

LA POLITICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI. *QUO VADIS?*

*Autor: Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Catedrático de Universidad Católica (Guayaquil-Ecuador)*

Sumario

Introducción. Una visión histórica sobre la política criminal. Hacia una visión actual de la política criminal: E.R. Zaffaroni. Algunas propuestas de política criminal: Elías Carranza. De la política criminal a la política criminológica. Hacia un plan de política criminal. Apuntes sobre política criminal juvenil. El caso de Ecuador. Bibliografía.

Introducción

Tratando de combatir mi propia *sequia intelectual*, revisaba la *lectio doctoralis*¹ del ilustre catedrático de Derecho Penal de Sevilla, el Prof. Dr. *Dr. h.c. mult. Don Miguel Polaino Navarrete*² que tuvo la suerte de formarse en Alemania con juristas eximios como Reinhart Maurach en Munich, su primer tutor; y luego con Karl-Heinz Gossel y Heinz Zipp. Posteriormente tuvo residencia académica en el Max Planck de Frigurgo con Hans-Heinrich Jescheck; y a mediados de los años 70 regresó a Munich para otros estudios con el insigne profesor Claus Roxin.

El profesor Polaino Navarrete nos recuerda una expresión de mucho sentido en el derecho, “desconfía de quienes afirman que nunca se equivocan”, y es que en el ámbito de las ciencias penales en particular los conceptos y los propios contenidos no son inmovibles. Para quienes hemos dedicado nuestra vida académica y profesional al campo penal, retumban con gran estruendo las expresiones del jurista alemán Georg Jellineck, “el conocimiento del Derecho Penal de un pueblo nos permite determinar el grado de cultura alcanzado por éste!”³. En el Derecho y en particular en el penal hay *corsis* y *recorsis*, como reconociera el propio don Luis Jiménez de Asúa, pues hay idas y

¹ Publicada en Grijley, 2007, Lima, 71 páginas.

² La región de Andalucía es cuna de insignes penalistas como Francisco Muñoz Conde, de la misma Universidad de Sevilla, o Luis Gracia Martín de Granada, o José Luis Díez Ripollés de Málaga, para mencionar algunos de los conocidos por mí.

³ Cit. por el Prof. Miguel Polaino Navarrete, en *Lectio Doctoralis. Quince Minutos de Derecho Penal*, p. 37.

venidas, hay replanteamientos, reubicaciones, esto no ocurre con los ingenieros de telecomunicaciones, por ej., que no van a volver a discutir la utilidad del telégrafo o del teléfono, cuando hoy el avance tecnológico nos hace pensar en el internet, en el teléfono celular, en los procesadores de datos, y en la búsqueda de su mejoramiento tecnológico.

Pero en el derecho penal a lomo de la primera década del siglo XXI, nos hemos vuelto a plantear para qué sirve la cárcel? O reconocer como dice Raúl Zaffaroni que *sabemos para que no sirve!* Muchos llegaron a creer que incluso la teoría del delito era inmovible pero pasamos del causalismo de don Luis Jiménez de Asúa al finalismo de Hans Walzel, o a la teoría de la acción social, y hoy a la teoría de la imputación objetiva, que viene siendo reconocida como “una de las obras de arte jurídicas más llamativas de los últimos siglos”⁴. Hemos vuelto a la discusión si la acción típica tiene naturaleza ontológica o normativa, si el dolo pertenece al tipo o a la culpabilidad; o si la función esencial de la pena es proteger bienes jurídicos, retribuir el mal delictivo (un acto de venganza oficial), garantizar o al menos buscar la resocialización del sujeto delincente, o mantener la vigencia de la norma (posición del Prof. Gunther Jakobs).

Para quienes reconocemos el proceso de cambio que significan los postulados de la teoría de la imputación objetiva, terminamos por reconocer que el Derecho penal del siglo XX, marca el tránsito de la conducta como acontecer causal, final o social a la concepción de la conducta como *riesgo no permitido*. Nos convencemos que el derecho penal de hoy se mueve en torno a la teoría de la imputación, pues si bien es cierto admitimos el juicio de atribución o reproche, a esto agregamos un proceso de depuración de responsabilidad para concluir en la culpabilidad o en la exculpación.

Hoy reconocemos que el avance tecnológico ha ido aumentando el *riesgo social*, pues es mayor cada día la posibilidad de vernos expuestos por el *riesgo social* a la contingencia de sufrir la afectación de nuestros bienes jurídicos. Cada uno de nosotros asume un determinado *rol* propio de su protagonismo y nos encontramos frente a un *riesgo socialmente permitido*, de manera que si nuestra conducta o actuación se ajusta a nuestro propio *rol* no hay reproche que formular, y nuestra conducta debe ser calificada como *neutra*. Aquí se aplica lo que en la teoría del Prof. Jakobs se denomina como la *prohibición de regreso* y por ende de reproche porque se trata de una *conducta neutra*.

⁴ Cf. Miguel Polaino Navarrete, en ob. cit. p. 47.

En palabras del discípulo de Jakobs y jurista peruano, José Caro John, “la propia noción de un supuesto carácter ‘neutral’ de estas conductas suena algo novedosa, incluso los manuales más comunes de la Parte General del Derecho penal no suelen examinar esta problemática. Sin embargo, las reflexiones sobre estas formas de conductas han dado lugar en los últimos años a la aparición de importantes tesis doctorales e investigaciones breves como artículos o ponencias en eventos académicos, hoy casi inabarcables, lo que hace pensar que, si bien los tratados y manuales no se ocupan a menudo de estas conductas, no significa en lo absoluto que ocupen un lugar relegado en la dogmática, sino, todo lo contrario, en vista que la doctrina y jurisprudencia alemanas, con repercusiones crecientes en los países de habla hispana, vienen observando esta cuestión con especial interés, en la actualidad las «conductas neutrales» constituyen, sin duda, el fenómeno de moda de la participación delictiva”.⁵

Agregamos por parte nuestra, que tenemos que aceptar la presencia de las conductas neutrales como inocuas, pues de lo contrario se paralizaría toda actividad ante el temor de la responsabilidad penal por *la asunción de un riesgo*. Si el *riesgo* está *socialmente permitido*, la conducta que es *neutra*, está penalmente permitida y protegida por la *prohibición de regreso*. Este razonamiento no se nos ocurría hace algunas décadas, a los penalistas que no habíamos siquiera escuchado lo que significaba la *teoría de la imputación objetiva*. A lo sumo nos quedábamos con la teoría de la *inexigibilidad de la conducta* que habíamos estudiando en el finalismo welzeliano, para concluir que la conducta no era reprochable por mediar una causa de inexigibilidad.⁶

El hecho cierto es que terminamos con familiarizarnos con el *riesgo* y en más de un momento hay un precedente que es la *conducta de la propia víctima*, esto acontece cuando conducimos un automóvil o viajamos en un avión, o subimos a un ascensor. Los *riesgos* son cada día mayores pero los asumimos como normales porque forman parte de nuestra diaria convivencia, y la misma sociedad va ampliando los criterios sociales de permisividad⁷, lo que conlleva una reducción del *intervencionismo penal*. Esta es una herencia positiva de la *teoría de la imputación objetiva*, y de lo importante que resulta

⁵ Jose Antonio CARO JOHN, *Las conductas neutrales*. En www.alfonsozambrano.com , sección Doctrina Penal.

⁶ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 3ra. Edición, 2008, p. 389 y ss.

⁷ Miguel POLAINO NAVARRETE, en Ob. Cit. p. 48.

reconocer la presencia de *conductas neutrales* que están protegidas o inmunizadas por la *prohibición de regreso*.⁸

Otro tanto importante ha ocurrido con el cambio del *paradigma inquisitivo* al *paradigma acusatorio* en el campo del derecho procesal penal, con *principios* como el de *oportunidad* y de *mínima intervención penal*⁹, los *acuerdos reparatorios*, los *acuerdos probatorios*, el procedimiento *abreviado* y el procedimiento *simplificado*. En materia constitucional aceptamos hoy la presencia del *neoconstitucionalismo* o constitucionalismo moderno, con las propuestas de profesores como Luigi Ferrajoli a quien conocíamos por su posición garantista y de derecho penal mínimo¹⁰, de Paolo Comanducci, de Luis Prieto Sanchís, de Miguel Carbonell, de Manuel Atienza, de Gustavo Zabrebelsky, o de Robert Alexy de la *Escuela de Kiel*, con la aplicación del *principio de ponderación* como consecuencia del de *proporcionalidad*, y su teoría de los pesos y contrapesos.

Hay un aspecto de gran debate en el tema de la imputación objetiva, o que se le atribuye, como es la tendencia al *adelantamiento del ámbito de protección penal de la norma*, como consecuencia de un aumento de peligros que dejan de ser latentes para ser reales como es el caso del *terrorismo* como forma de la delincuencia organizada transnacional, lo que llega a desembocar incluso en un *derecho penal del enemigo*¹¹, en que a la inversa, se produce una menor permisividad y una política criminal más intervencionista, con propuestas de *cero tolerancia* y de *derecho penal máximo* que llega incluso a la entronización de un *derecho procesal penal del enemigo* por el recorte de garantías ciudadanas, de pérdida de beneficios de excarcelación, y de recorte de garantías procesales que afectan incluso el derecho a la defensa.

El catedrático de Sevilla don Miguel Polaino Navarrete, en un acto de extrema sinceridad, nos dice con respecto al debatido tema del *derecho penal del enemigo*, que es una realidad en todos los ordenamientos democráticos del mundo, siendo los

⁸ Sugerimos revisar, Gunther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, 1996, Buenos Aires, 127 páginas.

⁹ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, 140 páginas.

¹⁰ El Profesor Miguel Carbonell, ubica a Ferrajoli como neoconstitucionalista en los Capítulos XIII y XIV de su obra monumental, *Derecho y Razón*; aunque el Profesor Ferrajoli sostiene que el es un positivista crítico.

¹¹ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *El derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo*, en nuestra página, www.alfonsozambrano.com

supuestos de máxima criminalización aquellos relacionados con la asociación ilícita y el terrorismo. Por nuestra parte reconocemos que esto es verdad, pues cuando se trata de la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, como el terrorismo, genocidio, exterminio masivo de ciudadanos, la desaparición forzada de personas como política de Estado, etc., hay una tendencia a niveles de máxima penalización sin ninguna dubitación, pues el incremento del *riesgo para la seguridad ciudadana* es mayor. Esto lleva al maestro Polaino Navarrete a decir, “yo creo que el derecho penal del enemigo, en controladas dosis, quizás sea necesario e inevitable”, aunque reconoce que una sobreproducción legislativa puede ser devastadora. Se manifiesta partidario de una revisión a fondo de las normas del *derecho penal del enemigo* en cada ordenamiento, para distinguir lo que haya de ser verdaderamente combatido de manera especialmente asegurativa (por ello la excepcionalidad de este Derecho) de aquello otro que ha de mantenerse en el ámbito básico del *derecho penal del ciudadano*, en consecuencia, dice, “urge, pues, una *racionalización restrictiva del Derecho penal del enemigo*”.¹²

Una visión histórica sobre la política criminal

No es posible determinar quién usó por primera vez el concepto de Política Criminal: algunos autores creen que fue Feuerbach o Henke, aunque Beccaría fue el punto inicial de esta corriente en 1764 con su obra "De los delitos y de las penas". La política criminal se extendió desde Italia con Beccaria a Inglaterra con Bentham, a Francia con Berenger y Bonneville y a Alemania con Feuerbach y Henke.

En el año 1889 Fran Von Liszt, Van Hamel y Adolfo Prins fundaron la Unión Internacional de Derecho Penal, pero fundamentalmente Fran Von Liszt fue el mentor de la Escuela de la Política Criminal o Escuela Pragmática, Sociológica y Biosociológica y con esta escuela se inició la política criminal sistemática o científica.

Fran Von Liszt diferenció la Política Social de la Política Criminal. La primera tenía por objeto la supresión o restricción de las condiciones y fenómenos sociales de la criminalidad, mientras que la segunda se ocupaba de la delincuencia en particular y de que la pena se adaptase en su especie y medida al delincuente, procurando impedir la comisión de crímenes en el futuro.

¹² Miguel POLAINO NAVARRETE, en ob. cit. p. 54.

Von Liszt refirió el alcance de la Política Criminal a la apreciación crítica del derecho vigente y a la programación legislativa y a la programación de la acción social. El núcleo de la Política Criminal era la lucha contra el crimen pero no debía quedar restringida al área judicial o del Derecho Penal sino que debía extenderse a los medios preventivos y represivos del Estado.

Los principales objetos de la Política Criminal según Liszt eran:

La máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa;

La aplicación de la condena condicional donde fuere practicable;

La ejecución de medidas educativas para jóvenes delincuentes;

La atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones;

La consideración del Estado Peligroso;

La profilaxis de la inclinación criminal en desarrollo (habitualidad y aprendizaje criminal);

Formación profesional del personal penitenciario y del de la administración del Derecho Penal;

La recepción de medidas de seguridad para aquéllos supuestos en que lo aconsejaba el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente.

Los principios de Política Criminal fueron receptados por muchos códigos y anteproyectos, priorizando la naturaleza de los móviles del delincuente y los tipos de criminales: ocasionales, habituales y por predisposición con la consecuente individualización de la pena.

Hacia una visión actual de la política criminal

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni nos recuerda, que “La política criminal es un capítulo de la política general, que si bien tiene –como toda política sectorial- su aspecto técnico, éste no puede obviar los objetivos generales dentro de los que debe enmarcarse.

Por consiguiente, cuando la política criminal se concreta en normas penales, éstas deben interpretarse conforme a la pauta política general o, al menos, no contradecirla. La ciencia jurídico-penal interpreta estas normas para proyectar su aplicación racional mediante decisiones judiciales, o sea que aspira a orientar actos de un poder del estado (sentencias) que también son actos de gobierno. Por consiguiente, todo concepto jurídico-penal es políticamente funcional, como inevitable dato de realidad e independientemente de que quien lo formula tome consciencia de ello.¹³

La tarea de la ciencia penal de nuestra región resulta, por ende, más compleja que la alemana, pues: a) por imperio constitucional debe orientarse al restablecimiento de la paz social; b) no puede pasar por alto que los defectos y perversiones de sus sistemas penales no lo hacen el instrumento mecánicamente idóneo para ello; c) ni que el propio sistema penal suele contribuir a aumentar y agravar la conflictividad. d) Pese a ello debe paliar la selectividad extrema del poder punitivo, que retarda la incorporación a la ciudadanía real. Y, e) Debe observar con especial atención la contención del poder punitivo del estado, para preservar los espacios críticos necesarios al desarrollo social democrático. Este último aspecto debe ser particularmente subrayado, dada la larga experiencia autoritaria de abuso del poder punitivo, que llevó incluso a la comisión de crímenes de lesa humanidad. De allí que todo sistema que se construya en nuestra región requiera una particular insistencia en las garantías penales tradicionales”.¹⁴

El Profesor Zaffaroni, nos recuerda que desde mediados del siglo pasado la ciencia penal alemana ha sido la principal nutriente de la construcción sistemática del derecho penal argentino y latinoamericano. Que en este momento operan en ella varias tendencias, de las que sobresalen y se difunden por la región: una que procura una normativización en pos de la reafirmación de la vigencia de las normas; otra la

¹³ Eugenio Raúl ZAFFARONI, nos había dicho en otro momento, "por política criminal, puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal, lo que no sería más que un capítulo de la política general. En este sentido *política criminal sería el arte o la ciencia del gobierno respecto del fenómeno criminal*, y no podría oponerse nunca al derecho penal, puesto que el derecho penal no podría ser más que un aspecto de su materialización o instrumentación legal". Luego agrega en su, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 86, "Podemos afirmar que *la política criminal es la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico-penalmente y los senderos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de los valores y senderos ya elegidos*".

¹⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI, en *La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina*, www.alfonsozambano.com en el link Doctrina Penal.

elaboración teórica que se orienta hacia objetivos político criminales preventivos, y una tercera la sobreviviente del llamado al realismo de hace algunas décadas.

La pregunta que plantea el amigo y jurista argentino, es si, *ellas –o cuáles de ellas y en qué medida- son adecuadas o útiles para responder a las exigencias político criminales en las actuales circunstancias de nuestra región?*

Sostiene que aunque sea casi una obviedad señalar que estas circunstancias son diferentes a las de Alemania, para la claridad del planteo es menester precisar previamente y con la brevedad del caso los principales rasgos diferenciales.

Su propuesta con la que coincidimos, es la de una política criminal respetuosa de un Estado constitucional de derechos y garantías, en el que el más alto deber del Estado consiste en respetar los derechos humanos consagrados en la constitución. En que nadie pueda invocar la falta de ley para no respetar los derechos fundamentales, que deben ser celosamente garantizados incluso de oficio sin mediar reclamo alguno de legítimo interesado.

Preguntamos por nuestra parte, como desarrollar una política criminal de los derechos humanos?

A la manera como la colectividad reacciona organizadamente, frente a las acciones delictuosas (lato sensu) que amenazan su cohesión o su desarrollo armónico, se le denomina política criminal. Todo sistema tiene por objeto una determinada política criminal. Es tarea de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

Por esto, se ha considerado que la política criminal se presenta bajo dos aspectos: primero, como una disciplina o un método de observación de la reacción anti criminal; tal como es, efectivamente, practicada. Y, segundo, como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva.

La política criminal es, en consecuencia, una parcela de la política jurídico - penal del Estado, la que a su vez es parte de su política general. La programación y realización de una correcta y coherente lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento de los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social y a determinar los lineamientos y los medios más eficaces. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada únicamente por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la "opinión pública", originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del "golpe por golpe", del "coup par coup"); o destinada a satisfacer, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la comisión frecuente de ciertos delitos.

De allí que una racional y coherente política criminal suponga un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben, como afirmaba Marc Ancel, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales.

Algunas propuestas de política criminal

Buscamos afirmar la propuesta de la eficacia de las normas constitucionales como marco general de la política criminal. Esta corriente ensaya la construcción de un derecho penal que, a diferencia de von Liszt, no se enfrenta como límite a la política criminal. Dadas nuestras circunstancias –y planteada la cuestión en términos más modernos- lo que el derecho penal debe enfrentar es el impulso desenfrenado de nuestros Estados defectuosos –y sus sistemas penales perversos- hacia un ejercicio desmedido del poder punitivo, que conoce terribles y no lejanos antecedentes¹⁵. En este sentido, de la Constitución se deriva la norma política a la que debe someterse toda política criminal plasmada en normas y dentro de ese marco debe construirse cualquier sistema científico de comprensión en la ciencia jurídica.

El Prof. Raúl Zaffaroni dice, que una particular consecuencia de la construcción alemana asentada en objetivos político-criminales es el debilitamiento del concepto de culpabilidad, privado de la base antropológica de autodeterminación de la persona,

¹⁵ Cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI, en Ob. Cit. p. 5-6.

sustituida parcialmente por demandas de prevención. Esto nos parece sumamente peligroso en nuestra región. En nuestras circunstancias la culpabilidad tradicional es un concepto fundamental para acotar el poder punitivo y evitar penas crueles e inhumanas, que, lejos de ser reducido, consideramos necesitado de perfeccionamiento, con adecuada apertura a datos sociales e individuales que señalen las fallas estatales y del propio sistema penal que redundan en reducción de la autodeterminación por privación de ciudadanía, en forma que permita orientar las decisiones judiciales hacia cierta compensación de la alta selectividad del poder punitivo y de la marcada estratificación social. Con estas advertencias, hay elementos de esta corriente de la doctrina alemana que pueden ser útilmente empleados en nuestras construcciones jurídico-penales.

Afirma el Prof. Zaffaroni que “el realismo alemán de hace décadas y que sigue siendo sostenido por una corriente de la ciencia penal actual, ofrece interesantes aportes, a condición de alejarnos de toda ortodoxia.

Bien entendido en su sentido, en nuestra ciencia jurídica cabe –igual que en la alemana– prescindir en cuanto a sus aspectos prácticos de toda pretensión de jusnaturalismo supralegal, dado que los principios básicos de la política criminal están en la misma ley positiva (Constituciones)”.

Como conseguir estas propuestas?

Tomamos algunas ideas del Prof. Elías Carranza, director del ILANUD de NN.UU.¹⁶, “poder judicial y legislación procesal penal son dos capítulos de la mayor importancia a considerar por la política criminal, pero también los de legislación penal material, policía, sistema penitenciario, sistema post-penitenciario, justicia de menores y, más recientemente, formas no penales de resolución de conflictos. Todo esto, si nos referimos a la política criminal en sentido estricto, o sea a la política criminal referida al ámbito de acción del sistema de justicia penal que es el concepto de política criminal implícito en el #19 de los "Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional".

¹⁶ Elías CARRANZA, *Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal*, www.alfonsozambano.com

Hay que tener también en cuenta, sin embargo, otra acepción más amplia de política criminal, referida a la totalidad del sistema de control social (no sólo al sistema penal) y que intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente del "sector social" (salud, vivienda, educación, trabajo), con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas. Es el concepto implícito en el # 21 de los "Principios rectores" arriba citados, cuando se refieren a la prevención del delito como parte de la política social, diciendo que "el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo. A fin de relacionar la prevención del delito y la justicia penal con las metas del desarrollo nacional, hay que esforzarse por obtener los recursos humanos y materiales necesarios, incluida la asignación de fondos adecuados y por utilizar en la mayor medida posible todas las instituciones y recursos pertinentes de la sociedad, para garantizar así la adecuada participación de la comunidad".

Este es el concepto también implícito en el #18 de los mismos "Principios" cuando, refiriéndose a la planificación intersectorial del desarrollo, expresan que:

"Las actividades de planificación intersectorial deben tender a lograr la interacción y la cooperación entre los planificadores económicos, los organismos y los sectores de la justicia penal, a fin de establecer o reforzar mecanismos de coordinación adecuados y aumentar la capacidad de respuesta a la política de prevención del delito a las necesidades del desarrollo y a las condiciones cambiantes".

Finalmente, encontramos que ambos conceptos de política criminal se desprenden del objetivo principal de ILANUD, establecido en su convenio de creación, que dice en su artículo primero, que "el objetivo principal del instituto es colaborar con los gobiernos en el desarrollo económico y social equilibrado de los países latinoamericanos mediante la formulación e incorporación en los programas nacionales de desarrollo de políticas e instrumentos de acción adecuados en el campo de la prevención del delito y la justicia penal."

De la política criminal a la política criminológica

El jurista mexicano Eduardo Martínez Bastida, el día 29 de noviembre de 2007 en la Sala de Seminarios del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México DF, en el marco de la presentación de su libro “Política Criminológica”, hizo un importante recuento y pretendió alguna precisión conceptual, manifestando que “cuando hablamos de ‘Política Criminal’ nos referimos al concepto utilizado en 1793 por Kleinsrod, por Feuerbach en 1801, por Henke en 1823, por Mittermaier en 1836, por Holzendorff en 1871 y Prins 1886 y que se refiere, básicamente, a todas las acciones que el Estado toma para reprimir la violencia intersubjetiva en su forma de actividad criminal, dicho en otros términos, la Política Criminal es la ingeniería de construcción de mecanismos de poder punitivo y control social. A su vez cuando estudiamos los contenidos del epígrafe ‘Política Criminológica’, descubriremos que estamos en presencia de la disciplina que tiende a la prevención de violencia intersubjetiva y violencia estructural, que el propio Estado ejerce sobre sus ciudadanos, principalmente cuando se vale del Derecho Penal, es decir son estrategias que tienden a frenar la criminalidad y los procesos de criminalización primaria y secundaria”.

En la construcción que pretende el profesor mexicano, aclara que le parece preferible la denominación *Política Criminológica* a *Política Criminal* por las siguientes consideraciones epistemológicas:

a) la *Política Criminal* entraña un discurso que *legitima* al poder punitivo mientras que la *Política Criminológica* implica un discurso de *deslegitimación* de tal poder,

b) la *Política Criminal* tiene por objeto la *represión* de la violencia intersubjetiva y el objeto de la *Política Criminológica* es la *prevención* de la violencia intersubjetiva y estructural,

c) la *Política Criminal* tiene como sujetos de sus acciones a los *gobernados* y los sujetos de la reflexión *Político Criminológica* son tanto el *Estado como los gobernados*, finalmente las *acciones* de la *Política Criminal* crean mecanismos de control social y poder punitivo y las *reflexiones científicas* de la *Política Criminológica* tienden a frenar los procesos de criminalización a fin de lograr el establecimiento de un modelo de Derecho Penal Mínimo y Garantista.

Concluye el Prof. Martínez Bastida, consignando que la historia de los programas de criminalización de la sociedad se ha basado en técnicas de exclusión e inclusión y que existe un concepto siempre presente -legitimador- de tales programas: el *hostis* o enemigo. Que debe entenderse por Política Criminal del Enemigo las acciones que construyen un mecanismo de poder penal que legitiman la posibilidad de excluir la calidad de persona a un ciudadano para incluirle en el catálogo de peligros y riesgos sociales. Esto implica que el ciudadano deja de ser persona para ser un simple peligro y es dable minimizar su catálogo de Derechos Fundamentales, maximizar las penas, reducir las posibilidades de acceder a sustitutivos penitenciarios y anticipar la punibilidad a los actos preparatorios. La materialización de esta ideología queda plasmada en el llamado Derecho Penal del Enemigo.¹⁷

Ya antes otros destacados criminólogos como el maestro Luis Rodríguez Manzanera y Enrique Castillo - también el maestro Alfonso Quiróz Cuarón- habían sugerido sustituir “política criminal” por "política criminológica".¹⁸

Hacia un plan de política criminal

Es conveniente desarrollar un *plan de política criminal* que es casi desconocido por todos los gobiernos y que no forma parte generalmente de ningún plan de gobierno. Esto explica que se busquen solamente respuestas represivas sin medidas de prevención. Debemos manifestar igualmente que no hay soluciones mágicas a un problema de suyo complejo y con un innegable componente estructural que debe ser acometido desde diferentes frentes que demandan un amplio programa de política criminal que se desarrolle en el espacio democrático del Estado de Derecho que enfrenta asimismo como propuesta de gobierno el reto de la modernización.

Un plan de **política penal** implica un conjunto de estrategias de estructuración inmediata como la primera respuesta oficial frente al aumento de la criminalidad de contenido violento, al crimen organizado y a la delincuencia convencional. Un plan de **política criminal** significa un conjunto de estrategias y actividades que se desarrollen a mediano y a largo plazo como necesarias para mejorar las condiciones en algunos

¹⁷ Cf. El *hostis* en la política criminal. www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal

¹⁸ Cf. Elías CARRANZA, en Ob. Cit. p. 9.

niveles de la sociedad ecuatoriana que hagan viables las posibilidades de ofrecer alternativas al fenómeno de la criminalidad creciente.

Un programa de política criminal demanda recursos que deben ser proveídos por el Estado, a esto sumemos el establecimiento de una estrategia y un orden de acciones para llevarlos a la práctica teniendo en cuenta la realidad en cada caso. Tanto en la prevención anterior al delito como en el accionar del sistema de justicia penal deberían ocupar un lugar importante, teniendo en cuenta también las distintas categorías -que presuponen formas específicas de prevención- y la realidad social, cultural, económica y jurídica de cada país.

Don Elías Carranza al referirse al tema de Política Criminal y Derechos Humanos, nos dice, que hay que “poner de relieve la necesidad de cerrar la brecha entre el estatuto de derechos humanos que se encuentra establecido en la legislación internacional y nacional y que es de la esencia de la justicia penal, y la realidad de su funcionamiento, en la que estos derechos son sistemáticamente violados. La tarea es muy difícil, y para acometerla sin caer en el desaliento ni en la hipocresía, es importante estar claros sobre la verdadera esencia del sistema de justicia penal y sobre las limitaciones estructurales que hacen que funcione de la manera en que lo hace”.¹⁹

Podemos intentar una aproximación bifronte: a) criterios de una política criminal preventiva, anterior a los hechos delictivos y a la intervención del sistema de justicia penal; y, b) criterios a aplicarse a partir de la intervención del sistema de justicia penal.

a.1. Fortalecer la prevención primaria o social de la criminalidad, con acciones a nivel de la familia, la escuela, el trabajo, (en particular el trabajo de menores), la salud, la recreación, la planificación urbana.

a.2. Fortalecer la prevención del delito por medio de la comunidad. La policía no debe "apropiarse" del problema delictivo. Este es un problema social, en el que deben trabajar en su solución especialmente las comunidades directamente afectadas, participando conjuntamente con la policía en la elaboración de estrategias de prevención y en el establecimiento de prioridades de acción y de movilización de recursos.

¹⁹ Elías CARRANZA, en Ob. Cit. p. 8.

a.3. Procurar reducir al máximo posible ciertas formas de prevención directa y personal del delito, tales como armas para defensa personal y policías privadas (con prohibición total de las armas de calibres de guerra), que sustituyen la acción estatal en el uso de la fuerza, multiplican la violencia social y elevan el riesgo de vida para la propia víctima.

b. 1. Promover una distribución presupuestaria y de recursos humanos en el Sistema de justicia penal que eleve las actuales proporciones de los subsistemas judicial y penitenciario, para garantizar la independencia del poder judicial y la judicialidad de sus resoluciones, así como para garantizar un nivel de funcionamiento del sistema penitenciario que evite las violaciones a los derechos humanos que suceden en razón de la limitación de recursos humanos y materiales elementales.

b.2. Promover, en la mayor medida posible, las formas no-penales de resolución de conflictos (Somos conscientes de que, en esta materia, un obstáculo importante es el principio de legalidad, según está establecido en nuestros sistemas jurídico penales. Este es uno de los temas importantes para trabajar en función de una política criminal innovadora, que tenga como objetivo principal la paz social a partir de la satisfacción de los miembros de la sociedad y no indispensablemente a partir de la sanción penal).

b.3. Orientar la acción del ministerio público hacia la persecución de los delitos más graves y que causan mayor daño social, tales como criminalidad violenta, drogas y criminalidad económica. De esta manera se obtendrá un mejor resultado en términos de Justicia y una distribución más racional y eficiente de los recursos humanos existentes, al reducirse los esfuerzos proporcionalmente destinados a la persecución de los "delitos de bagatela". Aquí, nuevamente habría que actuar en forma innovadora frente al principio de legalidad vigente (o frente a la interpretación que se ha hecho hasta el momento de este principio, ya que en la realidad sí se produce una selección de los casos que son perseguidos por la justicia y de los que -con frecuencia por limitaciones de capacidad de trabajo- no lo son. Hay ejemplos en los que se habría logrado con éxito compatibilizar la vigencia del principio de legalidad, con Instrucciones de política criminológica al ministerio público para priorizar la persecución de determinados delitos de mayor gravedad.

b.4. Revisar la situación de la víctima en el proceso, estableciendo su participación en él.

b.5. Establecer una política penológica que priorice las sanciones y medidas no privatizadas de libertad y proactivas, tales como trabajo en la comunidad, reparación a la víctima, reconocimiento del hecho y perdón del ofendido, y otras, y destine la pena de prisión sólo para los delitos de mayor gravedad, con el objeto de reducir en lo posible la violencia de respuesta del sistema penal y que ésta no sea un obstáculo para la inevitable y necesaria reinserción social de quien ha delinquido.

b.6. Reformar el procedimiento penal, introduciendo la oralidad y publicidad en los países en que éstas no existen, para garantizar el principio de inmediación, así como el mayor grado de participación posible de la comunidad en las decisiones judiciales y víctimas, por medio de un proceso penal transparente, expedito, oral y público. El Prof. Elías Carranza, felicita la labor de la reforma penal guatemalteca, que promueve una justicia penal que nos atreveríamos a llamar revolucionaria en la región. El tránsito hacia una justicia penal verdaderamente justa no será sencillo, ni en Guatemala ni en los restantes países de la región, pues el dictado de la ley es sólo un paso, bien importante por cierto, cuando va acompañado por la decisión política y por la activa participación de la sociedad en el proceso de transformación.

Apuntes sobre política criminal juvenil

La ruptura que significó el cambio del paradigma de la *doctrina de la situación irregular* del menor, por la *doctrina de la protección integral del niño y del adolescente*, nos motiva a insertar algunas reflexiones en torno a lo que debe entenderse como una necesaria y adecuada política criminal juvenil.

El profesor venezolano, Francisco Martínez Rincones²⁰, nos dice: “ En el caso de la criminalidad y la adolescencia la cuestión ha sido, desde siempre sumamente compleja, debido a las características particulares de los actores que participan en los hechos criminosos y con los que se debe obrar con justicia, esto es con normas adecuadas a su

²⁰ Francisco MARTINEZ RINCONES, *Política criminal y adolescencia en América Latina. Especial referencia al caso Venezuela*. Se puede ver el documento en www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal Juvenil.

particular condición humana de adolescentes. Lo anterior permite señalar, que la Política Criminal debe actuar teniendo una meridiana claridad, por cuanto la adolescencia representa, en el desarrollo de los seres humanos, una etapa en la que la visión del mundo y sus valores se aprecia con el particular deslumbramiento de quien descubre su propio universo social y su entorno particular.

En esta materia, en consecuencia, puede afirmarse que la Política Criminal debe estar dirigida, de manera especial, hacia el control social del adolescente que participe en actividades criminosas, dándosele la mayor trascendencia posible a la adolescencia, para que la acción del Estado, desde la perspectiva de la Política Criminal, no sea genérica, sino específica, esto es que resuelva la cuestión como una cuestión de criminalidad juvenil como la denomina la Criminología, a partir de la categoría específica de la "delincuencia Juvenil".

El profesor Martínez Rincones expresa en relación a la política criminal juvenil que: “Siguiendo los lineamientos de las Naciones Unidas, en los que se reflejan los principios de la psicología evolutiva de Piaget, la Política Criminal en el caso latinoamericano, ha dado pasos de gran importancia bajo liderazgo del Programa Justicia Penal Juvenil y Derechos Humanos, del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Asistencia del Delincuente (ILANUD), con el apoyo de la Unión Europea. Tales pasos se traducen en el desarrollo, durante la década última y el corriente año 2000, de las condiciones para la producción de un cambio de paradigma en materia de protección de los derechos del niño y del adolescente, a partir de la lucha por la reforma legal en todas las naciones de la Región dentro de cuyos propósitos se encuentra el político-criminal, que permite superar el sistema tutelar de menores, sustituyéndolo por un sistema de control social garantista de naturaleza penal, adecuado específicamente a los adolescentes, esto es por un legítimo sistema penal juvenil.

Ya en referencia al cambio del paradigma, lo que nosotros denominamos esta suerte de ruptura con el *statu quo*, afirma el profesor Francisco Martínez, “El cambio de paradigma de la situación irregular por el protección integral, se ha considerado como un cambio beneficioso y realista que coloca al adolescente frente a su propio destino

procesal penal, policial o administrativo, para el ejercicio de sus derechos como sujeto real, como ciudadano. Ferrajoli, al referirse a este tema ha señalado que:

"El paradigma escogido, como lo señala Mary Beloff, ha sido el del derecho penal mínimo, que resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso del adolescente que el viejo sistema "pedagógico" de las llamadas "sanciones blandas" impuestas informal, y de hecho, arbitrariamente. Ello por tres razones: Primero, por el recurso al derecho penal como extremo ratio... Segundo, por el riguroso respeto de todas las garantías penales y procesales-de la taxatividad de los delitos a la comprobación de la ofensa y la culpabilidad, de la carga de la prueba, al contradictorio y al derecho de defensa-impuesto al sistema de derecho penal juvenil ... En tercer lugar, por la minimización de las penas juveniles, a través de la existencia, en la mayor parte de los casos, de medidas socioeducativas alternativas a la privación de libertad y solo en casos extremos de utilización de este tipo de medida... "(García Méndez. 1998: XII).

Por nuestra parte creemos en la necesidad de una nueva Política Criminal para la adolescencia comprometida con hechos delictivos merecedores de sanciones, bajo un modelo que no solo recoja los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1989, sino también los principios rectores emanados de los instrumentos jurídicos derivados de la Convención, tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riad, así como los principios del Pacto de San José o Convención Americana de DD.HH de 1969.

El Profesor Alessandro Baratta, decía respecto a las contradicciones entre los postulados de la Convención de la Niñez y Adolescencia y las realidades de la región que él conocía muy de cerca²¹: "Es enorme en América Latina, después de años de su entrada en vigor, la distancia entre la situación real y la situación ideal de la niñez, dibujada por la Convención. No existen todavía las condiciones sociales, institucionales y estructurales pero sobre todo las condiciones culturales para un acercamiento. Así,

²¹ Alessandro BARATTA, *la situación de la protección del niño en América Latina*. En www.alfonsozambano.com

solamente Brasil, ha producido, con el Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, una de las legislaciones de menores más adelantadas del mundo, y que, con el Art. 227 de su Constitución se ha anticipado en un año a la Convención, en sus principios básicos. Aún así, 25 millones de niños se encuentran en condición de grave pobreza y de abandono, continúa el exterminio de niños de la calle, en lugar de realizarse la obra de reintegración social que el Estatuto impone.

No obstante, es posible considerar la tensión que con respecto a los derechos de la niñez, existe entre la situación jurídica y la situación de hecho, como un momento necesario y muy importante del proceso de transformación de la realidad social en América Latina. La firma de la Convención y el proceso de ratificación representan una condición no suficiente, pero necesaria en la lucha para la transformación de la realidad. Para apreciar el significado de esta afirmación podríamos considerar la historia y la situación actual de los derechos humanos de la niñez refiriéndonos a la dinámica particular y a la interacción de los tres componentes, o las tres clases de actores implicados en el proceso: el aparato estatal, la sociedad civil o sea lo que podemos llamar en términos generales el movimiento social, y el mundo jurídico oficial. Emilio García Méndez ha realizado un dibujo muy eficaz, desde este punto de vista, de los noventa años en los que se ha llevado a cabo el proceso de definición de los Derechos Humanos de la niñez: desde el nacimiento del primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899, hasta la Convención de 1989. De acuerdo con otros autores, él define este proceso como *una larga marcha que puede ser resumida con el pasaje de la consideración del menor como objeto de la compasión-represión, al niño y al adolescente como sujeto pleno de derecho*".

Uno de los avances más importantes en la región es la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica en la que trabajó con enorme entrega el Prof. Dr. D. Carlos Tiffer Sotomayor, catedrático de la Universidad de Costa Rica, quien al evaluar la naciente ley a los pocos meses de su vigencia²² nos decía:

²² Carlos TIFFER SOTOMAYOR, *De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista. Nueva Ley de justicia Penal Juvenil*. Se puede ver el documento en www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal Juvenil.

“Sin lugar a dudas, en la Ley está presente una nueva concepción de política criminal. Se transforma el modelo tutelar paternalista por una orientación punitivo garantista. Se entiende al joven o adolescente como un sujeto, no sólo titular de derechos legales y sociales, sino como un sujeto responsable por sus actuaciones frente a la Ley penal.

La idea de la responsabilidad del joven y del adolescente está fundada en la convicción de la comprensión de la ilicitud del hecho. Actualmente, sería muy difícil sostener que un joven o adolescente de 12 a 18 años, tiene una incapacidad, o una falta de madurez para comprender la ilicitud del hecho. Sin embargo, el juzgamiento de la comisión de un hecho delictivo cometido por un menor de edad debe ser un asunto especializado de la justicia penal juvenil. Por eso, desde la fase de investigación del delito, intervienen órganos como la Policía Judicial Juvenil, un Ministerio Público con fiscales especializados, una Defensa Pública, también, con defensores especializados. Se crearon Juzgados Penales Juveniles, así como una segunda instancia, también especializada, que es el Tribunal Superior Penal Juvenil.

Como principio básico para la intervención jurídico penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo. De un derecho de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho penal juvenil de culpabilidad por el hecho con una intervención judicial mínima. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad, y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad. La Ley que hoy está vigente, recoge las garantías procesales internacionalmente admitidas para adultos, como por ejemplo: el principio de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, derecho de defensa, doble instancia, etc. Además de aquellas garantías especiales que corresponden, por la condición de jóvenes y adolescentes, como por ejemplo: trato diferencial, justicia especializada, reducción de plazos de internamiento y mayores beneficios institucionales que los adultos.

La reacción judicial ante la comisión de un hecho delictivo es denominada sanción y no medida. El derecho penal de medidas responde a un derecho penal de autor y de peligrosidad. Por el contrario, la sanción o pena negativa es la reacción normal ante la comisión de un delito. Sin embargo, la sanción tiene un fin predominantemente

pedagógico. Por medio de la sanción se procura alcanzar una meta inconfundible: preparar al joven o adolescente para ser una persona responsable, apta para la normal convivencia y su reinserción social... debe quedar muy claro que con la Ley de Justicia Penal Juvenil no se va a terminar la delincuencia, como muchos equivocadamente podrían pensar. Lo que se tiene es una legislación más ágil y moderna, acorde con la realidad social actual de nuestro país. Una legislación que se espera aumentará la efectividad del sistema de Justicia Penal, sobre todo evitando la impunidad y juzgando con el respeto y las garantías procesales reconocidas internacionalmente. De ahí que sea tan importante no sólo una respuesta represiva, como la que representa la Ley de Justicia Penal Juvenil, sino también la acción preventiva. Más política social y menos política criminal sería una buena fórmula. Para que reacciones, represión y prevención, sean aplicadas en forma integral, interdisciplinaria e interinstitucionalmente, tanto a nivel público como privado. Esto, creo, sería una respuesta seria, realista y madura a la búsqueda de la ansiada seguridad ciudadana. Ese es el desafío que se nos presenta”.

Coincidimos con las propuestas del profesor de Costa Rica, Tiffer Sotomayor, y mencionamos otras propuestas de desjudicialización: la aplicación del *criterio de oportunidad* reglado que es una forma efectiva de reducir la intervención judicial y que se aplica para los imputados mayores de edad por delito. La *conciliación* que permite involucrar a la víctima del delito en la búsqueda de salidas alternativas que no signifiquen la cárcel. Es conveniente desde una adecuada perspectiva de política criminal juvenil, que signifique un mayor espacio de libertad, aplicar la *suspensión del proceso a prueba*. La suspensión del proceso a prueba con la imposición de reglas de conducta (órdenes de orientación y supervisión) por un plazo determinado es una buena oportunidad para que se continúe con el normal desarrollo del joven. En la experiencia de Costa Rica, en la mayoría de los casos los jóvenes han cumplido las condiciones y los procesos han terminado, sin necesidad de la celebración del juicio o debate.

También la ejecución condicional de la sanción de internamiento, sin límite por los tipos de delito o monto de la sanción permite al juez aplicar esta modalidad en forma amplia y convertir realmente la sanción de privación de libertad en *última ratio*.

Un interesante documento de UNICEF es ilustrativo para comprender la *Justicia Penal Adolescente*²³ el mismo que está elaborado en formato de preguntas y respuestas:

“¿Qué es la justicia penal adolescente?”

La justicia penal adolescente es un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes a quienes se acuse de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal. Ahora bien, lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y restauradora 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.

¿Porqué los adolescentes deben tener derecho a una justicia especializada?

La Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores recomiendan la organización de una justicia especializada, flexible y diversa, para juzgar a las personas menores de 18 años. 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 interviene a tiempo, la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los delincuentes mayores de edad. La psicología evolutiva entiende que el adolescente infractor 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 delictivos no debe ser de

²³ Elaborado por la Asesora Regional de Protección- Oficina Regional para América Latina y el Caribe – TACRO (Febrero de 2.004). Se puede revisar en www.alfonsozambrano.com en el link Política Criminal Juvenil.

castigo sin más, debiéndose procurar su integración social y evitar en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación.

¿Cuál es la finalidad de la justicia penal adolescente?

Podemos enumerar al menos cuatro finalidades por orden de importancia:

- 1) Administrar justicia de forma democrática.
- 2) Fomentar la responsabilización del adolescente que ha cometido una infracción penal.
- 3) Promover su integración social.
- 4) Favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socio-educativas.

¿Por qué se fija una edad mínima de responsabilidad penal adolescente?

Aunque las Reglas de Beijing dejan libertad a los Estados a la hora de fijar las edades mínimas y máxima de responsabilidad penal, la franja de edad a partir de la cual se considera al adolescente responsable oscila en el derecho comparado entre los 12 y los 14 años al entender que es a partir de esa edad cuando comienza a cristalizarse la adquisición de responsabilidad y la capacidad de raciocinio, y se extiende hasta los 17 años. Por debajo de esas edades los niños que cometen infracciones quedan sujetos al control de su familia o de las instituciones civiles de protección, mientras que las personas mayores de 18 años pasan a ser juzgadas y sentenciadas de conformidad con los Códigos Penales.

La imputabilidad atribuida a los adolescentes debe corresponder a la capacidad de autonomía y al ejercicio de derechos que se les reconoce en la sociedad, Así por ejemplo, el establecimiento de una edad para votar o ser electo(a) para cargos de representación popular, para obtener una licencia de conducir, o para la compra de bebidas alcohólicas, etc. son expresiones del reconocimiento social acerca de cuándo una persona está lo suficientemente madura para tomar decisiones con plena responsabilidad, lo que ocurre por lo general a partir de los 18 años.

¿Cuál es el mandato de la justicia penal adolescente?

El mandato de la justicia penal adolescente es contribuir a que los adolescentes se responsabilicen de sus actos, asegurando siempre su bienestar. Para conseguir estos fines el juez tiene que tener en cuenta a la hora de imponer la sanción no sólo la infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los que se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, procurando causarle la menor aflicción y restricción de derechos. 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.

¿Qué diferencia existe entre el sistema de justicia penal para adultos y la Justicia penal adolescente?

La diferencia radica en que en la justicia penal adolescente prima por encima de todo la educación y la reinserción social del infractor, lo que obliga a establecer procesos rápidos y ágiles y a disponer de un amplio abanico de medidas socioeducativas que permitan cumplir con esa finalidad. La justicia penal adolescente establece una serie de restricciones, incluyendo la prohibición de pena de muerte y el encarcelamiento de por vida. La detención y encarcelamiento de un adolescente debe ser utilizada como el último recurso para delitos graves, y siempre por el menor tiempo posible.

Otras de las singularidades frente al proceso penal de adultos, son la posibilidad de no iniciar el procesamiento, suspenderlo o resolverlo anticipadamente si se estima que puede causar al menor de edad un perjuicio mayor que el que él causó; la posibilidad de participar en un programa de mediación para reparar el daño o conciliarse con la víctima; la exclusión de la publicidad de juicio oral; la confidencialidad respecto a la identidad del adolescente; la intervención de los padres o sus representantes; la inclusión de estudios psico -sociales que orienten al Juez a la hora de determinar la medida a imponer dentro del marco de la legalidad, o la corta duración e improrrogabilidad de la prisión

¿Qué tipo de garantías establece la justicia penal adolescente?

Las mismas que existen para las personas mayores de 18 años dentro de los sistemas penales acusatorios e incluyen: la prueba legal de los hechos; atribución y notificación de los cargos; conocimiento del asunto por un órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial; asistencia jurídica durante el proceso; resolución y fallo de la causa sin demora y derecho a impugnar las resoluciones ante un tribunal superior

¿Qué significa la remisión de casos en la justicia penal juvenil?

La remisión es una práctica introducida en la regla no. 11 de las Reglas de Beijing y pretende evitar, en todos los casos que sea posible, los sistemas penales formales (cortes, etc.) cuando se trate de delitos menores o cuando se estime que la permanencia en el procedimiento puede causar al adolescente un daño mayor que el que él causó con el delito. La aplicación de esta práctica requiere el consentimiento del adolescente y de su representante legal, la adopción de la decisión por el juez o el fiscal, y nunca avala la creación de un sistema de resolución de conflictos como sustitutivo de la sede judicial. En este marco son de gran interés los procesos de mediación en favor de la conciliación y reparación del daño, tanto a la víctima individual como a la comunidad.

¿Qué tipo de sanciones sugiere la justicia penal adolescente?

El abanico de sanciones previsto es amplio y está especialmente concebido para promover la reinserción social. De allí que las medidas en libertad en el entorno social y comunitario al que pertenece el adolescente infractor ocupen el grueso de los posibles listados: la amonestación; la multa; la reparación del daño causado; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; y la privación de libertad. La privación de libertad sólo debe ser impuesta en aquellos casos en donde el adolescente ha cometido infracciones graves como homicidio, violación, secuestro, lesiones graves, etc.

¿Por qué la reclusión en un centro de cumplimiento es una sanción de carácter excepcional?

La privación o reclusión en un centro de cumplimiento es una medida excepcional porque, de conformidad con numerosas investigaciones empíricas llevadas a cabo en la última década, el aislamiento de una persona que está en proceso de formación, lejos de promover cambios positivos de conducta, contribuye a su desarraigo y a su desocialización. Por otro lado, si se acepta que la pena debe ser proporcional al delito cometido y, tal y como lo demuestran los datos existentes en América Latina, la mayoría de los adolescentes cometen delitos menos graves, la reclusión en un centro de cumplimiento debería ser la sanción menos impuesta. También en base a investigaciones empíricas, se estima que las medidas alternativas facilitan la rehabilitación y reinserción social de los adolescentes en un número muy elevado de casos. El hecho de que se cuente con su consentimiento y su participación en la elaboración del plan educativo y con la participación de los padres o representantes y de la comunidad a lo largo del cumplimiento permiten que el adolescente infractor reflexione sobre las consecuencias de sus acciones y reciba y se sienta estimulado ante el reconocimiento que la comunidad le brinda si cumple con el plan pactado.”

El caso de Ecuador

Ecuador tenía vigente un Código de menores que se inspiraba en la *doctrina de la situación irregular*, no obstante que había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inscribe en la *doctrina de la protección integral*, según publicación en el RO 31, del 22 de septiembre de 1992. Con la Ley 2002-100, publicada en el RO 737 del 3 de enero del 2003, se dictó el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sigue las nuevas propuestas de la doctrina de la protección integral y pretende respetar a niños y adolescentes como sujetos de derechos, y no como objetos del proceso.

En el marco teórico se busca crear un modelo de justicia penal juvenil, similar al de Costa Rica, con policía, jueces, fiscales, defensores, y cortes especializadas en el tratamiento de niños y adolescentes infractores, a quienes se les reconocen todas las garantías constitucionales del *debido proceso* y un trato preferencial por mandato constitucional que considera sus derechos preeminentes. De acuerdo con el Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, hay la propuesta de una Justicia

especializada de la Niñez y Adolescencia, cuya gestión debe inspirarse en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia. Teóricamente y de acuerdo con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2003 se da paso a un fuero especial de menores tanto de las víctimas como de los infractores. La Constitución Política de la República de 1998 vigente al tiempo de dictarse el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Capítulo IV, se refería a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y entre estos derechos de nueva generación en la sección 5ta., se refería a los grupos vulnerables entre los que se menciona a los niños y adolescentes. Se reconocía el principio del interés superior de los niños y de que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. La constitución del 2008 reconoció y consolidó el carácter prevalente de los derechos de la niñez y adolescencia.

En Ecuador nos encontramos frente a un modelo “por armar”, en el que se insiste mucho en las garantías del debido proceso, estableciendo el Art. 257 del nuevo Código del 2003, que en todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código se asegurará la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *hábeas corpus*. En teoría se puede afirmar que se tiende a proteger el derecho de defensa de niños y adolescentes, incluso en mayor medida que los adultos como cuando se dispone respetar el derecho a la intimidad y a la integridad física y emocional del niño, niña o adolescente.

Parece rescatable destacar que el modelo de justicia penal juvenil, contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, se aparta de un modelo como el costarricense, en que se aplican verdaderas penas privativas de la libertad para los delincuentes jóvenes bajo la forma de medidas de internamiento de hasta quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años, conforme al Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Esta sanción de internamiento que es una privación de la libertad de carácter excepcional, procede cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión

superior a los seis años, y cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las ordenes de orientación y supervisión impuestas.

En Ecuador se mantiene el nombre de medidas socio-educativas, que proceden cuando una autoridad judicial ha declarado previamente la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal (Art. 369 del Código de la Niñez y Adolescencia), siendo lo más grave el denominado *internamiento institucional* en el numeral 10, mismo que dice: “es la privación total de la libertad del adolescente infractor. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se la aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte”. El *internamiento institucional* es hasta por cuatro años, según el Art. 370 ibidem. y en caso de reincidencia se le impone el máximo de la medida o de duración de la misma, al tenor del Art. 372. El menor de 12 años no responde penalmente (Art.4).

Recordamos aquí, las lapidarias expresiones de Emilio García Méndez, “estamos convencidos también de que muchos de los juristas que nos acompañaron estarán de acuerdo en esta paráfrasis heterodoxa del gran filósofo del derecho Gustav Radbruch posible de ser expresada en estos términos: si un requisito para ser un buen jurista es tener la conciencia sucia, para ser un buen jurista de ‘menores’ hay que tener la conciencia muy sucia”²⁴. Fernando Tocora por su parte nos dice: “las garantías procesales que suelen reconocerse en el proceso liberal, son muchas veces desconocidas en los procesos de menores, bajo el argumento de preservarlos de la estigmatización y del escarnio público, así como por la confianza incontestada en un juez - padre sabio y competente - que resolverá infaliblemente el conflicto”.²⁵

La desprotección al joven es un tema recurrentemente reconocido, pues como nos dice Azaola Garrido ²⁶, “en muchas ocasiones la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina paradójicamente colocándolo en posición de

²⁴ Emilio GARCIA MENDEZ, *Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina. Primer Informe*. Depalma, 1990, p. 9.

²⁵ Fernando TOCORA, *Política Criminal en América Latina*, ediciones L.P. Bogotá- Colombia, 1990, p. 88.

²⁶ Azaola GARRIDO, *La Ilusión de la “verdad” en la investigación de menores delincuentes*. Doctrina Penal, año 12, abril-sep. 1989, No. 46-47. Depalma, Buenos Aires, pág. 241.

desventaja con respecto al adulto”. Un sistema aparentemente protector puede también convertirse en un instrumento de desviación secundaria, porque el internamiento de jóvenes “por su propia seguridad” en reclusorios juveniles sin ninguna separación; con una abierta promiscuidad entre jóvenes calificados de conducta irregular, de delincuentes o de niños y adolescentes en situación de abandono o desamparo; les brinda la oportunidad de pasar de una categoría menor a una mayor.

El Prof. D. Eugenio Raúl Zaffaroni, denunciaba ya hace algunos años el discurso perverso de carácter tutelar y paternalista de este tipo de sistemas penales y en abierta crítica a jueces, justicia e instituciones, expresaba: “prosiguiendo ese derrotero, las facultades omnímodas de tales magistrados, combinadas con una global despreocupación administrativa respecto de la creación de una infraestructura básicamente apta para el desenvolvimiento de un patronato digno, condujo a la implementación de un tratamiento temporalmente indeterminado, impuesto a los menores ineluctablemente, irrespetuoso de las garantías procesales más elementales y ahogado, en punto a las medidas extremas de internación en una hojarasca de eufemismos, ‘fundaciones’, ‘hogares escuelas’, ‘institutos’, ‘reformatorios’, encubridores de una dantesca realidad”.²⁷

El cambio del paradigma de la *doctrina de la situación irregular* a la llamada *doctrina de la protección integral*, demanda algo más que un buen cuerpo normativo, y en materia de política criminal juvenil exige mirar la intervención del Estado frente a la comisión de delitos que se le atribuyan a un joven, en verdad como la *última o extrema ratio*. Alessandro Baratta²⁸ destaca la importancia del cambio del paradigma, y expresa que, “la doctrina de protección integral, que encontró su espacio en la Convención y en los documentos de Naciones Unidas que la han precedido, constituye también el resultado de un amplio movimiento social en favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa. No sólo cambió profundamente el concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje,

²⁷ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final*. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 242.

²⁸ Alessandro Baratta, *Infancia y democracia*. En www.alfonsozambrano.com

lo cual constituye una señal relevante de la transformación en el plano normativo. Se habla y se escribe siempre menos de *menores*, y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos.

Cuando usamos la fórmula *del menor hacia el ciudadano*, nos colocamos frente a un proceso en curso, no cumplido aún. Este carácter abierto del proceso no se refiere solamente, como es obvio, a la implementación en la realidad fáctica de las normas internacionales y nacionales y de los principios teóricos en los cuales se expresa la nueva doctrina; sino que también se refiere a la producción normativa y doctrinal. En ese sentido (y para usar otra feliz expresión del mismo autor de aquella fórmula - que es Antonio Carlos Gomes da Costa-), cuando decimos *del menor al ciudadano*, estamos expresando *nuestra memoria del futuro*. Aún cuando el *menor* vuelva a ser niño no se convertirá, solamente por eso, en un ciudadano. Permanezcamos en el nivel normativo: ¿en qué medida es ciudadano el niño y el adolescente en el sistema de la Convención? La respuesta a esta pregunta nos permitirá establecer si en esta memoria del futuro existe más memoria o más futuro. Resulta importante establecerlo para saber cuán largo es el camino que tenemos frente a nosotros en lo que se refiere a las normas y a la doctrina”.

En el caso ecuatoriano afirmamos que el discurso referido a los delincuentes jóvenes no ha cambiado sino en el código, pasando normativamente de un modelo a otro, y el **sistema penal** a ellos aplicado sigue siendo agente de **desviación primaria**. En el ámbito de la justicia penal juvenil ecuatoriana, los jueces que generalmente no son expertos en la materia, al igual que fiscales y policías, a más de la impreparación en una materia especializada como esta, cuentan con un formidable margen de discrecionalidad que se materializa en una práctica arbitraria y abusiva del internamiento, que es simplemente institucionalización, aunque se lo trate de maquillar como medida de seguridad o medida socio-educativa que en el fondo es privación de la libertad. Esto ocurre en Ecuador en que se sigue aplicando el secuestro institucional en contra de los delincuentes jóvenes, a quienes se quiere incluir como delincuentes adultos a partir de los 16 años de edad, esta es una de las propuestas de reforma para julio del 2010, propias del *derecho penal del enemigo*, que se esgrime como respuesta frente al incremento de la criminalidad atribuida incluso al *garantismo penal* ;

Bibliografía

- BARATTA Alessandro, *Infancia y democracia*. En www.alfonsozambrano.com
- BARATTA Alessandro, *La situación de la protección del niño en América Latina*. En www.alfonsozambrano.com
- CARO JOHN José Antonio, *Las conductas neutrales*. En www.alfonsozambrano.com
- CARRANZA Elías, *Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal*, www.alfonsozambrano.com
- GARCIA MENDEZ Emilio, *Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina. Primer Informe*. Depalma, 1990.
- GARRIDO Azaola, *La Ilusión de la “verdad” en la investigación de menores delincuentes*. Doctrina Penal, año 12, abril-sep. 1989, No. 46-47. Depalma, Buenos Aires.
- JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, 1996, Buenos Aires.
- MARTINEZ RINCONES Francisco, *Política criminal y adolescencia en América Latina. Especial referencia al caso Venezuela*. www.alfonsozambrano.com
- POLAINO NAVARRETE Miguel, *Lectio Doctoralis. Quince Minutos de Derecho Penal*, Grijley, Lima. 2007.
- TIFFER SOTOMAYOR Carlos, *De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista. Nueva Ley de justicia Penal Juvenil*. www.alfonsozambrano.com
- TOCORA Fernando, *Política Criminal en América Latina*, ediciones L.P. Bogotá-Colombia, 1990.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 3ra. Edición, 2008.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1985.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, en *La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina*, www.alfonsozambrano.com en el link Doctrina Penal.