

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR
DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD**

NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN

GUATEMALA, MARZO 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR
DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Ileana Nohemí Villatoro
Vocal : Lic. David Sentés Luna
Secretario : Lic. Jorge Mario Yupe

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Leonel López Mayorga
Vocal : Lic. Jorge Mario Yupe
Secretaria: Licda. Maida López

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrina sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICDA. MARICELA HIGUEROS DE HERNANDEZ

Abogada y Notaria

2ª. Av. 5-54 zona 1

Guatemala, teléfono 5535-5229



Guatemala 29 de mayo 2012

Licenciado

Luis Efraín Guzmán Morales

Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

En atención al nombramiento como Asesor de Tesis, de **NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN** me dirijo a usted, haciendo referencia al tema **“INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD”**, con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente; y habiendo asesorado el trabajo encomendado de conformidad con el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito a usted informar lo siguiente:

- A) El contenido científico que aporta el investigador, es de suma importancia en el campo del derecho penal, para poder reformar en Guatemala, la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, y así mismo resolver este problema jurídico.

- B) Para el desarrollo del presente estudio y por las características del mismo se utilizaron varios métodos de investigación entre ellos el analítico, sintético, inductivo, deductivo, y científico. Cada uno de estos métodos permitirá estudiar la esencia del fenómeno del delito de asesinato por los menores de edad.



LICDA. MARICELA HIGUEROS DE HERNANDEZ
Abogada y Notaria
2 av. 5-54 zona 1
Guatemala, teléfono 5535-5229



- C) En cuanto a la investigación realizada, fueron utilizados diversos procedimientos relacionados a la redacción, lenguaje y ortografía tomando como referencia las directrices establecidas en el Diccionario de la Real Academia Española.
- D) El objetivo del tema investigado es reformar el código de protección integral de la niñez y la adolescencia, prestando mayor atención en lo que respecta al sector educacional. Implementando métodos de dirección, prevención y detección en los centros educativos.
- E) En mi calidad de asesor nombrado para el efecto y una vez concluido el Informe final, y evaluado el contenido general del mismo se establece, que el investigador es congruente con las conclusiones y recomendaciones presentadas en su trabajo de graduación.
- F) Asimismo, el marco de referencia utilizado es aceptable ya que abarca toda la información referente al tema investigado.

Por lo que considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anteriormente indicado procedo a emitir el presente dictamen de asesor en forma **FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de usted, su deferente servidor.

Licda. MARICELA HIGUEROS DE HERNANDEZ
Abogado y Notario
Col. 8616

Licda. Maricela Higueros De Hernández
ABOGADA Y NOTARIA



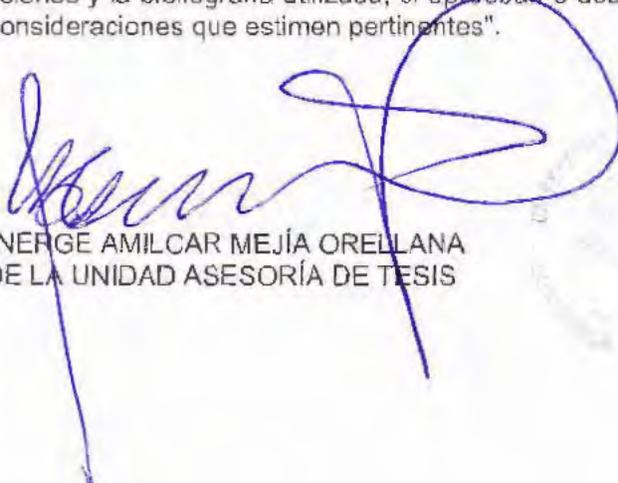
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 26 de octubre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO HÉCTOR DAVID ESPAÑA PINETTA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN, intitulado "INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMC/lyr.



LIC. HECTOR DAVID ESPAÑA PINETTA
ABOGADO Y NOTARIO
7ª. Av. 1-20 Z.4
APARTAMENTO 205 EDIFICIO TORRE CAFÉ
TEL. 2331-5244

GUATEMALA 7 DE NOVIEMBRE DE 2012

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de Unidad de asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Doctor:

El siguiente informe es para dar a conocer que revise el trabajo asignado de conformidad con el artículo 32 de normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, con el nombramiento que me otorgaron como Revisor del Bachiller: **NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN**, me dirijo hacia usted haciendo referencia al tema de Investigación: “ **INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD**”, con el objetivo de dar el siguiente informe sobre mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente:

- A) El contenido que se aporta por el sustentante en el ámbito penal es de suma utilidad ya que en Guatemala existe necesidad de reformar lo relativo a la adolescencia y la niñez para poder optar a un verdadero sistema de seguridad integral aplicable.
- B) En los métodos utilizados para conocer la esencia de los delitos de Asesinato cometidos por los menores de edad podremos mencionar el científico, analítico, inductivo, educativo y sintético.
Técnicas de investigación utilizadas a- de campo b- documental y
Se utilizaron como fichas de resumen para la investigación bibliográfica y entrevistas entre otras.
- C) En la presente investigación fue utilizado como referencia para la redacción, para la ortografía y además para el lenguaje, el diccionario de la Real Academia Española siendo este suficiente texto.

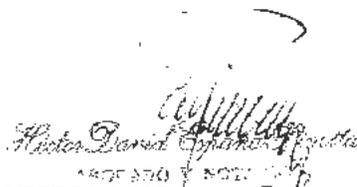


LIC HECTOR DAVID ESPAÑA PINETTA
ABOGADO Y NOTARIO
7 AV. 1-20 Z.4
APARTAMENTO 205 EDIFICIO TORRECAFE
TEL 2331-5244

- D) La congruencia y buena técnica utilidad por el sustentante tiene relación directa con las recomendaciones y conclusiones, y como revisor nombrado establezco y determino tales virtudes anteriores en efecto de tal nombramiento y examinado, el contenido general de la presente investigación.
- E) En lo que se refiere al tema investigado contiene toda la información al haber utilizado el sustentante la bibliografía adecuada.
- F) En mi opinión la buena técnica utilizada por el sustentante da lugar a una excelente redacción en la misma. Además científicamente la presente tesis contribuye a toda acción ordenada a hacer justicia reparando el daño causado por el delito participando víctima y victimario, así mismo como el estado de sus operadores de justicia con el fin de promover la realización entre las partes y fortalecer la seguridad ciudadana.

Por lo que considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anterior indicado proceso a emitir el presente dictamen de Revisor en forma FAVORABLE, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de usted, su deferente servidor.



Hector David España Pinetta

LIC HECTOR DAVID ESPAÑA PINETTA
ABOGADO Y NOTARIO
COL, 2,802



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de febrero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante NELSON DE JESÚS SAMAYOA MORAN, titulado INTERVENCIÓN JURÍDICA EN EL SECTOR EDUCACIONAL PARA PREVENIR DELITOS DE ASESINATO POR LOS MENORES DE EDAD. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iy.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario Hyl



DEDICATORIA

- A JESUCRISTO:** Mi Dios y Salvador por ser la persona
Que siempre ha estado conmigo.
- A MIS PADRES:** Que me vieron nacer, crecer y ahora
llegar a este momento tan esperado para
mi y para ellos.
- A MIS HERMANOS:** Guayito, Jos., Marlen y Lleymita por su
apoyo incondicional en todo tiempo.
- A MIS MAESTROS:** Que en todo tiempo fueron mi guía, mi luz
y alegría con sus enseñanzas y sabiduría.
- A MIS AMIGOS:** A todos ellos, desde el mas pequeño
hasta el mas grande por compartir todos
un bello momento interminable.
- A LA MUY QUERIDA:** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A:** La honrosa y tricentenaria Universidad de
San Carlos de Guatemala.
- A:** Mi querida patria Guatemala



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Doctrinas concernientes al menor de edad	1
1.1. Doctrina de la situación irregular	1
1.2. Características de la doctrina de la situación irregular.....	3
1.3. Corrientes que sustentan la doctrina irregular.....	4
1.4. Doctrina de la protección integral.....	5
1.5. Características de la doctrina del protección integral.....	7
1.6. Principios rectores de la doctrina integral.....	11
1.7. El principio del interés del niño.....	13
1.8. Desarrollo del interés por el niño en el siglo XX.....	14
1.9. Del interés por el niño al interés superior del niño..	14
1.10 El interés superior del niño.....	15
1.11 Democracia y derechos del niño.....	19

CAPÍTULO II

2. Adolescentes en conflicto con la ley penal	21
2.1. La responsabilidad penal.....	23
2.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad penal	25
2.3. La imputabilidad	26
2.4. La inimputabilidad	28
2.5. Métodos para determinar la inimputabilidad.....	31
2.6. El derecho penal y el derecho del menor	32
2.7. Edad y responsabilidad penal.....	34
2.8. Punibilidad de los menores.....	37



CAPÍTULO III

Pág.

3. Medidas cautelares	41
3.1. Evolución de las medidas cautelares.	41
3.2. Definición.....	43
3.3. Medidas cautelares según el ordenamiento jurídico nacional.....	44
3.4. Propósito de las medidas cautelares	45
3.4.1 Protección a la víctima	46
3.4.2 Asegurar la prueba	46
3.4.3 Impedir la evasión de la acción de la justicia.....	46
3.5. Supuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares	47
3.6. Medida de privación de libertad para menores	48
3.7. El internamiento preventivo como medida de última ratio	52
3.8. La privación de libertad y los principios tutelares.....	54

CAPÍTULO IV

4. Medidas socioeducativas	57
4.1. Estrategia intervencionista.....	62
4.2. Amonestación verbal.....	64
4.3. Prestación de servicios a la comunidad.....	64
4.4. Medidas socioeducativas ambulatorias	65
4.5. La intervención socioeducativa	66
4.6. La desjudicialización como salida alternativa.....	66
4.7. Promoción de sanciones no privativas de libertad.....	68
4.8. Justicia restaurativa.....	69



CAPÍTULO V

Pág.

5. Mecanismos para la prevención del delito	71
5.1. Prevención primaria	74
5.2. Prevención secundaria	76
5.3. Prevención terciaria	77
5.4. Ventajas y limitaciones del la prevención del delito.....	77
5.5. La prevención del delito	83
5.6. La experiencia de APREDE	86
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

Guatemala al igual que el resto de los países de Latinoamérica, al poner fin a una de las dictaduras militares a mediados de los años ochenta, entra en nueva etapa de democratización de país, y como consecuencia un régimen constitucional, que deja una puerta abierta para el desarrollo de los derechos humanos, en especial los derechos del niño, que pasan de una era legislada bajo la influencia de la doctrina de la situación irregular producto del positivismo jurídico, a la doctrina de la protección integral, que surge con la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en las Naciones Unidas en el año de 1989.

Esta investigación se llevó a cabo utilizando los siguientes métodos: analítico, que permitió descomponer al todo en sus partes para estudiar cada una de ellas por separado; inductivo: se utilizó para obtener propiedades singulares partiendo de lo particular a lo general; sintético: sirvió para resumir lo investigado para transmitir una idea en el menor número de palabras, se utilizaron también el método deductivo, científico, además se utilizaron las técnicas de campo, documental.

Este trabajo cuenta con cinco capítulos, distribuidos de la siguiente manera: el capítulo primero, es acerca de las doctrinas de la situación irregular, y la protección integral, así como los principios del interés superior del niño entre otros temas; el segundo se refiere a los adolescentes en conflicto con la ley penal, inimputabilidad, imputabilidad, responsabilidad y edad penal; el tercero continua la referencia a las medidas



cautelares, los presupuestos para su aplicación y clases de medidas; el cuarto, se refiere a las medidas socioeducativas, su aplicación y consecuencias jurídicas y sociales, la reinserción del menor en la sociedad y en el seno de la familia, y por último el quinto es un análisis sobre las posibles formas de prevención del delito en general y en los adolescentes.

Este trabajo de tesis está sustentado por las doctrinas más recientes en materia de derechos del niño, especialmente en las experiencias vividas por los tratadistas encargados de escribir y asesorar en esta materia a la UNICEF, además responsables de la creación de los distintos códigos y leyes de la niñez en esta materia a nivel latinoamericano.

Los objetivos generales de la presente tesis son: Evidenciar que el fenómeno de la delincuencia juvenil es producto en primer grado de las políticas económicas neoliberales, el fenómeno globalizador, sirve como coyuntura a los intereses del crimen organizado, sea narcotráfico, extorsiones, cuya actividad se centra en los menores de edad que son los mas vulnerables, y cuyo escudo es la inimputabilidad dejando cubiertos a los que actúan detrás del telón.

La presente investigación es un estudio serio y a conciencia para fortalecer la institucionalidad del país, en el aporte de ideas progresistas fundamentadas en los conocimientos teóricos, la experiencia práctica y la buena voluntad que coadyuven a una mejor administración de los sistemas de justicia, e imponiendo penas mucho mas severas a la responsabilidad penal plena, en los delitos de mayor reincidencia social.



CAPÍTULO I

1. Doctrinas concernientes al menor de edad

Actualmente existen dos doctrinas referentes al menor, una es la denominada de la situación irregular y la otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común: el reconocimiento de derechos y la protección integral del menor en base al interés superior del mismo, para lograr su pleno desarrollo e inserción en una sociedad democrática, convirtiéndose en un sujeto al que se le reconozca su dignidad de ser humano y contribuya eficientemente a la sociedad, en base a principios de igualdad, libertad y justicia.

1.1. Doctrina de la situación irregular

Aparece con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose mas tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar tal como lo señalaba Luis Mendizábal Oses, otros sólo en que se dé protección jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular tal como lo afirmaba el jurista brasileño Alyrio Cavallieri.

La doctrina de la situación irregular es definida por García Méndez como la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada, sobre aquellos niños y adolescentes en

situación de dificultad. Y con esta definición solo se estaría abarcando a los menores en situación irregular, concepto que predomina.

Así, esta doctrina fue fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina, hasta los años 80. se sostuvo, porque se basó en la idea de que se protege a los niños, en situación de abandono, o en peligro, o delincuentes a través de una tutela organizada, del Estado, que reeduca, socializa y lo corrige separándolo del ambiente que contribuye a su desviada formación, para evitar así, que se convierta en un delincuente, cuando llegue a ser adulto. Es decir, esta doctrina trataba por igual a los menores abandonados, como aquellos que infringían la ley. La tutela del Estado y la exclusión de aquel implican una discrecional intervención que resulta violatoria de todos los derechos y garantías fundamentales que todo ser humano posee en un Estado de derecho.

La justificación de esto, resulta de la utilización de eufemismos tales como que el Estado no aplica medidas de privación de libertad sino que actúa como guardián de los menores, considerados éstos últimos "objeto de tutela", no distinguiendo entre la infancia que es víctima de delito, imputada de delito o simplemente que posee necesidades insatisfechas. El Estado puede, con una discrecionalidad ilimitada, a través de los jueces disponer de los menores como considere más adecuado y por el tiempo que considere conveniente, es decir el menor no era un sujeto de derecho sino que adquiría la calidad de objeto digno de compasión, represión, etc., era una persona sin derechos individuales ni garantías procesales en el juzgamiento.



1.2. Características de la doctrina de la situación irregular

La característica predominante de esta doctrina es que no diferencia el ámbito tutelar del penal, tratando por igual al adolescente en estado de abandono y aquel que ha cometido una infracción a la ley penal. Promoviendo una intervención represiva judicial frente al riesgo social. Lo que se traduce en un derecho penal juvenil de autor por medio de un tratamiento tutelar de este problema y un tratamiento penal del problema tutelar.

Asimismo criminaliza la pobreza y el juez es un buen padre de familia, con facultades discrecionales y sin control frente a sus decisiones (arbitrariedad). Niegan todos los principios del derecho, pues los derechos carecen de contexto en una intervención para "beneficiar" y no "para castigar" a un niño o adolescente que no es sujeto de derechos sino objeto de protección. Construyen una semántica llena de eufemismos que esconde las verdaderas consecuencias en la vida de los niños y adolescentes del sistema tutelar.

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



como fundamento lo anteriormente expuestos el menor antisocial no contaba con derechos individuales ni garantías procesales.

1.3. Corrientes que sustentan la doctrina irregular

a) Conservadurismo jurídico corporativo

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

El elemento central de este tipo de intervención el es juez, quien debe ser un buen jefe de hogar. Al respecto, es oportuno recordar, que hasta hace un tiempo se exigía que el juzgador de familia fuera casado y con hijos. En esta perspectiva, un buen juzgador con poder ilimitado es el ideal, por el contrario, cualquier recorte a sus facultades era perjudicial al logro de una labor positiva y correctiva en favor de la infancia. Nada más lejos de la realidad.

b) El decisionismo administrativista

Se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención decidida de la administración estatal completamente desprovista de las trabas y formalidades del poder judicial. Para este sistema el marco legal ideal se construye

teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito jurisdiccional al administrativo. De este modo se han trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas históricamente reservadas sólo al juez como por ejemplo la adopción internacional.

c) El Basismo de la acción directa

Parten de la idea de que la ley es tarea de los jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las organizaciones no gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consecuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles, las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinadas no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos.

1.4. Doctrina de la protección integral

Surge con motivo de la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 de la "Convención sobre Derechos del Niño" la que considera, un nuevo paradigma, niño sujeto de derecho. Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas



personas en desarrollo, le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

Esta doctrina en materia penal considera los hechos cometidos por el menor como faltas o delitos sobre los que tiene responsabilidad. El menor se convierte en infractor a ley penal, se le sigue un proceso de juzgamiento especial siguiendo las normas aplicables en la Ley de la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y no se le aplica la pena para el adulto sino medidas de protección o medidas socioeducativas. El menor no podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal es decir se sigue el principio "no hay pena sin delito" se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres, al no estar conjuntamente con adultos, etc. la doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos

En otras palabras mientras en la Doctrina de la Situación Irregular al menor que mataba o robaba se decía que había cometido un acto antisocial; ahora de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral aquellos menores que cometen los actos anteriores se les califica con su verdadero nombre: homicida o ladrón. Antes el Juez calificaba el acto según su propio criterio ahora el Juez de la Niñez y Adolescencia debe verificar que el acto cometido esté previamente tipificado como falta o delito en el ordenamiento penal en virtud del principio de legalidad. Antes no había plazo en la medida, no tenía



derechos expresamente señalados el menor; ahora hay plazo en la medida y tiene derechos individuales y garantías procesales.

La doctrina de la protección integral de los derechos del niño surge de los instrumentos normativos denominados:

- 1) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/1989).
- 2) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing. (29/11/1985)
- 3) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. (14/12/1990).
- 4) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como directrices de Riadh (14/12/1990)

1.5. Características de la doctrina de la protección integral

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

Con relación a niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, será fundamental fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncie a la aplicación

de todo tipo de medidas. Para aquella fracción etérea que se pueda imputar la comisión de un delito (esto es declararlo responsable) deberán reconocérsele todas las garantías del debido proceso. Se aplicará la privación de libertad como medida de último recurso, y por el tiempo más breve que proceda, considerándose medidas alternativas.

Sin embargo dice Mary Beloff, "en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la convención en el contexto latinoamericano, si se analiza el proceso que han seguido los países de Latinoamérica luego de ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se observa por un lado, y en relación al poder judicial, que pese a la manifiesta contradicción de las leyes de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la convención internacional y aun después de las constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención americana sobre derechos humanos denominado Pacto de San José, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos y Sociales, Convención por la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, entre otros) ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes. En este sentido el proceso de reconocimiento de derecho de los niños en el contexto Latinoamericano, se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparo el proceso de reformas con el fallo Gault en 1967."¹

¹Beloff, Mary. **Justicia y derechos del niño**. Pág. 10



Este famoso fallo fue dictado el 15 de mayo por el juez Abe Fortas, en donde un chico de 15 años fue acusado en Arizona en el verano de 1964 de hacer unas llamadas indecentes a una vecina y producto de una investigación en la que no se le informo de ningún derecho, sus padres no fueron avisados por la policía, de su detención y otras prácticas similares, propias del derecho tutelar, se ordeno su internación en un establecimiento correccional, hasta los 21 años. Un adulto condenado por el mismo hecho podría haber sido condenado a una multa de US\$ 50 ó 2 meses de prisión.

Según el autor Fortas establece que: "Under our Constitution, the condition of being a boy does not justify a kangaroo court." Se dijo: "El derecho del Estado, como *parens patriae*, a negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado desde la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho "no a la libertad sino a la custodia". Él puede ser obligado a retornar con sus padres, a ir a la escuela, etc. Si sus padres fallan en realizar de forma efectiva sus funciones custodiales –esto es, si el niño es 'delincuente'– el Estado puede intervenir. Al hacerlo, no priva al niño de ninguno de sus derechos porque él no tiene ninguno. Simplemente, le proporciona la 'custodia' de la que el niño es titular. Sobre esta base, los procedimientos que involucran menores de edad fueron descritos como 'civiles' y no 'criminales', y por lo tanto no sometidos a los requerimientos que restringen al Estado cuando busca privar a una persona de su libertad."



Por consiguiente, los más altos motivos y los más iluminados impulsos, condujeron a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier otro contexto comparable. La base constitucional y teórica para este sistema peculiar es por decir lo mínimo discutible. Y en la práctica los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia del Tribunal de Menores ha demostrado nuevamente que la discrecionalidad desenfrenada, no importa cuan benevolentemente motivada esté, es frecuentemente un pobre sustituto para los principios y el procedimiento. Y estableció que todo niño imputado de delito tiene los mismos derechos que la Decimocuarta enmienda reconocía a los adultos. a un debido proceso, a guardar silencio, derecho a defensa y el derecho a apelar de las resoluciones judiciales. Paradójicamente los Estados Unidos no ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño.

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

1.6. Principios rectores de la protección integral

El Artículo 8 de La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia prescribe que todos los derechos y garantías que tutelan a los menores de edad, se interpretaran y aplicaran de conformidad, con los principios rectores, principios generales, la doctrina y normativa internacional, en la forma que mejor garantice los derechos que establece la Constitución, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala.

Principio de humanidad. Se basa en el principio de responsabilidad social del Estado y en la obligación de asistencia para un pleno proceso de resocialización. Se deriva de aquí la prohibición de penas crueles y degradantes. Artículo 37 incisos a y c. Reglas de Beijing Art 11.4

a Principio de legalidad. Se traduce en la prohibición de existencia de delito, sin la preexistencia ley anterior. (Nullum crime, Nullum poena sine lege) Artículo 37 de la Convención inciso b; Artículo 40 inciso 2 a. Reglas de Beijing Artículo 2, 2.2b. Artículo 17, Artículo 17.1 b.

Aporte: definitivamente a esta explicación cabe decir que para que un delito pueda ser punible debe estar regulada esta conducta antisocial.

b Principio de jurisdiccionalidad. Presupone la existencia de los requisitos esenciales de la jurisdicción, juez natural, independencia, imparcialidad del órgano. Convención Artículo 37 inciso d; Artículo 40 inciso 2. III-2-3.b. Reglas de Beijing. Artículo 14 inciso 14.1.



Aporte : No se puede conocer un caso o delito en un juzgado debido a falta de jurisdicción otorgados directamente por la ley.

c Principio de contradictorio. Presupone una clase de definición de los roles procesales, (juez, defensor, Ministerio Público). De la Convención Artículo 40 incisos 2b. II, III, IV y V. Reglas de Beijing. Artículo 7. Inciso 7.1.

Aporte: deben existir contrapartes en el juicio para que se pueda equitativamente dilucidar la justicia y la equidad a la parte que justamente corresponda, por ejemplo si hay una parte acusadora debe por ley existir una parte defensora.

d Principio de la inviolabilidad de la defensa. Presupone la defensa de defensor técnico en todos los actos procesales en que se imputa la comisión de una infracción. De la Convención. Artículo 37 inciso d. Artículo 40 incisos 3. Reglas de Beijing. Artículo 7, 7. Artículo 15, 15.1

Aporte por ejemplo en Guatemala existe el derecho de defensa si por ejemplo a una audiencia no asiste la defensa del imputado se debe señalar nueva fecha de audiencia, ya que si no se viola el derecho de defensa constitucionalmente establecido.

e Principio de impugnación. Presupone la existencia de la posibilidad de recurrir ante un órgano superior. Convención Artículo 37 inciso d. Artículo 40 incisos 2.b.v. Reglas de Beijing. Artículo 7,7.1.

Aporte: Otorga a cualquier persona el derecho de recurrir a los órganos jurisdiccionales para poder hacer valer sus derechos.

f Principio de legalidad del procedimiento. Presupone que el tipo de procedimiento debe estar fijado por la ley y no puede quedar librado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional. Convención Artículo 40 incisos 2.b.III. Reglas de Beijing. Artículo 17, 17.4.

Aporte: aquí podríamos mencionar el debido proceso al que se debe regir todo proceso para que no se den arbitriariedades.

1.7. El principio del interés del niño

“El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como derecho codificado. El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual, desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de regulación de los asuntos públicos. Con la celebración de la Convención se puede afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo interés superior pasa a estar

mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho, por su parte solo lo que es considerado derecho poder ser puede ser interés superior.”²

1.8. Desarrollo del interés por el niño en el siglo XX

El siglo XX ha sido un siglo de afirmación progresiva del nuevo puesto del niño en la sociedad y se consideran los acontecimientos históricos que han jalonado la historia de la infancia, nos damos cuenta que nos hemos preocupado más y más del niño como persona digna de interés, hasta el punto que se han orientado las políticas de educación, de cuidados e incluso económicas, mas hacia el niño y sus necesidades hasta preceder a sus deseos.

1.9. Del interés por el niño al interés superior del niño

“Con la evolución de los acontecimientos se traduce también una evolución en el derecho especialmente en el siglo XX con el surgimiento de nuevos instrumentos jurídicos, tales como la declaración llamada de ginebra de 1924; la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948; La declaración de los Derechos del Niño de 1959 y La convención de las Naciones Unidas relativas a los Derechos del Niño. El apogeo de este interés por el niño desemboca en la novedosa posición de éste consagrada por la Convención que sitúa al niño en la situación de un objeto de protección, al mismo tiempo que un sujeto de derecho. Esta situación de sujeto de derecho es la que va a

² Bruñol Cillero, Miguel **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño.**

obligar a una modificación importante en la mentalidad, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales.”³

1.10. El interés superior del niño

“Par tener una perspectiva más amplia sobre dicho interés, es necesario conocer como mínimo las diferentes necesidades de la infancia y la adolescencia, en este contexto, la historia de la infancia así como las distintas teorías evolutivas, han demostrado la importancia de la existencia del concepto de niño y de la descripción de las características que le hacen constituir un grupo de riesgo. Sabemos que la infancia es un período de la vida humana de desarrollo acelerado en el que se van transformando los distintos aspectos de la persona y que la inmadurez supone una gran dependencia hacia los adultos, razón por la cual el entorno determina en gran medida el despliegue de las capacidades del niño. Resulta necesario entonces generar los medios y proporcionar al individuo lo necesario para que el desarrollo se produzca de manera adecuada hasta el momento en que alcance cierto grado de autonomía y pueda proveerse a si mismo de lo que requiera para vivir.”

Resulta interesante que las nuevas corrientes jurídicas que velan por la protección integral de los menores provean las herramientas necesarias para el adecuado desarrollo del niño y el adolescente en su entorno social, aunque hablar de una situación paradisiaca en relación a la efectividad y adecuada tutela de este derecho en relación

³Zermatten, Jean. El interés superior del niño, del análisis literal al alcance filosófico. Pág. 5

con los menores suele ser ciertamente una verdadera utopía, pero sin menoscabo y desprecio por las reglas jurídicas que regulan el juego podemos definir que el interés superior lo van a constituir aquel conjunto de bienes materiales y espirituales necesarios para la consolidación del niño y del adolescente en relación a su entorno familiar y social, que tenga con fin determinante una adecuada formación integral que le permita un desarrollo físico, síquico y espiritual que lo forme en un ciudadano útil a su familia y a la sociedad.

Para Navas Navarro citada por Jean Zermatten dícese de interés superior del niño “es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño, en plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio esta realizado en el momento en el que una decisión debe de ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.⁴

En la convención de las Naciones Unidas relativas a los derechos del niño existen algunos artículos fundamentales que fijan los principios ineludibles, primordiales y que rigen la aplicación de toda la Convención. Se indica generalmente que los artículos 1 al 5 de dicha convención, son artículos umbrella es decir que cubren las demás disposiciones.

⁴Zermatten, Jean, **Ob. Cit.** Pág. 17



En virtud de lo anterior el Artículo 5 de La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia indica: El interés superior del niño es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, Tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos, aceptados y ratificados por Guatemala y esta ley.

Ahora vamos a efectuar una comparación sobre como regula la condición de los menores la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral, para poder entender y establecer las claras diferencias que existen entre estos instrumentos de normación infantil y adolescente.



¿Cómo es una ley de la situación irregular?

Menores

Objetos de protección

Protección que viola o restringe derechos

Infancia dividida

Incapaces

No importa la opinión del niño

Situación de riesgo o peligro moral, material o situación irregular

Centralización

Juez ejecutando política social/asistencia

Juez como buen padre de familia

Lo asistencial confundido con lo penal

Menor abandonado / delincuente

Imputados de delitos como imputables

Derecho penal de autor

¿Cómo es una ley de la protección integral?

Niños y jóvenes

Sujetos de derecho

Protección que reconoce y promueve derechos

infancia integrada

Personas en desarrollo

Es central la opinión del niño.

Derechos amenazados o violados

Descentralización

Juez en actividad jurisdiccional

Juez técnico

Lo asistencial separado de lo penal

Desaparece este determinismo.

Responsabilidad penal juvenil

Derecho penal de acto



1.11. Democracia y derechos del niño

No cabe la menor duda que el fin de las dictaduras militares en la mayor parte de América Latina y en especial de Guatemala, supuso para nuestro país encausarse dentro de una corriente jurídica acorde a los cambios que se han generado en las últimas décadas los grandes movimientos en pro de la defensa de los Derechos Humanos y especialmente el de los niños y adolescentes, "en donde Guatemala ha ratificado en mayo de 1990. la cual entró en vigor en septiembre de 1991, en donde el primer informe sobre la situación de los niños en Guatemala fue examinado por el comité de los Derechos del Niño en junio de 1996, cumpliendo con el mandato de la Convención (...)"⁵

Dice Alessandro Baratta. "La convención sobre los derechos del niño es una etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y realización de los derechos humanos. Cuando hablamos de derechos humanos usamos un concepto complejo integrado por dos elementos hombre y derecho. Estos elementos están vinculados entre si mediante una relación de complementariedad pero también de contradicción. Complementariedad en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal según el derecho, contradicción en el sentido de que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal."⁶

⁵ Rodríguez Fernández, Silvia. **Derechos del niño en Guatemala**. Pág. 9.

⁶ Baratta, Alessandro. **Elementos de un nuevo derecho de la infancia y de la adolescencia**. Pág. 37



Esta es una situación muy debatida a lo largo de toda la historia humana y constituye el principal debate entre las dos más grandes escuelas del derecho, como son la escuela del derecho natural en sus diferentes ciclos y la escuela positiva, en donde la contradicción entre hombre y derecho se hace evidente, precisamente en cuanto a la inherencia y al sentido de pertenencia natural que tiene determinados derechos que no pueden separarse de la sustancia del hombre, como por ejemplo el derecho a la vida, o el derecho natural de la del cuidado de los padres hacia los hijos y el reconocimiento universal de que el genero humano esta comprendido dentro del concepto hombre, que abarca tanto a varones, mujeres niños y niñas, por cuanto todos participamos de la misma naturaleza; motivo por el cual han existido grandes contradicciones y especialmente en el campo de los derechos del niño que deben ser tratados de manera especial como hasta hace poco con la democratización de los diferentes países de la América Latina, que consagran en las constituciones modernas apartados especiales para los derechos humanos y tratados internacionales como la Convención de los derechos del niño.

Todo este capítulo desarrolla principios y características interesados en sustentar tanto la doctrina irregular como la protección integral del menor de edad.

CAPÍTULO II

2. Adolescentes en conflicto con la ley penal

“El menor como concepto jurídico aparece en el siglo XIX en el Código Napoleónico de 1810, en el que se configuró el Discernimiento o *doli capacitas*; a partir de ese momento se establece la división jurídica entre adultos y niños y nace una forma especial de tratar a los niños y jóvenes. En 1911 se celebró en París el primer Congreso de Tribunales de Menores en donde los puntos que importaban a los participantes era: a) debe existir una jurisdicción especial de menores ¿en cuales principios y directrices deberán guiarse los mismos para obtener un máximo de eficacia?; b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad frente a los tribunales y frente al estado como poder administrador y la protección del joven en peligro?; c) Función específica de la justicia de menores antes y después del proceso.”⁷

Aporte: se puede encuadrar la protección del joven así mismo la función específica de los menores antes y después del proceso, dando así la importancia de determinar si había que prestarle atención al joven o procesarlo, naciendo una forma especial de tratar tanto a niños como a jóvenes, en Guatemala por ejemplo la ley PINA.

“Desde entonces hace más de cien años el debate no ha variado. Ahora en pleno siglo XXI se discute que régimen debe pertenecer la legislación de menores delincuentes. ¿Se trata de una jurisdicción especial? ¿Forma parte del derecho penal? ¿Es un proceso administrativo con facultad de imponer penas y por lo tanto inconstitucional?

⁷Soto Acosta, Federico Carlos. **Los menores de edad frente al derecho penal**. Pág. 33

Desde el nacimiento del derecho penal humanista con Beccaria, este surge con la enumeración de los derechos y prerrogativas del delincuente ante un proceso de autoridad: el conjunto de normas penales tiene como fin limitar la activación del Estado en una de sus funciones más importantes y trascendentales para la vida de cualquier ser humano, la imposición de la pena.”⁸

Según asienta Zulita Fellini el sistema de reacción hacia los menores tiene tres modelos posibles:

- 1 Un modelo de bienestar donde declara y actúa a favor del desarrollo del menor en forma integral.
- 2 Un modelo de justicia donde se respetan las garantías constitucionales del régimen de adultos, y.
- 3 Un modelo de defensa social en el que se separa a los menores “anormales”, “desviados” y se les impone medidas de seguridad con fines educativos y con el afán de proteger al grupo social.

De acuerdo con el modelo de intervención adoptado, sabremos si alcanza los fines buscados. Si el sistema legal de menores declara estar en la búsqueda del bienestar social, algunos señalan apoyo, tutela del menor: su éxito será la mejoría en las condiciones de vida de los menores. Si se declara que su búsqueda es la defensa social, entonces su éxito será la prevención de conductos antisociales que logre. Si se declara que su modelo es de justicia, entonces su éxito se medirá en el tipo de

⁸ Soto Acosta. **Ob. Cit.** Pág. 34.



garantías de que dispone el menor para enfrentarse a la fuerza del Estado y a las condiciones de esta intervención.

Creemos firmemente que según la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, es un modelo de justicia, pues esto se desprende de las diferentes garantías constitucionales de que disponen los menores de edad en conflicto con la ley penal para defenderse adecuadamente de la actividad sancionadora del Estado y sin perjuicio del bienestar social y desarrollo integral y defensa social.

El Artículo 132 del Decreto 23-2001 señala que debe entenderse como adolescente en conflicto con la ley penal a aquel o aquella cuya conducta viole la ley penal. Y el 133 de esta misma normativa establece las edades para los adolescentes, para que estos sean considerados infractores de la ley penal, indicando lo siguiente: Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los trece y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales.

2.1 La responsabilidad penal

“Durante mucho tiempo se considero que lo mejor para la infancia era mantenerla fuera del derecho penal, estimación que condujo, como es sabido al derecho tutelar de los menores. Subyace a este enfoque la idea de que la única relación posible entre protección de derechos del niño y responsabilidad penal de adolescentes es la de incompatibilidad: el reconocimiento de responsabilidad penal sería contradictorio con la protección de los derechos del niño.



En el sistema tutelar el principio de prioridad del interés superior del niño (entendido como su protección y bienestar moral y social) legitimario, normativo y políticamente, la absoluta exclusión de la responsabilidad penal.⁹

Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, sin embargo, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica, por considerarlos contrarios a los principios constitucionales, y social, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: los niños en situación irregular.

Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad penal de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La experiencia revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más complejo de lo que se pensó a comienzos del siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar. La convención internacional sobre los derechos del niño toma un camino diferente; este sistema internacional reconoce que un sistema de garantías creado por el sistema penal (cuyos dispositivos más importantes constituyen derechos fundamentales contenidos en las constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos) es el mejor mecanismo para

⁹Bruño Cillero, Miguel. **La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño**. Pág. 216

lograr controlar y limitar el poder punitivo del Estado y que, bajo ninguna consideración al bien del niño, puede privarse a la infancia/adolescencia de este conjunto de protecciones.

En consecuencia, para la Convención el niño es titular de todas las garantías propias de los adultos, además de las complementarias relativas a los niños, para limitar la pretensión punitiva del Estado, este reconocimiento se hace expresamente, reproduciendo en los artículos 37 y 40 estas garantías, pero como es sabido la convención también estableció, el principio del interés superior del niño.

“Si consideramos que, en el marco de la Convención, el interés superior del niño dejó de ser una sutil consideración del bien del niño, pasando en cambio a ser equivalente a la plena satisfacción de sus derechos; y que las penas, cualquiera sea su especie o nombre, consisten en la privación de derechos, parece razonable señalar que aun se está ante una antítesis que llevaría a proponer la mutua contradicción y exclusión entre interés superior y responsabilidad penal.”¹⁰

2.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad penal

En el ordenamiento jurídico de nuestro país el adolescente mayor de 13 años que infringe la ley ya sea como autor o participe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal, es posible que se le apliquen medidas socioeducativas del mismo modo que aun adulto la pena, es decir tanto las penas como las medidas

¹⁰García Méndez Emilio y Beloff Mary. **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Pág 28

socioeducativos son la respuesta del ius puniendi estatal entendido este como la facultad del Estado de intervenir y sancionar la comisión de ilícitos y como tales, ambas encuentran su justificación en la idea que tenga el Estado sobre la finalidad de las sanciones que se aplican.

Para Alessandro Baratta “nos encontramos en ambos casos con una intervención penal frente a una responsabilidad penal, por ser tanto la pena como la medida socioeducativa: a) una respuesta a la realización culpable de una figura delictiva perpetrada por un adulto o un adolescente y b) por significar ambas una restricción de derechos y en consecuencia una sanción negativa.”¹¹

Vista así la medida socioeducativa pese al nombre distinto que se ha usado para diferenciarlo de la pena aplicada a los adultos no pierde su contenido esencialmente punitivo y sancionador. La mayoría de leyes tutelares de la infancia y de la adolescencia de Latinoamérica han tomado del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, el termino de medidas socioeducativas.

2.3.La imputabilidad

El fantasma errante del derecho penal, como se le ha llamado a la imputabilidad. Lo anterior, en virtud de que para la existencia del delito se requiere la comprobación de la conducta típica y antijurídica, y para esto no basta con encontrar un hecho que lesione

¹¹Baratta, Alessandro. **Ob. Cit.** Pág. 77

o ponga en peligro bienes jurídicos; es necesario, además, que la haya realizado una persona a quien vaya dirigida la ley penal y que la conducta le sea reprochable por violar valores que la ley protege.

Parece que el centro del problema de las conductas delictivas de menores es si la amenaza contenida en la ley esta dirigida a ellos o si se les debe reprochar la concreción de una conducta típica y antijurídica, el problema está, pues, en los conceptos de imputabilidad y culpabilidad, así como en sus contenidos negativos.

Según el Filósofo Aristóteles solo se comete el delito o se hace acto justo cuando se obra voluntariamente, lo mismo que en uno u otro caso; pero cuando se obra sin querer no se es justo ni injusto a no ser indirectamente; por que e obrar así solo, se ha sido justo o injusto por accidente. Lo que hay de voluntario o involuntario de la acción es lo que constituye la iniquidad o la injusticia. Para este filósofo griego era importante conocer que cosa era la voluntad y cosa los actos voluntarios, como base para hablar de actos de virtud para señalar las recompensas y castigos que decreten.

Según el autor. Bacigalupo "La capacidad de motivación en sentido estricto (imputabilidad) en la terminología tradicional se designa a este elemento como imputabilidad, queriéndose hacer referencia con ello a las condiciones para la imputación subjetiva de un hecho determinado, es decir, a la atribución de una acción a un sujeto como su acción. Esta terminología tradicional es, en realidad poco práctica porque no señala el elemento que realmente importa, sino el problema, en forma muy



general, que se quiere resolver. Al reemplazarse esa terminología por el de capacidad para motivarse o capacidad de culpabilidad, se logra un mejor acercamiento al núcleo del problema dentro de la sistemática moderna. La cuestión de la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente jurídica: no debe confundirse, por lo tanto, con una cuestión médica o psiquiátrica, aunque sea necesario determinar algunos aspectos mediante conceptos médicos."¹²

El problema de la imputabilidad radica entonces en la capacidad que tiene el sujeto para motivarse, aunque esta tiene su base en cuestiones psicológicas, pues es una capacidad psicológica pero es un concepto eminentemente jurídico, pues esa capacidad psicológica debe ser reconocida normativamente.

2.4. La inimputabilidad

Esta es una de las causas que eximen de responsabilidad penal a las personas que cometen un hecho delictivo, por considerarlos la propia ley penal como no aptas para motivarse. De esta cuenta el Artículo 24 del Código Penal indica que: No es imputable el menor de edad y el que en el momento de la acción u omisión se encuentre a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto para comprender el carácter ilícito de su conducta.

¹²Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal**. Pág. 156.



Este elemento genera un cambio de perspectiva, dentro de la intervención penal frente a los adolescentes y es su evolución y comprensión y su incidencia en la configuración de un nuevo sistema de responsabilidad, al servir de filtro o mecanismo selectivo para ser pasible de una sanción distinta a la del derecho penal de adultos.

Al respecto debemos señalar que la mayoría de legislaciones penales tiene una norma que proclama la inimputabilidad de los menores; normas como esta plantea una paradoja en el sistema jurídico de control social, toda vez que por un lado se plantea la inimputabilidad del menor de edad y por otro se reconocen sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes: por ello cabe preguntarnos ¿Cuándo se regula normativamente que un adolescente es responsable de los ilícitos penales que comete estamos ante una responsabilidad de naturaleza penal o nos referimos a un inimputable? Dicho de otro modo ¿Puede ser responsable penalmente un inimputable? Ciertamente el Código Penal en el artículo en referencia ha tomado la opción legislativa de mantener la inimputabilidad dentro del marco penal y a la vez establecer un sistema de responsabilidad en cuya intervención se usan las normas procesales y penales en forma supletoria.

Según el autor Berdugo Gómez de la Torre "Nosotros consideramos que esta opción de la legislación no es la más adecuada, por considerar que el adolescente no solo es penalmente responsable sino porque además es penalmente imputable, y lo es porque

a pesar de haberse podido comportar lícitamente, es decir, de haber podido decidir por el derecho opta por el injusto.”¹³

Dicho de otro modo siéndoles exigible una conducta distinta, al ser capaz de ser motivado de modo suficiente por la norma para comportarse conforme a derecho, actuó ilícitamente. “La nota característica es que su responsabilidad se ubica en un sistema distinto al de los adultos, pues debe de responder como sujeto de derechos humanos específicos, es decir dentro de su especial posición dentro de la sociedad.”¹⁴

A raíz de la democratización paulatina de la América Latina y el surgimiento de las Constituciones vanguardistas, la situación de los menores que trasgreden la ley penal es atendida desde una perspectiva diferente, en relación a la doctrina de la situación irregular, es en este sentido que el Artículo 20 de la Constitución Política de Guatemala prescribe: “Los menores de edad que trasgreden la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

Los menores cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia. Si bien es cierto que los menores de edad son inimputables por carecer de suficiente

¹³Gómez de la Torre, Berdugo. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 201

¹⁴Bustos Ramírez, Juan. **Imputabilidad y edad penal**. Justicia penal y sociedad. Revista guatemalteca de ciencias penales. Pág. 119.

discernimiento para motivarse, la ley que regula lo relativo a la niñez y la adolescencia señala que hay una edad para los mayores de trece años, en los que puede tener capacidad para motivarse, esta sería la excepción a la regla.

2.5. Métodos para determinar la inimputabilidad

Para determinar las causas para determinar la inimputabilidad los sistemas normativos han seguido los siguientes métodos: biológico, psicológico y mixto. El primero aduce causas biológicas para excluir la imputabilidad; el segundo el estado psicológico del sujeto que puede presentar ánormalidades psicológicas; el último acepta ambas posiciones.

El criterio biológico se apoya en cuestiones de desarrollo, de madurez mental de los sujetos, afirma que abra inimputabilidad cuando el sujeto no tenga madurez mental para conocer y comprender sus actos. El psiquiátrico que debemos incluir en el biológico, se basa en funciones de trastorno mental, sea transitorio o permanente, denominado como enfermedad mental o anomalía psicosomática, afirma que la plena comprensión de la ilicitud de la conducta, requiere un mínimo de salud mental. El mixto realiza diferentes combinaciones, la psicología psiquiátrica, biología psiquiátrica y la mas común biopsicosocial, para este sistema debe existir armonía en el desarrollo biológico, psicológico y la integración social para que el sujeto tenga la capacidad de valorar la ilicitud de la conducta.

Según el autor Porte Petit "son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo mental, menores, sordomudos, trastorno mental transitorio, falta de salud mental, trastorno mental permanente".¹⁵

Aporte: Principalmente se fundamenta en como determinar la inimputabilidad desde varios puntos de vista a saber: biológico, psiquiátrico, o mixto, todas estas circunstancias al determinarlas son un excelente aporte para decidir sobre la inimputabilidad pueden estar dentro de las atenuantes.

2.6.El derecho penal y el derecho del menor

"En el curso del siglo XX ha tomado cuerpo decididamente la formación de un derecho del menor (en sentido objetivo), cuya autonomía científica puede ser discutida, pero que ha cuajado en varios cuerpos unitarios de la legislación. Nos parece indudable que la legislación del menor se caracteriza por una marcada naturaleza tutelar, lo que ha traído como veremos serios problemas, pero que, sea como fuere le concede una nota singular, al menos bien diferenciada de la legislación penal.

La legislación penal tutela bienes jurídicos en vista a prevenir futuras conductas lesivas de los mismos en forma socialmente intolerable, siendo este su modo peculiar de proveer a la seguridad jurídica. La legislación del menor procura la tutela del menor mismo, siendo esta la manera de proveer a la seguridad jurídica.

¹⁵Porte Petit, Celestino. **Apuntamientos de la parte general del derecho penal.** Pág. 403.

En tanto que el autor adulto no es considerado por el derecho penal como un ser humano en inferioridad de condiciones, sino como un hombre igual que nosotros que por ineludibles exigencias de la co existencia es menester resocializar para que no cometa nuevos delitos. Al menor se le considera un ser humano que está en inferioridad de condiciones en razón de que aún carece de suficiente desarrollo físico, intelectual y afectivo. En tanto que el desarrollado ha recibido o al menos ha podido recibir una influencia social, esto no pasa con el menor que aun no es señor de su espíritu.¹⁶

El autor Zaffaroni dice que la característica tutelar de la legislación de menores no puede implicar el olvido de que la misma es parte del ordenamiento jurídico, y como tal, debe proveer a la seguridad jurídica.

Guatemala, es un país que propugna por una legislación proteccionista y eso si examinamos cuidadosamente la Ley de La Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, y tiene el carácter de justicia especializada. Así el Artículo 144 del citado precepto indica: La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de derechos humanos, el personal que trabaja en los distintos órganos deberá tener una formación especializada en derecho, sociología, psicología, y ciencias del comportamiento, en todos los casos orientados a la adolescencia en conflicto con la ley penal.

¹⁶Zaffaroni, Eugenio. **Tratado de derecho penal parte general**. Pág. 221.

El adolescente tiene derecho a recibir durante el desarrollo del proceso y la ejecución de la sanción a recibir atención y orientación por parte de un equipo profesional multidisciplinario sobre aspectos legales, sociales, psicológicos, educativos y de salud...

Es de hacer notar que la ley en mención no utiliza el lenguaje tradicional en materia penal, en relación a la imposición de una pena, sino meramente a la imposición de una sanción, que desemboca en una medida de seguridad.

2.7. Edad y responsabilidad penal

Para Justo Solórzano “La regla cuatro de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) respecto a la fijación de la edad penal, se determina que el comienzo de ella debe fijarse en el comienzo de una edad no demasiado temprana, por las circunstancias de madurez emocional, mental e intelectual que acompañan a la adolescencia y que debe prevalecer el discernimiento y comprensión individual para ser responsable el niño de su comportamiento.”¹⁷

Alejandro Bonasso dice: “Todo abordaje sobre responsabilidad penal de los adolescentes que aspire a que se les de a ellos a que se les de una protección integral supone tener incorporada la doctrina de cuatro instrumentos internacionales o textos fundamentales, comenzando por la Convención, es claro destacar que para ella se debe establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen

¹⁷Solórzano, Justo. *La ley de la protección integral de la niñez y adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías*. Pág. 136.

capacidad para infringir las leyes penales y a partir de allí se extrae la conclusión que por debajo de esa edad siempre será apropiado y deseable la adopción y medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento en que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”¹⁸

“En algunos países de América Latina, en donde sigue imperando la doctrina de la situación irregular, se presenta una contradicción entre la doctrina de la responsabilidad penal atenuada del adolescente y algunas disposiciones legales que consideran al menor de edad como no imputable. El adolescente no es imputable en el sentido de que no se le pueda atribuir responsabilidad penal plena, tiene una responsabilidad penal atenuada, lo que equivale a la capacidad de ser sujeto de las, así llamadas, medidas socioeducativas. Según Gaetano de Leo, citado por Bonasso, es de gran importancia pedagógica establecer un principio de responsabilidad penal para el adolescente, y no tener una visión asistencial de la justicia de los menores de edad, ya que le quita la conciencia de la responsabilidad de sus actos y lo infantiliza como un punto de partida que de ninguna manera puede resultar socio educativo.”¹⁹

Sinceramente, creemos que la población infantil y adolescente, constituyen el sector más débil y vulnerable en la escala de la estructura social: estados de indefensión que existen por diversas causas provocados por factores externos e internos, que van desde el fenómeno globalizador, gobiernos y economías neoliberales que poco o nada

¹⁸ Bonasso, Alejandro. **Adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos y responsabilidades**. Pág 4

¹⁹ **Ibid.**



hacen por resolver los verdaderos y grandes problemas que aquejan a las sociedades modernas, especialmente a las más depauperadas como las de nuestra América Latina, en donde es más importante el crecimiento, del contingente policial, la construcción de cárceles de máxima seguridad, gastos exorbitantes confidenciales de los políticos, que la creación de nuevas escuelas y centros de capacitación, mas y mejores lugares para la recreación, pues resulta que estamos atacando el mal por las ramas en vez de irnos por las raíces.

Para Cristina Jiménez investigadora del centro de investigaciones sociológicas de la Universidad de Tucumán en Argentina, dice: "en lo que respecta a los jóvenes delincuentes adelantamos que en la mayoría se trata de sujetos pertenecientes al mundo de los excluidos, de los que están estructuralmente fuera del sistema, pasto indefenso de la desfragmentación social y cultura de la sociedad globalizada, en donde los sistemas normativos, los mecanismos identificatorios, y los espacios socializadores, (escuela, familia, etc.) se hayan en franco proceso de dislocación y disolución. Las formas actuales de la violencia delictiva se encuadran en este escenario. Desde un punto de vista sociológico la idea de una sociedad que establece un sistema central y compartido de valores llega a considerarse como un problema de margen mediante el que se comprendían hasta hace poco las conductas delictivas. En una sociedad fragmentada esas conductas ya no responden a posiciones subjetivas (de individuos o

grupos marginales) sino que expresa la ruptura de los marcos normativos y la disolución de un sistema de valores central".²⁰

Dentro de los rangos sociales y personalidad del delincuente juvenil la adolescencia es una etapa esencialmente evolutiva de transición y el estado adulto, en la sociedad el adolescente debe atravesar por un complejo proceso antes de lograr una plena inserción en lo social, tras su rechazo instintivo de las normas y valores sociales establecidos por los adultos y su adscripción a tipos de comportamiento social independientes. El joven ha de aprender a ser ciudadano. Para Thomas Hobbes en el tratado del ciudadano de 1647... El hombre se hace apto para la sociedad no por naturaleza, sino a base de entrenamiento.

2.8. Punibilidad de los menores

Los menores tienen una punibilidad condicionada a que posean madurez de entendimiento, madurez ética y autodominio. El menor debe no solo poder distinguir en general entre justo e injusto, sino también debe poder entender en el caso concreto que el orden jurídico no autoriza ese comportamiento. Si el ilícito fuere verdaderamente comprendido, o si se lo comprende es solo un indicio respecto a la determinación de la capacidad de comprender.

No es necesario que el menor pueda reconocer la punibilidad del hecho y el reconocimiento de la inconveniencia o inmoralidad, tampoco bastan. El menor tiene

²⁰Jiménez, Cristina. **Delincuencia juvenil y control social**. Pág. 2.

más bien sentir el mandato, como un valor adecuado y debe poder encontrar su propio comportamiento como legalmente objetable.

En este sentido, consideramos que los menores en conflicto con la ley penal tienen plena conciencia de su actuar delictivo, al establecerse que una persona ya tiene conocimiento del bien y del mal, al haber cumplido los trece años de edad y aún antes de esa edad por el desarrollo precoz del menor expuesto a situaciones embarazosas que generalmente suelen sucederle a los adultos, como por ejemplo el caso de los embarazos de las menores de edad, la paternidad infantil (casos que no riñen con la ley penal) en el caso de los varones, el hurto, la extorción y hasta el asesinato.

Dice el Artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El Artículo 40 de ese mismo cuerpo normativo, le señala a ese mismo menor una responsabilidad penal, como que si a primera vista existiese una contradicción entre el principio superior del niño y la responsabilidad penal.

Dice Mary Beloff "si bien muchos argumentos que se darán relativos al interés superior del niño podrían desprenderse de otros principios constitucionales, como los de la igualdad y respeto a la dignidad humana, este ejercicio no es meramente elocuente o especulativo, ya que encuentra su necesidad en la propia Convención que consagra

como se dijo conjuntamente los principios de interés y de protección y las bases de un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes.”²¹

Continúa la citada autora “si la protección de los derechos del niño y la responsabilidad penal de los adolescentes fuera absolutamente incompatible. ¿Cómo es posible que la convención los consagre conjuntamente? ¿Cómo pueden los Estados dar cumplimiento a dos obligaciones aparentemente contradictorias? La respuesta obviamente, no está en afirmar que el principio del interés superior del niño, entendido como criterio de prioridad, permitirá resolver la cuestión como un problema de conflicto, entre principios o derechos, cualquiera que sea la teoría del derecho que se asuma o el carácter que se le otorgue teóricamente a esa procedencia absoluta, no excluyente o condicionada.”²²

La hipótesis que se propone en cuanto al principio del interés superior del niño con el de la responsabilidad penal es considerarla como un conjunto de garantía que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección de los derechos del niño. En este nivel de análisis no se otorga al interés superior del niño la función de un principio que permita aprobar intereses, sino que se define su contenido como la vigencia de sus derechos (que es más amplio que la ausencia de daño y menos ambicioso y ambiguo que el bienestar moral y social). La mejor protección de los derechos del niño es su realización y, podemos decir que la mejor protección es la autoprotección, es decir la

²¹Beloff, Mary. **Los sistemas de responsabilidad penal juvenil**. Pág. 244

²²**Ibid.**



que no queda entregada a ninguna decisión discrecional o paternalista de los adultos, ni a ninguna particular concepción del bien.

En este capítulo encontramos podemos decir y analizar cuando un menor es imputable o inimputable, básicamente; y también determinar la figura cuando un menor de edad se encuentra en la figura del conflicto con la ley penal.



CAPÍTULO III

3. Medidas cautelares

En Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia contempla una serie de medidas cautelares que van dirigidas exclusivamente a proteger la integridad del menor como sujeto de derechos y no a reprimir una conducta que riña con la ley penal; a diferencia con otros países que si tienen contemplado un Código Penal Juvenil, y que dentro de sus medidas cautelares se encuentra la prisión preventiva de libertad que restringe una conducta ilícita que ponga en peligro el equilibrio y la armonía del orden social. Contrario a esto la precitada ley regula la sanción privativa de libertad que consiste en la internación del menor, ya sea de forma provisional o definitiva en centros especializados y como reza la Constitución de la República en el Artículo 20, distintos a los que son destinados para los adultos.

3.1 Evolución de las medidas cautelares

“Las medidas cautelares, en la doctrina de la situación irregular, adquirían el carácter de una respuesta inmediata a la situación de riesgo o peligro social en que se encontraba el adolescente como forma de sacarlo del entorno social en que se desenvolvía cuando se estimaba que este no era conveniente, de esa manera quedaba reflejado en las leyes tutelares de menores típicas de la situación irregular.

“Para tales leyes la presunción de inocencia no era relevante de manera que dicho principio no actuaba como límite para dicta una sanción provisional de internamiento, también esa doctrina estaba influenciada del positivismo criminológico cuyos autores eran fuertes opositores de la presunción de inocencia. De igual forma la doctrina de la situación irregular guarda gran similitud con el correccionismo, que rechazaba la importancia de la presunción de inocencia en razón de que lo que ese principio pretendía que, según esa corriente, era proteger a los criminales.”²³

Tampoco tenía importancia la doctrina de la situación irregular la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad y el respeto al principio de proporcionalidad; más bien existía una desvinculación del hecho, siendo lo relevante la situación de riesgo social en que se encontraba el adolescente.

La doctrina de la situación irregular ha sido ventajosamente superada dando paso gradual a la doctrina de la protección integral adoptada por los países que han ido modificando sus leyes tutelares, creando nuevas leyes acorde al modelo de responsabilidad, consecuencia o derivación fundamental de la Convención de los Derechos del Niño y de los demás instrumentos internacionales relativos a a las personas menores de edad que conforman dicha doctrina. Las medidas cautelares son tratadas en un sistema de responsabilidad penal juvenil, concordante en gran parte, con

²³ Moricente Fabián, Bernabel. **Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil**. Pág. 16.

el derecho procesal penal para adultos, pero con las particularidades propias de la condición de adolescente de persona en desarrollo.

3.2. Definición

Para José Manuel Maza Martín las medidas cautelares son: Aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas en el seno del procedimiento restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de la investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la mas correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga.

Para Aura Guerra de Villaláz define las medidas cautelares como aquellos mecanismos o instrumentos de los que se vale el Estado para lograr el descubrimiento de la verdad material y la aplicación de la ley sustantiva en la dijudicación de los distintos conflictos sociales que se presentan ante los tribunales de justicia, estas pueden ser reales o personales.

Para José Caferrata Nores es toda restricción al ejercicio de los derechos reales o patrimoniales del imputado o de terceras personas o de terceras personas impuestas dentro del transcurso del proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

Algunos autores entienden como medidas cautelares los medios jurídicos procesales cuyo fin objetivo es que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, llevándose a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado.

3.3. Medidas cautelares según el ordenamiento jurídico nacional

El Artículo 180 de La Ley para la Protección del los Derechos del Niño y Adolescente aplican las medidas tomado en cuenta la necesidad del afectado, prevaleciendo aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios, observando el respeto a la identidad personal y cultural., en este sentido la protección integral es coherente con el actual régimen democrático y constitucional del país, al afirmar el preámbulo de la Constitución la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconcomiendo a la familia como génesis primario y fundamental de las valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad justicia, igualdad, libertad y paz (...)

Para dar ilustrar de mejor manera el presente texto transcribiremos las medidas cautelares reguladas en la legislación en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República, de esa cuenta el Artículo 180 señala taxativamente las diferentes medidas que los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia pueden decretar en el ejercicio de su jurisdicción y competencia, siendo las siguientes:

- a) La obligación del adolescente de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que el juez designe.
- b) La prohibición de salir sin autorización judicial del país, la localidad o ámbito territorial que el juez señale.
- c) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona adulta e idónea, quien será la responsable de su cuidado y custodia, presentarlo ante el juez e informar de su situación cuantas veces le sea solicitado.
- d) Arresto domiciliario u otra idónea que el juez señale, bajo la responsabilidad de una persona adulta.
- e) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa.
- g) Privación de libertad provisional en un centro especial de custodia. Única y exclusivamente en los supuestos que esta ley señala y a solicitud del fiscal.

3.4. Propósito de las medidas cautelares

El propósito de las medidas cautelares o tutelares, especialmente al de privación de libertad del menor, tiene más o menos la misma significación que las del proceso penal, a diferencia que la privación de libertad del adolescente, es requerida exclusivamente por el Ministerio Público y la participación del juez, se limita a concederla o denegarla, dependiendo de las circunstancias y de peligrosidad del agente infractor.

3.4.1. Protección a la víctima

Que éstas tiene la finalidad de proteger a la víctima al denunciante o al testigo, esto significa que el juez podrá a solicitud debidamente fundamentada adoptar la medida que considere adecuada y procurar con ello que el adolescente no atente contra la seguridad de la víctima, del acto infraccional o quien lo haya denunciado, en relación con el testigo se pretende que también se pueda asegurar la prueba testimonial con la medida cautelar, pero se infiere que se refiere a la protección de la integridad física de la persona que sirve como testigo en contra del adolescente investigado.

3.4.2. Asegurar la prueba

Esta tiene el propósito de impedir que el adolescente procesado pueda ocultar o hacer desaparecer, las pruebas de la comisión del acto infraccional o pruebas que lo vinculen con el mismo. En el proceso penal la prisión preventiva tiene la misma función de las medidas cautelares para menores, pues trata de evitar con esto que el procesado sea un agente de estorbo para el procedimiento preparatorio.

3.4.3 Impedir la evasión de la acción de la justicia

Procurar los resultados del proceso juvenil, la finalidad de la aplicación de las medidas cautelares es garantizar la presencia del adolescente en todas las etapas del proceso, luego de haber valorado los elementos probatorios relativos a la comisión del hecho

delictivo, de poseer indicios racionales suficientes para creer que existe la posibilidad de que el adolescente ha participado en el hecho y que existe el riesgo de eludir la acción de la justicia.

3.5. Supuestos que autorizan la adopción de las medidas cautelares

Las medidas cautelares personales que vienen a romper la lógica general de la presunción de inocencia, principio regulado en el Artículo 147 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República el cual señala que “Los adolescentes se presumirán inocentes hasta tanto no se les compruebe, por los medios establecidos en la ley u otros medios legales, su participación en los hechos que se le atribuyen.” En este sentido se requieren que existan dos supuestos; la doctrina señala como supuestos generales de las medidas cautelares el *fomus boni iuris* y el *periculum in mora*, los cuales deben tomarse en cuenta para cualquier medida cautelar

El *fomus boni iuris*, es la forma o apariencia de fundamento jurídico en el proceso penal, se integra por la constancia de la comisión de un hecho que ofrezca los caracteres de infracción delictiva, esto significa que deben existir motivos bastantes o indicios suficientes que vinculen a la persona con el hecho punible que se investiga, es decir, una certeza respecto al derecho que asiste en torno a aquel frente al cual se toma la cautela. Para que el juez pueda ordenar la privación de libertad, la solicitud del Ministerio Público debe de estar bien fundamentada y probada que se base en

presunciones fundadas de participación del adolescente y es lo que se conoce como el supuesto material.

El periculum in mora son riesgos derivados de la dilación en el tiempo del procedimiento o del peligro que se tiene durante el proceso de que no se cumpla con el fin procesal, lo cual constituye la verdadera causa o razón de ser de la medida cautelar. Esa dilación mínima en la tramitación del proceso penal de adolescentes es la que justifica la necesidad de disponer de mecanismos o instrumentos para garantizar que no se perjudique la conclusión del proceso y la efectividad del pronunciamiento judicial, o sea la sanción.

Para concluir consideramos que los centros de privación de libertad de los menores no cumplen con el con los fines que persigue la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por considerarlos verdaderos semilleros o canteras para futuros delincuentes adultos, por no contar con el personal verdaderamente vocacional, profesional y especializado que indica la señalada ley, para que los menores en conflicto con la sociedad puedan ser resocializados.

3.6. Medida de privación de libertad para menores

Una definición integral de adolescencia implicaría visualizar el concepto en su dimensión social concreta, captando las diferentes realidades cotidianas en las que se desenvuelven los adolescentes y sus campos de interacción. Así entendemos que: desde el punto de vista jurídico el adolescente es un sujeto al cual, frente a una conducta



infraccional, se le pueda exigir una responsabilidad especial adeuda a su carácter de sujeto en desarrollo. Ello implica que todo es sistema debe estar dotado de una clara especialización.

La normativa internacional sobre los derechos humanos de la infancia y la adolescencia reconoce la necesidad de que la respuesta minimice los perjuicios que provoca la intervención del sistema penal. Todas las contradicciones del poder punitivo se exaltan cuando sus objetos son los adolescentes; la inhumanidad, la ineficacia preventiva, la violencia y la selectividad. Las medidas impuestas de a adolescentes y niños cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados, porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes llevada a cabo con el nombre que sea (pena o sanción) provoca deterioros irreversibles, pues no tiene efecto regresivo, como en el adulto, sino discretamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona.

Las medidas de institucionalización tienen graves e irreversibles efectos sobre los adolescentes que las sufren. Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad expresan que su objeto es "establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de contradicción y fomentar la integración de la sociedad.



En el mismo sentido el comité de los Derechos del niño ha expresado: el recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su integración en la sociedad. A este respecto el apartado b del Artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidos la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo mas breve que proceda a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo.

Efectivamente el Artículo 182 de La Ley para La Protección Integral de la Niñez y Adolescencia señala que la libertad provisional tiene carácter excepcional, especialmente para los mayores de trece años y menores de quince y solo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

Por la importancia que tiene esta medida cautelar en el ordenamiento jurídico que regula la conducta de los menores en conflicto con la ley penal, le daremos un espacio para transcribir lo que establece las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, en consecuencia el Artículo 2 de esta normativa señala que "solo se podrá privar a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) 82. La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la

sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

El Artículo 4 de la misma normativa también señala que las reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política y de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y creencias morales de los menores.

“En la doctrina consideran que el hablar de la internación de un niño en un establecimiento implica privación de libertad; aunque se llame medida cautelar o medida tutelar, un niño o adolescente que este encerrado en un instituto esta privado de libertad objetivamente, independientemente de cómo se le denomine, algunos consideran que la prisión preventiva no puede ser asimilada a la detención de una persona menor de edad por razones tutelares ya que manifiestan que la prisión preventiva es una medida únicamente para mayores y que las medidas tutelares tienen en cuenta el interés del niño y además afectan otras cuestiones como la patria potestad.”²⁴

Actualmente tres centros de privación de libertad están habilitados en Guatemala, los tres están situados en la capital o en municipios aledaños.

²⁴Day Teresa y Pama Carlos. **La internación de menores y la prisión preventiva, medida cautelar**
Pág. 36



- 1.) Centro Juvenil de Detención Provisional. (CEJUDEP, municipio de Guatemala)
- 2.) Centro Juvenil de Privación de Libertad para Mujeres (CEJUPLIM, municipio de Mixco.)
- 3.) Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones. (CEJUPLIV, Municipio de San José Pínula)

Llámesese como se llame, ya sea pena en los adultos o sanción en los menores, lo cierto es que la privación de libertad de los menores no es una cuestión de concepto, sino de una cruda realidad que no puede disfrácese con palabras doctrinales que si bien es cierto, maquilian los acontecimientos violentos cometidos por adolescentes, los precitados centros como los denomina la ley, en primer lugar ni cuentan con el personal especializado, mucho menos con instalaciones que provean un ambiente de concordia en los menores, pues es precisamente en éstos, donde van puliendo sus "virtudes" para una prolifera carrera delictiva. Dicen los investigadores del Instituto de Ciencias Penales de Guatemala, "Que la presencia en el centro preventivo de los adolescentes que cumplen una sanción determinada por el juez de primera instancia va en contra del derecho de rehabilitación, La organización de los centros de privación de libertad para menores no contempla proyectos de resocialización dirigidos a ese público específico, siendo estos centros definidos como transitorios y no de rehabilitación."²⁵

3.7. El internamiento preventivo como medida de última ratio

²⁵Janssnes, Nadine. Proyecto niñez y violencia, observatorio de justicia juvenil, la privación de libertad. Pág. 20



sin embargo, estas normas rectoras han sido expresadas en diversos instrumentos internacionales ratificadas por nuestro país. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas ha sostenido que las medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los niños señalados de infringir leyes penales, para ser legítimas deben de cumplir todos los requisitos mínimos aplicables a las personas privadas de su libertad sin que exista una sentencia de por medio.

Adicionalmente a estos principios mínimos generales, la prisión preventiva de los menores de 18 años debe cumplir con requisitos especiales para precautelar sus derechos a la protección especial en virtud a su edad. El carácter excepcional de la privación de libertad en el caso de personas menores de edad se encuentra reconocido en múltiples normas internacionales tales como el artículo 37 b de la Convención sobre los derechos del niño, las reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores; la regla 6 de las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) y la regla 17 de las Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva ha señalado que "en consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida, antes deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo como: orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, la obligación de reparar el daño y la

libertad asistida.”²⁶En la aplicación de privación de libertad de un niño, es preciso considerar dos principios a) privación de libertad constituye la última ratio y por ello es necesario preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño, lo cual implica reconocer que este es sujeto de derechos. Este reconocimiento supone que en el caso de los niños se consideren medidas especiales que implican mayores derechos que los que se les reconocen a las otras personas.

3.8. La privación de libertad y los principios tutelares

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede poner a quien infringe la ley, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el principio de inocencia, así como los principios de proporcionalidad y necesidad. En cuanto a estos últimos se ha indicado que para que proceda una prisión preventiva es requisito la existencia de un supuesto material (indicios de que un delito se ha cometido y que la persona imputada ha tenido algún grado de participación de la misma) y la necesidad de cautela, una justificación específica acerca de la necesidad de la procedencia de esta medida para resguardar algún fin de la cautela procesa.

²⁶Opinión consultiva Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-17/2002.



Este capítulo específicamente nos ayuda a dirimir y converger en los puntos evolutivos de cuales medidas cautelares deben de utilizarse en cuanto a protección de a víctima, asegurar la prueba, impedir la evasión de la acción de la justicia con el fin de conservar el proceso en su estado mas puro y poder así conseguir una resolución o sentencia judicial congruente y apegada a derecho.



CAPÍTULO IV

4. Medidas socioeducativas

Se denomina medidas socioeducativas a las sanciones del sistema penal juvenil, estas constituyen un ejercicio de poder que impone privación de derechos o dolor. En el caso de estas medidas se postula normativamente que tendrán carácter educativo, procuraran la asunción de responsabilidad del adolescente y buscar fortalecer sus respetos por los derechos humanos y las libertades fundamentales del terceros y el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales.

El Artículo 157 de la Ley para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia dice: “Las sanciones que se impongan dentro del proceso tendrán que ser racionales y proporcionales a la transgresión cometida por los adolescentes que violen la ley penal.”

De igual forma el Artículo 220 del mismo cuerpo normativo señala: “una vez concluida la primera etapa del debate y declarada la existencia del hecho que viola la ley penal y el grado de participación en el mismo del adolescente, se procederá a la discusión de la idoneidad de la sanción. El juez deberá determinar el grado de exigibilidad y justificar la sanción impuesta. En este mismo acto, el juez deberá establecer la finalidad de la sanción, el tiempo de duración y las condiciones en que debe ser cumplida; para el efecto se asistirá, de un psicólogo y un pedagogo.

A través de estas medidas se destaca el carácter educativo de las sanciones según las reglas de la proporcionalidad y la consideración de su idoneidad para lograr los objetivos normativos referidos. Sobre la base del contenido educativo de estas medidas, se debe procurar la asunción de responsabilidad del adolescente, lo que implica un proceso de reflexión en referencia a la infracción cometida. La selección de sanciones a adoptar corresponde al juez, quien está condicionado tanto por la solicitud del Ministerio Público; por aplicación del principio acusatorio y de congruencia, como por los criterios de proporcionalidad e idoneidad de la sanción impuesta para lograr sus objetivos. Asimismo, esta proporcionalidad e idoneidad de la sanción impuesta debe referir a las circunstancias del adolescente y a la infracción. En el mismo sentido de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores disponen: La respuesta que se da al delito será siempre proporcionada no solo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. (Regla No. 17.1)

En la doctrina de la protección integral de los menores de edad el fin de las medidas tutelares va dirigido en función del interés superior del menor como sujeto de un especial tratamiento por entenderse que a un no tiene un desarrollo completo y por lo cual se encuentra en estado de formación física, psíquica y espiritual, por lo tanto la normativa nacional e internacional coinciden en establecer que todo lo relativo a menores de edad en conflicto con la ley penal deberá ser tratado en beneficio del menor, en donde la aplicación de sanciones aparte que es un disuasivo para el menor es a la vez una forma de protegerlo contra sí mismo y contra los demás, de esta suerte

el ordenamiento jurídico implementa el concepto de resocialización de los menores que no encuadran en los parámetros normales con los que se desenvuelve la sociedad.

Tanto los códigos y leyes para menores de los países de Latinoamérica no ofrecen una definición de lo que hay que entender por medidas socioeducativas; encontrándose la definición de este concepto en el viejo modelo de la doctrina irregular, de esta cuenta Luís Mendizábal Oses dice que “son aquellas cuya finalidad esencial no es la de penar ni de la de intimidar a los menores, así como tampoco la de reprobar socialmente la conducta de quien se encuentre en situación irregular porque fundamentalmente se trata de proteger jurídicamente a menor contra el medio ambiente que nocivamente influye en su comportamiento o contra las tendencias o inclinaciones perturbadoras de su normal desarrollo personal que motivan indudables desajustes a su conveniencia con los demás, por ello la finalidad esencial de estas medidas es de prepararte eficazmente para la vida”²⁷

“En el derecho penal de adolescentes se suele partir de la base de que los fines preventivos especiales juegan en él un papel central, convirtiéndolo en aquello que lo distingue del derecho penal aplicado para adultos. La prevención especial, a su vez, es entendida en términos de la (re) socialización del adolescente. si bien también se le suele asimilar a un objetivo “socioeducativo”, es decir, de educación para la vida en sociedad. Cuando en este contexto se habla de educación es claro que con esta expresión no se puede hacer referencia a lo que la pedagogía y las ciencias de la

²⁷Mendizábal Oses, Luís. **Derecho de menores. Teoría general** Pág. 409.

educación entienden por tal. Pues la educación del derecho penal de adolescentes como advierte Albretch a partir de la experiencia alemana, es entendida primordialmente como un efecto de la pena, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del efecto educativo de la retribución), ya en el sentido de una resocialización. A diferencia de esta educación a través de pena, que requiere de y cuanta con el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de que se habla en pedagogía en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad.”²⁸

“Para ello agrega Albretch, también es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo adecuado de la personalidad, pero la distribución y disposición de tales posibilidades de desarrollo es una tarea de política social estatal, no la tarea del derecho penal y justicia. La educación del derecho penal de adolescentes, en cambio, tiene un único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional, cual es la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científica social, esto último no es educación (socialización) sino exclusivamente control social.”²⁹

Por ello, si el contexto del derecho penal de adolescentes se siguiera hablando de fines educativos o socioeducativos, habrá que entenderlos, en el sentido de la prevención especial (positiva, resocialización o negativa, intimidación individual o escarmiento).

²⁸Couso, Jaime **Principio educativo y resocialización en el derecho penal juvenil**. Pág. 219

²⁹*ibid.*

Muy a menudo se dice que la familia es el núcleo de la sociedad, lamentablemente esta se va fragmentando por un sin fin de fenómenos de diversa naturaleza ya sean externos o internos, que a final de cuentas evitan que ésta cumpla con la socialización de los miembros más vulnerables del grupo familiar. También tenemos la escuela otro ente de suma importancia para cumplir con tan ardua tarea, pero ésta se ve afectada por altos índices de población estudiantil que no se dan a vasto para atender particularmente la problemática que aqueja a su población.

La iglesia siendo un cuerpo formador de nuevos seres humanos dedicados principalmente a la tarea de predicar el evangelio, se ha visto cuartada en su actuar por distintos fenómenos que la han limitado mucho en su función espiritual – social, limitaciones que van desde su intromisión en los asuntos políticos, cuestiones de Estado y ambiciones económicas que de alguna manera les han hecho perder la visión y el rumbo que el mismo evangelio le ha trazado.

Creemos que es importante señalar que las medidas resocializadoras van dirigidas a los individuos de la sociedad que ya han sido formados en ella, con una personalidad si se puede decir así bien acabada, en el buen sentido de la palabra, hombres completos, que ya hayan tenido oportunidad de ser útiles a la familia y a la sociedad y han fracasado en su intento. Mientras que los menores de edad están en proceso de formación y están creciendo de forma anómala con personalidades retorcidas que necesitan ser readecuadas en medidas socioeducativas que los encausen en el

descubrimiento de sus potencialidades y se sientan valorados por la familia y la sociedad.

Lo ideal de una justicia penal juvenil, es pues, que persigan precisamente el bienestar del adolescente con la plena disponibilidad de los recursos del Estado, la sociedad civil y especialmente la familia, en el entendido que lo que se cautela no es prioritariamente la defensa de los intereses públicos, sino el interés superior del adolescente. Para esto, se exige de los operadores legales la adopción de medidas que no estén orientadas a la estigmatización de aquel (detención, trato impersonal, publicidad o falta de discreción en la investigación y juzgamiento, apatía por las circunstancias personales, familiares y sociales, práctica de diligencias innecesarias, etc.) Sino que, por el contrario, generen la aparición de un nuevo paradigma, que la primera infracción sea la última. Hacia el horizonte se tiene que desplegar los esfuerzos de los operadores de justicia y del propio sistema penal juvenil, en el entendido que no se puede enseñar a un adolescente a vivir en libertad, privándolo de ella.

4.1. Estrategia intervencionista

En relación a las diferentes medidas que han tomado los Jueces de la Niñez y de Adolescencia dictadas por la Ley, se dice que esta no representa el único camino seguido por los tribunales de menores para procurar la (re) socialización de estos. Una estrategia alternativa, fue la diversión, esto es, la despenalización, evitando que los menores entraran al circuito judicial (donde entran en contacto con un conjunto de practicas desocializadoras y estigmatizantes, como la detención policial, los

interrogatorios, las audiencias, los centros de diagnóstico y las correccionales.) Y manteniéndolos en cambio con sus familias y escuelas, y derivándolos, en ciertos casos a servicios sociales, que les presten asistencia en sus familias y comunidades.

Y si bien en sus inicios el uso de ambas estrategias, más que competitivo parece haber sido complementario, escogiéndose una u otra para diversos tipos de sujeto, de acuerdo con criterios de clase, el caso es que el largo plazo se aprecia, junto con la versión predominante de un tribunal intervencionista, una variante despenalizadora, que parece haber tenido más convicciones en relación con lo que no hay que hacer con los menores (mantenerlos en la justicia y sus instituciones) que con lo que hay que hacer con ellos.

Este uso despenalizador de la justicia de menores no implica una renuncia a la idea de la (re) socialización, sino más bien una apuesta a que esta se logre fuera de la justicia, en la familia, la comunidad y los servicios sociales regulares; el objetivo (re) socializador de la justicia juvenil, no se lograría fundamentalmente por medio de lo que la justicia de menores hace, sino al contrario, gracias a lo que deja de hacer, o más exactamente, merced a que este sistema de justicia cuenta con instituciones procesales que permiten sacar del circuito judicial a un buen número de casos, o evitar que entren en ella, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse. Según el Artículo 103 literal B, sub literal i, regula las siguientes medidas socioeducativas como son:

- 1) Amonestación verbal.
- 2) Prestación de servicios a la comunidad por un período máximo de dos meses y

3) Reparación de daños

4.2. Amonestación verbal

“La amonestación consiste en un juicio de reproche que practica el juez al adolescente y a sus padres o responsables. Esta orientada a internalizar en ellos la trascendencia social del hecho cometido (delito o falta), a que reflexionen en sus posibles consecuencias y a generar un mayor compromiso por parte de los padres en la educación de sus hijos (generar valores). Sin embargo, si bien es cierto que este parece ser el espíritu de dicho dispositivo, evidencia en su estructura normativa carencia expresiva: en consecuencia, amerita un mayor desarrollo legislativo que implique determinadas obligaciones expresas para los padres o responsables y también para el adolescente infractor desarrollándose en dicha norma un sistema de conversión, para que, en caso de incumplimiento de las disposiciones dictadas por el juzgado, la amonestación se torne en otro tipo de medida más severa.”⁵⁶

4.3. Prestación de servicios a la comunidad

La prestación de servicios a la comunidad es otra medida prevista en la precitada ley, la cual implica la práctica de determinadas tareas supervisadas, el problema de esta medida radica en que la norma mencionada no se ha establecido el término de las jornadas (horas semanales). Tampoco se ha establecido la fórmula de conversión en caso de incumplimiento. Para su aplicación resulta ser indispensable con el apoyo de

www.mpfh.gob.pe/justicia_restaurativa/publicaciones/Articulo6.pdf (Guatemala 6 de marzo de 1987)

un equipo técnico multidisciplinario, pues el que brinda la información necesaria respecto a la situación del adolescente, en sus diferentes ámbitos como, por ejemplo el entorno social y familiar, o las carencias materiales o valorativas, con el objeto de que el juez cuente con mayores elementos de análisis y mejor comprensión respecto a las circunstancias que pudieran haber influenciado para la perpetración del hecho punible que se le imputa. Recordemos, que la aplicación judicial de una medida socioeducativa, implica un juicio de valor respecto a una conducta antijurídica sobre la base de indicadores objetivos que puedan permitirle al juez una decisión legal y justa.

4.4. Medidas socioeducativas ambulatorias

Las libertades vigiladas o asistidas que fueron un instrumento muy importante para los tribunales de menores, ocupan un lugar intermedio entre la estratégica despenalizadora y la intervencionista, y son valoradas y juzgadas a partir de ambos puntos de vista; a veces, como una forma de buscar activamente la (re) socialización por medio de la intervención de la justicia juvenil; otras veces como la única practicable de sacar al menor de la justicia y sus instituciones, especialmente la internación (cautelar o como medida de rehabilitación). La decisión de que si aquellas medidas son lo uno o lo otro depende de una serie de variables; por ejemplo, de si a caso los asuntos derivados a esos programas le son arrebatados a los centros de internación o más bien a la familia, la escuela y los servicios sociales normales (ampliando en tal caso las redes del control).

4.5. La intervención socioeducativa

Una intervención socioeducativa debe basarse en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comentario General N° 10 y las Reglas de Beijing artículos 18 y 18, respondiendo a las particularidades y singularidades del caso, promoviendo respuestas acordes a la historia de vida y recursos personales y sociales del adolescente.

Es decir, que para lograr una intervención socioeducativa se requiere de marcos teóricos que consideren al adolescente desde una perspectiva integral; modelos de intervención basados en el desarrollo de competencias, en los cuales se pueda medir el impacto de la intervención; metodologías, programas y actividades desde una perspectiva multidisciplinaria, coherentes y orientados a lograr la reinserción social, familiar y escolar. Se requiere, también, la participación de todas las instituciones que conforman los sistemas de Justicia Penal Juvenil, particularmente, de las responsables de la ejecución de las sanciones, así como de otros programas oficiales y organizaciones de la sociedad civil que provean servicios.

4.6. La desjudicialización como salida alternativa

El advenimiento de la Convención y la doctrina de la protección integral plantean un nuevo enfoque para el abordaje de los casos de adolescentes en conflicto con la ley, estableciendo y reclamando a los Estados parte los máximos esfuerzos para evitar la

la judicialización de los conflictos y los efectos nocivos de la privación de libertad en la vida del adolescente.

En el mismo sentido, el Comité de los derechos del Niño opina que es obligación de los Estados parte, en relación con los niños de quienes se aleguen, acuse o declare culpables de haber infringido las leyes penales, promover medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. En este contexto, hoy se toma imperativo y constituye una obligación para los sistemas de Justicia Penal Juvenil, adoptar todas las medidas para garantizar los caminos alternativos a la judicialización del conflicto y el establecimiento de un Derecho Penal Mínimo, acorde con los lineamientos internacionales.

Para ello, la existencia de equipos multidisciplinarios, que a partir de la detención permitan una rápida intervención para garantizar al adolescente el respeto de sus derechos y la adopción de las medidas necesarias acordes a las circunstancias, se torna imprescindible en la asistencia y asesoramiento.

En la instancia previa a la intervención judicial, es donde la participación de los equipos técnicos resultan determinantes en el asesoramiento y la elaboración de propuestas que permitan responder a la situación del adolescente, de la víctima y proponer medidas tendientes a componer el conflicto social en forma extrajudicial.



4.7. Promoción de sanciones no privativas de libertad

Una vez agotadas las instancias previas, sin que hubieran prosperado las medidas para una solución extrajudicial, o por tratarse de casos graves como homicidios, lesiones graves, violaciones, etc. Se deberá iniciar la instancia judicial propiamente dicha, a partir de la acusación fiscal. En esta instancia, el juez deberá seleccionar la medida siguiendo los criterios de oportunidad, proporcionalidad e idoneidad para lograr los objetivos reseñados y mitigar los efectos negativos y estigmatizantes del procesamiento y la sentencia. En el caso de que la privación de libertad sea dispuesta, es preciso garantizar que se cumpla con el fin socioeducativo y responsabilizador para una adecuada reinserción social adolescente, fortalecer su respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y el robustecer los vínculos familiares y sociales.

Así podrán aplicarse, entre otras medidas, advertencias, amonestaciones, medidas de orientación y apoyo, observancias de normas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima, prohibición de conducir vehículos motorizados, libertad asistida, libertad vigilada, etc. Las medidas que se adopten deben procurar la asunción de responsabilidad del adolescente.

4.8. Justicia restaurativa

Si bien la Convención de los derechos del niño sobre la cual se basan las legislaciones de Latinoamérica y en concreto la nuestra, no habla sobre justicia restaurativa, por ser un concepto posterior, sin embargo la orientación hacia la protección integral del menor ha dado lugar a su surgimiento.

“En los últimos años el concepto de justicia restaurativa, que alguien calificó de atractivo ha ganado popularidad tanto entre los académicos y los operadores que determinan las políticas en el ámbito de la justicia penal, sin embargo, las definiciones no son inequívocas, para algunos, incluso la definición no es posible porque: I) no es una teoría académica del delito o de la justicia, y II) los remedios propuestos son muy diversos. o sea las iniciativas tienen naturaleza plural, se afirma, entonces, que representa un modo ecléctico de responder exitosamente a determinados problemas penales. merced a la experiencia acumulada.”³¹

Pero se puede definir a la misma como toda acción orientada a hacer justicia reparando el daño causado por el delito, en la que participan víctima, victimario, incluida la familia, así como el Estado a través de sus operadores de justicia como tercero imparcial, con el fin de promover la reconciliación entre las partes y fortalecer la seguridad ciudadana. La elaboración de justicia restaurativa es de reciente elaboración, sin embargo, las ideas que la fundamentan vienen desde antiguo, la restitución a la

³¹Cárdenas Dávila, Nelly Luz. **Menor infractor y justicia penal juvenil**. Pág. 111



víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos como el Código de Hammurabi y la ley de las XII tablas y existe desde muchos siglos en los pueblos de diversas culturas.”³²

³²Kemelmajer De Carlucci, Aída. **Justicia restaurativa**. Pág. 117.

CAPÍTULO V

5. Mecanismos para la prevención del delito

Tradicionalmente se le ha atribuido al sistema de justicia penal la prevención de los delitos, ya sea mediante la amenaza de una sanción que intimida e inhibe el comportamiento delincucional de los miembros de la sociedad (prevención general negativa); a través de la afirmación simbólica de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva); neutralizando las acciones delincuenciales futuras del criminal a través de la sanción (prevención especial negativa) o afirmando las normas por medio de la resocialización del delincuente (prevención especial positiva).

Es por ello que durante muchísimos años el sistema de justicia penal fuera el instrumento más utilizado por los Estados para enfrentar la criminalidad, sin embargo, la criminología crítica ha demostrado que el papel del derecho penal como forma de prevenir los delitos está en crisis: "Los resultados que ha llegado a obtener, desde hace ya tiempo, el análisis histórico y social de la justicia criminal, se pueden sintetizar en la afirmación de que el sistema de justicia criminal se manifiesta incapaz de resolver lo concerniente a sus funciones declaradas. Esto significa que la pena, como instrumento principal de este sistema, falla en lo que respecta a la función de prevención de la criminalidad... El análisis hecho en los últimos veinte años por parte de la criminología crítica ha descrito los términos de este fracaso recogiendo los aspectos de disfuncionalidad de la justicia penal: desde la fragmentariedad en la defensa de los intereses individuales y generales, hasta la selectividad en la represión, se ha

demostrado que los programas de acción del sistema de justicia criminal cumplen sus objetivos en un porcentaje que para ser generosos, no supera 5%¹⁷.

Otro de los principales problemas que enfrenta el sistema de justicia penal es su pérdida de legitimidad social como sistema de resolución de conflictos, en efecto, diversos estudios afirman que la población no cree en el sistema de justicia, en el caso de Guatemala, casi un 50% de la población no denuncia los delitos, porque no creen que la justicia vaya a resolver el problema, y para un 74% de quienes hicieron la denuncia, el sistema de justicia no hizo nada para resolver su caso.

“La justicia hoy aparece desprovista de legitimidad social en la mayor parte de la región. y en el imaginario ciudadano se ha instalado la sensación que ella no es igual para todos y que los delincuentes no son castigados. Dentro de los defectos que se señalan al sistema penal, y que explican el fracaso en su función preventiva, se encuentran el que solo actúe sobre los efectos de la delincuencia y no sobre las causas, que actúa sobre las personas y no sobre las situaciones; y que interviene cuando las consecuencias de un delito ya se han producido y no antes con el fin de evitarlas.

Este fracaso del sistema penal como forma de prevenir los conflictos ha generado el auge de respuestas no penales para enfrentar la criminalidad, provenientes principalmente del movimiento de la nueva criminología. Estas respuestas se enfocan más en las causas, circunstancias y elementos que provocan la comisión del delito y no sobre sus efectos, en este paradigma se incluyen una variada gama de acciones, que

van desde las estrategias policiales hasta el diseño urbanístico, y se ha denominado bajo el nombre genérico de prevención del delito. En este punto es importante aclarar que algunos autores aún definen al sistema penal como un sistema de prevención de los delitos: El concepto de prevención significa la evitación de futuros resultados indeseables. En el caso de la prevención del delito, dicho concepto incluye la legislación, la intervención policial, la instauración y la administración de prisiones y cárceles y una gama de actividades dirigidas a la evitación de delitos futuros

En este mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), no realiza una separación estricta en relación a las políticas preventivas y la política criminal. "se entiende por prevención, toda acción orientada a evitar que el delito ocurra, promoviendo y fortaleciendo la seguridad no solo a través del sistema formal de justicia criminal, sino que también a través de la promoción e implementación de estrategias que involucran a los diferentes sistemas informales de prevención, como los colegios, instituciones religiosas y la ciudadanía en general.

No obstante, la mayoría de los actuales estudios sobre prevención del delito no incluyen al sistema penal como parte de las políticas de prevención; bajo esta perspectiva se define la prevención del delito como: "una forma de intervención consistente en la adopción de medidas para impedir la delincuencia o disminuir el riesgo de perpetración de delitos. En el campo de la criminología, prevención del delito significa reducir las posibilidades para que ocurran actos delictivos. "En el caso de la prevención de la violencia o la criminalidad se hace hincapié en aquellas acciones que incluyen uso de

violencia o violación de las leyes. En ese sentido, se hace referencia a medidas preactivas que buscan disminuir la probabilidad de ocurrencia de las mismas. Para el caso del presente estudio, tanto la política criminal, de la cual el sistema penal forma parte, como la prevención del delito, que forma parte de las políticas de seguridad, constituyen formas de gestionar la conflictividad social, sin embargo, existen diferencias importantes entre ambas en relación a los alcances, métodos, formas de intervención.

No obstante, la mayoría de los actuales estudios sobre prevención del delito no incluyen al sistema penal como parte de las políticas de prevención; bajo esta perspectiva se define el enfoque más utilizado actualmente en los modelos de prevención es el modelo epidemiológico, el cual toma como referencia los modelos para prevenir enfermedades en el área de la salud pública. bajo este modelo las estrategias de prevención se clasifican en primarias, secundarias y terciarias

5.1. Prevención primaria

La prevención primaria involucra estrategias dirigidas a la población en general, que actúan sobre contextos sociales y situacionales para evitar que ellos favorezcan a la delincuencia, y crea condiciones propicias para comportamientos legales y pacíficos; en el mismo sentido: 'en el nivel primario se actúa sobre los contextos sociales y situacionales para evitar que se favorezca la delincuencia y para procurar condiciones favorables a comportamientos legales. Los programas de prevención primaria se orientan a las causas de la delincuencia. Se trata de neutralizar las posibilidades de que

ocurran actos criminales antes de que se manifiesten. Tratan de resolver situaciones que pueden conducir a una persona a cometer delitos, como educación, trabajo, vivienda, bienestar y calidad de vida. A su vez, cada nivel de prevención puede a su vez subdividirse, para algunos autores en materia de prevención primaria existen dos modelos fundamentales, el modelo situacional y el modelo social; otros agregan la prevención comunitaria mientras que otros plantean una clasificación basada en vectores de protección. en ese sentido para la prevención primaria existiría un vector víctima, vector situación, vector factores micro sociales, vector factores macro sociales y vector reacción social al delito.

En relación a las acciones desarrolladas en el marco de la prevención primaria. los autores plantean una serie de planes y programas de educación, sensibilización y socialización, policías comunitarias, diseño medioambiental, organización comunitaria, etc. La idea en este tipo de políticas es fortalecer los mecanismos de control social informal (escuelas, iglesias, asociaciones de vecinos, etc.) y estimular en la población los valores de solidaridad, participación y control.

Se parte de la premisa que todos los ciudadanos pueden, en cierto momento ser víctimas o victimarios. En este dice se van generando las situaciones que dan lugar a que un número de ciudadanos se convierta en un sector vulnerable o en riesgo, tanto de ser víctima como delincuente... Por lo tanto, este nivel de intervención es también llamado prevención primaria, debido a que las acciones, tanto de prevención social como prevención situacional, están dirigidas a toda la población en general, teniendo

como finalidad ir cerrando el diámetro del dique mediante la reducción de las condiciones que propician que un buen número de personas sean vulnerables a ser víctimas o delincuentes.

5.2. Prevención secundaria

La prevención secundaria constituye un conjunto de acciones dirigidas específicamente a evitar que se cometan delitos o violencia, se diferencia de la prevención primaria principalmente porque no ataca las causas profundas de la violencia y el delito, sino solamente la disminución de los factores de riesgo que potencian la comisión de los delitos o de sus manifestaciones violentas: La prevención secundaria se focaliza en la identificación de posibles victimizadores, buscando intervenir en ellos para evitar la comisión de delitos, lo cual implica la presencia de mecanismos que permitan corregir o rectificar personas y/o situaciones problemáticas; está constituido por los diversos sectores que ya son vulnerables o se encuentran en riesgo de ser víctimas o delincuentes; también representa a comunidades donde hay un alto índice de violencia y por consiguiente, donde es necesario ayudar a la comunidad a prevenir la violencia, mediante programas sociales, humanos y económicos.

Dentro de las políticas de prevención secundaria se encuentra el trabajo con grupos en riesgo de delinquir o de ser víctimas, la regeneración y consolidación de lazos comunitarios, la policía comunitaria, la organización de vecinos, la disuasión situacional

por medio del patrullaje focalizado, prevención del consumo de drogas y alcohol, grupos de autoayuda, iluminación de calles, sistemas de alarma, cercos, etc.

5.3. Prevención terciaria

Sin lugar a dudas es en el ámbito de la prevención terciaria donde se expresa una relación directa con el sistema de justicia penal, e incluso, un cruce de las agendas de justicia y prevención: la prevención terciaria en materia de salud pública tiene lugar después de que la enfermedad se ha manifestado y tiende a evitar su reaparición. Se correlaciona en el campo de la prevención del delito con las actividades de arresto, procesamiento, encarcelación y tratamiento correccional. La prevención terciaria se relaciona con victimarios y, por ende, depende del accionar del sistema de justicia criminal para limitar que estas personas reiteren su conducta, por medio de medidas de disuasión (vigilancia policial), represión (encarcelamiento) o rehabilitación.

Dentro de las medidas de prevención terciaria se encuentran la rehabilitación y resocialización del delincuente, la reparación a las víctimas, la mediación comunitaria de conflictos, y el tratamiento a las víctimas.

5.4. Ventajas y limitaciones de la prevención del delito

La utilización de la prevención del delito como mecanismo para enfrentar la criminalidad presenta importantes ventajas por sobre la utilización de modelos únicamente basados en la política criminal, entre estas podemos mencionar:

1. La prevención del delito interviene sobre las causas de la criminalidad, principalmente en el caso de la prevención primaria, mientras que el sistema penal actúa por lo general solamente sobre los efectos, en ese sentido, la prevención permite lograr, al menos en teoría, una disminución de los hechos violentos dentro de la sociedad.

2. La prevención actúa sobre las situaciones que provocan violencia, disminuyendo así los riesgos de victimización, por lo que conlleva beneficios sobre toda la sociedad mientras que el sistema penal funciona sobre personas y casos concretos³⁷.

3. La prevención actúa antes de que se produzca la delincuencia, por lo que permite evitar algunos hechos violentos en la sociedad, el sistema penal actúa siempre en forma reactiva, es decir ya cuando se produjo la violencia.

4. En términos económicos aunque invertir en prevención primaria implica un fuerte gasto en el corto plazo, a largo plazo resulta menos oneroso invertir en prevención primaria y secundaria que en el funcionamiento del sistema de justicia penal.

5. Las estrategias de prevención favorecen la participación de la comunidad en la resolución de los problemas de violencia y delincuencia.

6. La prevención resulta siempre menos violenta para los ciudadanos que la aplicación de la justicia criminal, en efecto, los impactos para el individuo y para la sociedad de una condena de prisión, aún en las penas cortas, implica un ejercicio de violencia

estatal, así como costos familiares y sociales más graves que los causados por la prevención. Si bien la mayoría de autores coincide en las ventajas de la prevención del delito, también se señalan una serie de limitaciones, e incluso riesgos, de la prevención, algunos de estos son:

1. Las analogías del delito con la enfermedad y de la prevención del delito con la salud pública asocian la idea de delincuencia con "peste" y pueden socavar los derechos del individuo, tal como sucedió bajo el paradigma de la criminología positivista.
2. La prevención tiene la tendencia a convertirse en una extensión del control estatal en lugar de ser una sustitución parcial del sistema represivo de la justicia penal.
3. Por lo general, los programas de prevención se limitan a un número reducido de conflictos menores (hurto, robos, agresiones físicas, narcomenudeo, consumo de drogas), propio de delincuentes pobres o delincuentes juveniles, y no atiende los delitos más complejos propios de la criminalidad organizada o la criminalidad de "cuello blanco". Se tiende con esto también a reproducir la selectividad del sistema penal, defendiendo más a los ricos y controlando más a los pobres.
4. La prevención comunitaria tiene una tendencia a la exclusión de aquellos que son miembros de la comunidad e incluso con los miembros de la misma que han cometido delitos, creando así la figura de un "otro" amenazante y estigmatizado como "peligroso"



5. La prevención situacional conlleva además el riesgo de contribuir a la separación más rígida entre zonas seguras y zonas con problemas, por lo general zonas marginales de las ciudades.

6. Se enfrentan también dificultades permanentes para coordinar esfuerzos entre las instituciones que trabajan prevención del delito incluso a nivel comunitario o municipal.

7. En el caso de los programas de vigilancia vecinal, se corre el riesgo de crear estructuras de seguridad paralelas, sin controles por parte del Estado, y que producen más violencia que la que genera el propio crimen, otro riesgo lo constituye la politización de estas estructuras a favor de un partido político, o la transformación de las mismas en empresas privadas de seguridad.

8. En relación a los modelos de policía comunitaria, se enfrentan dificultades en adaptar el modelo a estructuras policiales centralizadas y militarizadas, así como lograr cooperación de la población con policías debilitadas y vinculadas con estructuras criminales, características todas ellas comunes en la mayoría de policías Latinoamericanas.

No obstante las limitaciones anteriores, en el caso de la violencia y delincuencia juvenil, la prevención del delito más que una opción de políticas públicas en un compromiso y un mandato asumido por los Estados, esto debido a que en el caso de niños y jóvenes,



la utilización de estrategias de prevención del delito debe priorizarse siempre por sobre la utilización del derecho penal, tal y como lo disponen las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD):

La prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden adquirir actitudes no criminógenas... Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño y al adolescente por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.

En relación al éxito de las políticas y planes de prevención para resolver la problemática de la violencia y delincuencia, las opiniones son variadas, algunos criminólogos son bastante escépticos en cuanto a los resultados de los programas de prevención para la reducción de la violencia criminal: No parece claro, en todo caso, su probada efectividad.

Aunque ideológicamente muchos autores han apostado por estos mecanismos de prevención antes que por el sistema penal, por considerarlos más humanos, más benignos o cercanos a la comunidad, la realidad es que muchas veces se han vuelto instrumentos sutiles o difusos, con pocas posibilidades de racionalizarlo, con una

indudable falta de garantías para quienes los padecen. La efectividad de los programas centrados en la comunidad es discutible. Las evaluaciones acerca de la prevención comunitaria del delito han arrojado resultados mixtos... Los programas de evaluación de la prevención situacional han arrojado resultados contradictorios.

Sin embargo, existe una serie de programas implementados en distintas regiones que han demostrado un nivel importante de éxito en la disminución de la criminalidad, tales como la experiencia de los contratos de seguridad, en Bélgica y Francia durante los añosnoventa, las experiencias en las ciudades de Montreal y Toronto en Canadá; la importantedisminución de la criminalidad en las ciudades de Bogotá y Medellín en Colombia entre 1993 y el 2004; y los programas de prevención de violencia en las ciudades de Bellavista, Perú; Santa Tecla, El Salvador; y San Joaquín, Chile: por mencionar solamente algunos casos.

Estas diferencias en la apreciación de los logros de las políticas de prevención, radica en parte a que la medición de la efectividad de los planes y políticas de prevención representa serias dificultades metodológicas: por una parte se deben considerar los factores externos a la criminalidad que afectan en forma directa las acciones preventivas llevadas a cabo por las autoridades, y por lo tanto los resultados de los planes y programas de prevención, principalmente en una sociedad del consumo, donde la mayoría de los delitos cometidos responden a lógicas de mercados ilegales. Por otro lado, el factor humano involucrado responde a lógicas de mercados ilegales.



De esta cuenta, el factor humano involucrado en los planes parece tener una importancia fundamental para el logro de los objetivos planteados. Una última dificultad estriba en que en la mayoría de los casos no se elabora una línea basal previa a la intervención que identifique la situación de la violencia y delincuencia antes de la implementación del plan de prevención, por lo que los resultados obtenidos carecen muchas veces de parámetros de medición de impacto.

5.5. La prevención del delito

En relación a la prevención del delito, se deben diferenciar tres etapas en la historia reciente de Guatemala: la primera de ellas hasta antes de 1970, en esta etapa las cofradías y autoridades indígenas constituían los mecanismos de gestión de conflictos en la mayoría de comunidades del interior del país, por lo que cumplían una labor fundamental en la prevención y gestión de una criminalidad constituida principalmente por hurtos y robos menores, violencia intrafamiliar y crímenes pasionales. Se debe aclarar que estas prácticas nunca tuvieron el apoyo de las autoridades centrales, pero constituyeron por mucho tiempo la forma más efectiva de prevención y gestión de la conflictividad local.

La segunda etapa (1970-1986), se caracteriza como la etapa más cruenta del enfrentamiento armado interno. en esta etapa, se llevó a cabo primero una eliminación selectiva de líderes sociales, principalmente sindicalistas, maestros, estudiantes, líderes comunitarios y campesinos, y posteriormente (1981-1983), políticas de tierra arrasada y



genocidio de comunidades indígenas; estas acciones desarticularon las estructuras tradicionales de mediación de conflictos en las comunidades, sustituyéndolas por las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC):

La criminalización de cualquier tipo de liderazgo que no estuviera bajo control militar, significó una pérdida de los sistemas comunitarios para resolver los conflictos o promover el desarrollo. Las PAC, fueron creadas por el ejército de Guatemala a finales de 1981 como parte de una política contrainsurgente (posteriormente se les denominó Comités Voluntarios de Defensa Civil). Para integrar las patrullas, se utilizaba la coacción y amenazas contra los pobladores o sus familiares, su estructura respondía a un modelo militar: un jefe de patrulla y pelotones de patrulleros, los jefes de patrulla dependían directamente de los mandos militares del Ejército. Las Patrullas de autodefensa civil fueron responsables del 12.76% de los hechos de violencia acaecidos durante el conflicto armado, incluyendo asesinatos, tortura, desapariciones forzadas, e incluso masacres. Aunque es evidente que las PAC no constituyen una forma comunitaria de prevención del delito es importante mencionarlas en este estudio, pues a pesar de que fueron disueltas formalmente en el año 1996, quienes integraron las patrullas continúan constituyéndose como uno de los ejes de poder en muchas comunidades, lo cual ha tenido importantes repercusiones en las prácticas de patrullajes comunitarios y linchamientos de presuntos delincuentes, principalmente en el área rural del país. La importancia de las PAC radica principalmente en su número y aunque no hay datos oficiales sobre el total de sus integrantes, se calcula que para 1983 llegaron a agrupar a unos 900,000 campesinos comprendidos entre los 15 y los



60 años, es decir, cerca del 80% de la población masculina de las zonas rurales 54, otras fuentes señalan que a finales de 1987, las PAC eran aproximadamente 1.2 millones de personas lo que constituía casi la mitad de la población mayor de quince años del país.

La última etapa la constituye la posguerra (1996 -...), en la cual se pueden identificar dos modalidades de medidas de prevención del delito. La primera es la proliferación de grupos de vecinos que realizan rondas y operativos de seguridad, agrupados en las llamadas "patrullas vecinales", un antecedente de esta experiencia es el Comité Pro Seguridad y Desarrollo de Santiago Atitlán, que desde el año 1991, realiza patrullajes en la comunidad estas prácticas se realizan tanto en las áreas rurales como en las urbanas, algunas de esta iniciativas han conllevado violaciones a los derechos humanos de los habitantes de las comunidades, obligándolos a participar en contra de su voluntad en las patrullas, incluso hay testimonios de que estas patrullas han llevado a cabo ejecuciones de presuntos delincuentes. La segunda modalidad se refiere a iniciativas y programas auspiciados por distintas agencias de cooperación internacional y algunas veces ejecutados por organizaciones de la sociedad civil. Por lo general, estas iniciativas comprenden metodologías de prevención del delito bajo el modelo "epidemiológico", que se modifica de acuerdo a las características de las poblaciones meta, uno de los esfuerzos más ambiciosos en esta materia, lo constituyen los "Planes de prevención del delito", elaborados y desarrollados por el Programa de Estado de Derecho de la United States Agency for International Development (USAID), durante los años 2003-2007, en 15 municipios del país.

5.6. La experiencia de APREDE

La Secretaría de Bienestar Social de Guatemala (SBS) es de conformidad con el decreto 27-2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el órgano de la administración pública encargado de las políticas sociales a favor de la niñez y adolescencia, así mismo, la ley le otorga la responsabilidad de la custodia y tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Para el año 2000 el principal problema de los centros de privación de libertad de menores a cargo de la SBS lo representaban los integrantes de las maras y pandillas juveniles que se encontraban reclusos⁶⁷. Entrevista con personal de la SBS, la problemática incluía: violencia entre pandillas, extorsiones e intimidación hacia los jóvenes reclusos que no eran parte de la mara, cuadros exacerbados de desintegración y violencia intrafamiliar, altos niveles de drogodependencia, liderazgos negativos, afectación en el desarrollo de las actividades socioeducativas tradicionales, etc.; esta situación, sumada a la intervención de las autoridades bajo un paradigma exclusivamente represivo, originó una serie de motines, fugas y violaciones a los derechos humanos⁶⁸. En el año 2000 las autoridades y el personal de la SBS intentaron implementar una nueva estrategia de abordaje con los jóvenes pandilleros, basada en un nuevo paradigma de gestión de la conflictividad interna, que incluía mejorar los mecanismos de re racionamiento y mediación, así como el desarrollo de actividades recreativas, deportivas y culturales; "el objetivo era buscar una mejor manera de manejar la conflictividad y bajar las extorsiones dentro de los centros, para



ello, las autoridades contaron con el apoyo de instituciones gubernamentales como la **Secretaría Contra las Adicciones (SECATID)**, el **Consejo Nacional de la Juventud (CONJUVE)**, y organizaciones de la sociedad civil. Parte fundamental de la estrategia de abordaje fue la contratación como monitores de los centros. Los monitores de los centros son los encargados de dar el seguimiento y acompañamiento a los jóvenes en conflicto con la ley que se encuentran recluidos en centros de privación de libertad. Dentro de la propia SBS de jóvenes integrantes de pandillas que tenían un proceso avanzado de reinserción social, lo que permitió un acercamiento de primer nivel con los jóvenes.

El punto más alto de la intervención de la SBS, se dio en ese mismo año, con la instalación de la **Mesa para el abordaje de las pandillas juveniles en Guatemala**, un espacio intersectorial conformado por instituciones del Estado (CONJUVE, SECATID, SBS, PNC), organizaciones de la sociedad civil, jóvenes pandilleros y ex pandilleros, los Centros de Justicia auspiciados por USAID, y el acompañamiento de la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), la idea central fue generar espacios de diálogo entre el Estado, sociedad civil y pandillas juveniles, para encontrar soluciones a la problemática de la violencia juvenil. La mesa realizó varias reuniones y actividades públicas durante el año 2001, logrando una buena cobertura en los medios de comunicación, pero el logro más importante de la estrategia de intervención fue una **disminución considerable de la violencia en el interior de los centros de privación de libertad**, gracias a la mediación de los monitores y al diálogo de la SBS con las otras instancias del Estado que conformaban la mesa.



Considerando el éxito obtenido por la experiencia de la SBS, un grupo de organizaciones sociales que participaban en el proceso propone reproducir la experiencia en jóvenes integrantes de las maras que no se encontraban privados de libertad, es así como en el año 2002 nace el Consorcio para la Prevención del Delito (APREDE), integrado por el Centro de Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), Familiares y Amigos Contra la Delincuencia y el Secuestro (FADS) y la Asociación de Apoyo al Sistema Penitenciario (AMPEGUA).

Los fundamentos criminológicos de APREDE en relación al tema de pandillas juveniles era que las maras no constituyen una organización criminal per se, que en su mayoría las maras están integradas por jóvenes provenientes de sectores marginados que sufrieron de privaciones económicas, educativas y afectivas, muchos de ellos con procesos de violencia y/o desintegración familiar; y que las respuestas Estatales para enfrentar el problema social de las maras habían consistido en políticas de seguridad represivas, que reproducían a su vez mayor violencia y estigmatización social hacia los jóvenes. En ese sentido, se puede afirmar que APREDE tiene una concepción de la criminalidad juvenil propia de las escuelas sociológicas que asumen el fenómeno del crimen a partir de la estructura social, principalmente la teoría de las subculturas de Albert Cohen. Según este autor, la sociedad de consumo capitalista, a través del mercado, los medios de comunicación, la escuela, la familia, etc.; establece una serie de "estatus social" al cual todos los miembros de la sociedad deben aspirar, el joven de las clases bajas y empobrecidas que también aspira a ese reconocimiento social, se

percata de que se encuentra en el nivel más bajo de la jerarquía social y que las oportunidades legítimas que ofrece el sistema para lograr ese estatus son muy limitadas para él.

Al percatarse de esto el joven experimenta sentimientos negativos, como culpa, auto rechazo, hostilidad y resentimiento, esto puede provocar en ocasiones un cambio en el marco referencial del joven que se produce cuando se asocia con otros que se encuentran en la misma situación, formando así una subcultura donde se generan reacciones favorables frente a actos desaprobados por la cultura general.

Así, cuando el grupo reconoce, acepta y valora el comportamiento transgresor o delictivo se abre una vía para solucionar el problema de estatus de esos jóvenes, pues ahora obtendrán una valoración positiva por realizar actos que antes eran síntoma de desprecio. La delincuencia es entonces un medio de conseguir estatus, pero no el que impone la sociedad, sino el que impone el propio subgrupo, es por ello que la delincuencia de estos jóvenes no es utilitaria, sino expresiva. En relación a la estrategia de abordaje, APREDE parte de la premisa de que la prevención es mejor que la reacción, y que la misma debe hacerse en forma integral y en todos sus niveles y que la mayoría de los integrantes de las maras y pandillas son susceptibles de reintegrarse a la sociedad una vez que se les brinda la oportunidad. Es por ello que la intervención de sus proyectos estaba basada en estrategias de prevención primaria, secundaria y terciaria, a través de la generación de espacios de diálogo entre las pandillas juveniles, sociedad civil y las autoridades del Estado con el fin de disminuir, los ya para entonces



elevados niveles de violencia juvenil; las actividades que formaban parte de esta estrategia eran: 1. Organizar encuentros locales, similares a los realizados con la SBS, con pandilleros de la localidad, sociedad civil y autoridades del Estado.

2. Sensibilización en colegios y escuelas para convencer a los niños y jóvenes de no involucrarse en las maras y no consumir drogas.

3. El análisis de la criminalidad en la localidad, a través de encuestas de victimización.

4. La elaboración y socialización de planes locales de prevención del delito en la localidad.

5. La generación de liderazgos juveniles positivos, por medio de la realización de actividades culturales, deportiva y recreativa, con jóvenes integrantes de las maras y pandillas juveniles. APREDE inicia sus actividades a principios del año 2002, logrando un financiamiento por parte de USAID-CAI de Q 1.996,942.87 (aproximadamente US\$ 245,000.00), lo que le permitió contratar al personal y los monitores que trabajaron en los centros de privación de libertad de menores, cuyo proyecto había terminado con el cambio de autoridades a cargo de la SBS.

Como hemos podido observar, existen las herramientas necesarias para cultivar a las generaciones que van surgiendo, para encausarlas por el camino del orden, la disciplina y el trabajo, sólo resta que tanto la comunidad en general, como son la familia en primer orden, la iglesia, la comunidad y la buena voluntad del Estado para



desarrollar programas, por medio de instrumentos jurídicos intervencionistas que prevengan la comisión de hechos delictivos para evitar una intervención jurisdiccional que lo único que provoca es la desintegración familiar y el crecimiento y desarrollo de una forma anómala y estigmatizada.



CONCLUSIONES

1. Las leyes que regulan la protección de la niñez y de la adolescencia tienen resabios bien arraigados de la doctrina de la situación irregular, marcando y resaltando la realidad de seguir regulando normas que vengán a contribuir a nuestra sociedad actual a la prevención de delitos por los menores de edad.
2. Aunque la doctrina trate de conciliar los conceptos de interés superior del niño y del adolescente y su responsabilidad penal, constituyen una línea de abordaje en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, ya que no se puede continuar creando leyes para adolescentes dejando de lado la responsabilidad penal imputando al menor de edad.
3. La doctrina de la protección integral favorece más a los intereses del menor que se encuentra en conflicto con la ley penal y obvia el bien jurídico tutelado en perjuicio de la víctima y la sociedad, en esta situación podemos notar que no se puede permitir que se continúe consintiendo la injusticia.
4. La medida de privación de libertad no cumple con su propósito de reeducar al adolescente por ser sus centros especializados, verdaderas escuelas de aprendizaje de liderazgo negativo, que dan como resultado que los menores actúen en determinado momento de forma ilegal incurriendo así en la comisión del delito.



5. Las medidas socioeducativas están encaminadas a la protección y resocialización del menor y adolescente y no al fomento de la impunidad, para que en un futuro estos menores que están siendo regulados no se vean involucrados en crímenes de alto impacto.



RECOMENDACIONES

1. Las distintas escuelas o facultades de psicología deberían de proveer el personal necesario como una práctica profesional supervisada, además de cumplir con prestar el servicio social al sector de la niñez y la adolescencia.
2. El Estado no posee los recursos necesarios para proveer de servicios profesionales permanentes a las escuelas, en tal situación se podría buscar la forma de alcanzar el cometido de prevenir a los menores de la comisión del delito mediante un servicio de psicología aunque sea alternativamente.
3. La ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es una ley muy completa, pero la parte que desarrolla todo lo referente a adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal, debería de constar en un Código Penal para menores de edad.
4. Que el Estado de Guatemala, provea a las escuelas primarias en forma permanente como mínimo, un servicio de psicología y trabajo social, que le permita conocer más a fondo los problemas que aquejan a los niños y adolescentes que muestren síntomas de desasosiego social.
5. Los centros de internamiento para los privados de libertad, deben de cumplir a cabalidad con los lineamientos regulados por los instrumentos internacionales,



para que se pueda llevar a cabo los fines del proceso, que serían en última instancia la reinserción social y familiar, contando como mínimo con talleres industriales o artesanales, para que los jóvenes se sienta atraídos por el amor al trabajo.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Ed. Temis, 3^a. Ed. Bogotá: 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Elementos de un nuevo derecho de la infancia y la adolescencia**. Lima: (s.e.), 1995
- BELOFF, Mary. **Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar**, (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).
- BELOFF, Mary. **Justicia y derechos del niño**. (s.l.i.), (s.e.), 1993.
- BELOFF, Mary. **Justicia y derechos del niño**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 1993.
- BONASSO, Alejandro. **Adolescentes _en_ conflicto _ con la ley penal**: derechos y responsabilidades. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).
- BRUÑOL CILLERO, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre derechos del niño**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Imputabilidad y edad penal**. Guatemala: (s.e.), (s.f.).
- CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz. **Menor infractor y justicia penal juvenil**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).
- COUSO, Jaime. **Principio educativo y resocialización en el derecho penal juvenil**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).



GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF Mary. **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1998.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. **Derechos humanos de los niños**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.)

JANSSNES, Nadine. **Proyecto niñez y violencia, observatorio de justicia juvenil, la privación de libertad**. (s.e.), 2007.

JIMÉNEZ, Cristina. **Delincuencia juvenil y control social**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.)

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. **Justicia restaurativa**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal, 2004.

MENDIZÁBAL OSES, Luis. **Derecho de menores**. Madrid: Ed. Pirámide, S.A., 1977.

MORICENTE Fabián, Bernabel. **Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil**. Escuela nacional de la judicatura. Santo Domingo República Dominicana: (s.e.), 2007.

PORTE PETIT, Celestino. **Apuntamientos de la parte general del derecho penal**. 5ª ed.; Argentina: (s.e.), 1944.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Silvia. **Derechos del niño en Guatemala**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.)

SOLÓRZANO, Justo. **La ley de la protección integral de la niñez y adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías**. Guatemala: Ed. Superiores, 2003.

SOTO ACOSTA, Federico Carlos. **Los menores de edad frente al derecho penal**. Zacatecas, México: (s.e.), 2002.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal parte general**. Tomo I., Argentina. Ed. Ediar, 1999.

ZERMATTEN, Jean. **El interés superior del niño, del análisis literal al alcance filosófico**. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 27-2003. 2003.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. 1974.

Convención sobre de los Derechos del Niño. 1989. Organización de las Naciones Unidas.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Privados de Libertad. Del 14 de diciembre de 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad. Diciembre de 1990.