

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



**CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE
RESPONSABILIDAD PENAL**

FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

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

**CRÍTICA JURÍDO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE
RESPONSABILIDAD PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 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 I: 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

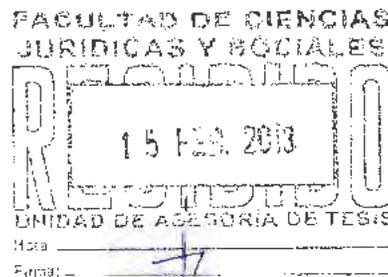
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis)

Lic. Heber Oziel Marroquín Esquite
Abogado y Notario
Colegiado 6450
Barrio San Miguel Centro
Guazacapán Santa Rosa
Tel.: 41161160



15 de febrero del año 2013

Señor:
Dr. Boanerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala.



Respetable Doctor:

Por este medio me permito hacer de su conocimiento mi participación como asesor de la tesis realizada por el estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA, cuyo título es: "CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL", de lo cual manifiesto lo siguiente:

- a) El trabajo realizado, refleja en su contenido un amplio aporte científico y técnico ya que se utilizaron las herramientas adecuadas para el desarrollo de la investigación, incluyendo diversas técnicas y procedimientos.
- b) La investigación que se realizó para la elaboración del presente trabajo también demuestra la utilización del método inductivo en los diversos pasos analíticos que se llevaron a cabo con relación a los acontecimientos investigados, incluyendo asimismo el método histórico aportando datos de esa naturaleza, que sirvieron para la determinación final.
- c) La investigación se llevó a cabo, a mi criterio, bajo una redacción clara y con precisión, que permite una comprensión fácil.
- d) La investigación pone al descubierto una problemática de carácter general, ante la cual la sociedad en su conjunto, puede apreciar un problema que el Estado no puede solucionar al no aportar lo que le corresponde en materia jurídica y

Lic. Heber Oziel Marroquín Esquite
Abogado y Notario
Colegiado 6450
Barrio San Miguel Centro
Guazacapán Santa Rosa
Tel.: 41161160



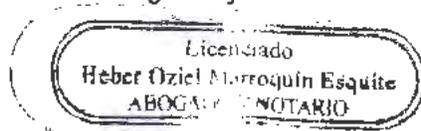
social, lo cual ayudaría para evitar que nuestros niños se vean involucrados en hechos de violencia.

- e) Se ponen de manifiesto en las conclusiones y recomendaciones de esta investigación todos los hechos investigados y enmarcados en los capítulos que forman el marco teórico, y que persiguen despertar el interés del Estado en cumplir con los compromisos ante la sociedad y la comunidad internacional, en la aplicación de los tratados y convenios suscritos en defensa de los derechos de los niños de Guatemala.
- f) A mi criterio en la investigación se utilizó una amplia bibliografía, con suficiente contenido, así como el uso de nuestra Legislación. También se utilizó adecuado material jurídico de carácter internacional, así como el derecho comparado que aportó mucha información valiosa para este trabajo.

Esperando haber cumplido satisfactoriamente mi labor de asesor de la tesis del estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA, y cumpliendo con lo estipulado en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, otorgo mi opinión favorable para la presente investigación.

Atentamente,

Lic. Heber Oziel Marroquín Esquite
Abogado y Notario





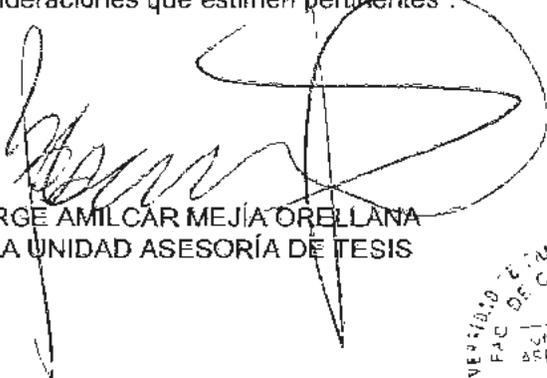
eff

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad de San Carlos de
GUATEMALA, C. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 08 de marzo de 2013.

Atentamente, pase a la LICENCIADA CLELIA FLORIDALMA GONZÁLEZ MIJANGOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA, intitulado: "CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultada 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 AMILCÁR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.

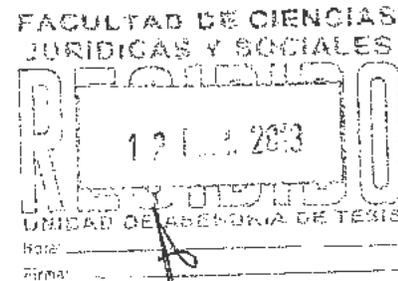




Licda. Clelia Floridalma González Mijangos
Abogada y Notaria
Colegiado 6,474
Barrio El Calvario, zona 1
Cuilapa, Santa Rosa. Tel.: 7886-5645

Marzo 11, de 2013

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la unidad de Asesoría de tesis
Facultad de ciencias jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala



Respetable Doctor:

Atendiendo a la resolución extendida en la Unidad de Asesoría de Tesis, en la que se me autoriza para desempeñarme como Revisora de la tesis elaborada por el estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA, con el título CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL, me permito hacer de su conocimiento lo siguiente:

1. Que en el trabajo de tesis, se evidencia que fue desarrollado bajo una investigación muy completa en la cual se utilizaron técnicas, procedimientos y los elementos necesarios que ponen de manifiesto un contenido científico y técnico, necesario en toda investigación.
2. Que en la presente investigación es notorio que se utilizó el método inductivo, haciendo los análisis adecuados de los hechos que dan sustento a la tesis, incluyendo las conclusiones y los resultados de las entrevistas realizadas como parte del desarrollo de la misma.
3. Es importante también resaltar que en la investigación, en cuanto a su redacción, fue utilizado un lenguaje de fácil interpretación lo cual permite también una comprensión precisa y amplia para su lectura, permitiendo esto una profundización en su contenido.
4. Se ha evidenciado que la problemática analizada es el resultado de la falta de interés del Estado para aportar los elementos básicos como mínimo y que son de urgente aplicación para cumplir con el papel que le corresponde en



Licda. Clelia Floridalma González Mijangos
Abogada y Notaria
Colegiado 6,474
Barrio El Calvario, zona 1
Cuilapa, Santa Rosa. Tel.: 7886-5645

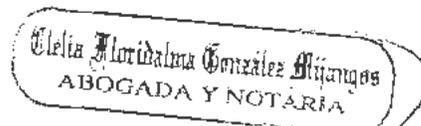
beneficio de la niñez guatemalteca, y la falta de cumplimiento de lo estipulado en el marco jurídico nacional e internacional.

5. Las conclusiones y recomendaciones presentadas en este trabajo de investigación, son el resultado del análisis de los diversos elementos que se tomaron en cuenta en la misma. Estas nos dan los parámetros que tendrían que seguir las diversas instituciones y el Estado mismo para cumplir con la misión de la protección de los derechos de la niñez, para encausarlos por el camino del bien y que en un momento dado no se tenga que pensar en juzgarlos como adultos al momento de que se involucren en hechos de violencia.
6. A mi criterio la bibliografía consultada contiene mucho material, que fue de mucha utilidad para la investigación, resaltando la legislación internacional, así también a la importancia que se le dio al derecho comparado, ante lo cual manifiesto mi satisfacción pues refleja muchos conceptos y definiciones requeridos en la elaboración de la investigación.

Tomando en cuenta los criterios anteriores y cumpliendo con el objetivo para el que mi nombrada, y de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me es grato manifestar mi opinión favorable al trabajo titulado CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL, elaborado por el estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA.

Atentamente,

LICDA. CLELIA FLORIDALMA GONZÁLEZ MIJANGOS
ABOGADA Y NOTARIA





USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES Guatemala, 02 de julio de 2013.

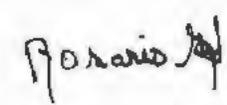
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante FREDY EDMUNDO VASQUEZ GARCIA, titulado CRÍTICA JURÍDICO-DOCTRINARIA SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/slh


Lra. Avidán Ortiz Orellana
DECANO







DEDICATORIA



- A Dios:** Por ser mi protección y guía durante el camino.
- A mis padres:** Francisco Edmundo Vásquez Cardona
María Magdalena García de Vasquez (Q.E.P.)
Por enseñarme que para triunfar es necesario el sacrificio
dedicación y responsabilidad
- A mis hermanos:** Mirna, Susy, Edwin y Eri
Por su Amor Incondicional
- A mi esposa:** Doménica Vanessa Salazar por haber compartido conmigo
este camino de sacrificios.
- A mis hijos:** Marlene, Estuardo, Danny, Emily y Gustavo que les sirva
como un ejemplo de superación.
- A mis amigos:** Gracias por su amistad.
- A:** La Gloriosa y Tricentenaria **UNIVERSIDAD DE
SANCARLOS DE GUATEMALA**, en especial a la
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	(i)
--------------------	-----

CAPÍTULO I

1. Protección integral de la niñez y la adolescencia	1
1.1. Interpretación constitucional de la protección integral	3
1.2. Vulnerabilidad de la niñez y la adolescencia	8
1.3. Principio del interés superior del niño	11
1.3.1. El interés superior y adolescentes en conflicto con la ley penal.....	15
1.3.2. Doctrina de la responsabilidad penal atenuada y la protección Integral.....	21
1.4. Modelos o sistemas de protección de la niñez y la adolescencia.....	24
1.4.1. Modelo o sistema tutelar o de la conducta irregular	26
1.4.2. Modelo o sistema de protección Integral	31
1.5. Valoración final	34

CAPÍTULO II

2. Fines del derecho penal y del derecho penal juvenil	37
2.1. Finalidad de la pena	39
2.1.1. Fundamento de la pena	44



	Pág.
2.2. La sanción penal juvenil	46
2.2.1. Fines de la sanción penal juvenil	50
2.2.2. Fundamento de la sanción penal juvenil	56
2.3. Principio de proporcionalidad	61
2.4. El principio de proporcionalidad y la sanción penal juvenil	64
2.5. Valoración final	68

CAPÍTULO III

3. Hacia la consolidación del derecho penal juvenil	71
3.1. La Convención Sobre los Derechos del Niño	76
3.2. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal	80
3.3. La importancia de tener en cuenta la edad en el derecho penal juvenil y la transgresión a la ley penal	86
3.4. Edad penal	94
3.4.1. Edad de responsabilidad penal (Responsabilidad penal atenuada)	97
3.5. Valoración final	105

CAPÍTULO IV



Pág.

4. El fenómeno de la transgresión a la ley penal y la reducción de la mayoría de edad penal	109
4.1. El problema social	115
4.2. El problema económico	125
4.3. El problema político (política criminal)	130
4.4. El problema jurídico.....	138
4.4.1 Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	139
4.4.2. Artículo 8 del Código Civil	145
4.4.3. Artículo 23 numeral 1º del Código Penal.....	149
4.5. Valoración final: Crítica a la reducción de la mayoría de edad penal	152
CONCLUSIONES	161
RECOMENDACIONES.....	163
BIBLIOGRAFÍA	165

INTRODUCCIÓN

La participación de adolescentes en hechos calificados como delito en el Código Penal de Guatemala, y el creciente clamor de ciertos sectores, de implementar una política criminal de mano dura, ha originado el debate jurídico y doctrinal, sobre la conveniencia de reducir la mayoría de edad penal, para incluir dentro del derecho penal para adultos, un determinado grupo etario de adolescentes. Es precisamente, la naturaleza de este debate, el que consideré para Justificar la inconveniencia de esta reducción, por cuanto, no solucionará el fenómeno de la transgresión y solo aumentará el riesgo y vulnerabilidad en violaciones a los derechos humanos de la niñez. En este mismo sentido, considero, que la reducción de la mayoría de edad penal, no disminuirá la participación de adolescentes en hechos ilícitos. Siendo mi objetivo principal, demostrar, que el Estado de Guatemala, con esta pretensión, estará poniendo a la niñez y adolescencia, en un estado tal de riesgo y vulnerabilidad, en el que le serán sistemática y brutalmente violados sus derechos humanos.

Dividí la presente investigación en cuatro capítulos. En el capítulo uno, trato lo relacionada a la protección integral de la niñez y la adolescencia. Hago un análisis interpretativo del Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre la vulnerabilidad de la niñez y la adolescencia, el interés superior del niño y su relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, brevemente abordo el tema de los sistemas de protección integral; en el capítulo dos, desarrollo los fines del derecho penal, y los del derecho penal juvenil, haciendo especial énfasis, en los fines tanto de la pena como de la sanción penal juvenil, el fundamento de cada una de ellas, y como opera en forma distinta el principio de proporcionalidad en uno y otro sistema penal; en el capítulo tres, trato sobre la necesidad de fortalecer la justicia penal juvenil, como la respuesta idónea para el tratamiento de la transgresión a la ley penal, y del adolescente transgresor, me sustentó en la Convención Sobre los Derechos del Niño, que define la estructura ideológica para este sistema de derecho penal juvenil, abordo la edad penal, trato sobre la mayoría de edad penal y la edad de responsabilidad penal,

témas complejos y de naturaleza jurídica diferente; en el capítulo cuatro, lo relacionado al fenómeno de la transgresión a la ley penal, considerando que este, se da por la confluencia de una serie de problemas, de naturaleza social, económica, de política criminal y jurídica que giran alrededor de la transgresión a la ley penal, que al concatenarse, pueden ser fuente de este fenómeno, haciendo una valoración final y crítica a la reducción de la mayoría de edad penal.

Sustento mis argumentos basado en la moderna teoría de la doctrina de la responsabilidad penal atenuada de los adolescentes transgresores, que a su vez se basa, en la protección integral y el interés superior del niño. Utilicé técnicas bibliográficas y de campo, cuyos datos fueron recopilados y analizados, para luego clasificar la información, de la cual surgieron los temas y subtemas incluidos en esta investigación.

Es pues, el tratamiento de la transgresión a la ley penal, el reflejo de la respuesta estatal al adolescente transgresor, puesto que no es la transgresión en sí misma el problema central, sino la respuesta estatal al entorno de desarrollo del adolescente, donde gravita la transgresión a la ley penal.

CAPÍTULO I

1. Protección integral de la niñez y la adolescencia

El Estado de Guatemala con la suscripción de la Convención Sobre los Derechos del Niño(en adelante llamada Convención), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,y ratificada por medio del Decreto de Ratificación por el Congreso de la República de Guatemala, número 27-90, se obligó a observar y dar cumplimiento a los principios económicos, sociales y jurídicos contenidos en este instrumento internacional.

Que como lo señala el preámbulo de la Convención, esta obligación conlleva la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, misma que ha sido reconocida en diferentes instrumentos internacionales de los cuales, Guatemala es signataria. En ese sentido, el Estado de Guatemala debe implementar mecanismos, estrategias y todas las medidas necesarias, para dar eficaz cumplimiento en la protección integral de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Justo Solórzano citando a Norberto Bobbio, señala, "debe resaltarse que hoy se puede decir que la existencia del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que ya están fundados (sic)".¹

¹ Solórzano, Justo. *Hacia una hermenéutica garantizadora de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia*. En revista centroamericana justicia penal y sociedad No. 18. Pág. 122.

Es así que la Convención, tomando en cuenta la existencia de principios especiales de la niñez y de derechos que pertenecen con exclusividad a los niños, niñas y adolescentes, precisamente enuncia la preexistencia de estos derechos y su protección integral, es decir, no crea nuevos derechos, sino que desarrolla los ya fundados. Por eso mismo no es ninguna redundancia que la Convención inicie con la definición de niño. "Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad".

Lo anterior no es ninguna tautología, al contrario es el reconocimiento que hace la Convención de la niñez como sujeto de derecho y no objeto del mismo. Es a partir de este reconocimiento y la plena integración de la niñez y adolescencia al ámbito jurídico, en el cual puede, incluso dependiendo de su desarrollo exteriorizar su opinión en todo asunto que le afecte (Artículo 12 de la Convención). De tal forma, que estos derechos le asisten y es el titular de los mismos. Tomando pues como fundamento aquel reconocimiento, la Convención eleva a categoría jurídica estos derechos específicos de la niñez y la adolescencia.

Con este reconocimiento y por la posterior ratificación de la Convención por el Estado de Guatemala, estos derechos tienen rango constitucional (Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala). Es por eso que "con el reconocimiento de los derechos específicos de la niñez, los niños pasan de ser objetos de tutela a ser sujetos

de derecho, se les reconoce su dignidad humana y, como consecuencia, la capacidad de ser responsables de sus propios actos (sic)".²

En ese orden de ideas y tomando como base este reconocimiento de los derechos de la niñez, puedo afirmar que la protección integral es general, es decir, se extiende a toda la niñez y a la adolescencia sin exclusión, incluyendo por supuesto en este universo, a los adolescentes que han transgredido la ley penal ya que, "toda respuesta e intervención que el Estado pretenda dar respecto a los adolescentes que están en conflicto con la ley penal, necesariamente tendrá que ser sustentada sobre el principio del interés superior del niño".³

1.1. Interpretación constitucional de la protección integral

La Constitución Política de la República de Guatemala (en lo sucesivo Constitución) se condiciona así misma y a todo el sistema jurídico guatemalteco; a la observancia, respeto y vigencia de los derechos y garantías que son inherentes a la persona humana. Es el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala el que tomo como punto de partida para desarrollar este apartado, aunque no será el único en el que me basaré para sustentar el anterior argumento.

² Solórzano, Justo. *Los derechos humanos de la niñez*. Pág. 23.

³ Juárez Arroyo, Tulio Ernesto. *La responsabilidad penal de los adolescentes y la inimputabilidad*. Pág. 1.

Es impresionante el contenido y alcance interpretativo de este Artículo, en primer lugar porque el mismo va dirigido a garantizar los derechos de la persona individual, aunque también en el segundo párrafo establece que, "el interés social prevalece sobre el interés particular". Pero esta premisa no será objeto de análisis. En este sentido, hay que tomar en cuenta que el primer párrafo del Artículo citado, se refiere específicamente a los derechos humanos individuales. En segundo, hace una sugestiva revelación, sobre el desconocimiento quizá voluntario, en el sistema de justicia, es decir, la sustracción voluntaria de los operadores de justicia en la debida observancia e interpretación de las normas constitucionales, en relación a la protección integral de la niñez.

Así lo deja entre ver la resolución en apelación de la sentencia de amparo, expediente número 1418-2008, de la Corte de Constitucionalidad, del diez de septiembre de dos mil ocho, que en la parte considerativa conducente dice así: "En ese sentido, al hacer el análisis correspondiente, esta Corte considera que la autoridad impugnada actuó haciendo una interpretación restrictiva del artículo 66 inciso c), de la Ley del Organismo Judicial, que le faculta para rechazar los recursos notoriamente frívolos o improcedentes; tal mandato dirigido al juzgador no puede interpretarse de tal forma, en el sentido de que "en todo caso" el juzgador tendrá la discrecionalidad de rechazar los medios de impugnación puestos a su conocimiento, sino que para llegar a la conclusión del rechazo preliminar, debe haber excluido que con su decisión se vulneren los derechos constitucionales de los sujetos procesales y no simplemente el formalismo del

proceso, interpretando la norma de forma extensiva conforme a lo regulado en el artículo 8º de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (sic)".

Del análisis de esta sentencia se desprende la importancia de la hermenéutica constitucional en relación a los derechos humanos de la niñez y, la necesidad de la observancia y aplicación en materia de protección integral de la Constitución. Esta importancia como lo deja claro el tribunal de amparo, radica en el mismo contenido interpretativo de la norma invocada para fundamentar, el rechazo del amparo interpuesto y garantizar la restitución plena del derecho violado. Esta norma está contenida en el Artículo 8 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El cual dice así:

"Los derechos y garantías que otorga la presente Ley, no excluye otros que aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes. La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Ley deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala".

Si se hace una comparación de este artículo con el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se podrá notar que el mismo, es un extracto casi íntegro del contenido constitucional. Por tanto, considero que este desconocimiento voluntario se justifica si se puede decir así, por el mismo contenido imperativo de la redacción del Artículo 44, y, por el desconocimiento a qué se refiere con esto de los otros derechos, “ahora bien, la única manera de hacer efectivos esos derechos es a través de su aplicación por parte del poder judicial”.⁴ De tal forma que ante el planteamiento y los argumentos precedentes, es necesario que los operadores de justicia, hagan una interpretación hermenéutica de las normas que invocan las partes y que él mismo aplica al caso concreto, sin perder de vista el contexto normativo constitucional, como en la sentencia analizada.

Es precisamente esto lo que hace del Artículo 44 un tanto temible para los operadores de justicia, puesto que si los mismos no están especializados en materia de derechos humanos de la niñez y adolescencia o, por lo menos impuestos de las últimas sentencias en materia constitucional y de la nueva hermenéutica en ese sentido, para ellos será una dificultad interpretar el contexto normativo partiendo de la Constitución.

Por tanto: “El punto máximo de expresión normativa lo encontrará el juez siempre en la Constitución. Esta viene actualizar toda la legislación ordinaria y, por si esto fuera poco, la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza su propia actualización al establecer, en el Artículo 44, que los derechos y garantías que otorga “no excluyen

⁴ Solórzano, Justo. Ob. Cit. Hacia una hermenéutica garantizadora de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Pág. 122.

otros” que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (sic)”.⁵

En ese mismo sentido, La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 9 regula la supremacía de la Constitución y la jerarquía normativa, misma que el juzgador no debe pasar por alto a la hora de hacer la interpretación contextual de los cuerpos normativos, aplicables al caso concreto. Este artículo en el primer párrafo regula: “Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre cualquier ley o tratado...” y, en concordancia con el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el mismo Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial continúa, “...salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno”, es decir, que estos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, pasan a ser parte de estos otros derechos, aunque no figuren en la Constitución.

Queda pues evidente, que la nueva hermenéutica constitucional, es una herramienta imprescindible que todo juez, especialmente aquellos sobre niñez y adolescencia, deben tomar muy en cuenta a la hora de resolver un caso concreto y no solamente limitarse a hacer una interpretación silogística de la norma jurídica. “En consecuencia, la aplicación de las leyes ordinarias deja de ser una simple revisión de premisas, y se convierte en un juicio constitucional de la ley ordinaria al caso concreto”.⁶

⁵Ibid.

⁶Ibid. Pág. 125.

1.2. Vulnerabilidad de la niñez y la adolescencia

Al hablar sobre vulnerabilidad de la niñez no estoy haciendo referencia a la no existencia de una regulación legal sobre protección integral de la niñez, porque como ya lo he dejado apuntado en los apartados precedentes, en la actualidad existe una estructura jurídica en materia de derechos humanos de la niñez, basada en la protección integral y el interés superior del niño, la cual en teoría garantiza la observancia, aplicación y restitución de estos derechos.

Ahora bien, si la observancia y aplicación de estos derechos no se hace efectiva, se considera que la niñez está en un estado de vulnerabilidad de sus derechos, los cuales deben ser restituidos. Es precisamente este punto en que el Estado como el garante de la plena vigencia de estos derechos, se constituye en violador de los mismos, independientemente de que sean personas o instituciones particulares, los que están violentando aquellos derechos.

Por tanto y en consecuencia de lo anterior y, a pesar de la existencia de esta estructura jurídica de protección de los derechos humanos de la niñez, estos en ocasiones se encuentran en un estado tal de vulnerabilidad, que esta misma estructura no puede evitar. Es allí donde radica la importancia y el éxito en la positividad de esta estructura normativa, es decir, en la plena aplicación y observancia de los derechos humanos de la niñez. De tal forma que el interés superior y la protección integral de la niñez como

principios y categorías jurídicas, se constituyen en los pilares para evitar la violación de los derechos humanos de la niñez.

En ese sentido “Se entiende por violación todo incumplimiento, por acción u omisión, de un derecho a través de su no realización (expectativa de derecho) o de su transgresión”.⁷ De esa cuenta y en una forma muy general se entiende por vulnerabilidad, aquella situación; de cuán susceptible es un bien expuesto a ser afectado por un fenómeno perturbador. Es por esa razón que a pesar de la existencia de toda esta estructura normativa jurídica, en la actualidad no puedo afirmar que la niñez y la adolescencia estén gozando plenamente de la protección integral de sus derechos.

Justo Solórzano citando a Binder dijo: “Si vamos a sustituir la hipocresía de la tutela por la hipocresía de las garantías poco habremos ganado”.⁸ Esto pone de manifiesto que hoy la niñez y la adolescencia, sigue siendo víctima de la violencia que sobre ella se genera, especialmente en el ámbito familiar y comunitario donde se desarrolla. La Convención Sobre los Derechos del Niño en el Artículo 4 es explícita al regular: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales, y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional”.

⁷ Solórzano, Justo. *La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia: Una aproximación a sus principios, derechos y garantías*. Pág. 73.

⁸ Solórzano. *Ob. Cit.* Derechos humanos de la niñez. Pág. 31.

Del análisis de este artículo en primer lugar se desprende la necesidad en la creación de las estructuras pertinentes, que permitan mantener la vigencia, positividad, observancia y aplicación de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Es de advertir, que efectivamente en los últimos años se ha visto la creación de estas estructuras, pero también se observa que en materia de protección integral, la niñez aún sigue expuesta a la vulnerabilidad de esos derechos.

En segundo lugar, el Estado de Guatemala se ha obligado a implementar programas económicos, sociales y culturales, que a la vez bien pueden funcionar, en materia penal juvenil, como una forma no represiva de control y prevención social de la transgresión a la ley penal. Lo anterior lo dejaré por el momento como un postulado, puesto que más adelante profundizaré sobre el mismo.

En este orden de ideas, las cuales se sustentan en la doctrina de la protección integral, es imprescindible, que todo asunto relativo a los niños, niñas y adolescentes sea tratado, resuelto y ejecutado partiendo del principio del interés superior del niño. Entendido este, que la única fuente de ese interés superior es el niño mismo. "Para definir ese interés superior debe tenerse presente que su única fuente es el propio niño o niña, es decir, lo que para él o ella significa dicho interés, y no lo que representa para el adulto".⁹

⁹ Solórzano. Ob. Cit. La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia. Pág. 37

1.3. Principio del interés superior del niño

“Al confirmar la preeminencia del principio del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño, en diferentes informes, expresó que éste es el principio “rector guía” en la aplicación de la Convención (sic).¹⁰ Como se puede observar el principio del interés superior del niño como rector guía supone una valoración, por la cual este principio debe ser observado en todo ámbito en donde los derechos del niño, niña y adolescente estén siendo vulnerados, incluyendo por supuesto el ámbito penal.

Esto me hace afirmar que en cuanto al principio, el interés superior en sí mismo, se constituye en una categoría jurídica especial de protección de la niñez en todo el universo normativo, es decir, como el fundamento de garantía, de protección integral y de restitución de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Con lo anterior también puedo afirmar que este principio debe ser observado en relación a los adolescentes en conflicto con la ley penal, partiendo de la interpretación y de su origen constitucional.

Con lo anterior me es necesario hacer patente que como categoría jurídica el interés superior del niño, se constituye de observancia obligatoria, tanto en materia de derechos humanos de la niñez, así como en todos aquellos asuntos en los cuales los niños, niñas y adolescentes pueden ser afectados. Así lo regula el Artículo 3 numeral 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño. “En todas las medidas concernientes a

¹⁰ibid. Pág. 81.

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 al interés superior del niño”.

Es importante considerar lo anterior y especialmente por la naturaleza de la presente investigación, que versa sobre materia penal juvenil, ya que en la actualidad está en discusión la reducción de la mayoría de edad penal, el interés superior debe ser el principio como rector guía que sustente tal discusión, puesto que con esta medida se pretende incorporar al derecho penal para adultos a un grupo etario específico de menores de edad, siendo el parámetro de esta reducción de los 14 a los 16 años de edad. Por lo que puedo anticipar que el estado de vulnerabilidad de este grupo etario se multiplicará exponencialmente.

Esta vulnerabilidad se hace manifiesta, puesto que al hablar de reducción de la edad penal, se hace sobre la base no de la responsabilidad penal en sí misma, sino en la responsabilidad criminal. “La problemática de la edad penal está indisolublemente ligada con la del menor y por tanto también con el juicio de imputabilidad. Ahora bien, tradicionalmente la edad penal ha sido confundida con la edad penal criminal y el centro de la discusión sólo ha estado referido a este límite”.¹¹

¹¹ Bustos Ramírez, Juan **Imputabilidad y edad penal** http://enl.org/portal/biblioteca/penal/penal_juvenil/16.pdf Pág. 8. (07/07/2012).

Puesto que los adolescentes en la actualidad están siendo responsabilizados penalmente por su conducta transgresora, aunque esta responsabilidad es mínima o atenuada como la llama la doctrina de la responsabilidad penal de los menores de edad. "Pero ciertamente la cuestión a debatir es más amplia, pues se trata también de determinar la edad penal en general, ya que como hemos explicado anteriormente también al menor se le hace responsable penalmente (aunque no sea con carácter criminal) (sic)".¹²

En la actualidad, con esta medida se pretende sustraer a este grupo de adolescentes del derecho penal juvenil y trasladarlos al derecho penal para adultos, es decir, a la plena responsabilidad criminal. Pero como ya lo dejé apuntado más arriba, por el principio del interés superior del niño como rector guía en todo asunto en donde se vean involucrados niños, niñas y adolescentes, al Estado de Guatemala no le es posible bajo la actual estructura jurídico-criminal pretender dicha medida, porque por el momento al menos, sigue siendo el garante de la protección integral de este sector de la sociedad.

Por tanto el Estado de Guatemala está obligado a tomar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Así lo reconoce el Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité) al efectuar el examen del contenido del Artículo 4 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

¹²ibid.

“El Artículo 4 exige que los Estados Partes adopten ‘todas las medidas administrativas, legislativas y de otra indole’, para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños” (sic).¹³

Es plenamente comprensible la última parte transcrita del examen del Comité al referirse a que no solamente es el Estado el llamado aunque sí el garante, en la aplicación de la Convención, sino también todos los sectores de la sociedad, pues es en esta, especialmente en la familia y el entorno comunitario de los niños, niñas y adolescentes donde están más expuestos y vulnerables a la violación de sus derechos.

Nuevamente el Comité con esta observación reafirma la calidad de sujetos de derecho de los niños, niñas y adolescentes, puesto que no podría ser de otra forma si lo que se quiere es traducir a la realidad los derechos humanos de los niños, en este mismo contexto la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el considerando cuarto ratifica la condición de sujetos de derecho de la niñez y la adolescencia guatemalteca, al indicar que la Convención Sobre los Derechos del Niño “proclama la necesidad de educar a la niñez y adolescencia en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo”.

¹³ Comité de los Derechos del Niño. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Pág. 1

Para terminar este apartado y como corolario en la necesidad de observar el interés superior del niño, el Comité considera fundamental, "que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de esta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención Sobre los Derechos del Niño, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles".¹⁴

1.3.1. El interés superior y adolescentes en conflicto con la ley penal

"La tendencia en la doctrina y la legislación ha sido la de determinar la imputabilidad desde las ciencias naturales. En las legislaciones antiguas sobre la base de la psiquiatría y posteriormente en relación a la psicología. Sólo modernamente se ha incluido una dirección valorativa y se plantea la imputabilidad como una cuestión a definir normativamente".¹⁵

Es desde esta perspectiva que el derecho y en especial el derecho penal juvenil, ha pasado de ser un mero espectador a ser el actor principal, en el desarrollo y valoración de la responsabilidad penal atenuada de los adolescentes que transgreden la ley penal. Por supuesto que esta valoración tiene como base no la dogmática jurídico-penal, sino

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Bustos Ramírez Ob. Cit. Pág. 1.

los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. A la vez, son las garantías y observancia de estos derechos, los que fundamentan su la aplicación en el interés superior del niño.

Así también he dejado de manifiesto que para la debida observancia, defensa y aplicación de los derechos humanos de la niñez; la interpretación de las normas ordinarias, debe estar en contexto con la interpretación y valoración constitucional de aquellas normas ordinarias. Porque así como la observancia, defensa y aplicación de los derechos humanos de la niñez se basan en los principios de la protección integral y del interés superior, así también toda la estructura normativa para garantizar laprotección o restitución de los derechos humanos de la niñez, tiene que ser sometida a un juicio valorativo constitucional.

No se puede pretender, por el protagonismo actual del derecho penal juvenilen la determinación de la responsabilidad penal del adolescente, que a partir de esa normativa se despoje a los adolescentes de determinada edad de los beneficios de la protección íntegral. Ahora bien tratándose de niños, niñas y adolescentes, no solamente se debe tomar en cuenta, aunque es de cardinal importancia, el razonamiento jurídico, puesto que en estos casos y por la etapa de desarrollo de la niñez, especialmente de los adolescentes, se hace necesaria la consideración de esta etapa en desarrollo, es decir, lo que para él o ella significa su interés superior.

La carga emotiva que supone para un adolescente enfrentar en primera instancia el rechazo de una sociedad, la cual pide a gritos como frente a un enemigo que se reprima a los menores de edad que participan en hechos calificados como delito en el Código Penal, es sin duda alguna traumatizante, por no decir, de permanente efecto en su desarrollo psico-social. Es necesario, “determinar cuáles son las razones que hacen posible que a un sujeto en virtud de un hecho delictivo se le aplique una pena no criminal (sanción o medida) y a otro en virtud del mismo hecho delictivo se le aplique una pena criminal”.¹⁶

Si tomamos en cuenta que es en esta etapa en la que; “El adolescente es una persona que se encuentra en pleno proceso de desarrollo y formación de su personalidad, en él confluyen diversas expectativas e intereses, se inicia la construcción de una experiencia de vida, encontramos a una persona distinta al joven y al adulto, forma parte de un grupo social diferenciado”¹⁷.

Por tanto y aunque parezca extraño, la respuesta que el Estado debe brindar a un adolescente que ha transgredido la ley penal, necesariamente tendrá que estar sustentada en el principio del interés superior del niño, tomando en cuenta esa carga emotiva para el adolescente que envuelve la situación que enfrenta. “Para esto, es conveniente insistir en el drama humano que para un niño o niña implica su relación con

¹⁶ *Ibid.* Págs. 3-4.

¹⁷ Solórzano, Justo. *Ob. Cit.* La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia: una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Pág. 96.

gente que, además de ser extraña, tomará decisiones que afectarán sustancialmente su entorno físico y emotivo, y que marcarán su futuro".¹⁸

Pero si la reacción estatal al fenómeno de la participación de los menores de edad en hechos calificados como delito en el Código Penal, es simplemente reducir la edad de responsabilidad penal, el Estado ciertamente ha caído en una crisis de impotencia jurídica y social en cuanto a los principios que persigue el proceso penal juvenil. Con esta reacción lo único que se está planteando es la negación de garantizarle al adolescente en conflicto con la ley penal, todos aquellos derechos que le asisten y que ahora "forman parte de las categorías de los derechos humanos".¹⁹

En cuanto a este último aspecto es importante resaltar en contenido de la regulación del Artículo 20 segundo párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala. "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".

Ya aquí está plenamente definido cuál es el fin y naturaleza de la sanción aplicable y, el Artículo 240 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, desvalora el argumento a favor de endurecer la represión en contra de los adolescentes trasgresores de la ley penal. "Artículo 240. Las sanciones señaladas deberán tener una

¹⁸ Solórzano, Ob. Cit. Pág. 82.

¹⁹ Palomba, Federico. *Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: un nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad.* Pág. 17

finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen”.

Por otra parte la Convención Sobre los Derechos del Niño en el Artículo 40 numeral 1, establece: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

Pretender reducir la mayoría de edad, sobre la base de la peligrosidad social de los adolescentes que participan en transgresiones a la ley penal, no tiene un fundamento apegado a la realidad, sino más bien es un resabio de la criminología positivista esencialmente basado en las ciencias naturales. “Es por eso que el juicio de inimputabilidad no configura una categoría de personas diferentes (“los inimputables”), como ha surgido tendencialmente desde las posiciones positivistas de la peligrosidad, sino que sólo puede significar dentro de un Estado social y democrático de derecho el enjuiciamiento de su responsabilidad en un orden diferente al penal criminal (sic)”.²⁰

²⁰ Bustos Ramírez. Ob. Cit. Pág. 5.

Es por ello, que basado en el principio del interés superior del niño, la última parte del Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala al referirse a que una ley específica regulará esta materia: es hoy en día esa ley específica, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, puesto que es este cuerpo normativo el que regula, precisamente, la exclusión de los adolescentes trasgresores a la ley penal del derecho penal para adultos, con la consiguiente incorporación de este sector social a una legislación y personal especializado. Tanto las instituciones y del personal que esté involucrado con los adolescentes que violen la ley penal.

Así pues el Artículo 144 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en lo sucesivo LPINA) desarrolla el segundo párrafo del Artículo 20 constitucional así:

“Artículo 144. Principio de justicia especializada. 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, criminología y ciencias del comportamiento, en todos los casos orientada a la adolescencia en conflicto con la ley penal. El adolescente tiene derecho 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. El adolescente tiene el derecho a recibir información clara y precisa de acuerdo a su edad y madurez, de todas las decisiones que se adopten en su contra y sobre la forma y plazo en que éstas puedan ser recurridas”.

Con lo anterior puedo afirmar que cuando se habla de reducir la mayoría de edad penal, no se hace partiendo del punto de vista de los principios que inspiran la protección integral, ni de a quiénes va dirigida la medida, sino desde los estándares de la concepción que tiene el adulto sobre la adolescencia. Puesto que de la interpretación del artículo citado, se puede colegir que la carga emotiva que puede sufrir el adolescente, es el punto de partida para establecer la necesidad y el deber en la formación especializada del personal de las distintas instituciones involucradas.

1.3.2. Doctrina de la responsabilidad penal atenuada y la protección integral

Cuando se habla de responsabilidad penal, inmediatamente se representa la comisión de un delito, es decir, que por responsabilidad penal se entiende; aquella situación jurídico-penal derivada de la declaración judicial en un juicio de reproche, en el cual se ha encontrado culpable a un sujeto de la comisión de un delito. “Las dos valoraciones del derecho penal -contrariedad al derecho y culpa- corresponden a estas dos características esenciales de acción y autoría. A la actividad finalista corresponde la contrariedad al derecho; a la responsabilidad, la culpa (sic)”.²¹

Pero cuando se habla sobre responsabilidad penal del adolescente, no se puede hacer el símil con la responsabilidad penal de un adulto que comete delito. Es por este aparente choque de intereses, que el debate sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, ha pasado del plano puramente criminológico, político y social al

²¹Welzel, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Pág. 37

eminentemente jurídico. Puesto que es en este contexto, donde se puede determinar y comprender la diferencia entre responsabilidad penal absoluta o total y la responsabilidad penal atenuada. A la responsabilidad penal del menor de edad, se le denomina responsabilidad penal atenuada o limitada, en contra posición de la responsabilidad penal de los mayores de edad (entendida esta como edad penal), que se denomina responsabilidad penal plena o total.

Es por esta diferencia (la que se tratará en mayor detalle en el capítulo II de estainvestigación), la teoría de la responsabilidad penal de los adolescentes, basa su desarrollo, no precisamente en los principios que sustentan la teoría del delito, sino más exactamente, en los principios que inspiran la doctrina de la protección integral de los menores de edad y la legislación penal juvenil. Partiendo de la calidad de menor de edad, de quien transgrede la ley penal, sometido a una jurisdicción penal especial o de intervención mínima. Es por esta razón y basado en la doctrina de la protección integral y del interés superior del niño que: “El sistema de responsabilidad penal de los adolescentes tiene que concebirse como una inversión útil y productiva a medio plazo, igual que la salud, la educación y la cultura”.²²

Adelantándome un poco sobre el tema, puedo aseverar que todo debate sobre la reducción de la mayoría de edad penal, tiene que tener un sustento en los principios del interés superior y de la protección integral de la niñez y la adolescencia. No se puede, simplemente trasladar este debate a los postulados del derecho penal para adultos y la

²² Conde Zabala, María J. conclusiones. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes. Pág. 312.

teoría del delito, puesto que estos están diseñados para las consecuencias del delito. Al contrario, la doctrina de la responsabilidad penal de los adolescentes, se concentra en la construcción de un sistema penal juvenil(en el que por supuesto el derecho penal para adultos contribuye en una situación subsidiaria), respetuoso de los derechos humanos de la niñez, de intervención mínima en cuanto a la imposición de sanciones privativas de libertad y de responsabilidad del adolescente que transgrede la ley penal.

De allí pues, se puede iniciar por graduar la responsabilidad del adolescente que infringe la ley penal. "Ante un adolescente infractor, el Estado limita la acción de su potestad punitiva y evita, cuando sea posible, la imposición de una sanción pese a la existencia de una acción típicamente antijurídica de la que el menor de edad ha sido declarado responsable".²³ Pero esta graduación solo se puede lograr cuando al adolescente se le otorga esa calidad de sujeto de derecho, es decir, como actor principal de sus derechos y obligaciones. "Ahora bien, a la persona en cuanto se le reconoce como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y, por cierto, sólo en la medida que se le hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones (sic)".²⁴

Por tanto, es sumamente importante tener en cuenta que en la actualidad esta rama del derecho penal que se denomina derecho penal juvenil, está adquiriendo cada vez más autonomía, puesto que se basa y se desarrolla sobre principios, conceptos y categorías propias. "Entendido al Derecho Penal juvenil de esa forma, éste se configura como una

²³ Conde Zabala. Ob. Cit. Pág. 311.

²⁴ Bustos Ramírez Ob. Cit. Pág. 3.

técnica de tutela de los derechos fundamentales, como una *ley al servicio del más débil*, es decir que *sirve para la protección del débil contra el más fuerte*, del débil ofendido o amenazado por el delito –la víctima- y del débil ofendido o amenazado con la venganza privada o pública –el adolescente delincuente-, esto es lo que le da una legitimidad garantista (sic)²⁵.

1.4. Modelos o sistemas de protección de la niñez y la adolescencia

Por modelo de protección integral se entiende, la respuesta que el Estado proporciona frente a las violaciones a los derechos humanos de la niñez y frente a la trasgresión a la ley penal. Esta respuesta del Estado, siempre estará vinculada al modelo político-ideológico imperante al momento de brindar dicha respuesta. Por supuesto; el modelo a aplicar como respuesta de protección integral, debe hacer distinción entre la niñez y la adolescencia víctima de la violación a sus derechos y el adolescente trasgresor de la ley penal. Pero ambas respuestas deben estar sustentadas en el principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

En ese sentido, a través de la historia se han producido diferentes modelos de protección de la niñez y la adolescencia en los diferentes países, de acuerdo al grado de desarrollo de los mismos y al modelo político-ideológico imperante, en ese sentido cada Estado ha implementado el modelo según sus expectativas. En el caso de Guatemala no fueron aplicados todos los modelos existentes, esto debido precisamente

²⁵ Solórzano León, Justo Vinicio. *Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala*. Pág. 182.

al nivel de desarrollo económico, social y político del país. Los modelos que en el medio guatemalteco se han aplicado para la protección de los menores de edad, son especialmente dos:

El primero de estos modelos, es el denominado sistema tutelar o de la conducta irregular, que rigió en el siglo pasado y los primeros tres años del presente, por medio del incómodo y mal recordado Código de Menores, Decreto número 78-79 del Congreso de la República de Guatemala, el cual no hacía distinción alguna entre niñez y adolescencia ni entre víctima y adolescentes que violaban la ley penal; los menores de edad eran considerados objetos de tutela y cuidados. Así lo declaraba el considerando cuarto del Código de Menores: "...sin desvirtuar su carácter eminentemente social y tutelar".

El segundo sistema o modelo, que es el que actualmente se aplica a la protección de la niñez y la adolescencia, llamado sistema de protección integral, en el cual la niñez y la adolescencia ya no son considerados simples objetos de tutela y cuidados, sino se les reconoce su calidad de personas como sujetos de derecho, protagonistas de su propio desarrollo. El considerando cuarto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia dice así: "La necesidad de educar a la niñez y adolescencia en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, e igualdad, para que como sujetos de derechos se les permita ser protagonistas de su propio desarrollo".

La sustitución del sistema tutelar por el de protección integral, es como consecuencia de la suscripción y ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Con este modelo y la nueva posición de la niñez y la adolescencia, "...se hizo necesaria, imperativa e impostergable la revisión de toda la legislación de menores, especialmente del Código de Menores, para adecuarlo a las necesidades reales y armonizarlo con los postulados de la legislación internacional que ordena la protección integral de los niños".²⁶

1.4.1. Modelo o sistema tutelar o de la conducta irregular

En la tortuosa historia de la intervención del Estado en la protección de la niñez y la adolescencia, hubo un tiempo en el cual no se hacía distinción entre víctima y victimario.

Esto quiere decir, entre los niños, niñas y adolescentes víctimas de la violación de sus derechos y aquellos que violaban la ley penal. La respuesta que el Estado brindaba ante esta situación no hacía diferencia de uno ni del otro, es decir, la respuesta era la misma para ambos casos, puesto que una era la situación de los menores de edad; ellos se encontraban en una situación irregular, ya fueran víctimas o victimarios.

²⁶ Santos de Escobar, Aída Luz. *La nueva ley del menor infractor de El Salvador. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: el nuevo derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad.* Pág. 4.

“Esta idea generalizada, en un momento de la angustiosa historia de los niños y niñas que se encontraban en conducta irregular, sólo les representó la supresión de todas aquellas garantías, que para los adultos estaban y están plenamente vigentes (sic)”.²⁷ A este modelo de intervención se le conoció como el sistema tutelar o de la conducta irregular, a los menores de edad en este sistema se les negaba sobre la base de lo que era mejor para ellos toda libertad y autonomía. En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal se les negaba toda responsabilidad penal, y eran tratados como el peor de los criminales.

Esta conducta irregular definida por el Código de Menores, se basaba sobre una supuesta peligrosidad y no como una consecuencia de la violación de sus derechos humanos. Los menores de edad en esta época eran considerados como objetos de tutela. El Artículo 5 del Código de Menores regulaba: “Se consideran menores en situación irregular, aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro”.

Como se puede observar y de acuerdo a los argumentos anteriores, en esta época solamente bastaba la apreciación subjetiva de quien declarara cualquiera de las situaciones que menciona el artículo citado, para que el menor de edad fuera considerado en situación irregular. Por supuesto, durante todo el tiempo que duró la

²⁷ Juárez Arroyo. Ob. Cit. Pág. 114.

aplicación de este sistema de protección, nunca fue definida satisfactoriamente que se entendía por situación irregular.

“Las bases ideológicas del positivismo naturalista y los movimientos sociales que dieron lugar a los sistemas tutelares de menores a finales del siglo XIX y principios del XX, produjo la negación de la responsabilidad de los menores, sobre la base de la negación de su libertad y su autonomía. Se hurta al menor su responsabilidad, y con ello se le niega su autonomía como persona, su libertad y su dignidad, convirtiéndole en mero objeto de tutela estatal”.²⁸

Era tal la situación de los menores de edad en el sistema tutelar de protección, basado en un estado de peligro que requería la intervención clínica del Estado, el cual los trataba como simples objetos de cuidado. Ahora bien, tratándose de un menor de edad del que se alegaba había violado la ley penal, se hace aún más evidente el trato como un objeto que se le daba, así lo dejaba ver el Artículo 33 del Código del Menores. “El Juez oirá en el mismo momento al policía que hubiere hecho la aprehensión y al menor y dispondrá lo relativo a su depósito en lugar adecuado o su libertad”.

Por supuesto que este lugar adecuado, se refería a un internamiento por todo el tiempo que fuere necesario para la readaptación y cura del menor de edad de conducta irregular, pero en este caso como consecuencia de violar la ley penal y no por estar en un inminente estado de peligro. El Artículo 6 del Código de Menores nos da la pauta

²⁸ Etxebarria Zarrabeitia, Xabier. La ley de responsabilidad penal de menores (LO 5/2000): Antecedentes, contexto, principios inspiradores y aspectos más destacables de la regulación. En *Sistemas de responsabilidad penal para adolescentes*. Pág. 29.

para considerar a qué lugares adecuados de depósito se podía llevar al menor de edad: “Los menores son inimputables de delito o falta, sus actos antisociales son trastornos de conducta que requieren de tratamiento especializado y no de acción punitiva”.

Es pues evidente y un tanto desgarradora la redacción de este Artículo, como la del 33, puesto que desde el momento en que el legislador introdujo en el primero las palabras: “sus actos antisociales son trastornos de conducta”, eminentemente se está refiriendo a estados puramente patológicos; y en el segundo al indicar que en cuanto al menor se “dispondrá lo relativo a su depósito”, no se puede más que representar que se está refiriendo a un objeto, esa es la acepción que le da el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, 22ª edición.

Está claro pues, que mientras duró la vigencia del Código de Menores, al menor de edad se le violaron flagrante y sistemáticamente sus derechos. En este sentido, puedo afirmar que la aplicación de este Código, tanto bajo la Constitución de 1965, como en la que actualmente está en vigencia, fue en clara oposición a las normas constitucionales. Al afirmar la violación constitucional, por medio de la aplicación de estos artículos del Código de Menores, tanto en la Constitución de 1965 como en actualmente vigente, lo hago, basándome en los Artículos 43 de la Constitución de 1965; y, 1º; 2º; 3º; 4º; 20; y, 44 de la actual Constitución Política de la República de Guatemala.

Esta sistemática violación constitucional bajo el sistema de protección de la conducta irregular, solo contribuyó, a que a una generación de menores de edad les fueran literalmente anulados todos los derechos y garantías que para los adultos estaban plenamente vigentes. "El modelo tutelar se caracteriza, sintéticamente, por su origen ideológico positivista, por la interpretación causal del comportamiento humano, el carácter terapéutico de la intervención pública, la intervención sobre un amplio elenco de conductas no estrictamente delictivas, sino sintomáticas de un estado peligroso, la confusión de actividades de respuesta al delito y protección social...(sic)".²⁹

En este sistema los menores de edad víctimas de la violación de sus derechos, como los que violaban la ley penal, se convirtieron ambos en víctimasdobles del mismo sistema que les debía protección. Este modelo de protección de la niñez y la adolescencia solamente significó la exclusión de los menores de edad del sistema de derechos y garantías constitucionales, tanto sustantivas como adjetivas. "Las medidas tutelares que establecía la antigua doctrina de la situación irregular, en lugar de constituir mecanismos de protección de sus derechos, se convirtieron en mecanismos de castigo...(sic)".³⁰

²⁹ López, Patxi. El modelo de ejecución de justicia juvenil en la comunidad autónoma del país Vasco. Plan para la ejecución de medidas. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes. Pág. 207.

³⁰ Solórzano. Ob. Cit, Los derechos humanos de la niñez. Pág. 19.

1.4.2. Modelo o sistema de protección integral

Con la abolición definitiva del sistema tutelar de la conducta irregular basado en un estado patológico de peligro, en que la niñez era tratada como objeto de protección, surge como el ave fénix de sus propias cenizas un nuevo sistema; más humano, más representativo; más próximo a la realidad de la niñez y la adolescencia. Este sistema ofrece una respuesta garantista y respetuosa de los derechos humanos de la niñez, que basa su aplicación, no en la situación patológica irregular de este sector social, sino en el interés superior del niño.

He de advertir que este concepto de interés superior, no se acuña con este nuevo sistema, el mismo aunque de una manera tímida, fue enunciado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, es así que en el principio 7 segundo párrafo de dicha Declaración, indica: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...".

Es por eso que en esta investigación, considero que el principio del interés superior del niño es el soporte en el cual, se construye todo el edificio de la doctrina de la protección integral y de la responsabilidad penal atenuada de los adolescentes que transgreden la ley penal. El modelo o sistema de protección integral está íntimamente ligado al sistema de responsabilidad penal atenuada de los adolescentes, la anterior afirmación la sustento en el entendido, que el adolescente trasgresor, si bien es cierto, se encuentra en un estado de colisión entre su conducta y la respuesta que el Estado debe

observar ante esa conducta, también es cierto que a pesar de ello, el Estado debe garantizar al adolescente el respeto y el goce de los derechos humanos de toda persona sometida a la jurisdicción penal, y además todos aquellos derechos propios de la niñez y la adolescencia.

En este sentido el sistema de protección integral asume una doble función: Por un lado como sistema de protección integral propiamente dicho frente a la violación o restitución de un derecho violentado de la niñez víctima; y, por el otro como un sistema de protección integral frente a la respuesta estatal a la trasgresión a la ley penal, con el objeto de garantizar al adolescente sometido a la justicia penal juvenil, se observen los objetivos socioeducativos del proceso y la sanción penal juvenil.

El Artículo 142 de la LPINA, al respecto regula: “Desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los adolescentes les serán respetadas las garantías procesales básicas para el juzgamiento de adultos, además, las que les correspondan por su condición especial. Se consideran fundamentales, las garantías consagradas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en los instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y en las leyes relacionadas con la materia objeto de esta ley”.

Como se puede observar, de la interpretación de este artículo puedo extraer que lo que la legislación de adolescentes en conflicto con la ley penal persigue, no es causar al transgresor un doloroso y estigmatizante proceso penal, por eso es necesario que el sistema penal de adolescentes sea respetuoso de los derechos humanos de los transgresores en particular y, de los adolescentes en general. “El desafío que afronta la construcción de un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos humanos en general y de los derechos de los adolescentes en particular, no se agota entonces en una reforma normativa, sino que requiere herramientas institucionales y comunitarias que permitan consolidarlo y sostenerlo en las prácticas cotidianas (sic)”.³¹

Ahora bien, la evolución de los derechos humanos de la niñez y su reconocimiento internacional, se basa principalmente en la vulnerabilidad y el alto riesgo, así como en la cotidiana realidad en la que se desarrollan los niños, niñas y adolescentes. Es decir, en la necesidad de protección de este sector social, porque cuando se habla de vulnerabilidad de los derechos humanos, se hace referencia a la situación de una sistemática, impune y silenciosa violación a los derechos humanos. En el caso de la niñez y la adolescencia esta vulnerabilidad se agrava exponencialmente, debido a su calidad de personas en pleno crecimiento y desarrollo.

³¹ UNICEF. *Adolescentes en el sistema penal: Situación actual y propuestas para un proceso de transformación*. Pág. 63. http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf. (10/07/2012).

Porque en estos casos la edad, es decir, la condición de personas menores de edad, los coloca como uno de los sectores de la sociedad con mayor grado de vulnerabilidad de sus derechos humanos. Es por esa razón que el modelo o sistema de protección integral, se basa en el irrestricto respeto a la dignidad de los menores de edad, en cuanto a una protección integral preferente. "Asimismo, todo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se basan en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan (sic)".³²

1.5. Valoración final

La necesidad de hacer un análisis de las condiciones adecuadas en el cual todo debate sobre la reducción de la mayoría de edad penal, sin lugar a dudas, debe ser discutido desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral y de la responsabilidad atenuada del adolescente que transgrede la ley penal. Porque el fundamento del conocimiento y comprensión de los derechos humanos de la niñez, se deriva del conocimiento y comprensión de lo que para el propio niño, niña y adolescente significa su interés superior y el sentido de su dignidad. Puesto que solo de esta forma se podrá estar en la capacidad de comprender en toda su dimensión el significado de vulnerabilidad y alto riesgo. A todo esto, se tiene que tomar en cuenta que el sistema de justicia penal juvenil, es un modelo que se basa en la condición de persona del menor de edad; en la responsabilidad penal atenuada; y, respetando plenamente la dignidad

³² Noriega Alcalá, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos humanos. Pág. 73.

intrínseca del adolescente transgresor en particular y del adolescente en general. Este sistema es eminentemente garantista y de mínima intervención.

Toda interpretación que se haga sobre las normas que desarrollan los derechos de la niñez y la adolescencia, debe hacerse desde la óptica de la nueva hermenéutica constitucional, es decir, la base interpretativa de las normas ordinarias está en la Constitución misma y en los convenios y tratados en materia de derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Estos últimos con preeminencia sobre el derecho interno.

En este sentido, en cualquier asunto donde se vean afectados o se puedan afectar los derechos humanos de la niñez, toda valoración del ordenamiento jurídico ordinario en materia de niñez o donde hayan niños, niñas o adolescentes como partes afectadas, directa o indirectamente por cualquier decisión judicial, debe hacerse primordialmente atendiendo al interés superior del niño, incluidas, por supuesto, aquellas valoraciones y decisiones, que se tomen como consecuencia de la transgresión a la ley penal.

CAPÍTULO II

2. Fines del derecho penal y del derecho penal juvenil

Pareciera una contradicción o un gasto innecesario de ideas, tratar sobre los fines del derecho penal y del derecho penal juvenil, pues bien, no lo es, porque tanto uno como el otro, persiguen fines total y diametralmente diferentes. En este sentido, me referiré especialmente a los fines de la consecuencia jurídica del delito; frente a los de la consecuencia jurídica de la transgresión a la ley penal (concepto utilizado para designar la violación de la ley penal por un adolescente).

Ahora bien, la discusión sobre los fines del derecho penal juvenil, frente a los fines del derecho penal, son más amplios y en un momento dado pueden ofrecer conclusiones mucho más complejas, de tal manera, que en este apartado, me referiré especialmente y para comprender mejor, a las diferencias entre los fines de la sanción penal juvenil y de la pena.

Puesto que derivado de la discusión de los fines de la sanción penal juvenil, se puede comprender, la inconveniencia de reducir la mayoría de edad penal, y la conveniencia de fortalecer los fines de la sanción penal juvenil, frente a la represión estatal que representa la pena. Entendida la mayoría de edad penal (o simplemente edad penal), como la plena capacidad del sujeto a que se le imponga, coactivamente una de las penas previstas en el Código Penal, por la comisión de un delito. En este sentido,

considero de suma importancia la puntual diferenciación de estos dos sistemas sancionatorios en materia penal.

La evolución del derecho penal entre otras, ha sido la evolución de las ideas penales sobre la pena y las medidas de seguridad, es decir, un derecho penal de doble vía. “El Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.³³

Por el contrario el estudio y definición de los fines del derecho penal juvenil y la consecuencia de la transgresión a la ley penal, es decir, la sanción penal juvenil impuesta al adolescente responsable de una transgresión a la ley penal, va dirigido a los fines de la sanción penal juvenil, que en todo caso será una sanción socioeducativa. “La discusión sobre el tipo de pena o sanción a imponer a los adolescentes que cometen un hecho delictivo, está íntimamente vinculada con la discusión de los fines del Derecho Penal juvenil (sic)”.³⁴

En este sentido, el Código Penal de Guatemala en el Artículo 62 al tratar lo relativo a la pena y su aplicación regula: “Salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado”. Por el contrario la LPINA en el Artículo 240, al regular la finalidad de las sanciones a imponer al responsable de una transgresión a la ley penal dice así: “Las sanciones

³³Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general: fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Pág. 41.

³⁴Solórzano. *Ob. Cit.* Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala. Pág. 177.

señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen”.

Como se puede observar y de acuerdo a los argumentos anteriores, tratar aquí sobre los fines del derecho penal y del derecho penal juvenil, se orienta a la necesidad de distinguir, el ámbito de aplicación de uno y otro. De los fines que persigue la pena y las medidas de seguridad en cuanto al primero y, los fines que persigue la aplicación de las sanciones penales juveniles del segundo.

Es por eso que en los apartados siguientes, tratare de encausar mis argumentos a diferenciar los fines de la pena, de los de la sanción penal juvenil. Porque de esta forma estaré en mejor posición para afirmar la inconveniencia de sustraer a un grupo de adolescentes del sistema penal juvenil y trasladarlos al sistema penal para adultos.

2.1. Finalidad de la pena

La pena es la principal consecuencia jurídica de la comisión de un delito, la expresión más alta del poder punitivo del Estado. La pena es una forma de control social y de defensa social por excelencia contra el delito; por un lado, la pena sirve como prevención general tratando de disuadir a la colectividad, a no delinquir, esto es, a todos aquellos que han alcanzado la edad penal, como retribución al daño causado; y,

por el otro como prevención especial, en la ejecución de la pena resocializadora del delincuente.

En Guatemala la mayoría de edad penal se alcanza paralelamente con la mayoría de edad civil, es decir, cuando la persona cumple los diez y ocho años de edad. El Artículo 8º del Código Civil en la parte que interesa regula: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años".

En este sentido, es de advertir que en el Código Penal no se regula la mayoría de edad penal, pero de la interpretación a contrario del Artículo 23 numeral 1, se desprende que la edad de responsabilidad penal, se alcanza con la mayoría de edad civil. "Artículo 23. No es imputable: 1. El menor de edad". Por tanto, del contenido de lo anterior se puede inferir a contrario que; si el menor de edad no es imputable, el mayor de edad en principio, sí lo es.

De tal forma, que del contenido de los artículos citados, en Guatemala la conminación de la pena, solo va dirigida a quienes han alcanzado la mayoría de edad civil, que en todo caso también será la mayoría de edad penal. La pena entendida así, tiene un doble fin. En primer lugar; como prevención general dirigida a los ciudadanos que no han delinquido, con la amenaza de imposición de una pena como consecuencia de la comisión de un delito. En este sentido la pena va dirigida como ya lo advertí anteriormente, a todos aquellos ciudadanos que han adquirido la mayoría de edad. "La

Pena es la manifestación más violenta del poder del Estado que se manifiesta sobre las personas".³⁵

En segundo lugar; como prevención especial sobre el delincuente, que se manifiesta en el momento de la ejecución de la pena. "Para los partidarios de la "seguridad jurídica", la pena tendría efecto primariamente sobre los que no han delinquido, como prevención general. Para los partidarios de la "defensa social" la pena tendría efecto primariamente sobre el delincuente, esto es, como prevención especial. Con la prevención general se pretende que el que no delinquirá no delinca, y con la prevención especial se pretende que el que delinquirá no vuelva a hacerlo. La pena entendida como prevención general será básicamente retribución (concepto retributivo de la pena), en tanto que como prevención especial tendría efecto resocializador (concepto resocializador de la pena) (sic)".³⁶

En todo caso la pena conlleva en si misma, un fin de resocialización y de retribución, la que se aplica independiente de la voluntad de quien la padece y será siempre violenta, puesto que priva al individuo de uno de los bienes más preciados en la sociedad, su libertad. "El fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana (ineficaz)".³⁷ "El fin de la pena tiene que partir de la función compensatoria de la pena, en cuanto la pena sirve a la justa retribución del injusto y la culpabilidad, sin perjuicio de que ello satisfaga

³⁵ Vargas Torres, Luz María. Las penas y las medidas de seguridad consecuencia del delito en México. http://www.letasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos10/luz_vargas.pdf. (30/07/2012).

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal: parte general. Tomo I. Pág. 43.

³⁷ *Ibid.*

también las exigencias de la comunidad. Pero también satisfacer las necesidades de prevención especial, esto es, el tribunal ha de considerar a la pena como medio para reconducir al reo hacia una vida ajustada a la ley y ordenada”.³⁸

Por supuesto que esta injerencia del Estado derivada de su facultad punitiva, es decir, de imponer una pena por la comisión de un delito, tiene sus límites, ya que esta facultad del Estado, es a la vez su propio límite. Este límite se encuentra en el contenido normativo del Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que consagra el principio de legalidad. “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. Por tanto, el límite de la coerción penal del Estado está asegurado por la Constitución Política de la República de Guatemala, esto no podría ser de otra manera ya que el Estado no puede concederse asimismo y sin límite, tal facultad.

“El límite a la coerción penal debe establecerse determinando en, primer lugar sobre qué acciones o conductas puede recaer esa coerción y, en segundo lugar, cuál puede ser la cuantía de la misma, es decir, de qué bienes jurídicos y en qué medida se puede privar al coaccionado”.³⁹De lo expuesto hasta el momento se pueden extraer algunos argumentos necesarios para determinar, que la finalidad de la pena, siempre se impone de forma coercitiva, en contra del coaccionado y que siempre es violenta, pues se priva a este de su libertad y de otros derechos que como ciudadano posee. “Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin

³⁸Ibid.

³⁹Ibid. Pág. 35.

exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración (sic)".⁴⁰

Es de advertir de lo expuesto, que la pena no puede exceder del límite impuesto por el principio de legalidad, ni tampoco dejar de observar las garantías que asisten al imputado hasta probar su culpabilidad, y ya en la ejecución de la pena. Por tanto y dentro de los fines que persigue la pena, como ya lo he dejado expuesto está el fin resocializador, este en sí mismo, tiende a conminar por la imposición de la pena y su cumplimiento (prevención especial), a que el delincuente no vuelva a delinquir, es decir, ser incorporado a la sociedad, si se le puede llamar así, arrepentido y con el convencimiento de no delinquir más.

El Artículo 2 de la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto Número 33-2006 regula: "El Sistema Penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de las personas privadas de libertad y cumplir con las normas que le asigna la Constitución Política de la República, los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que Guatemala sea parte así como lo dispuesto en las demás leyes ordinarias". Es pues un fin en sí mismo de la pena ya en la etapa de ejecución, que tiende a readaptar socialmente al delincuente con la esperanza de que al salir de prisión no vuelva a violentar el orden jurídico penal.

⁴⁰ Von Liszt, Fran. La idea del fin en el derecho penal. Pág. 106.

Este fin de la pena como prevención especial y según el análisis del artículo citado, persigue crear en el delincuente una conciencia valorativa de que con su conducta no puede ser parte del proceso de desarrollo en la sociedad. Toda vez que por readaptación social se entiende aquí; abandonar la actividad criminal.

2.1.1. Fundamento de la pena

El Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, define en una de sus acepciones, fundamento, de la siguiente forma: “Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo”.⁴¹ De tal forma que la razón principal o el motivo por el cual se determinan las penas o las medidas de seguridad aplicables a un caso concreto, es sin lugar a dudas la contravención al orden jurídico penal, es decir, aquella acción, típica, antijurídica y culpable, en su definición más sencilla, pero aceptada por unanimidad de delito. “En principio, no hay dudas que la ley es la ayuda para encontrar cuál es el fundamento real de las sanciones jurídico-penales”.⁴²

Por tanto, la fundamentación de la pena la encontramos, como consecuencia por la comisión de un delito, toda vez que este esté debidamente regulado por ley, anterior y previa. Asimismo y debido a la condición lógica de la estructura del tipo, la consecuencia del delito, es decir, la pena. “En este punto es dable decir que el principio *“nullum crimen sine lege”*, es un límite que el Estado liberal-democrático ha impuesto

⁴¹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 22ª edición electrónica.

⁴² Donna, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad. Tomo I. Pág. 19.

para garantía de los individuos, consistente en que la ley penal debe ser escrita y anterior al hecho del proceso (sic)".⁴³

Es importante para el desarrollo de esta investigación, la delimitación exacta y puntual de estos temas, ya que con ello pretendo ir trazando mi opinión y crítica a la reducción de la mayoría de edad penal. Puesto que como lo he dejado notorio en los apartados supra, uno de los fines que persigue el derecho penal, en primer lugar es la prevención general y especial con la conminación de la pena, y en segundo lugar; la descripción de los diferentes tipos penales, como fundamento de la aplicación de la pena, si se toma debidamente en cuenta el principio de legalidad.

En este sentido y de acuerdo con Edgardo Alberto Donna: "Para la aplicación de las sanciones y de las medidas, son dos los fundamentos a tener en cuenta: el delito, por una parte, y la peligrosidad, por la otra. Sin embargo, tanto científica como legalmente, sólo el delito es fundamento real de las sanciones penales. Esta afirmación descarta, desde el principio, que la peligrosidad sin delito pueda ser fundamento de aquéllas (sic)".⁴⁴

⁴³Ibid. Pág. 6.

⁴⁴Ibid. Pág. 19

2.2. La sanción penal juvenil

Si la pena aplicable a la persona responsable de la comisión de un delito, tiene como finalidad de prevención especial, readaptar al delincuente para que se incorpore a la sociedad, con la convicción de no delinquir más. Tal conminación no pretende formar en el delincuente una personalidad, puesto que esta, ya está plenamente desarrollada o por lo menos eso pretende mostrar la ley, al considerar mayores de edad a las personas que han cumplido los diez y ocho años de edad. Por supuesto que la imposición de la pena debe estar regulada en la parte especial del Código Penal, como la consecuencia del delito cometido.

En este orden puedo afirmar que solamente las penas que regula el Código Penal, determinadas en el correspondiente tipo penal que describe el delito, pueden ser aplicables. "Sólo la acción descrita en la ley puede ser eficaz para la aplicación de sanciones. Ni la forma de ser de una persona, ni sus ideas, en tanto y en cuanto no se concreten en actos lesivos a las normas, pueden llevar a la imposición de sanciones y menos aún de medidas de seguridad de tipo penal (sic)".⁴⁵

Así que, en contra posición a lo anterior y trasladado específicamente a la sanción penal juvenil, que tiene como fundamento la transgresión a la ley penal, su tratamiento y estudio sale del ámbito del derecho penal para adultos. Esta consideración, conduce a afirmar no obstante, en todo caso, que por el principio de legalidad consignado en el

⁴⁵Ibid. Pág 20

Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la transgresión a la ley penal tiene que estar tipificada en el Código Penal como delito, de lo contrario, no existe tal transgresión. Esto por otro lado supone; que si bien la transgresión tiene que estar tipificada como delito, ello no implica que la sanción aplicable sea la pena que se contempla para el delito cometido.

En este sentido la Convención Sobre los Derechos del Niño en el Artículo 40, numeral 2, literal a) establece: "Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron". Es evidente por la redacción de este artículo, que se está refiriendo al principio de legalidad, el cual comentamos más arriba. Es importante en todo caso, tener presente lo anterior porque de ello se puede establecer al mismo tiempo, que el citado Artículo hace claramente la distinción entre la transgresión a la ley penal y el delito propiamente dicho, establece un principio de legalidad de la sanción propio del derecho penal juvenil (Artículo 145 de la LPINA).

En cuanto a las sanciones aplicables, el mismo Artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en el numeral 4 se regula: "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones,

para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Es interesante la redacción de este numeral, porque derivado del mismo el Estado de Guatemala se ha obligado como Parte de la Convención, a darle efectiva aplicación y tomar todas las medidas específicas para promover un tratamiento especial al adolescente de quien se alegue transgredió la ley penal y, por supuesto definir claramente las medidas a imponer. Ello en el entendido que las medidas a que se refiere el Artículo 40, no se les puede denominar propiamente penas, sino sanciones socioeducativas (Artículo 240 de la LPINA).

Otro aspecto importante y significativo que se puede extraer de la interpretación de este artículo es que, atrevidamente si se puede considerar así, consigna el principio de proporcionalidad (Artículo 157 la LPINA), al que después de hacerle un análisis lacónico, puedo asegurar (aunque esto se tratará en detalle en otro apartado) que el contenido y alcances del mismo, no es precisamente lo que el derecho penal le asigna. Lo anterior es debido a la calidad y naturaleza de las sanciones penal juveniles y principalmente a la calidad del sujeto, que siempre será un menor de edad, que como ya quedo expuesto, las sanciones penales juveniles no persiguen ningún tipo de control o defensa social, es decir, de prevención o de retribución.

Ahora bien, el Artículo 145 de la LPINA, consigna específicamente lo que se puede considerar, dentro de la doctrina de la responsabilidad penal atenuada, como el principio de legalidad en materia penal juvenil, el cual dice así: "Ningún adolescente podrá ser sometido a un proceso por hechos que no violen la ley penal. Tampoco podrá ser sometido a procedimientos, medidas ni sanciones, que la ley no ha establecido previamente". En primer lugar; el artículo citado hace referencia específica a lo que he venido explicando, en el sentido que toda transgresión a la ley penal, para que se le pueda imputar a un adolescente tiene que ser una consecuencia de la violación a la ley penal (Código Penal).

En segundo lugar; y en esto, quiero hacer énfasis especial, para no caer en contradicciones e interpretaciones equivocadas, porque el asunto es delicado y amerita un análisis más sereno. Puesto que, cuando el artículo en mención indica que los adolescentes en conflicto con la ley penal no podrán ser sometidos a "medidas ni sanciones, que la ley no haya establecido previamente", no se está refiriendo, como podría interpretarse, por la simple lectura, a las penas previstas en el Código Penal. Por supuesto, el anterior argumento, es en el entendido, que el mismo va dirigido a defender y probar mi hipótesis sobre la inconveniencia de reducir la mayoría de edad penal, y su consecuente perjuicio para los adolescentes en general y para los transgresores de la ley penal en particular.

Derivado del argumento anterior, y en esto quiero ser enfático, que las sanciones referidas son exactamente las establecidas en la LPINA, pues es a esta ley a la que hace referencia el artículo analizado. Por tanto y de acuerdo al principio de legalidad de las sanciones, las únicas sanciones que se pueden imponer al adolescente que transgrede la ley penal, son las que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula. Estas sanciones son principalmente un fin estrictamente educativo, en sí mismas.

2.2.1. Fines de la sanción penal juvenil

En materia penal juvenil y de adolescentes en conflicto con la ley penal, los conceptos, principios y categorías, tienen una definición y especificación especial, toda vez que esta rama sancionatoria, basa su desarrollo en el desarrollo de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, que a la vez se sustentan por los principios y categorías de la protección integral y del interés superior del niño.

Era necesaria la aclaración anterior, antes de entrar al contenido de este apartado, puesto que es notorio por los argumentos esgrimidos hasta el momento, que discutir la reducción de la mayoría de edad penal, para incorporar a un grupo etario específico de menores de edad (Artículo 136 de la LPINA), al derecho penal para adultos, es nada más y nada menos que una propuesta sin un sustento científico claro y definido. Al contrario, me parece que es una acción desesperada de la impotencia del Estado, a

poner en marcha acciones concretas que aseguren a los adolescentes en conflicto con la ley penal, un efectivo desarrollo como sujetos de derecho.

En este mismo sentido y en una reciente visita, de algunos jueces y juezas de ejecución de sanciones penales juveniles a uno de los centros de internamiento para adolescentes en conflicto con la ley penal, el diario Prensa Libre publicó. "En esas condiciones, aunque no hay ventanas porque están rotos los vidrios, los olores fétidos son muy fuertes y difíciles de soportar", expresó Verónica Galicia, Jueza de Ejecución (sic)".⁴⁶

De tal forma que no se puede hablar de hacer reformas estructurales y complejas como la que se pretende, sobre reducir la edad de responsabilidad penal, si el sistema de ejecución y cumplimiento de las sanciones socioeducativas no cumple con los objetivos que la Convención y la LPINA le han trazado (Artículos 37; 40 de la Convención y 144; 146 y 148 de la LPINA).

Porque, cómo se puede pretender por una simple falta de voluntad política o de ineficacia administrativa en la consecución de los fines de la sanción penal juvenil, si estas en la etapa de ejecución no están dando los resultados según el espíritu de la LPINA y la Convención. En estas circunstancias, no se puede concluir que la forma más eficaz de reducir la participación de menores de edad en hechos constitutivos de delito, sea trasladarlos a la jurisdicción penal para adultos, para aplicarles las penas que

⁴⁶Valdez, Sandra. http://www.prensalibre.com/noticias/comunitario/Adolescentes-carecen-proyectos-sociales_0_746925340.html. (31/07/2012).

establece la parte especial del Código Penal por el delito cometido. Es decir, reprimir a los adolescentes trasgresores, basados en el principio de que "a mayor culpabilidad, mayor pena"⁴⁷, con lo cual, no se logrará alcanzar el resultado pretendido.

Pero cuando se aborda el tema basado en la protección integral y el interés superior del niño, una adecuación estructural como la pretendida no puede más que ser rechazada, porque si se analiza con detenimiento la LPINA, se podrá observar lo complejo que sería una reforma de garrafal inconsistencia y complejidad. El Artículo 134 de la LPINA regula: "Se aplicarán las disposiciones de este título a todos los adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, así como a los que en el transcurso del proceso cumplan con la mayoría de edad. Igualmente se aplicará cuando los adolescentes sean acusados después de haber cumplido la mayoría de edad; siempre y cuando el hecho haya ocurrido dentro de las edades comprendidas para aplicarles esta ley".(Artículo 133 de la LPINA).

Es de advertir la importancia del alcance y proyección de esta regulación en relación con la protección integral preferente, que el sistema de responsabilidad penal atenuada otorga a los menores de edad que transgreden la ley penal, porque les está asegurando un tratamiento basado en el sentido de su propia dignidad y el interés superior, ya que al extender la vigencia de esa protección, aun después de haber cumplido la mayoría de edad, tanto durante la sustanciación del proceso o cuando se le acuse de una trasgresión a la ley penal, los sistemas de protección integral y de responsabilidad penal

⁴⁷ Boja, Emiliano. *La inimputabilidad de los menores de edad y sus consecuencias jurídicas*. En *inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes trasgresores de la ley*. Pág. 81.

atenuada, reconocen en el adolescente su calidad de persona en pleno proceso psicosocial de desarrollo, como sujeto de derechos y responsabilidades.

Otro aspecto relevante de esta regulación aunque no lo menciona, pero que se puede inferir es, que si el adolescente que está cumpliendo alguna sanción privativa de libertad y llega a la mayoría de edad, no se le traslada a un centro de cumplimiento de penas destinado para adultos. En ese mismo sentido, es el Artículo 161 de la LPINA el que regula tal situación: "Si el adolescente privado de libertad cumple dieciocho (18) años de edad durante su internamiento, deberá ser ubicado separadamente de los adolescentes o ser trasladado a un centro especial para este fin. Por ningún motivo será trasladado a un centro penal de adultos".

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en lo relativo a adolescentes en conflicto con la ley penal, privilegia especialmente el desarrollo integral y permanente del sancionado a la creación del sentido de su responsabilidad y el valor, tanto frente a la familia como a la sociedad. Es por esa razón que la LPINA, extiende los beneficios de la protección integral a los adolescentes en conflicto con la ley penal, aun después de haber cumplido la mayoría de edad, precisamente en la búsqueda y consecución de los fines y objetivos de la sanción penal juvenil.

La incorporación de un sector de adolescentes a partir de determinada edad al sistema de responsabilidad penal para adultos, es incompatible con la etapa en desarrollo llamada adolescencia. Es por esa misma razón que los fines principales y mínimos de la sanción penal juvenil, pretenden desarrollar en el adolescente transgresor un sentido firme de su responsabilidad, no están dirigidos a la retribución o prevención, tampoco son represivos ni estigmatizan al adolescente transgresor.

En la actualidad, no se puede afirmar que la sanción penal juvenil está cumpliendo con su finalidad sustentadora, la de ser socioeducativa. “Durante una reciente visita al Centro Juvenil de Privación de Libertad para Varones Etapa 2, dos jueces de Adolescentes en Conflicto con la Ley y un diputado lograron establecer la carencia de terapias de reinserción a la sociedad, ocupación y capacitación para los jóvenes reclusos en ese lugar (sic)”.⁴⁸

Con lo desarrollado hasta el momento, y teniendo en cuenta que la finalidad de la sanción penal juvenil (Artículo 240 de la LPINA) y su idoneidad (principio de proporcionalidad, Artículo 157 de la LPINA), marcan un límite al poder represivo y punitivo del Estado, su objeto principal es la ser socioeducativa, según el primer párrafo del Artículo 255 de la LPINA, que establece: “La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan al adolescente, sometido a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y

⁴⁸ Valdez, Sandra. ob. cit. (31/07/2012).

la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y el sentido de su responsabilidad".

Siendo los objetivos mínimos de la sanción penal juvenil, según el mismo Artículo 255 de la LPINA:

- a) Satisfacer las necesidades básicas de la persona sancionada.
- b) Posibilitar su desarrollo personal.
- c) Reforzar su sentido de dignidad y autoestima.
- d) Fomentar la participación del adolescente sancionado, en la elaboración y ejecución de su plan individual y proyecto educativo y de cumplimiento.
- e) Minimizar los efectos negativos que la ejecución de la sanción pudieran provocar en la vida futura del adolescente.
- f) Fomentar, cuando sea posible y conveniente, los vínculos familiares del adolescente.
- g) Promover contactos directos e indirectos entre el adolescente y la comunidad local y sociedad en general".

Ante tal enumeración ideal de los fines y objetivos de la sanción penal juvenil y la desgarradora realidad que viven los adolescentes que están cumpliendo una sanción de privación de libertad, es casi imposible encontrar la fórmula adecuada para determinar con exactitud y en doble vía: por un lado cuáles son las causas de tan incongruente situación; y, por el otro, cuáles son los resultados de la aplicación y ejecución actual que las sanciones penal juveniles. y si los partidarios de reducir la

mayoría de edad penal, toman en cuenta dichos resultados para sustentar sus argumentos.

Pero adelantándome a la respuesta y basado en lo que hasta el momento he expuesto, puedo decir; que la incongruencia entre la realidad y los objetivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de educar en responsabilidad a los adolescentes en conflicto con la ley penal, es precisamente, por la inobservancia y aplicación positiva de esta a los casos concretos y, la inexistencia de una infraestructura física e institucional adecuada para alcanzar objetivamente los fines de la sanción penal juvenil.

De lo anterior también se desprende como están las cosas en la actualidad, al adolescente trasgresor se le está castigando antes de procurarle un desarrollo permanente. "... Se funda en la idea político criminal de que, pesa a ello, es más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico que el puro castigo".⁴⁹

2.2.2. Fundamento de la sanción penal juvenil

Como ya lo dejé anotado arriba, el fundamento de la pena, es sin lugar a dudas la ley penal, y como consecuencia de la comisión de un delito. Por tanto, la pena tal y como se concibe en la teoría general de la pena, en el derecho penal juvenil deja de ser consecuencia de la transgresión a la ley penal. Lo anterior, se basa en lo que hasta el

⁴⁹ Solórzano, Justo. *La responsabilidad penal de los menores de edad: una aproximación a la dogmática de la culpabilidad e imputabilidad*. En *imputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley*. Pág. 147.

momento he expuesto, según los fines que persigue la pena y la sanción penal juvenil. El Artículo 146 regula: "Ningún adolescente podrá ser sometido a un proceso por hechos que no violen la ley penal. Tampoco podrá ser sometido a procedimientos, medidas ni sanciones, que la ley no haya establecido previamente". Esta ley es la LPINA.

El segundo párrafo del Artículo 156 de la LPINA contiene la pauta que me servirá para desarrollar este apartado: "Las medidas que constituyan privación de libertad se utilizarán únicamente en los casos que esta ley establece, como último recurso, por el período más breve y sólo cuando no exista otra medida viable". Es notorio que cuando se habla sobre el fundamento de la sanción en materia de derecho penal juvenil, no se está refiriendo exclusivamente a la de privación de libertad del adolescente trasgresor. Por el contrario en materia penal para adultos, la regla general como consecuencia de la comisión de un delito, por excelencia es la pena y esta de privación de libertad.

De tal manera, que puedo asegurar que el fundamento de la sanción penal juvenil lo encontramos exclusivamente en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Artículo 146 de la LPINA), la cual como ya indiqué es esencialmente educativa (Artículo 240 de la LPINA). Por otro lado, el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el fundamento para confirmar la anterior afirmación, el cual en la parte conducente establece: "...Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia de 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”.

Es interesante la redacción de este artículo, puesto que al tratar el problema del fundamento de la sanción penal juvenil y como la solución más viable en primer lugar; se debe tener en cuenta el artículo constitucional analizado; y; en segundo lugar; la ley especial de que el mismo hace mención, que hoy en día, si bien no es una ley especial que regule específicamente lo relativo a adolescentes en conflicto con la ley penal, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en el Título II, del Libro III, regula esta materia, la denomina, “adolescentes en conflicto con la ley penal.

Como un comentario adicional pero imperativo, considero que el Estado de Guatemala, aún está en deuda con la Constitución, puesto que la misma ordena la creación de una ley especial en materia penal juvenil, aunque si bien, actualmente existe una normativa especializada en materia penal juvenil, la misma adolece de cierta autonomía que le asegure un desarrollo integral adecuado. Porque solo de esta forma, el derecho penal juvenil adquirirá plena autonomía funcional y dogmática. En la actualidad, las normas sobre justicia penal juvenil, se encuentran reguladas y hasta cierto punto perdidas dentro de la normativa de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Es necesario pues, la creación de una ley específica de adolescentes en conflicto con la ley penal.

En todo caso, el fundamento de la sanción penal juvenil se encuentra en la normativa del Título II del Libro III de la LPINA: "La LPINA regula un nuevo modelo de administración de justicia penal de los adolescentes, que puede ser calificado como garantista y mínimo, en virtud de que establece una serie de garantías previas y mínimas para poder llegar a la sanción o otra salida alterna al proceso, que logre el objetivo de reinserción familiar y social del adolescente (sic)".⁵⁰ En este mismo sentido y para darle a este análisis la fuerza probatoria de mi argumento, puedo asegurar, que el fundamento de la sanción penal juvenil se encuentra en la LPINA y no en el Código Penal. El Artículo 139 de la LPINA lo aclara en los siguientes términos al referirse a los principios rectores del proceso penal de adolescentes.

"Artículo 139 primer párrafo. Serán principios rectores del presente proceso, la protección integral del adolescente, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad". Estos principios consagrados en el artículo analizado y por la posición normativa en la que están regulados, evidentemente son exclusivos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, aunque los mismos, sin lugar a dudas también garantizan y pertenecen a la niñez y adolescencia en general, en cuanto la protección de sus derechos humanos.

⁵⁰ Solórzano. *Ob. Cit.* Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia: Una aproximación a sus principios derechos y garantías. Pág 112.

En este sentido, también al adolescente que ha transgredido la ley penal le asisten todos los derechos y garantías propios de la niñez, a los que se incluyen, por supuesto los especiales sobre protección integral frente al poder coactivo del Estado. De tal manera, que esta norma está en perfecta armonía con el espíritu garantista que se consagra en el Artículo 20 de la Constitución política de la República de Guatemala, el cual es el fundamento necesario de interpretación de esta ley ordinaria y especial sobre adolescentes en conflicto con la ley penal.

Por último el Artículo 158 de la LPINA regula, lo que se conoce en materia de sanciones juveniles como el principio de determinación de las sanciones: "No podrán imponerse, por ninguna circunstancia, sanciones no determinadas en esta ley. Lo anterior no excluye la posibilidad de que cese la sanción antes de tiempo". Esta regulación aclara totalmente, que el fundamento de la sanción penal juvenil, se encuentra única y exclusivamente en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia y no en el Código Penal.

Los argumentos hasta hora vertidos demuestran la necesidad de reforzar el sistema de derecho penal de adolescentes, no excluyendo del mismo a los adolescentes, sino por el contrario fortalecer el desarrollo y aplicación de las sanciones socio-educativas de reinserción familiar y social, y en tanto sea congruente con su desarrollo, la sanción cese antes de tiempo, pero que sus efectos duren en el tiempo.

2.3. Principio de proporcionalidad

Fieles a la dirección doctrinal de la presente investigación, es necesario que me remita a la Constitución Política de la República de Guatemala, así indagar en ella si dentro de sus preceptos se encuentra regulado el principio de proporcionalidad. De esa cuenta nos remitimos al Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que si bien no regula el principio de proporcionalidad que me ocupa en este apartado, es el punto de partida para poder determinar el alcance de este. En el artículo constitucional en mención, se lee: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deudas”.

Efectivamente me refiero al principio de legalidad, mejor conocido como nullum crimen nullum poena sine lege. Asimismo, el Código Penal, consagra este principio en los mismos términos que el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala así: “No son punibles las acciones y omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”, (Artículo 1º del Código Penal).

Así mismo el Artículo 13 primer párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “No podrá dictarse auto de prisión, sin que proceda información de haberse cometido un delito y sin que concurren motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”. Para el objeto de este

apartado, quiero subrayar especialmente el Artículo 17, cuando se refiera: "penas por ley anterior". Claramente el sentido regulatorio del precepto, es que para poder imponer una pena esta tiene que estar regulada en ley anterior y escrita a la perpetración del delito.

Desde este punto y tomando en cuenta el contenido del Artículo 13, se puede empezar a esbozar el principio de proporcionalidad desde su fundamento constitucional, por el cual debe existir cierta proporción entre el delito cometido y la pena a imponer. "El principio del Estado de derecho exige una adecuada relación entre delito y pena".⁵¹

El Artículo 65 del Código Penal consigna este principio, que exige la proporcionalidad entre el delito y la aplicación de la pena correspondiente. De tal forma que para determinar la pena a imponer al autor de determinado delito, el juez de acuerdo con el Código Penal, debe considerar en la sentencia, la pena a imponer; entre el máximo y mínimo que señala la ley, según una serie de circunstancias y condiciones tanto en la comisión del delito, como de la personalidad del delincuente.

Consecuentemente la pena es sin lugar a dudas un mal impuesto por el Estado al autor de un delito. "La PENA en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido (sic)".⁵²

⁵¹Donna. Ob. Cit. Pág. 8.

⁵²Mezger, Edmund. Derecho penal: Libro de estudio, parte general. Pág. 353.

Pero según este principio la pena impuesta debe ajustarse proporcionalmente al delito cometido, es decir, basada en un sistema penal de culpabilidad y no de acuerdo a la personalidad del autor o su peligrosidad. "El principio de la exclusiva adecuación de la pena al hecho punible cometido se quiebra, en el propio derecho vigente, al aplicarse el criterio de ajustar la pena a la personalidad y a la peligrosidad del autor, como ocurre cuando se agrava generalmente la pena en el caso de un delincuente habitual peligroso".⁵³

Como se puede observar el principio de proporcionalidad en el derecho penal de adultos, que consagra la relación de la pena a imponer con el delito cometido, tiene sus altibajos, ya que exige en materia de proporcionalidad para la aplicación de la pena, que esta se ajuste a la personalidad del autor o a su peligrosidad. Como efectivamente lo regula el Artículo 65 del Código Penal de Guatemala, que exige al juez o tribunal en el momento de la aplicación de la pena, entre otras, tener en cuenta la mayor y menor peligrosidad del culpable y los antecedentes personales de este.

Se puede apreciar que el sistema jurídico penal guatemalteco, se orienta para la aplicación de la pena por el principio de proporcionalidad en un sistema mixto, si se le puede llamar así, en el cual confluyen; la culpabilidad, con un estado peligroso del autor del delito, además de sus antecedentes personales. Por lo que cuando se habla del principio de proporcionalidad en materia de aplicación de sanciones penal juveniles, es decir, a la imposición de una sanción al autor de una transgresión a la ley penal,

⁵³Ibid. Pág. 354.

la teoría se debe adecuar a la especialidad de esta rama del derecho sancionatorio (derecho penal juvenil).

Puesto que en materia de aplicación de las sanciones penal juveniles, el principio de proporcionalidad de la sanción es totalmente opuesto a lo que para el derecho penal de adultos significa. A la vez que se aleja en definitiva, de ser un principio que establece una relación balanceada entre la transgresión a la ley penal y la sanción a imponer, si se toma en cuenta el fin de la sanción penal juvenil, que es eminentemente socio-educativa y no de privación de libertad, la cual se aplicará únicamente como último recurso (Artículo 156 segundo párrafo de la LPINA). En el próximo apartado tratare de despejar y desarrollar el anterior argumento.

2.4. Principio de proporcionalidad y la sanción penal juvenil

El Artículo 158 de la LPINA regula: "No podrán imponerse, por ninguna circunstancia, sanciones no determinadas en esta ley. Lo anterior no excluye la posibilidad de que cese la sanción antes de tiempo". Esta regulación contiene lo que en materia de sanciones penal juveniles se le conoce como el principio de determinación de las sanciones, por medio del cual, solo las sanciones socio-educativas que establece la ley, son las que el juez debe considerar al momento de imponer la misma (Artículos 241 y 146 de la LPINA).

Por el principio de determinación de las sanciones, las cuales son eminentemente socio-educativas y, de reinserción familiar y social, el juez solamente debe tomar en cuenta las que regula la LPINA, de las cuales las de privación de libertad se apreciarán únicamente como último recurso, en tanto no exista otra medida viable (Artículos 156 y 238 de la LPINA). El principio de proporcionalidad regulado en el Artículo 157 de la LPINA, plantea un problema de relación entre la transgresión y la sanción aplicable, si se toma en cuenta que la transgresión necesariamente tiene que estar regulada en la parte especial del Código Penal como delito.

A esto se agrega que en derecho penal, el principio de proporcionalidad establece la relación entre delito y pena, es decir, que la pena aplicable entre el mínimo y el máximo que establece la ley, debe ser proporcional al delito cometido. Por tanto, en materia de aplicación de las sanciones penaljuveniles, el principio de proporcionalidad no tendrá los mismos efectos que en materia de aplicación de las penas.

“El principio de proporcionalidad, que es permanentemente mencionado en las leyes de la protección integral quizás como reacción a la absoluta desproporción de la reacción estatal en el marco de la doctrina de la situación irregular, también por las razones que se están analizando, pierde sentido en la medida en que se establece, no como proporcionalidad estricta sobre la base de la gravedad del injusto cometido sino como proporcionalidad sobre la base de las circunstancias del hecho y del joven (sic)”.⁵⁴

⁵⁴Beloff, Mary. *Sistemas de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. En Imputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley.* Pág. 22

De esta cuenta estoy de acuerdo con el argumento anteriormente citado, en el sentido que cuando se habla de proporcionalidad de las sanciones juveniles con relación a la transgresión a la ley penal, se hace atendiendo al paradigma histórico de la aplicación de las medidas terapéuticas aplicadas en el marco de la situación irregular. Lo anterior se puede ilustrar citando el Artículo 6° del desaparecido Código de Menores, el cual establecía: "Los menores son inimputables de delito o falta, sus actos antisociales son trastornos de conducta que requieren de tratamiento especializado y no de acción punitiva".

Del análisis superficial de esta norma, se puede observar que cuando se refiere a trastornos de conducta, claramente se introduce en el campo clínico de la psiquiatría, que requiere por el tiempo necesario de un tratamiento a partir de las ciencias de la conducta. Tratamiento que podría durar todo el resto de la niñez, hasta la adolescencia de la persona cuya conducta violara la ley penal, aunque el delito cometido fuera de los comúnmente llamados menores, con penas que para el adulto, serían de una simple multa.

De lo anterior se desprende pues, que introducir el principio de proporcionalidad en la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, tiene la función de una señal de tránsito la cual marca el límite de velocidad permitido. A la vez un recordatorio para el juez, indicándole que las sanciones penales juveniles son; principal y estrictamente socio-educativas y no de privación de libertad. El Artículo 157 de la LPINA regula este principio así, el cual combina con el de racionalidad. "Las sanciones que se

impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la transgresión cometida por el adolescente que viole la ley penal”.

Sosteniendo el argumento expuesto en este apartado, el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo citado, se refiere exclusivamente a la transgresión a la ley penal en relación a la sanción aplicable, la cual excepcionalmente será de privación de libertad. De tal forma, que el juez al imponer una sanción socioeducativa, debe dirigirse al catálogo de las sanciones reguladas en la LPINA, y no al Código Penal, donde la regla general es de privación de libertad. Es por eso que cuando en derecho penal se habla de proporcionalidad de la pena frente al delito, se hace tomando en cuenta la relación del delito cometido con la pena aplicable, que por norma general se regula seguido de la descripción del delito y como consecuencia de ello.

Es decir, que el juez en el caso de un adulto, no tiene que ir a buscar en un catálogo aparte las penas a imponer por el delito cometido, sino que estas, son las consecuencias reguladas, seguidas del tipo penal. No así en el derecho penal juvenil, puesto que cuando se declara culpable a un adolescente por haber violado la ley penal y el juez se dispone a dictar sentencia, es decir, a imponer la sanción aplicable, no se debe remitir al Código Penal, como cuando hizo la calificación de la transgresión que necesariamente debe estar tipificada como delito en el Código Penal (Artículo 172 de la LPINA). De tal suerte que, la sanción aplicable, en este caso, necesariamente el juez debe determinarla dentro del catálogo normativo en donde se regulan las sanciones penales juveniles (Artículos 238 y 146 de la LPINA).

“En consecuencia, el principio educativo no permite en ningún caso y bajo ninguna justificación imponer una sanción que va más allá de la culpabilidad y, el principio de proporcionalidad, sólo permite fijar una sanción por debajo del grado de culpabilidad del adolescente”,⁵⁵ De tal forma que dentro del derecho penal juvenil en materia de sanciones, el principio de proporcionalidad se refiere no a la peligrosidad ni antecedentes personales del adolescente, sino a culpabilidad, independientemente de la gravedad del delito cometido, puesto que la sanción a imponer, tendrá como sustento el interés superior y la protección integral del adolescente transgresor.

2.5. Valoración final

Es innegable como lo he establecido, que los fines de la pena y de la sanción penal juvenil, son total y materialmente opuestos, puesto que mientras en la primera, se persigue la disuasión a través de la amenaza de la pena, hacia la sociedad y el delincuente, como consecuencia del delito, es decir, como prevención general y especial frente al delito. Siendo la pena represiva y violenta, que se ejerce sobre el delincuente, privándolo en especial, de un bien y derecho preciado, que es su libertad. En tanto que la segunda tiene una finalidad socio-educativa de reinserción familiar y social, en donde la privación de libertad es el último recurso, en cuanto no exista otra sanción viable.

⁵⁵ Solórzano. *Ob. Cit.* Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia: Una aproximación a sus principios derechos y garantías. Pág. 156.

El fundamento tanto de la pena como el de la sanción juvenil, se encuentra exclusivamente en el Código Penal para la primera; y, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia para la segunda (Artículos 17 de la Constitución; 1º y el Título VI, Libro Primero del Código Penal; y, 158 de la LPINA). De tal suerte que debido a esto, el principio de proporcionalidad tanto en materia de penas como de sanciones penales juveniles, adquiere connotaciones diferentes y opuestas en cada uno de estos sistemas sancionatorios, es decir, unos son los fines de la pena en materia penal para adultos, y otros en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Por el principio de proporcionalidad que sustenta la aplicación de las penas frente al delito, se deben observar ciertas circunstancias tales como la gravedad de la infracción, la peligrosidad del delincuente, sus antecedentes personales, etcétera. En tanto que en materia de imposición de la sanción penal juvenil, este principio, pierde esa esencia.

Independientemente que si el delito cometido tiene señalado una pena de entre seis y cincuenta años de prisión, la sanción aplicable en todo caso será una de las reguladas en la LPINA (Artículos 157, 238 y 248 de la LPINA; y 40 último párrafo de la Convención Sobre los Derechos del Niño). En todo caso la privación de libertad, solamente se aplicará como último recurso, mientras no exista otra solución más viable.

La privación de libertad para los adolescentes que hayan sido encontrado culpables de una transgresión a la ley penal, no puede exceder de seis años para los que se encuentren entre los quince y los dieciocho años de edad, y de dos años para lo de entre trece y los quince años de edad. Asimismo, la LPINA, regula que la privación de libertad nunca procederá cuando no proceda para un adulto, según el Código Penal (Artículo 252 de la LPINA).

CAPÍTULO III

3. Hacia la consolidación del derecho penal juvenil

El desarrollo de las ideas penales respecto de los adolescentes que violan la ley penal, es el desarrollo de un tratamiento fuera del derecho penal, cuya competencia era exclusividad de las ciencias naturales, especialmente de la psicología y la psiquiatría. Esto es debido, principalmente a la irrupción en el campo penal del positivismo criminológico, el cual consideraba a los adolescentes que violaban la ley penal, con problemas de trastornos de conducta, es decir, de conducta irregular, cuyo tratamiento fue a partir de las ciencias naturales y en centros institucionales de tratamiento.

Como consecuencia inmediata de lo anterior, el derecho penal fue desplazado de intervenir en los casos en los que el sujeto activo de la violación a la ley penal era un menor de edad, tomando esa función la criminología. De esta cuenta, la respuesta que el Estado brindó a los adolescentes que violaban la ley penal, fue totalmente desproporcionada, arbitraria y fuera del contexto en el que se cometía el ilícito penal. A la conducta violatoria de la ley penal, se le consideró como una conducta irregular, es decir, una condición patológica, que era necesaria erradicar.

Si bien es cierto, el derecho penal se vio desplazado o aparentemente desplazado por el positivismo criminológico, la respuesta del Estado frente a la conducta irregular de los adolescentes transgresores de la ley penal, fue una respuesta encubierta de naturaleza penal. Claro está, que esta intervención del derecho penal, no era especializada, sino que se dio a partir de una declaratoria clínica de trastorno en la conducta del menor de edad, o por lo menos esa era la premisa. Aunque esta aparente reacción penal frente al adolescente, era distinta, frente al de un adulto que cometía delito. Porque mientras este podría obtener su libertad con una simple multa, al adolescente por la misma infracción, se le podía privar de su libertad, si era necesario, por todo el resto de su adolescencia y aún más allá.

En este sentido, “el control social ejercido sobre las personas menores de edad ha sido históricamente denominado de diversas maneras: Derecho protector, tutelar, social o educativo, pero como instrumento de control social, nunca ha dejado de ser: Derecho Penal”.⁵⁶ De esa cuenta en el sistema penal en Guatemala, a los adolescentes en el actual Código Penal, se les sigue considerando como inimputables, es decir, sin responsabilidad penal. El Artículo 23 incluye a los menores de edad en el capítulo relativo a las causas de inimputabilidad; junto a los locos y trastornados mentales.

⁵⁶ Solórzano León. Ob. Cit. Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala. Pág. 39.

Ahora bien, cuando se habla de reducir la mayoría de edad penal, lo que el sistema jurídico penal guatemalteco, o dicho con mejor propiedad, lo que el sistema de política criminal en Guatemala está proponiendo, es incluir a un grupo etario determinado de menores de edad, dentro del derecho penal para adultos, es decir, la propuesta va dirigida hacia la vulnerabilidad de este sector social. Proponiendo una total y consciente violación a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Puesto que lo que se pretende con esta acción, es debilitar, sin antes haber considerado las fortalezas y debilidades del incipiente sistema de justicia penal juvenil, que privilegia la responsabilidad penal atenuada del adolescente transgresor de la ley penal, sobre la base de un sistema garantista y de culpabilidad.

Pero la posición impotente de proponer como solución viable, la reducción de la mayoría de edad penal, para minimizar la participación de menores de edad en la violación a la ley penal, acarreará como consecuencia inmediata en materia de violaciones a la ley penal, la participación no de adolescentes (porque estos estarán sometidos al derecho penal para adultos) sino exclusivamente de niños. De tal forma, que saldrá más onerosa la medicina que la cura.

“Esto es consecuencia de que el tema de las personas menores de edad con conducta desviada siempre ha sido patrimonio de una actitud dogmática moralista que ha impedido, en algunos lugares aún impide, una confrontación seria y racional del tema que plantee la cuestión de la contradicción entre: *protección, control penal, derechos y garantías (sic)*”.⁵⁷

Es por esta razón, que es importante, más que debilitar, fortalecer el sistema penal juvenil, puesto que si hipotéticamente se concretará una reducción de la mayoría de edad penal. ¿Qué pasará en el futuro cuando se decida que el derecho penal juvenil ya no puede seguir interviniendo, frente a los que en ese momento se consideran transgresores a la ley penal? Se está hablando probablemente de niños entre los siete y menos trece años de edad.

El derecho penal juvenil se está construyendo a partir de la consideración de que el adolescente a partir de cierta edad, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, por tanto, la capacidad valorativa del sentido de su responsabilidad. Teniendo siempre en cuenta la etapa en desarrollo del adolescente.

En ese sentido, la concepción del positivismo criminológico, dejó por un lado al adolescente considerándolo como un objeto de tutela y protección, pero por el otro, también lo consideró como un peligroso social. “Bajo el método de diagnóstico y tratamiento se define al delincuente juvenil como un peligroso social... Posteriormente,

⁵⁷ *Ibid.* Pág. 41.

con base en esta información se establece el perfil del "menor peligroso social" y luego pasa a ser regulado en la ley".⁵⁸

"Al concebir a la persona con minoría de edad, como incapaz e inmadura, se consigue el objetivo de garantizar la defensa social frente a su supuesta peligrosidad, a través de la legislación tutelar, por medio de su aislamiento y colocación en Centros o Instituciones de tratamiento (sic)".⁵⁹ Ahora bien con el nacimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se abre una nueva etapa en el desarrollo de las ideas penales respecto a los adolescentes transgresores de la ley penal.

En primer lugar, la Convención obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas necesarias para la eficaz implementación de un sistema de justicia penal juvenil especializada y respetuosa de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En segundo lugar: "El desafío que afronta la construcción de un sistema penal juvenil respetuoso de los derechos humanos en general y de los derechos de los adolescentes en particular, no se agota entonces en una reforma normativa, sino que requiere herramientas institucionales y comunitarias que permitan consolidarlo y sostenerlo en las prácticas cotidianas (sic)".⁶⁰ De esa cuenta, el advenimiento de la Convención, es el punto de partida ideológico en la construcción del derecho penal juvenil.

⁵⁸ *ibid.* Pág. 79.

⁵⁹ *ibid.* Pág. 100.

⁶⁰ UNICEF y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. *Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación.* Pág. 63.

3.1. La Convención Sobre los Derechos del Niño

Es innegable y así lo asegura tanto la doctrina de la protección integral como la de la responsabilidad penal atenuada, que las bases para la creación de la estructura ideológica que soportaría, la creación de un derecho penal mínimo y garantista para adolescentes en conflicto con la ley penal, surgen a partir del nacimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño y las consecuentes ratificaciones de la misma por los diferentes Estados Partes.

Puesto que cada Estado que ratificó la Convención, se comprometió a la creación y establecimiento de todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones especializadas en derechos humanos de la niñez, para garantizar el goce y disfrute de estos derechos, a los adolescentes de quienes se alegue han infringido las leyes penales.

Específicamente es el Artículo 40 de la Convención el que regula toda esta estructura ideológica y organizativa en materia penal juvenil, que al ser desarrollada por las diferentes legislaciones han dado nacimiento (por lo menos a nivel ideológico) a este nuevo sistema de justicia penal especializada para adolescentes transgresores de la ley penal. Este Artículo es el que da las bases ideológicas para la construcción de un sistema especializado de justicia penal para adolescentes.

Es el punto de partida sobre el cual las diferentes legislaciones, así como la doctrina de la responsabilidad penal atenuada en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, incluyendo la normativa penal juvenil de Guatemala, están desarrollando los principios que inspiran a este sistema de justicia penal juvenil.

Por tal razón en este capítulo, estoy tratando de establecer dogmáticamente, las bases legales y doctrinarias con el objeto de determinar la inconveniencia, alcances e implicaciones de reducir la mayoría de edad penal, dentro del actual contexto de desarrollo del derecho penal juvenil en Guatemala y a la respuesta que el Estado está brindando a la transgresión a la ley penal en general y a los adolescentes en particular.

Por supuesto, esto en el entendido de una efectiva protección integral y un reconocimiento de la responsabilidad penal atenuada del adolescente trasgresor, sobre la base de su culpabilidad. Considero que esta es la respuesta viable para la consolidación de un sistema especializado en justicia penal juvenil garantista y respetuoso de los derechos humanos del adolescente trasgresor. Que persiga efectivamente la educación y reinserción del adolescente a su familia y que asuma una función constructiva en la sociedad.

“La Convención es el punto de partida de la construcción de un nuevo modelo ideológico en tomo de la concepción social y jurídica de los niños y niñas”.⁶¹ La importancia de lo anterior se justifica plenamente y tiene sustento, precisamente en la importancia que la misma convención le otorga, puesto que en virtud del Artículo 44, los Estados Partes, se han comprometido en presentar al Comité de Derechos del Niños informe sobre el avance en la implementación y aplicación de la Convención. Lo que incluye por supuesto los avances, implementación y aplicación de los principios y derechos que la Convención garantiza a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Es así, que el Estado de Guatemala con la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niños, Decreto de ratificación del Congreso de la República de Guatemala número 27-90, se comprometió por virtud del Artículo 40 de la Convención a la implementación de un sistema especializado en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal. A lo anterior hay que agregar que si bien la Convención es el punto de partida estructural de este nuevo sistema de justicia penal juvenil, ya la Constitución en el Artículo 20 sentó la base y dejó abierto el camino para el desarrollo de un derecho penal juvenil.

“Artículo 20 segundo párrafo. 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”. Pareciera que por los alcances fuera de época,de

⁶¹ Solórzano León. *Ob. Cit.* Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala Pág. 163

esta regulación y la tendencia de ver en la violación a la ley penal un trastorno de conducta del adolescente, la norma fundamental pasó inadvertida bajo la sombra del tristemente recordado Código de Menores.

Es así, que no fue sino hasta la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño por parte del Estado de Guatemala, en 1990 que se empieza tímidamente a hablar sobre un derecho penal especial para adolescentes en conflicto con la ley penal. Es en este contexto que se aprueba el Código de la Niñez y la Juventud, que después de un largo camino de más de diez años de debates sobre la conveniencia o inconveniencia de su entrada en vigencia, se prorroga en varias ocasiones, lo que al final determinó que nunca entrara en vigencia.

Esto dio como resultado la discusión, aprobación y entrada en vigencia en 2003 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en la cual se regula lo relativo a los adolescentes en conflicto con la ley penal. Es por tanto, que de la implementación de este sistema de justicia especializada a partir de esta normativa, surge oficialmente en Guatemala, el derecho penal juvenil.

“Esto constituye un reto para el enfoque tradicional del tema, en la cultura jurídica; es un Nuevo Derecho que deja de ser un “derecho menor” ajeno al horizonte teórico del jurista, donde la Justicia para la Infancia, Niñez y Adolescencia, está basada en la garantía de sus derechos y el reconocimiento de una condición jurídica como persona, sujeto titular de derechos y con capacidad para ejercerlos (sic)”.⁶²

3.2. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal

En la actualidad, no existe en Guatemala un cuerpo normativo en el que esté codificado específicamente lo relativo a los adolescentes en conflicto con la ley penal, sino que las normas atinentes a esta materia, se encuentran contenidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que regula del Artículo 132 al 262 lo relativo a adolescentes en conflicto con la ley penal. Estos artículos contienen tanto la parte sustantiva, como la parte procedimental o adjetiva en relación a la violación a la ley penal.

Si bien la aprobación y vigencia de una normativa especializada en materia penal juvenil, es un avance significativo en la creación de un sistema de justicia penal especializada, uno de los avances de mayor trascendencia, es el reconocimiento de la adolescencia como sujetos de derecho, los cuales tienen autonomía y responsabilidad

⁶² A. de Troitió, Esmeralda. *Justicia penal para adolescentes, retos y perspectivas. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes*. Pág. 20.

en las decisiones que adoptan. Aunque la sola letra de la ley no marca diferencia alguna en la consolidación de este reconocimiento.

Toda vez, que la experiencia indica, parafraseando al doctor Solórzano, que no basta con la sola creencia de que la ley por si misma previene la delincuencia, sino que hoy en día se hace cada vez más evidente y necesario frente a la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, políticas claras y concretas de prevención, educando en responsabilidad, sobre las políticas criminales de represión penal frente a los adolescentes trasgresores⁶³.

Por tanto, es importante que se encuentre en el espíritu de la LPINA, no una fórmula de disuasión, sino un instrumento con el que cuenta el sistema de justicia penal juvenil, especialmente el juez de adolescentes en conflicto con la ley penal, idóneo para educar en responsabilidad al adolescente que transgrede la ley penal, y no buscar en la incorporación de un grupo etario de adolescentes al derecho penal para adultos, la respuesta preventiva frente a la transgresión a la ley penal (ver capítulo II).

En este contexto, la prevención frente a la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, no se determina por la severidad de la sanción (llámese pena), sino por la respuesta garantista y de reinserción del adolescente a su familia y la sociedad, convencido de que este sistema de justicia penal juvenil no es un mal necesario, sino una respuesta respetuosa a sus derechos humanos, sin perder de vista la

⁶³ Solórzano León Ob. Cit. Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala Pág. 167

responsabilidad del adolescente, derivada de la violación a la ley penal, la cual ha generado consecuencias tanto en la víctima, como en la sociedad, en su propia familia y en especial en el adolescente transgresor.

“Aquí el término educación, como uno de los objetivos fundamentales del Derecho Penal Juvenil, no debe ser entendido en el sentido tradicional de la palabra. es decir como la transmisión de un conjunto de valores basados en la tradición, la instrucción, los conocimientos, etc. Sino como la búsqueda de un objetivo de toma de CONCIENCIA. Es por eso que este especial derecho penal debe servir para la educación, haciendo que el joven tome conciencia del hecho y de la existencia de límites (sic)”.⁶⁴

Por todo lo expuesto hasta el momento, me es necesario para los efectos del contenido de este capítulo, especificar en este punto y dejar claro, a quiénes va dirigido este sistema de justicia penal especializado, es decir, quiénes son los sujetos de esta regulación. Por supuesto, que como lo señala la LPINA, son todos aquellos adolescentes que en un momento dado violenten el sistema penal, es decir, que con su conducta violen la ley penal. En este sentido el Artículo 132, de una forma y sentido muy general, determina a quienes va dirigida la normativa penal juvenil. “Debe entenderse como adolescentes en conflicto con la ley penal a aquel o aquella cuya conducta viole la ley penal”.

⁶⁴Barbirotto, Pablo A. El principio de especialidad en la justicia penal para niños y adolescentes. <http://entretorios.gov.ar>. (05/09/2012).

Del contenido del artículo citado, puedo extraer como premisa la pregunta siguiente. ¿A quiénes considera la LPINA como adolescentes? Ya que es necesario determinar con claridad a quiénes se les considera con la "capacidad de imputabilidad"⁶⁵, para considerarlos sujetos activos de la violación a la ley penal, puesto que el derecho penal juvenil, en principio se construye a partir de este grupo etario, es decir, su razón de existencia, es el adolescente transgresor de la ley penal y no propiamente la transgresión, que se estudia en íntima relación con aquel.

En ese sentido y para determinar el parámetro en el cual se encuadra la norma general de la minoría de edad, la Convención en el Artículo 1 regula: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad". En esta definición, por supuesto, se considera a los adolescentes como niños, por tanto incluidos los adolescentes transgresores de la ley penal.

En principio la Convención considera que la minoría de edad termina cuando se cumplen los dieciocho años de edad. Es importante tener en cuenta esta consideración, ya que me servirá como un punto de apoyo para sostener la necesidad en el fortalecimiento del derecho penal juvenil, puesto que si los destinatarios de la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, son precisamente adolescentes, tengo la necesidad de determinar dentro de ese universo de la minoría de edad, quiénes son considerados niños y quiénes son considerados adolescentes, para los efectos de la aplicación de la ley.

⁶⁵ Juárez Arroyo Ob. Cit. Pág. 44.

Es en este sentido que dentro de la nueva terminología sobre protección integral; "La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia clasifica a la niñez en dos grupos etarios, con el objeto de que el niño y la niña reciban un tratamiento adecuado a su desarrollo evolutivo (sic)"⁶⁶, puesto que es sobre la base de determinar dentro de estos grupos etarios, cuál de ellos puede ser considerado con la capacidad de responsabilidad por transgredir la ley penal. De tal manera, se entiende por grupos etarios, a la clasificación de las personas menores de edad, que se encuentran contenidas en un parámetro de edad definido, especialmente por la psicología evolutiva.

"La psicología evolutiva entiende que el adolescente en conflicto con la ley penal es una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable, sino que, por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos contrarios al ordenamiento penal, no debe ser de castigo sin más. Debiéndose privilegiar el iuscorrighendi en lugar de un iuspuniendi propio de un proceso penal de adultos, procurando su integración social, evitando en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación (sic)".⁶⁷

⁶⁶ Solórzano. *Ob. Cit.* La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Pág. 33.

⁶⁷ Barbirotto. *Ob. Cit.* (05/09/2012).

“Uno de los objetivos de esta división por edades es la de establecer la edad penal mínima, para el caso de la responsabilidad penal especial de los adolescentes trasgresores de la ley penal, que se fijó en los trece años de edad (sic)”.⁶⁸ Teniendo en cuenta las definiciones contenidas en los Artículos arriba citados y para una mejor comprensión, sobre la delimitación de lo que en la legislación sobre protección de la niñez y adolescencia en Guatemala, el Artículo 2 de la LPINA, da una definición exacta a este respecto, de lo que se debe entender por niño y adolescente. “Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad”.

Habiendo determinado con claridad, según la normativa y lo que al respecto indica la doctrina dominante sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, se evidencia la necesidad de fortalecer el derecho penal juvenil en Guatemala, en el cual se respeten plenamente las garantías y derechos generales de los adolescentes y los especiales de los adolescentes en conflicto con la ley penal. En este sentido, puedo afirmar que el derecho penal juvenil, es el conjunto de normas jurídicas especiales, que regulan la participación de los adolescentes en la transgresión a la ley penal, cuya finalidad primordial, es educar en responsabilidad y la reinserción social del adolescente a su medio familiar y social, a través de la imposición de una sanción socio-educativa.

⁶⁸ Solórzano. Ob. Cit. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Una aproximación a sus principios, derechos y garantías. Pág. 33.

3.3. La importancia de tener en cuenta la edad en el derecho penal juvenil y la trasgresión a la ley penal

La base del desarrollo del derecho penal juvenil, difiere del derecho penal para adultos, el cual tiene como principal fuente de estudio el delito, es decir, la teoría del delito, el derecho penal juvenil, tiene como principal fuente de estudio al adolescente y a este cuando transgrede la ley penal. Es por esta razón, que el estudio sobre la importancia de tener en cuenta la edad que determina la incorporación del menor de edad (adolescente), al derecho penal juvenil, es un estudio interdisciplinario.

"En primer lugar, la Psicología ha demostrado la existencia de diferencias radicales entre los niños y los adultos, poniendo de relieve los rasgos característicos de la adolescencia...El niño no es más un adulto en miniatura, ni en cuerpo, ni en espíritu: es un niño. Posee una anatomía, una fisiología y una psicología particulares. Su universo no es más el del adulto. No es un ángel ni un demonio; es un niño (sic)".⁶⁹ En este sentido, es importante no perder de vista, la valoración del contenido del apartado anterior, en el cual determiné como la ley, define especialmente el momento en que en Guatemala se considera a un menor de edad como adolescente.

⁶⁹ García López, Eric. Edad penal y psicología jurídica o la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor. <http://psicologiajuridica.org/psj75.html> (05/09/2012).

“Si el elemento central es el joven como sujeto de derechos, la gravedad de los hechos cometidos deviene más importante y la responsabilidad del joven pasa a primer plano”.⁷⁰ Es por estas razones que el sistema de justicia penal especializada de adolescentes (derecho penal juvenil), no persigue como finalidad inmediata, castigar al adolescente infractor de la ley penal, sino al contrario a través de una respuesta garantista y de intervención mínima, educar al adolescente en responsabilidad. “En todo caso el modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo más importante ‘educar en la responsabilidad’ (sic)”.⁷¹ Entendiendo el principio educativo de la sanción penal juvenil, en el sentido indicado supra (apartado 3.2.)

“Ahora bien, lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y sancionadora de la pena, lo que, en primer lugar, permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento y consecuentemente el archivo de la causa y, en segundo, aconseja la menor restricción de derechos posible a la hora de imponer la sanción, siendo la privación de libertad el último recurso y sólo para infracciones muy graves (sic)”.⁷²

⁷⁰ Giménez Salinas, Esther y Carlos González Zorrilla. Jóvenes y cuestión penal en España. En inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley. Pág. 36.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² UNICEF. http://www.unicef.org/argentina/spanish/5.Sistema_penal_juvenil.pdf (05/09/2012).

Esta caracterización en cuanto a la finalidad educativa de la sanción penal juvenil, se define especialmente de acuerdo a la edad del infractor de la ley penal. Es decir, a que grupo etario de edad corresponde, lo que determinará la respuesta del Estado frente a la trasgresión a la ley penal. En todo caso esta intervención, será en mayor o menor medida, de acuerdo a la edad del adolescente trasgresor.

Es así que el Artículo 136 de la LPINA regula, "Grupos etarios. Para su aplicación, esta Ley diferenciará en cuanto al proceso, las medidas y su ejecución entre dos grupos, a partir de los trece y hasta los quince años de edad, y a partir de los quince hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad". La justicia penal especializada de adolescentes transgresores de la ley penal guatemalteca, hace esta diferenciación, en primer lugar por la etapa en desarrollo de uno y otro grupo etario; y, en segundo lugar, porque especialmente en materia de sanciones, las mismas no se aplicarán, en uno y otro caso, con el mismo criterio, sustentando el mismo en los principios de racionalidad y proporcionalidad indicados supra (apartados 2.3 y 2.4).

Dependiendo al grupo etario al que se pertenezca así será la valoración e imposición de la sanción juvenil, siempre por supuesto sobre la base de la responsabilidad del adolescente transgresor. "Su razón de ser está en el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida

adulta, lo que facilita, si se intervine a tiempo, la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los delincuentes mayores de edad (sic)".⁷³

El desarrollo del derecho penal juvenil garantista y de responsabilidad atenuada, está sustentado, en el desarrollo valorativo de esta especial etapa del desarrollo de los seres humanos, llamada adolescencia, sin perder la finalidad educativa de la sanción penal juvenil. Toda vez que para que la respuesta que brinda el derecho penal juvenil, cumpla con la finalidad educativa, es necesaria esta diferenciación de la edad en grupos etarios. "La justicia penal adolescente tiene que articularse de forma que éste pueda comprender las consecuencias que su conducta ha tenido sobre las víctimas, directas o indirectas, ya que sólo así podrá incidirse en la asunción de su responsabilidad y en la promoción de cambios de conducta (sic)".⁷⁴

En este sentido, el sistema de justicia especializada y la consecuente ley en la que se sustenta, no pueden más que valorar al adolescente trasgresor como un ser humano (Artículo 1 de la Convención), como sujeto de derechos y responsabilidades. Por tal razón, no se puede pretender criminalizar al adolescente, considerándolo como un irresponsable quien no tiene la más mínima idea del sentido de su responsabilidad, cuando violenta la ley penal. Es decir, considerar la transgresión a la ley penal como un desorden mental, puesto que cuando hablo en materia de responsabilidad penal atenuada, lo que estoy afirmando, es que el adolescente tiene la capacidad cognitiva y evolutiva de comprender el carácter ilícito de su conducta, lo que significa una

⁷³ibid.

⁷⁴ibid.

respuesta idónea y especializada de acuerdo a su edad, lo que se determina por el grado de desarrollo psicosocial, es decir, por el grupo etario al que pertenece. Por tanto, la sanción aplicable como consecuencia de la transgresión a la ley penal, será según la edad que el adolescente tenga al momento de transgredir la ley penal, "pero no una respuesta de venganza, no una respuesta inquisitoria, sino una respuesta integral y humana".⁷⁵

En este sentido y como una garantía de protección integral, la LPINA, prevé el supuesto en el cual no se pueda determinar la edad del infractor de la ley penal, presume la minoridad del mismo. "En los casos que por ningún medio pueda comprobarse la edad de una persona, presumiblemente menor de dieciocho años, ésta será considerada como tal y quedará sujeta a las disposiciones de la presente Ley". Para la consolidación del sistema penal juvenil en Guatemala, es importante tener presente que el mismo va dirigido a la protección integral y a educar en responsabilidad al adolescente transgresor.

Por tanto, lo que ha caracterizado la debilidad del derecho penal juvenil y su desarrollo en Guatemala, está determinado por el constante y sistemático choque con el incremento de la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, y la aparente impotencia del sistema de justicia, de consolidar una respuesta adecuada frente a la transgresión a la ley penal. Esto se debe principalmente, por el escaso o nulo logro de los objetivos del proceso penal de adolescentes (Artículo 171 de la LPINA).

⁷⁵Ob. Cit. <http://psicologiajuridica.org/psj75.html>. (05/09/2012).

Lamentablemente, lo anterior es como consecuencia de la falta de una voluntad política, así como en la tradicional creencia en los operadores de justicia, que los adolescentes trasgresores son inimputables, según lo regula la Constitución y el Código Penal, así como seguir considerando el juzgamiento de adolescentes trasgresores a la ley penal, desde la óptica del derecho penal para adultos, sin distinguir la edad del transgresor y aplicando como norma general, sanciones privativas de libertad. En cuanto que estas, son aplicables solo como último recurso.

“La atención a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor pueden proporcionar criterios para renunciar a la intervención o para elegir la medida adecuada al interés del menor, pero nunca para incrementar la restricción de derechos por encima del límite de gravedad del hecho”.⁷⁶

3.4. Edad penal

En la actualidad cuando se habla sobre la edad penal, el tema se debe abordar desde dos puntos de vista diferentes. En efecto, a partir del derecho penal juvenil y desde la óptica del derecho penal para adultos, este último, se desarrolla a partir de lo que se conoce como; la mayoría de edad penal, es decir, aquella en la que el sujeto activo del delito, se le considera plenamente capaz para enfrentar un juicio de reproche y la consecuencia del delito, que es la aplicación de la pena señalada para el delito cometido.

⁷⁶ López. Ob. Cit. 229.

En todo caso, el estudio en la determinación del hecho se hace a partir de la teoría del delito y la del sujeto, es decir, desde lo que modernamente se conoce como la teoría del sujeto responsable. "Por eso, junto a la teoría del delito o del injusto, hay que colocar una teoría del sujeto responsable".⁷⁷

Por supuesto, la determinación de la mayoría de edad penal, en las diferentes legislaciones penales, coincide con la mayoría de edad civil, en donde Guatemala no es la excepción. En todo caso, la mayoría de edad penal en Guatemala es a partir de los dieciocho años de edad. Aunque en el Código Penal, no existe una norma expresa en la que se establezca esta mayoría, de la lectura e interpretación a contrario sensu del Artículo 23 numeral 1, que se refiere a las causas de inimputabilidad, puedo afirmar, que al indicar que los menores de edad son inimputables, el Código Penal se aplica con exclusividad a los mayores de edad, excluyendo en todo caso, a los menores de edad que transgredan la ley penal.

En este sentido, el Artículo 8º del Código Civil, que regula la capacidad civil establece: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años". Ahora bien, siguiendo con mi interpretación a contrario sensu, al confrontar el contenido del Artículo 23 numeral 1 del Código Penal, con el del Artículo 8º del Código Civil, puedo afirmar que la mayoría de edad penal, en la que se responde por la comisión de un delito y se

⁷⁷ Bustos Ramírez Juan y Hernán HomaszébalMaiaarée Lecciones de derecho penal. vol. 1. Pág. 152.

sufre la pena señalada; en Guatemala es indiscutiblemente a los dieciocho años de edad.

En este sentido, la responsabilidad penal plena en Guatemala se determina especialmente por la capacidad y comprensión del sujeto activo de conducirse de acuerdo a esa comprensión (actuar culpablemente, Artículos 10 y 23 numeral 2 del Código Penal), es decir, de conducirse según la norma penal. Ahora, en el caso de los menores de edad, esta capacidad está en desarrollo, no que esté limitada o que se equipare a la de un loco. Al contrario, por la etapa en desarrollo, esta capacidad de comprender y actuar del adolescente, según el sentido de la norma, puede y en efecto tiene, diferentes fuentes de motivación, no necesariamente la norma jurídica.

El profesor Donna, citando a Roxin advierte: "Según el sistema de Roxin, la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas. Sin embargo, esto no es suficiente para la imposición de una pena, ya que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad, esto es. que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial. Y ésta está ausente cuando existen las causas de exclusión de la responsabilidad (sic)".⁷⁸

⁷⁸Donna Ob. Cit. Pag 225.

En el caso del Artículo 23 numeral 1, la minoría de edad (inimputabilidad), es una causa eximente de responsabilidad penal (entiéndase aquí, responsabilidad penal plena, ver apartado 1.3.2.). A manera de comentario, puedo afirmar, que en la actualidad, el término inimputabilidad aplicado a los menores de edad, es fuente de un profundo debate, tanto dentro de la teoría del delito, como en la doctrina de la responsabilidad penal atenuada.

Por tanto, cuando se habla sobre la edad penal, se tiene que delimitar, la mayoría de edad en relación con la responsabilidad penal plena; y, la edad de responsabilidad penal propiamente dicha. En el caso de esta última, no necesariamente coincide con la mayoría de edad penal. Porque la responsabilidad penal plena es exclusividad de los mayores de edad. Por el contrario, cuando se habla de edad de responsabilidad penal, se está haciendo referencia a los no mayores de edad. propiamente a los menores de edad que violan la ley penal. Cuya respuesta se determina a partir del derecho penal juvenil y las sanciones socio-educativas, señaladas en la ley específica de la materia.

Desde la perspectiva del derecho penal juvenil, al referirse a la edad de responsabilidad penal, se tiene que partir de lo que el Código Penal regula respecto a los menores de edad, porque al declarar a estos como inimputables (Artículo 23 numeral 1 Código Penal), lo que está declarando es que los menores de edad, no pueden ser sometidos a la jurisdicción penal para adultos. Por tanto, los mismos son sujetos de una jurisdicción penal especial, es decir, de la justicia penal especial para adolescentes. Por

supuesto que con lo anterior en ningún momento, estoy proponiendo una forma de impunidad frente a la transgresión a la ley penal.

Al contrario, la delimitación de la edad de responsabilidad penal, que no coincide con la mayoría de edad penal plena, lo que trato de establecer, son los parámetros en los cuales uno y otro sistema penal (para adultos y adolescentes), tienen perfectamente definidas sus funciones, atribuciones y los fines que se persiguen con uno y otro. Por un lado, el sistema de penas del derecho penal para adultos, como una forma de prevención general y especial; y, por el otro el sistema de sanciones penal juveniles, como una forma de educar en responsabilidad, reinsertando al adolescente transgresor, a su familia y sociedad.

La división y delimitación exacta de estos dos sistemas, es cardinal en el tratamiento, especialmente de los menores de edad, puesto que al tener una mejor comprensión de los fines y alcances de la sanción penal juvenil, se tendrá una mejor comprensión de la etapa especial de desarrollo, llamada adolescencia. Por tanto, la mayoría de edad penal debe coincidir preferentemente con los dieciocho años de edad, y no ser inferior a esta edad, debido a los alcances y fines de la pena, la cual está diseñada precisamente para infligir castigo al adulto que comete delito. “La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad ‘normal’. De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la ‘inimputabilidad’” (sic).⁷⁹

⁷⁹Mezger. Ob. Cit. Pág. 201

En este sentido, la regla 4, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas de Beijing), establece: "Mayoría de edad penal. En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual".

Es por eso que históricamente y después de un camino por demás tortuoso, se estableció en la mayoría de legislaciones civiles, la mayoría de edad en los dieciocho años, la que coincidió con la mayoría de edad penal. Lo anterior, fue, tomando precisamente en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual de la adolescencia. Asimismo, esto determinó y no de manera fortuita, que la Convención Sobre los Derechos del Niño estableciera como premisa en el Artículo 1: "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Por supuesto, que esta regulación no está haciendo referencia a la mayoría de edad penal, sino propiamente a la mayoría de edad civil. En este sentido, es perfectamente comprensible, que en algún Estado el sistema jurídico civil, considere que la mayoría de edad civil se alcance antes de los dieciocho años. Asimismo, de la interpretación de este artículo, puedo seguir infiriendo, que lo que la convención hace, es proteger,

precisamente esa etapa de desarrollo, que es la adolescencia, la que no se agota a los dieciocho años de edad, pero presupone un grado superior de desarrollo psicosocial.

De tal manera que para la consolidación y establecimiento eficaz de un sistema de justicia penal juvenil, la reducción de la mayoría de edad penal, no es la medida con la que se logrará fortalecer el insipiente derecho penal juvenil guatemalteco. Para el efecto, es necesaria la determinación exacta, de la edad de responsabilidad penal de los adolescentes transgresores de la ley penal, puesto que lo que se busca con este sistema parafraseando al Doctor Justo Solórzano, es rescatar a la niñez víctima del poder y arbitrario del Leviatán.⁸⁰ Por tanto, tomando en consideración todo lo anterior: "El derecho penal de los jóvenes se ha ido convirtiendo progresivamente en una parte independiente y especial del derecho penal (sic)".⁸¹

3.4.1. Edad de responsabilidad penal (responsabilidad penal atenuada)

Como ya lo dejé establecido en el apartado anterior, la edad de responsabilidad penal, en ningún momento coincide con la mayoría de edad penal. Esta ecuación es simple y perfectamente comprensible, ya que como también lo dejé expuesto, la edad de responsabilidad penal, siempre será referida a los menores de edad que transgredan la ley penal. De tal forma, que para establecer los parámetros sobre los cuales se encuadre un grupo determinado de menores de edad, es necesario, en principio, auxiliarse y acudir a las ciencias de la conducta y la evolución cognitiva y psicosocial de

⁸⁰ Solórzano. Ob. Cit. Los derechos humanos de la niñez. Pág. 17.

⁸¹ Mezger. Ob. Cit. Pág. 203.

la niñez, es decir, a la psicología evolutiva, toda vez, que si el derecho penal juvenil, constituye la base para la creación de un sistema de justicia juvenil, que sea respetuoso de los derechos humanos del adolescente trasgresor, atendiendo precisamente a la especial etapa en desarrollo de la niñez y especialmente del adolescente.

Naturalmente y de acuerdo a la psicología evolutiva, existen varias etapas del desarrollo de los menores de edad. En relación a lo anterior y de acuerdo al tema que aquí me interesa, es importante hacer notar lo que al respecto dice la psicología evolutiva. Entre los 10 y los 18 años de edad nos encontramos con dos etapas a diferenciar: la preadolescencia de 10 a 13 años y la adolescencia de 13 a 18 años.

Teniendo presente lo anterior, es perfectamente comprensible y hasta cierto punto interesante, como el derecho penal juvenil y especialmente la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal guatemalteca, tomó precisamente el parámetro de edades, según los términos de la psicología evolutiva, en los cuales se encuadra la adolescencia. Es así que el Artículo 133 de la LPINA regula, en lo referente al ámbito de su aplicación según los sujetos, 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".

Se puede observar que según los parámetros de la psicología evolutiva, la adolescencia, comprende hasta los dieciocho años de edad inclusive. Esto es precisamente interesante, de lo regulado el Artículo 2 de las disposiciones generales de la LPINA, al establecer, que por adolescente se entiende aquella persona desde los trece hasta que cumple los dieciocho años de edad (inclusive). Pero en el caso de la normativa sobre adolescentes en conflicto con la ley penal guatemalteca, se considera adolescente a la persona comprendida entre los 13 y menos dieciocho años de edad.

Lo anterior es perfectamente comprensible, si se toma en cuenta que la mayoría de edad penal inicia exacta, junto con la mayoría de edad civil. Esto, a la vez constituye una contradicción, puesto que el Artículo 8º del Código Civil regula que se es mayor de edad al cumplir los dieciocho años, pero el Artículo 2 de la LPINA, regula lo contrario puesto que considera adolescente, es decir, menor de edad a la persona, hasta que cumple los dieciocho años de edad. que se puede perfectamente traducir, como inclusive a los dieciocho años de edad.

Aunque, en todo caso esto parezca una contradicción, la misma normativa de adolescentes en conflicto con la ley penal, brinda una solución a este aparente problema, en relación a la protección integral de la niñez y la adolescencia. En este sentido y como una forma de protección integral, el Artículo 134 de la LPINA regula. "Se aplicarán las disposiciones de este título a todos los adolescentes que se encuentren en

conflicto con la ley penal, así como a los que en el transcurso del proceso cumplan la mayoría de edad”.

Es sumamente importante en materia de protección integral, así como de los fines de la sanción juvenil, el contenido del artículo citado, que privilegia el interés superior del niño, frente a la persecución penal para adultos. Lo anterior, es solo como un corolario, que constituye uno de los tantos valladares, que los defensores de la reducción de la mayoría de edad penal, tienen que sortear para sustentar su pretensión.

Ahora bien, el sistema de justicia penal juvenil, lo que pretende o persigue como una finalidad fundamental, es la protección integral del adolescente trasgresor de la ley penal, es decir, de aquel menor de edad de entre los trece y menos dieciocho años de edad, sin perder de vista su responsabilidad frente al injusto y las consecuencias del mismo. Por esa razón, es que uno de los principios cardinales de la sustanciación del proceso hasta la ejecución de la sanción penal juvenil, es educar en responsabilidad, para que el adolescente adopte una función constructiva en la sociedad.

En este sentido, los principios rectores del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, juegan un papel principal cuando se habla de la edad de responsabilidad penal, puesto que los mismos son una garantía en el respeto y protección de los derechos humanos del adolescente trasgresor de la ley penal. El Artículo 139 de la LPINA, regula. “Son principios rectores del presente proceso, la protección integral del

adolescente, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad”.

Podría parecer que tratar el tema de la edad de responsabilidad penal, nada tiene que ver con lo regulado en el Artículo 139. Pues bien, este Artículo y su regulación, se constituye en una garantía protectora, la cual proporciona al adolescente transgresor, una protección jurídica preferente (Artículo 6 de la LPINA), frente a la intervención estatal con motivo de la transgresión a la ley penal. De tal manera que para los efectos de la Ley de Protección Integral de la niñez y Adolescencia, la construcción del sistema penal juvenil, se desarrolla tomando en cuenta, esa etapa en la cual el adolescente se está desarrollando, es decir, desde los trece a menos dieciocho años de edad.

La edad de responsabilidad penal, en todo caso es uno de los principales puntos de estudio, dentro del derecho penal juvenil, si se considera que su aplicación está dirigida no a infligir un castigo, sino sustentado por los principios de protección integral y del interés superior del niño, en el tratamiento de la transgresión a la ley penal. Por esta misma razón, toda propuesta a la reducción de la mayoría de edad penal, privilegiando con esto la reducción. Asimismo, de la edad de responsabilidad penal, basada en los índices de participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, conlleva un proceso complejo y por demás violatorio de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

“El inicio de la mayoría de edad penal no debe fijarse a una edad demasiado temprana por cuanto se perdería totalmente el concepto de responsabilidad derivado del hecho delictivo como tal, pues no puede pretenderse que quien carezca del suficiente desarrollo intelectual deba responder por la comisión del hecho punible”,⁸² puesto que si se reduce la mayoría de edad penal, necesariamente se tendría que reducir en la misma proporción, la edad de responsabilidad penal de los adolescentes, lo que conduciría, en el caso de Guatemala, a una reducción proporcional a la de la mayoría de edad penal, la cual actualmente se sitúa a los trece años. Estoy tentativamente hablando de una reducción de por lo menos dos o tres años.

En todo caso, considerar a niños desde los diez años como sujetos activos de la trasgresión a la ley penal, contravendría la Convención, si se toma en cuenta que esta es vinculante para los Estados Partes. Es por esta complejidad numérica, que involucra protección o violación de los derechos humanos de la niñez, así como todo el proceso psicosocial de su desarrollo, que se estaría propiciando un ambiente idóneo de mayor riesgo, que el que están viviendo los niños y adolescentes en la actualidad. Por esta razón, el Artículo 40 numeral 3. a), de la Convención regula: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

⁸²Tejeiro López, Carlos Enrique. *Teoría general de la niñez y la adolescencia*. 2º ed. Pág. 114.

De la interpretación de este precepto puedo concluir, que lo que está ordenando la Convención cuando indica; "una edad mínima antes de la cual", es precisamente el inicio de la edad de responsabilidad penal, que en Guatemala es a los trece años, así, que como antes de esa edad, es decir, menos de trece años, los niños no tienen responsabilidad penal atenuada, por tanto no están sujetos a la normativa penal juvenil que se regula en la LPINA. En este mismo sentido, el Artículo 138 desarrolla la porción del Artículo 40 analizado.

Artículo 138 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. "Menor de trece años. Los actos cometidos por un menor de trece años de edad, que constituyan delito o falta no serán objeto de este título, la responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Dichos niños y niñas serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueren necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados y deberán ser atendidos por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia".

En relación a esta regulación, hay mucho que decir y pequeño el espacio para desarrollar, pero baste con afirmar. En contexto con los artículos citados anteriormente, la LPINA reconoce, en principio que la adolescencia preferentemente inicia a los trece años de edad, en la cual el adolescente posee esa "capacidad de imputabilidad",⁸³ que le permite sino en toda su dimensión, sí comprender el carácter ilícito de su conducta (el sentido de su responsabilidad). A la vez, también reconoce que antes de esa edad y en

⁸³ Juárez Arroyo. Ob. Cit. Pág. 44.

las palabras de la Convención, el menor de trece años de edad, “no tiene la capacidad de infringir las leyes penales”.

Esto último debe entenderse como una eximente de responsabilidad penal, es decir, que el menor de trece años no tiene la “capacidad de imputabilidad”,⁸⁴ para comprender el carácter ilícito de su acción y conducirse de acuerdo a esa comprensión, es decir, el sentido de su responsabilidad. Puesto que sus expectativas dentro del proceso cognitivo y psicosocial de su desarrollo, están siendo influenciadas desde diferentes perspectivas. Dígase la familia, la escuela, la comunidad, los amigos, etcétera. Prácticamente, está en un proceso del tránsito de la niñez a la adolescencia. Algunos lo denominan preadolescencia y otros la pubertad,

En este sentido, no se puede pretender una reducción de la mayoría de edad penal, sin reducir la edad de responsabilidad penal. En todo caso, parafraseando a Tejero López: la edad mínima debe fijarse, en un parámetro de edades, en el cual se garantice que quien violenta la ley penal, posee la capacidad del sentido de su responsabilidad y conoce los elementos morales y psicológicos derivados de sus actos, así determinar a qué grupo etario pertenece⁸⁵ (Artículo 136 de la LPINA).

⁸⁴Ibid.

⁸⁵Tejero López. Ob. Cit. Pág. 114.

3.5. Valoración final

La respuesta estatal a la transgresión a la ley penal, necesariamente debe generarse partiendo del inalienable respeto a los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Por supuesto, esta respuesta debe ser eminentemente penal, es decir, desde un sistema estructurado para el tratamiento de la trasgresión a la ley penal y especialmente del adolescente trasgresor. En todo caso, como lo dejé apuntado en los apartados precedentes, es necesario el fortalecimiento del sistema de justicia especializada en materia penal juvenil.

Es en este sentido, que la Convención en el Artículo 40 numeral 3 regula: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. En cuanto al desarrollo de este artículo por parte del Estado de Guatemala, puedo decir, que en materia de leyes, procedimientos y autoridades, ha dado un paso significativo en el establecimiento del sistema de justicia especializado en materia de derecho penal juvenil.

Pero por otro lado, en cuanto a las instituciones, el Estado de Guatemala atraviesa por una crisis institucional en materia de ejecución de la sanción penal juvenil, toda vez que este aspecto ha sido profundamente relegado, sin tomar en cuenta, que la consolidación de un sistema eficaz de justicia penal juvenil, se refleja como lo regula la

Convención, “en la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

“La situación de los niños Guatemaltecos en conflicto con la ley es un tema de gran preocupación, ya que el Estado de Guatemala está enfrentando una crisis, no solo en su sistema judicial, sino también en su infraestructura y sus recursos para tratar con los altos números de delincuentes juveniles”.⁸⁶ En todo caso puedo afirmar, que en Guatemala, después de más de dos décadas desde la ratificación de la Convención y alrededor de una de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no se ha podido consolidar un sistema de justicia penal juvenil, que proporcione a los adolescentes transgresores de la ley penal, esa respuesta garantista y socio-educadora, según sus propios fines.

Guatemala en su tercer y cuarto informe, que según el Comité de los Derechos del Niño, lo hizo llegar con retraso, hace una serie de afirmaciones en relación a la implementación de programas de reinserción social del adolescente transgresor, las cuales, en el mejor de los casos, son solo aspiraciones de buenas intenciones dado que en la realidad a los adolescentes transgresores de la ley penal, en los centros de detención y cumplimiento de medidas de privación de libertad (que deberían ser la excepción y son la regla general), en estos momentos, sin temor a equivocaciones, les están siendo violentados sus derechos, principios y garantías.

⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño. Ob. Cit. Pág. 23.

Teniendo en cuenta esto, los objetivos del proceso y la ejecución de la sanción penal juvenil; la reinserción del adolescente transgresor a su familia y la sociedad, con lo cual el adolescente, salga totalmente consciente del sentido de su responsabilidad y del daño causado, está siendo nulo, por tanto inefectivo. Esta negativa y perjudicial respuesta del Estado a través del sistema de justicia juvenil no especializada de la transgresión, está provocando que el incipiente sistema de justicia juvenil en Guatemala, colapse desde sus propios fundamentos, toda vez que el mismo ha nacido enfermo.

Toda esta inoperancia a nivel procedimental del subjetivismo y estigmatización de la adolescencia en los juzgadores y la nula eficacia de las instituciones en la aplicación de la sanción penal juvenil, aunado con la poca investigación jurídica, es decir, la poca importancia de los penalistas e investigadores guatemaltecos, en la creación dogmática de una doctrina nacional en materia de derecho penal juvenil, está haciendo colapsar los objetivos y fines de la sanción penal juvenil. A mi juicio, son las principales causas por las cuales, la justicia penal juvenil en Guatemala, no despega, mientras que la adolescencia transita por el limbo de su desarrollo, en un plano de exclusión, alto riesgo y represión al buen estilo de la conducta irregular del positivismo criminológico.

Para la consolidación de un sistema penal juvenil garantista y respetuoso de los derechos humanos de los adolescentes, es necesaria la comprensión, de qué es lo que significa ser adolescente. Esto por supuesto, empieza con la determinación exacta o por lo menos adecuada, de cuándo inicia la adolescencia. En este sentido, para la justicia

penal juvenil, es importante determinar una edad mínima en la cual se considera que el niño no tiene la capacidad de imputabilidad de infringir las leyes penales. Y en contra posición, una edad superior a este mínimo, en la cual el niño es considerado adolescente y con la capacidad de imputabilidad necesaria, de acuerdo a su estado en desarrollo, para comprender el carácter ilícito de su conducta.

Por tanto, sin vacilación alguna puedo plantear que la edad penal constituye uno de los temas más discutidos en los tiempos modernos, es por esta razón, que cualquier discusión que pretenda disminuir la mayoría de edad penal, será una flagrante tentativa de violentar y cuartar el desarrollo de la adolescencia guatemalteca. Es de advertir que, la discusión sobre la edad penal es de suma importancia, por cuanto la misma necesariamente involucra lo relativo a la mayoría de edad penal y a la edad de responsabilidad penal.

En síntesis, puedo afirmar, a partir del contenido de los apartados anteriores, que la doctrina jurídica sobre la edad para exigir responsabilidad penal, constituye un asunto sobre el cual se reformulan criterios y se discute, tanto por parte de los juristas, de los políticos, así como de la sociedad, sobre la inconveniencia de reducir la mayoría de edad penal discusión que necesariamente debe concluir, con la consolidación del sistema de justicia penal juvenil, que sea respetuoso de los derechos del adolescente transgresor; así como valorativo en cuanto a su responsabilidad frente a la transgresión; sobre el daño causado; la reparación del mismo y su posición dentro del derecho penal juvenil.

CAPÍTULO IV

4. El fenómeno de la transgresión a la ley penal y la reducción de la mayoría de edad penal

En el capítulo III, desarrollé que en la actualidad, la respuesta a la transgresión a la ley penal que el Estado está obligado a brindar, debe ser respetuosa de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, sustentada por la doctrina de la responsabilidad penal atenuada; y, el desarrollo de los preceptos de la Convención Sobre los Derechos del Niño, especialmente del Artículo 40. Siendo la Convención un instrumento internacional vinculante, que establece una estructura ideológica en materia penal juvenil, obliga al Estado de Guatemala a la implementación de un sistema eficaz de justicia penal especializada en materia de transgresión a la ley penal, que tenga como sujeto al adolescente transgresor.

En este sentido, este sistema de justicia penal está dirigido especialmente a los adolescentes, puesto que cuando se habla de transgresión a la ley penal, esta solamente puede ser desvalorada frente a un adolescente al cual se le imputa, entre los trece y menos dieciocho años de edad. Ahora bien, habiendo dejado establecido lo anterior, surge dentro de diversos sectores de la sociedad guatemalteca, la idea generalizada que para combatir la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, es necesario endurecer la prevención en la comisión de delitos, así como el control social hacia este sector social, reduciendo la mayoría de edad penal.

Esto a la vez ha provocado en los sectores principalmente académicos, la incertidumbre, si este sistema de justicia penal juvenil, está cumpliendo con los objetivos que la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, persiguen para recuperar de las garras del leviatán a los adolescentes que transgreden la ley penal y/o, la necesidad de una respuesta de mano dura frente a la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal.

Por tanto, cuando de transgresión a la ley penal se refiere, "estos tres instrumentos constituyen entonces el único marco de actuación legítimo para la implementación de las políticas públicas de la niñez y adolescencia en el país".⁸⁷ En este sentido, toda valoración o desvaloración sobre el tema de adolescentes en conflicto con la ley penal, deberá ser abordado sobre la base de la protección integral y del interés superior del niño (ver capítulo I).

Entendiendo de esta forma la intervención estatal, el drama de la transgresión a la ley penal se hace incierto y nebuloso para el desarrollo del adolescente transgresor. Por tanto, toda política pública en relación a la respuesta penal, deberá tomarse dentro del marco de esta legislación, privilegiando el desarrollo integral de la adolescencia. Por supuesto, que este drama, si se le puede llamar así, surge por la inoperancia del sistema de justicia penal juvenil, que ve en el adolescente transgresor, un enemigo público, un desadaptado y peligroso social.

⁸⁷ Solórzano León. *Ob. Cit.* Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala. Pág. 167

Ahora bien, a toda esta problemática muy compleja, se le deben buscar respuestas eficaces y no salidas circunstanciales como reducir la mayoría de edad penal. Entendiendo por mayoría de edad penal. "Aquella a partir de la cual se puede predicar de un sujeto la responsabilidad criminal stricto sensu. En consecuencia, sólo las personas que han alcanzado este periodo de la vida son susceptibles de ser conceptuadas como sujetos activos de las infracciones criminales y, por lo tanto, quedar bajo el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones que constituyen el Derecho Penal Objetivo propiamente dicho, es decir, el Código Penal (sic)".⁸⁸

De lo anterior se desprende, tomando estrictamente en cuenta el parámetro etario que comprende la adolescencia, que pretender reducir la mayoría de edad penal, constituiría un problema en el corto y mediano plazo, a todo nivel, es decir; social, económico, político, criminológico y por supuesto jurídico. Si lo que se pretende con la implementación de un sistema especializado en justicia penal juvenil, es encausar a los adolescentes transgresores a que asuman una función constructiva en la sociedad, esta respuesta es a todas luces la equivocada.

Se debe partir entonces, de qué se entiende por adolescente. Según la LPINA es todo ser humano entre los trece y menos dieciocho años de edad (Artículo 133 de la LPINA), así como de lo que las conclusiones que la psicología evolutiva establece. Estos (los adolescentes transgresores), por el principio de justicia

⁸⁸<http://www.encyclopedia-judicial.com/d/edad-penal/edad-penal.htm>. (12/08/2012)

especializada, deben ser tratados de acuerdo a esa etapa en desarrollo (Artículo 144 de la LPINA).

Parafraseando a Conde Zabala, los adolescentes a partir de una jurisdicción penal juvenil especializada, pueden ser recuperados en una proporción muy superior, a los adolescentes sometidos a la jurisdicción penal para adultos, que en uno y otro caso el tiempo de recuperación es sumamente fugaz,⁶⁹ pero con la diferencia que el adolescente sometido a la jurisdicción penal juvenil, se le tratará como a un menor de edad, pero si se reduce la mayoría de edad penal, el adolescente será sometido a la justicia penal para adultos, deduciéndosele la responsabilidad penal, según las normas del Código Penal. Por tanto, como a un adulto, aunque en realidad y de acuerdo al Código Civil sea menor de edad (Artículo 8º Código Civil).

Es de advertir, que el parámetro etario de edades en los que se encuadra la adolescencia, no es una ficción legal, sino propiamente una conclusión de la psicología evolutiva, en la cual, el desarrollo psicosocial del adolescente está en pleno proceso de afianzamiento, en donde ya no se es niño, pero tampoco adulto. Esta ciencia que estudia el desarrollo evolutivo de la niñez y la adolescencia, así como todas aquellas crisis por las cuales atraviesa el adolescente antes de llegar a la mayoría de edad civil, ha demostrado que la edad idónea para considerar a una persona como mayor de edad es a los dieciocho años (Artículo 8º Código Civil), y, ésta, de acuerdo a lo desarrollado hasta el momento, preferentemente debe coincidir con la mayoría de edad penal,

⁶⁹ Conde Zabala Ob. Cit. Pág. 312

en la cual la estabilidad emocional, se ha preparado para enfrentar y responder como tal, por todas las decisiones que tome. Pero, para un adolescente en pleno proceso de desarrollo, muchas de esas decisiones son producto de los reflejos de ese tránsito de la niñez a la mayoría de edad civil. Por tanto, al reducir la mayoría de edad penal, para que un grupo de adolescentes se encuadren dentro de este nuevo parámetro, se les estará vedando su derecho al desarrollo humano como personas en pleno proceso evolutivo de afianzar su personalidad.

El Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011/2012 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), define desarrollo humano de la siguiente manera:

“El desarrollo humano es la expresión de las libertades de las personas para llevar una vida prolongada, saludable y creativa; conseguir las metas que consideran valiosas; y participar activamente en darle forma al desarrollo de manera equitativa y sostenible en un planeta compartido”.⁹⁰ Por supuesto, que en materia de niñez y adolescencia, estas libertades y oportunidades, es el Estado de Guatemala el que las debe brindar, especialmente a aquellos que por su conducta, han caído en un estado de vulnerabilidad que los coloca en una situación de más riesgo, para alcanzar ese pleno desarrollo humano.

⁹⁰ PNUD. Guatemala: ¿Un país de oportunidades para la juventud? Informe nacional de desarrollo humano 2011/2012. Pág. 5.

En relación a lo anterior me refiero; al riesgo y vulnerabilidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal, frente al sistema penal para adultos al cual se les quiere trasladar, puesto que al no tomar en cuenta este riesgo y vulnerabilidad, el sistema penal para adultos, no podrá recuperarlos en la misma proporción⁹¹, ya que dejarían de ser adolescentes con derecho a la protección integral, al considerarlos capaces de ser juzgados como un adulto. Por otro lado, la adolescencia es una etapa que se caracteriza, por una diversidad de expectativas de vida. "Paradójicamente, es también una de las etapas de la vida en la que existe una mayor exposición y vulnerabilidad a diversos riesgos y se adquieren hábitos que tendrán efectos importantes en la adultez".⁹²

En todo caso las implicaciones en la reducción de la mayoría de edad penal, no solamente perjudicará a los que se encuadren en esta edad, que bien pudiera ser a partir de los catorce años. Sino la sociedad en general sufriria de esta reducción, puesto que ella misma estaría exponiendo a los menores de trece años de edad a la intervención y control social del derecho penal; al rebajar la mayoría de edad penal, necesariamente se tendría que reducir la edad de responsabilidad penal, posiblemente hasta los diez años, a no ser, que con la reducción de la mayoría de edad penal, se mantuviera el parámetro de edad de responsabilidad penal atenuada, solamente en los trece años de edad y por debajo de esta, los menores de edad seguirán siendo considerados inimputables.

⁹¹ Conde Zabala. Ob. Cit. Pág. 312

⁹² PNUD. Ob. Cit. Pág. 59

4.1. El problema social

"...El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto. ...Si bien... pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo..."⁹³.

La participación de menores de edad en violaciones a la ley penal, no constituye solamente un problema jurídico, sino un conjunto complejo de situaciones que en mayor o menor medida afectan diferentes ámbitos de la vida nacional. Por esa razón y de acuerdo al criterio de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala transcrito, considero de suma importancia que el problema de la transgresión a la ley penal, no es solamente la individualización del adolescente como un problema de política criminal, meramente jurídico. Al contrario, supone el debilitamiento del Estado como sociedad organizada, en la aparente paradoja de la búsqueda del bien común, protegiendo a la persona (como individuo) y a la familia (como sociedad).

⁹³ Corte de Constitucionalidad. Constitución Política de la República de Guatemala (aplicada en fallos de la Corte de Constitucionalidad Pág. 7).

Naturalmente, en una sociedad como la guatemalteca en donde la preeminencia del individualismo sobresale: ¿Quién protege al vecino? ¿Quién protege al pariente? ¿Quién me protege a mí? En estos casos, y analizando el planteamiento a manera de preguntas, pareciera una tautología sin sentido, pero no lo es, ya que cuando se protege a la familia, también se está protegiendo a cada uno de sus miembros individualmente, y a la vez a la sociedad en su conjunto. Si todos individualmente tienen acceso al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad y a la justicia, algo se estará haciendo en relación al desarrollo integral de la familia. Por tanto, es la protección de los hijos y las hijas dentro de la familia, que la hace ser eso.

Por supuesto que lo anterior, también se puede señalar de utopía y lo es, porque; ¿En qué sociedad, todos tienen acceso a estos beneficios? No todos, claro está. Ahora bien, en relación al sector social donde se encuadran los adolescentes, es necesario particularizar a aquellos que están en conflicto con la ley penal, a la vez que determinar la o las causas que motivan a que este particular grupo de adolescentes opte por el camino de lo ilícito. Esto me lleva a considerar, en primer lugar; ¿Qué tipo de respuesta es la que el Estado debe brindar ante el fenómeno de la transgresión a la ley penal? En segundo lugar; ¿La respuesta debe ser represiva o socio-educadora?

“Toda idea de la existencia de una justicia penal para adolescentes va unida a la finalidad de educación, rehabilitación e inserción social de la persona adolescente, por ello la piedra clave de este derecho está en la ejecución de las medidas cautelares y las sanciones penales juveniles (sic)”,⁹⁴ porque si nos remitimos a los objetivos del proceso penal de adolescentes, la respuesta del Estado de Guatemala, no es solamente del sector justicia.

“Al aceptar el fenómeno criminal como un hecho sociológico, la función del Estado en materia de seguridad, no consiste exclusivamente en reprimirlo, porque el derecho penal no es la única respuesta a las infracciones y desviaciones sociales”.⁹⁵ Es por tal razón, que considero cardinal tratar aquí, por la importancia y alcances que puede tener en la interpretación y aplicación de la protección integral de la niñez y la adolescencia, la problemática social de la transgresión a la ley penal.

Por supuesto, que este problema social, según mi percepción, se puede visualizar, desde dos puntos o perspectivas diferentes. Por un lado, que la transgresión a la ley penal no es en sí misma el problema, sino como una consecuencia de una problemática social más compleja, que inicia dentro de las relaciones familiares. “El marco sociocultural más importante, por constituir el más próximo grupo de ‘pertenencia’, es la familia”.⁹⁶ Es decir, en las condiciones en las que el niño y la niña se desarrollan, hasta que alcanzan un grado tal de autonomía, en el cual se inicia la expectativa de una

⁹⁴ Morceta Fabián, Bernabel, Carmen Rosa Hernández y Juan Sabino Ramos. *Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil*. Pág. 122.

⁹⁵ Vázquez Smerilli, Gabriela. *Hacia una política criminal para un estado democrático de derecho*. Pág. 67.

⁹⁶ D’Antonio, Daniel Hugo. *El menor ante el delito: incapacidad legal del menor, régimen jurídico, prevención y tratamiento*. 3ra. ed. Pág. 72.

personalidad propia. Es decir, el problema social fuente de este fenómeno; y, por el otro, la transgresión como fuente, es decir, como causa de una problemática social distinta y de alcances inimaginables.

“En la adolescencia se inicia el proceso de construcción hacia más autonomía personal; este proceso conlleva una serie de significativos cambios biológicos y psicosociales (sic)”.⁹⁷ En este sentido, me enfocaré principalmente en el primero de los aspectos mencionados en el párrafo anterior, por considerarlo de suma importancia para determinar que las condiciones sociales en las que el adolescente se desarrolla, tomando como principal entorno el hogar, sin descuidar, que en ese tránsito de niño a adolescente, la escuela y la comunidad jugarán un papel importante, según avance el desarrollo biológico y psicosocial del menor de edad.

Esto puede en un momento dado considerarse fundamental en la determinación sobre la tendencia del adolescente en buscar en la transgresión a la ley, una identidad propia. Por lo cual, considero precisamente, al hogar, el lugar en el que se fortalecen o debilitan los valores, como el principal entorno que puede marcar el rumbo del adolescente en la búsqueda de su autonomía e identidad personal. “Todo se alimenta en el nido del hogar, en los antecedentes familiares clásicos: abuso verbal, físico, sexual y desintegración conyugal por uno u otro motivo, síntoma inequívoco del aprendizaje ilícito (sic)”.⁹⁸ Lo anterior, es sin tomar en cuenta, el aspecto de precariedad

⁹⁷ PNUD. Ob. Cit. Pág. 5.

⁹⁸ Reyes Calderón, José Adolfo. Política criminal. Reacción social punitiva. Pág. 115

económica en el que se desarrolla el adolescente, que provoca como una reacción natural, una mayor vulnerabilidad, riesgo y exclusión social.

“Sabemos que la infancia es un periodo 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 que el entorno determina en gran medida el despliegue de las capacidades del niño (sic)”.⁹⁹ Como se puede observar, el desarrollo social de la adolescencia, es un aspecto importantísimo y a la vez coadyuvante en la prevención de la transgresión a la ley penal, por tanto, la sola idea de reducir la mayoría de edad penal, es un duro golpe a esta expectativa de desarrollo, que un sector importante de la adolescencia guatemalteca, tal vez, visualiza únicamente en sus sueños.

Si la Constitución Política de la República de Guatemala, protege la vida desde su concepción (Artículo 3), la protección integral de la niñez y la adolescencia basada en su interés superior, es una prioridad del Estado de Guatemala, con lo cual se lograría, que el desarrollo social de la niñez y la adolescencia llene aquellas expectativas de vida futura. Pero, ¿Como pretende el Estado, proteger a la niñez y la adolescencia, si no está protegiendo su entorno, es decir, a la familia como el elemento natural y fundamental de toda sociedad?

⁹⁹ González Contró, Mónica. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Pág. 105.

El Artículo 17 numeral 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece. "Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Asimismo la Regla 1.1 de las Reglas de Beijing, sobre administración de justicia de menores de edad, establece: "Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos ingresos generales, promover el bienestar del menor y de su familia".

De la interpretación de la Constitución Política de la República de Guatemala y de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de las Reglas de Beijing, con respecto a la protección y bienestar de la familia, considero, que al reseñar la importancia de esta protección, lo hacen preferentemente considerando la descendencia, es decir, los menores de edad. Así lo reafirma la Regla 1.1 de las Reglas de Beijing.

En este mismo sentido y para apoyar mi apreciación, el numeral 4 del Artículo 17 de la Convención Americana, regula: "4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Por tanto, en materia de protección a la familia, esta preferentemente se refiere a la protección necesaria de los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio. "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 sí mismo de lo que requiere para vivir (sic)".¹⁰⁰ "Las oportunidades y los senderos por donde ya está moviéndose esta joven generación dependen de las nuevas condiciones del desarrollo social (sic)".¹⁰¹

"Creo que es un buen punto de partida sostener que toda política estatal respecto de los menores (de edad), en el contexto de la realidad latinoamericana, es sospechosa de hipocresía... salvo que pruebe lo contrario (sic)",¹⁰² puesto que no basta solamente con indignarse y rasgarse las vestiduras, cuando se tiene conocimiento de la participación de los adolescentes en hechos calificados como delito en el Código Penal, y clamar por endurecer la respuesta estatal, reprimiendo y castigando al adolescente transgresor, si el Estado está desatendiendo su interés superior, en materia de acceso a la educación, a la salud preventiva y al desarrollo social de la niñez y la adolescencia.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ PNUD Ob. Cit. Pág. 9.

¹⁰² Binder, Alberto M. Menor infractor y proceso... ¿penal?: un modelo para armar. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: el nuevo derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad Pág. 83.

El problema social que más abona el riesgo y la vulnerabilidad de la niñez y la adolescencia en Guatemala, es la falta de protección de la familia, especialmente aquellas que subsisten entre la pobreza y extrema pobreza. “En 2011, el 52% de la población es pobre y el 19% está en pobreza extrema (sic)”.¹⁰³ EL problema social de la trasgresión a la ley penal, no es la transgresión en sí misma, ésta, en el mejor de los casos, es el producto y a la vez materia prima de un círculo vicioso que se agudiza más cada día. Por tanto, el Estado de Guatemala, como el garante de promover una protección preferente de la persona y la familia, no puede más que asumir su responsabilidad ante el fracaso de esta protección, porque al hablar de protección de la persona y la familia, no me refiero únicamente a la seguridad y la justicia, sino a la protección de sus derechos, tanto al individuo como a la sociedad en sí, promoviendo el efectivo acceso a los servicios de salud, educación, trabajo, vivienda digna, etcétera, sin descuidar, por supuesto la seguridad y la justicia, pilares para el efectivo disfrute de aquellos.

Ahora bien, el fenómeno social de la transgresión a la ley penal vino para quedarse y ocuparon un lugar en la sociedad guatemalteca, que debe ser atendido con urgencia. No endureciendo la respuesta del Estado, ni reduciendo la mayoría de edad penal, sino fortaleciendo la justicia penal juvenil y apostando a esa etapa del desarrollo del ser humano llamada adolescencia, la cual puede ser recuperada más allá de lo que se podría pensar.

¹⁰³ PNUD Ob. Cit. Pág. 206

En la actualidad este sector social, en su mayoría está excluido y en riesgo. En el proceso de su desarrollo se encuentra con una sociedad, a la cual es difícil incorporarse. "En efecto, son varios los universos sociales donde las y los jóvenes tienen que moverse porque esos espacios surgen animados por, o son el resultado de las implacables distancias sociales que persisten en esta sociedad (sic)".¹⁰⁴

Con lo anterior, como lo he manifestado a lo largo de esta investigación, no estoy proponiendo un descuido irresponsable del tema de la transgresión a la ley penal, o a la responsabilidad que de la misma se deriva. Al contrario, el propósito de mis argumentos, es llamar la atención, que la protección de la familia, es en efecto, una eficaz política de prevención de la transgresión a la ley penal; no la reducción de la mayoría de edad penal y la imposición coactiva de una pena como tal.

"Lo deseable en la sociedad moderna es que el acceso al mundo adulto se demore lo necesario para que las y los jóvenes puedan formarse bien, disfrutar de las alegrías de la edad, alcanzar la madurez de la ciudadanía y emplearla en provecho personal y de la comunidad (sic)".¹⁰⁵ En todo caso, la problemática social de la transgresión a la ley penal, es indudablemente compleja, puesto que tiene que ser analizada desde diversos campos del conocimiento científico.

¹⁰⁴ Ibid. Pág. 203.

¹⁰⁵ PNUD. Ob. Cit. Pág. 204.

En este sentido, el problema social de la transgresión a la ley penal y su tratamiento actual (a pesar de que existe toda una normativa al respecto), es en general, por la poca o nula efectividad del sistema de protección de la familia y en especial del sistema de protección integral de la niñez y la adolescencia, lo que se constituye en una clara violación a la protección integral del adolescente transgresor. "Los derechos del niño, así como los de otros grupos minoritarios surgieron de la evolución histórica de los derechos humanos e intentan responder a las características específicas de este grupo, instrumentando una protección especial en atención a la situación de desventaja en la que se encuentran como consecuencia de la minoría de edad".¹⁰⁶

"La juventud es la edad en la que se aspira a la plena existencia, se desea una vida autónoma y, al mismo tiempo, comunitaria. Es el momento del proceso vital en el que se espera y se desespera, se rebela contra el orden social del mundo adulto pero a la vez se quiere llegar pronto a ser adulto. Por ello es que la juventud existe entre la transgresión y la esperanza, entre las angustias y los sueños (sic)".¹⁰⁷

En todo caso, el problema social de la transgresión a la ley penal, no es un asunto exclusivamente jurídico. No es a través de reformar la ley que este fenómeno puede llegar a ser reducido, a su expresión más mínima. Esto se logrará, cuando sea evidentemente eficaz, la recuperación y la reinserción a la familia y la sociedad, del mayor número de adolescentes transgresores de la ley penal. Solo cuando se aspire a brindarle a los adolescentes ese lugar, este fenómeno llegará ser aborrecido, por lo

¹⁰⁶ González Contró, Mónica. Ob. Cit. Pág 258

¹⁰⁷ PNUD. Ob. Cit. Pág 219

menos, por aquellos que sean arrebatados de las garras del Leviatán, “pues no solo es un presente vibrante, sino que también representa el futuro de la sociedad (sic)”.¹⁰⁸

4.2. El problema económico

Es importante, indicar a manera de aclaración que cuando me refiero al problema económico y su posible relación con la transgresión a la ley penal, lo hago en el entendido, que este aspecto puede en un momento dado, clarificar mi posición en cuanto a la exclusión que sufren los adolescentes, que se desarrollan en condiciones de pobreza y extrema pobreza. “El desarrollo social está fuertemente influido por esos cambios que afectan de manera particular a las nuevas generaciones, por cuanto alteran las formas tradicionales de vida y trabajo de quienes empiezan y, sobre todo, porque el crecimiento es cada vez más dependiente del conocimiento (sic)”.¹⁰⁹

Asimismo, cómo puede esta situación motivar en un momento dado al adolescente, que no tiene acceso al trabajo, procurarse ingresos económicos de forma ilícita. Naturalmente, el problema económico constituye otro eslabón junto a la problemática social, en el desarrollo y protección del adolescente, que determina su inclusión o exclusión del sistema de oportunidades. “El proceso de inclusión social supone la existencia de un conjunto de oportunidades básicas que la persona joven tiene para participar en el disfrute de los bienes que la sociedad, el mercado, el Estado le ofrecen; o bien, en el acceso a determinadas oportunidades o funciones que el Estado, el

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.* Pág 9.

mercado, la sociedad establecen en la promoción de los intereses básicos de la comunidad, a partir, de la modernización que la sociedad va alcanzando (sic)".¹¹⁰

Cuando me refiero a exclusión social en materia de oportunidades económicas, lo hago en el entendido, de las posibilidades (casi nulas) que tiene un adolescente de acceder a un trabajo calificado. Esto por supuesto, no representa principalmente un problema que origine directamente una tendencia a lo ilícito, por tanto, la implicación inmediata de esta situación, se deriva de la oportunidad que tiene la niñez y la adolescencia de acceder, o dicho con mejor propiedad, de culminar su etapa de aprendizaje escolar, es decir, el derecho a la educación.

"Es ancho el campo donde opera el derecho a saber, el cual se traduce, para la juventud, en la existencia de oportunidades de acceso a la información y a las múltiples variantes educativas y de acceso al sistema en sus tramos básicos, en relación con la edad".¹¹¹ La falta de estas oportunidades en aquellos adolescentes, que por su condición económica, los coloca en un estado tal de vulnerabilidad, que desde muy temprana edad tienen que procurar ingresos económicos para ayudar al sostenimiento del hogar. Todo esto aunado en muchas ocasiones a la violencia intrafamiliar, trastorna en gran manera el entorno de desarrollo del adolescente

¹¹⁰ Ibid. Pág. 10.

¹¹¹ Ibid. Pág. 11.

De acuerdo con lo anterior y tomando en cuenta la excepcionalmente difícil condición, en que estos adolescentes viven, puedo asumir que, por una u otra razón no culminan sus estudios, por tanto, tienen, en el mejor de los casos, que subemplearse o procuraringresos en el sector de la economía informal y en el peor de los casos optar por lo ilícito. "Un ordenamiento social justo debe permitir el acceso pleno del hombre a sus fines terrenales. Uno de los factores más advertibles como elemento tensional y conflictivo y, a la vez, uno de los que más impiden aquella satisfacción de las finalidades humanas, lo constituye el desnivel social de índole económica (sic)".¹¹²

En todo caso, el factor económico en el que la adolescencia se desarrolla, principalmente en los barrios marginales, es sin duda, una constante, que constituye un entorno difícil, en el cual interactúa irremediabilmente con la actividad delictiva. "En esas zonas la interacción entre los pobladores y quienes han delinquido es continua e intensa, y dicha circunstancia aporta en alto grado al fenómeno delictivo".¹¹³ Por tanto, si ante el problema de miseria y pobreza que en buena medida, sustrae al adolescente de acceder a los bienes que satisfagan sus necesidades, se agrega la falta de oportunidad para concluir sus estudios, el círculo vicioso de la pobreza y el fenómeno delictivo seguirán avanzando paralelamente.

¹¹²D'Antonio. Ob. Cit. 89.

¹¹³Ibid. Pág. 90.

“Si a la miseria o factor económico se le puede señalar como agente generador delictivo, resulta empero mayormente destacable la imposibilidad de aislarlo del elemento educativo”.¹¹⁴ Por supuesto, que este complejo panorama, imposibilitará el desarrollo integral del adolescente, cerrándose este círculo vicioso, con el riesgo, la vulnerabilidad y violación de los derechos humanos del adolescente. Que al inclinarse por lo ilícito; el riesgo, la vulnerabilidad y la violación a sus derechos, se amalgaman en una etérea posibilidad de vida. “En el ámbito criminológico parece existir una constante entre miseria y delito, constante a la cual no se sustrae el menor, antes bien, sobre la cual se asienta la conducta de éste en forma destacable”.

Es pues importante, antes de considerar reducir la mayoría de edad penal, que el Estado de Guatemala, determine, cuánto ha avanzado en el combate de la pobreza y extrema pobreza; cuánto ha avanzado en procurarle a la adolescencia poder culminar el ciclo básico y el diversificado; y, lo más importante, cuánto ha avanzado en colocar esa mano de obra en el mercado laboral guatemalteco. “La manera como las y los jóvenes se insertan laboralmente fortalece o debilita su agencia, es decir, su capacidad de ser actores dinámicos del desarrollo social y productivo”.¹¹⁵ Toda vez que la falta de oportunidades con las que los adolescentes cuentan en la actualidad, no les permite ser actores de su propio desarrollo, por tanto, a no participar en esa dinámica del desarrollo social y de productividad.

¹¹⁴Ibid.

¹¹⁵ PNUD Ob. Cit. Pág. 108.

Ante esta situación, el Estado de Guatemala, es deudor frente a los adolescentes y a la vez autor de la más escandalosa violación a sus derechos. Porque, por un lado, les niega toda participación, al negarles su propia autonomía de ser actores dinámicos de su propio desarrollo, negándoles acceso a una vida digna de promoción social y desarrollo integral sostenible de la niñez y la adolescencia (Artículo 1 de la LPINA).

Por el otro, pretender sustraerlos, al tratar de reducir la mayoría de edad penal, de los derechos vigentes (no positivos), que garantizan al adolescente transgresor, la promoción efectiva de reintegrarlos a su entorno familiar y comunitario, donde puedan asumir una función constructiva en la sociedad (Artículo 40 numeral 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño). Si el adolescente, no puede completar su instrucción diversificada, no tendrá oportunidad de ingresar a la universidad, por tanto a no optar por un trabajo cualificado y ejercer plenamente la ciudadanía.

“Adoptar compromisos tempranamente -tal como ocurre en el mundo de la pobreza, más en la rural que la urbana- es negar las oportunidades propias de la juventud. ...Y eso es lo que lamentablemente sucede a muchos en esta sociedad”.¹¹⁶ Por lo que en esta investigación no estoy proponiendo una criminalización de la pobreza, sino propiamente la angustia diaria que se vive en estas condiciones, en estos lugares marginales, que son un caldo ominoso de cultivo, de oscura impunidad, donde se cobija el crimen. Por tanto, no pretendo en estas líneas, nada de lo anterior, al contrario y, parafraseando a Etxebarria Zarrabeitia; no es posible colocar, en primer lugar, la lógica

¹¹⁶Ibid. Pág. 205.

de las necesidades, como si fuera el fundamento, para una mayor intervención penal, en que se pretenda criminalizar la pobreza.¹¹⁷

4.3. El problema político (política criminal)

“Ningún país, en caso alguno, puede renunciar a la defensa social de sus habitantes (sic)”,¹¹⁸ pero tampoco, ningún país puede renunciar a la protección integral de sus niños, niñas y adolescentes. Esto incluye por supuesto, a los adolescentes que están en conflicto con la ley penal, es decir, aquellos o aquellas cuya conducta viole la ley penal (Artículo 133 de la LPINA).

El tema sobre política criminal en relación a la trasgresión a la ley penal, es un punto por más delicado, puesto que cuando el Estado aplica o implementa un modelo depolítica criminal, lo hace, especialmente en relación al delito y no a la trasgresión a la ley penal. Parafraseando a D'Antonio, la pena se constituye en el contrapeso exigido por la predisposición humana devindicación, en general por la comisión de un delito.¹¹⁹ En este sentido, hablar de una política criminal en relación a la transgresión a la ley penal, es un tanto aventurada, por no decir, incoherente. Se tendría que hablar de una política de protección integral y de reinserción social del adolescente transgresor y, no de penas o defensa social. Aunque en materia de prevención, ésta, por lo general es de suma importancia, en cuanto a una política de protección integral del adolescente que transgrede la ley penal. Por supuesto, que no desatienda los objetivos del proceso

¹¹⁷ Etxebarria Zarrabeitia. Ob. Cit. Pág. 67

¹¹⁸ Vázquez Smerilli. Ob. Cit. Pág. 66.

¹¹⁹ D'Antonio. Ob. Cit. Pág. 96

penal juvenil, dándole cardinal importancia al aspecto educativo y de reinserción social de la sanción penal juvenil, por medio de los cuales, el adolescente trasgresor tome conciencia que su conducta, en todo caso, violenta las libertades fundamentales de terceros (Artículo 40 numeral 1 de la Convención).

Siendo la política criminal de acuerdo con Reyes Calderón, un capítulo de la criminología, el cual indica que es la actitud institucional que se refiere al accionar del Estado, frente a la comisión de un delito, el cual se proyecta como una prevención a la criminalidad, antes de la comisión del delito (prevención especial y general, ver capítulo II); y, como represión de la criminalidad, después de la comisión del delito. Continúa diciendo el mismo autor, que la política criminal, se instituye (acciones legislativas, policiales, judiciales y penitenciarias), para combatir las conductas delictivas o desviadas, significa esto, que la política criminal es contra el delito y su fin es erradicar el mismo.¹²⁰

En ese mismo sentido, Solórzano León indica: “La creencia de que basta la ley para prevenir la delincuencia ha sido superada y hoy es cada vez más evidente la necesidad de delinear políticas sociales preventivas frente a la criminalidad (sic)”.¹²¹ Por tanto, la protección social del adolescente trasgresor se constituye no en una actividad represiva o de defensa social. Al contrario, la protección integral, en el caso de la transgresión, se debe visualizar, como una actividad política de prevención de la transgresión y no como una política criminal, de prevención conminada con una pena.

¹²⁰ Reyes Calderón, José Adolfo. *Criminología* Págs.314-315.

¹²¹ Justo Solórzano. *Ob. Cit.* Las personas menores de edad ante el derecho penal guatemalteco. Pág. 167.

“Es una actividad fundamentalmente política y la administración es el organismo encargado de realizarla con idóneos instrumentos y servicios, en cuya elección se ha venido progresivamente consolidando la intuición de que estos tienen que favorecer el desarrollo de la persona en su ambiente de vida, limitándose al mínimo las intervenciones institucionalizantes y segregantes, y privilegiándose el apoyo a la familia y a la presencia de los servicios generales del Estado en los lugares de vida del menor. Esta tendencia lleva a valorar de forma muy positiva el papel de la comunidad local (sic)”.¹²²

De tal manera que, toda política para prevenir la transgresión a la ley penal, necesariamente debe partir, en principio de lo que para el adolescente significa el interés superior, tomando en cuenta en este servicio, a la familia y la comunidad. El Artículo 39 de la LPINA, regula los principios rectores del proceso penal juvenil, en la segunda parte indica. “El estado, las Organizaciones No Gubernamentales, la Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia respectiva, y las comunidades, promoverán conjuntamente, tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho”.

¹²²Palomba. Ob. Cit. Pág. 19.

De tal forma, que cuando se definen los lineamientos sobre política criminal, que el Estado implementa para prevenir y erradicar el delito, el tratamiento de la trasgresión a la ley penal tiene que quedar fuera de los alcances de la misma. En este caso y en cuanto se refiere a la trasgresión a la ley penal, como lo indica el Artículo 139 de la LPINA, la sociedad en su conjunto tiene que actuar, como una forma de control social informal de socialización del adolescente, esto es, fuera del aparato represivo del Estado, representado por los sistemas institucionales de control social, que teóricamente tienden también a la socialización.

Justo Solórzano citando a Bustos Ramírez indica: "En el proceso de construcción de la conformidad del comportamiento tienen especial importancia los llamados mecanismos de socialización".¹²³ Estos mecanismos de socialización, se inician en el hogar, continuando en la escuela, la comunidad, y, en general, en toda la etapa del desarrollo del ser humano, es decir, desde "la niñez, prolongándose en la adolescencia, juventud y adultez".¹²⁴

Necesariamente, cuando se habla de adolescentes que violan la ley penal, los sistemas institucionalizados de control social y prevención (Artículo 97 de la LPINA), no pueden taxativamente quedar al margen. Pero en este caso debe ser a través de órganos especializados en materia de derechos humanos de la niñez y la adolescencia (Artículo 144 de la LPINA). Su intervención debe ser para asegurar que al adolescente a quien se le acusa de una violación a la ley penal, se le respeten todos los derechos

¹²³ Justo Solórzano. *Ob. Cit.* Las personas menores de edad ante el derecho pena guatemalteco. Pág. 14

¹²⁴ *Ibid* Pág. 15.

inherentes a su condición, más los generales de toda persona adulta. Orientando su actuación sobre la base del interés superior del niño y su protección integral.

En este sentido, el Artículo 170 de la LPINA regula: "Unidad de Niñez y Adolescencia de la Policía Nacional Civil. La Policía Nacional Civil debe someter su actuación a los principios rectores, derechos y garantías reconocidos por esta Ley, respetando la dignidad, identidad, edad y sexo del adolescente. Queda prohibido el uso de medidas o actos denigrantes o humillantes, así como realizar cualquier tipo de interrogatorio, durante la aprehensión, detención e investigación". Por tanto, en materia de política de prevención de la transgresión a la ley penal, es importante la actuación de los sistemas especializados en niñez y adolescencia, institucionalizados para la prevención.

Por tanto, la tarea principal de la política criminal va dirigida sin reservas, a la prevención del delito y su consecuencia jurídica que es la pena. El derecho penal juvenil, en la actualidad está adquiriendo cierta autonomía, puesto que está conformado por categorías, principios, conceptos y una teoría especializada, que lo distancia en algunos aspectos del derecho penal tradicional o para adultos. Esto no quiere decir, que el derecho penal juvenil como una nueva rama del derecho sancionatorio, quede aislado del derecho penal para adultos, puesto que este, actúa como un subsidiario de aquel, pero no como fuente de estudio y aplicación del derecho penal juvenil.

"Llamar las cosas por su nombre no significa tratar al joven como si fuera un adulto (sic)".¹²⁵ Sin embargo, aunque los fines de la sanción penal juvenil, son eminentemente socioeducativos, "...no puede eludir la responsabilidad que hoy tienen los menores"¹²⁶ (de edad). Me parece oportuno entonces, aclarar que toda intervención penal que el Estado requiera para prevenir la transgresión a la ley penal, se debe hacer a partir de una óptica especializada en materia de niñez y adolescencia, no como una respuesta violenta y represora a partir de una política criminal de defensa social.

Parafraseando a Giménez Salinas y González Zorrilla¹²⁷, se trata en definitiva, de limitar, garantizar y adecuar, toda respuesta de una política de prevención de la transgresión a la ley penal, a la fase evolutiva del adolescente y el joven. Entendiendo por limitar, que el adolescente transgresor ha de ser enjuiciado solo por transgresiones tipificadas en el Código Penal como delito, pero no por todos los delitos tipificados.

Por garantizar, se refiere al respeto de los derechos que los adolescentes tienen como ciudadanos y, por adecuar, se refiere a la respuesta penal frente a la fase evolutiva de los adolescentes, la cual debe excluir de la justicia juvenil, toda respuesta que esté asociada inevitablemente con el delito. "Una de las preocupaciones fundamentales de la Política Criminal, que constituyen la parte más real de los Códigos Penales, son las consecuencias jurídicas del delito",¹²⁸ esto es las penas a imponer.

¹²⁵ Beloff, Mary. *Ob. Cit.* Pág. 23.

¹²⁶ Giménez Salinas, Esther y Carlos González Zorrilla. *Ob. Cit.* Pág. 37.

¹²⁷ *Ibid.* Pág. 52

¹²⁸ Vázquez Smerilli. *Ob. Cit.* Pág. 38.

Ahora bien, cuando indiqué que el derecho penal actúa como un subsidiario del derecho penal juvenil, en principio, esta aseveración está dirigida a determinar si la transgresión está o no tipificada en el Código Penal como delito, excluyendo de la norma descriptiva del tipo penal, su consecuencia jurídica. El Artículo 172 de la LPINA regula. "Calificación legal. La calificación legal de las transgresiones cometidas por adolescentes, se determinará por las descripciones de conductas prohibidas que se establecen en el Código Penal y en las leyes especiales" (Artículo 141 de la LPINA).

No se puede pues, simplemente trasladar para el tratamiento de la transgresión a la ley penal, las acciones de una política criminal diseñada para el tratamiento del delito, puesto que es totalmente injustificado, que a los adolescentes trasgresores se les trate de acuerdo a una política criminal represiva basada en la defensa social. "En definitiva, la política criminal es una economía de la violencia estatal y el menor que causa daño está sometido a las decisiones que conforman esa política"¹²⁹

Ante este perverso e hipócrita panorama en el que los adolescentes que transgreden la ley penal, están entre el fuego cruzado, de una política criminal que los absorbe de facto, ahora, los quiere trasladar bajo el manto de la legalidad a la jurisdicción penal para adultos, reduciendo la mayoría de edad penal. El diario vespertino La Hora en su edición del 13 de marzo de 2012, hizo la siguiente publicación. "El Artículo 8 del Código Civil establece que las personas mayores de edad son las que cumplen 18 años. Sin embargo, la reforma que propone el presidente Otto Pérez Molina consiste en bajar la

¹²⁹Binder Ob. Cit. Pág. 86

edad para la mayoría de edad a los doce años; de esa manera, todos los mayores a esa edad pueden enfrentar procesos penales y cumplir condenas, en caso de ser sido vencidos en juicio (sic)".¹³⁰

Es indudable que frente a los adolescentes trasgresores de la ley, o por lo menor ante un sector etario de estos, la política criminal guatemalteca, está conspirando en secreto, tratando de arrebatarle a la sociedad, todo aquello por lo que cada día lucha, es decir, sus hijos. Ante esta publicación, no puedo más que quedar atónito, perplejo y sin aliento, puesto que si toda propuesta de reducir la mayoría de edad penal, es inconsistente, con la protección integral y el interés superior del niño, la sola propuesta de esta ficción legal, que pretendería, sin ninguna base cronológica y evolutiva, hacer mayores de edad a los niños a partir de los doce años, es descabellada.

Estas inconsistencias, en relación a la pretensión de reducir la mayoría de edad penal, son las que en un momento dado estarían arrastrando a las sociedad guatemalteca a la insensibilidad social y transformando a la niñez en un peligro latente, que hay que erradicar. "Ello, seguramente, no será ninguna novedad para el lector, pero la falta de novedad no significa siempre conciencia sobre un fenómeno y muchas veces, la incapacidad de asombro se acerca mucho a la insensibilidad".¹³¹

¹³⁰ Castañón, Mariela Vespertino La Hora (08/08/2012)

¹³¹ Binder, Alberto M. Ob. Cit. Pag. 83.

En el próximo apartado, trataré de despejar esta y otras repercusiones, que tendría dentro de la legislación nacional, toda propuesta de reducir la mayoría de edad penal, así como la propuesta de privilegiar, la actual legislación tanto internacional como nacional de respeto a los derechos humanos de los adolescentes transgresores, y su no exclusión de los beneficios del sistema penal juvenil de intervención mínima.

4.4. El problema jurídico

Una política de prevención frente a la transgresión a la ley penal, que privilegie la protección integral y el interés superior del adolescente trasgresor, cada día se irá acercando a lo que la criminología conoce como un sistema penal de intervención mínima. "Este enfoque, conocido también como de 'intervención penal mínima' es una creación que nace del grupo de la revista *Dei delitti e delle pene*, fundamentalmente de las concepciones de Ferrajoli y Baratta. Se basa en la maximización del sistema de garantías legales, colocando a los derechos humanos como objeto y límite de la intervención penal".¹³²

Por tanto, este sistema, únicamente interviene en aquellos injustos que generan alto impacto en la sociedad. Lo que se pretende con el proceso penal juvenil y principalmente en materia de aplicación de las sanciones penal juveniles, cuando la trasgresión, corresponda a una infracción penal de gravedad, esto es, cuando el bien jurídico tutelado sea de tal importancia que sea necesaria la intervención de la justicia

¹³²Elbert, Carlos Alberto. **Manual básico de criminología**. 1ra. ed. Pág. 120.

penal juvenil. De lo contrario, para resolver el asunto, se tendrá que acudir a formas y procedimientos alternativos de solución de conflictos.

“La mínima intervención significa que el estado debe intervenir únicamente en los casos más graves, protegiendo los bienes jurídicos más importantes, siendo el derecho penal la última o extrema ratio cuando ya fracasaron todas las demás alternativas del derecho”.¹³³ En este sentido, en las próximas líneas, trataré de despejar estas y otras implicaciones que conlleva una reducción de la mayoría de edad penal.

A la vez, dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Es necesario reformar el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala, para rebajar la mayoría de edad penal? ¿Rebajar la edad de responsabilidad penal, invertiría a los menores de edad de acuerdo al Código Civil con la capacidad de ejercicio? ¿Qué otros cuerpos legales tendrían que ser reformados para incluir a los menores de edad bajo la jurisdicción de la justicia penal para adultos?

4.4.1. Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala

Emilio García Méndez, citado por García López, indica que existen dos tipos de mecanismos de control social: “Los formales y los informales, o mejor dicho: los activos y los pasivos. Los primeros están integrados por ‘las distintas instancias del sistema penal, policía, jueces, cárcel’, y los segundos por ‘la familia, la escuela y la

¹³³Ibid.

religión".¹³⁴ Como lo apunté en el apartado anterior, el sistema de control social y de prevención, idóneo para ser aplicado a los adolescentes en general, es precisamente el control social informal, puesto que este constituye, el entorno de desarrollo del adolescente.

Pero en cuanto al control social formal, no puede ser aplicado en su totalidad a los adolescentes, puesto que estos, deben ser tratados de acuerdo a su especial etapa evolutiva de desarrollo. Por tanto, la privación de libertad, no podrá integrar el catálogo de este sistema de control social, sino como último recurso y privilegiando en este sentido, al resto, es decir, los órganos e instituciones especializadas y multidisciplinarias en materia de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, en donde la sociedad juega un papel protagónico.

Es así pues, que el Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Guatemala es claro, pero a la vez complejo, porque de su interpretación se pueden derivar una serie de posturas (como en efecto pasa en la actualidad), respecto a la posición de los menores de edad frente al derecho penal. Aunque para los que sustentamos la doctrina de la responsabilidad penal atenuada de los adolescentes, el artículo en mención, no requiere demasiado esfuerzo, a menos que se quiera encontrar en su espíritu alguna situación que esté alejada de la realidad, es decir, que no corresponda a la valoración que motivó a los constituyentes a la incorporación material de esta realidad jurídica a nivel constitucional.

¹³⁴ García López. Ob. Cit. <http://psicologiajuridica.org/ps/75.html>. 15/05/2012.

Como ya lo expresé anteriormente, el tema de los adolescentes transgresores de la ley penal, es por demás, un tema complejo, y el mismo debe ser abordado con entendimiento, pero a la vez, también con el corazón. En cuanto a este segundo aspecto, debido precisamente a la calidad de personas en desarrollo de los adolescentes; y, en relación al primero, por el tipo de respuesta penal que el Estado debe brindar, en la protección de los bienes jurídicamente tutelados por el derecho penal, sin descuidar la protección integral y el interés superior del niño.

Partiendo de la premisa que la transgresión a la ley penal, debe estar tipificada en el Código Penal como delito, existe complejidad que inicia precisamente desde el momento, en que se empieza a percibir la participación, tal vez un tanto aislada de menores de edad en la comisión de injustos penales. Es por eso que en la Constitución de 1985, los constituyentes incluyeron dentro de su articulado, el principio de la justicia penal especializada en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal y la sustracción del adolescente del derecho penal para adultos.

El Doctor Solórzano, hace al respecto un breve análisis de la discusión y final redacción del Artículo 20 constitucional, que es enriquecedor para comprender, el espíritu que sustenta la incorporación de esta norma en la Constitución de 1985.

“En relación con el artículo 20 de la Constitución se generó una fuerte discusión doctrinal, entendiéndose un sector que la afirmación contenida en dicho artículo de que ‘los menores de edad que transgredan la ley son inimputables’ implicaba que no se les podía imputar jurídicamente ningún delito o falta, por lo tanto, quedar sujetos a proceso

judicial por la comisión de los mismos, sino únicamente atribuírseles una responsabilidad por su 'conducta irregular o antisocial' (sic)".¹³⁵

En relación a la conducta irregular, dentro de este mismo debate, uno de los constituyentes, indicó en relación a este término: "Un menor es irregular en su conducta, cuando unas veces es alegre, otras veces es triste, unas veces es colérico, otras veces no lo es".¹³⁶ Con esta afirmación, como lo resalta el Doctor Solórzano, el Diputado Constituyente, proponía, que se especificara claramente en la norma constitucional, que si los menores de edad que con su conducta, violaban la ley penal, fueran atendidos por instituciones y personal especializado, ya que no valdría la pena que estos fueran atendidos por estas instituciones y personal especializado, solo por observar una conducta irregular.¹³⁷

La redacción de la propuesta inicial del artículo analizado fue: "Los menores de edad *no deben ser considerados como delincuentes*. El sistema de tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y juventud. *Los menores de conducta irregular* serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser enviados o reclusos en establecimientos destinados para adultos (sic)".¹³⁸

¹³⁵ Solórzano, Justo. Introducción. *En inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley*. Pág. 1.

¹³⁶ *Ibid.* Pág. 2.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.* Pág. 1.

Como se puede apreciar, dentro del espíritu primigenio que motivó a los constituyentes a la redacción del Artículo 20 constitucional, está la de no considerar a los menores de edad como delincuentes. Entonces, una virtual rebaja en la mayoría de edad penal, desde una reforma civil, o por otro mecanismo, estaría etiquetando a todos los adolescentes en general; en primer lugar, como mayores de edad; y, en especial a los transgresores de la ley penal, como delincuentes, porque ya no transgredirán la ley penal, sino cometerán delitos.

La redacción actual del Artículo 20 constitucional quedó de la siguiente manera: "Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia de 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".

De la interpretación tal y como está actualmente en la Constitución, se desprenden varios aspectos sumamente importantes. Esta importancia, radica, en que la Constitución es anterior a la Convención y posterior al Código de Menores que aún regía en ese entonces, hasta el año 2003, en que fue promulgada la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por tanto, del propio espíritu de la Constitución, se infiere, la vocación de la norma constitucional en materia de protección integral y de

responsabilidad penal del adolescente fuera del derecho penal para adultos y su incorporación a un sistema de justicia penal especializada.

Considero, que una pretensión en la reducción de la mayoría de edad penal, a partir de una reforma constitucional, del artículo analizado, no tiene la viabilidad material para realizarse, puesto que la reforma en cuestión, alteraría sustancialmente el espíritu y la vocación garantista y respetuosa de los derechos humanos del adolescente transgresor, ya que los mismos, hablando desde el punto de vista de la normativa civil guatemalteca, seguirán considerándose, con esacalidad que les otorga la norma civil, como menores de edad (Artículo 8º Código Civil).

En todo caso, si se diere la reforma constitucional, se tendría que especificar, un parámetro etario de edad, que definiera la mayoría de edad penal, o bien, la edad de responsabilidad penal. Lo que conllevaría, a una serie de definiciones y especificaciones particulares, sobre los menores de edad que estarían fuera del derecho penal para adultos. O bien elevar casuísticamente, a la calidad de norma constitucional, la mayoría de edad civil, por debajo de los actuales dieciocho años de edad, con la advertencia de profundos problemas a futuro.

Por otro lado, esto resultaría inevitablemente, en la necesidad de reformar otras normas contenidas en leyes ordinarias, o bien, declararlas derogadas, en la misma reforma constitucional. Otra de las consecuencias de esto, es todo lo relativo a la protección integral y al interés superior de los menores de edad. Prácticamente, con una

pretensión como la analizada, el Estado de Guatemala se quedaría sin adolescentes, a menos que se pretenda elevar a esa calidad cronológica y evolutiva, a los menores de hasta doce años de edad. En cualquier caso, no se puede pretender, por una ficción jurídica, hacer desaparecer la realidad, la vulnerabilidad y el alto riesgo, en que sobreviven los menores de edad, que representan en la actualidad el 46% de este sector social.

4.4.2. Artículo 8 del Código Civil

La capacidad de la persona individual, se determina en el derecho civil guatemalteco, desde el momento mismo de la concepción (Artículo 3º de la Constitución), la que se divide, en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, según la aptitud o no, de ejercer por sí derechos y contraer por sí obligaciones. En este sentido, Rojina Villegas, considera que "la capacidad es el atributo más importante de las personas".¹³⁹ Ahora bien, el mismo autor, en relación a la capacidad de goce afirma, que toda persona sin excepción la posee, puesto que si esta desaparece, se suprime la personalidad¹⁴⁰.

De tal forma, que la persona individual durante todo el proceso de su desarrollo, posee sin excepción, capacidad de goce, como atributo inherente a su condición de persona, que consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones. En todo caso, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, no otorga a la persona, sino en las

¹³⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil*. 16ª ed. Pág. 158.

¹⁴⁰ *Ibid.*

circunstancias establecidas por la ley, la aptitud para ejercer y adquirir por sí, derechos y obligaciones.

Se entiende entonces, que estas circunstancias, para el ejercicio de derechos y la adquisición de obligaciones, se determinan en Guatemala por la mayoría de edad. El Código Civil, presume que con la mayoría de edad, todas las personas que la han alcanzado, son plenamente capaces, es decir, han adquirido la aptitud de ejercer por sí derechos y adquirir por sí obligaciones. A esta capacidad la doctrina le denomina; capacidad de ejercicio, de obrar o de actuación y en Guatemala se adquiere a los dieciocho años de edad (Artículo 8º Código Civil).

“La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos en juicio como actor o demandado por su propio derecho (sic).”¹⁴¹ Es entonces, la capacidad, como ya lo dejé anotado, el principal atributo de la persona, por el cual, por un lado y sin excepciones se es titular de derechos y obligaciones; y, por el otro, titular para ejercer y adquirir derechos y obligaciones.

El Artículo 8º del Código Civil regula esta materia así: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”. Es interesante, el último párrafo

¹⁴¹Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 137.

de este artículo, puesto que en el mismo, se les concede a los menores de catorce años de edad un grado de capacidad de ejercicio, la cual se denomina capacidad relativa, por medio de la cual, puede ejercer por sí ciertos derechos y adquirir por sí ciertas obligaciones.

De tal forma, que tratándose de menores de edad, estos poseen sin excepción, capacidad de goce para ser titular de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, la ley, a los que han cumplido catorce años de edad, les otorga, cierta capacidad para actuar por sí mismos. Por supuesto, que lo anterior no coloca a los menores de edad, frente a los adultos en un plano de igualdad, sino como una desigualdad a favor del menor de edad, frente a los intereses del adulto. Lo anterior es como consecuencia del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho (Artículo 1de la Convención y Considerando cuarto de la LPIÑA). Por tanto la participación de la niñez y la adolescencia como protagonistas de su propio desarrollo ha superado con creces a la legislación civil.

“Se otorga al niño y a la niña un reconocimiento jurídico de sujeto (a) de derecho con un status privilegiado que implica, lógicamente, un tratamiento jurídico especial, en todos los ámbitos de validez material del Derecho positivo, trato que se dirige a la totalidad de la niñez y no sólo a un sector de ésta (sic)”.¹⁴² En vista de este reconocimiento, la niñez y la adolescencia en Guatemala, gozan de una posición privilegiada dentro de la legislación nacional e internacional sobre protección integral.Lo cual coloca en un

¹⁴² Solórzano. Ob. Cit. “Los derechos humanos de la niñez” Pág. 25
142

inminente estado de choque, la pretensión de reducir la mayoría de edad penal, con el interés superior del niño.

El Artículo 8º del Código Civil indica, son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Pero si para configurar esta especie de conspiración, hacia la adolescencia guatemalteca de reducir la mayoría de edad penal, se pretendiera hacer a través de modificar el contenido de este artículo, no cabe duda que la sociedad guatemalteca colocaría a este sector social, en un estado de riesgo y vulnerabilidad de sus derechos. No solamente en materia penal, que es lo que se persigue, sino en todo ámbito en el cual se puedan ver afectados directa o indirectamente sus derechos, es decir, sin una protección preferente (Artículo 6 de la LPINA), puesto que, si con una modificación de esta naturaleza, se redujera la mayoría de edad civil hasta los 13 años, como lo pretenden algunos sectores; ¿Qué pasaría con el derecho de alimentos que tiene todo menor de edad, en cualquiera de los casos en que este se puede ver en la necesidad de obtenerlos? Solo por poner el ejemplo más obvio.

Por tanto, en cualquier caso, pretender reducir la mayoría de edad penal, reduciendo la mayoría de edad civil, es tan coyuntural y casuístico, que en general sus efectos devastadores para la sociedad guatemalteca, se extenderían, a la vulnerabilidad de esta nueva generación de mayores de edad, frente a la astucia y sagacidad de los mayores de dieciocho años de edad, es decir, los actuales adultos. Puesto que esta nueva generación de mayores de edad, poseerían plenamente la capacidad de ejercicio, para ejercer por sí sus derechos y adquirir por sí obligaciones.

Todo esto en materia del derecho común, pero en materia penal, al momento de incurrir en un injusto penal (delito), estarían sometidos, en cuanto a la imputación, juzgamiento e imposición de la sanción, a lo determinado por el derecho penal y procesal penal para adultos, y por consiguiente a la imposición de una pena. Pero por otro lado, a las aberraciones y riesgo de cumplir su condena en un establecimiento que no está diseñado para su condición de persona aún en desarrollo.

Por tanto, la solución de reducir la participación de adolescentes en injustos penales, reduciendo la mayoría de edad civil, es tan descabellada y miope, que en las estadísticas, efectivamente se reduciría la participación de adolescentes, porque ya no los habría en Guatemala, pero las aumentaría exponencialmente, en cuanto a la participación de mayores de edad en injustos penales. La solución es pues, aplicar, material y positivamente las normas sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, partiendo de la base del sentido de su dignidad y el valor, la protección integral y el interés superior del niño.

4.4.3. Artículo 23 numeral 1º del Código Penal

Partiendo de una reforma constitucional sobre la mayoría de edad penal, esta, en principio, chocaría con la misma Constitución, en cuanto a la capacidad de goce y la protección integral de la niñez y la adolescencia, alterando sustancialmente el alcance de lo que el Artículo 8º regula sobre la mayoría de edad civil y la capacidad de ejercicio. Pero, partiendo de una reforma al Código Civil, en lo relativo a la mayoría de edad civil,

alteraría, sustancialmente, el riesgo y vulnerabilidad, de los menores, que fueran considerados mayores de edad, como consecuencia de esta reforma.

La protección preferente de los derechos y garantías que como personas en desarrollo le asisten a la niñez, simplemente se desvanecería en la maraña legislativa y alevosa, de sustraer a los adolescentes del derecho penal juvenil y trasladarlos al derecho penal para adultos. Prácticamente, resultaría en la pérdida material y legal, de todo el sistema, garantista y respetuoso de los derechos humanos de la niñez, porque con esto, nuevamente se les está hurtando a los adolescentes su responsabilidad. Sin darles ventaja de comprender, el alcance del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros.

De tal forma y atendiendo a lo anterior, el contenido del Artículo 23 numeral 1º del Código Penal, que se refiere a la minoría de edad como una causa de inimputabilidad, dentro del sistema de justicia penal juvenil en Guatemala, al parecer, no ha sido interpretado ni comprendido, a la luz de la doctrina de la protección integral y de la responsabilidad penal atenuada de los adolescentes, que se sustenta en los postulados de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Puesto que, en materia de imputabilidad-inimputabilidad, tal y como lo regula el Código Penal, todos los menores de edad, están fuera de la aplicación de este cuerpo normativo. Por tanto, tratar de reformar el Código Penal, para trasladar del derecho penal juvenil al derecho penal para adultos, a los que actualmente se consideran adolescentes según la legislación sobre niñez y adolescencia, no tiene ninguna razón de ser. Ya que, según mi criterio, el problema de incorporar a los adolescentes al derecho penal para adultos, a través de la reducción de la mayoría de edad penal o bien de la mayoría de edad civil, no estriba en el Código Penal, sino específicamente en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Código Civil.

Lo que naturalmente, como ya lo he dejado apuntado, generaría la necesidad de reformar, en uno u otro caso, las normas relacionadas con adolescentes en conflicto con la ley penal, especialmente las que se refieren a la edad de responsabilidad penal atenuada. Por tanto, el Artículo 23 numeral 1º del Código Penal tal y como esta redactado, no necesita ser reformado, para una eventual rebaja de la mayoría de edad penal o civil en su caso. Así como está regulado, es perfectamente claro, en cuanto que los menores de edad están fuera de los alcances del derecho penal para adultos.

4.5. Valoración final: crítica a la reducción de la mayoría de edad penal

“Teniendo en cuenta este amplio margen de edades mínimas a efectos de responsabilidad penal, el Comité considera que es necesario ofrecer a los Estados Partes orientación y recomendaciones claras con respecto a la mayoría de edad penal (sic)”.¹⁴³ El tema de la mayoría de edad penal, es una preocupación general, tanto en los defensores de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, como en las instituciones internacionales que velan por la aplicación y el respeto de estos derechos. Que la interpretación errónea de esta, puede generar en un momento dado, debido a los efectos nocivos y contraproducentes, para los adolescentes transgresores de la ley penal, como para la sociedad misma, la conveniencia o no de reducir la mayoría de edad penal.

“En otras palabras, la discusión sobre el –cómo- intervenir penalmente en los injustos penales realizados por los adolescentes y la de –la intensidad y el tipo de respuesta penal- debe darse no sólo en el marco de los principios constitucionales de un Estado social y democrático de Derecho, sino también, tomando en cuenta las últimas tendencias y aportes en materia de criminología, ciencias sociales y propiamente dogmáticas, de tal suerte que, la explicación que se dé sea *más cercana a la realidad* y no se quede únicamente en el ámbito de la norma jurídica (sic)”.¹⁴⁴

¹⁴³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Los derechos del niño en la justicia de menores. Observación general No. 10. Pág. 11

¹⁴⁴ Solórzano León. Ob. Cit. Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala. Pág. 177

Ahora bien, en este mismo sentido, el Artículo 40 numeral 3 a), de la Convención Sobre los Derechos del Niño, establece: "El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales". Esta regulación, se refiere especialmente a aquellos menores de edad, que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal, es decir, que están por debajo de ella, a los cuales, no se consideran responsables por la transgresión a la ley penal. En todo caso, no se les puede someter a procedimiento penal alguno, ya sea el regulado para adolescentes en conflicto con la ley penal, o el que regula el Código Procesal Penal.

Desde otra orientación interpretativa, puedo afirmar, que esta regulación, obliga a los Estados Partes a establecer una edad a partir de la cual los adolescentes responden penalmente por su conducta transgresora de la ley, cuya responsabilidad se determinará por el procedimiento regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, según el grupo etario al que pertenezcan (Artículo 136 de la LPINA). En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, ha recomendado a los Estados Partes en diferentes ocasiones, a no establecer o reducir esta edad de responsabilidad penal por debajo de los 13 años de edad, así como la no fijación de la mayoría de edad penal a partir de los 14 años de edad.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño. Ob. Cit. Los derechos del niño en la justicia de menores. Observación general No. 10. Pág. 12

De tal suerte, que pretender rebajar la mayoría de edad penal, con la excusa de reducir la participación de adolescentes en hechos calificados como delito en el Código penal, no es la solución más viable, ya que este tipo de propuestas son en exceso coyunturales, que a mediano y largo plazo no resolverán el problema. Toda vez, que la transgresión vino para quedarse y la sociedad tiene que convivir con ella, por tanto, la solución no se debe basar en la desesperación e impotencia de aplicar plenamente los principios que inspiran la legislación penal juvenil.

Al contrario, la solución es que el Estado establezca una política de prevención de la transgresión a la ley penal, coherente con estos principios, en la cual se privilegia material y positiva la protección integral y el interés superior del niño. La estigmatización de la niñez y la adolescencia durante el modelo tutelar de la conducta irregular, debería ser motivo suficiente, para no cometer el error de sustraer a la adolescencia del sistema de garantías e intervención mínima, en el cual se encuentra ahora, para trasladarlo al sistema represivo y doloroso por excelencia del sistema penal para adultos.

La consecuencia del delito en derecho penal, es la imposición de una pena y esta como norma general siempre es de privación de libertad. En tanto, que la consecuencia de la transgresión a la ley penal, es siempre una medida socioeducativa, en la que la privación de libertad, es considerada como ultima ratio, la Convención en ese sentido regula en el Artículo 40 3. b), que consagra el principio de desjudicialización así: "Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños (en conflicto

con la ley penal¹⁴⁶⁾ sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, no desvalora el hecho de que con la trasgresión a la ley penal, evidentemente se ha violentado un bien jurídico tutelado por el Estado, el cual, naturalmente debe ser sancionado. De ninguna manera, pero a la vez reconoce la calidad de persona en desarrollo del transgresor, es por esta razón, que en general dentro de la normativa que inspira esta legislación internacional, el motivo central es la protección integral de la niñez y la adolescencia; y, en particular de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En este mismo sentido, la LPINA regula en el Artículo 139 última parte, que se refiere a los principios rectores: “El Estado, las Organizaciones No Gubernamentales, la Comisión Municipal de la Niñez y la Adolescencia respectiva, y las comunidades, promoverán conjuntamente, tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho”. Quiero resaltar, que toda la legislación penal juvenil, si bien, está enfocada en dar la protección debida al adolescente transgresor, no olvida que este con su conducta, ha violentado un bien jurídico protegido por el Estado. En ese sentido, también toma en cuenta los intereses de las víctimas de la trasgresión.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, a mi parecer es un cuerpo normativo integral y bien estructurado, en materia de protección integral. En este mismo sentido y en relación a las normas sobre adolescentes en conflicto con la ley penal, es una especie de isla desierta y no descubierta por el sector justicia en Guatemala, sus normas, están literalmente durmiendo el sueño de los justos y su aplicación más allá del horizonte, del interés superior del niño.

Es por estas razones, que toda discusión sobre la reducción de la mayoría de edad penal, no se puede basar en el aumento de la participación de menores de edad en hechos constitutivos de delito, si el sistema de justicia penal juvenil no ha brindado la respuesta idónea, para prevenir esta participación; si no se ha implementado un efectivo y eficaz sistema de control social informal, en el cual, la sociedad misma debe estar responsablemente involucrada.

Cada sector dentro de la sociedad guatemalteca, dígase: el gobierno, el municipio, la escuela, la comunidad, la familia. Todos, en apariencia tienen un plan de prevención y control social en contra de la transgresión a la ley penal, que al final, como una salida de emergencia para huir de la realidad, simplemente y sin medir las graves consecuencias a mediano y largo plazo, es reducir la mayoría de edad penal.

La regla 4, de las Reglas de Beijing, establece: "En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual". Este es precisamente el punto álgido, que los defensores de rebajar la mayoría de edad penal; y, el Estado mismo no han entendido a cabalidad, en el sentido que es esta especial etapa en el desarrollo de la niñez, la que inspira toda la legislación internacional y nacional de protección integral.

En este sentido, esta regla y su comentario, resumen en su contexto la preocupación principal de la comunidad internacional de fortalecer un sistema de justicia penal, basado en esta especial etapa del desarrollo del ser humano (adolescencia). "Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido". Mientras esto se debate, este periodo tan fugaz, llamado adolescencia, se está diluyendo generación tras generación, envuelto en el aparente esfuerzo del Estado de Guatemala. "Creo que es un buen punto de partida sostener que toda política estatal respecto de los menores (de edad¹⁴⁷), en el contexto de la realidad latinoamericana, es sospechosa de hipocresía... salvo que pruebe lo contrario (sic)".¹⁴⁸

¹⁴⁷ El resaltado es del autor
¹⁴⁸ Binder. Ob. Cit. Pág. 83.

La madurez emocional, mental e intelectual del adolescente está todavía en formación. Es una persona altamente influenciable, ya sea positiva o negativamente. Es por esto, que cada sector que por ley debe estar involucrado, en el rescate de la adolescencia trasgresora; y, en la prevención de la transgresión dirigida a aquellos (en riesgo y altamente vulnerables) que aún no han transgredido la ley penal, debe asumir su propia responsabilidad histórica frente a la niñez y la adolescencia. De tal manera, que sea una respuesta coherente e integral, en la cual las familias deben trabajar por sus hijos, la comunidad por las familias, el municipio por la comunidad, y el Estado por la sociedad, hacia un fin común, aspirando a la convivencia pacífica.

Solo una respuesta que vaya efectivamente dirigida a recuperar y reinserir a los adolescentes que han trasgredido la ley penal, hará la diferencia. No una diferencia en la que cada uno de estos actores quiera llevarse el crédito, como lamentablemente sucede en la estructura social, política y económica de Guatemala. Esta diferencia debe ser integral, debe ser un logro de todo el Estado de Guatemala, es decir, del sector justicia hasta la sociedad misma, en todos sus estamentos.

Por supuesto que con lo anterior, no pretendo construir una utopía, definitivamente no es esa mi intención, porque estoy consciente que la transgresión llegó para quedarse, pero se puede en una buena proporción arrebatar de las garras del Leviatán a muchos adolescentes, que llegados a la adultez, repliquen su experiencia a la sociedad, generando con esto, un ciclo de oportunidades para este sector social, históricamente

excluido de su propio desarrollo; altamente vulnerable y en riesgo, tanto por ser víctima de la violación a sus derechos, como transgresor de la ley penal.

CONCLUSIONES

1. La protección integral de la niñez y la adolescencia, se debe observar en todo aquello que afecta o puede afectar el interés superior del niño, niña y adolescente. En materia penal juvenil, esta protección se debe observar por la reintegración del adolescente transgresor a su familia y la sociedad, por la cual haya adoptado una función constructiva y conciencia valorativa, que con su conducta ha violentado los derechos libertades de terceros.
2. El fin de la pena es principalmente represivo, retributivo y, de prevención general y especial. Por el contrario el fin de la sanción penal juvenil, es esencialmente socioeducativo, el cual no pretende la retribución del daño causado, sino educar al adolescente, en el sentido su responsabilidad y el valor, como consecuencia de la transgresión a la ley penal.
3. La existencia de un derecho penal juvenil guatemalteco, su fortalecimiento y aplicación positiva por parte del sector justicia, solo se logra mediante la observancia plena del principio de justicia especializada, en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal y la orientación interpretativa, cuya fuente es la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención Sobre los Derechos de Niño.

4. En Guatemala, la mayoría de edad penal coincide con la mayoría de edad civil, que es a los dieciocho años de edad. Cuando la persona alcanza esta edad, es plenamente responsable y debe responder personalmente en materia penal, ante el órgano jurisdiccional competente, por la comisión de un delito, al que también le es aplicable la pena señalada como consecuencia del mismo.

5. En Guatemala la edad de responsabilidad penal, es a partir de los 13 años de edad, hasta menos dieciochos años de edad, en la cual el adolescente transgresor adquiere una responsabilidad penal atenuada y personal por su conducta trasgresora de la ley penal. Por la que responde ante tribunales especializados en materia penal juvenil, juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal. La consecuencia de la transgresión, es la aplicación de una sanción no retributiva sino de carácter socioeducativo, en que la privación de libertad es de último recurso.

6. Reducir la mayoría de edad penal, no generará como consecuencia inmediata la reducción en la participación de adolescentes en violaciones a la ley penal, al contrario, esto dará como resultado inmediato, el aumento del riesgo y la vulnerabilidad de los adolescentes en general; y, en particular, de los adolescentes en conflicto con la ley penal, frente al sistema represivo, retributivo y por naturaleza punitivo, de la justicia penal para adultos.

RECOMENDACIONES

1. Para que el Estado de Guatemala, efectivamente alcance los objetivos y fines tanto del proceso penal de adolescentes, como los de la sanción penal juvenil, es necesario, observar una efectiva protección integral sobre la base del interés superior niño. Solo de esa forma, los adolescentes en conflicto con la ley penal, podrán ser reintegrados a la sociedad y educados en responsabilidad.
2. Es necesario, para cumplir los fines de la sanción penal juvenil, que el Estado de Guatemala, cree la infraestructura física, logística y humana, para que la respuesta a los adolescentes en conflicto con la ley penal, sea respetuosa de sus derechos humanos, así como en concordancia con lo que para el adolescente significa su sentido de la dignidad.
3. El Estado de Guatemala, a través del Organismo Judicial y la Corte Suprema de Justicia, debe intensificar la especialización en materia penal juvenil y en derechos humanos de la niñez y la adolescencia, de todos los juzgados de paz, ya que estos no son órganos especializados en esta materia. Asimismo deben mantener y fortalecer permanentemente la capacitación de magistrados, jueces, pedagogos, psicólogos y de todo el personal auxiliar que interviene como consecuencia de la transgresión a la ley penal.

4. Es importante que el Estado de Guatemala, en concordancia con las Reglas de Beijing, siga manteniendo la mayoría de edad penal en los dieciocho años de edad, habida cuenta de su compromiso como garante de respetar, aplicar y restituir los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, y en especial de los derechos y garantías de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Por tanto, no es recomendable reducir la mayoría de edad penal.

5. Es necesario y conveniente, que la edad de responsabilidad penal, deba mantenerse en los trece años de edad y no rebajar la misma, puesto que esto haría del Estado de Guatemala, en un violador sistemático e institucionalizado de los derechos humanos de toda la niñez y la adolescencia guatemalteca.

6. Es importante para el Estado de Guatemala, observar y valorar, partiendo del interés superior del niño, las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, en cuanto a la inconveniencia de reducir la mayoría de edad penal, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de los menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

- A. DE TROITIÓ, Esmeralda. **Justicia penal para adolescentes, retos y perspectivas. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes.** 1a. ed. Managua, Nicaragua; Ed., UNICEF – Comité País Vasco, 2003.
- BARBIROTTO, Pablo A. **El principio de especialidad en la justicia penal para niños y adolescentes;**<http://entrieros.gov.ar>. (05/09/2012)
- BELOFF, Mary. **Sistemas de justicia penal y la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. En Imputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2001.
- BINDER, Alberto M. **Menor infractor y proceso... ¿penal?: un modelo para armar. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: El nuevo derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad.** San Salvador; Ed. Hombres de Maiz, 1995.
- BORJA, Emiliano. **La inimputabilidad de los menores de edad y sus consecuencias jurídicas. En inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes trasgresores de la ley.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HormazábalMalarée. **Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena.** Vol. 1. Madrid; Ed. Trotta, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Imputabilidad y edad penal.**http://enj.org/portal/biblioteca/penal/penal_juvenil/16.pdf.(07/07/2012).
- CASTAÑÓN, Mariela. **Vespertino La Hora.** (08/08/2012).

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. **Los derechos del niño en la justicia de menores. Observación general No. 10.** Ginebra; (s.e.), 44º período de sesiones, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Observación general No. 5.** Ginebra; (s.e.), 24º período de sesiones, 2003.

CONDE ZABALA, María J. **Conclusiones. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes.** 1a. ed. Managua, Nicaragua; Ed., UNICEF – Comité País Vasco, 2003.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. **Constitución Política de la República de Guatemala (aplicada en fallos de la Corte de Constitucionalidad.** Guatemala; (s.e.), 2002.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **El menor ante el delito: Incapacidad legal del menor, régimen jurídico, prevención y tratamiento.** 3a. ed., Buenos Aires. Argentina; Ed. Astrea, 2004.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad.** Tomo I, 2a. ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires; Ed. Astrea, 1996.

EDAD PENAL. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/edad-penal/edad-penal.htm>. (12/08/2012).

ELBET, Carlos Alberto. **Manual básico de criminología.** 1a. ed., Buenos Aires; Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1998.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier. **La Ley de Responsabilidad Penal de Menores (LO 5/2000): Antecedentes, contexto, principios inspiradores y aspectos más destacables de la regulación.** En **Sistemas de responsabilidad penal para adolescentes.** 1a. ed. Managua, Nicaragua; Ed. UNICEF – Comité País Vasco, 2003.

GARCÍA LÓPEZ, Eric. **Edad penal y psicología jurídica o la necesidad de una respuesta social al adolescente infractor.** <http://psicologiajuridica.org/psj75.html>. (15/05/2012).

GIMÉNEZ SALINAS, Esther y Carlos González Zorrilla. **Jóvenes y cuestión penal en España. En inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2001.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. **Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación.** Primera reimpresión, México; (s.e.), 2011.

JUÁREZ ARROYO, Tulio Ernesto. **La responsabilidad penal de los adolescentes y la inimputabilidad.** Tesis de grado. Guatemala; D'jois impresos y más, 2008.

LÓPEZ, Patxi. **El modelo de ejecución de justicia juvenil en la comunidad autónoma del país Vasco. Plan para la ejecución de medidas. En sistemas de responsabilidad penal para adolescentes.** 1a. ed. Managua, Nicaragua; Ed., UNICEF – Comité País Vasco, 2003.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: Libro de estudio, parte general.** Buenos Aires; Ed. Bibliografía Argentina, 1958.

MORICETEFABIÁN, Bernabel, Carmen Rosa Hernández y Juan Sabino Ramos. **Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil.** Santo Domingo, República Dominicana; (s.e.), 2007.

NORIEGA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos humanos.** 1a. ed., México; (s.e.) 2003.

PALOMBA, Federico. **Tendencias evolutivas en la protección de los menores de edad. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: un nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad.** San Salvador; Ed. Hombres de Maíz, 1995.

PNUD. Guatemala: **¿Un país de oportunidades para la juventud? Informe nacional de desarrollo humano 2011/2012**. 1a. ed., Guatemala; Ed. Don Quijote, S.A., 2012.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**.<http://www.rae.es/drae/>. 22a. ed., (08/08/2012).

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Criminología** 2a ed , México; Ed. Cárdenas, 1996.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Política criminal. Reacción social punitiva**. Guatemala, (s.e.), 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Tomo I, 16º ed., México, D. F.; Ed. Porrúa, S. A., 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general: fundamentos la estructura de la teoría del delito**. Tomo I, traducción 2da. ed., alemana, Madrid, España; Ed. Civitas, S. A., 1997.

SANTOS DE ESCOBAR, Aída Luz. **La nueva ley del menor infractor de El Salvador. En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal: El nuevo derecho penal juvenil, un derecho para la libertad y la responsabilidad**. San Salvador; Ed. Hombres de Maíz, 1995.

SOLÓRZANO LEÓN, Justo Vinicio. **Las personas menores de edad ante el derecho penal en Guatemala**. Tesis de Maestría, Guatemala; Ed. Mayte, 2004.

SOLÓRZANO, Justo. **Hacia una hermenéutica garantizadora de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia**. En revista centroamericana *justicia penal y sociedad* No. 18. Guatemala; Ed. Magna Terra editores, S. A., 2004.

SOLÓRZANO, Justo. **Introducción. En inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley**. Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2001.

SOLÓRZANO, Justo. **La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia: Una aproximación a sus principios, derechos y garantías.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2006.

SOLÓRZANO, Justo. **La responsabilidad penal de los menores de edad: una aproximación a la dogmática de la culpabilidad e imputabilidad. En imputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2001.

SOLÓRZANO, Justo. **Los derechos humanos de la niñez.** Guatemala; Ed. UNICEF – Organismo Judicial de la República de Guatemala, 2006.

TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique. **Teoría general de la niñez y la adolescencia.** 2a. ed., Colombia; (s.e.), 2005.

UNICEF. http://www.unicef.org/argentina/spanish/5.Sistema_penal_juvenil.pdf. (05/09/2012).

UNICEF Y SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA. **Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación.** 1a. ed., Argentina; (s.e.), 2008.

VALDEZ, Sandra. **Adolescentes carecen de proyectos sociales.** http://www.prensali bre.com/noticias/comunitario/Adolescentes-carecen-proyectos-sociales_0_746925340.html.(31/07/2012).

VARGAS TORRES, Luz María. **Las penas y las medidas de seguridad consecuentes del delito en México.** http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos10/luz_vargas.pdf.

VÁZQUEZ SMERILLI, Gabriela. **Hacia una política criminal para un estado democrático de derecho.** 1a. ed., Guatemala; Litografía Arte Color y Texto, S.A., 2003.

VON LISZT, Fran. **La idea del fin en el derecho penal.** Primera reimpresión, México, (s.e.), 1994.

WELZEI, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires; Ed. Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tomo I. Argentina; Ed., Ediar Sociedad Anónima, 1998.

Legislación:

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

Convención Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989. Ratificado por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 1990, Decreto 27-90, 1990.

Declaración Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de noviembre de 1985.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969. Ratificado por la República de Guatemala el 25 de mayo de 1978.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 y sus reformas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

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

Código Penal. Decreto número 17-73 y sus reformas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106 y sus reformas, 1964.

Código de Menores. Congreso de la República de Guatemala, decreto 78-79, 1979.