender la delincuencia juvenil.....	93
5.3 Sentencia indeterminada en justicia juvenil: Luis Jiménez de Asúa.....	97
5.4 Enfoque político criminal para los adolescentes	99
6. Criterios de culpabilidad e imputabilidad en justicia juvenil	104
6.1 Elementos de la culpabilidad.....	107
6.2 Imputabilidad relativa de los adolescentes.....	108
Conclusiones y recomendaciones.....	111
Bibliografía.....	115
Anexos.....	119
Anexo 1: Régimen jurídico aplicable a los adolescentes infractores	119
Anexo 2: Instrumentos internacionales relevantes	120
Anexo 3: Votación de la Asamblea Nacional para el COIP y reforma del CONA.....	122
Anexo 4: Entrevista Dr. Crosby Saúl Valarezo, Juez de la Unidad Judicial Loja.....	123
Anexo 5: Entrevista al Dr. Luis Erasmo Samaniego, Juez de la Unidad Judicial Loja	125
Anexo 6. Situación de hacinamiento de los CAI en 2018.....	130
Anexo 7: Ingreso, tiempo cumplido y por cumplir de los adolescentes.....	131
Anexo 8: Opinión de aspectos básicos de los adolescentes entrevistados	132

Introducción

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP)¹ en el año 2014 extendió su alcance al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA)² reformando, entre otros temas, las medidas socioeducativas de internamiento institucional aplicable a los adolescentes infractores, para lo cual se realizaron cambios tanto las diferentes modalidades de ejecución como los parámetros que deben tenerse en cuenta para su modificación.

A partir de dichas reformas legales, en la presente investigación se hace un estudio, tanto de la normativa vigente como la anterior, sobre las medidas socioeducativas y cambios del internamiento institucional y la posible revisión periódica. Además, se determinará cuáles fueron las discusiones y argumentos del legislador al momento de discutir la reforma, qué relación existe entre derechos y principios reconocidos en los instrumentos internacionales y qué estándares se han establecido a nivel internacional, mediante el estudio de la situación actual de los menores del Centro de Adolescentes Infractores Varones de la provincia de Loja.³

Después de la reforma mencionada, se modificó las exigencias para el cambio de régimen socioeducativo, pues ahora se exige al adolescente infractor haber cumplido obligatoriamente el 60% del internamiento institucional cerrado para acceder a un régimen menos restrictivo de libertad, como es el caso del régimen semiabierto o el régimen abierto, en su orden. En ese contexto es importante investigar si el Estado ecuatoriano, a través de sus centros de internamiento institucional, ha cumplido con la finalidad de las medidas socioeducativas.

Adicionalmente, en la investigación se establecerá la relación que existe con los principios que rigen el tratamiento de los adolescentes infractores y las normas y requisitos vigentes en el Ecuador. A nivel internacional se exige el internamiento como medida excepcional, que debe aplicarse durante el menor tiempo posible. En la investigación se evidencia que no se cumple la revisión periódica del internamiento institucional, puesto que el adolescente debe haber cumplido el 60% de la medida

¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

² Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.

³ En lo adelante CAI de la provincia de Loja o simplemente CAI.

socioeducativa de internamiento impuesta. Durante ese tiempo no tiene derecho a que se revise periódicamente la privación de libertad para evaluar un posible cambio.

En ese contexto, brevemente descrito, se realizó la siguiente pregunta-problema de investigación: ¿Cómo el régimen jurídico sobre adolescentes infractores y su práctica actual vulneran derechos de los menores en el Centro de Adolescentes Infractores varones de la provincia de Loja?

Como hipótesis se considera en el estudio que la reforma del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia⁴ (CONA) discrimina la condición de los adolescentes infractores, al tratarlos como si fueran adultos que cumplen un castigo punitivo de privación de libertad. La mayor rigidez de los requisitos ha impedido en la práctica efectivizar a favor del adolescente infractor, el principio de revisión periódica y aplicación del internamiento institucional por el menor tiempo posible como garantía del debido proceso penal establecido en la Constitución ecuatoriana y en los instrumentos internacionales.

Para responder esa interrogante se han delimitado los siguientes objetivos:

1. Identificar aspectos históricos y generales de la justicia juvenil y del adolescente infractor.
2. Sistematizar los principios, observaciones y recomendaciones del derecho internacional a favor de los derechos humanos del adolescente infractor.
3. Conocer la discusión de la Asamblea Nacional respecto al sistema de ejecución de las medidas socioeducativas y como ha repercutido en los adolescentes que cumplen medidas socioeducativas de internamiento institucional en el CAI varones de la provincia de Loja.

Desde una perspectiva metodológica, para cumplir los objetivos planteados y responder a la pregunta de investigación se hace un estudio basado en distintos métodos integrativos de la problemática socio-jurídica en el área penal, como el método documental, para analizar obras de doctrina jurídica constituida por libros y artículos científicos, de instrumentos internacionales y de la legislación vigente en el Ecuador. Como métodos particulares de investigación se aplicaron los de análisis y síntesis, método jurídico-comparado, histórico-jurídico y el de análisis exegético, lo que permitieron hacer un estudio exhaustivo del tema y llegar a conclusiones sobre la vulneración derechos de los menores en el Centro de Adolescentes Infractores varones de la provincia de Loja.

⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, Registro Oficial de 3 de enero de 2003.

Para obtener los datos empíricos que corroboran ese resultado se aplicó una metodología cualitativa, la cual tiene como técnica de investigación el cuestionario en forma de entrevistas que fue respondido por los adolescentes infractores entrevistados, quienes actualmente cumplen medida socioeducativa de internamiento institucional. Los adolescentes manifestaron su opinión sobre las posibles afectaciones a sus derechos, la necesidad de revisión periódica de la medida y la posibilidad de un cambio antes de que se cumpla el 60% que es el límite actual. El análisis de la posible violación de derechos de los adolescentes en la modificación del régimen semiabierto en la provincia de Loja se desarrolla en tres capítulos, los cuales responden a los objetivos y metodología planteados en esta investigación.

El primer capítulo se refiere a la evolución histórica de la justicia juvenil y del adolescente infractor, así como las exigencias antes y después de la reforma del régimen aplicable en el Ecuador realizado en el año 2014. Esto supone algunas dificultades para que el adolescente infractor pueda acceder al beneficio del cambio de medida socioeducativa de internamiento institucional. El objetivo de este capítulo es sistematizar algunos antecedentes del tratamiento legal de la adolescencia, analizar los rasgos de la persona adolescente y los principios que rigen su protección a nivel internacional y cómo están configurados en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador.

En el segundo capítulo se estudia el sistema interamericano de derechos humanos de protección del adolescente infractor privado de libertad, así como derechos de aplicación del menor tiempo posible y revisión periódica de las medidas socioeducativas de internamiento institucional. Esto con el fin de garantizar una justicia juvenil restaurativa. Además, se enuncia las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas a favor del adolescente infractor emitidas al Estado en el año 2017.

El objetivo de ese estudio de alcance internacional es precisar cuáles son los estándares vigentes para el tratamiento del adolescente infractor y los compromisos adquiridos por el Estado ecuatoriano al suscribirlos, con énfasis en los principios de excepcionalidad del internamiento y la revisión periódica de la medida socioeducativa, a través de los cuales el Estado debe garantizar el principio de interés superior y la doctrina de la protección integral recogidos en la Constitución de 2008.

En el tercer capítulo se expone un análisis de las actas de debate de la Asamblea Nacional, previo a las reformas del CONA, para determinar los principales argumentos que justificaron la modificación del régimen de tratamiento a los adolescentes infractores

en cuanto a la duración de las medidas socioeducativas de internamiento y su no revisión periódica; esos argumentos se contrastan con la situación actual en que se encuentran los adolescentes infractores del Centro de Adolescentes Infractores Varones de la provincia de Loja que cumplen internamiento institucional, donde se aplica un régimen severo que no se corresponde con los principios y estándares internacionales.

De igual manera se recopiló el criterio de jueces especializados en adolescentes en conflicto con la ley penal. Se les entrevistó sobre el sistema actual de ejecución de las medidas socioeducativas de internamiento institucional, las ventajas e inconvenientes que representan para la socialización de los adolescentes y sus manifestaciones concretas en el Centro de Adolescentes Infractores Varones de la provincia de Loja.

Capítulo primero

Justicia juvenil

En este capítulo se hace un análisis del desarrollo histórico de la justicia juvenil como marco general de interpretación de la justicia especializada aplicable a los adolescentes infractores, así como de los principios que rigen esa justicia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que son el principio de igualdad y no discriminación, el de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, y el principio de interés superior del niño.

El objetivo es identificar algunos antecedentes del tratamiento legal de la adolescencia, analizar los rasgos de la persona adolescente, los principios que rigen su protección a nivel internacional y su configuración jurídica en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador, y los tipos de medidas socioeducativas aplicables, con énfasis en las privativas de libertad.

1. Antecedentes históricos de la adolescencia

El Dr. John W. Santrock, en su obra *Psicología del desarrollo en la adolescencia* señala que durante el siglo IV A.C en la antigua Grecia, Platón y Aristóteles fueron quienes aportaron los primeros criterios filosóficos de la adolescencia. Según Platón la adolescencia se atribuye a la edad en la cual el niño se desinteresa por los juegos infantiles y dedica preferencia al estudio de las matemáticas para desarrollar su capacidad intelectual. Por otro lado, para Aristóteles la adolescencia es una etapa en la cual se generan habilidades, destrezas, capacidad de elección, egocentrismo, autodeterminación, suposición de saber todo y posibilidad de desenvolverse de forma autónoma en el medio que lo rodea.⁵

En ese contexto inicial, la autodeterminación del adolescente se entiende como la capacidad de participar y desarrollarse individualmente en un entorno social más amplio que la familia, prescindiendo de la presencia paternal para vincularse con los demás. Posteriormente, en la Edad Media, durante el siglo XVIII, los niños eran tratados como adultos en miniatura y sometidos a estrictas condiciones de disciplina.⁶ El profesor Farith

⁵ John W. Santrock, "La naturaleza del desarrollo adolescente, en *Psicología del desarrollo en la adolescencia* (Dallas: Mc Graw Hill, editorial 2004), 4.

⁶ *Ibíd.*, 5.

Simón amplía datos históricos de la edad medieval y señala particularidades de Grecia, Roma, Cristianismo y Renacimiento.

Según Simón, en Grecia existían privilegios de educación solo para los hijos de los ciudadanos, pues se excluía de este beneficio a los hijos de quienes en aquel entonces eran considerados como esclavos. Por otra parte, en Esparta se permitía estrictas prácticas de disciplina que preparaban a los niños para la guerra. Las condiciones de exigencia eran tan estrictas que se legalizó la muerte de los niños que, por enfermedad o defecto, como señala el autor, no podían ser sometidos a la formación.

En Roma, también se legalizó el aborto, el infanticidio y la concesión de la patria potestad con poder absoluto a los jefes de familia, pues era el padre quien tenía el poder de decidir o no respecto de la vida de sus hijos. En el periodo de Constantino, la paternidad dejó de ser un derecho absoluto y se convirtió en un deber de asistencia y protección a los niños a través de reconocimiento de la dignidad humana que promulgaba el cristianismo. Sin embargo, las condiciones extremas de pobreza de esa época obligaron a los niños de 5 años de edad en adelante a trabajar en actividades productivas al servicio de clases sociales favorecidas; además, eran sometidos a excesivos castigos físicos.

Finalmente, durante la época del Renacimiento hubo cambios y preocupación por la niñez, se reconoció como menor a quienes cumplían 25 años, y además aumentó el interés por su educación.⁷ El psicólogo John Santrok señala que el último aporte filosófico del siglo XVII, corresponde al filósofo francés Jean Jacques Rousseau, quien concluyó que durante la adolescencia, a partir de los 12 años el niño, considerado el niño en su aspecto masculino, experimenta un comportamiento de curiosidad por lo desconocido; y de 15 a 20 años el adolescente desarrolla su madurez emocional y el interés por las demás personas. Este criterio no científico, coincide con el aporte filosófico de Platón, que también consideró que la adolescencia tiene etapas definidas del desarrollo.⁸

El psicólogo y pedagogo Stanley Hall Granville efectuó estudios científicos y determinó que el desarrollo de un niño se produce por factores fisiológicos genéticamente determinados, y que la adolescencia “es una etapa turbulenta dominada por los conflictos y cambios anímicos”⁹ que se inicia a los 13 y culmina 10 años después. Estos antecedentes filosóficos demuestran que la adolescencia es la etapa en la cual el niño no solo cumple

7 Farith Simón Campaña, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención Sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2008), 33.

⁸ Santrok, “La naturaleza del desarrollo adolescente”, 5.

⁹ *Ibíd.*

su proceso de crecimiento innato, sino que percibe su entorno, reacciona, experimenta y se comporta de acuerdo a su conocimiento y condiciones ambientales que generar en el adolescente un estado de estrés, ansiedad y cambios repentinos en su forma de actuar. Los límites de edad de la adolescencia que se establecen de acuerdo a dichos estudios pueden alcanzar los 20 y 23 años, un margen superior a las consideraciones actuales.

En 1928, la antropóloga Margaret Mead, en su interés por estudiar la adolescencia, instauró un proceso de investigación a un grupo de adolescentes en la isla Samoa del Pacífico Sur y determinó que la naturaleza de la adolescencia es sociocultural; por lo tanto, un ambiente favorable para el adecuado desarrollo del adolescente depende de la cultura, costumbres, libertades o restricciones del entorno en el cual se desenvuelve.¹⁰

Sobre el enfoque de turbulencia y estrés de la adolescencia, propuesto por el psicólogo Hall, la antropóloga Mead concluye que durante esta etapa de vida las culturas que permiten a los adolescentes más libertad para realizar actividades laborales, conocer temas de sexualidad y demás roles de los adultos contribuyen al desarrollo de una adolescencia libre de estrés y turbulencias. Por otro lado, concluye que, el estado tormentoso de la adolescencia obedece a las costumbres y tradiciones conservadoras que restringen la participación del adolescente para conocer y realizar actividades de las personas adultas.¹¹

El criterio científico sociocultural fue rechazado por investigaciones posteriores, puesto que, indistintamente de la permisividad o restricción que den las culturas a los adolescentes, puede generarse en esta etapa de la vida experiencias conflictivas o libres de turbulencias. Entre 1890 y 1920 surge un interés social, político y económico por los adolescentes. En Norteamérica, el Estado incluyó en su presupuesto los recursos para atender la educación de los jóvenes y creó leyes¹² para obligar la asistencia a los centros académicos. Esta prioridad se vio afectada durante la Gran Depresión o crisis financiera mundial de 1929, pues el Estado consideró que los adolescentes por su inmadurez psicológica no generaban ningún aporte a la sociedad.

Sin embargo, durante la Segunda Guerra Mundial sin considerar la referida inmadurez psicológica, los adolescentes fueron reclutados e ingresados al servicio militar y a las fábricas industriales para trabajar. Aquella imposición estatal empezó a desvanecerse en 1941, cuando apareció la televisión en Norteamérica y una vez terminada

¹⁰ Santrock, *La naturaleza del desarrollo adolescente*, 4.

¹¹ *Ibíd.* 41.

¹² *Ibíd.* 6.

la guerra hubo un cambio de prioridades enfocadas el estudio, la formación profesional y el trabajo bien remunerado para disfrutar de lujos, viajes, comodidad y diversión que ofertaban los medios televisivos.¹³

Hay que tener en cuenta que EEUU segregó a los adolescentes afroamericanos en el ejercicio del derecho a la educación hasta el año 1944,¹⁴ sin importar que los jóvenes de aquella época anhelaban una profesión para tener mejores condiciones de vida.¹⁵ El interés por la educación de los jóvenes, promovió en los gobiernos occidentales adoptar las mismas estrategias americanas para aprobar leyes y presupuestos destinados a fomentar la educación de los adolescentes de forma obligatoria.

En conclusión, según el autor Santrock, se puede definir a la adolescencia como una etapa de desarrollo en la cual se generan cambios físicos y psicológicos en la persona que ha transitado por la niñez.¹⁶ El adolescente puede experimentar una etapa de curiosidad por descubrir emociones nuevas, comportamientos variados de estrés o pasividad, espontáneos. Es significativo tener en cuenta esta definición de los científicos respecto a los cambios físicos y emocionales que presentan las personas adolescentes en un estadio de la vida para determinar el tipo de protección que se necesita.

2. Persona adolescente

Según el psicólogo Santrock, adolescente es la persona, que aproximadamente desde los 12 años de edad experimenta procesos biológicos, cognitivos y socioemocionales propios del desarrollo. El fundamento para determinar esa edad es el proceso biológico que se caracteriza por cambios físicos como aumento de peso, estatura, cambios propios de la pubertad, herencia genética. Los procesos cognitivos, implican cambios en el pensamiento y la inteligencia del adolescente.

El desarrollo de la personalidad, emociones y su relación con otras personas son parte de los procesos socioemocionales. También puede influir durante el desarrollo del adolescente factores psicológicos como la confusión emocional, las dificultades para interactuar con otros adolescentes, los pensamientos distorsionados y un aprendizaje inadecuado, por encontrarse en una situación transitoria entre la niñez y la vida adulta, que

¹³ Mary Beloff, "Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular." En *Memorias del Seminario Internacional Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes* (México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006), 100-102.

¹⁴ Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de estado de EE.UU. *Libres al fin*, (Washington: Departamento de Estado, 2008), 21.

¹⁵ John W Santrock, "La naturaleza del desarrollo adolescente", 6

¹⁶ *Ibíd.*, 13.

influye en su comportamiento en general, determinado por diversos factores como el tipo de relación que mantienen con los adultos y con otras personas de su entorno social y familiar.¹⁷

Los “factores históricos, económicos, sociales y culturales”¹⁸ de guerras, discriminación, pobreza, falta de educación, ausencia de padres, violencia, conflictos armados entre otros, pueden afectar el desarrollo psicológico del adolescente. Esta afectación puede ocasionar que el adolescente sin conocer o conociendo el efecto de sus actos, adecúe la conducta a una infracción penal cuya consecuencia jurídica es la imposición de una medida socioeducativa de carácter legal, que puede privar la libertad del adolescente; y subsidiariamente se genera un estereotipo de peligro y rechazo a los adolescentes infractores por parte de la sociedad.¹⁹

3. Adolescente infractor en el ámbito legal

Lo anterior sirve para analizar el tema de la edad como presupuesto de consecuencias jurídicas para la persona, así como las razones de carácter científico que deben tenerse en cuenta para fijarla tanto en los instrumentos internacionales como en la legislación nacional. La Convención Sobre los Derechos del Niño es la norma jurídica más relevante y específica en el marco de tratados e instrumentos internacionales a favor del adolescente. El artículo 1 de la Convención da una definición específica de niño y en forma concreta señala que niño es la “persona menor de dieciocho años”²⁰; por lo tanto, niño y adolescente tiene la misma consideración de protección sin importar su edad. El límite se fija antes de los dieciocho años.

El ámbito de protección de la norma internacional, es general no distingue beneficios entre niños y adolescentes, tampoco distingue razones de edad, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica de ellos o de su familia. En conclusión, se entiende que adolescente es el niño que no ha cumplido la mayoría de edad.

La normativa internacional otorga la misma definición a todas las personas menores de 18 años. El Código de la Niñez y Adolescencia, por su parte, establece una diferencia de edad, entre niños y adolescentes. Señalando que adolescente es la persona

¹⁷ John W Santrock, “La naturaleza del desarrollo adolescente”, 376.

¹⁸ *Ibíd.*, 11.

¹⁹ *Ibíd.*, 13.

²⁰ ONU Asamblea General, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, artículo 1, resolución 44/25.

entre 12 y menor de 18 años de edad. La Convención utiliza el término menor para referirse al adolescente infractor o al niño que está en conflicto con la ley penal. En su normativa define al menor como la persona “titular de todos los derechos de los que son titulares los adultos más algunos derechos específicos justificados por la condición de persona en crecimiento.”²¹ Es decir, reconoce a los niños los mismos derechos de las personas adultas en conflicto con la ley y añade derechos específicos por su edad.

La Constitución de la República del Ecuador en los artículos 35 y 44 señala la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia para promover la atención prioritaria y especializada, el desarrollo integral y ejercicio pleno de los derechos de los adolescentes. Los adolescentes gozan de los derechos comunes del ser humano, más derechos específicos de su edad se consagra en el artículo 45 de del texto constitucional. En este contexto, los adolescentes que cometan las infracciones previstas en el Código Orgánico Integral Penal tienen las mismas garantías básicas del derecho al debido proceso de las personas adultas en conflicto con la ley penal, más derechos específicos por su edad, inimputabilidad y administración de justicia.

4. Principios y derechos de protección de los adolescentes infractores

Los principios y derechos de protección de los adolescentes infractores se reconocen y garantizan en la norma de Derecho constitucional, internacional y en el ordenamiento jurídico interno. Los principios son las directrices jurídicas que ordenan el funcionamiento de una actuación o decisión para garantizar derechos de dos o más intereses en discusión. Robert Alexy se refiere a ellos como “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”²²

Para los adolescentes infractores rige el principio de un sistema de medidas socioeducativas que se aplicarán solo por el menor tiempo posible y cuando sea estrictamente necesario. Este fin se satisface con la determinación de la medida idónea, necesaria e interdisciplinariamente aplicada que busca la resocialización del adolescente. El seguimiento y verificación de la socioeducabilidad del adolescente será causa

²¹ Mary Beloff, *Derecho, Infancia y Familia* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2000).

²² Robert Alexy, “La estructura de las normas de derecho fundamental”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 68.

suficiente para cesar la aplicación de la medida. Por lo tanto, la aplicación de una medida socioeducativa que no satisfaga ningún objetivo o se mantenga cuando haya fenecido su necesidad tiene como consecuencia la ilegalidad de la medida.

En este sentido, el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana de 2008²³ determina los principios aplicables para satisfacer el ejercicio de los derechos de los adolescentes infractores, entre los que se pueden mencionar la igualdad de todas las personas en el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, con exclusión expresa de cualquier forma de discriminación y la obligación de Estado de adoptar medidas de acción afirmativa para reducir las desigualdades históricas.

Otro de los principios es la aplicabilidad directa de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sin necesidad de que sean desarrollados en la ley, el principio de progresividad de los derechos y su carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y de igual jerarquía; con base en esos principios el Estado debe respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, creando las condiciones materiales e institucionales para ello.

El principio de especialidad para el tratamiento de adolescentes infractores se determina en el artículo 175 y 186 del texto constitucional, en correspondencia con las exigencias de los instrumentos internacionales sobre los derechos de los adolescentes infractores que se analizan más adelante. El texto literal de ese artículo es el siguiente:

Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.²⁴

La Corte Constitucional del Ecuador interpretó el principio de especialidad en adolescentes infractores. Lo hizo para asegurar este principio y dispuso diferenciar la competencia del Juez de Familia o Multicompetente para conocer sólo la etapa de instrucción y preparatoria de juicio y la competencia del Juez Especializado, independiente e imparcial para conocer y resolver la etapa de juicio del adolescente.²⁵

²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

²⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 175.

²⁵ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores” en juicio No. 9-17-CN/19, 09 de julio de 2019.

En el marco de los derechos de los adolescentes infractores se atiende el principio del interés superior del niño y su prioridad sobre las demás personas, pues presentan una condición de doble vulnerabilidad. Además, se garantizará el derecho de comunicarse con la familia, entrevistarse con la defensa, declarar el trato que recibe, contar con recursos humanos y materiales necesarios para la salud integral y el derecho al debido proceso en procedimientos que resuelvan la situación jurídica de un adolescente infractor.

Según el jurista alemán Robert Alexy los derechos de protección son “los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”²⁶. Es decir, la función del Estado es adoptar acciones positivas fácticas o normativas que delimiten la exigibilidad de los derechos de los sujetos jurídicos de igual jerarquía.

En este contexto, la acción positiva del Estado se ejerce cuando se garantiza a los adolescentes sujetos a medidas socioeducativas de internamiento institucional el derecho de alimentación, educación, vida digna, salud, recreación, comunicación familiar. Por otro lado, la acción negativa es prohibir actos de aislamiento, penas, tratos crueles e inhumanos, privación de libertad sin orden judicial o permitir el internamiento preventivo por más tiempo del legalmente permitido.

5. Garantías básicas de los adolescentes privados de libertad

Considerando que los adolescentes infractores privados de libertad tienen las mismas garantías de las personas adultas más algunos derechos específicos por su condición de desarrollo, se deduce las garantías de la norma constitucional aplicadas a favor de los adolescentes en los siguientes términos:

- Para asegurar la comparecencia a juicio de un adolescente, se priorizará la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y solo cuando sea estrictamente necesario el internamiento preventivo en un centro institucional autorizado.
- El ingreso de un adolescente a un centro de internamiento institucional será solo con la orden emitida por el juez.
- Los adolescentes que sean aislados, tendrán derecho a conocer de forma clara la razón de su detención, identidad del juez, y demás personal vinculado en el procedimiento.

²⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 398.

- Derecho a acogerse al silencio, derecho a la defensa particular o pública, derecho a comunicarse con algún familiar.
- Comunicación al representante consular en caso que el adolescente sea extranjero.
- Ningún adolescente será incomunicado, ni aislado como sanción disciplinaria.
- El adolescente tiene derecho a la defensa que incluye ser informado de las acciones y procedimientos realizados en su contra e identidad del juez y personal responsable del procedimiento; derecho al silencio; y por ende no será forzado declarar en su contra sobre asuntos que agraven su situación legal.
- No podrá ser llamado a declarar contra su familia, ni viceversa salvo que sea lo más favorable para el adolescente.
- El internamiento preventivo no será superior a 90 días
- El adolescente recobrará inmediatamente su libertad cuando el Juez dicte sobreseimiento o sentencia absolutoria.
- Los adolescentes infractores cumplirán el internamiento institucional solo en centros autorizados.
- El juez dispondrá medidas alternativas al internamiento institucional y se agotará la aplicación de formas anticipadas de terminación del proceso.
- La norma constitucional determina una garantía específica para asegurar el derecho al debido del adolescente privado de libertad.

La garantía específica del artículo 77 numeral 13 de la Constitución del Ecuador dispone el sistema de medidas que regirá a los adolescentes. Por lo tanto, el adolescente en el marco de la justicia juvenil tiene derecho cumplir una medida socioeducativa solo cuando ésta sea el último recurso y sea estrictamente necesaria. Este derecho se efectiviza con la legislación especializada, la cual regula la revisión periódica de las medidas socioeducativas para garantizar la aplicación de la más idónea y menos severa con el propósito de resocializar al adolescente sin someterlo a penas ni castigos ilegales.

Por lo expuesto, el mecanismo para ejercer el derecho de revisión periódica de la privación de libertad de los adolescentes infractores se sustenta en un proceso de regulación jurídica, decisión judicial e intervención del sistema de ejecución de medidas socioeducativas. El deber ser de la legislación especializada es ajustarse a las disposiciones constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables para los adolescentes infractores; caso contrario, su

contenido carece de eficacia jurídica, así lo determina el principio de supremacía constitucional.

6. Principios del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

El CONA establece varios principios que deben cumplirse en la aplicación de las medidas socioeducativas a los adolescentes infractores, tal como se explica a continuación.

6.1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación de los niños, niñas y adolescentes está previsto en el artículo 66.4 de la Constitución de la República y artículo 6 del CONA. Éste último declara que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley, por ello el Estado debe adoptar las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación “por causa de nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.”

Además, el artículo 11.2 de la Constitución consagra el principio de igualdad de conformidad con el cual se considera que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades, además reconoce la condición de vulnerabilidad de los adolescentes. Con base en ese principio, quienes se encuentran en situación de desigualdad requieren medidas de atención prioritaria por parte del Estado para promover su igualdad real. En el marco de los derechos de libertad, la norma constitucional reconoce el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

La igualdad formal o igualdad ante la ley, y la igualdad material o real se aplica de acuerdo a sus características y efectos. Debe analizarse, por lo tanto, si las condiciones legales de modificación de la ejecución de las medidas socioeducativas de régimen cerrado a semiabierto, reconocen un enfoque de restricción de la discriminación o el respeto a la diferencia de los adolescentes infractores.

En el marco de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, la Asamblea Nacional tiene facultad para adoptar medidas legislativas “que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la

totalidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”,²⁷ sin embargo, la aprobación del nuevo régimen de ejecución de las medidas socioeducativas agrava la posibilidad de ejercer el derecho a la evaluación y revisión periódica, por ende impide aplicar una sanción privativa de libertad solo por el tiempo estrictamente necesario.

Antes de la reforma realizada por el COIP en 2014 existían tres circunstancias para modificar o sustituir las medidas socioeducativas aplicada:²⁸

- Que el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad, y hubiera cumplido el 50% de la medida socioeducativa impuesta;
- A solicitud de la máxima autoridad del centro de internamiento donde el adolescente cumpliera la medida socioeducativa privativa de libertad; y,
- A solicitud del adolescente o su representante, cada seis meses desde el inicio del cumplimiento de la medida socioeducativa impuesta.

Antes de la reforma legal, el cambio de la medida de internamiento institucional se daba por autorización judicial previa emisión de informes favorables emitidos por el equipo técnico del centro de adolescentes infractores. El periodo de revisión de las medidas podía ser de 6 meses o menos, dependiendo de los informes de cumplimiento emitidos por el ente de ejecución, garantizando el derecho a la revisión periódica de la medida socioeducativa a favor de los adolescentes.

Con este antecedente se debe analizar el principio de igualdad formal o restricción de la discriminación en el sistema de ejecución de las medidas socioeducativas de internamiento institucional. De conformidad con las exigencias del principio de legalidad la aplicación y ejecución de las medidas socioeducativas se cumplen de acuerdo a lo previsto en el CONA, que exige el 60% de cumplimiento de la medida como requisito para acceder a la revisión.

La exigencia legal vigente es mayor a los parámetros de revisión que exigía el CONA antes de la reforma, por lo que se identifica un menoscabo del ejercicio del derecho a la revisión periódica que asiste al adolescente por su condición personal de crecimiento; esto, a su vez, afecta su interés superior y la protección integral que debe garantizarle el Estado.

La interpretación más favorable debe buscar un equilibrio entre los derechos y deberes de los adolescentes infractores. En consecuencia, si de los informes técnicos se

²⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 8.

²⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003, art. 371.

verifica que se ha cumplido con la finalidad de la medida socioeducativa, el juzgador en atención al principio del interés superior del niño, tendría la flexibilidad de disponer una medida menos restrictiva de libertad.

Sin embargo, la reforma realizada al régimen de las medidas socioeducativas que en lugar de subsanar un acto de discriminación establecen condiciones más prolongadas del internamiento institucional que coinciden en gran medida con el sistema de ejecución de penas de las personas adultas que cumplen una sentencia judicial.

Más bien, el legislador aplicó igualdad formal, entendida como todos los privados de libertad son iguales ante la ley, sin reconocer la condición personal y protección integral, derechos y garantías que prevé la norma constitucional y legal a favor del adolescente como: el principio del interés superior del niño, derecho a disfrutar de la convivencia familiar, derecho al debido proceso, derecho a la revisión periódica de la medida socioeducativa privativa de libertad. Además, la reforma legal no se funda en una restricción de discriminación en contra de los adolescentes privados de libertad, sino en una concepción represiva similar a la que opera respecto a los adultos privados de libertad.

Ahora bien, al analizar la igualdad material, real o respeto a la diferencia que merecían los adolescentes en las discusiones legislativas, no se valoró el artículo constitucional 66.4 en la reforma del CONA introducida por el COIP. Si bien la igualdad formal se refiere a las personas destinatarias de una norma jurídica, la igualdad material como lo señala la Corte Constitucional en su jurisprudencia, “tiene relación con la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el objeto de evitar injusticias.”²⁹

También es preciso analizar la condición personalísima del justiciable que cumple una pena privativa de libertad en el caso de los adultos, o una medida socioeducativa en el caso de los adolescentes infractores. El CONA señala en su artículo 370 que la medida socioeducativa “se aplica por el cometimiento de infracciones penales tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal”, y su aplicación responde a la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la medida socioeducativa que deba aplicarse.

Por su parte, el COIP en su artículo 51 define la pena como “una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles, impuesta sobre principio de legalidad y sentencia judicial

²⁹ Ecuador Corte Constitucional “Sentencia” No. 002-14-SIN-CC. En juicio 0056-12-IN y 0003-12-IA Acumulados, 14 de agosto de 2014, 44.

ejecutoriada. La pena tiene por finalidad la prevención general, el desarrollo progresivo de la persona adulta condenada y la reparación del derecho a la víctima.”

La prevención general de la pena, puede ser positiva o negativa. La positiva o ilustrativa es la que genera que la sociedad en abstracto que no ha delinquido comprenda que la ejecución de actos prohibidos por la ley tiene una consecuencia penal; por lo tanto, se educa y evita consecuencias punitivas. La prevención general es negativa o atemorizadora cuando la sociedad, se intimida por la pena impuesta en un caso concreto, y a consecuencia evita infringir la ley.³⁰

El alcance de la prevención general dependerá de la difusión del sistema, aplicación de las penas, intimidación en casos concretos que se pongan en conocimiento de la sociedad. La restricción que se debe observar en la intimidación de la prevención general negativa, es la reserva de identidad de los sujetos procesales más no de la infracción y su sanción penal.

El desarrollo progresivo de la persona sentenciada comprende el desarrollo de destrezas y habilidades a través del ejercicio de actividades, culturales, sociales, de capacitación laboral y de salud integral que se proporcionan en los centros carcelarios. La pena, finalmente busca la reparación del daño causado a la víctima.

Debe recordarse que las personas adultas y adolescentes infractores que cumplen penas o medidas socioeducativas privativa de libertad son sujetos de los derechos humanos reconocidos en la Constitución vigente y en los pactos, tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. Esto de conformidad con lo prescrito en el artículo 4 del COIP, esa titularidad de derechos se amplía en el caso de los adolescentes por la condición de su edad y crecimiento de acuerdo al artículo 15 del CONA.³¹

Los adolescentes infractores privados de libertad, a diferencia de los adultos, tienen derecho a la atención prioritaria y protección especial del Estado, por su condición de doble vulnerabilidad; derecho a ser escuchados, derecho a crecer y desarrollarse en un entorno social, familiar, comunitario y escolar basado en la afectividad y la seguridad que demanda su condición, así como el derecho a la representación de un adulto para ejercer la titularidad de los derechos, garantías y principios que le asisten.

Si bien los adultos y los adolescentes presentan derechos comunes, los adolescentes necesitan representación y protección durante la fase de su crecimiento

³⁰ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal- Parte General, Tomo III Teoría de la pena*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019), 142-143.

³¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 15.

biopsicosocial. No podemos por lo tanto considerar en igualdad de condiciones a quien tiene capacidad legal para responder y quien carece de capacidad legal para representarse.

Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ante la incapacidad legal del adolescente, el juzgador le asigna un curador especial para que proteja sus derechos, este impedimento legal severamente se transforma en el ámbito de justicia juvenil, pues se le otorga la capacidad de cumplir una medida socioeducativa privativa de libertad, en un entorno sin familia, sin afecto, sin representación adecuada para ejercer sus derechos que asegure su desarrollo integral, cuando la condición legal no debe desconocer que estamos frente a un niño como lo señala la Convención, por ello la necesidad de valorar su interés superior y ampliar la protección a su favor.

Correspondería por lo tanto, que el sistema de regímenes de penas y medidas socioeducativas, que se aplica en igualdad de condiciones, tanto para personas adultas como para adolescentes, presente alguna acción afirmativa que valore la posición real del niño y las diferencias que presentan durante el periodo de adolescencia. A continuación, revisaremos otro de los principios fundamentales que amparan a los adolescentes infractores.

6.2. Principio de corresponsabilidad

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del CONA:

es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la efectiva vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.³²

Sería oportuno determinar qué derechos antes de la reforma no se ejercían para que haya sido necesario aplicar nuevas medidas legislativas que modifiquen el sistema de ejecución de las medidas socioeducativas de los adolescentes infractores. En las actas de sesión de la Asamblea Nacional no se registra que derechos vulnerados fueron discutidos para establecer mecanismos que garanticen su ejercicio.

6.3. Principio del interés superior del niño

La norma *ius cogens* ratificada por el Ecuador prioriza los derechos del niño. Es una norma referencial de aceptación internacional para garantizar el ejercicio de los

³² Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, Registro Oficial de 3 de enero de 2003, art. 8.

derechos del niño que se encuentra en situación de desigualdad, en el presente caso de los adolescentes infractores.

Además, destaca la importancia de la familia como medio natural para proporcionar cuidados a un niño durante su crecimiento y desarrollo personal del niño y como medio idóneo para proteger a la sociedad y el Estado. Para la Convención, la educación promueve el desarrollo de la personalidad humana y es promotor del ejercicio de los derechos humanos, que conlleva a un equilibrio de convivencia y respeto entre distintas naciones.

En este contexto, la Convención Sobre los Derechos del Niño determina que en las acciones o decisiones que tomen las autoridades públicas o privadas de un Estado debe aplicarse, “el derecho a que el interés superior del niño sea considerado de manera primordial, y en especial los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.”

Este principio de protección especial es reconocido en Declaración Sobre los Derechos del Niño de 1959 en los siguientes términos:

el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental... así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.³³

De lo dicho se puede concluir que el interés superior del niño es la guía que los organismos legislativos deben adoptar para proteger el desarrollo integral del niño. El principio del interés superior del niño, aun cuando es observado con generalidad en todos los preceptos legales de los países, no tiene una definición legal, que permita su aplicación e interpretación adecuada, por lo cual su aplicación se somete a quien asuma la facultad de interpretarlo.

Según el criterio expuesto, el principio del interés superior del niño obedece la interpretación subjetiva de quien lo invoque. Según Farith Simón, la Convención de Derechos Sobre los Niños contiene obligaciones de carácter negativa como no restringir la aplicación de derechos y positivas como asegurar su aplicación y garantizar la protección del menor de edad frente a cualquier acción o decisión que pueda afectar sus

³³ ONU Asamblea General, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, artículo 3.1, resolución 44/25

derechos comunes o específicos, así como aplicar medidas de acción afirmativa en casos de que exista una doble condición de vulnerabilidad.³⁴

Para la protección integral de un adolescente se necesita entonces desde la perspectiva internacional, la protección de la familia y derecho a la educación como mecanismo idóneo para el crecimiento y desarrollo de su personalidad, que se reflejará en la actuación de una sociedad respetuosa de derechos humanos y en particular de las personas más vulnerables como son las niñas, niños y adolescentes.

7. Medidas socioeducativas para adolescentes infractores

Las medidas se refieren a la protección de cuidados, de rehabilitación y reintegración. Son todas las decisiones que se adoptan en favor del adolescente y que resultan de la revisión de sus circunstancias que demuestren ser atendido, ayudado y apoyado por su familia y la comunidad. Estas se oponen a las medidas como sanciones o castigos y tienen un propósito de retribución al adolescente que cometió una infracción penal. Además, se aplican una serie de medidas no privativas de libertad y privativas de libertad.

Hay medidas socioeducativas que se pueden cumplir de forma ambulatoria; por ejemplo, el niño permanece en su domicilio y se dispone a la familia cuidarlo, vigilar que cumpla sus obligaciones y verificar su asistencia educativa; es decir, una libertad condicionada. Por otro lado, tenemos las medidas que se cumplen de manera residencial. Es decir, el adolescente sale de su familia y temporalmente se queda con otra familia, lo que se conoce como internamiento familiar.

En la legislación ecuatoriana, la imposición de la medida corresponde al Juez Especializado de Adolescentes Infractores o al Juez de la Unidad Especializada de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia según corresponda en cada jurisdicción. Por otra parte, la Unidad de Desarrollo Integral para Adolescentes en Conflicto con la ley está a cargo de la ejecución de las medidas socioeducativas no privativas de libertad de los adolescentes infractores.

La flexibilidad es la principal característica de las medidas socioeducativas; esto quiere decir que es susceptible de ser modificada por quien ordenó la ejecución, en cualquier tiempo y lugar en que se cumpla. Para el efecto, el juez que dictó la medida debe tener en cuenta el desarrollo del niño, su evolución y el efecto que produce la medida

³⁴ Farith Simón, “Análisis global de la Convención Sobre los Derechos del Niño”, 107.

socioeducativa para flexibilizar o modificar de forma oportuna la imposición de una medida más efectiva y estrictamente necesaria.

Por lo expuesto, esta característica permite evaluar la funcionalidad de la medida socioeducativa. Si el juez conoce que la medida ambulatoria no cumple con el control y vigilancia del adolescente y su situación personal está en riesgo, corresponde dictar un internamiento familiar o institucional hasta que se supere su necesidad.

Por el contrario, de existir necesidades del adolescente que no pueden ser atendidas en el internamiento institucional, corresponde al juez modificar y aplicar otra modalidad, como un internamiento familiar que permita atender su necesidad. Si esto no se cumple, se habla de una limitación los derechos de los adolescentes y por tanto de una violación de los estándares internacionales.

Al respecto la Convención en su artículo 40 dispone a los Estados reconocer la dignidad del niño y aplicar un tratamiento especializado a favor del adolescente infractor. Insta a los legisladores la obligación de diseñar varias opciones de medidas que sean de cuidado y de no castigos ni penas. Se trata entonces, de medidas que procuren la orientación, la supervisión, el asesoramiento, la libertad condicional, el internamiento familiar, el programa de educación general y profesional y demás soluciones no institucionales.

8. Sistema de ejecución de las medidas socioeducativas de los adolescentes

La ejecución de las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores se basa en un sistema que incluye su finalidad el tipo de medidas aplicables y el cambio de régimen de una a otra cuando se cumplan los requisitos previstos en el CONA, todo lo cual tiene como objetivo incidir en el comportamiento de los adolescentes infractores y lograr su reinserción social y familiar.

En líneas generales, la imposición de medidas socioeducativas los adolescentes infractores tienen la misma finalidad que las sanciones que se aplican a las personas adultas, y su fundamento es el ejercicio del poder punitivo del Estado para garantizar el respeto al orden jurídico vigente y los bienes jurídicos protegidos por la ley penal; las diferencias se dan más en cuanto al tipo de medidas y sanciones aplicables, los principios que deben regir su determinación e imposición y los lugares donde deben cumplirlas.

Al efecto Alberto Rodrigo Viñán³⁵ explica que el derecho punitivo vigente en el COIP también lo encontramos en el CONA, ya que la hermenéutica permite colegir que este compendio de normas priva de la libertad al infractor, para evitar que reincida en el cometimiento de la infracción y lograr que los demás se abstengan de cometerlo; para lo cual cuenta con medidas cautelares de inmediatez del procesado con el proceso (evitar la fuga) según lo dispuesto en los artículos 324 y 332 del CONA; las diferencias, por tanto no inciden de manera considerable en la finalidad de la intervención estatal para sancionar a quienes infrinjan el orden jurídico penal, sean adolescentes o adultos.

8.1. Finalidad de las medidas socioeducativas

La finalidad de la medida socioeducativa es “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.”³⁶

Dicho en otros términos, las medidas socioeducativas se aplican cuando el adolescente entre los 12 y 18 años³⁷ incurre en alguno de los hechos tipificados como delito en el COIP. Se trata de las mismas infracciones previstas para los adultos, pero al ser cometidas por adolescentes tienen un tipo de respuesta jurídico-penal distinta, que debería ser no punitiva, sino resocializadora.

El juzgador especializado en adolescentes infractores es competente para resolver la situación jurídica del adolescente infractor en la etapa de juicio. Además, es competente para imponer la medida socioeducativa más idónea y necesaria. La norma señala dos tipos de medida privativa y no privativa de libertad. Finalmente, el juez especializado, es competente para ejercer el control jurisdiccional de la ejecución de la medida socioeducativa.³⁸

Las medidas socioeducativas pueden ser privativas y no privativas de libertad. Las no privativas de libertad buscan que el adolescente recapacite en sus acciones, respete la

³⁵ Alberto Rodrigo Viñán Guerrero, *La operatividad del principio de interés superior del adolescente en el delito de lesiones cuando víctima y victimario son menores de dieciocho años y el análisis de tres casos ocurridos en el cantón Ambato, durante el año 2016* (tesis de maestría, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2018), p. 24.

³⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, artículo 371.

³⁷ *Ibíd.*, art. 4.

³⁸ *Ibíd.*, art. 374.

integridad de terceras personas y realice acciones a favor de la comunidad según sus habilidades y capacidades personales, estas pueden ser las siguientes:³⁹

1. Amonestación: es el llamado de atención por la ilicitud de las acciones, la dirige el juzgador al adolescente y a los padres o quienes lo representen.
2. Imposición de reglas de conducta: se refiere al 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, genera la obligación de realizar acciones dispuestas por el juzgador, que generalmente están supervisadas y de su cumplimiento o no se informa a través de informes técnicos de seguimiento.
3. Orientación y apoyo psicosocial familiar: exige la participación integrada con los padres o representantes del adolescente, busca la adaptación idónea a su entorno familiar y social.
4. Servicio a la comunidad: no afectará su integridad ni dignidad, forma al adolescente sin interrumpir sus actividades laborales o académicas.
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.

8.2 Equivalencia de la finalidad de las penas y las medidas socioeducativas

Para comprender de mejor manera la finalidad de las medidas socioeducativas y su naturaleza es pertinente contrastarla con las de la pena que se aplica a los adultos en conflicto con la ley penal; al igual que en el CONA, en el COIP se hace una distinción en cuanto a los tipos de penas aplicables, las que pueden tener carácter principal o accesorio, y pueden ser privativas de libertad, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, tal como se establece en el artículo 58 del referido cuerpo legal.

En cuanto a su finalidad, en el artículo 52 establece que la finalidad de la son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la

³⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 378.

víctima. Con ello se dejan detrás diferentes fines atribuidos a la pena en la doctrina, como la reintegración social, la retribución y la explicación, entre otras que se han establecido a lo largo de la historia del Derecho penal y la Criminología.⁴⁰

Efectivamente, en la revisión de la finalidad de la pena que realiza Iván Meini el autor menciona las siguientes:

- Expiación: el sentido de la pena es conciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad, y ayudarlo a alcanzar de nuevo.
- Retribución: postula que la pena compensa por el delito cometido y es ajena a cualquier finalidad preventiva.
- Prevención especial: las sanciones se encaminan hacia la mejora y resocialización de los condenados.
- Prevención general negativa: el padecimiento de la pena, al tener lugar con posterioridad a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos; se basa en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito.
- Prevención general positiva (busca reivindicar el derecho vulnerado por el delito).⁴¹

No obstante, la comunidad de fines generales, en el orden particular determinado por las circunstancias del sujeto, la intervención punitiva del Estado debe estar enfocada en asegurar los derechos de la persona infractora de la norma penal y de las víctimas resultantes de los hechos. Al encontrarse los adolescentes infractores en un rango etario en que se debe asegurar el principio de interés superior y la protección integral, es evidente que la finalidad concreta de la sanción debe ser distinta que la de los adultos, sujetos al régimen jurídico penal ordinario.

Es por esa razón que si bien sobre ambas categorías de sujetos se ejerce el poder punitivo del Estado para sancionar por la infracción cometida, en el caso de los adolescentes la finalidad es de proteger su desarrollo, garantizar su educación, integración familiar e inclusión social; mientras que en el caso de las personas adultas la finalidad de la pena, como ya se indicó, es la prevención general, desarrollo de sus derechos y protección de la víctima, lo que justifica que por ser persona adultas las sanciones

⁴⁰ Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n°. 11 (2014).

⁴¹ Iván Meini, “La pena: función y presupuestos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N°. 71 (2013), 141-167.

aplicables sean más graves y consecuentemente tengan una finalidad más represiva que en el caso de los adolescentes infractores.

Ello no significa, por cierto, que esos fines legalmente previstos se alcancen en una medida considerable, pues su efectividad depende de las condiciones materiales, legales e institucionales del sistema de ejecución de las penas;⁴² en el caso del Ecuador, las dificultades estructurales que atraviesa el sistema penitenciario en general, que incluye los establecimientos destinados a adolescentes infractores como los de adultos, apenas si es posible garantizar las condiciones mínimas de las personas privadas de libertad, por lo que alcanzar los fines mencionados de manera óptima es una quimera.

Respecto a los adolescentes infractores, como indica Jorge Luis Ortega Galarza, “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.”⁴³

En cualquier caso, la imposición de medidas socioeducativas a los adolescentes infractores y la de sanciones a las personas adultas en conflicto con la ley penal responde a una misma finalidad última, que es la de asegurar el cumplimiento del orden jurídico vigente, proteger los derechos de las víctimas y disponer de un mecanismo de control social que permita la prevención general frente a futuros comportamientos delictivos, que en el caso de los adolescentes además de los fines generales mencionados, se busca su integración familiar (ya que aún se encuentran bajo la responsabilidad de su familia por ser menores de edad), y la prevención especial para evitar que incurran en nuevos delitos o se conviertan en delincuentes habituales o incorregibles.

En el Derecho comparado suelen encontrarse diferentes finalidades de la justicia juvenil como se conoce mayormente en América Latina en el ámbito criminológico; por ejemplo, en Nicaragua la legislación vigente busca la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad, así como establecer la existencia de una infracción penal, determinar quién es el autor o partícipe y ordenar la aplicación de la sanción correspondiente. La misma finalidad de reinserción social se puede apreciar en la

⁴² Mario Antonio Amado Dueñas, “¿Los fines de la pena, propios de un estado social y democrático de derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia?” (tesis de maestría, Corporación Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014).

⁴³ Jorge Luis Ortega Galarza, “Sistema penal juvenil en Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 84.

legislación vigente en Costa Rica u otros países de la región, donde se busca devolver al menor de edad al seno de su familia y reincorporarlo a la sociedad.⁴⁴

Por tanto, debe concluirse que los mismos criterios de determinación de culpabilidad en personas adultas justifican o sirven como base para la imposición de sanciones a los adolescentes infractores, pues la diferencia de edad, circunstancias personales y principios que rigen el ámbito de intervención penal respecto a los infractores son equivalentes, y se determinan por el daño social ocasionado, las afectaciones a las víctimas y el tipo de infracción cometida que son comunes en ambos casos, siendo diferente en tipo de pena que se aplica, las condiciones en que deben cumplirse y los fines particulares que se persiguen, que son los establecidos en el COIP y el CONA, respectivamente.

8.3. Medidas socioeducativas privativas de libertad

La siguiente figura es una representación de la necesidad de agotar primero la medida menos restrictiva de libertad, previa una decisión de internamiento institucional. La perspectiva es agotar la restricción parcial porque el adolescente se encuentra en una condición de doble vulnerabilidad, que no necesita ser castigado sino ayudado para reinsertarse adecuadamente a la sociedad.

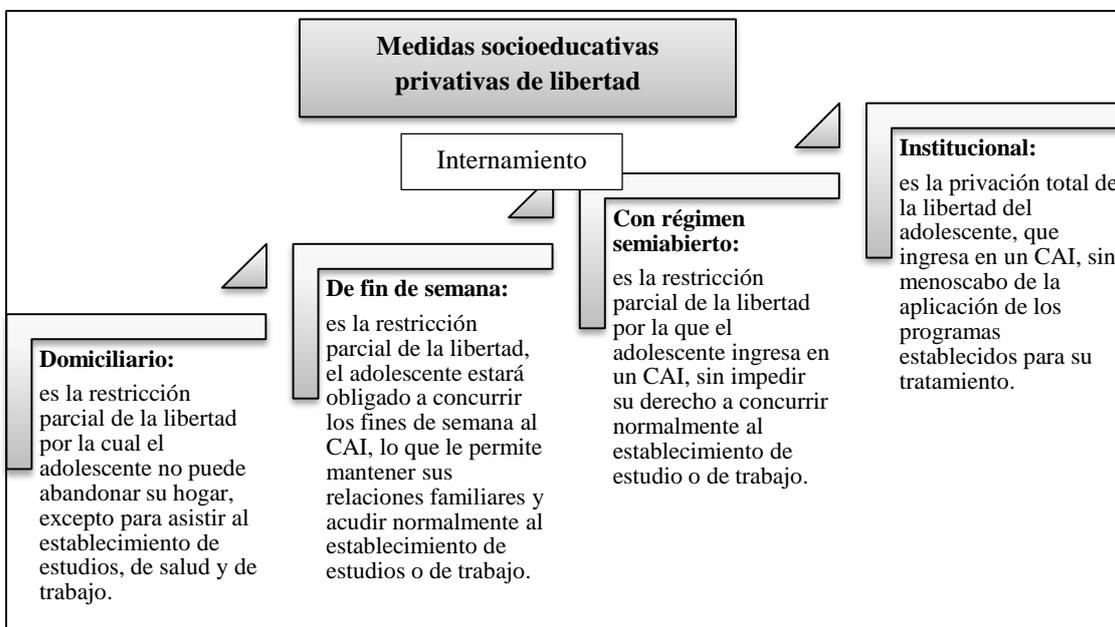


Figura 1. Medidas socioeducativas privativas de libertad.

Fuente: CONA, artículo 179.

⁴⁴ Gonzalo E. D. Viña, “Los sistemas procesales penales juveniles en América Latina: ¿un nuevo régimen?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 21 de mayo de 2021, 155, www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11juridica07.pdf, 155.

La medida del internamiento institucional del adolescente se reserva para los casos de infracciones más graves. El juzgador para imponer la medida socioeducativa debe escuchar la opinión del adolescente; además, analizará el informe psicosocial realizado por la unidad especializada para resolver la aplicación de la medida socioeducativa más idónea y efectiva que asegure resocializar al adolescente. El tipo de medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores depende de la infracción del delito cometido y sancionado en el COIP, como se señala en la siguiente tabla.

Tabla 1
Delitos y medidas socioeducativas privativas de libertad.

Marco sancionador COIP	Medidas socioeducativas
Delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de un mes hasta cinco años:	Además de la amonestación: a) Imposición de reglas de conducta de uno a seis meses. b) Orientación y apoyo psico socio familiar de tres a seis meses. c) Servicios a la comunidad de uno a seis meses. d) Libertad asistida de tres meses a un año. e) Internamiento domiciliario de tres meses a un año. f) Internamiento de fin de semana de uno a seis meses. g) Internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año.
Delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años y hasta diez años:	Además de la amonestación: a) Internamiento domiciliario de seis meses a un año. b) Internamiento de fin de semana de seis meses a un año. c) Internamiento con régimen semiabierto de seis meses a dos años. d) Internamiento institucional de uno a cuatro años.
Delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a diez años:	Además de la amonestación: a) Internamiento institucional de cuatro a ocho años. b) Seis meses antes de concluir esta medida socioeducativa se realizará una evaluación integral que determinará la necesidad de seguimiento y control de hasta dos años posteriores al cumplimiento de la medida.
Delitos contra la integridad sexual y reproductiva:	Además de las anteriores, la obligación de que el adolescente asista a programas de educación sexual, dentro del tratamiento de las medidas socioeducativas.

Fuente: CONA, artículo 179.

Elaboración propia

8.4. Cambio de régimen de las medidas socioeducativas: cerrado, semiabierto y abierto

El artículo 380 y siguientes regula los regímenes cerrado, semiabierto y abierto de las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores, e incluye las siguientes definiciones:

- Régimen cerrado, es el internamiento a tiempo completo del adolescente infractor en un Centro para que cumpla la medida socioeducativa privativa de libertad.
- Régimen semiabierto, es la ejecución de la medida socioeducativa en un Centro de adolescentes infractores, con la posibilidad de ausentarse por razones de educación o trabajo.

- Régimen abierto, período de inclusión social en el que el adolescente convivirá en su entorno social y familiar y social supervisado por la autoridad competente en los temas de justicia y derechos humanos.

Los diferentes regímenes se establecen en función de la mayor o menor gravedad de la infracción que debe ser determinada por el juez competente. El cambio de un régimen observa el cumplimiento gradual del plan específico de aplicación de la medida socioeducativa, la cantidad de faltas disciplinarias cometidas y el tiempo cumplido de la medida impuesta.⁴⁵ Este último requisito para la modificación de las medidas socioeducativas condiciona el derecho de la revisión periódica. Pues exige legalmente que el cambio de régimen cerrado a régimen semiabierto o internamiento de fin de semana, proceda: si se ha cumplido el 60% de la medida socioeducativa impuesta.

En el cambio de régimen semiabierto al régimen abierto se exige el cumplimiento del 80% la medida socioeducativa aplicada;⁴⁶ en este contexto, la norma que regula la ejecución de la medida socioeducativa no mantiene conformidad con las disposiciones constitucionales ni contenido de los tratados internacionales que reconocen derechos más favorables para los adolescentes, por lo que carece de eficacia jurídica según lo previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para concluir, el diseño y aplicación de las medidas socioeducativas no deben constituir un castigo o pena retributiva a la infracción del adolescente; sino más bien cumplir el objetivo de promover el desarrollo armonioso del niño y permitir que el niño se desarrolle en un adulto que asuma sus responsabilidades y tenga oportunidades. En el siguiente capítulo se desarrolla el marco jurídico de tratados y otros instrumentos internacionales que regulan el derecho de la revisión periódica a favor de los adolescentes infractores; así también, se analiza el debate de la Asamblea Nacional para aprobar las reformas del CONA.

9. Derecho a la revisión periódica de la privación de libertad: caso Mendoza vs. Argentina

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Argentina por haber castigado con prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias.

⁴⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 380.

⁴⁶ *Ibíd.*, art. 383.

El Estado resolvió el encierro carcelario sin considerar el interés superior del niño, tampoco admitió recurso alguno para revisar la pena o modificarla legitimando la violencia estatal en contra de los adolescentes que lamentablemente produjo en uno de ellos la muerte, en otro una lesión visual permanente resultado de la imposibilidad de atención médica oportuna, la afectación a su proyecto de vida, estigmatización y vulneración de sus derechos humanos. La ausencia legal del principio de especialidad, concluye en tratos crueles, inhumanos y degradantes del Estado en contra de 5 niños víctimas de la tragedia y pobreza de su vida.

La decisión de la pena perpetua infringió el principio de última ratio y máxima brevedad de la medida de internamiento institucional aplicada a los adolescentes en conflicto con la ley penal. El Estado inobservó que la medida privativa de libertad debe ser temporal, la posibilidad de revisión debe ser realista y sometida a un examen periódico de evaluación, para identificar la necesidad o no de la medida socioeducativa; este incumplimiento señaló la Corte que inobserva los instrumentos internacionales de protección de derechos como la Convención sobre Derechos del Niño, Reglas mínimas de Naciones Unidas, Reglas de Beijing, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo pertinente señala:

165. [...] de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”⁴⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró entre otros aspectos, la violación del derecho a la revisión periódica de las medidas de privación de libertad. Al respecto debe recordarse cómo el régimen totalitario realizó delitos atroces, y que su legitimidad para cometer estos delitos se origina en el poder de gobierno concedido por los ciudadanos.

El sistema judicial de Argentina no observó causas, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida que aplicaba a los adolescentes. Evidente la agresión estatal en contra de los niños de Argentina, terminó con la tortura y muerte de uno de los sentenciados.

En Argentina se produjo la ejecución de una condena que no corresponde proporcionalmente con la edad y el acto cometido sino responde a la detención arbitraria

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia” de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), caso Mendoza y otros vs. Argentina, párr. 165, <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/CASO-MENDOZA.pdf>.

por parte del Estado. Este poder de administrar justicia o autodeterminación de los procedimientos penales y penas en contra de los niños, aprobados por el Estado y la sociedad, legitimaron la violencia interna del Estado.

Esta realidad es la que preocupa a la comunidad internacional, por ello a fin de limitar la autodeterminación del poder estatal asumió la soberanía y sugiere la aplicación de la normativa de protección de los derechos humanos a favor de los niños. La actuación de los Organismos internacionales ha sido permanente para proclamar la inserción de la Convención sobre derechos del niño en cada uno de los Estados. La decisión del Estado de no acatar las recomendaciones o no observar las disposiciones internacionales es la causa para sostener un criterio indiferente de protección a favor de los más necesitados, los niños privados de libertad.

La condena de prisión y reclusión perpetua que se dictó a los niños de Argentina no observó la rehabilitación del adolescente. Provocó penas y tratos crueles, primero por el encierro innecesario que afectó su desarrollo integral y por la vulneración de derechos a la vida, libertad, dignidad humana del cual se supone es garante el Estado. La sentencia emitida por la Corte, en lo pertinente al derecho de la revisión periódica de la medida señala:

si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico.”⁴⁸

La Corte expone claramente cómo las penas no aplicables a la dignidad del niño anulan de forma absoluta la finalidad de reinserción por un castigo retributivo por su conducta; y lo excluyen de la sociedad, considerando que “la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños.”⁴⁹ Asimismo, los pronunciamientos periciales considerados por la Corte, refieren que la condena produce un sufrimiento individual, propio de penas crueles, inhumanas y degradantes⁵⁰, en lugar de castigos crueles los niños necesitan protección y cuidado especial.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia” de 14 de mayo de 2013, párr. 162.

⁴⁹ *Ibíd.*, 166.

⁵⁰ *Ibíd.*, 178.

Capítulo segundo

Protección internacional del adolescente infractor

En este capítulo se estudian los aspectos básicos del sistema interamericano diseñado para la protección derechos humanos de los adolescentes infractores cuando son privados de libertad, y en particular el derecho que la medida socioeducativa de internamiento institucional sea revisada periódicamente, para evaluar un posible cambio de régimen; al respecto se analizan las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas al Estado ecuatoriano en diferentes oportunidades.

El objetivo del capítulo es sistematizar los estándares vigentes para el tratamiento del adolescente infractor y los compromisos adquiridos por el Estado ecuatoriano al suscribirlos, con especial atención a los principios de excepcionalidad del internamiento y la revisión periódica de la medida socioeducativa, a través de los cuales el Estado debe garantizar el principio de interés superior y la doctrina de la protección integral recogidos en la Constitución de 2008.

1. Normativa internacional de protección para los adolescentes infractores

Rodrigo Uprimily Yepes señala que el “derecho internacional de derechos humanos DIDH y los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos (Sipdh) tienen como base la tragedia, el dolor y el sufrimiento provocados por la segunda guerra mundial.”⁵¹ Por lo tanto, no se puede confiar ciegamente en los Estados para proteger por sí solos la dignidad humana, pues la historia recuerda como el régimen totalitario, nazi y fascista, fue legitimado por sus representados y cometieron atrocidades en contra de sus propios ciudadanos. El supuesto garante de los derechos humanos que es el Estado, se convirtió en la propia amenaza de los ciudadanos, e incluso para las relaciones internacionales.

⁵¹ Rodrigo Uprimily Yepes, “Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de Fuentes”, Loc. 55-60, https://www.academia.edu/8353059/UNA_INTRODUCCI%C3%93N_AL_DERECHO_INTERNACIONAL_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS_Y_A_SU_SISTEMA_DE_FUENTES?auto=download

El autor hace referencia a la perspectiva de Kant y su proyecto de paz perpetua que consiste en la obligación de establecer un régimen republicano en los Estados, para alcanzar la paz mundial. Es decir, un Estado democrático dificulta las ideas de agresión y guerra; ya que el gobernante no tiene poder de decisión, sino prima la voluntad y derechos de las personas libres e iguales.

Esta condición de paz mundial o teoría de la paz democrática reduce la posibilidad de guerras entre Estados democráticos. Se promueve los derechos humanos en los ordenamientos nacionales y se descarta el poder de los regímenes totalitarios. La filosofía de la democracia y de derechos humanos y libertades fundamentales se proclama en la Carta de San Francisco de las Naciones Unidas para la Organización Internacional que fue firmada en 1945.

En 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el preámbulo señaló “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁵² La relación entre la paz mundial y los derechos de la persona promueve la intervención de la comunidad internacional para enfrentar la violación de derechos humanos. Por lo tanto, limita el poder interno y soberanía del Estado para legitimar la vulneración de derechos de sus ciudadanos.

El autor Mirjkine-Guetzevitch refiere que:

La noción moderna de paz y el concepto moderno de la libertad nacieron en un mismo ambiente histórico. La democratización de los regímenes internos condujo a la organización de la vida internacional; con el nacimiento del estado democrático, las relaciones entre naciones conocen una nueva orientación: la técnica de la libertad en el derecho constitucional se une a la técnica de la paz en el derecho universal.”

En este contexto, la comunidad internacional asume la facultad y soberanía de protección de derechos humanos los ciudadanos; e inicia la creación la norma del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Esta normativa limita la facultad de los Estados parte, puesto ya no tienen dominio o facultad para legitimar decisiones que violen los derechos de las personas.

La concepción universal de los derechos humanos y dignidad humana del Derecho Internacional de Derechos Humanos se relaciona con la soberanía de los Estados a través de los principios de complementariedad y subsidiaridad. La comunidad internacional reconoce la libre autodeterminación de los pueblos. Es decir, respeta la libertad de los

⁵² ONU Asamblea General, Declaración de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, de Resolución 217 A (III), <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Estados y su autodeterminación para establecer su propia organización política y social, pero limita su poder cuando se trata de violencia del Estado contra la dignidad humana. En este contexto, la comunidad internacional ha consolidado el sistema internacional de derechos humanos, el cual cobra importancia frente a la ineficacia de los sistemas nacionales de justicia. La intervención de los SIDH inicia cuando la persona afectada en sus derechos humanos demuestre que se han agotado todas las acciones legales internas de un Estado. Para resolver la vulneración de derechos humanos, el SIDH establece los tratados y convenciones internacionales, las reglas reconocidas por los Estados y la costumbre internacional como fuentes del Derecho internacional de derechos humanos.

La fuerza vinculante o no vinculante del derecho internacional depende de casos individuales para generar jurisprudencia internacional por parte de la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Thomas Buergenthal, ex juez de la Corte IDH sustenta la fuerza vinculante de la jurisprudencia internacional en los siguientes términos: si la Corte Interamericana que decide los casos y tiene la máxima facultad para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos se pronuncia respecto de un derecho; por ejemplo, esta decisión es adoptada por el juez interno de un Estado, pues supone la accesibilidad del ciudadano para acceder al SIDH.

El mismo criterio se observa cuando un tribunal de segunda instancia se pronuncia respecto a un caso jurídico. Si no hay razones para no aplicarlo, el juez de primer nivel, aunque no sea vinculante la decisión, resuelve en base al precedente jurisdiccional, así evita se ejerza el derecho de recurrir y se revoque su decisión.

Los principios generales del derecho también pueden ser fuente principal del derecho. Por ejemplo, la Corte Interamericana compartió el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos para establecer los elementos del plazo razonable de un proceso, como son la actividad procesal del interesado, la complejidad del asunto, y la conducta de las autoridades judiciales.⁵³ Por lo tanto, se puede concluir que tanto los pactos, convenios y tratados internacionales como la jurisprudencia internacional generan la fuerza vinculante de las normas aprobadas por los organismos de derechos humanos.

Las declaraciones, principios y recomendaciones de los organismos internacionales sobre los adolescentes infractores, elaborados por órganos especializados no son vinculantes. Sin embargo, adquieren un valor jurídico importante y jurisprudencial en la solución de ciertos casos; por ejemplo, las Reglas de Beijing fueron utilizadas por

⁵³ Rodrigo Uprimily Yepes, “Una introducción al Derecho Internacional”, 66.

la Corte Interamericana para resolver el Caso de los niños de la calle vs. Guatemala; de lo explicado se puede apreciar que la preocupación de la comunidad internacional se extiende para asumir la soberanía de protección de los derechos humanos de los niños, víctimas del poder de los Estados que legitimaron la vulneración de sus derechos.

2. Sistema internacional de derechos humanos de los adolescentes infractores

A inicios de la segunda década del siglo XIX, la comunidad internacional emite las primeras manifestaciones de protección de los derechos humanos del niño:

- En 1927 se emitió la Tabla de Derechos del Niño.
- En 1930, la Carta Constitucional de la Niñez.
- En 1942 se aprobó la Declaración de oportunidades para el niño.
- En 1948 se aprobó la Declaración de Caracas sobre salud del niño.
- En 1983 se aprobó la Declaración Interamericana sobre Derechos de la Familia.
- En 1984, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores.
- En 1989 se adoptó la Convención Interamericana Sobre Restitución de Menores.
- En 1989 se aprobaron la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y la Convención Sobre los Derechos del Niño.
- En 1994 se adoptó la Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores.
- En el 2000 se emitieron las Recomendaciones sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados.⁵⁴

La normativa y protección internacional de los derechos humanos de los adolescentes infractores se establece en el sistema Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, con la Carta Internacional de Derechos Humanos, y en el Sistema regional de Derechos Humanos con jurisdicción en los continentes.

En el ámbito regional están vigentes la Convención Europea de Derechos Humanos, El Tribunal y Consejo Europeo de Derechos Humanos; en África, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los pueblos, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y Pueblos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la

⁵⁴ Farith Simon, *“Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención Sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2008), 48.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos.

Para concluir, el Sistema de Derechos Humanos de la ONU es un sistema de tratados que consagran derechos y principios para el fomento y protección de los derechos humanos, también es un sistema de mecanismos, de Órganos que apoyan, fomentan, interpretan la aplicación de los derechos humanos. Existen instrumentos internacionales de protección específica que protegen el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho del niño, justicia juvenil restaurativa, entre ellos la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención contra la tortura, las Reglas de Beijing, Reglas de Brasilia, Observaciones Generales y Opinión Consultiva.

Por lo tanto, es muy acertado que el Sistema Internacional de Derechos Humanos cuente con órganos internacionales para guiar la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en los Estados parte como mecanismo de fuerza jurídica relevante que garantice los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

La función de la soberanía internacional de protección de derechos humanos del niño es complementar los derechos del niño en determinado país. Y, obrar subsidiariamente para que el Estado en el marco de su autodeterminación actúe acertadamente a favor del niño. De ser el caso, suspende la legitimación adquirida de los Estados para vulnerarlos.

2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es un tratado internacional de derechos, que parte de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, aunque no es vinculante es un gran referente normativo de carácter internacional. Se crea en 1966 y referente al tema de investigación determina en su artículo 10 que toda persona privada de libertad será tratada con respeto a su derecho a la dignidad inherente que es ser humano. En cuanto al derecho reconocido a favor del niño, en el artículo 24.1 dispone que:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.⁵⁵

⁵⁵ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966, Resolución 2200 A (XXI).

2.2. Observaciones del Comité del PIDCP a Ecuador, 2016

Referente a las condiciones de detención y violencia en las prisiones, el Comité reconoce que el Estado ha mejorado la estructura penitenciaria para reducir el hacinamiento sin embargo esta problemática se mantiene en unos centros de privación de libertad. Le preocupa además que:

entre 2014 y 2016 se registraron 16 muertes violentas en lugares de privación de la libertad y que se alega que en varias ocasiones las autoridades penitenciarias no habrían tomado medidas adecuadas para prevenir la violencia. El Comité toma nota de que los 16 casos de muertes violentas mencionados fueron judicializados y de que 13 de ellos cuentan con sentencia.⁵⁶

La realidad de las cárceles revela que la solución no está en incrementar las cárceles, sino en adoptar políticas públicas que reduzcan las condiciones de hacinamiento, verificar la normativa y aplicación efectiva de la prisión preventiva y privación de libertad para reducir el nivel poblacional y efectos de violencia en los internos de las cárceles.

2.3. Observaciones del Comité contra la Tortura al Ecuador, 2016

El Comité contra la Tortura luego de examinar los informes periódicos presentados por el Estado, considera que la información no satisface la investigación de los presuntos abusos de agresión suscitados en el Centro Turi suscitados en mayo del 2016. Además, el Comité reclamó al Estado la falta de investigación de presuntos malos tratos a los adolescentes infractores que cumplen internamiento en la ciudad de Quito, Machala y Ambato, y solicita que se realice:

la presentación de información completa sobre los resultados de la investigación de presuntos abusos cometidos en el Centro Regional Sierra Sur Turi. Debe también investigar e informar al Comité sobre las denuncias de malos tratos a menores internados en centros de adolescentes infractores, 6 y 7⁵⁷

El Comité contra la Tortura tiene facultad para visitar y entrevistarse con las personas detenidas en conflicto con la ley penal, para escuchar y presenciar la realidad de los centros carcelarios, en ese sentido, resulta preocupante que el Estado no haya gestionado ningún mecanismo de protección o asistencia a favor de los adolescentes privados de libertad o que acciones se ha realizado para descartar o evitar la violación de derechos por parte del Estado.

⁵⁶ ONU Asamblea General, *Sexto informe periódico del Ecuador*, de 27 y 28 de junio de 2016 resolución CCPR/C/ECU/6 y CCPR/C/SR.3277 y 3278.

⁵⁷ ONU Asamblea General, *Comité contra la Tortura, séptimo informe periódico del Ecuador*, de 8 y 9 de noviembre de 2016, resolución CAT/C/ECU/7.

2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada por la Organización de Estados Americanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el marco normativo de la región creada en 1969, aun cuando se creaba la Convención sobre Derechos del Niño; sin embargo, regula de manera concreta las medias de protección del niño. El contexto de la norma se desarrolla sobre la base de otros tratados y mecanismos internacionales. La Convención concentra la protección de los derechos del niño en su artículo 19, en los siguientes términos:

Derechos del Niño: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”⁵⁸ La competencia jurisdiccional de la Corte se inició con el desarrollo de la Opinión Consultiva 12-17, referente a la interpretación y alcance del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con relación con la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Consecuentemente, cumple tres funciones: conocer casos concretos, restablecer violaciones de derechos, declarar reparaciones; desarrollar opiniones consultivas y dictar medidas de protección cuando se ponga en riesgo la vida o derechos humanos de los niños y adolescentes.

Uno de los precedentes más importantes de la Corte fue la sentencia del caso, niños de la calle. Cuatro niños de la calle sufrieron agresiones del Estado, que provocaron la muerte de dos y el sufrimiento de quienes sobrevivieron. En esta sentencia se origina la doctrina de la vida digna de los niños. La Corte consideró que se viola el derecho a la vida directamente matando la gente, pero además cuando el Estado se cruza de brazos frente a situaciones vulnerables del niño y no soluciona sus necesidades, como fue el caso de los niños abandonados en la calle. En 1967 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos efectiviza el mecanismo de control y supervisión de los derechos humanos de los niños en la región.⁵⁹

⁵⁸ OEA, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, de 22 de noviembre de 1969, San José de Costa Rica.

⁵⁹ Víctor Rodríguez Rescia, *Justicia Juvenil*, Centro de Derechos Civiles y Políticos (Ginebra: Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, 2012), 23.

2.5. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención es una norma internacional especializada en protección de derechos del niño. Ha sido ratificada por 192 Estados miembros y no miembros de las Naciones Unidas. En el caso de Ecuador, la Convención se suscribió en el año 1989 y se ratificó en 1990. Los antecedentes normativos de la Convención fueron la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

La Convención tiene 41 artículos que regulan los derechos del niño. En el ámbito de la justicia juvenil prioriza el interés superior del niño como base de toda decisión legislativa, administrativa o judicial que afecte su condición personal, y establece el marco de garantías básicas y derechos de protección de los niños en conflicto con la ley penal. Según el orden jerárquico normativo, la Constitución es la norma jurídica que rige los derechos de los adolescentes, seguida de los tratados e instrumentos internacionales. Sin embargo, de acuerdo al principio de subsidiariedad, el orden normativo puede alternarse para priorizar la aplicación de derechos más favorables a favor del adolescente infractor que se garanticen en los instrumentos internacionales.

El derecho de no discriminación (artículo 2), principio del interés superior del niño (artículo 3), principios de los niños privados de libertad (artículo 37) y derechos del niño que ha infringido la ley, (artículo 40) constituyen el marco normativo previsto en la Convención a favor del niño o adolescente infractor. El artículo 2 de la Convención recomienda a los Estados asegurar “su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”

Derechos de los adolescentes infractores que cumplen una medida socioeducativa de privación de libertad, según la Convención sobre Derechos del Niño:

Artículo 37 Los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

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

Artículo 40

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

3. 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, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales 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, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.⁶⁰

El marco de protección se refiere al derecho del debido proceso en la administración de justicia juvenil. Proclama una justicia especializada y especial. Especializada, porque exige la participación de operadores de justicia, fiscales, defensores, trabajadores sociales, psicólogos, educadores especializados en derechos y protección de los adolescentes infractores, así como un marco normativo especializado que reconozca los mismos derechos humanos de las personas adultas, más derechos específicos por su edad.

Especial, porque prioriza la aplicación de soluciones alternativas al proceso penal, e impone medidas socioeducativas que no retribuyen sino resocializan al adolescente infractor. Finalmente, es amigable, porque el juez escucha la opinión del adolescente,

⁶⁰ ONU, *Convención Sobre los Derechos del Niño*, art. 37 y 40.

valora los antecedentes familiares, sociales, sus necesidades, oportunidades, limitaciones, su proyecto de vida, para determinar si hay o no necesidad de imponer una medida, o determinar la medida más idónea que permita resocializar al adolescente evaluando permanentemente su eficacia y necesidad.

De conformidad a lo previsto en el artículo 43 de la Convención se crea el Comité de Derechos del Niño como Organismo de cumplimiento, seguimiento y garantía de los derechos humanos ratificados por los Estados. El Comité de los Derechos del Niño es un grupo de expertos independientes, tiene facultad para realizar interpretaciones al contenido de las disposiciones de la Convención, a través de observaciones generales; además, solicita informes, realiza seguimientos y emite recomendaciones generales a los Estados parte para coadyuvar al cumplimiento de los derechos del niño.⁶¹

Las observaciones que emite el Comité de Derechos Humanos u otros Organismos internacionales son generales o finales. Observación y recomendación general, cuando el destinatario son todos los Estados Parte, y observaciones finales cuando se dirige a la situación de un país en particular.

2.6. Observación General No. 24 del Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos Humanos aprobó las observaciones y recomendaciones del informe Nro. 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil en el año 2019. Su contenido sustituye la observación general Nro. 10 denominada los derechos del niño en la justicia de menores aprobada en el 2007. En lo principal, respecto al principio del periodo más breve que proceda y revisión periódica de la privación de libertad de los adolescentes infractores, señala lo siguiente:

Principios rectores

77. El Comité, reconociendo el daño que causa la privación de libertad a los niños y los adolescentes y los efectos negativos que tiene en sus perspectivas de una reinserción satisfactoria, recomienda a los Estados partes que establezcan una pena máxima para los niños acusados de delitos que refleje el principio del “periodo más breve que proceda” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b)).

85. Los principios rectores del uso de la privación de libertad son los siguientes: a) la detención, la reclusión o el encarcelamiento de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...

87. La legislación debe establecer claramente los criterios para el uso de la detención preventiva, que debe aplicarse principalmente para asegurar la comparecencia en los procedimientos judiciales y cuando el niño represente un peligro inmediato para los demás. Si el niño es considerado un peligro (para sí mismo o para otros), se deben aplicar medidas de protección infantil. La prisión preventiva debe ser objeto de revisión periódica

⁶¹ ONU, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos.

y su duración debe estar limitada por la ley. Todos los agentes del sistema de justicia juvenil deben dar prioridad a los casos de niños en prisión preventiva.⁶²

Las recomendaciones del Comité recomiendan al sector legislativo y justicia garantice los derechos del adolescente infractor, agote medidas alternativas a la privación de libertad y revise periódicamente su aplicación para modificar en cuanto sea posible. El Comité presentó un nuevo instrumento de interpretación de los derechos de los adolescentes infractores, en la Observación General Nro. 21, niños de la calle. En lo principal indica que la rehabilitación será el único fin de la detención de los adolescentes infractores. Además, describe los hechos de discriminación sistemática que puede ocasionar un Estado, que puede ser directa o indirecta.

La discriminación directa incluye la adopción de medidas para impedir fenómenos como la mendicidad o los comportamientos de supervivencia, mientras la indirecta “incluye las políticas que dan lugar a la exclusión de los servicios básicos, como la salud y la educación...al exigir el pago o la presentación de documentos de identidad.”⁶³ La prolongación innecesaria de la privación de libertad es un acto de discriminación indirecta para los adolescentes que teniendo la oportunidad de continuar sus estudios universitarios no lo pueden hacer por las limitaciones del encierro.

2.7. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a Ecuador

El Comité de los Derechos del Niño en septiembre del 2017 presentó las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador.

El informe expone su preocupación por la inobservancia de las garantías del debido proceso a los adolescentes privados de libertad. Además, el carácter regresivo de las reformas legales del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que actualmente restringen la evaluación y revisión periódica de las medidas socioeducativas condicionando este derecho al cumplimiento previo del 60% del encierro para acceder a una medida menos restrictiva de libertad.

⁶² ONU, Asamblea General, Comité de los Derechos del Niño Observación general No. 24, Derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Loc. 15 y 16 (2019) https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/954445/mod_resource/content/4/OG24.pdf CRC/C/GC/24,

⁶³ ONU Asamblea General, Comité de los Derechos del Niño Observación General núm. 21 (2017) sobre los niños de la calle, p.10-11 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11402.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11402>

En este contexto señala que:

43. Inquietan al Comité:

- a) La prevalencia de medidas de privación de libertad en los centros de rehabilitación para mayores de 12 años en el caso de delitos graves, y para mayores de 14 años en el caso de otros delitos, como medida socioeducativa para los niños en conflicto con la ley, y el aumento de la condena máxima de privación de libertad de 4 a 8 años.
- b) La prestación de servicios limitados de asesoramiento y asistencia jurídica para los niños en conflicto con la ley.
- c) La falta de disposiciones legales que autoricen una reducción de la condena de privación de libertad y/o la revisión de una medida socioeducativa impuesta;
- d) El requisito de cumplir el 60% de la condena en régimen de privación de libertad y/o bajo un régimen “cerrado” para poder optar a un régimen semiabierto, y el de cumplir por lo menos el 80% de la condena en régimen de privación de libertad para poder optar a un régimen abierto;
- e) La insuficiente información sobre las medidas para proteger la vida y la integridad de los niños en los centros de rehabilitación.

44. Teniendo en cuenta su observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, el Comité recomienda que el Estado parte:

- a) Aumente la edad mínima legal para la aplicación de las medidas de privación de libertad;
- b) Evite la aplicación de medidas sociales y/o educativas consistentes en la privación de libertad y refuerce la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones impuestas a los niños en conflicto con la ley.
- c) Procure en mayor medida establecer jueces de menores especializados en todo el país y capacitarlos y garantice la prestación de asistencia letrada cualificada e independiente y la defensa pública en todos los procedimientos en que intervengan niños en conflicto con la ley.⁶⁴
- d) Refuerce la colaboración intersectorial dentro del sistema de justicia especializada y, en particular, vele por que el asesoramiento jurídico y psicosocial y la atención de la salud estén disponibles para los niños en conflicto con la ley.
- e) Lleve a cabo un examen de su marco normativo en relación con los procedimientos administrativos relativos a los niños en conflicto con la ley y asegure la disponibilidad de recursos o la revisión de una sanción impuesta y/o la reducción de la condena en régimen de privación de libertad.
- f) Reforme el sistema por el que se exige el cumplimiento del 60% de la condena en régimen de privación de libertad para los niños en conflicto con la ley, a fin de permitir la revisión de la sanción en cualquier momento durante el proceso con miras a su retirada.
- g) Garantice una supervisión adecuada y periódica de los centros de rehabilitación en los que haya niños privados de libertad y mecanismos de denuncia independientes que tengan en cuenta las necesidades de los niños, así como la disponibilidad de recursos y reparación en casos de violencia contra los niños en esos centros.

⁶⁴ ONU Asamblea General, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, 2017.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ECU/CO/5-6&Lang=Sp

2.8. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores

Las Reglas de Beijing fueron creadas en 1985 no tienen carácter vinculante pero sí, un gran valor de referencia por la autoridad de la cual emanan la Organización de Naciones Unidas. Su contenido ha inspirado reformas en legislaciones internas de los Estados. Se sustenta en el contenido de los artículos 39 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer mecanismos de un sistema de justicia juvenil moderna y restaurativa.

La Reglas de Beijing se integran con otros Instrumentos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas como las Reglas de la Habana que comprenden derechos a favor de los menores privados de libertad; Reglas de Tokio que refieren las medidas no privativas de libertad, las Reglas de Riad que tratan la prevención de la delincuencia juvenil y la Observación del Comité de Derechos del Niño 10-2017 que se aprobó en Ginebra; este cuerpo normativo tiene gran relevancia jurídica, pues son invocadas en los tribunales de muchos países al resolver derechos humanos de los adolescentes infractores.

Las Reglas resaltan una serie de principios para la justicia juvenil que se puede recopilar en los siguientes términos:

- Se discute la necesidad de fijar una edad mínima para considerar la vinculación del adolescente en el proceso penal; pese a no tener un acuerdo definitivo, se acordó excluir al niño de todo proceso judicial.
- La desjudicialización evita procesos legales y busca mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- Las medidas de privación de libertad deben utilizarse solo para los delitos graves y por el menor tiempo posible, la finalidad es la resocialización del adolescente, por lo tanto, no es pertinente apartar al adolescente de su entorno.
- Garantiza el derecho al debido proceso en los sistemas justicia juvenil, eliminan la aplicación del sistema de justicia ordinario de personas adulta; entre los derechos de protección está el derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser asesorado, derecho a ser notificado, derecho a recurrir.
- Aplicar el principio del interés superior del niño en todas las decisiones que vayan afectar al niño.

- Principio de prohibición de aplicación de castigos corporales y penas de muerte.
- Principio de especialización, las Reglas determinan las necesidades especiales de los adolescentes; que requieren operadores especializados para conocer y resolver los conflictos.
- Principio de oportunidad, cuando no exista necesidad de impulsar un proceso, los operadores tienen facultad discrecional para archivar la investigación. Este derecho evita la estigmatización de un proceso penal en contra del adolescente, y reduce la carga laboral innecesaria.
- El principio de proporcionalidad, refiere que el proceso penal de menores no solo se trate de averiguar los hechos que ha ocasionado el menor, sino se solicite un informe psicosocial para entender la causa del delito y determinar la medida más adecuada para recuperar al menor e insertarlo en la sociedad.
- Las Reglas promueven la necesidad de establecer una variedad de medidas, cuya aplicación sea preferente a las medidas privativas de libertad.
- El proceso de resocialización del adolescente no debe ser monopolio del Estado, sino intervención de la sociedad y la familia para dar oportunidades de desarrollo y reinserción al adolescente.
- Para proteger al adolescente y evitar su estigmatización se prohíbe la identificación del adolescente en todo proceso penal.
- Las autoridades tienen la facultad de flexibilizar la ejecución de la medida; es decir, cancelar la ejecución de las medidas o de sustituirlas por otras más benignas, cuando se conozca que el adolescente ya no necesita la intervención de control y vigilancia en el internamiento institucional.
- La utilización de la medida cautelar de privación de libertad solo se utilizará en casos extremos.
- Un principio muy importante, es la participación del legislador para evaluar continuamente las medidas socioeducativas, a fin de determinar las medidas que realmente producen resultados positivos.

2.9. Las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de los adolescentes infractores

Las Reglas de Brasilia fueron actualizadas y aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2018. Su objetivo es garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Las Reglas se proclaman con el aporte y aprobación de los representantes judiciales de los Estados Parte, quienes asumen el compromiso de efectivizar la implementación de dicha normativa en sus países.

El derecho de revisión periódica de la privación de libertad también es preocupación de las Reglas de Brasilia, sobre todo considerando que quienes la cumplen son personas en condición de doble vulnerabilidad, encerrados sin representación legal que los asista. De acuerdo a las Reglas de Brasilia corresponde al Estado, en especial al sector justicia velar por la dignidad y garantías fundamentales de la persona privada de libertad de acuerdo a los derechos humanos reconocidos en diferentes instrumentos internacionales.

Es importante la gestión y difusión de la Cumbre Iberoamericana para promover la aplicación real de las Reglas de Brasilia, pues este marco normativo, aunque no vinculante es de enorme valía jurídica para garantizar el acceso a la justicia de los adolescentes privados de libertad. En conclusión, el derecho a la revisión periódica de la medida socioeducativa privación de libertad, solo se hará efectiva cuando el Estado permita ejercer el derecho de acceso a la justicia como lo señala las Reglas de Brasilia.

3. Principios desarrollados por los mecanismos internacionales de derechos humanos

De las observaciones generales, observaciones finales, jurisprudencia, informe de opinión consultiva presentada por los Órganos se identifica diez principios que permiten ejercer los derechos reconocidos en los Tratados internacionales de derechos humanos:⁶⁵

1. El interés superior del niño es el principio primordial y fundamental que debe ser considerado por los Estados para resolver cualquier decisión en la que se involucre derechos de los niños o sean afectados.
2. La detención de los niños debe realizarse sólo como último recurso y por el menor tiempo posible por lo tanto cualquier detención de un niño debe ser estrictamente necesaria, este principio genera el derecho de revisión periódica de la medida socioeducativa, esto asegurará que la privación de libertad se

⁶⁵ Philip Lynch, “Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, Director del Servicio Internacional para los derechos humanos” en Certificado de Estudios Avanzados en justicia juvenil, Universidad de Ginebra, <https://www.youtube.com/watch?v=7tLqYHMYp1I&feature=youtu.be>

aplique solo por el menor tiempo posible pues desvanece la motivación y necesidad de su aplicación.

3. Los niños y adolescentes detenidos tienen derecho a medidas especiales que garantizan su protección efectiva. El Estado tiene que tomar medidas extraordinarias para proveer protecciones especiales reconociendo la condición de vulnerabilidad que presentan los adolescentes por su edad y por su privación de libertad.
4. Los niños y adolescentes no deben estar sujetos a otras privaciones distintas a las que fueron consecuencia de su privación de libertad entre sí. Por lo que no deben estar sujetos a la privación de su derecho a la educación, tampoco a la privación del derecho de mantener lazos familiares por estar detenidos.
5. La única consecuencia de la privación de libertad es el encierro en un centro institucional autorizado,
6. Previo a la detención de niños previo a ordenar su privación de libertad el Estado debe garantizar que estos estén sujetos a una audiencia muy justa y expedita, que se explique de forma sencilla que se está resolviendo
7. El niño tiene derecho a las garantías del debido proceso, derecho a un abogado. Reconocer que la detención tiene como objetivo la reforma o readaptación social del adolescente, no el castigo o disuasión. Para el efecto, el Estado debe tomar medidas que los niños tengan acceso adecuado a las oportunidades de educación y formación, así como mantener sus relaciones familiares.
8. Previo a ser declarado culpable de cualquier delito, cuando un niño ha sido acusado y existen dudas de si debe ser detenido preventivamente o liberado bajo fianza, la presunción debe ser bajo fianza. Los órganos de tratados internacionales de derechos humanos han dicho que la detención de un niño debe ser excepcional y como toda forma de privación de un niño debe ser como último recurso y por el menor tiempo posible
9. Los niños privados de libertad deben ser separados de los adultos, deben estar en instalaciones adaptadas y propias para niños sin mezclarlos con la población de adultos en prisión
10. Los niños nunca deben estar sujetos a sentencias o cadena perpetua sin libertad condicional, esto se debe al reconocimiento de que, el desarrollo de los niños está en una etapa diferente al desarrollo de los adultos y todos los niños pese al delito cometido, son capaces de rehabilitación y pueden beneficiarse de esta

reforma por lo que es necesario agotar esta oportunidad de ser liberados en la comunidad para llevar vidas libres y satisfactorias.

Todos esos principios configuran la justicia juvenil restaurativa, que es el conjunto de tratados e instrumentos internacionales que reconocen un marco normativo de principios y derechos humanos a favor de los adolescentes en un proceso legal. Proclama la implementación de un sistema judicial que garantice al adolescente entender los hechos cometidos, las consecuencias de sus actos y la aplicación favorable de un tratamiento especializado que permita su rehabilitación e inmersión positiva en la sociedad.

La justicia juvenil restaurativa busca un espacio de protección a favor del adolescente infractor, su interés se basa en la protección de la dignidad humana del adolescente infractor. Entendido como un sistema judicial amigable sin formalidades del proceso ordinario, que reconoce el de derechos, garantías y protección especializada a favor del adolescente infractor. Su objetivo principal es que el adolescente asuma el reconocimiento de los hechos, se comprometa a una formación académica y se consideren la asistencia psicológica y social para determinar la medida efectiva de que permita su reinserción.

4. Revisión periódica de la medida socioeducativa

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala entre los aspectos esenciales de la justicia de los adolescentes infractores el principio de la revisión periódica de las medidas de privación de libertad en los siguientes términos:

372. El requisito de que la privación de la libertad sea una medida impuesta únicamente como último recurso y durante el período más breve posible exige que los Estados implementen mecanismos de revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños infractores. Si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados ponerlos en libertad aun cuando no hayan cumplido el período previsto en la pena de privación de libertad establecida para cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada.

373. El Comité de los Derechos del Niño, interpretando el artículo 25 de la CDN que prevé el examen periódico de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido claramente que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”.

374. De manera similar, la regla 28.1 de las Reglas de Beijing señala que: La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

375. La Comisión valora que algunos Estados de la región hayan previsto programas de libertad anticipada. De la información recibida por la CIDH se desprende que estos programas adoptan una variedad de formas distintas, que incluyen: permisos para que los

niños regresen a su familia y su comunidad durante días determinados; regímenes regulares de salidas (por ejemplo, todos los fines de semana); sustitución de la privación de libertad por otras medidas, como la semi-libertad o medidas no privativas de libertad.⁶⁶

Mientras la normativa internacional reiteradamente proclama el derecho de la revisión periódica de la privación de libertad, por la misma condición especial que cursa un adolescente; la Asamblea Nacional reformó el sistema de ejecución de las medidas socioeducativas. Por lo tanto, los operadores encargados de ejecutar el control de la privación de libertad del adolescente no tienen obligación de realizar el examen periódico; o de realizarlo no tiene trascendencia alguna más que el archivo; ya que es improcedente, por seguridad jurídica que el juzgador modifique la medida, sin que haya el encierro del 60%.

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado al Estado, reformar las condiciones de revisión de libertad; el hecho de aplicar el mismo sistema de ejecución de penas de los adultos a los adolescentes infractores es muestra de la decisión legítima del Estado para vulnerar derechos de los castigados.

⁶⁶ OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, de 13 julio 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc.78

Capítulo tercero

Diálogo entre los argumentos del legislador, la realidad de los adolescentes infractores en el CAI de Loja y la criminología en justicia juvenil

A continuación se detallan los resultados obtenidos en el estudio realizado en el Centro de Adolescentes Infractores Varones de Loja, CAI. La institución se encuentra bajo la rectoría del Servicio Nacional de Atención Integral a personas Adultas privadas de la libertad y adolescentes infractores y se encarga del cumplimiento de las medidas socioeducativas de los adolescentes infractores de la provincia de El Oro, Zamora Chinchipe y Loja.⁶⁷

El objetivo de la investigación, fue determinar si las condiciones legales para modificar el régimen de ejecución de las medidas socioeducativas vulneran o no los derechos humanos de los adolescentes infractores que cumplen internamiento institucional. En relación con ello, en este capítulo se presenta un diálogo entre los argumentos del debate de la Asamblea Nacional y la realidad de los adolescentes infractores en internamiento institucional, un experimento aún sin evaluación de las vulneraciones causadas.

1. Principales argumentos de la Asamblea Nacional para la reforma del 2014

El debate de la Asamblea Nacional para aprobar las disposiciones reformativas del CONA es parte del proyecto del Código Orgánico Integral aprobado en el 2014. Se efectuaron 139 sesiones, 183 observaciones, 11 foros nacionales y 28 comisiones generales para presentar el informe para el primer debate del Código Orgánico Integral Penal que fue aprobado por el Pleno el 13 de julio del año 2012. Para el efecto, la Comisión Especializada y de Justicia de la Asamblea Nacional se organizó en tres subcomisiones de trabajo.

La primera Subcomisión se encargó del Libro Preliminar y Libro I del proyecto, relativo a la infracción penal; la Subcomisión 2, el Libro II se encargó del procedimiento penal; mientras la Subcomisión 3, se refirió al libro III, ejecución de las penas, medidas

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 391.

cautelares y disposiciones generales, transitorias, reformatorias y derogatorias.⁶⁸ Entre las 19 disposiciones reformatorias, consta la responsabilidad del adolescente infractor y las medidas socioeducativas como consecuencia jurídica de la infracción. Se hizo constar en el informe, que la finalidad de la medida es la educación, la integración familiar y la inclusión constructiva del adolescente a la sociedad. La propuesta de reforma reconocía una propuesta de administración de justicia especializada, restaurativa y de reparación a la víctima acorde a los compromisos internacionales y las normas constitucionales vigentes.

Entre las disposiciones reformatorias, consta el nuevo sistema de ejecución de las medidas socioeducativas para los adolescentes infractores; en régimen cerrado, semiabierto y abierto, y el requisito del 60% del cumplimiento de la medida socioeducativa para modificar el régimen de cerrado a semiabierto, que debe ser del 80% para cambiar a un régimen abierto.

La Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, a través de la Subcomisión respectiva, recibió dos aportes para los adolescentes: el proyecto de ley de responsabilidad penal para los adolescentes infractores y, el proyecto de ley orgánica reformativa al Código Penal, Código de la Niñez y Adolescencia, presentada en su orden por un Asambleísta y el representante de la Fiscalía General del Estado de aquel entonces.

Durante quince meses, a partir de la presentación del primer informe, la Comisión recibió 235 pronunciamientos que hicieron observaciones a las reformas en discusión, de los cuales 10 proponentes se expresaron en cuanto a las reformas del Libro IV del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que se resumen así:

En el año 2012 la fundación *Defence for children Internacional-Ecuador* se pronunció en cuanto a la imputación y responsabilidad del adolescente en conflicto con la ley. Por su parte, los legisladores emitieron su criterio de aprobación del modelo de gestión de las medidas socioeducativas en los centros de adolescentes en conflicto con la ley.

En el año 2013 el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia planteó dos observaciones que se registran en las actas de discusión como Adolescentes en conflicto con la ley penal. El Consejo Consultivo Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes de Galápagos, Consejos Consultivos y Movimientos de Niños, Niñas y Adolescentes del

⁶⁸ Ecuador, *Actas de la Asamblea Nacional, Debate y aprobación del COIP*, Quito, 2014.

Azuay, se pronunciaron en términos generales a la inimputabilidad de las y los adolescentes, así como temas de niñez y adolescencia.

En la revisión de los documentos digitales proporcionados por la Asamblea Nacional, no se encontró registro alguno que mencione debates, aportes, pronunciamientos que se relacionen con el régimen de medidas socioeducativas planteadas en el primer informe de debate. El informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal que se presentó en la Asamblea Nacional tenía 743 artículos, 4 disposiciones generales, 19 transitorias, 44 disposiciones entre derogatorias y reformatorias.

Mediante la disposición cuadragésima tercera proponen reformar el libro cuarto del Código de la Niñez y Adolescencia denominado responsabilidad del adolescente infractor. En el informe se detalla; entre otros, el capítulo de las medidas socioeducativas privativas y no privativas de libertad, y el Capítulo IV denominado regímenes de ejecución de las medias socioeducativas de internamiento institucional. En conclusión, es el mismo contenido del primer informe que ya se debatió en la Asamblea Nacional.

En sesión 257 de fecha 09 de octubre de 2013, la Comisión Especializada presentó el informe para el segundo debate del COIP. Por la amplitud del proyecto, los legisladores aprobaron discutir su contenido por libros del código de reforma. El último libro objeto de discusión fue la ejecución de penas, en su contenido se describía el sistema de progresividad que consistía en la rehabilitación por regímenes de rehabilitación social de la persona privada de libertad hasta su reintegro en la sociedad. El sistema de progresividad comprende un régimen cerrado, semiabierto y abierto. El régimen cerrado es el encierro absoluto de la persona sentenciada para cumplir un plan individualizado de la pena; cumplido el 60% de la condena, la persona puede acceder a un régimen semiabierto que concede la libertad condicionada de la persona en conflicto con la ley penal.

La última fase fue el régimen abierto que procede una vez que se haya cumplido el 80% de la pena privativa de libertad. El libro IV incluyó entre otras disposiciones la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia. En este contexto, se procedió a revisar el contenido de las actas de sesiones proporcionadas por la Asamblea Nacional; para su análisis solo fueron seleccionadas las intervenciones relacionadas con la aplicación de los regímenes abierto, semiabierto y cerrado en el COIP; posteriormente fueron revisadas las intervenciones por la reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia, básicamente en torno al régimen de las medidas socioeducativas y su modificación.

El 05 de noviembre de 2013, con la asistencia de 109 legisladores, el Presidente de la Comisión Especializada expuso las condiciones para el cambio de régimen que planteaba la reforma, en los siguientes términos: “si es que la persona ha cumplido con los parámetros legales, reglamentarios, con los ejes de trabajo, con los ejes de salud, de deporte y una serie de ejes que están contemplados en el proyecto, puede pasar del régimen cerrado a un semiabierto o del semiabierto podría pasar al abierto”;⁶⁹ además debe tener un porcentaje alto del cumplimiento de la pena y no haber faltado respeto a las normas disciplinarias.

Señalaba el legislador además que “los nuevos regímenes que se consagran en el Libro III que, por supuesto son un experimento, van a tener desenlaces no sabemos si positivos o negativos, pero en último término, pasar del régimen cerrado al abierto por el semiabierto, es una experiencia nueva en el país que va a remover las estructuras de las cárceles y de los centros de rehabilitación en el país. Una innovación, por supuesto interesante, que al final tendrá que ser resuelta y decidida por el Juez de Garantías Penitenciarias.”⁷⁰

Al respecto, el entonces Asambleísta Virgilio Hernández manifestó que no es adecuado establecer un porcentaje como norma general, pues hacerlo sería castigar más severamente a una persona sancionada por infracciones menores que una persona con penas más graves; solicita se establezca una graduación y progresividad del cumplimiento de la pena, para beneficiarse con el cambio de régimen.

El legislador compartió una propuesta del aquel entonces Ministerio de Justicia y sugirió que, en los delitos sancionados con menos de tres años, se exija el cuarenta por ciento del cumplimiento de la pena; en los casos sentenciados entre tres y diez años, se exija el cincuenta por ciento; y para aquellos delitos sancionados con una pena privativa de la libertad de más de diez años que sea el sesenta por ciento.⁷¹

En cuanto a la nueva experiencia para modificar las estructuras de las cárceles del país, se registraron dos intervenciones referentes al cambio de régimen de ejecución de penas, la primera por el Presidente de la Comisión quien expuso el informe del proyecto, y por otra parte el ex asambleísta Virgilio Hernández, quien expuso en su debate acoger el pronunciamiento del Ministerio de Justicia, esto es que el porcentaje de cumplimiento

⁶⁹ Ecuador. *Actas de la Asamblea Nacional, Debate y aprobación del COIP*, Quito, 2014.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

de la pena para acceder al cambio de régimen sea gradual de acuerdo a la pena del delito sentenciado, y demás requisitos propios al tipo de delito.

El Ministerio de Justicia propuso que la modificación gradual de la ejecución de las penas, era un beneficio significativo para las personas sentenciadas con penas privativas de libertad menor a diez años y para reducir la población carcelaria. El análisis correspondía realizarlo a un ente del sector público conocedor del déficit presupuestario para atender la realidad carcelaria, el cual reconoció la necesidad de una política pública coherente con el legislador para garantizar la estabilidad social y respeto a los derechos humanos de los menos favorecidos.

Con fecha 17 de diciembre de 2013, se debatió el tema de las medidas socioeducativas aplicables a los adolescentes infractores. En lo principal, los distintos regímenes de internamiento, cerrado, semiabierto y cerrado del sistema de ejecución de medidas socioeducativas; se modificó la medida socioeducativa de 4 años a una medida de internamiento institucional de 8 años, aplicable a los delitos sancionados en el COIP con más de diez años de privación de libertad. La propuesta inicial establecía un máximo de 12 años de internamiento institucional para los delitos más graves.

Antes de la reforma, el Código de la Niñez y Adolescencia, sancionaba los delitos graves con una privación de libertad máximo de 4 años; en conclusión, se duplicó la sanción a los adolescentes. Con fecha 10 de octubre de 2013, la ex asambleísta María Vela Cheroni propuso que se incluyera el término de la inimputabilidad de los adolescentes y se opuso al aumento de las medidas, pues a su criterio desnaturalizan el sentido de las mismas.

El 11 de octubre, por su parte la asambleísta Mariangel Muñoz señaló que las medidas socioeducativas, serán privativas y no privativas de libertad, que su aumento obedece al análisis técnico con los centros de adolescentes infractores, en el cual se determina que la aplicación será en base a la edad y tipo del delito. No se encontró referencia alguna del análisis técnico que refirió la legisladora.

El 05 de noviembre, el ex asambleísta Mauro Andino, Presidente de la Comisión, expuso la estructura de la reforma al Código de la Niñez y, resaltó que, se llevaría un mejor control de la ejecución de las medidas socioeducativas. En cuanto a la propuesta de aumentar las medidas socioeducativas, la ex asambleísta Marisol Peñafiel se refirió a la proporcionalidad y que el mayor número de adolescentes con internamiento institucional se producen por delitos contra la propiedad.

Al respecto, la asambleísta Betty Carrillo rechazó la reforma de las medidas socioeducativas, y añadió que se estaría sancionando y castigando a los adolescentes que vienen de situaciones de extrema de pobreza, violencia en los hogares, niños que viven en la calle, víctimas de violencia estudiantil y sexual. Por su parte, el ex asambleísta Fernando Bustamante criticó el aumento de medidas, y consideró que hacerlo sería adoptar decisiones similares a los Estados Unidos.

La asambleísta María Calle sugirió que la edad mínima para sancionar a los adolescentes fuera de 15 años, una edad menor sería vulnerar los derechos de los menores que devienen de situaciones de pobreza, y que la mayor causa de internamiento es por hurto. El asambleísta Diego Vintimilla se opuso a la reforma, consideraba que fijar medias socioeducativas de quince años equivaldría a una imputabilidad del adolescente y un trato de chivo expiatorio para justificar la ley.

De los aportes realizados se determinan dos criterios; oponerse al aumento de las medidas socioeducativas, pues sería criminalizar a los niños víctimas de la pobreza, y establecer como edad mínima los 15 años para determinar la responsabilidad de un adolescente. Aunque no es tema de esta investigación, es la única respuesta que se relaciona con la recomendación del Comité de Derechos del Niño, que sugiere incrementar la edad mínima en los Estados Parte.

También se concluye, que no hubo debate alguno del régimen de las medidas socioeducativas de adolescentes infractores, tampoco de las condiciones de tiempo para revisar y modificar el régimen de ejecución. En cuanto a las observaciones planteadas, el Presidente de la Comisión Especializada señaló que la propuesta de reforma respeta la Constitución de la República, además es una propuesta de justicia especializada para los adolescentes, y concluyó que el tiempo máximo para las medidas socioeducativas sería de diez años.

Con fecha 11 de diciembre de 2013 se continuó la sesión del segundo debate del proyecto del COIP; entre las exposiciones se destaca que las medidas socioeducativas se debían imponer por un tiempo mínimo que técnicamente contribuyan al comportamiento del adolescente; que debían considerar la condición del adolescente para reincorporarse a la sociedad. Finalmente, el legislador fijó un techo de medidas de 8 años aplicable a delitos graves previstos en el COIP como asesinato o violación.

En el Acta 257-F de fecha 17 de diciembre de 2013 del Pleno de la Asamblea Nacional se registró el debate, votación y aprobación del segundo informe del proyecto COIP. De los 130 legisladores (total 137) que asistieron se registraron 101 votos

afirmativos a favor del COIP, prácticamente con el 77% de la votación se aprobó el COIP. Los partidos y movimientos políticos diferentes al Ejecutivo, registraron 28 votos negativos y una abstención.

Previo a finalizar la sesión, el asambleísta Raúl Abad Vélez partidario de Alianza País solicitó la reconsideración del libro III que incluía: la reformativa del Código de la Niñez y Adolescencia, del Código Orgánico de la Función Judicial y demás disposiciones generales, modificatorias, reformativas, transitorias, derogatorias y disposición final; el resultado de la votación dio 28 votos afirmativos, 102 blancos y una abstención, con lo cual no se aprobó la petición del legislador.

El debate de reforma del CONA se sustentó en una justicia especializada a favor del adolescente, distinta a justicia ordinaria de las personas adultas porque así lo mandaba la Constitución. Sin embargo, el resultado fue aumentar la medida socioeducativa de 4 a 8 años de internamiento institucional y disponer al Ministerio de Justicia su ejecución.

Se alegó que los adolescentes tendrían obligaciones en los centros de internamiento lo que permitiría un mejor control sobre ellos. En cuanto al cambio de régimen hubo un solo pronunciamiento que sugería se aplique un sistema progresivo y gradual. Es decir, a menor delito, menor porcentaje de cumplimiento de la medida para beneficiarse del cambio de un régimen semiabierto o abierto.

Como resultado del estudio de las actas del debate de reforma del CONA en cuanto a adolescentes infractores, no existe ningún pronunciamiento respecto al porcentaje de cumplimiento de la medida socioeducativa para cambio de régimen de los adolescentes, ni la aplicación de la misma por el menor tiempo posible, ni del derecho de revisión periódica de la medida socioeducativa del adolescente infractor. Por lo tanto, no hubo debate alguno de los derechos humanos a favor niño, reconocidos en la Constitución y los tratados e instrumentos internacionales, que se analizó en los capítulos primero y segundo de la presente investigación.

Es el poder legislativo quien establece el marco normativo para que los jueces en base a una administración de justicia especializada determinen las medidas socioeducativas idóneas para reintegrar un niño a la sociedad. Por lo tanto, el Estado necesita una legislación especializada que proteja los derechos humanos del niño; y un sistema de justicia especializado que la efectivice.

2. Vulneración de derechos de los adolescentes en el CAI de Loja

La medida socioeducativa más severa de todas es el internamiento institucional, se reserva para los casos de infracciones más graves. Aun considerando la privación total de libertad del adolescente infractor, el CONA prevé diferentes regímenes para su cumplimiento, de conformidad con lo prescrito en el artículo 380 son el régimen cerrado, semiabierto y abierto, cuya descripción consta en los artículos 381, 382 y 383, respectivamente.

El paso de un régimen severo a uno más benigno es decidido por el juez competente, con base en criterios específicos como el número de faltas disciplinarias cometidas, el cumplimiento gradual del plan individualizado y el tiempo cumplido de la medida socioeducativa.⁷² Este último criterio se refiere al cumplimiento del 60% de la medida socioeducativa impuesta, lo que da derecho al adolescente a transitar del internamiento institucional al internamiento de régimen semiabierto o internamiento solo el fin de semana, lo cual debe ser decidido por el juez competente.

En cuanto a la ejecución de las medidas socioeducativas privativas de libertad, el artículo 391 del CONA define como instancias encargadas de esa actividad a los Centros de adolescentes infractores, “en los que permanecen los adolescentes a quienes se les impuso medidas cautelares o medidas socioeducativas privativas de libertad.” Una vez decretada la medida por el juez competente, el adolescente infractor es ingresado al Centro para cumplir un plan individualizado de aplicación de la medida socioeducativa y normas establecidas para la Institución.

A partir de ese momento queda bajo responsabilidad del Estado, donde deben aplicarse normas de carácter universal como la separación en secciones⁷³ y subsecciones,⁷⁴ la legalidad de su reclusión en el CAI,⁷⁵ el examen obligatorio de salud⁷⁶ y un plan individual de aplicación de la medida socioeducativa impuesta por el juez competente.⁷⁷ Asimismo, durante la ejecución de la medida socioeducativa privativa de libertad el adolescente infractor tiene derecho a recibir visitas previamente autorizadas.⁷⁸

Finalmente ha de indicarse que los adolescentes infractores internados en los CAI están sujetos a un régimen disciplinario que incluye varias normas de comportamiento

⁷² CONA, art. 380.

⁷³ *Ibíd.*, art. 393.

⁷⁴ *Ibíd.*, art. 393.

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 394.

⁷⁶ *Ibíd.*, art. 395.

⁷⁷ *Ibíd.*, art. 400.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 408.

cuya violación da origen a falta leves y graves, y pueden ser sancionados previo a un procedimiento administrativo que debe ser breve, sencillo y oral, donde se respetará el derecho a ser oído por sí mismo o a través de un defensor privado o público, y el derecho al debido proceso y.⁷⁹

Aunque un adolescente infractor con medida socioeducativa privativa de libertad de internamiento institucional, cumpla todas las disposiciones internas y no incurra en ninguna de las faltas previstas en el CONA o los reglamentos internos del CAI, deberá esperar a cumplir el 60% de la sanción para acceder al beneficio de un régimen de cumplimiento más benigno, lo que de acuerdo a la investigación doctrinal y de instrumentos y estándares internacionales realizada, puede ser contraria a su interés superior y a la protección integral que debe proporcionarle el Estado, ya que no tiene derecho a beneficios de acuerdo a su comportamiento, sino únicamente al tiempo cumplido de privación de libertad.

Adicionalmente, cuando se trate de una medida socioeducativa de internamiento institucional privativa de libertad de cuatro a ocho años, se puede extender el siguiente y control por dos años posteriores al haber cumplido completamente la medida, si de la evaluación integral realizada se determina la necesidad de ello, de acuerdo a los criterios fijados por la autoridad competente.

Para analizar hasta qué punto la exigencia del 60% de cumplimiento de la medida privativa de libertad puede ser percibida por los adolescentes infractores como una violación a sus derechos, se entrevistó a los adolescentes que cumplen una medida socioeducativa de internamiento institucional en el CAI de Loja. El control institucional y disposiciones legales impidieron la recolección de la información en medios tecnológicos, siendo necesario apuntar de forma escrita.

Se inició la entrevista con el jurídico del CAI quien labora en la institución desde el 2016. Relata el funcionario que el CAI tiene su establecimiento en el barrio “Daniel Álvarez” sector urbano de la ciudad de Loja. A la fecha del estudio, el Centro se encargaba de la ejecución de la medida socioeducativa de privación de libertad de 11 adolescentes infractores. Menciona el funcionario que los adolescentes y personas internas, actualmente tienen un ambiente tranquilo, cumplen sus talleres sin novedad alguna, a su criterio es por la edad, el número de institucionalizados y el delito cometido, aun cuando han sido sancionados por delitos graves, no son personas agresivas y su conducta es muy

⁷⁹ *Ibíd.*, art. 420.

buena. El CAI está integrado por el coordinador, trabajadora social, psicóloga y jurídico. El área educativa se coordina con el colegio Ángel Pastrana, actualmente los adolescentes reciben clases virtuales de acuerdo al nivel de bachillerato.

En el ámbito educativo hay dos realidades de adolescentes: quienes cursan sus estudios con el apoyo de la unidad Ángel Pastrana y quienes no pueden continuar sus estudios universitarios. Los adolescentes cumplen talleres de mecánica, panadería, dibujo, música, deporte, manualidades y artesanías, la producción que se genere se oferta y las ganancias se distribuyen en partes iguales. A criterio de los adolescentes el CAI provee adecuadamente la alimentación, la salud y el deporte. En cuanto a la alimentación reciben desayuno, colación, almuerzo, fruta y merienda. La hora de ingreso a las habitaciones es las 17h30, se encargan del aseo personal, cuentan con uniformes, colaboran con el aseo de la institución sin novedad alguna.

La empresa que provee el servicio de alimentación, realiza la entrega en el Centro de Privación de Personas Adultas en Loja y posterior en el CAI, lo que causa retrasos en ciertas ocasiones. En cuanto a salud, tienen asistencia médica y hay disposición de funcionarios en el área de psicología, trabajo social y jurídico que asiste de forma permanente a los adolescentes. De ser necesario, el Centro gestiona ayuda social para solventar gastos de insumos personales de los adolescentes que por ausencia familiar no disponen de los mismos. Siete adolescentes continuaron sus estudios cuando ingresaron al CAI, casi todos alumnos del Bachillerato, excepto un adolescente que cumplía un internamiento por delito de hurto.

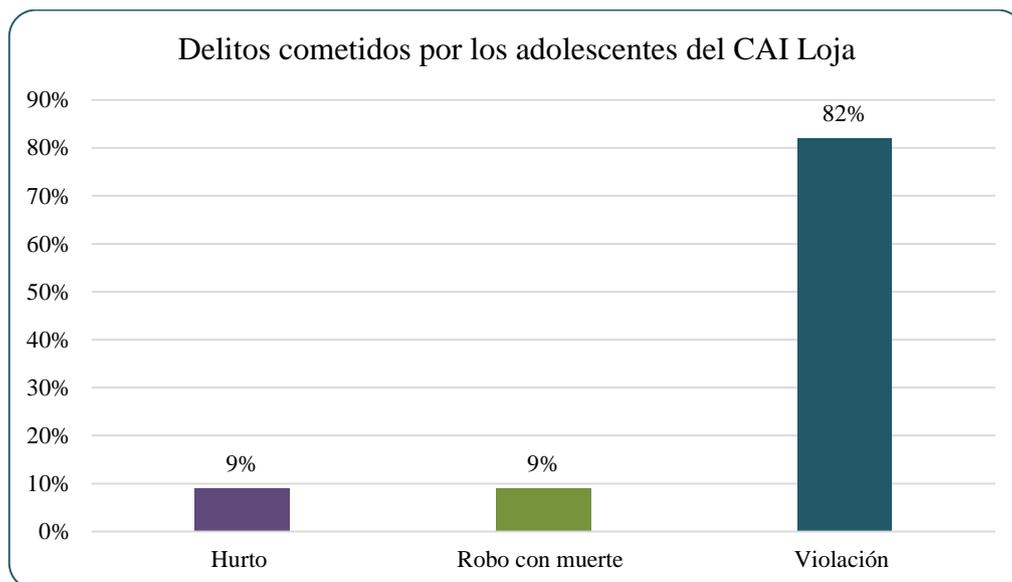
A continuación se detalla los resultados de la entrevista, por reserva de identidad se expone los resultados con numeración según el domicilio del adolescente:

Tabla 1
Aspectos básicos de los adolescentes entrevistados

Domicilio	Adolescente	Edad	Sentencia en años	Delito
Loja	A.1	14	8	Violación
	A.2	18	8	Violación
	A.3	19	8	Violación
	A.4	16	8	Violación
Calvas	A.5	19	6	Violación
Celica	A.6	18	6	Violación
Paltas	A.7	20	5	Violación
Morona Santiago	A.8	20	6	Violación
Santo Domingo	A.9	20	6	Violación
Zamora Chinchipe	A.10	14	0,1	Hurto
Esmeraldas	A.11	19	6	Robo con muerte

Fuente: CAI Loja.
Elaboración propia.

El 27% de los adolescentes que cumplen internamiento tiene menos de 18 años; y 8 personas que resultan el 73% han cumplido los 18 años de edad. El Centro tiene 11 adolescentes que cumplen el internamiento institucional en régimen cerrado. El 82 % de los adolescentes cumplen medida socioeducativa de privación de libertad por delitos sexuales (violación). El 18%, se encuentra internado por delitos contra la propiedad: uno, por robo con resultado de muerte y un adolescente por delito de hurto.



Cuadro 1. Infracciones cometidas por los adolescentes internados en el CAI Loja.
Fuente: CAI Loja.
Elaboración propia.

Durante el cumplimiento de la ejecución de la medida socioeducativa, los adolescentes señalan que han realizados cursos de panadería, mecánica, electricidad, procesamiento de alimentos, cerámica, teatro, música; ganado, computación, teatro, manualidades, temas de tecnología; y actividades deportivas.

Todo he cumplido, pero ya quisiera salir, ya no tiene sentido el encierro fueron expresiones de los adolescentes; ellos extrañan su familia, su casa, sus amigos, jugar en el barrio, sus estudios anteriores. Hacemos todo lo que nos piden para poder salir, pero hay que estar encerrados hasta que sea tiempo de salir.

Los adolescentes reconocen las consecuencias de sus actos, aunque no se indagó los hechos porque no es motivo de la investigación, espontáneamente, señalaban en los casos de violación que tenían una relación con su pareja, que cuando las mamás o familiares se enteraron los denunciaron y ahí cambió su vida, comentan temas de afectividad con sus novias, de amor, pero que por su edad hace que ellos estén detenidos.

Además, indicaron que es muy grave que los tengan encerrados como en la cárcel, que no son delincuentes, que ahora conocen que tener relaciones con una chica adolescente es prohibido, y que simplemente no volvería hacerlo, que no son malas personas, y que solo quieren una oportunidad, para aprovechar su tiempo, vida y estudios.

-“Mis amigos están estudiando, hay quienes trabajan y uno aquí encerrado sin hacer nada productivo, no es justo. Ya estoy el tiempo suficiente, pregúntele a la Coordinadora, apoyo en todo y ella lo sabe que soy una buena persona, me equivoqué y ni siquiera sabía que pasaba”; su deseo es la libertad, señalan que es muy dura la ley, que les falta mucho tiempo de prisión, éstos son relatos de los adolescentes que cumplen internamiento institucional en el CAI Loja.

“Mi familia no comenta de mi encierro, para evitar que te estigmatice es muy triste saber que no hay oportunidades, el solo hecho de haber estado encerrado es motivo de exclusión, es difícil reintegrarse después de mucho tiempo, la gente pregunta dónde estabas o que hacías, y pensar que no hay una respuesta que decir, hace sentir muy deprimido. Se siente ansiedad, desesperación, simplemente hay momentos que no hay fuerzas, no hay motivación, solo ves amanecer y anochecer, pasa un día, otro y otro día y ya no hay ni que hacer, porque ya sabes hacer el pan, las galletas, las artesanías, ya no hay que más hacer sino repetir y no tiene sentido invertir porque la venta de los productos es baja”.

Dejar pasar tanto tiempo sin hacer algo para ti, sin estar con quienes amas, sin compartir una navidad, la comida, el cumpleaños, el día de la madre llena de nostalgia, extrañan a los padres a los hermanos, y a su hijo. Los adolescentes saben que el procedimiento para salir depende del tiempo de encierro. Solo dos adolescentes conocían su derecho constitucional de revisión periódica de la medida socioeducativa.

Respecto a la medida socioeducativa impuesta por el juzgador, los adolescentes expresaron que es malísimo, mucho tiempo, es injusta o mal impuesta, falta de análisis; 8 años es mucho tiempo, porque mi estudio y la carrera que quería seguir se arruinó, me acusaron sin haber cometido nada; es excesiva, muy mala, el tiempo es muy exagerado porque perdí muchas metas y logros, no se puede estudiar lo que uno desea, cada año me hago más viejo, pierdes parte de tu vida, no sabe el dolor que causa saber que pierdes una parte de tu vida.

Solo un niño de 14 años dijo que la medida era justa porque solo le habían impuesto un mes. Sus compañeros indicaban que no entendían porque lo habían castigado de esa manera, su talla y apariencia lo caracterizaban como un niño entre todos los

adolescentes. Tres adolescentes privados de libertad fueron penalizados en la universidad., señalaron que habían gestionado el ingreso a la universidad, que se prepararon para los exámenes, pues su deseo era continuar los estudios, ser profesional, trabajar y pagarme los estudios, ayudar a mis padres, todo se estaba cumpliendo, hasta que esta prisión acabó con mis sueños.

Cumplí todos los talleres, tenía un buen comportamiento en el Centro; por lo tanto, no había inconveniente para ingresar a la Universidad; sin embargo, se presentaron los problemas que arruinaron mi proyecto de vida. Uno de los adolescentes fue admitido en la universidad a distancia, comenta que tenía que cumplir unas tutorías en internet a las 19h00; sin embargo, no era posible acceder a las computadoras en el CAI puesto que la hora de encierro en sus habitaciones era a las 17h30.

Otro de los adolescentes, compartió su tristeza, cuando dijo que se había preparado para las evaluaciones de la universidad a distancia que quedaba en la costa, pero no había sido posible continuar porque el Centro ni el Juez concedían permiso para presentarse a rendir las evaluaciones presenciales del semestre que cursaba.

Las restricciones de libertad impiden continuar los estudios en el caso particular, la universidad penalizó a los estudiantes, asignando un castigo más a su encierro. Señalan que no se puede aprovechar el tiempo estudiando, toca estar sin hacer nada, ver el tiempo pasarse acaba la adolescencia, creces lejos de tu familia, de tus amigos, y tampoco hay como salir a trabajar.

Uno de los entrevistados comentó que lo sentenciaron en febrero de 2018, tenía una relación de pareja con una prima lejana, su familia se enteró y lo denunciaron. El adolescente indicó que jamás tuvo un abogado que le explique el proceso, lo que pasaba, tampoco fue escuchado para explicar que eran novios, que tenían quince y catorce años cuando pasaron los hechos; durante el proceso, el contrajo una relación con otra persona, y se dedicó a trabajar en las minas porque iba a ser padre y ayudaba económicamente a su familia, a los tres días de haber nacido su hijo fue detenido e ingresado en el CAI para su comparecencia a juicio y cumplimiento de la medida, el joven anhela jugar con su hijo, abrazarlo, escucharlo, lo extraña mucho, comenta su dolor de sentirse padre y no poder trabajar para su bienestar.

Señaló que la madre de su hijo estaba delicada por el parto y en esas condiciones se quedó sola y sin posibilidad de trabajar, tuvo que viajar a Cariamanga para ser acogida en su casa, está muy preocupado porque su madre está muy delicada de salud y aun así tuvo que acoger a su pareja e hijo, que actualmente las condiciones de pobreza son muy

duras. Es desesperante, genera ansiedad, ves pasar el día, la tarde, duermes y otra vez la misma secuencia y no se puede hacer nada; este encierro me mata, señaló el adolescente.

Los adolescentes saben que la condición para salir es cumplir el 60% de la medida. Al respecto se pronuncian así: el 60% es mucho tiempo; sobre todo si es larga; es mucho tiempo; si se debe revisar más pronto porque es un derecho; mal mucho tiempo es; que es mucho tiempo; que está mal; es mucho tiempo porque perdemos muchos objetivos; es mucho tiempo, es doloroso estar demasiado tiempo en un lugar encerrado; es mucho tiempo para hacer una revisión de papeles del 60%.

En el encierro el tiempo no pasa, un mes se hace un año, cumples los talleres, no hay como seguir la universidad, los links están bloqueados, no hay acceso por el internet del Centro, tampoco hay acceso a las computadoras porque el encierro es a las 17h30. Estudié en el sindicato de choferes en Catacocha, me gustaba estudiar en la presencia de la UTPL, pero no hay facilidad para continuar mi estudio, no solo se pierde la libertad, se pierde tiempo, la familia, dinero, oportunidad de estudiar, además señalan que si afuera todo es difícil, en el Centro es el doble de difícil.

Las medidas deben ser revisadas cada seis meses o cumplido el 40%, sugirieron los adolescentes. También, expresaron que primero deben evaluar si ellos son o no delincuentes, si merecen o no estar encerrado, pues son personas tranquilas que se equivocaron pero no son delincuentes. “Si no eres delincuente, no es necesario que te castiguen con la prisión; si pedimos perdón, nos arrepentimos y nos comprometernos a no volver a cometer ciertos hechos, a seguir una terapia y no volver a equivocarnos, sería más que suficiente, no habría necesidad del encierro, porque somos personas que queremos estudiar, trabajamos, tenemos familia y queremos seguir adelante”, “si todos los informes del CAI son favorables, porque no nos permiten por lo menos salir a estudiar o dar exámenes en la universidad, o por lo menos las universidades no nos penalicen eso es un castigo adicional” señalan a la entrevista.

Los datos más relevantes de la entrevista que se han recopilado refuerzan la tesis que la falta de revisión periódica de la medida socioeducativa de privación de libertad en el régimen de internamiento institucional de cuatro a ocho años, vulnera derechos reconocidos en estándares internacionales referentes a la materia. La norma que establece que únicamente sea revisada la posibilidad de cambio de medida una vez cumplido el 60% del tiempo de medida impuesto, es rechazada por todos los adolescentes infractores entrevistados.

En general los adolescentes señalaron que, el 60% es demasiado tiempo para hacer una evaluación de su comportamiento y decidir si se cambia por un régimen menos gravoso que permita realizar otras actividades, o incluso salir con regularidad del CAI para cumplir actividades educativas o laborales. Entre las respuestas más recurrentes y expresivas se encuentra la de que “es mucho tiempo, es doloroso estar demasiado tiempo en un lugar encerrado”, que “es mucho tiempo para hacer una revisión de papeles del 60%”, “te quitan parte de tu vida” y “no hay necesidad de estar encerrado”.

Las propuestas coinciden en que se realice una revisión periódica de la medida socioeducativa de internamiento institucional, la cual sugieren debiera ser de al menos 1, 3, 6 meses o un año, es más indicó un adolescente la medida se debe imponer solo cuando sea necesario, o cuando se trate de delincuentes, que no acaten las normas del Centro, opinan también sea no más del 40% de la medida de internamiento institucional, porque al decir de uno de ellos “sería un éxito para verificar la medida y poder tener la libertad”; una libertad condicionada, que se sujeta a control y seguimiento pero menos lesiva para el desarrollo y proyecto de vida de los adolescentes.

Los adolescentes no saben que, el derecho de la revisión periódica de la medida socioeducativa es un derecho constitucional, conocen que el límite mínimo es el 60%, sin ese cumplimiento no hay revisión. Todos consideran que se vulnera su derecho a la libertad, su derecho a desarrollarse en el entorno familiar, derecho a compartir con sus hijos, derecho a la educación en el establecimiento de su preferencia, derecho al trabajo y derecho a la educación por dos circunstancias, la imposibilidad de cumplir horarios universitarios por las limitantes del CAI y no poder continuar los estudios por la penalización de 2 años impuestos por los centros universitarios.

También podría ser posible el regreso a un sistema de justicia de adolescentes infractores que imponga un techo a las medidas privativas de libertad menor de 8 años como sucede en la actualidad; pudiera en concreto regresarse al año 2003 donde el CONA preveía el límite máximo de 4 años a las sanciones aplicables, la mitad del establecido con la reforma del CONA por el COIP en 2014. Por otra parte, sería coherente con el límite existente en otros países del área como Brasil, donde el máximo es de 3 años, y donde además se prevé su revisión cada 6 meses con la obligación de liberar a la persona a los 21 años de edad.⁸⁰

⁸⁰ Javier Palummo, *Justicia Penal Juvenil Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*, (Ciudad de Panamá: UNICEF, 2014), 47.

En su escrito el autor, hacía referencia al Ecuador como un país donde la privación de libertad de los adolescentes infractores era muy por debajo de la actual antes de 2014. Comparando con Brasil expresaba entonces que: “una situación similar ocurre con la legislación de Ecuador que mantiene en 4 años la duración máxima de la privación de libertad.”⁸¹

También había sido elogiado el límite máximo de 4 años por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al entonces artículo 371 del CONA que preveía la modificación o sustitución de la medida impuesta por el juez competente cuando se cumplieran determinados requisitos: cuando el adolescente cumpliera los 18 años de edad, si había llegado del tiempo de la medida impuesta; b) cuando lo solicitara el Director del centro de internamiento y, c) a solicitud del adolescente o su representante, cada seis meses.⁸² Con la reforma de 2014, todas esas posibilidades, que sin dudas harían efectiva la doctrina de la protección integral que tiene rango constitucional, fueron eliminadas.

En consecuencia, se puede decir que el Ecuador aprobó una reforma contraria al ejercicio progresivo de derechos del niño, en su lugar duplicó la medida socioeducativa de 4 a 8 años de privación de libertad e incrementó las condiciones temporales para la revisión periódica de la medida de internamiento institucional.

Además de aumentar los años de internamiento institucional como medida socioeducativa de 4 a 8 años como hemos dicho, la reforma eliminó la posibilidad de revisión periódica, lo que va en contra de los estándares internacionales en la materia. Esa revisión periódica, está prevista en el artículo 25 de la Convención Sobre los Derechos del Niño⁸³ y en las Reglas de Beijing,⁸⁴ como instrumentos internacionales de relevancia jurídica que debieron ser observados por el Ecuador en todas las decisiones legislativas que afecten el interés superior del niño.

En el plano doctrinal se puede encontrar la misma exigencia de revisión periódica de las medidas privativas de libertad impuestas a los adolescentes infractores; así lo expresa Jorge Luis Ortega Galarza:

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

⁸¹ *Ibíd.*, 47.

⁸² *Ibíd.*, 103.

⁸³ ONU. *Convención Sobre los Derechos del Niño*, artículo 25.

⁸⁴ ONU. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* ("*Reglas de Beijing*").

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.⁸⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido a esa exigencia internacional, al expresar que “reitera que es obligación de los Estados establecer mecanismos de revisión periódica de la privación de libertad de las personas menores de 18 años y permitir el acceso a programas de libertad anticipada cuando no existan motivos para que continúe su privación de libertad.”⁸⁶

Finalmente cabe indicar que la misma necesidad de revisión periódica de la privación de libertad de los adolescentes ha sido manifestada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. En su propuesta de *Ley modelo sobre justicia juvenil* insta a los Estados a aplicar la liberación anticipada y la revisión periódica de la sanción por lo menos cada seis meses.⁸⁷

Además de la violación de los estándares e instrumentos internacionales de derechos humanos, la duración de hasta ocho años de las medidas socioeducativas de internamiento institucional, sin posibilidad de revisión y cambio de régimen hasta cumplido el 60% del tiempo, crea dificultades de índoles práctica e institucional que acarrearán otras violaciones de derechos de los adolescentes infractores, entre los que se puede mencionar el hacinamiento, la distorsión del sistema al tener personas mayores de edad en instituciones diseñadas y concebidas para adolescentes, afectación al proyecto de vida de los adolescentes, riesgo en la integridad del adolescente.

Por ejemplo, en el período analizado en el CAI de la provincia de Loja hay 5 internos que ya tienen la mayoría de edad, cumplida dentro del centro, y aun les resta tiempo por cumplir, situación que se hubiera resuelto si el límite máximo de las medidas privativas de internamiento institucional fuera menor, o si fuera menor el porcentaje requerido para una revisión y posible cambio de régimen. Por lo que se refiere al hacinamiento, si bien en el año 2020 no existe ese fenómeno, en el año 2018 había 6

⁸⁵ Jorge Luis Ortega Galarza, “Sistema penal juvenil en Ecuador”, 71.

⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatoría sobre los derechos de la niñez. Justicia y derechos humanos en las Américas*, (Washington: OEA, 201), 102. Agrega además que “el requisito de que la privación de la libertad sea una medida impuesta únicamente como último recurso y durante el período más breve posible exige que los Estados implementen mecanismos de revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños infractores. Si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados ponerlos en libertad aun cuando no hayan cumplido el período previsto en la pena de privación de libertad establecida para cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada.”

⁸⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Justicia en asuntos concernientes a los niños en conflicto con la ley. Ley modelo sobre justicia juvenil y su comentario*, (Nueva York: ONU, 2012), artículo 78.

adolescentes infractores por encima de su capacidad (véase Anexo 9). En total ese año se registraba un 18,3% de hacinamiento en los 11 CAI que existen en el Ecuador.⁸⁸

Las causas de ese hacinamiento sería, según la entonces Subsecretaria de Desarrollo Integral para Adolescentes Infractores del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, la duración de ocho años de la medida de internamiento institucional y la demora de la administración de justicia en resolver los casos pendientes.⁸⁹ Un informe correspondiente al año 2019 del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, indica que al finalizar ese año no existía hacinamiento en ninguno de los 11 CAI con que cuenta el país.⁹⁰

Pero sí preocupa al Comité contra la Tortura que el Estado no ha informado ni ha realizado investigación alguna respecto a las denuncias de tortura de los adolescentes infractores de las ciudades de Quito, Machala y Ambato; por lo tanto, no se puede mantener un encierro si no existe necesidad o si ya se cumplió con la finalidad de la medida impuesto y es necesario revisarla.

Respecto a la posible violación del principio de interés superior y la doctrina de la protección integral reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución, como consecuencia de la imposibilidad de revisión periódica de la medida de internamiento institucional hasta que no se haya cumplido el 60% del tiempo, se sostuvo una entrevista con dos jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja (véanse anexos 6 y 7).

En líneas generales coinciden con las observaciones y críticas realizadas en la presente investigación; el Dr. Crosby Saúl Valarezo considera que sobre esos temas “tiene que hacerse una reforma principalmente a esa disposición legal”,⁹¹ que impide la revisión periódica de la medida, como también del límite máximo de ocho años que es

⁸⁸ 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>

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, *Rendición de cuentas 2019*. Según el informe: Existen 11 CAI en el país, los cuales registraron 643 adolescentes a finales del 2019; 601 adolescentes de género masculino y 42 de género femenino, cumpliendo las siguientes medidas: 1 en flagrancia; 129 con internamiento preventivo; 430 con internamiento institucional; 29 con régimen de semi-libertad y 54 con internamiento de fin de semana Tomando en cuenta que la capacidad de los CAI es de 624 plazas, en el año 2019 la tasa de hacinamiento cerró en 0%. <https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2020/04/INFORME-RENDICION%CC%81N-DE-CUENTAS-SNAI-2019.pdf>.

⁹¹ Crosby Saúl Valarezo, Juez en la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, Entrevista personal, el 29 de diciembre de 2020.

excesivo para los fines que persiguen las medidas socioeducativas aplicadas a los adolescentes infractores.

Asimismo, indica que “lamentablemente hoy estamos en un asunto de legalidad se sigue manteniendo el 60 por ciento para poder revisar la medida. En otras palabras, está vedado para el juzgador seguir haciendo ese seguimiento del cumplimiento de la medida impuesta. No debe olvidarse que el mismo juzgador que sanciona tiene que hacer el seguimiento periódico, pero lamentablemente no podemos revisar al no ser que el adolescente cumpla el 60%. Ahí se contraponen, frente a una realidad, el principio de la legalidad. Se sigue manteniendo el 60 y el 80 por ciento que no le permite al juez revisar esa medida.”⁹²

Por su parte el Dr. Luis Erasmo Samaniego. Juez en la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja, en su entrevista manifestó, entre otras cosas, que “nos parece que el Código de la Niñez y la Adolescencia debería tener flexibilidad, se refiere a las reglas de Beijing del juzgador, debería analizarse inicialmente si sería necesaria una medida; por ejemplo, aplicar una medida de 8 años nos parece muy drástica.”⁹³. Respecto a la Convención Sobre los Derechos del Niño que prevé la revisión periódica de la medida, plantea el juzgador que: “lamentablemente, en nuestro sistema judicial, los operadores de justicia lo ponen como subsidiaria”, lo que no permite que se hagan efectivos el interés superior y la doctrina de la protección integral.

La prohibición de que se haga una revisión periódica de la medida socioeducativa de internamiento institucional considera que no tiene ninguna ventaja, “porque seguimos asimilando a la medida socioeducativa impuesta a un adolescente como un castigo; lo que debería incluirse en el CONA es que el juzgador en cualquier tiempo pueda revisarla.

La aplicación de la medida debe basarse en la efectividad, determinar qué medida es efectiva para cumplir con la finalidad de la medida socioeducativa; o que medida no es efectiva o ya no es efectiva mantenerla. Estas circunstancias hay que identificar y revisar oportunamente y en cualquier tiempo, si es o no efectiva la medida hay que modificarla con una opción más favorable al interés del niño. Revisar la medida, probablemente como está en el CONA, una vez que hayan cumplido el 60 por ciento de la medida, no es lo óptimo volveríamos caer en el falso tutelarismo.”⁹⁴

⁹² Crosby Saúl Valarezo, Juez en la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.

⁹³ Luis Samaniego, Juez en la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja, Entrevista, el 29 de diciembre de 2020.

⁹⁴ *Ibíd.*

En resumen, tanto del análisis doctrinal y legislativo como en las entrevistas aplicadas, se constata que la imposibilidad de revisión periódica de la medida socioeducativa de internamiento institucional es contraria a los instrumentos y estándares internacionales sobre derechos humanos, por lo que debería revisarse el régimen jurídico vigente para corregir esa incongruencia que es obligación del Estado de conformidad con sus compromisos internacionales para proteger la niñez y la adolescencia.

De igual manera se deduce que el límite máximo de la medida socioeducativa de internamiento, que es de ocho años en la actualidad, además de constituir una violación a las normas mencionadas, crea dificultades institucionales como el hacinamiento en los CAI, al tiempo que no garantiza que se cumplan los fines de las medidas socioeducativas, porque hecho de que se deba cumplir el 60% para una posible modificación desmotiva a los adolescentes infractores y les priva de un beneficio legítimo reconocido a nivel internacional.

3. Análisis de los pronunciamientos de la Asamblea Nacional en relación con la situación de los adolescentes internados en el CAI Loja

Luego de haber constatado que el sistema actual de cumplimiento de la medida socioeducativa tiene su origen en las reformas realizadas al CONA mediante el Código Orgánico Integral Penal es pertinente relacionar algunos de los planteamientos de los asambleístas en el proceso legislativo con la situación actual que viven los adolescentes infractores que cumplen medida socioeducativa de internamiento institucional en el CAI Loja.

El debate se centró en algunos puntos principales relacionados con el porcentaje de la pena que debía cumplir el adolescente sancionado con una medida socioeducativa de internamiento institucional, la edad a partir de la cual debía exigirse la responsabilidad penal del adolescente infractor y la finalidad que debía cumplir la medida socioeducativa. Es de señalarse que en ninguno de los puntos del debate se mencionó y mucho menos se profundizó en las exigencias contenidas en los instrumentos internacionales que protegen a los adolescentes infractores, ni a las recomendaciones de los organismos internacionales sobre el tema.

El debate se circunscribió a los aspectos puramente utilitarios y pragmáticos, lo que terminó con una reforma que no satisface los estándares internacionales ni confiere una adecuada protección a los derechos y garantías de los adolescentes infractores, al tiempo que la reforma puede considerarse una regresión respecto a la legislación nacional

anterior, tanto en la duración de las medidas de internamiento como en los requisitos para su modificación.

Así se duplicó un límite máximo de 4 años de internamiento a 8 años, existiendo incluso una propuesta más regresiva de que fuera 12 años ese límite, sin que se expusieran razones claras y pertinentes que justificaran el aumento desmedido de ese límite, sin que se valoraran otras propuestas más idóneas como la aplicación del principio de proporcionalidad, de manera tal que de acuerdo a la gravedad de los hechos y la responsabilidad del adolescente infractor, quedara en manos del juez determinar la duración más adecuada de la medida a imponer.

El segundo tema en debate fue el tiempo de la medida socioeducativa de internamiento institucional que debía cumplir el adolescente, para acceder a una reforma de la misma. Bajo la misma perspectiva de endurecimiento del sistema de justicia penal juvenil, algunos propusieron que fuera del 80% y no del 60% como fue aprobado finalmente; la propuesta del 80% se preveía para el régimen cerrado, mientras la del 60% para el régimen semiabierto. Ambas propuestas fueron descartadas.

La propuesta que hubiera resultado más ajustada a los estándares internacionales era la de que, en lugar de establecer un porcentaje fijo, se establecieran escalas de acuerdo a la duración de la medida socioeducativa impuesta; la propuesta apuntaba a un 40%, 50% o 60% en dependencia de la pena prevista para el delito, pero fue rechazada en favor del porcentaje único del 60% para todas las medidas y penas, sin distinciones.

De haberse acogido esas propuestas, en la actualidad los adolescentes infractores que cumplen medida socioeducativa con internamiento institucional tendrían una situación menos desfavorable, con violaciones a sus derechos fundamentales, pues no pueden ejercer su derecho a una revisión periódica de la medida, no acceder a los beneficios que se derivan de ella como el cambio de régimen o incluso la libertad condicional, pero en cualquier caso deben cumplir el 60% de la medida impuesta, sin importar la gravedad de los hechos, algo que ni siquiera se aplica a los adultos privados de libertad que sí disponen de una escala de cumplimiento de la pena para acceder a beneficios.

Otro de los aspectos relevantes de los debates que tuvieron lugar en la Asamblea Nacional, fue la del carácter experimental del nuevo régimen de justicia de los adolescentes infractores, pero hasta el presente no constan que se haya hecho una evaluación integral de sistema para verificar si el experimento ha sido efectivo o si precisa de correcciones para precautelarse de mejor manera los derechos de los adolescentes

infractores y asegurar que se alcancen los objetivos de educación y socialización de las medidas.

De lo explicado se puede resumir que no existe coherencia entre lo que aprobó la Asamblea Nacional y la situación actual que viven los adolescentes infractores en el CAI Loja, quienes consideran que sus derechos de ven vulnerados a consecuencia de la duración de las penas impuestas, la imposibilidad de que se revise periódicamente y el requisito de cumplir el 60% para acceder al beneficio de cambio de régimen. Para demostrar esas inconsistencias se hizo el estudio de un caso de adolescente infractor solicitante del cambio de medida socioeducativa en el epígrafe siguiente.

4. Régimen semiabierto: adolescente que cumplió el 60% de la medida socioeducativa de privación de libertad

A continuación, se sistematizan los aspectos más importantes del caso de un adolescente que cumplió 4 años, 9 meses y 18 días de internamiento para recuperar su libertad. El adolescente a quien se identificará como Francisco tenía 13 años 6 meses cuando fue aprehendido, vivía en una parroquia rural, distante de su centro educativo, su cuidado estaba a cargo de su tío paterno cuando su madre se ausentaba para trabajar; la pobreza, padres sin educación básica, falta de recursos primordiales de la vivienda eran las condiciones personalísimas del adolescente.

Aunque no es materia de análisis la sentencia del adolescente, es importante conocer el criterio judicial, en lo principal señala:

ADMINISTRANDO JUSTICIA [...] resuelve declarar la culpabilidad del adolescente...como autor y responsable del delito... tipificado en el Art... del Código Orgánico Integral Penal, sin que sea posible aplicar atenuantes a su favor por las circunstancias agravantes mencionadas anteriormente que obligan al juzgador a sancionar con el máximo de la pena, pero que por el régimen diferenciado que rige para sancionar a los menores de edad en conflicto con la ley penal, se dispone aplicar las siguientes medidas socioeducativas:1) Internamiento Institucional por 8 años, a cumplirlos en el Centro de Atención Integral de Adolescentes Infractores de Loja...⁹⁵

Es ingresado en el CAI Loja el 05 de noviembre del 2015, cumplió con el plan individualizado de ejecución de la medida socioeducativa, participó de todos los talleres y actividades que promovía el Centro, cursó sus estudios secundarios con la asistencia de la Unidad educativa Ángel Pastrana, se graduó de bachiller en julio del 2020.

⁹⁵ Unidad Judicial Multicompetente en Loja, Proceso 2015-00317, fs. 149.

El adolescente fue representante de sus compañeros, lideraba distintas actividades institucionales, cumplió con los programas de educación sexual que dispuso el Juez en audiencia, fue guía en el taller de panadería, emprendimiento en el cual producían y ofertaban galletas y pan para la venta al público; podía hacer manualidades y tenía destreza para la música y el deporte.

Francisco comprendió las consecuencias de sus actos, tuvo la asistencia permanente de su madre, anhelaba su libertad. Él había cumplido todas las disposiciones y jamás tuvo un llamado de atención o falta disciplinaria. Aunque pareciera que todo era favorable, el adolescente comenta que no se imaginan el encierro, el sufrimiento de ver a su madre llegar a visitarlo y no poder salir de aquel lugar con ella, verla solo un día a la semana, y no ver a su hermano; con su padre tenía contacto solo por comunicación telefónica ya que residía en otra ciudad.

El adolescente tuvo momentos de mucha depresión, el encierro, el uniforme, los horarios rígidos, las rutinas de trabajo, la ausencia maternal causaron mucho dolor, tristeza y desesperación. Indicó que tenía pensamientos suicidas, quería quitarse la vida, no tenía sentido tener buen comportamiento y cumplir todo lo que decían en el Centro, de nada servía igual había que estar encerrado, señaló el adolescente.

La psicóloga y el equipo de trabajo del CAI siempre estuvieron pendientes del adolescente. Señalan que la atención y terapias psicológicas oportunas permitían una respuesta favorable para calmar su ansiedad. Comentó el Equipo que lamenta mucho que los adolescentes por disposiciones legales no puedan recobrar su libertad pese a que cumplen todas sus obligaciones; y, que el encierro prolongado se convierte en un castigo que desvaloriza lo aprendido y trabajado con los adolescentes.

La Directora del Centro gestionó con la defensa un cambio de régimen, porque no era peligroso ni delincuente, sino un adolescente que merecía salir en libertad. La defensa indicó que legalmente no es posible mientras no se cumpla el 60% de la medida; sin embargo, sobre el presupuesto de los instrumentos internacionales y por cuanto no había necesidad del encierro, fundamentó la petición, que judicialmente fue negada a criterio del juzgador por principio de legalidad y seguridad jurídica.

En agosto de 2020, el adolescente había cumplido todos los requisitos necesarios para el cambio de régimen, solo faltaba un par de días para cumplir el 60%; sin embargo, el Juez negó la modificación, pues a su criterio existía un error de cálculo por parte del CAI y según su análisis faltaba más de un mes.

El CAI determinó que el 60% de 8 años era 4 años 8 meses que resulta de multiplicar (8 años x 60%); por su parte, el juez realizó un cálculo en meses, determinando que el 60% de 8 años es 4 años 9.6 meses, éste valor debía transformarse en días, resultando que la medida a cumplirse debía ser 4 años, 9 meses y 18 días. Mientras que los Jueces especializados de la cabecera provincial aceptan en los casos de su conocimiento la solicitud del CAI ya que procede aplicar la interpretación más favorable al adolescente, es decir 4 años 8 meses, tiempo más que suficiente para que se desvanezca la motivación que causó el encierro. Además, no hay necesidad de privar la libertad, cuando los informes técnicos sugieran que el adolescente puede recuperar su libertad para recuperar su libertad y realizar actividades académicas, familiares y laborales.

Actualmente, el adolescente trabaja en minas, no continuó sus estudios y sus recursos económicos son escasos, señala que primero tiene que trabajar para prodigarse sus estudios, y que es difícil pedir una recomendación para trabajar.

Como condición del régimen semiabierto, se dispuso la presentación periódica en la Unidad Judicial Multicompetente que conoció la causa y no de su domicilio actual, esta situación ocasiona muchos gastos de traslado y tiempo; no obstante, hasta la fecha de entrevista no contaba con documentos que justifiquen su actividad laboral para presentar al juzgador ya que tenía semanas de trabajo. Esta realidad es materia de estudio de la criminología, para conocer la efectividad de las medidas socioeducativas y respuesta de protección integral del Estado a favor del niño, es necesario analizar este enfoque.

5. Enfoque político criminal y criminología para la justicia juvenil

La ciencia de la criminología en el ámbito de la justicia juvenil permite conocer el resultado y eficacia de la medida socioeducativa como mecanismo de rehabilitación y socioeducabilidad del adolescente; y, por otro contrastar su aplicación como mecanismo de protección de la sociedad frente al fenómeno de peligrosidad delictual de los adolescentes.

Como señaló Garófalo, “para luchar con alguna posibilidad de triunfo hay que conocer al enemigo... Su conocimiento solo podemos obtenerlo de conocer a partir de la observación continuada en prisiones, penitenciarías y colonias penales”⁹⁶, con esta premisa el resultado de las medidas socioeducativas y la reinserción del adolescente

⁹⁶ José Cid Moliné. *Teorías criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. (Barcelona: Nosch, 2001), 3.

corresponde a la criminología, “que tiene por objeto el estudio del sujeto delincuyente, que se diferencia del resto de ciudadanos convencionales no delincuentes”⁹⁷; en el contexto de la investigación corresponde al estudio empírico del adolescente infractor.

El método de investigación empírico ha determinado la participación multidisciplinaria de diferentes saberes médico y profesiones, juristas y médicos para determinar la influencia en la delincuencia; señala además Garland que la criminología se presenta como un saber capaz de reducir la delincuencia mediante la prevención, corrección y eliminación de la delincuencia⁹⁸, en el marco de la escuela positivista la criminología buscó el apoyo del derecho penal como mecanismo de reducción de la delincuencia. Por su parte Foucault reconoce la trascendencia de la criminología hasta la actualidad aun cuando ésta no ha demostrado alcanzar sus objetivos. Al respecto Garland señala que la ventaja está en la preocupación de la persona y no solo el interés en los actos de la persona, como un conocimiento científico que se desarrolla en base a la observación.

Además, señala que la criminología es la ciencia que soluciona el déficit de legitimidad del Derecho penal, que generalmente aunque se consideraba una norma igual para todos recaía básicamente en contra de las personas más pobres.

Por lo expuesto, las teorías criminológicas son empíricas, establecen una hipótesis que puede ser verificada mediante sucesivas investigaciones y su grado de corrección se mide por su correspondencia con la práctica. Al respecto, es la observación y la vinculación multidisciplinaria permanente que determina respuestas científicas para conocer el delincuyente.⁹⁹ En este contexto, el método cualitativo de entrevistas en profundidad que utiliza la criminología es el mecanismo acertado para conocer directamente el proceso evolutivo del delito y su consecuencia jurídica.

Los centros de internamiento institucional recogen la realidad de los adolescentes infractores responsables de delitos graves; en este entorno, la criminología es utilizada para estudiar las causas del delito, el proceso evolutivo del delito, las condiciones personalísimas del adolescente infractor, la evaluación de las medidas socioeducativas vigentes para la reinserción del adolescente; y que influencia refiere en la prevención del delito. El estudio de la criminología de los adolescentes infractores sirve para tomar decisiones legislativas, judiciales, administrativas, sociales a favor del interés superior del niño, conforme lo señala la Convención sobre los derechos del niño.

⁹⁷ José Cid Moliné. *Teorías criminológicas*, 3.

⁹⁸ *Ibíd.*, 13

⁹⁹ *Ibíd.*, 14.

En el ámbito legislativo, el estudio criminológico permite proponer que medida socioeducativa es acertada o no, que medidas debe implementarse o eliminarse, que mecanismos son o no favorables para su ejecución, que problemas tiene el internamiento, la organización, la dirección o el personal; que programas individuales se deben modificar, que necesidades se identifican en la ejecución de la medida, cual es el efecto de la medida socioeducativa en el ámbito personal, académico, familiar, social; proponer soluciones que se deriven del derecho a ser escuchados que se garantiza a los adolescentes. Así también, que efectos disuasorios tienen las medidas, o que medidas socioeducativas resocializadoras resultan más idóneas que podrían ser aprovechadas por el legislador para favorecer una medida más eficaz de lo que demuestra ser el internamiento institucional.

El jurista José Cid Moliné señala que la criminología aporta también al sistema penal, por lo tanto en justicia juvenil aporta información para determinar la medida socioeducativa a imponer; es útil para el juzgador para decidir cuando el legislador le otorga cierto margen de discreción para conceder o no una sustitución o modificación de la pena, esto en personas adultas; y, específicamente a los jueces especializados en adolescentes “los conocimientos de criminologías pueden ser de ayuda para la elaboración del informe sobre la situación del menor antes de aportar una decisión respecto de la medida a imponer”; como de la factibilidad de modificar una medida.

En la presente investigación se determina la opinión del adolescente internado que revela los efectos de la privación de libertad como mecanismo de medida socioeducativa, en un lugar determinado, un grupo de adolescentes en su mayoría internados por su responsabilidad en delitos sexuales, refieren el exceso del encierro y la afectación a su proyecto de vida; información que merece ser contrastada con otros centros institucionales para determinar las causas, los efectos y las posibilidades de modificación de una medida con una más idónea y proporcional para cumplir la finalidad de reinserción del adolescente.

El método cuantitativo de la criminología ha permitido identificar el grupo vulnerable al cual se dirige la sanción, sus condiciones específicas a quienes se debe garantizar un tratamiento especializado flexible a las condiciones personales del adolescente, que valoren la gravedad del delito, la predisposición del adolescente para rehabilitarse, y la permanente evaluación de la medida para mantenerla o sustituirla. Una norma rígida que exige el 60% del encierro de un estudiante produce efectos negativos en el desarrollo integral del niño, en el ejercicio de sus derechos y en su proyecto de vida.

La opinión del niño es recopilada a través de la investigación criminológica y merece ser escuchada por el legislador y el juzgador para garantizar el interés superior del niño.

5.1 Referencia de la criminología y el sistema penal para la justicia juvenil

A inicios del siglo XX se constituye la criminología positivista propuesta por Franz von Liszt como un modelo integrado de ciencia penal que se afirmó como teoría etiológica del crimen y como teoría tecnológica de la política criminal.

Alessandro Barata señala que el interés científico de los años 40 se concentró en el estudio de una nueva teoría denominada de etiquetamiento con un criterio de inconsistencias de la teoría etiológica en criminalidad, posición que se desvanece décadas después; pues el sistema penal se aparta de la criminología tradicional y se direcciona a la teoría y sociología del derecho penal que adiciona a los procesos institucionales de criminalización aspectos informales como la opinión pública y la dogmática penal como parte constitutiva del sistema penal.

El nuevo modelo integrado de la ciencia penal difiere del modelo interno etiológico y epistemológico de criminalidad propuesto por Liszt. En su lugar, considera que el comportamiento criminal sea considerado un problema y objeto de estudio desde una perspectiva interdisciplinaria que concentra el resultado de su estudio en el derecho penal, “utilizando elementos teoría y de historia social, de psicología social, politología, teoría de la argumentación, ética social, etc.”¹⁰⁰ El modelo está determinado por la intervención de la criminología crítica que hace uso de los análisis de procesos sociales e institucionales de criminalidad y de reacción frente a ella.

El estudio interdisciplinario de la criminología direcciona un control del sistema de justicia criminal que puede ser interno o externo. El interno relaciona la práctica represiva y los principios de libertad, igualdad, legalidad que promulga el derecho penal liberal. El control externo se basa en el principio de justicia material y criterios políticos; por un lado identifica los bienes jurídicos protegidos con la intervención punitiva; y por otra, el objeto de estudio se concentra en el costo social y beneficios de la intervención del sistema penal.

En el discurso de la criminología se puede identificar una dimensión de la definición o reacción social y una comportamental. La reacción social es el “modelo integrado de ciencia jurídico penal con elementos de otros saberes que funciona como

¹⁰⁰ Alessandro Baratta. “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y Sistema Penal*. (Buenos Aires: BdeF, 2006), 173.

control interno del sistema.”¹⁰¹ Y una dimensión comportamental que se constituye por las situaciones materiales, problemáticas o socialmente negativas en relación con los comportamientos individuales, el referente material de la criminalidad tiene la función de control externo que puede ser estudiada por la interdisciplinariedad científica y saberes especiales que determinan el objeto de estudio en base no solo a los problemas individuales del sistema integrado sino de la percepción de problemas por parte de los actores sociales encargados del control público. En esta red interdisciplinaria de estudio también se requiere de la ciencia integral del derecho penal.

El control externo requiere una respuesta integral de las diversas disciplinas que direcciona la investigación de la cuestión criminal. Solo este discurso podrá “producir un saber social orientado al principio democrático de la interacción entre ciencia y sociedad, un discurso que no desatienda las necesidades reales de los ciudadanos.”¹⁰²

El antecedente descrito respecto a la criminología recopila los criterios doctrinarios de la interdisciplinariedad para establecer el estudio de la desviación o conducta delictual, sus realidades y consecuencia en las decisiones punitivas del Estado por buscar un control social y respuesta de seguridad a la sociedad. Sin descuidar que el fin mismo es la identificación de las causas, para establecer políticas públicas que contribuyan a subsanar las causas económicas, sociales, culturales y prevenir el índice delincencial y reducir la legitimidad de violaciones de derechos humanos que se permite el Estado por considerar que el encierro o retribución y el aumento de penas es la opción acertada.

La ciencia de la criminalidad ha establecido la importancia del estudio interdisciplinario para responder de forma idónea con un sistema preventivo y sobretodo rehabilitar del infractor que se asegure con la verificación y seguimiento de su inserción en la sociedad, la reincidencia será muestra que el sistema penal y de ejecución merece atención inmediata. Por lo tanto, es posible ampliar la cobertura de su contenido para la justicia juvenil, más aun cuando las teorías presentadas revelan la realidad de los adolescentes vinculados con delincuencia juvenil, que requieren políticas públicas asertivas que aseguren un resultado de eficacia en el control social.

Para el efecto, la Constitución y el ordenamiento jurídico interno establecen el marco legal para reducir la violencia y todo conflicto político y social; “la condición de validez y de eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*, 175.

legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial”¹⁰³; en el intento de cumplir la promesa de seguridad a los ciudadanos ha extremado la desigualdad y la violencia estructural en contra de los más débiles a favor de quienes también se dirige el pacto social.

Las definiciones del comportamiento criminal producto de la instancia del sistema sean consideradas como problema y objeto de estudio sobre la base de la interdisciplinariedad como un mecanismo amplio de análisis para determinar soluciones que reduzcan la severidad del sistema punitivo.

En este contexto, para el tratadista García Pablos de Molina el delincuente es el ciudadano distinto y asocial que pertenece a un grupo de minoría; tratar de explicar las causas del delito; cómo responder al fenómeno delictivo y la medición estadística del delito¹⁰⁴ son funciones de la criminalidad y para su análisis existen algunas teorías que se han desarrollado respecto de la pena.

- La teoría de la Escuela de Chicago utiliza el método científico para estudiar el comportamiento humano y social, para esta teoría el lenguaje es el medio de comunicación e interrelación en los grupos sociales que pueden incidir en la personalidad y conducta de los integrantes de un grupo. En esta Escuela se desarrolla además la teoría de la ecología humana y la teoría de la desorganización social.

La primera, como lo señala McKenzie se encarga del estudio de las relaciones sociales entre los seres humanos y su hábitat. En las aglomeraciones poblacionales se sectorizan socialmente las personas según su conducta. Por lo tanto, esta teoría parte del estudio del comportamiento humano y cómo reacciona con el comportamiento social que lo rodea y viceversa.¹⁰⁵

Shaw y McKay plantean la teoría de desorganización social en la cual señalan que los individuos delincuentes no se distribuyen sino se concentran por el a) estatus socio-económico bajo; b) alta movilidad de la población; y c) grupos pertenecientes a minorías¹⁰⁶. Estos grupos nacionales, raciales, culturales o por la afinidad que se reúnen crean desorganización social porque generalmente se caracteriza por ser un grupo de personas con severas limitaciones económicas, sin empleo y con escasa formación ocupacional o profesional para insertarse laboralmente.

¹⁰³ Alessandro Baratta. Nuevas reflexiones, 176

¹⁰⁴ Felipe Rodríguez Moreno, “Teoría de la pena criminología” en Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, (Quito: Editora jurídica Cevallos, 2020), p.71.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 72.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 73.

Según la teoría estos grupos sociales se establecen sin autorización legal en lugares apartados o específicos de una comunidad creando espacios habitacionales sin servicios básicos para su hábitat y que se incrementan por la alta movilidad de población que busca oportunidades laborales, como es el caso de los suburbios que se caracteriza por condiciones de pobreza, abandono, vicios, violencia; finalmente se estructuran pequeños grupos que presentan una falsa identidad de pertenencia y protección de su grupo con una reacción de rebeldía al orden social, situación que dificulta al Estado ejercer un control social adecuado.

- Sutherland considera en su teoría de la asociación diferencial que la criminalidad tiene un origen en la interacción, comunicación del individuo con el comportamiento de las personas que le rodean, por lo tanto el delincuente aprende y adecua su conducta al entorno social.¹⁰⁷

- La teoría del control social propuesta por Hirschi señala que la criminalidad es una tendencia natural del ser humano, ésta puede ser ejecutada o no; y, se determina por cuatro elementos de relación del individuo con la sociedad: apego, entrega, participación y creencia.

El individuo que carece de apego (*attachment*) a la sociedad porque concibe que no hay atención ni interés por el grupo a él lo que genera como consecuencia el incumplimiento de la norma. El segundo elemento identificado como entrega (*commitment*) se caracteriza por una prevención general negativa; aquí el individuo se niega a cometer un delito porque conoce y evita la consecuencia de su conducta.

La participación (*involvement*) del individuo con la sociedad genera vínculos de aceptación lo que dificulta una conducta delictiva en contra de su grupo al cual pertenece. Cuando el individuo creen (*believe*) en la norma la respeta y no delinque, lo contrario conduce al delito y sanción penal. Este elemento se puede aplicar en la prevención general positiva como a la reafirmación de la vigencia de la norma. Se tiene por lo tanto, que los seres humanos somos sociales por necesidad que por naturaleza, y por el Derecho se ha otorgado a los Estados la facultad de establecer un ordenamiento jurídico para administrar y sostener una convivencia armónica social; y por otra parte sancionar a quienes arbitraria pretendan o la interrumpan.

- Teorías psicológicas que determinan la criminalidad del individuo. Según Freud la vida psíquica del individuo se caracteriza por tres niveles; uno de supervivencia donde

¹⁰⁷ Felipe Rodríguez Moreno, Curso de Derecho Penal, 74.

se refleja los instintos primarios; la identidad del sujeto; y, el desarrollo del inconsciente donde instalan los controles de la naturaleza cultural y social.

El psicólogo Farrington señala que el análisis del delincuente amerita conocer aspectos de su inteligencia, hiperactividad, impulsividad, temperamento, relaciones y habilidades sociales; por su parte para Walters, el estilo de vida criminal depende de las condiciones biológicas y ambientales que influyen en el desarrollo del individuo, su capacidad de elegir y estilo de pensamiento o cognición.

En este contexto, el estilo de pensamiento de una persona criminal se caracteriza por: a) el aplacamiento estado en el cual la persona no asume la culpa de sus hechos sino la atribuye a entes externos de la sociedad encargados del orden social; el corte, entendido como el convencimiento que delinquir no tiene efectos negativos, entonces evita prevenir; permiso, la persona siente que es justo delinquir cuando hay necesidad; orientación hacia el poder, para asegurar dominio y fuerza como forma de vida y no sumisión; sentimentalismo, el individuo que comete un delito siente justificación de haber realizado una buena acción; súper optimista, piensa que no va a ser descubierto después del delito; indiferencia cognitiva, cuando no hay deseo de trabajar ni superarse solo descansa y se entretiene con el delito; discontinuidad, para concluir la acción que inicia. En este análisis es significativo para la criminalidad la oportunidad que tiene el infractor para delinquir, sin la cual no se ejecuta.¹⁰⁸

- La teoría del enfoque situacional parte de la idea que el individuo es un ente racional con capacidad subjetiva para identificar el costo y beneficio de una actividad delictiva, en un marco de tiempo y conocimiento por lo tanto en su conocimiento subjetivo decide si comete o no un delito, es decir depende de sus propias habilidades cognitivas. Como señala Bennet la racionalidad es limitada por el innato grado de imperfección.

La decisión del infractor es racional y por otro lado depende de la oportunidad, para actuar el infractor considera que el objetivo sea posible y beneficioso. Por lo tanto, la decisión es el factor *sine qua non* para dar paso a la fase de ejecución del iter criminis, caso contrario se limita a un pensamiento que no ejecutado no es punible.

- La teoría del estado de peligrosidad criminal o criminología clínica según el jurista Di Tulio señala que es el estudio de los factores fisiosíquicos y medidas de prevención social que determinan el delito en el delincuente; y, la ciencia de los

¹⁰⁸ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal*, 78-79.

comportamientos antisociales de los individuos sean normales, anormales o patológicos. Se puede diferenciar a la criminología general porque estudia el comportamiento delictivo; la criminal la delincuencia y sus causas; y la clínica prioriza el estudio del delincuente en particular.

Por otra parte, esta teoría plantea el estudio de la peligrosidad criminal del individuo para que delinca o no, mientras otras personas en situaciones similares no infringen. Frente a ellos, la peligrosidad criminal se entiende como la predisposición de la persona para delinquir motivada por experiencias antisociales, sentimientos de injusticia o por alteración en el modo de entender su entorno.¹⁰⁹ El jurista Felipe Rodríguez explica las razones criminológicas por las cuales se reconoce que la persona presenta un estado peligroso para delinquir.

Desde una perspectiva etiológica, el sujeto delinque por voluntad y conocimiento propio; o delinque por factores de peligrosidad que tienen su origen en alguna patología psicológica.

La peligrosidad criminal depende de su conexión operativa; predelictivo, cuando el sujeto se encuentra en la fase interna del *iter criminis*, operativo cuando ya se ejecuta el delito; y post-delictivo, que mantiene su peligrosidad posterior al delito, por ejemplo delitos permanentes, continuados o reincidentes.

También depende de la intensidad del estado peligroso, puede ser un delito leve o grave; que guarda relación con el diagnóstico etiológico del sujeto, pudiendo ser crónico porque delinque con frecuencia; peligroso marginal cuando delinque por influencia psicosocial del momento; y, episódico, cuando es ocasional y actúa por favores psicobiológicos y psicosociales.

El estado peligroso se determina por la orientación antisocial o delictiva del estado peligroso; es general cuando el delincuente es nato; múltiple, cuando se orienta a dos o más tipos de delitos; y específico, cuando realiza una sola conducta típica.

Finalmente, la forma de manifestarse: un delincuente se encuentra en un estado peligroso estable, porque delinque de forma habitual; agudo, porque depende de la oportunidad que se le presente; y, precoz, cuando el estado peligroso aparece en los niños.

¹⁰⁹ De Greefe, E. en Herrero Herrero, César, Tratado de Criminología Clínica, op. Cit., p.168 / tomado por Felipe Rodríguez, Moreno, Curso de Derecho Penal, 85.

¹¹⁰. Ahora corresponde revisar porque se consolida este peligro en la sociedad, quienes se desvían del cumplimiento y observancia de la norma generalmente aceptada.

5.2 Presupuestos de las teorías de la desviación para comprender la delincuencia juvenil

Se entiende por desviación el grupo de minoría que no está conforme con las normas sociales de una comunidad. Consecuentemente la sanción es la reacción de la comunidad para exigir la aceptación de la norma. Las normas pueden ser positivas o legales, cuando existen se exigen y se cumplen; y las negativas o informales son los principios que se aplican para sancionar a quienes no las cumplen.

Mientras, la ciencia de la criminología se ocupa de los comportamientos de delincuencia, índices de criminalidad, políticas para su eliminación; la sociología de la desviación hace uso de la primera y estudia los comportamientos que no se sancionan con la norma penal. La desviación del comportamiento se presenta por la inconformidad de la norma, una norma que por su diseño es de poder y clase social; son los ricos los que las imponen y quienes generalmente las cumplen y los pobres los que no las cumplen, no solo por la voluntad sino por conocimiento o pobreza.

- La teoría funcionalista plantea que la delincuencia y la desviación son el resultado de tensiones estructurales de quienes tienen la oportunidad para cumplir favorablemente una aspiración socialmente aceptada; y quienes aspiran o relativamente anhelan un beneficio pero están limitados por la imposibilidad de una oportunidad; este contraste de frustración provoca una desviación del comportamiento individual o de grupo o un delito. Esta diferencia se da por la ausencia o anomias de normas que no se ajustan en una determinada área de la vida social.

Durkheim sostiene que esta anomia es algo inevitable provoca la desviación del comportamiento; más aún, cuando en una sociedad moderna que amplía el margen de elección de los individuos, es inevitable que haya algún tipo de falta de inconformidad¹¹¹, por lo tanto es imposible que una sociedad establezca normas de conformidad para toda la comunidad. Más bien, la tensión de inconformidad se adapta a las condiciones de la sociedad; y, mantiene límites de comportamientos buenos y malos porque reacción a las conductas no aceptadas

¹¹⁰ Felipe Rodríguez Moreno, Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Teoría de la pena criminología. Editora jurídica Cevallos, Quito, p.84-90.

¹¹¹ Anthony Giddens. Sociología, Madrid: Alianza Editorial, 740.

El sociólogo K. Merton se aparta de la anomia y se inclina por el criterio de la tensión de los individuos cuando las normas aceptadas entran en conflicto con la realidad social porque las oportunidades se presentan solo para los favorecidos; y escasamente para quienes no; y quienes no tienen este éxito material de progreso por las condiciones sociales, que presionan a buscar un logro por medios legítimos o ilegítimos; por lo tanto, para el autor la desviación es “una consecuencia de las desigualdades económicas y de la ausencia de equidad en las oportunidades”¹¹²

Según las investigaciones referidas por Anthony Gidens la desviación coexiste con grupos subculturales que se originan por la reacción de los muchachos de clase obrera baja que reflejan su frustración por las condiciones de vida y se integran en bandas delictivas que rechazan aspiraciones materiales comunes en la clase media por la imposibilidad de medios y cambian las normas socialmente aceptadas por normas de delincuencia o actos desafiantes de rebeldía.

Para los sociólogos Richard A. Cloward y L.Loud E Ohlim en 1960, la desviación juvenil se produce cuando los jóvenes interiorizan los valores materiales de la clase media y no cuentan con oportunidades legítimas para conseguirlas, lo que origina la frustración y concentración de comunidades subculturales desfavorecidas por la pobreza.¹¹³

- Teoría interaccionista refiere que la desviación es el resultado de una construcción social etiquetados por sus actos delictivos. La teoría del etiquetaje comprende el proceso de interacción entre desviados y no desviados. El poder social, clases sociales, legisladores, policías del orden social son la principal fuente del etiquetaje. Más aun cuando el significado depende de quienes califiquen al delincuente. Un acto realizado por un niño en un entorno social de riqueza puede ser interpretado como travesura; mientras que, el mismo acto realizado por un niño que vive en condiciones de pobreza, puede ser etiquetado como delincuente, recibe un estigma criminal que lo priva de oportunidades en el lugar que se desarrolle.

- Las teorías del conflicto: la nueva criminología al respecto los sociólogos Taylor, Walton y Young presentan una teoría distinta a las anteriores, pues considera que los individuos tienen libertad para adecuar su conducta a comportamientos desviados que responden a las desigualdades del sistema capitalista, radican el problema en la diferencias sociales y el poder de la clase social para crear leyes que favorezcan su situación de privilegio incluso también para delinquir. La diferencia está en los delitos de

¹¹² *Ibíd*, 741.

¹¹³ *Ibíd*, 741.

cuello blanco y el temor del orden social para perseguirlos o sancionar su desviación, por lo que la persecución criminal se dirige con facilidad en contra de los más débiles de la sociedad.

- Teoría del realismo izquierdo determina mayor atención a la actuación de control social porque los índices de criminalidad y víctimas se reportan en los grupos sociales menos favorecidos, por fracaso de las políticas de integración social en las comunidades, que se debe reducir la vigilancia y establecer un procedimiento de investigación que atienda el interés de la víctima.

- La teoría del control afirma que la desviación criminal se da por un desequilibrio entre la decisión racional de delinquir y el control social. Travis Hirschi señala que las personas se apegan a la sociedad y respetan la ley cuando hay un vínculo de apego, compromiso, implicación y creencia que ayudan a mantener el control social y cumplir la ley; el déficit de estos vínculos pueden provocar la delincuencia y desviación; el autor considera que la causa se origina en la inadecuada socialización de normas tanto en el hogar como la escuela.

- El realismo de la derecha promueve el cumplimiento estricto de la ley el orden frente a la delincuencia frente al comportamiento libre, desordenado, inmoral y sin control del ciudadano que delinque, lo que promovió que los gobiernos conservadores incrementen las penas de prisión como mecanismo de disuasión contra el crimen, para el efecto mejoraron la inversión en los poderes policiales y el sistema judicial penal. “La prevención situacional del delito –ejercida a través de la disuasión y de los sistemas de vigilancia- se ha convertido en una manera popular de gestionar el riesgo delictivo, lo señala Vold y otros en el año 2002¹¹⁴. Los opositores de esta teoría consideran que el beneficio de la vigilancia recae en los legisladores quienes admiten la opinión policial e incrementan el poder punitivo para dar respuesta al reclamo ciudadano que exigen decisiones en contra del crimen; y no atienden las desigualdades sociales de desempleo y pobreza que causan la delincuencia, más bien ocultan o se alejan de atender estas necesidades sociales.

La realidad muestra la exigencia de la presencia policial cuando se identifica la persistencia de la delincuencia, por lo que la reacción del control y orden de la policía es fundamental para el control social. Sin embargo, de ser la respuesta idónea porque persiste

¹¹⁴ Anthony Giddens. La desviación, 749

la desviación del comportamiento y por ende el incremento presupuestario y logístico del organismo policial.

El aumento de la criminalidad se relaciona con el crecimiento poblacional, el consumo, adquisición, bienes y comodidades de las personas que motivan el interés racional de la persona a delinquir. El control del crimen se refiere limitación de las oportunidades que aprovecha el ciudadano como blancos para la delincuencia, esta política de establecer mecanismos para obstaculizar la comisión delictiva se denomina disuasión, por ejemplo obligar el uso de alarmas de seguridad o cámaras de vigilancia en vehículos o locales desmotiva la decisión delictual, según esta teoría es preferible controlar la capacidad del delito que cambiar al criminal.

La validez de esta teoría se critica por cuanto pese a la aceptación social y políticas de tolerancia cero demuestran un resultado temporal y determinado de la reducción del delito en ciertos lugares sociales con capacidad económica para implementar seguridad y control desplazan la presencia delictiva o vandalismos a zonas carentes de seguridad en los cuales se reduce la disuasión.

- La teoría de las ventanas rotas es la base de las políticas de disuasión y tolerancia, y señala que cualquier indicio de desorden social o ventana rota estimula la delincuencia, el desorden y decadencia social así lo señaló Felson en 1994. Esta teoría de reducción de la delincuencia aplicada en Nueva York fue agresiva para alcanzar su objetivo de reducción del comportamiento delictivo, incluso se incrementó las prohibiciones y controles de personas mendigos, indigentes, vendedores que promovían de alguna manera la reunión delictiva. La crítica de esta teoría fue la persecución arbitraria, actuación y uso de la fuerza de la policía del orden, pues era quien interpretaba el comportamiento como delictivo para la detención; el poder policial sin un procedimiento sistemático de respeto, reveló las quejas, malos tratos y acoso de los agentes del orden.

Esta última teoría revela la severidad y el poder estatal para responder en contra de la misma sociedad que reclama seguridad; la reacción científica a estos hechos de violencia la encontramos en el estudio de la criminología que recoge a través de la observación y el conocimiento las condiciones de violencia que se generan en contra de los jóvenes.

El Primer Congreso Latinoamericano de Criminología resolvió: "a) Que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el Derecho positivo como garantía de las libertades individuales que consagran todos los regímenes democráticos de América, b) La analogía, como fuente creadora de delitos o

de sanciones, debe proscribirse, no sólo por contrariar, el principio de legalidad, sino también por razones fundamentales de técnica jurídica."¹¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expone en el caso Mendoza la necesidad de determinar las penas acordes a la edad, en base al principio de legalidad sentenciaron a 5 niños de la calle a cadena perpetua, pero el ámbito de protección de dicha legalidad era los adultos no los niños; lamentablemente, Argentina registra una sentencia por la condena de adolescentes en condiciones de tratos crueles y degradantes sin límite; y sin una perspectiva de justicia juvenil para evaluar los informes técnicos, pedidos de revisión de la sentencia; cuando esta revisión tiene que ser periódica.

Resultaría aceptable fijar un tiempo determinado para la evaluación y revisión de la medida a fin de evitar la arbitrariedad del centro o del juzgador; o será aceptable revisar periódicamente como lo señala la norma constitucional y preceptos internacionales; a continuación se recurre a la sentencia indeterminada propuesta criminológica de Luis Jiménez de Asúa para comprender las ventajas de su aplicación en la revisión de la medida socioeducativa; y como consecuencia analizar los límites de la medida como principio de estricta legalidad del derecho positivo que garantice el derecho de libertad y vida de los adolescentes.

5.3 Sentencia indeterminada en justicia juvenil: Luis Jiménez de Asúa¹¹⁶

El derecho positivista promueve la previsión de la norma penal y conjunto de sanciones que socialmente se aceptan y promueven el orden social; aunque la realidad revela la dificultad de proteger al ciudadano y al agresor a la vez; mientras una parte reclama reacción punitiva para mantener la seguridad; la otra, experimenta primero privación casi absoluta de oportunidades para generar una actividad generadora de bienestar como la clase social media, y por las consideraciones expuestas en las distintas teorías supuestamente justifican la validez de la norma, sin considerar los extremos de un sistema punitivo que reacciona en contra de los responsables, básicamente con la prisión de libertad.

Si las sanciones penales son la respuesta legislativa para mantener el control social con políticas públicas que extreman el poder policial y judicial para sancionar, es lógico

¹¹⁵ Primer Congreso Latinoamericano de Criminología en <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf>, 127.

¹¹⁶ Luis Jiménez de Asúa, *Derecho penal, República, Exilio*, (Madrid, Editorial DYkinson, 2019)

pensar que la delincuencia se reduciría o mantuviera en niveles ínfimos. La realidad muestra cárceles con hacinamiento de personas, quienes se rehabilitan de manera opcional, o aceptan la condición para obtener un beneficio penitenciario.

Las teorías criminológicas muestran la experiencia y mecanismos de reacción política en contra de la delincuencia; cuyos resultados han sido reconocidos o criticados en su aplicación, siendo causa de ello, la modificación circunstancial del momento en que se aplican; su estudio permite conocer la consecuencia de las políticas públicas o beneficios a la sociedad; y evitar inconscientemente o negligentemente prácticas o experimentos que ya tienen un antecedente científico.

Se ha criticado el aumento de las medidas socioeducativas y se ha determinado que la revisión condicionada de la medida ha vulnerado derechos de los adolescentes privados de libertad porque reflejan un grupo de adolescentes en su mayoría producto de la curiosidad, falta de educación sexual, mala dinámica familiar han sido sentenciados por delitos sexuales. Por un lado, en el CAI de Loja no se reportan llamados de atención, comportamientos inadecuados, ni actos de violencia en el encierro de los adolescentes, más bien predisposición para cumplir su plan individualizado de rehabilitación e interés familiar lo que promueve a la validación de informes favorables para la modificación de la medida que no se ejecuta por principio de legalidad.

Es procedente en estas circunstancias la evaluación periódica por el equipo interdisciplinario del centro institucional para de ser favorable presente el respectivo informe al juez para que modifique por una medida más idónea y efectiva; se cumpliría la recomendación de los organismos internacionales, derechos constitucionales y legales de protección a favor del adolescente.

No resultaría poner un límite para revisar la medida, el plazo sería indeterminado, se ajustaría a las decisiones del equipo técnico encargado de la ejecución de la medida sometida a la decisión del juez; en el caso de no cumplir la resocialización la medida se mantendría hasta que haya reducido la necesidad de la medida socioeducativa o seguridad como la define el tratadista Luis Jiménez de Asúa en sus estudios de doctorado.

El autor señala la posibilidad de no establecer límites para la revisión de la medida y en sí el tiempo de la medida sino que ésta se ajuste al tiempo necesario para asistir al adolescente hasta que muestre su rehabilitación, que en cierta manera muestra un interés de apoyo permanente a favor del adolescente; y, por otro lado, la medida sin límites podría ser distorsionada por el juzgador porque no habría el margen legal para su modificación o cumplimiento. Este criterio puede entenderse como una sanción arbitraria o por el

tiempo de prolongación que considere el juez, como una medida perpetua situación que legitimaría el poder punitivo del Estado en contra del más vulnerable, como se evidencio en el caso Mendoza, ya analizado; que terminó con la vida de una persona y lesiones visuales permanentes en otro de los adolescentes, sentenciados por un sistema rígido de control social.

5.4 Enfoque político criminal para los adolescentes

La realidad es distinta en el país, ciudades con un mínimo registro de adolescentes en internamiento institucional; y otras, que registran delitos contra la vida, propiedad, tráfico de sustancias por parte de adolescente en un número que genera alarma social. No es difícil imaginar que exigirán el incremento de penas para los responsables como un mecanismo seguridad; sin embargo, aun cuando la privación de libertad es la consecuencia jurídica de mayor aceptación en los Estados en su intento para reducir la delincuencia, no es menos cierto que por más inversión en la política pública punitiva no se ha reducido o eliminado los casos de delincuencia.

Este contexto de delincuencia es necesario conocer al adolescente, comprender su realidad para entender su decisión delincencial y estratégicamente ser parte de una educación y rehabilitación psicosocial que atienda sus necesidades y permita descubrir una nueva perspectiva de vida. Como se analizó en el primer capítulo, el adolescente puede experimentar momentos de turbulencia en su adolescencia, afectaciones psicológicas traumáticas, accidentes, patologías congénitas y entornos de violencia que pueden influir en estados estresantes, de tensión o presión del grupo que pueden provocar reacciones negativas en su comportamiento.

Los maras, son un ejemplo crítico de la violencia juvenil para conocer la causa de su comportamiento se hace referencia al educador Miguel Ángel Caballero, pedagogo, educador, coordinador del área de compensación de desigualdades en educación quien comparte en una clase virtual de justicia juvenil de la Universidad de Ginebra la experiencia de trabajo con los adolescentes de esta agrupación juvenil.

El expositor refiere que en una entrevista con uno de los adolescentes en internamiento le pregunta ¿estás bien?, en la respuesta identifica tres aspectos: primero sí, no me han pegado mucho; dos, me lo merezco; y tres; no puedo evitar ser así. En base a esta reflexión el docente señala:

Los chicos empiezan siendo esquineros, luego forman parte de una banda irregular; después pasan a una banda totalmente estructurada de ahí una pandilla y de la pandilla el gran salto a la mara y después a la delincuencia organizada.

En una entrevista pregunta el educador, ¿cómo estás?, y el adolescente contesta “no me han pegado mucho” al respecto reflexiona el expositor, que el joven revela el posicionamiento social y su identidad por ausencia, que son la base para la constitución de una banda o pandilla. Primero, porque el adolescente no sabe quién es, qué quiere, ni a dónde va; segundo; el adolescente evalúa que interés hay por él, quién lo quiere, quién lo apoya, quién confirma sus decisiones y quién le enseña; tercero, a que familia pertenece, quienes son sus padres y hermanos; cuarto, que rol cumple socialmente, estudiante, el repartidor o el cartero; quinto, que perspectiva tiene del futuro. Y la realidad revela sus respuestas: es un integrante de una banda y sigue sus preceptos; se siente parte del grupo, es tomado en cuenta, aprende lo que le enseñan, recibe órdenes y las cumple, sabe que es su grupo y él vela por sus compañeros y sus compañeros se preocupan por él, concibiendo de esta manera familiaridad con los integrantes, comprometido a cumplir el rol que le otorguen por pertenencia y lealtad; así se forma la identidad personal, familiar y valores de pertenencia de los adolescentes.

El adolescente mara sobrevive en entornos de violencia, es quien ha roto sus raíces o ni siquiera las conoce, se encuentra desarraigado, no encuentra sentido a la vida, ni pertenencia a nadie; en estas circunstancias, es la banda quien asume la misión sustituta de lo que debe ser una persona, familia, amigos, y sociedad generándose una estructura de bandas organizadas que se han radicado en todo el mundo, un ejemplo los maras.

Estas bandas juveniles están constituidas por individuos con edades muy tempranas que están entrando en plena adolescencia, época en la que se producen profundos cambios y se desarrollan modelos vitales que van a perdurar en el tiempo, desafortunadamente el entorno que rodea al adolescente mara es el miedo, el dolor, la muerte, la mentira y el poder aspectos sociales que influirán en el perfil y futuro del adolescente.

Centroamérica es el lugar donde se originaron los maras, grupos de personas que se integraron por el intenso flujo migratorio, pobreza, generándose espacios de graves violaciones de derechos humanos que afectan a los adolescentes de Guatemala, Honduras, El Salvador. Estos adolescentes con el afán de buscar mejores

condiciones de vida viajan al exterior a lo que ellos llaman el sueño americano. El destino de preferencia son Los Ángeles, una ciudad que concentra en ciertos lugares el asentamiento de estas pandillas y registran índices altos de violencia, tráfico de blancas, drogas, armas, entre otros delitos. En muchos casos, los migrantes son deportados por Estados Unidos a sus países, el retorno trae consigo una cultura de desarraigo de los hijos, supervivencia, ausencia total de valores, tráfico donde la forma de vida se vuelve violenta y las relaciones estructuralmente peligrosas.

Los adolescente piensan si tengo tanto como el otro, si consigo tantas cosas materiales como el otro llegaré a alcanzar la normalidad; sin embargo, estas decisiones en un grupo marginal son un craso error porque las ausencias de valores no se llenan con cosas materiales por lo que el desencanto es mayor. Las bandas de las que empiezan a formar parte de los esquineros son una familia postiza difícil de quitar el apellido y el nombre.

Las maras se caracterizan por ser una familia sustitutiva con normas, principios y una estructura muy sólida. Para entrar requieren una serie de condicionantes el adolescente tiene que ganar el derecho de ocupar un sitio en la estructura esto significa adoptar una identidad, un rol, este último es la base para que sobreviva el grupo en este contexto el individuo se anula, el más importante es el colectivo, por lo que todos los esfuerzos se destinan al grupo.

El ingreso a las maras exige un rito de iniciación, que demuestre apego; encargan el cuidado de un animal desde su nacimiento hasta su madurez hasta que se genere un vínculo de afecto y apego, posterior ordenan matar a la mascota; el segundo reto es una pelea brutal o cicla en contra de su mejor amigo en presencia de toda la banda, esto muestra que el nuevo integrante es capaz de ingresar a la banda, estas actividades generan valores de pertenencia total, exclusividad del grupo, dominio por parte de los miembros del grupo, fidelidad y arraigo, así se caracteriza la estructura de una banda y mientras más grande es más peligrosas son sus aspiraciones de poder y violencia, generalmente se forman como pirámides y el precio para ingresar son delitos leves, graves y de sangre.

La salida de estas bandas no es una opción sencilla, el riesgo es semejante a firmar la sentencia de muerte, así refiere el entrevistado Elmo un integrante de las bandas que al intentar salir de la mara tuvo un incidente con uno de sus propios compañeros quien con un destornillador afectó su vista y le lesionó vitalmente todo un lado facial de la cara. Actualmente, Elmo dedica su vida a evitar que los jóvenes

sean parte de la bandas, porque conoce la violencia que se vive y apoya para que ellos abandonen estos grupos; en su trabajo ha identificado la necesidad de políticas proyectivas de trabajo, apoyo familiar, asistencia social.

Bandas como los maras Salvatruchas y M-18 registra actos de violencia grave desde hace treinta años su objetivo es el poder, y luchan por la permanencia del grupo y eliminación de otros, hacen rituales cuando muere sus integrantes, tienen comunicación de señas para cometer delitos

De la experiencia aportada por Miguel Ángel Caballero se requiere una política pública que incluya una visión “óptica, formación profunda y gran conocimiento de la realidad”; las leyes sean positivistas o reeducativas dentro de la norma son como una campana de gauss donde la normalidad es atendida pero no cubren la conflictividad de estos grupos provocadores de violencia y resultado de la violencia.

La respuesta tiene que ser políticas creativas, para eso hay que sumergirse en las bandas y eso requiere tiempo para la observación como método para conocer su realidad; algunas experiencias que relata el investigador “cuando tú observas a adolescentes actuar aunque te duela en el alma las barbaridades que hacen, aunque no comprendas su mecanismo de relación y actuación en la calle hay que observar si se quiere comprender”; lo mismo sucede si quieres amar tienes que conocer porque nadie ama lo que no conoce. Para intentar trabajar, intervenir y educar a estos adolescentes es necesario estar, observar, permanecer tiempo, comprender y amar.

El adolescente es diferente al niño; puede ser un problema para sí mismo y para los demás porque experimenta una etapa de cambios, en un momento grave de tensión puede preferir el silencio, expresar una mirada desafiante, cambios emocionales, incluso agresividad si a estos cambios se le suma además una peligrosidad lacerante, la pertenencia a una banda criminal, en estas circunstancias experimenta una presión social muy grave, porque la sociedad los ve como una amenaza o peligro en contra de la integridad y normalidad, generalmente la opción más aceptable sean políticas de represión; sin embargo hay que tener en cuenta que no han sido la solución idónea, de haberlo sido no existirían índices de violencia, no es la solución reducir la violencia con violencia, el odio y la represión con los mismos insumos, sino con estrategias que modifiquen la naturalidad de violencia que han acogido en su desarrollo.

Sino la aplicación de políticas públicas restaurativas, al respecto propone la propuesta de las 6 R; reeducación, rehabilitación, resocialización, reintegración, restauración, ayuda recíproca entre el adolescente y el educador, para ello el educador debe ser educado en este proceso integral su apoyo permitirá que el adolescente sea capaz de deshacer el daño que ha cometido, interiorizar que está ocurriendo y proponerle un futuro de cambio.

El estudio sociológico determina la necesidad de dialogo y estrategias para identificar e impedir nuevas incorporaciones o propuestas favorables para quienes están en la mitad piramidal de las bandas delictivas que se alcanza con crecimiento educativo, laboral y social esa apuesta requiere por unas políticas bastante inteligentes del punto de vista social y de intervención en la zona. No se puede terminar con una banda sacando el adolescente de la banda, sugiere el especialista hay que compartir su vida de banda en la calle porque mientras para un equipo de intervención la calle es peligro; para los adolescentes es un lugar natural y fácil en su entorno familiar. Ante esta realidad, la apuesta es diseñar creativamente un entorno familiar de verdad al adolescente, donde el equipo actúe como sustitutos se presenten como adultos fiables que ofrecen y cumplen un proyecto de vida real e interesante para los adolescentes esquineros de las bandas de las pandillas y de las maras¹¹⁷

Una vez establecido que se cumplan los requisitos de un tipo de injusto, para la determinación de la pena, aunque no concurran atenuantes, ni agravantes, prevé como uno de los criterios que deben tenerse en cuenta el de “mayor o menor gravedad del hecho”; ésta vendrá determinada por la gravedad del injusto y por el grado culpabilidad, y, dentro de lo primero, el grado de injusto o de antijuricidad material dependerá en buena medida de la intensidad o gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o de si adicionalmente se ve afectado algún otro bien jurídico.

Raul Zaffaroni, señala que es más fácil apresar a los más torpes porque no se toma en cuenta la frustración escolar de la persona, su estigmatización familiar, la lesión sufrida en su autoestima y el afecto interactuante de otras frustraciones y tampoco se considera la mayor vulnerabilidad al poder punitivo; si tenemos más tontos en las cárceles, no es porque los menos inteligentes comenten más delitos, sino porque es más fácil

¹¹⁷ Miguel Ángel Caballero, “Las pandillas y las maras” video de YouTube, a partir de una exposición en Universidad de Ginebra 2021-2022, <https://www.youtube.com/watch?v=WRAc4EBBU4M&t=33s>

apresarlos¹¹⁸. Esta situación no sucede con facilidad en los delitos de cuello blanco. Las condiciones relatadas por el jurista son la motivación de los delitos, por ellos merecen la libertad de motivarse por un entorno social favorable para recuperar sus ganas de vivir y servir en la sociedad, eso se puede lograr con centros de acogida especializados, multidisciplinarios que descarten sintomatología neurológica, psicológica, médica para atenderlos como corresponde, despertar su interés en actividades deportivas, culturales, laborales que fomenten su participación y no un plan individualizado en un centro de encierro que mantiene la violencia como estructura familiar.

Alfonzo Zambrano Pasquel señala “el abanico de sanciones previsto es amplio y está especialmente concebido para promover la reinserción social”, la normativa promueve que las medidas socioeducativas no privativas de libertad sean la opción más aplicada en los registros de sanciones aplicadas a los adolescentes infractores; y el internamiento en los delitos más graves como violación, secuestro, lesiones graves, homicidios.¹¹⁹

La política criminal debe direccionarse como un proceso interdisciplinario para identificar el problema a fin de establecer la causa y el tratamiento asertivo para diseñar el plan individual de la medida socioeducativa que se ajuste a la necesidad del adolescente y las circunstancias periféricas que lo rodean; y, por otro lado, establecer el mecanismo multidisciplinario para intervenir en adolescentes que muestran agresividad o peligrosidad por los delitos cometidos. Ya se conoció que la violencia es su entorno natural y corresponde al Estado, la sociedad y la familia de forma creativa y afectiva modificar el entorno y recuperar los valores e identidad del adolescente para que se motiven por un proyecto de vida posible de cumplir.

6. Criterios de culpabilidad e imputabilidad en justicia juvenil

No hay duda que esta categoría de la Teoría del delito es aplicable solo a las personas adultas; y que una pena privativa de libertad, no es consecuencia jurídica para un adolescente infractor. Sin embargo, la medida socioeducativa no es el resultado solo del hecho típico y antijurídico, sino de los elementos necesarios referidos al autor del

¹¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, La palabra e los muertos: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011. P. 34

¹¹⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, La Política criminal del Siglo XXI, Delincuencia Organizada Transnacional, Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal, Edilex S.A. Guayaquil, 51.

delito, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad son necesarios para motivar su imposición.

Actúa antijurídicamente quien sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico-penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido¹²⁰.

Demostrada la capacidad y conocimiento de actuación del autor se determina su culpabilidad y por ende la imposición de la pena; señala, Francisco Muñoz Conde que la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social con el fin de justificar la necesidad de recurrir a la pena como mecanismo de defensa y prevención en la sociedad, y determinar por qué debe hacerse y en qué medida uso de la pena.

La responsabilidad juvenil en sentido amplio puede tener interés social, cuando se diseñan políticas y normativa que regule la responsabilidad del adolescente; sin embargo, este interés es parcializado por la percepción social que se genere por el fenómeno delictual; ya que el delito es visible mientras dure la alarma social, podría compararse con una vela pirotécnica, impactante y de poca duración, puesto que el caso se somete a un procedimiento especializado de información reservada; la preocupación social dependerá de la afectación jurídica que se produzca y buscará la prevención de hechos similares.

Según Roxin aunque las finalidades preventivas de la pena no forman parte de la culpabilidad; señala que existe una vinculación entre la culpabilidad o como prefiere denominar responsabilidad y los fines de la pena porque no es más que la consecuencia de declarar la culpabilidad al sujeto por lo que ha hecho. Este criterio guarda relación con la medida socioeducativa, en justicia juvenil no hay finalidad preventiva sino la consecuencia del hecho típico y antijurídico que establece como consecuencia jurídica una medida socioeducativa.

La norma penal se dirige a las personas con capacidad de motivarse con el contenido de sus preceptos de hacer lo permitido o evitar lo prohibido; estas facultades permiten al ser humanos participar socialmente en condiciones de igualdad y un ambiente pacífico y organizado. La motivabilidad es la capacidad para reaccionar frente a exigencias normativas, unida a la facultad humana fundamental de inteligencia y afectividad permite determinar si es factible o no la atribución de una acción y responsabilidad a un sujeto, la alteración de esta facultad, en el nivel que se determine podrá excluir o atenuar la culpabilidad, ya que no se puede castigar a quien no tiene facultad de conocer la norma; el derecho penal y por ende el legislador renuncia la

¹²⁰ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte general*, 9ª edición, (Valencia: Tirant lo Blanch., 2015), 377.

facultad punitiva cuando se trata de persona menor de edad, con enfermedad mental, actúe por error de prohibición o no exigibilidad, ya que no puede cumplirse la motivación de la norma.

Sobre el presupuesto de participación en los bienes jurídicos protegidos y motivaciones racional de los mandatos normativos para determinar la culpabilidad se requiere de ciertos elementos.

Para Maximilano Rusconi, la admisibilidad de la pena exige un cumplimiento de la categoría de culpabilidad de la teoría del delito, es el paso sistemático a la antijuricidad del comportamiento, se trata de “formular un reproche individual al autor solo en la medida que se verifique que el sujeto activo ha podido evitar la infracción” por lo tanto el sujeto es culpable cuanto el hecho ilícito puede ser imputado a la cuenta del autor y ello sucederá en los casos que puede ser confirmado que el agente tenía la libertad de dejarse motivar por la norma estatal y, en cambio, en uso de esa libertad, el sujeto decidió motivarse en contra de la norma¹²¹.

Siguiendo el criterio la determinación de la pena es necesario la libertad de la persona para dejarse motivar, pero que sucede si esta libertad está condicionada por la interpretación personal del adolescente; efectivamente, el índice de adolescentes internados en Loja, es muy reducido; un adolescente estaba internado (45 días) por delito contra la propiedad, esto refiere que la norma jurídica que prohíbe robar es aprobada en los adolescentes en la provincia de Loja; un caso de robo con muerte, corresponde a un adolescente de Esmeraldas que fue trasladado por temas de disciplina; y, el 82% de los adolescentes están cumpliendo una medida socioeducativa por el delito de violación, aspecto que corresponde a la ciencia de criminalidad para determinar que factores inciden en el delito, que estrategias se deben adoptar para evitar la reincidencia, que acciones adoptar por la sociedad, centros educativos y la familiar para prevenir estos delitos, así como el análisis interdisciplinario especializado para conocer el caso desde el principio del interés superior del niño, pues no se puede castigar severamente a quien jamás se previno de las consecuencias.

Descuido de los padres, curiosidad de la sexualidad de los adolescentes, falta de educación por falta de los docentes, programas académicos no preventivos, tratamiento de temas de sexualidad en familia, no hay publicidad preventiva de educación sexual y

¹²¹ Rusconi, Maximiliano, Elementos de la parte general del derecho penal, Editorial Docuprint S.A Buenos Aires Argentina, p. 60-61.

prevención de consecuencias legales son factores atribuibles a estos errores de la adolescencia, que acarrearán una consecuencia jurídica privativa de libertad.

Es importante analizar si el adolescente tuvo la libertad de realizar otra conducta o la realizó porque desconoce la consecuencia de dichos actos. Casos reincidentes, referían en el CAI de Loja que eran novios con su pareja que tenían relaciones sexuales algún tiempo y que a raíz que descubre la relación un familiar, éste pone la denuncia y prácticamente somete a la presunta víctima a declarar en un proceso sobre su intimidad. Dos aspectos, su consentimiento no es válido porque no tiene capacidad para decidir; pero el mismo acto realizado por personas adultas o que al cumplir 14 (estupro) o 18 años no se considera delito de acción pública, este resultado criminológico obtenido por la vinculación directa con los adolescentes permite conocer que la medida socioeducativa es exagerada y es necesario una revisión de sus límites.

Según la tratadista Alba Guevara Bárcenas, la culpabilidad es el principio rector y límite de cualquier política criminal; además, es un medio de limitación de la pena,¹²² permite analizar el grado del conocimiento del autor sobre el delito. Permite establecer una pena proporcionada a la entidad culpable de la actuación del autor, es decir que entre el castigo y el acto injusto haya equilibrio.

6.1 Elementos de la culpabilidad

Se ha determinado que la justicia juvenil garantiza un sistema de ejecución de medidas especializado a favor de los adolescentes, pero no descarta la aplicación de la medida socioeducativa de internamiento institucional en los delitos más graves; por lo tanto, legalmente se reconoce cierta capacidad del niño para investigarlo, procesarlo y sancionarlo, frente a esta realidad legal, es necesario analizar que elementos de culpabilidad se consideran para imponer la medida socioeducativa a un niño.

En este contexto se analiza primero, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; y segundo, el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido previsto en la norma; y la exigibilidad de un comportamiento distinto, que se considera para sancionar a una persona adulta con una pena privativa de libertad que bajo los presupuestos analizados se extienden de alguna manera a los adolescentes al momento de imponer una medida de internamiento que priva su libertad.

¹²² Ramiro García Falconí, Agustín Pérez-Cruz, Alba Guevara Bárcenas, *El Proceso Penal, Derechos y Garantías en el proceso penal*, Tomo I. (Quito: Ara Editores, , 2016), 483.

- La imputabilidad o capacidad de culpabilidad son las facultades psíquicas y grado de madurez por las cuales se puede considerar a un sujeto culpable, permiten determinar la capacidad de comprensión del mandato normativo; y, la carencia de motivación y madurez que se puede dar por trastornos mentales, esta limitación impide que la persona sea responsable de sus actos así sean típicos y antijurídicos; este concepto es el tamiz que permite filtrar los hechos antijurídicos y atribuir una consecuencia jurídica.

- Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad), la inimputabilidad según lo previsto en el artículo 35 del COIP procede en casos de error de prohibición, trastorno mental, por efectos del alcohol o sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados, y por edad del infractor. Al respecto, los niños menores de 7 años son absolutamente inimputables ya por su falta de madurez carece de capacidad suficiente para motivarse por las normas, esta inimputabilidad se mantiene gradualmente de acuerdo a la edad de los adolescentes.

- La imputabilidad relativa en la justicia juvenil, de acuerdo al principio de legalidad, los adolescentes son imputables relativamente; puesto que pueden ser juzgados por delitos cometidos y previstos en el COIP; la consecuencia jurídica son medidas socioeducativas que se aplican por jueces especializados, conforme el principio de proporcionalidad previsto en el CONA.¹²³ Como se puede analizar el legislador contempla criterios especiales para exigir la responsabilidad el adolescente.

La imputabilidad es un proceso de socialización en cual el adolescente tiene habilidades para conocer las normas que rigen los sistemas de control social formal e informal; pero este conocimiento depende de los canales de acceso que tenga en su formación, familia, escuela, amigos, medios de comunicación pueden transmitir acertadamente las normas permitidas y prohibidas, aun cuando esto existe también hay vacíos por los cuales los adolescentes sin conocimiento se vinculan en una responsabilidad penal.

6.2 Imputabilidad relativa de los adolescentes.

El artículo 305 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que los adolescentes son penalmente inimputables, por lo tanto no se someten a la justicia ordinaria y sanciones previstas en las leyes penales. Continuando con la revisión de la norma legal en el artículo

¹²³ Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, art. 319.

306 establece la responsabilidad de los adolescentes y la aplicación de las medidas socioeducativas cuando cometan infracciones previstas en el COIP, por lo tanto la imputabilidad que refiere el primer artículo no es absoluta, sino que reconoce la responsabilidad del adolescente y condiciona la consecuencia jurídica a una medida socioeducativa.

La adolescencia es la etapa de cronológica de madurez del ser humano donde se cumple un proceso de rasgos psicológicos, personalidad, cambios físicos, biológicos que son modificables. Además, el “ambiente familiar, económico o social inciden en este proceso incluso con más fuerza que las propias facultades individuales” por ello es importante influir en la socialización del menor que ha cometido un delito, y en el respeto a la normas por parte de éste, a través de medidas educativas y correctoras de sus defectos de socialización”¹²⁴

Para Luzón Peña, el principio de culpabilidad tiene “una doble limitación; que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad plena o normal o disminuida”¹²⁵, este principio guarda estrecha relación con los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad.

Sobre la base de la criminalidad estos principios compactados a la culpabilidad, pena y medidas socioeducativas deben ser analizados por el derecho positivo, con la finalidad de evaluar periódicamente y determinar si persiste la necesidad, si la medida es correcta o merece aplicar otra opción y proporcional a la finalidad prevista. Estos principios establecen los lineamientos para evaluar la norma jurídica, el control social, la prevención y la rehabilitación del adolescente, sin mantener su encierro innecesariamente.

¹²⁴ Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. *Derecho Penal, Parte general*, 9ª edición, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), 392.

¹²⁵ Diego Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 25-26.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Los aspectos históricos y generales de la justicia juvenil y del adolescente infractor se sitúan a mediados del siglo XIX, ya que antes de esa fecha los menores de edad eran objeto de protección jurídica y no sujetos de derechos, y en consecuencia eran considerados seres incapaces que debían estar sometidos a la tutela de la familia y en su defecto de las instituciones de caridad, o del Estado. Con la entrada del siglo XX la situación fue cambiando de manera paulatina, con la adopción de diferentes instrumentos internacionales y leyes internas para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo los principios de interés superior y protección integral.

Para el Estado es necesario disponer de mecanismos que permitan mantener el orden social, las relaciones pacíficas entre las personas y la seguridad pública, por lo que recurre a diferentes políticas públicas de prevención social y de promoción de conductas sociales positivas; cuando esas medidas fallan se impone la necesidad de recurrir el poder punitivo que se manifiesta en el Derecho penal, a través del cual y de manera legítima se establecen los comportamientos individuales considerados delitos, el procedimientos para su juzgamiento y las penas aplicables tanto a las personas adultas como a los adolescentes infractores, de acuerdo a la política criminal general que garanticen los derechos de los más invisibilizados por el Estado.

De entre los menores de edad, un sector importante lo constituyen los adolescentes, quienes pueden ser sujeto de la aplicación de sanciones cuando incurren en cualquiera de los delitos previstos en la legislación penal, lo que da lugar a la justicia juvenil y a la creación de un sistema de medidas socioeducativas para exigirles responsabilidad penal e imponerles las sanciones correspondientes. La responsabilidad penal de los adolescentes infractores debe regirse por principios y estándares internacionales que debe cumplir cada Estado, entre los que se encuentra la privación de libertad como último recurso y por el tiempo mínimo imprescindible, la aplicación de medidas alternativas siempre que sea posible, y la revisión periódica de la medida impuesta a los fines de su posible modificación hacia un régimen menos estricto.

En el Ecuador, el sistema de justicia aplicable a los adolescentes infractores está previsto en el CONA; al ser modificado en el año 2014 por el COIP se introdujeron reformas que tienen un carácter regresivo con respecto al régimen jurídico anterior, y no se ajustan a los estándares y recomendaciones de los organismos internacionales competentes en el tema. Esa reforma elevó el límite máximo de las medidas socioeducativas de 4 años a 8 años, y aumentó el porcentaje a cumplir del 40% al 60% para acceder a una medida menos gravosa que la impuesta, siendo que antes el límite máximo era de 4 años y existía la posibilidad de revisión periódica para cambiar la medida de acuerdo al comportamiento del adolescente infractor. En ese contexto varios organismos internacionales, como el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, han emitido observaciones y recomendaciones al Estado ecuatoriano en favor de los derechos humanos del adolescente infractor, sin que se hayan acogido en la legislación vigente que es violatoria de los principios internacionales ya mencionados, como se pudo apreciar en las entrevistas realizadas a los adolescentes infractores internados en el CAI de Loja y a expertos en el tema.

La eficacia de las normas jurídicas que regulan la sanción de los adolescentes se valida por la limitación de la potestad punitiva, el respeto de derechos humanos de los privados de libertad y la observación de principios y garantías del debido específicos de su edad, que vinculada a la ciencia de la criminología como presupuesto puede comprender la realidad psico social de los adolescentes y establecer mecanismos interdisciplinarios y multidisciplinarios dependiendo de la particularidad del caso; para cumplir la doctrina de protección integral a favor de los menos favorecidos a quienes, por circunstancias particulares han perdido su identidad, han naturalizado el entorno que los rodea como su protección familiar, reconociendo una supuesta pertenencia y protección que exige apego y cumplimiento de graves violaciones de derechos humanos.

Recomendaciones

A la Asamblea Nacional, que en una futura reforma del régimen jurídico aplicable los adolescentes infractores, se haga una revisión del sistema vigente para adecuarlo a las exigencias de los instrumentos internacionales y a los estándares fijados por los organismos internacionales como el Comité de los Derechos Humanos de la ONU, para que se hagan efectivos los principios de la privación de libertad como último recurso, la

aplicación de medidas alternativas siempre que sea posible, y la revisión periódica de la medida socioeducativa impuesta.

También debe reformarse el límite máximo de las medidas socioeducativas a imponer que actualmente es de 8 años, y modificar la condición del 60% de cumplimiento de la medida de internamiento institucional para acceder a la revisión de la medida socioeducativa, en su lugar debe aplicarse una evaluación periódica de la medida socioeducativa para determinar la necesidad de mantener o modificar el régimen de la medida socioeducativa a fin de que sea efectiva, se reconozca el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado para evitar la vulneración de sus derechos humanos.

Desde el punto de vista procesal, se recomienda a la defensa privada y pública que patrocinan adolescentes infractores, que utilicen las garantías jurisdiccionales para proteger de mejor manera los derechos de sus representados, con lo cual se evitarían violaciones como las que tiene lugar en la actualidad y harían efectivos los principios y derechos reconocidos a nivel internacional que deben ser aplicados por el Estado ecuatoriano.

Diseñar políticas de protección integral que incluyan la participación multidisciplinaria en el ámbito de salud, educación, deporte, trabajo, asistencia social, y las especialidades que sean necesarias para cambiar las condiciones del centro de internamiento institucional por un centro de acogida familiar que genere estratégica y creativamente la adaptación del adolescente para que sea participe de una convivencia y rehabilitación en un entorno que genere una adecuada dinámica familiar que sustituya las experiencias negativas del adolescente, donde los directivos y personal generen el ambiente de protección, valores y vínculo afectivo, que jamás tuvo el adolescente y preste las condiciones y recursos para cumplir el plan individualizado de la medida con la facilidad de garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos, además fomentar la participación colateral de la familia para corregir disfunción en la dinámica familiar cuando el adolescente se reinserte en el hogar.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales, La Estructura de las normas de derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Amado Dueñas, Mario Antonio, “¿Los fines de la pena, propios de un estado social y democrático de derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia?”. Tesis de maestría, Corporación Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014.
- Arellano, Efrén. *Justicia especializada para adolescentes*. México: Centro de Estudios de Opinión Pública, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro y María Belén Corredores Ledesma, *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Baratta, Alessandro. *Situación de la protección de los derechos del niño*, en *Estudios de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 1995.
- Baratta, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- Beloff, Mary. *Derecho, Infancia y Familia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.
- _____. *Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- Castillo, Gabriela. “Los once centros de adolescentes infractores registran el 18,3% de hacinamiento”. *El Telégrafo*. 30 de abril de 2018.
- Cid Moliné, José. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Nosch, 2001.
- Costa, Rafael. *Tutelados y asistidos*, ed. Buenos Aires: Paidós, 2000.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- _____. Actas de la Asamblea Nacional. Debate y aprobación del COIP, 2014.
- _____. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.
- _____. *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- _____. Corte Constitucional. “Sentencia No. 9-17-CN”. 09 de julio del 2019.

- ____. Corte Constitucional. “Sentencia No: 002-14-SIN-CC”. 14 de agosto del 2014.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Fonticoba, Tania De Armas. *La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal*. La Habana: Universidad de la Habana, 2018.
- García, Emilio. *Derecho de la Infancia /Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Forum Pacis, 1992.
- García Falconí, Ramiro. Pérez-Cruz, Agustín Bárcenas, Alba Guevara. *El Proceso Penal, Derechos y Garantías en el proceso penal*. Quito: Ara Editores, 2014.
- Giddens, Anthony. *La Desviación*. Madrid: Alianza, 2006.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Derecho penal, República, Exilio*. Madrid: Editorial Dykinson, 2019. <https://core.ac.uk/download/pdf/288500753.pdf>
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Lynch, Philip. “Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. Video de YouTube, ponencia presentada en la Universidad de Ginebra, 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=7tLqYHMYp1I&feature=youtu.be> “CAS en Justicia Juvenil”,
- Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n°. 11 (2014): 119-146.
- Meini, Iván, “La pena: función y presupuestos”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n°. 71 (2013): 141-167.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García. *Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blach, 2015.
- OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*Opinión Consultiva*”. 17 de octubre 2002.
- ____. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre 1969, https://moodle.unige.ch/pluginfile.php/954454/mod_resource/content/15/convencion-americana-derechos-humanos.pdf
- ONU Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Justicia en asuntos concernientes a los niños en conflicto con la ley. Ley modelo sobre justicia juvenil y su comentario*. Nueva York, 2012.
- ____. Asamblea General, *Convención sobre los derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989.

- ____. Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 diciembre 1948.
- ____. Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 diciembre 1966.
- ____. Asamblea General. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*. 20 de noviembre de 1985.
- ____. Asamblea General. *Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. 13 de julio 2011.
<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>
<http://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.
- ____. Comité contra la Tortura. *Informe Periódico: Sesión No. 1462, 1465 y 1490 (2016) sobre investigación de agresiones y abusos dentro de los CRS*. 8,9 y 28 de noviembre del 2016. <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2231/1/VCM-DPE-003-2019.pdf>
- ____. Comité de los Derechos del Niño. *Observación Final, Sesión No: 1501 (2010) sobre el Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*. 29 de enero de 2010.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8534.pdf>
- ____. Comité de los Derechos del Niño, *Observación general: No. 21 sobre los niños de la calle*. 21 de junio de 2017. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11402.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11402>
- ____. Comité de Derechos Humanos *Observación Periódica: Sesión No. 3277, 3278 y 3294 sobre condiciones de detención y violencia en las prisiones*. 27-28 de junio y 11 de julio de 2016. https://www.planv.com.ec/sites/default/files/ccpr_c_ecu_co_6_24579_s.pdf
- ____. Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones finales Aprobada: Sesión No. 2251 sobre mejor la situación de los derechos del niño en el país*. 26 de octubre de 2017. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/ECU/CO/5-6&Lang=Sp
- ____. Comité de los Derechos del Niño. *“Observación General No. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores”*, 25 de abril de 2007.
https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf
- Ortega Galarza, Jorge Luis. “Sistema penal juvenil en Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.

- Palummo, Javier. *Justicia Penal Juvenil Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*. Panamá: UNICEF, 2014.
- Reyes, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 6ª Edición.
- Rodríguez Moreno, Felipe. *Curso de Derecho Penal- Parte General: Teoría de la pena*. Quito: Cevallos, 2019.
- Rusconi, Maximiliano, *Elementos de la parte general del derecho penal*. Argentina: Editorial Docuprint.
- Santrock, John W. *La naturaleza del desarrollo adolescente, en Psicología del desarrollo en la adolescencia*. Dallas: Santrock editorial, 2004.
- SNAI. *Rendición de Cuentas 2019, Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores 2019*. <https://www.atencionintegral.gob.ec/wpcontent/uploads/2020/04/INFORMERENDICIO%CC%81N-DE-CUENTAS-SNAI-2019.pdf>
- Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención Sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2008.
- Viña, Gonzalo E. D., “Los sistemas procesales penales juveniles en América Latina: ¿un nuevo régimen?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. (2021): 155. www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11juridica07.pdf, 155.
- Zaffaroni, Raúl. *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar, 2011.
- Zambrano, Alfonso. *La Política criminal del Siglo XXI, Delincuencia Organizada Transnacional*. Guayaquil: Edilex S.A, 2011.

Anexo 2: Instrumentos internacionales relevantes

ESTADO DEL ARTE.			
	A nivel interamericano el primer instrumento es la		
	“Tabla de los Derechos del Niño”	1927	Instituto Interamericano del Niño
	Carta Constitucional de la Niñez	1930	Conferencia de Casa Blanca
	Declaración de oportunidades para el niño	1942	VII Congreso Panamericano del Niño
	Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño	1948	IX Noveno Congreso Panamericano del Niño
	Declaración Interamericana sobre Derechos de la Familia	1983	
	Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores	1984	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado CIDIP
	Convención Interamericana sobre Restitución de menores	1989	
	Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias	1989	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado CIDIP
	Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores	1994	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado CIDIP
	Recomendación sobre la Erradicación del Reclutamiento y la Participación de Niños en Conflictos Armados	2000	Comisión IDH
Declaración de los Derechos del Niño:	Declaración de Ginebra	1924	Asamblea de la Sociedad de las Naciones
20-nov-89		1945	Organización de las Naciones Unidas, reemplaza a la Sociedad de Naciones
Asamblea General de las Naciones	Auxilio para los niños víctimas de la Segunda Guerra Mundial	1946	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia UNICEF
	UNICEF organismo permanente	1953	Asamblea General de las Naciones Unidas
	Convención Sobre los Derechos del Niño		
	Declaración Universal de Derechos Humanos	1848	Asamblea General de las Naciones Unidas
	Declaración de los Derechos del Niño elaborada sobre la base de la Declaración de 1924 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948		ECOSOC Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
	Declaración de los Derechos del Niño	1959	Asamblea General de las Naciones Unidas
	Posterior una serie de instrumentos de derechos humanos incorporan normas sobre la infancia desde dos perspectivas: la protección especial y el reconocimiento de la familia como espacio óptimo para el crecimiento de los niños y niñas,		

	garantizándole a ésta que pueda dirigir la educación de sus hijos e hijas.		
	Pacto de Derechos Civiles y Políticos		Artículo 23 y 24
	Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 46		Artículo 10
	Declara Año Internacional del Niño, se inicia la redacción de:	1979	Naciones Unidas
	Convención Sobre los Derechos del Niño		
	Aprueba 2 documentos: no vinculantes		Asamblea General Naciones Unidas
1	Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores "Reglas de Beijing", 47	1985	Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985
2	Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, 47	1986	Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986
	Objetivo	1989	10 aniversario del año internacional del niño / 30 aniversario naciones unidas aprueba la Declaración Sobre los Derechos del Niño
mayo 2002, dos protocolos facultativos	Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	2000	Vigor el 18 de enero del 2002, en el 2005, ratifica 95 países
	Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	2000	Entra en vigor el 12 de enero 2002
	Convención Sobre los Derechos del Niño		
3 partes	Preámbulo	* "Establece la vinculación del instrumento con los principios de las Naciones Unidas" * "su utilidad esencial es la de ser un instrumento de interpretación de las disposiciones de fondo", p. 87	
	Artículos de fondo	Enumeran las obligaciones de los Estados Partes, son lo que contienen realmente los "derechos" y se encuentran en la Parte I, artículos 1 al 41, p 87"contiene disposiciones respecto a derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.	
	Disposiciones generales: Entrada en vigor, seguimiento	Parte II y III	Contienen disposiciones relativas a la aplicación, la forma de seguimiento y condiciones de su entrada en vigor, Artículo 42-54 Entrada en vigor se establece para facilitar la adhesión de los países.

Anexo 4: Entrevista Dr. Crosby Saúl Valarezo, Juez de la Unidad Judicial Loja

Juez: Me identifico soy Crosby Saúl Valarezo Tandazo, Juez de la Unidad de Familia Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja desde el 13 de junio del año 2013.

Juez: Anteriormente me desempeñé como juez temporal del Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja y también me he desempeñado como juez Multicompetente en el cantón Calvas en la provincia de Loja. Bueno, respecto al adolescente infractor es un tema muy nuevo, tomando en consideración que anteriormente me encontré con muchos procesos, muchas resoluciones en donde se aplicaba a tabla raja el principio de legalidad y no se veía a ciencia cierta lo que los administradores de justicia tenemos que ver al tratarse de niños, niñas y adolescentes, y principalmente en adolescentes en conflicto con la ley. Y en los actuales momentos, tomando en cuenta ya decisiones de Corte Constitucional, decisiones de Corte Nacional, los asuntos de los adolescentes infractores son más flexibles, tomando en consideración que se aplique el principio de justicia restaurativa, como primer punto.

Estudiante: Indíquenos su opinión respecto a las medidas socioeducativas privativas de libertad que actualmente se aplican en el Código Actual de la Niñez y Adolescencia.

Juez: Respecto a las medidas socioeducativas, debemos insistir que el Código de la Niñez y la Adolescencia van a los delitos expresamente determinados en el cuerpo normativo, esto es el Código Orgánico Integral Penal. Hay que hacer una diferenciación aquí respecto a los tipos penales. No es muy común ver a adolescentes infractores, pero si vemos tipos penales, ya sea de gravedad, como son delitos de violación,, se aplica de acuerdo al delito del COIP y las medidas socioeducativas que están contempladas en el CONA. A veces, dependiendo prácticamente del delito son un saludo a la bandera que yo considero son las medidas socioeducativas de un mes a dos meses, porque es difícil que el adolescente comprenda la ilicitud de su actuación no.

Juez: Pero ahí está tomando en cuenta la gravedad del delito.

Estudiante: Considerando, que en el marco constitucional se establecen las garantías del debido proceso y que para los adolescentes y adolescentes infractores rige un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida y que la privación de libertad será establecida como último recurso por el período mínimo necesario.

Sobre esta garantía constitucional, cuál es su criterio respecto al aumento de la medida socioeducativa de 4 a 8 años y su proporcionalidad.

Juez: El Código de la Niñez y la Adolescencia nos dice que los adolescentes deben ser sancionados con una medida socioeducativa que no puede exceder de cuatro a ocho años en relación al tipo penal del COIP, eso sería un asunto proporcional.

Se debe tomar en cuenta el conocimiento del juzgado juzgador respecto a eso y el escenario propio de los acontecimientos de un caso. No, olvidemos que en el Código de la Niñez y la Adolescencia existen principios. Y para este juzgador los principios son los caminos fundamentalmente.

Juez: Entonces tendríamos que ponernos en el escenario de un caso concreto, no cierto, donde el juzgador principalmente tiene que garantizar ese rol del cumplimiento de las leyes y las normas, los principios, principio de proporcionalidad. Efectivamente, está contemplado en nuestra Constitución de la República, pero sin embargo este no se lo aplica. ¿No es cierto? Lo vemos en este caso al adolescente, y como la norma lo señala aplicamos el principio de legalidad y se impone de cuatro a ocho años. No tomamos en consideración el medio y el escenario en el cual el adolescente infringió esa norma de carácter penal. Yo considero que tiene que hacerse una reforma principalmente a esa disposición legal.

Estudiante: ¿Cuál es su criterio respecto del cumplimiento del 60% que impuso el legislador para revisar las medidas socioeducativas de los adolescentes infractores?

Juez: Lamentablemente hoy estamos en un asunto de legalidad. Se sigue manteniendo la disposición que para poder revisar la medida el requisito es cumplir el 60 por ciento. O sea, en otras palabras, está vedado para el juzgador cambiar ese requerimiento, hay que seguir haciendo lo que está en la ley. No nos olvidemos que el mismo juzgador que sanciona tiene que hacer el seguimiento periódico, pero lamentablemente no

podemos revisar al no ser que el adolescente cumpla el 60 por ciento. Ahí se contrapone, frente a una realidad, el principio de la legalidad. Se sigue manteniendo el 60 y el 80 por ciento que no le permite al juez revisar esa medida.

Estudiante: A su criterio, el legislador consideró el interés superior del niño.

Juez: No, yo considero que no, estamos protegiendo en este caso al adolescente; efectivamente al adolescente no se lo puede mezclar con una persona adulta o tratar igual. Ahí yo considero que tiene que haber una reforma para que se le permita al juez, al ejecutor de la medida, realizar el seguimiento y que ponga fin a una decisión que a lo mejor pudo ser de cuatro, seis o hasta ocho años, como dice el Código de la Niñez.

Estudiante: ¿Señor juez la finalidad de la medida socioeducativa se cumple a cabalidad con el 60 por ciento de privación de libertad o se debe verificar si es efectiva para resocializar al adolescente?

Juez: Yo considero que tiene que cumplirse los objetivos, si porque más allá de eso, el juzgador de familia especializado resuelve conflictos humanos, no litigios.

A diferencia de los adultos; tiene revisarse, una vez que se haya cumplido su finalidad, podemos reintegrar en este caso al adolescente en la sociedad.

Estudiante: ¿Exigirle un tiempo adicional sería destruir la finalidad de la medida socioeducativa y convertir en una pena?

Juez: Así es. Yo considero que ese criterio es muy acertado, el que usted maneja tiene que ser un poquito más flexible frente a los adolescentes en conflicto con la ley.

Estudiante: Cuál es la normativa internacional que se debe considerar para asegurar esta revisión periódica y tiempo mínimo necesario a los adolescentes que cumplen una medida socioeducativa?

Juez: Bueno, Las reglas. Efectivamente, las reglas de Beijing e instrumentos internacionales. Todas esas yo considero que sería aplicable, y tendría que darse un vuelco total a esta situación. Y, más que toda la situación que vive el mundo. ¿No es cierto? Y el código tuvo un tiempo tiene que evaluar y es necesario una reforma integral respecto a adolescente.

Estudiante: Finalmente, señor juez, considerando que no se podía hacer la revisión periódica hasta que se cumpla el 60 por ciento, qué derechos considera usted que se encuentran vulnerados a los adolescentes?

Juez: El derecho, en este caso a en primer lugar, un derecho a transitar a la libertad si otro derecho a la educación, el compartir con la familia.

Anexo 5: Entrevista al Dr. Luis Erasmo Samaniego, Juez de la Unidad Judicial Loja

Juez: Un gusto colaborar en el desarrollo de su tesis. Mi nombre es Luis Erasmo Samaniego Muñoz. Me desempeño como Juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja ya, por un lapso mayor a siete años con competencia en el juzgamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal. Formación Abogado, Máster en derecho administrativo y una Especialidad en adolescentes infractores.

Estudiante: ¿Cuál es su opinión respecto a las medidas socioeducativas que se aplican como consecuencia de los delitos que prevén una sanción de privación de libertad?

Juez: Primeramente las medidas socioeducativas de un mes, un año o más, debe ser razonada, el juez debe explicar su efectividad. No es poner por poner una medida socioeducativa, sino que después del análisis y todo el contexto de una forma individualizada, que determine qué medida es óptima.

Por el momento, las circunstancias deben cumplir un objetivo preciso. Entonces la medida puede ser por mes, dos meses, tres meses, por el tiempo que el juzgador, con base a los informes psicosociales considere que es la medida más adecuada para ayudarlo a este chico que está en ese momento en un conflicto.

Estudiante: De acuerdo a lo expuesto, se debería regir estrictamente a la sanción que prevé el Código Orgánico Integral Penal en los delitos, sino más bien a la necesidad del adolescente?

Juez: Bueno, al Código Orgánico Integral no debemos dejarlo en un segundo plano en el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dice que debemos acudir al Código Integral Penal solo como norma supletoria. En dos casos: cuando más favorezca la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y cuando favorezca el principio de su interés superior, entonces, si vamos a remitirnos al Código Orgánico Integral Penal, será únicamente para favorecer la vigencia de los derechos de estos chicos, más no para grabarlo

Por eso es que nunca podemos considerar agravantes en el Código de la niñez y la adolescencia, o establecer la figura de agravantes.

Bueno, primeramente siempre he manifestado que la ley penal es elaborada por los adultos; y, según el código civil la ley es conocida por todos.

Si el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Convención Sobre los Derechos del Niño establece que todo niño, niña y adolescente, por su falta de madurez o por su inmadurez física mental, requiere una protección especial, siendo que los menores de edad son inmaduros física y mentalmente. ¿Cómo es que les exigimos que conozcan de la ley penal? Cómo es entonces que ellos deben conocer una ley hecha por adultos?

Es el primer punto, el primer presupuesto a tener en cuenta al adoptar una medida drástica de internamiento. Conforme el principio de legalidad tenemos límites 4 y 8 años por delitos graves.

Pero, esos delitos o esas infracciones que cometen los adolescentes obedecen a un contexto o a un escenario fáctico en el cual sucedieron los hechos. Muchas de esas infracciones ni siquiera llegan a constituirse en delitos que determinen el Código Orgánico Integral Penal, sino que como lo establece el Comité de los Derechos del Niño, se trata de torpezas que cometen los niños y que ellos necesitan la ayuda de los adultos para poder superar los inconvenientes en los que se ven involucrados.

Recordemos que cuando un adolescente comete una infracción, el adolescente es la primera víctima del propio acto que él cometió es el primero que sufre.

Luego hablamos, claro, de la víctima, la que recibe la afectación directa. Pero el adolescente, desde el momento que se vio involucrado en un sistema de justicia, ya tiene una afectación.

Estudiante: ¿Qué hacer en estos casos, entonces?

Juez: Ahí sí. Si es que existen atenuantes que van a favorecer acudimos al COIP y las atenuantes nos permiten rebajar esa medida de 4 años; de atenuantes si nos permite.

Insisto no los agravamos no vamos a tomar, los agravantes solo las atenuantes. En el Código Orgánico Integral Penal también existe una reforma última que se refiere a un error de tipo por error de prohibición. Debemos analizar desde ese contexto también si efectivamente el adolescente estuvo en capacidad de entender y comprender sus actos y el alcance de los mismos. Cómo educamos si es que el chico no comprendió en ese momento su ilicitud. Por eso, entonces, es que la justicia restaura lo que se busca es que se reúnan víctima adolescentes y entre los dos llegar a un diálogo y decir bueno, ¿qué pasó o que sucedió? ¿Cómo abordamos? ¿Cómo? ¿Cómo superamos este inconveniente que tiene actualmente? Y entre ellos se va a buscar una solución.

Pero la mejor solución que tenemos ahora para bajar estas medidas, que es la mínima de cuatro años, es con base a lo que ya expliqué.

Estudiante: ¿Cómo garantizamos el derecho de revisión periódica a los adolescentes infractores que cumplen una medida socioeducativa de internamiento institucional?

Juez: Me parece que el Código de la Niñez debería tener flexibilidad a la que se refieren las reglas de Beijing. El juzgador debe analizar qué medida es efectiva y necesaria; una de 8 años nos parece muy drástica.

De ser una medida de 8 años; y, el chico cumple con la finalidad de la misma en tres años, por ejemplo. El Juzgador debería modular la medida y de no ser efectiva o necesaria, otorgar la libertad. Porque se cumplió con el objetivo de la medida. No es un castigo.

No es que el adolescente cumple ocho años porque yo te estoy castigando. La finalidad es educarse, reincorporarse a la sociedad; y, todos los psicólogos dicen que ya es suficiente, debería haber flexibilidad para modificar la medida.

Estudiante: Considerando los dos puntos que usted ha analizado, la legalidad y ponderación, ¿qué relación guardan con el interés superior del niño y qué influye este principio para que el juez pueda alejarse de esta legalidad y considere la necesidad de ponderar específicamente el tiempo para que sea efectiva en la medida?

Juez: Nos vamos a ir directamente a la Convención Sobre los Derechos del Niño. Lamentablemente, en nuestro sistema judicial, los operadores de justicia lo ponen como subsidiaria. Cuando la Convención es el tratado internacional fundamental, la que deberíamos acudir primariamente y no en forma secundaria. Y ahí en el artículo 3 nos dice que el interés superior siempre va a ser la consideración primordial.

En el artículo 12 nos habla del derecho a ser escuchados. Entonces, ¿cuáles son los derechos básicos? Pues los dos pilares básicos respecto al tema que se está analizando. ¿Qué tiene todo niño, niña y adolescente? Punto 1. Derecho a ser informado. Y por supuesto el derecho a ser escuchado.

El Comité de los Derechos del Niño explica inclusive que este derecho a la escucha del adolescente debe realizarse, inclusive para informar y obtener de él una respuesta sobre la medida que se le va a imponer. No es entonces una decisión unilateral del juez te impongo la medida porque al juez se le ocurrió, no.

El juez escucha al adolescente, ven, tú has escuchado al fiscal, nos dice que hay una infracción, se le explica; por otro lado, indicarle que la ley nos permite poner en estos tipos de delitos, medidas de cuatro a ocho años. ¿Qué te parece te vamos a dar cinco años? Por qué en realidad, la infracción se cometió en estas circunstancias.

El adolescente nos va a dar su punto de vista. Nos va a decir ¿qué es lo mejor para él? ¿Cuál es su sentir? ¿Cuáles son sus anhelos? ¿Cuáles son sus aspiraciones? Recordemos que detrás de los adolescentes existe un mundo de problemas y cada niño ve el mundo un arcoíris. No lo ven en blanco y negro. Un mundo de arcoíris, son colores para ellos, todo es vivencia en la etapa de la adolescencia.

Así, los estudios de neurociencias nos explican que cuando el chico está en la etapa de la adolescencia, aumenta el riesgo de que ellos cometan acciones que sean contrarias a las normas de convivencia social o delitos. Que llega a ser lo mismo.

Pero ya lo hacen como por un instinto que tienen los adolescentes en esta etapa de descubrir el mundo.

¿Por qué? ¿Qué nos va a determinar este informe psicosocial? factores de riesgo, factores de protección en el informe psicológico, en el informe social.

¿Cuál es el cuidado que este chico tiene? ¿Qué pasó? ¿Si fue víctima de violencia? ¿Si fue testigo de violencia? ¿Qué traumas de la infancia viene acarreado este muchacho desde el punto de vista médico? ¿Sufrió algún accidente este muchacho en la etapa de la niñez? ¿Por qué los traumas craneo encefálicos también repercuten en los delitos que los chicos puedan cometer nuevamente adolescencia?

Entonces, si bien tenemos un principio de legalidad, si nos vamos al artículo 417 de la Constitución de la República de Ecuador, vemos que los tratados internacionales de derechos humanos se aplican al principio lo que más favorezca al desarrollo de adolescente.

Igual que los adultos tienen los mismos derechos. Sino que con un carácter reforzado para ellos, el principio de ponderación.

Tenemos todos estos elementos del escenario fáctico, del apoyo de los informes biopsicosociales, informamos al adolescente, después que éste nos dé su opinión. Tenemos todos los elementos para ponderar cuál es la medida.

Cuál es la decisión que va a ser efectiva. Vamos a conseguir que tú te restablezcas. Si tú consumes drogas, vamos a tratar primero el consumo de drogas. Pero si el consumo de drogas ocasionó que tú cometas un delito más grave, tenemos que atacar al problema, y buscar una solución para el delito más grave.

Estudiante: El sistema de ejecución de las medidas socio educativas de internamiento institucional actualmente guarda relación con la finalidad de las medidas.

Hay un divorcio, este realmente los jueces lo hemos olvidado.

Recordemos que de acuerdo al Código de la Niñez y la Adolescencia la ejecución debe ser vigilada por el juez y el juez dicta sentencia y se olvidó. Los dejó solos. No conozco de ningún caso que se haya hecho un seguimiento, que se haya ido al centro de adolescentes infractores y le diga cómo estás cumpliendo tú con la meta. ¿Cómo está?

Dejamos realmente la ejecución de las medidas en manos administrativas y el juez no está cumpliendo con las funciones que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia y que establece también el derecho internacional de sobre derechos humanos.

¿Qué hacer entonces en la ejecución?

Pues efectivamente. Hay que tener sensibilidad y luego de dictarse la medida, estar pendientes de los informes para saber cómo se está cumpliendo. Solo se hace seguimiento cuando el centro de internamiento informa que el adolescente se ha fugado de la institución, pero más allá de eso, al chico lo hemos dejado solo.

Esa decisión se deriva del legislador de la aprobación que hizo la reforma. Por lo tanto. Podríamos indicar que la reforma no tuvo un criterio que se adecue a las necesidades del adolescente sino más bien a una política de legislar y de disponer normas para los adolescentes, sin considerar, por ejemplo, la necesidad misma para que ellos puedan cumplir la finalidad en la medida socioeducativa.

Estudiante: ¿Los legisladores consideraron principios y derechos de protección a favor de los adolescentes cuando reformaron la ejecución de medidas socioeducativas?

Juez: Al parecer el legislador que dictó las leyes, no tiene capacitación en adolescentes infractores. Pese a que ellos tienen sus asesores, se reúnen, hacen mesas de diálogo; existe mucha debilidad, mucha falencia en el momento de la ejecución de las medidas. Recuerde usted que hasta en la denominación de los centros ya existe un estigma, una discriminación.

Entonces, para poder efectivamente cumplir con una medida, hace falta la integración interinstitucional, este trabajo interinstitucional para que surta los efectos y necesariamente coordinar las actividades.

Estudiante: ¿qué ventajas o desventajas existen respecto al sistema de ejecución de medidas que había con el Código de Niñez y Adolescencia antes de la reforma y las actuales reformas?

Juez: Recordemos que antes la revisión se hacía cada seis meses, cuando el joven tenía dieciocho años y había cumplido la mitad de la medida.

Ventajas: ninguna, porque seguimos asimilando como un castigo o la medida socioeducativa impuesta a un adolescente, lo que debería incluirse en el Código de la Niñez y la Adolescencia es que el juzgador en cualquier tiempo puedes revisarla. Basada en la efectividad de, si es que se cumple o no con efectividad y los objetivos de la medida objetivos, finalidad de la medida y puede revisarse en cualquier tiempo porque revisarla probablemente como está en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y una vez que hayan cumplido 60 por ciento de la medida, no es lo óptimo volveríamos a caer en el falso tutelarismo.

Estudiante: ¿qué hacer si el legislador estableció el 60 por ciento como tiempo mínimo para el cambio de régimen, tanto a las personas adultas como a los adolescentes?

Juez: Bueno, yo me refiero a los adolescentes, personas adultas, es otro mundo. Una persona adulta comete un delito ya con conocimiento de causa. El adolescente comete un delito, pero sin ese conocimiento de causa que tienen los adultos. Insisto, ¿cómo es que a un adolescente le decimos para ciertos actos tú eres incapaz? Pero le decimos, tú lo comprendes, para ciertos actos te vamos a dar decidiendo nosotros lo que corresponde. Pero, para cometer un delito, tú eres el único responsable; ahí sí, lo dejamos solo a un adolescente.

Pero cuando tratamos de otro tipo de juicios, perfectamente se reúnen los adultos y resuelven sobre la situación de sus hijos menores de edad. Allí sí, el niño adolescente es absolutamente incapaz, por lo que se nombra un curador, ya que no es capaz para dar tu consentimiento en cierto asunto.

Pero cuando comete una infracción, cuando comete una equivocación, ya no es incapaz, que se le dice, es sólo tu responsabilidad. Somos los adultos tan inconscientes de estas circunstancias que no nos damos cuenta que ahí es cuando más necesita el adolescente.

Estudiante: ¿Qué hacer frente a este 60 por ciento que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia para revisar la medida socioeducativa?

Juez: Adoptar la doctrina integral de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que contiene, que la medida será revisada en cualquier momento. Inclusive existen legislaciones en las que se faculta a los directivos del centro, a los directores del centro de internamiento puedan, en la ejecución de las medidas, advertir que ya se cumplió con la medida que debes usar en el internamiento. Pues eso es lo que haría falta.

Estudiante: ¿Cómo considerar el principio del interés superior del niño para ejercer su derecho a la revisión periódica?

No es una norma de procedimiento, es un principio de aplicación. Tiene tres vertientes cuando hablamos de principio de interés superior del niño, no es una palabra suelta. Cuando hablamos de principio de interés superior del niño tenemos que buscar una serie de elementos como para poder tutelar los derechos. En otras palabras, el interés superior del niño es como una sombrilla que en momentos de lluvia protege al niño de las gotas de agua que caen de diferentes lugares. Pero tenemos que ver la menor cantidad de gotas que vayan a afectar o que vayan a caer al adolescente.

¿Qué quiero decir?, Qué su criterio su opinión siempre tiene que ser valorado por el juez en todas las decisiones que se tomen. Frente a la voluntad de los adultos, lo que el chico piense es lo que debe ser considerado.

La escucha debe ser efectiva y transmitir la opinión del adolescente en la motivación de la resolución. Muchas veces ocurre que se debe considerar el interés superior del niño, pero ¿cuál es ese interés? Los adultos no podemos decir cuál es el interés superior del niño si no lo escuchamos primeramente al niño. Los adultos podemos decir maravillas cuando el adolescente está sufriendo otro mundo, cuando este chico nos está gritando con su mirada ¡auxilio!, necesito alguien salga, en mí ayuda. Pues ahí es el juez, el que va a escuchar a ese niño y decir esto me dijeron los adultos dejemos a un lado, pero lo que tú me digas, lo que tú opines después de que yo te informe, eso es lo que vamos a considerar en este trabajo en el principio de interés superior de ti.

Estudiante: En el contexto de la normativa internacional, qué referentes considera usted deben primar para resolver la revisión periódica y permanencia de tiempo estrictamente necesario.

Juez: La Convención Sobre los Derechos del niño, si no me equivoco, artículos 40 y 41 con relación artículo 3 y artículo 12. Luego tenemos la observación general número 24 del Comité de Derechos Humanos, que habla de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Los adolescentes dentro del sistema de justicia, las reglas de Beijing, las Reglas de la Habana respecto a tener una consideración especial para aquellos adolescentes padres, Reglas de Tokio, o de encarcelamiento de los menores de edad. Tenemos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenemos la jurisprudencia del Tribunal Europeo en relación al niño, niñas y adolescentes. Esos son los elementos y las reglas mínimas también de las Naciones Unidas, que habla de los del impacto de la privación de libertad en los menores de edad. Los estudios de los niños privados de la libertad, sus criterios, sus opiniones, que llegaron a Naciones Unidas.

Esos son los elementos que nosotros deberíamos considerar en toda decisión que se va a tomar en contra o en favor de un niño o niña y adolescente. Y, ¿por qué? Porque tenemos la cláusula abierta en la Constitución de la República del Ecuador para acudir a los tratados internacionales cuando sean más favorable que las normas internas.

Estudiante: Considerando el estatus de niño que se otorga a un adolescente, ¿qué afectación se produce y qué derechos se vulneran a un adolescente al condicionar la revisión periódica de la medida socioeducativa?

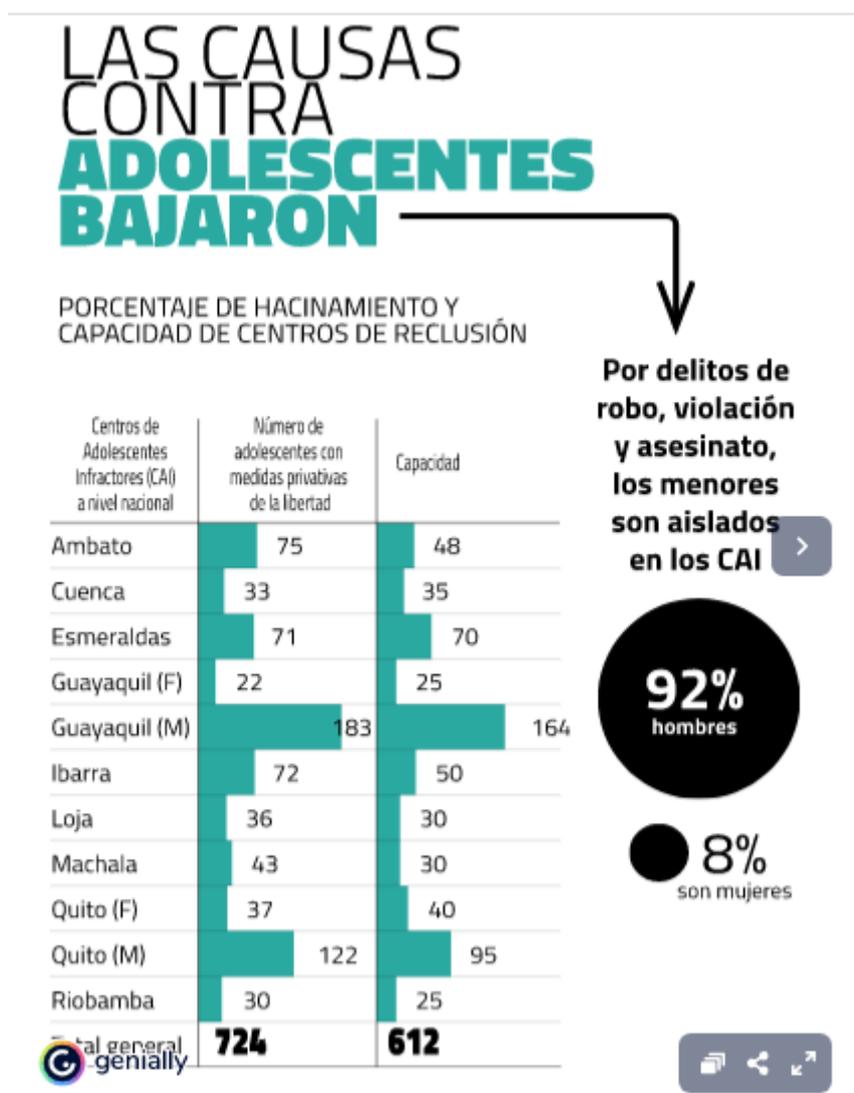
Juez: Primero, derecho a la libertad. Luego tenemos el derecho a crecer en el seno de la familia, el derecho a la convivencia en sociedad.

Estudiante: ¿Cuál sería el mecanismo para atender y solventar el derecho a la educación universitaria que tienen los adolescentes que cumplen privación de libertad?

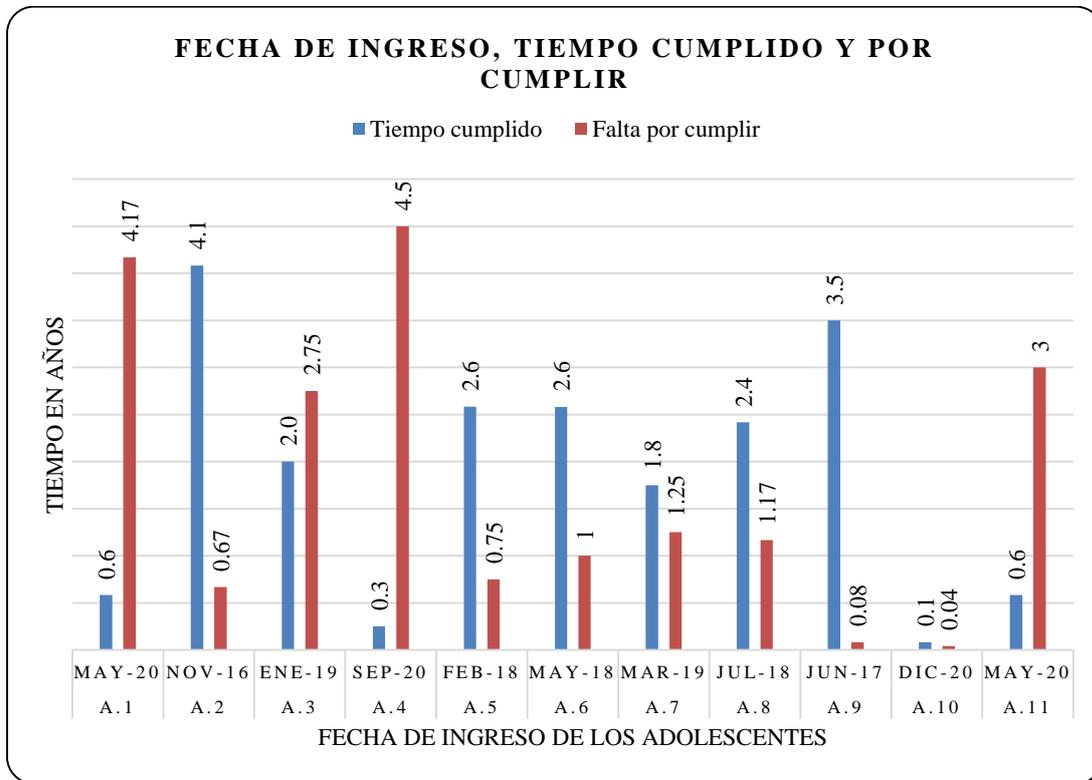
Juez: Bien, cuando se pierde la libertad, se restringen otros derechos. Indudablemente, cuando hablamos de personas adultas perdió la libertad, hay restricción, otros derechos. Ejemplo derecho a la movilidad, si no pueden circular libremente porque está siendo controlado. Pero hablando de niños, niñas y adolescentes. Una privación de la libertad no puede conllevar a la privación de otros derechos, porque todos los derechos humanos son de igual jerarquía

Y ninguno puede sobreponerse al otro. Para mí es nuevo realmente esto que se esté privando a los adolescentes de su derecho a la educación. Podría obligar al Estado a través de sus servidores públicos aseguren que los adolescentes infractores tengan el acceso a la educación, tenga el acceso a las visitas familiares, visitas íntimas en algunos casos ya han cumplido la mayoría de edad y tienen su hogar.

Anexo 6. Situación de hacinamiento de los CAI en 2018



Anexo 7: Ingreso, tiempo cumplido y por cumplir de los adolescentes



Cuadro 2. Aspectos básicos de los adolescentes entrevistados.
Fuente: CAI Loja.
Elaboración propia.

Anexo 8: Opinión de aspectos básicos de los adolescentes entrevistados

Opinión de los adolescentes infractores	
<p>Opinión de los adolescentes entrevistados respecto al tiempo de la medida socioeducativa</p> 	<p>Es injusta, mal impuesta, falta de análisis 8 años es mucho porque mi estudio y la carrera seguir se arruinó Es excesiva Es mucho tiempo estar encerrado Es justa solo me pusieron un mes Es muy mala El tiempo es muy exagerado porque perdí muchas metas y logros Es mucho tiempo, no se puede estudiar lo que uno desea Es una m. de medida ya que cada año me hago más viejo y las personas que crearon esta ley son unas personas que no saben lo que hacen Es muy larga Deberían investigar bien y no poner mucho tiempo Triste Quita parte de tu vida Es un castigo Te quita la adolescencia Es extremadamente largo Los que ponen las medidas no las pagan, nosotros tenemos que pagar sus ridículas leyes que solo protegen a los que tienen dinero y a los que no lo tienen los refunden en la cárcel como a mí me dieron 8 años</p>
<p>Opinión de los adolescentes respecto a la vulneración de sus derechos</p> 	<p>La libertad Acceso a la educación superior A la movilidad A incluirse en eventos sociales Al trabajo A vivir en familia, en mi hogar Acceso a oportunidades de desarrollo Disfrutar con mi familia Trabajar Sería un éxito recuperar la libertad A cambiar este entorno A ver a mi hija crecer A ser libre Estar en mi domicilio Derecho a Estudiar A tener amistades A una vivienda adecuada Iniciar mi emprendimiento Viajar a otros lugares Al deporte A las visitas conyugales</p>
<p>Opinión de los adolescentes para revisar la medida socioeducativa</p>	<p>1 mes 3 meses 6 meses 1 año</p>

Cuadro 3. Opinión de los adolescentes.

Fuente: CAI Loja.

Elaboración propia.