

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

**LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MENOR DE EDAD  
Y LA INCOHERENTE NORMATIVA DE LA LEY DE PROTECCIÓN  
INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA AL REGULAR  
LA FLAGRANCIA EN LOS DELITOS COMETIDOS  
POR ADOLESCENTES**

**MIRNA DIOMILA CHACÓN PORTILLO**

**GUATEMALA, JULIO DE 2006.**

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

**LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MENOR DE EDAD  
Y LA INCOHERENTE NORMATIVA DE LA LEY DE PROTECCIÓN  
INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA AL REGULAR  
LA FLAGRANCIA EN LOS DELITOS COMETIDOS  
POR ADOLESCENTES**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MIRNA DIOMILA CHACÓN PORTILLO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y postítulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, julio de 2006.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Licda. Rosa María Ramírez de Espinoza
Vocal:	Lic. Mauricio García Rivera
Secretario:	Lic. Ulises Gómez

**Segunda Fase:**

Presidente:	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal:	Licda. Enma Graciela Salazar López
Secretario:	Lic. Homero López Pérez

**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido en la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS Y SU HIJO JESUCRISTO:**

Por darme la vida y la sabiduría para alcanzar mi meta.

### **A MIS PADRES:**

A la memoria de mi padre Agustín Chacón (Q.E.P.D.) y Manuela Portillo vda. de Chacón, por su ejemplo de humildad y perseverancia.

### **A MIS HIJOS:**

Jefry, Mirna Patricia y Luis Alejandro, por ser la razón principal de alcanzar mi meta.

### **A MI NIETA:**

Viviana Waleska Chacón Flores, por ser la chispa que enciende mi vida.

### **A MIS HERMANOS:**

Hugo René, Obdulio, Alcides, Elmer, Giovanni, con cariño fraternal, especialmente a Rony por ser también mi amigo y Roberto René de quién extraño su existencia (Q.E.P.D.).

### **A:**

José Filemón Reyes Cutiño. Especial agradecimiento por su apoyo moral.

### **A:**

El Licenciado Napoleón Gilberto Orozco Monzón, Infinitas gracias por su apoyo y orientación en la elaboración del presente trabajo.

### **A MIS CATEDRÁTICOS.**

Licenciados Edgar Castillo y Estuardo Castellanos, gracias por el apoyo docente.

### **A MIS AMIGAS:**

Nancy Andrade, Ada Sandoval, por compartir conmigo sus conocimientos, asimismo a la memoria de la Licda. Anabella Vives Schell (Q.E.P.D.), a Sandra Judith Estrada, Miriam Elvira Castillo y a la Licda, Elvira Alfaro, por brindarme su amistad en el transcurso de nuestra carrera.

### **A:**

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

### **A MI PATRIA:**

Guatemala.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. La minoría de edad en el derecho procesal penal.....	1
1.1. La minoría de edad.....	1
1.2. Normativa.....	5
1.3. Responsabilidad y edad penal.....	9
1.4. La problemática del menor en el derecho penal y sus alternativas.....	11
1.5. Respuesta tradicional.....	12
1.6. Doctrina de la situación irregular.....	14
1.7. Modelo educativo.....	16
1.8. Modelo garantista.....	17

### CAPÍTULO II

2. Causas de Inimputabilidad.....	19
2.1. Enajenación y trastorno mental transitorio.....	19
2.2. El menor de edad.....	22
2.3. Alteración de la percepción.....	23
2.4. La eximente incompleta.....	25

### CAPÍTULO III

3. Los adolescentes y la justicia penal en Guatemala.....	27
--	----

	<b>Pág.</b>
3.1. La justicia penal juvenil en Guatemala.....	27
3.2. El proceso penal juvenil en Guatemala.....	36
3.2.1. Características del proceso juvenil.....	45
3.2.2. Inicio del proceso penal de adolescentes.....	47
3.3. La inimputabilidad de los menores de edad y sus consecuencias jurídicas.....	65
3.4. La detención provisional en el derecho tutelar de los menores.....	75
3.5. La detención provisional en el derecho penal juvenil.....	76
3.6. El principio educativo y la detención provisional.....	76
3.7. Requisitos materiales de la detención provisional.....	78
3.7.1. La sospecha suficiente de culpabilidad.....	78
3.7.2. Causales de detención provisional.....	80
3.8. Derecho penal y los adolescentes en conflicto con la ley penal.....	82
3.9. Límites del poder estatal.....	82
3.9.1. Análisis del modelo garantista.....	83
3.9.2. Derecho penal mínimo y derecho penal máximo.....	84
3.9.3. Estado de derecho y autoritarismo.....	85
3.10. Límites garantistas.....	87
3.10.1. Principio de legalidad.....	87
3.10.2. Utilidad de la intervención penal.....	88

	<b>Pág.</b>
3.10.3. Exclusiva protección de bienes jurídicos.....	89
3.10.4. Subsidiaridad de la intervención	
estatal.....	89
3.10.5. Proporcionalidad.....	91
3.10.6. Culpabilidad.....	92
3.10.7. Humanidad de la intervención	
coactiva del estado.....	93
3.10.8. Resocialización.....	94

#### **CAPÍTULO IV**

4. La flagrancia.....	97
4.1. Captura en flagrancia.....	97
4.2. Alcances legales de la flagrancia.....	98
4.3. Otras hipótesis de la flagrancia.....	99
4.4. Derechos de la captura en flagrancia.....	100
4.5. Captura por parte de la policía.....	101
4.6. Captura públicamente requerida.....	102
4.7. Remisión de la persona capturada.....	103
4.8. Libertad inmediata por captura ilegal.....	104
4.9. La captura en flagrancia según el Código Procesal Penal guatemalteco.....	105

4.10. Análisis crítico del Artículo 195 del Decreto 27-03 reformado por el Artículo 5 del Decreto 02-04 ambos del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.....	106
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113

i  
**INTRODUCCIÓN**

El concepto que se plantea de la flagrancia aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal ha motivado la realización del presente trabajo de tesis que considero de gran importancia para el régimen de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, contenido en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República, en su actual aplicación para controlar a la delincuencia juvenil en nuestro país.

Para el efecto he tomado en consideración la concepción constitucional referente a los menores de edad, en su calidad de inimputables, para poder así desarrollar el tema escogido, asimismo tomar en consideración el contenido de la Convención Americana sobre los Derechos del Niño, que motivó aún más mi inquietud. Si bien es cierto que en Guatemala, se está viviendo un problema de carácter social respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, también lo es que constitucionalmente a los menores de edad, se les ha considerado como inimputables

Genera entonces una problemática jurídica al aplicarse la norma contenida en el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ya que se contempla la flagrancia aplicable a los menores de edad que transgredan la ley penal y que sean sorprendidos por la fuerzas de policía; lo que es del conocimiento de todos respecto a los abusos que cometen contra la ciudadanía, no así para los adolescentes que se encuentran en una situación de peligro en su integridad física con estas medidas jurídicas de carácter represivo para la población de adolescentes en el país.

Del estudio realizado se puede establecer que efectivamente debe excluirse la flagrancia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ya que en su aplicación se están violando derechos y garantías de los adolescentes los cuales están reconocidos por leyes internas e internacionales en materia de menores de edad, por lo que el legislador debe tomar en cuenta estos aspectos para la derogatoria de dicho Artículo.

El tema ha sido enfocado en cuatro capítulos, los cuales demuestran porqué la aplicación de la norma que contiene la flagrancia en materia de adolescente en conflicto con la ley penal debe desaparecer, por el estado de indefensión en que quedan los que en esa forma son aprehendidos por la Policía Nacional Civil.

El primer capítulo está enfocado hacia la minoría de edad en el derecho penal, en cuanto a lo que es, su problemática en el derecho penal, las doctrinas que lo consideran como tal. El segundo capítulo, se relaciona con las causas de inimputabilidad, haciendo una exposición de las mismas. En el tercer capítulo, se trata lo relativo a los adolescentes en conflicto con la ley penal, haciéndose un estudio de la justicia penal, el proceso juvenil, la detención de los menores; así como las doctrinas que se refieren a su situación especial. En el cuarto capítulo que se refiere a la flagrancia en el cual, se expone lo que es la captura en flagrancia, sus alcances legales, siendo importante el análisis que se hace del Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que es la parte medular del presente trabajo de tesis.

Constituye un esfuerzo personal la realización de un estudio que pretende la defensa por la protección integral de los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal por cualquier circunstancia, viéndose involucrados en una problemática jurídico-penal a los cuales se les debe considerar y respetar sus derechos y garantías otorgados por el derecho Interno como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala, y externo a través de las Convenciones internacionales de las cuales Guatemala es parte.

# 1 CAPÍTULO I

## 1. La minoría de edad en el derecho procesal penal

El ser humano en desarrollo muestra particularidades tan significativas, que tornan totalmente justificable que una rama del Derecho se ocupe autónomamente de todo lo que concierne a sus intereses. Y esa rama jurídica, para responder en plenitud a sus finalidades, aparecerá impregnada de connotaciones típicamente protectorias en tanto así lo exige la personalidad del menor de edad, requirente de resguardo para llegar a su total desarrollo.

La protección integral a la minoridad y su especie, la protección jurídica, tienen como sujeto esencial y exclusivo al menor de edad, es decir, a la persona que aún no ha llegado al momento que la ley establece como principio de la mayoría de edad.

### 1.1. La minoría de edad

Al plantearse la necesidad de configurar con autonomía científica el estudio de un nuevo Derecho, como lo es el Derecho del menor, en primer término se debe enfrentar el significado que tiene la idea de menor, ya que de ella se deriva la nota que califica a una rama específica del Derecho en sí.

“El doctor Mendizábal Oses considera que la palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial. Etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronomía, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, va normalmente desarrolladas, alcanzaron la necesaria madurez de su

personalidad para regir su propio destino. Se es así menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, nos hallamos ante un adjetivo comparativo que al ser recogido por el Derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.

La minoría de edad comprende, por tanto, un período de la vida del hombre y este período no es, como pudiera deducirse del hecho cronológico que jurídicamente le ha servido de fundamento, exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula. Si bien el hombre, por el sólo hecho de su existencia, es persona, y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, hubo una época en la historia en que los hombres también fueron cosas, objeto del tráfico jurídico por desconocerse u olvidarse de su dignidad natural. El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido de seno materno goza de vida propia, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente condicionantes, que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud, la cual es consecuencia directa de aquél desarrollo de la personalidad y, de ahí, el principio de que la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute, están directamente relacionadas con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su personalidad.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mendizabal Oses, L. **Derecho de menores, teoría general**. págs. 43 y 44.

Frente a esta noción genérica de la minoría de edad, existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de esta minoría, surgiendo como consecuencia de ello el problema de su apreciación por los sistemas jurídicamente contemporáneos: “Las soluciones adoptadas son dos:

- 1) La que determina con carácter general y de forma objetiva la edad a partir de la cual una vez cumplida, se alcanza la mayoría y, por tanto, se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es plenamente responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando períodos precedentes, para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una responsabilidad atenuada por sus actos;
- 2) Es la que aprecia con un matiz subjetivo el desarrollo de cada persona, para hacer depender de éste el grado de capacidad o incapacidad y consiguientemente, el de su inimputabilidad.”<sup>2</sup>

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre.

Consecuentemente, la concepción clásica de la capacidad jurídica y de obrar, en cuanto que establecía entre ambas una distinción tajante y que subdistinguía, asimismo, la capacidad de obrar en capacidad contractual y delictual y capacidad para el ejercicio de derecho, se sustituye por una concepción unitaria del problema, ya que si el poder tener derechos es consecuencia de valor que la personalidad humana ostenta, incluso durante la minoría de edad y la capacidad de obrar es el

---

<sup>2</sup> UNESCO. **Derechos y deberes de los jóvenes**. París, 1972. págs. 9 y ss.

resultado de la capacidad jurídica, ésta, a su vez, directamente deriva del valor que se atribuye a la personalidad.

Durante la minoría de edad, generalmente el sujeto desconoce cuáles son sus intereses y es posible, además, que por su representante legal no se hagan valer, el Derecho Objetivo debe determinarlos para que, sin excepción y al ser conocidos, se le puedan otorgar. Así, el significado de lo suyo adquiere una nueva dimensión, al quedar tutelados por la ley aquellos intereses privativos y darse, consecuentemente, una inédita significación al concepto tutelar de la justicia y un auténtico carácter protector al Derecho que así lo establece.

Hugo D' Antonio, se refiere al estado de minoridad al decir que "El estado de la persona natural constituye uno de sus atributos caracterizadores del cual carece la persona jurídica, y se lo define como el conjunto de cualidades que la ley toma en cuenta para atribuirle efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades. En la realidad jurídica actual se han visto superadas distinciones que, anteriormente, diferenciaban a la persona por su condición social, por la religión o con motivo del sexo. Prerrogativas y consiguientes menoscabos, discriminaciones que nos resultan ahora totalmente inaceptables, como las referidas a las personas libres o esclavas; ciudadanos o extranjeros, religiosos, varones o mujeres y otras que rigieron durante siglos, han desaparecido para dejar como principio rector de orden general la igualdad de derechos, cualquiera que sea la condición personal. Pero pese a esta evolución del Derecho encuentra culminación en la mencionada igualdad, persiste y habrá de perdurar una diferenciación que se basa en sustentos naturales y que se justifica por la particular orientación que deben tener las normas. La regulación jurídica de los menores de edad, en efecto, debe distinguirse

de la destinada a la persona adulta porque los principios tutelares y pedagógicos a que debe responder imponen la separación.”<sup>3</sup>

En resumen existe un verdadero estado de minoridad, ya que se tiene que tomar en cuenta la condición de menor para consagrar un cuerpo normativo de índole protector, en tanto así lo requiere la especificidad del sujeto. No debe confundirse esta verdadera diferencia de situación jurídica con lo concerniente a la regulación de la capacidad. Esta, constituye uno de los atributos de la persona en general y la consagración de la incapacidad del menor tipifica uno de los elementos protectorios a los que recurre el Derecho de menores, los elementos e instituciones de protección jurídica al menor tienen como fundamento su condición de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo por parte de los responsables directos o por medio de la intervención concurrente o supletoria de los organismos del Estado señalados a tal fin.

El Derecho de menores, en consecuencia, toma al menor como sujeto en virtud de los elementos diferenciadores que le son inherentes.

## **1.2. Normativa**

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 20 establece: "Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia."

---

<sup>3</sup> D' Antonio, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. pag. 40 y 41.

La Convención sobre los Derechos del Niño estipula en el Artículo 40: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quién 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 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”.

Estos principios normativos fundamentan el cambio de paradigma respecto a la consideración tradicional de inimputabilidad referida a los menores de edad. Previo a la Convención sobre los Derechos del Niño, el contenido de la inimputabilidad se reduce a un criterio naturalista; falta de capacidad para conocer y comprender el ilícito penal.

“Tres elementos constituyen la base para la crítica a esta posición naturalista de la inimputabilidad referida a los menores de edad:

- 1) El asumir como premisa que la niñez, por decisión legal, carece de estas características, lo que en principio resulta inverosímil fácticamente y genera por lo tanto una política discriminatoria de minusvalía para este sector social;
- 2) El pretender que los aspectos psicológicos se agotan con el conocimiento y comprensión del ilícito penal, cuando en realidad se incorporan otros como el de la efectividad;
- 3) El criterio naturalista no toma en consideración la perspectiva social, en el sentido que la responsabilidad penal implica relaciones

sociales, y por lo tanto relaciones de diferentes grupos culturales conformando una estructura social determinada, de tal manera de evitar la hegemonía cultural lo que implica relaciones sociales, y por lo tanto relaciones de diferentes grupos culturales conformando una estructura social determinada, de tal manera de evitar la hegemonía cultural lo que implica una política discriminatoria.

El criterio naturalista al considerar a los menores de edad incapaces de conocer y comprender el carácter ilícito de sus actos, justifica la intervención estatal en forma tutelar, que reforzada con la influencia del positivismo criminológico lo conforma como sujeto peligroso.

Por esta razón, al reconocer al menor de edad como persona autónoma, trae como consecuencia directa que la respuesta estatal a los conflictos de naturaleza penal se inscriban dentro del ámbito de control social punitivo, diferenciándolos claramente de las respuestas sociales que se le asignan como sujetos sociales con base a sus necesidades y no de peligrosidad. Esto no significa que estas necesidades no sean tomadas en cuenta en el momento de la toma de decisiones respecto a las medidas, por el contrario, el criterio de inimputabilidad de los menores de edad es precisamente esto, diferenciar la naturaleza de la respuesta de los adultos, sin negar su carácter de persona, sin que esta diferenciación implique la categoría de sujetos peligrosos objeto de tutela.

Como personas autónomas, los menores de edad gozarán de todos los derechos que a toda persona se le atribuyen y otras por razón de su condición social, esto constituirá el primer nivel para el criterio de inimputabilidad de los menores de edad, ser tratados como personas.

Considerado el menor de edad como persona autónoma y por lo tanto como sujeto de derechos, es importante resolver el problema si la

respuesta estatal implica o no responsabilidad. El Código Penal contiene dentro del Título III las causas que excluyen la responsabilidad penal la inimputabilidad al menor de edad (Artículo 23 Código Penal). Entonces surge la interrogante ¿Cómo debe ser interpretada esta norma?

Si se le atribuye la característica de persona y al mismo tiempo se afirma que la respuesta es de carácter coactivo, no puede negarse que se reconozca cierto nivel de responsabilidad. Este es el sentido de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando describe: “Ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros”. (Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por tal razón, no se puede hablar de irresponsabilidad, pues tal afirmación le negaría su carácter de persona autónoma y por lo tanto incongruente.

Si se organiza una respuesta de control social en el ámbito penal, debe orientarse a su criterio de responsabilidad. La diferencia radica en que la respuesta es diferente a la pena para un adulto. Este es el sentido que debe darse a la descripción penal: exclusión de responsabilidad penal, no de responsabilidad criminal. A los menores de edad no se les atribuye una respuesta criminal, sino otro tipo de respuestas, acordes su condición de sujeto social, pero diferente, inscrita dentro del ámbito de control social de la justicia penal. Congruente con este principio, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el Artículo 20 que frente a un ilícito penal debe responderse con medidas propias para la niñez y juventud, en ningún momento un sujeto irresponsable.

### **1.3. Responsabilidad y edad penal**

En definitiva, el niño es una categoría cultural, en donde los elementos físicos constituyen un indicio para delimitarlo pero son insuficientes para definirlo. Así lo estipula la Convención sobre los derechos del niño cuando expresa en su Artículo primero: “Se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

La diferenciación de los menores de edad en la legislación tiene orígenes muy antiguos. Los diferentes sistemas jurídicos: Babilónico, Griego, Egipcio, Romano, Germánico y Español, sin descuidar el tratamiento que a estas personas se dio durante los períodos precolombino, colonial, independiente y liberal en Guatemala.

En las diversas legislaciones se presenta diferente trato para los niños que para los adultos, manifestando un criterio de sujeción hacia los padres, deduciendo incluso responsabilidad a éstos por las acciones de sus hijos. Es frecuente en algunas legislaciones hacer diferenciación de trato entre edades que van desde los 7 años hasta los quince en algunas legislaciones y en otras se extiende hasta los veinticinco años.

Esta disparidad del criterio sobre el límite de la edad para la responsabilidad penal, pone en evidencia que la construcción del sujeto social niño es eminentemente histórica, que guarda en sí un criterio político sobre las necesidades de control social por parte del poder. Incluso, en la actualidad se pone en evidencia esta diferenciación en varios instrumentos legales vigentes: edad para contraer matrimonio (menores de 14 años para mujeres y menores de 16 para hombres), y edad para contraer obligaciones y derechos para el trabajo (14 años).

El desarrollo de la cultura, en términos globales, ha generado una concepción sobre la niñez tendiente a constituir una persona en proceso de formación, a la cual se e deben proporcionar los elementos necesarios para el desarrollo integral, de tal manera de incorporarse a las distintas actividades sociales y fortalecer el desarrollo humano. La Convención sobre los Derechos del Niño, tiene ese sentido, por lo que además de los derechos individuales indispensables se le reconoce otros para garantizar su desarrollo integral.

En el ámbito del control social punitivo este reconocimiento es fundamental para definir la edad a partir de la cual se puede deducir la responsabilidad penal. El Código Civil reconoce que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, o sea a partir de la cual la persona goza de todos los derechos de participación social, como ciudadano pleno: puede disponer de sus bienes, derechos y obligaciones civiles y participación política amplia. El Código Penal es congruente con estos principios al excluir al menor de 18 años de la responsabilidad penal en dos sentidos:

- 1) Por no tener una participación plena en las decisiones globales;
- 2) Porque no se han satisfecho ciertas necesidades sociales que contribuyan eficazmente en la sociedad (en especial trabajo y educación).

Otro factor importante es definir la edad mínima a partir de la cual no deberá existir ninguna respuesta. Diversas razones de índole biológico, psiquiátrico o psicológico pueden darse en este aspecto, sin embargo, estas no alcanzan para definirlo.

La Convención sobre los Derechos del Niño así lo considera, por lo que optó por orientar a los Estados partes a definir una edad mínima a

partir de la cual se considera que el niño no tiene capacidad para infringir las leyes penales (Artículo 40 inciso 3). A este principio, la que el niño no tiene capacidad para infringir las leyes penales (Artículo 40 inciso 3ª.a). A este principio, la Convención agrega elementos para garantizar la participación del menor de edad dentro de los procesos judiciales, así lo expresa el Artículo 12 inciso 1º: "Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio y el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, en función de su edad y madurez.

De esta manera, la definición de la edad mínima está en conexión con la obligación educativa del Estado, es decir, sólo puede exigir una respuesta determinada en la medida que se ha dado al sujeto la base de formación para una determinada capacidad de respuesta. Con este límite, pareciera que haber completado la educación básica constituiría el límite mínimo. De conformidad con nuestro sistema educativo, a los trece años el menor de edad ha completado este nivel, por lo que la edad mínima sería trece años. Y así lo establece el Artículo 2º. de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, al señalar: "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.

#### **1.4. La problemática del menor en el derecho penal y sus alternativas**

"La culpabilidad de los menores de edad ha sido un punto central de la discusión doctrinal de los últimos años dadas las diversas concepciones que sobre esta categoría de la teoría general del delito, se han elaborado en el desarrollo histórico de la dogmática penal.

La concepción de la culpabilidad y del menor de edad específicamente de su imputabilidad ha dependido de la posición normativa y doctrinal vigente en cada momento histórico.

La orientación actual de un derecho tutelar de menores, tanto en la doctrina como en el derecho comparado, hacia un Derecho Penal Juvenil, provoca necesariamente la revisión del contenido del concepto de la inimputabilidad del menor de edad.

La inimputabilidad se caracteriza por ser un mecanismo de exención de la responsabilidad penal de los menores de edad lo cual parece ser contradictorio con las actuales tendencias que reconocen su responsabilidad.

Ante esta situación cabe preguntarse ¿Cómo se puede sostener la responsabilidad penal del menor de edad cuando a la vez se le exime de la misma por considerarlo inimputable?

### **1.5. Respuesta tradicional**

El Derecho Positivo ha regulado la inimputabilidad con base al modelo tradicional de incluir en ella a los menores de edad, situación que se puede apreciar en la mayoría de Códigos Penales, por ejemplo los de Centroamérica sin embargo en otros países, como España, han adoptado el sistema de excluir a los menores de la responsabilidad penal exclusiva de los adultos, es decir se les excluye de las consecuencias jurídicas reguladas en el Código Penal pero no obstante ello se les hace responsables penalmente conforme a una Ley específica de responsabilidad penal juvenil.

En ese sentido se puede decir que el modelo español tiene una regulación expresa sobre el contenido y orientación de la inimputabilidad de los menores de edad: establece el Artículo 19 del Código Penal: “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del Menor. Regulación que deja en claro y sin dar lugar a confusión que el menor de edad es responsable penalmente y que inimputabilidad equivale a irresponsabilidad; en otras legislaciones no se da esta aclaración por lo que el legislador, como sucede con otras figuras jurídicas, deja que sea la doctrina, la dogmática y la jurisprudencia quién otorgue el contenido a la inimputabilidad de los menores de edad. Igual concepción ha logrado la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en su articulado.”<sup>4</sup>

La inimputabilidad de los menores de edad constituye el centro de atracción en el modelo de justicia de menores. Su contenido debe verificarse desde la perspectiva político-criminal, debido a que sus implicaciones influyen en todo el sistema de justicia, en el aspecto sustantivo su definición le da contenido a las medidas aplicables, en lo procesal configura la participación del niño como sujeto de derechos u objeto del proceso; y en la aplicación de las medidas, orienta el comportamiento de las instituciones para verificar en su acción un tratamiento a un peligroso social, o apoyo para remover los obstáculos que facilitan su comportamiento delictivo.

---

<sup>4</sup> **Inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley.** UNICEF. Guatemala, 2001. págs. 117-118.

Existen diversos modelos de justicia de menores, su concepción e implementación nos pone de manifiesto la correlación que existe entre el grado de democratización de la sociedad y el modelo a implementar, lo que evidencia el carácter político del control social. Con denominaciones diferentes hasta el momento se identifican tres principales: la doctrina de la situación irregular, el modelo educativo y el modelo garantista.

### **1.6. Doctrina de la situación irregular**

“El auge económico del Siglo XIX, desencadenado por el desarrollo industrial, no pudo resolver los problemas sociales debido al modelo planteado desde la exclusión social. En forma paralela dentro del Derecho Penal, se generan perspectivas de interpretación del fenómeno del crimen a partir de posiciones bioantropológicas que dan como resultado el positivismo criminológico, en donde se privilegia la búsqueda de las causas de la delincuencia en las características del autor, generando una posición determinista. No menos importante para la construcción del modelo de control social hacia los menores, tiene el movimiento asistencialista hacia los huérfanos, indigentes y niñez privada de libertad, producto del modelo económico social excluyente.

Estos tres elementos confluyeron en la creación de un modelo de control social basado en el principio de la situación irregular, que centró su preocupación en dos elementos:

- 1) Propiciar políticas asistencialistas a la niñez excluida socialmente, y;
- 2) Garantizar al mismo tiempo su control social.

Para el logro de este objeto, se generó un movimiento que propugnó por la exclusión del Derecho Penal de la niñez, generando una categoría especial de niños, los menores. Para éstos últimos, se gestó una

normativa especializada, la legislación de menores, que tuvo su origen en Estados Unidos, a finales del siglo XIX y después irradió su influencia en Europa y América Latina. Esther Jiménez Salinas y Emilio García Méndez desarrollan las características generales de este tipo de legislación que coincide con los principios que rigieron al Código de Menores, ya derogado por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia:

- 1) Los niños y jóvenes deben estar absolutamente separados de las influencias corruptas de los criminales adultos;
- 2) Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores, quién actúa en una posición eminentemente paternalista y por lo tanto con competencia discrecional;
- 3) Ampliar el control penal no sólo a las conductas delictivas, sino también a situaciones vinculadas a la situación de riesgo social generadas por la exclusión estructural: menores abandonados, prostitución y en general la niñez marginal asentada en áreas de pobreza;
- 4) Consideración del carácter anormal o patológico de los niños delincuentes, equiparándolos a enfermos mentales.

El programa de reforma se fundamenta en el ideal rehabilitador y adaptación a valores propios de la cultura dominante, por lo que se privilegia aquellas medias tendientes a apartarlos de su medio, privilegiando el internamiento en centros especiales para menores.

Un proceso estructurado en la negación absoluta de las garantías mínimas penales y procesales, con la idea de apartarlos Derecho Penal. Esta posición garantizó el amplio margen de discrecionalidad para la aplicación, sin límites, de las medidas de coerción.

En último término, el modelo de la situación irregular se orienta fundamentalmente a determinar si el menor es un peligroso social, antes que intentar la resolución de determinados conflictos de carácter penal. Por este motivo, la averiguación de la verdad histórica no constituye un elemento importante dentro del proceso, ni la participación de la víctima, sino determinar si reúne las características de niñez excluida del sistema social para la aplicación de las medidas correspondientes.”<sup>5</sup>

### **1.7. Modelo educativo**

“A finales de la segunda guerra mundial, se desarrolla en Europa el modelo de Estado basado en el bienestar social (Welfare). El estado de bienestar social es un producto típicamente europeo, se inicia un proceso de reforma de la justicia de menores tendiente a disminuir la intervención de los operadores de justicia (policías, jueces, trabajadores sociales, etc), dando paso a la acción educativa y abandono de los métodos represivos. Sin embargo, este modelo no abandonó la diferenciación entre delincuencia juvenil y situación de riesgo o peligro, sin embargo, el internamiento se aplicó como último recurso.

En América Latina, no tuvo la influencia esperada, en especial en nuestro país, el estado de bienestar nunca existió, el único intento de implementarlo fue durante la revolución de 1944, sin embargo, fracasó en 1954. La influencia de este movimiento en la justicia de menores se evidencia con la creación de la Ciudad de los niños, propugnada por Juan

---

<sup>5</sup> UNICEF y Organismo Judicial. Modulo sobre los derechos del niño en Guatemala. Guatemala. 2001.pág. 72.

José Orozco Posadas. Mientras Europa desarrolló este modelo, en América Latina se instauraron regímenes autoritarios que continuaron con la política de la situación irregular.”<sup>6</sup>

### **1.8. Modelo garantista**

“Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Naciones Unidas propuso un cambio de paradigma respecto a la niñez. Para el efecto, el niño es considerado como persona, y por lo tanto con los derechos inherentes a ella. Además de estos derechos, se le reconocen otros, como sujeto social en proceso de desarrollo: derecho a tener una familia, identidad cultural, educación, recreación, prioridad a su interés superior y prioridad en la asignación de recursos estatales. De tal manera, se produce un cambio de doctrina: de la situación irregular a la protección integral. Las principales características de este modelo son:

- 1) Sin dejar de tomar en cuenta las profundas diferencias sociales existentes, la Convención propone que toda la legislación sea un instrumento para toda la niñez, poniendo fin a la categoría de menores;
- 2) Al menor de edad sólo se aplicará una medida de corrección cuando se compruebe dentro de un debido proceso que su conducta es contraria al ordenamiento penal;
- 3) Toda garantía prevista para los adultos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales se aplicará con mayor razón a los menores de edad;

---

<sup>6</sup> UNICEF y Organismo Judicial. **Ob. Cit.** pág. 73.

- 4) Se deben ampliar las garantías respecto a la niñez, en especial las relativas a la defensa inmediación, culpabilidad, legalidad e inocencia;
- 5) Toda medida de corrección debe estar legalmente determinada y ninguna puede tener una duración indefinida. Tampoco puede sobrepasar ni tener la misma intensidad de las sanciones penales previstas en la legislación penal para ese mismo hecho;
- 6) El cumplimiento de las medidas debe estar sometido a constante control jurisdiccional y prever mecanismos que permitan la suspensión de tal medida por otra menos gravosa en cualquier momento;
- 7) Se deben incorporar mecanismos de conciliación y mediación para determinados conflictos, de tal manera de permitir mayor participación de la víctima en el proceso;
- 8) Establecer un catálogo amplio de medidas que faciliten la utilización del internamiento como último recurso;
- 9) Tomando en cuenta la diversidad pluricultural de la sociedad, se deben reconocer el sistema jurídico de las culturas indígenas para la resolución de este tipo de conflictos.<sup>7</sup>

El ingreso de la niñez al sistema de garantías penales y procesales no pretende incorporarlo a la justicia de adultos, por el contrario significa reconocerlo como persona diferente y por lo tanto esta diferencia no es sinónimo de minusvalía o endurecimiento del sistema, sino congruencia con el principio de mínima intervención del Derecho Penal. De esta manera, el principio de inimputabilidad adquiere la característica de una garantía y no de minusvalía propuesta por la posición naturalista.

---

<sup>7</sup> UNICEF y Organismo Judicial. **Ob. Cit.** pág. 73-74.

## CAPÍTULO II

### 2. Causas de inimputabilidad

Luis Jiménez de Asúa al referirse a las causas de inimputabilidad manifiesta “son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud en la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquéllas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

#### 2.1. Enajenación y trastorno mental transitorio

“Una buena fórmula de inimputabilidad ahorraría infinitos conflictos entre jueces y expertos, y en cambio, una mala redacción de las causas de irresponsabilidad, no sólo provoca confusiones entre el perito y el juez, sino que, a menudo, encierra en las prisiones enfermos de la mente, con el indeclinable agravio de la justicia y con marcado riesgo de que empeore el paciente. Para definir la responsabilidad de los enfermos, de los inconscientes y de los que padecen un trastorno mental pasajero o transitorio, se ofrecen tres fórmulas fundamentales:

a) Fórmula psiquiátrica o biológica pura: Consiste en enunciar, de la manera más simple, los efectos psicológicos y jurídicos que pueden producir la enfermedad mental, sin establecer límites de orden jurídico ni psicológico.

b) Fórmula psicológica: En ella se formula la irresponsabilidad del demente, atendiendo al efecto que en Derecho produce el factor psicológico de la enfermedad, expresando que consiste en excluir la voluntad, la libre determinación de la voluntad.

c) Fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica: Conforme a ella debe hacerse constar que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a Derecho.”<sup>8</sup>

“La noción de enfermedad mental es, en muchos aspectos, más restrictiva que la noción de anomalía psíquica. Por esto se han debido mencionar también el desarrollo psíquico incompleto o retardado y el trastorno mental transitorio.

La expresión enfermedad mental no ha sido utilizada en sentido técnico, por ejemplo de la psiquiatría. Disciplina que, en los últimos años ha pasado por una crisis seria de identidad. Entre los especialistas, la noción enfermedad mental varía de acuerdo con la perspectiva ideológica que adopten. Si se limitan a una perspectiva puramente médica, se le considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, cuando adoptan una orientación psicológica se amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden psíquico. Por último, con una tendencia sociológica, se le define como un trastorno psíquico de origen social, es decir debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben ser tomados en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que se debe considerar para decidir si una persona es imputable o no. No es, en consecuencia, de gran importancia optar por uno de dichos criterios, ni tampoco que sea de ubicar la situación personal del agente en una de las categorías

---

<sup>8</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito**. principios de derecho penal. págs. 339-341.

mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los psiquiatras. Lo decisivo es que la perturbación síquica sea de tal índole e intensidad que sea idónea para comprometer gravemente la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

Desde que se abandonan los criterios propios de la medicina y se adopta el sentido profano, se puede afirmar que la fórmula legal está dirigida a comprender los fenómenos psíquicos que parecen de un neófito en medicina cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos, impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva.”<sup>9</sup>

“En cuanto al trastorno mental transitorio a que alude la Ley, debe ser comprendido en la perspectiva de la toma de conciencia del mundo por las personas, éstas están dotadas de cierto poder de reflexión que permite obrar sabiendo lo que se hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión no se tendrá conciencia de si mismo, de la conciencia de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica una perturbación de la autodeterminación. Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico como sucede con la casi totalidad de los casos comprendidos en las otras causas. Se pueden dar como ejemplo los estados de ebriedad, profunda fatiga, hipnosis o crepusculares no patológicos.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Hurtado Pozo, José. **Nociones básicas de derecho penal**. pág. 159.

<sup>10</sup> **Ibidem**. pág. 160.

## 2.2. El menor de edad

El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, establece en el Artículo 23. (*Inimputables*). No es imputable:

- 1) El menor de edad;
  
- 2) Quién en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio . La capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Ahora bien conviene hacer una interrelación con otras Leyes nacionales que regulan aspectos propios de los menores de edad:

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

“Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la Ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores cuya conducta viole la Ley Penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una Ley específica regulará la materia.”

Artículo 8º. del Código Civil, Decreto Ley 106.

“Capacidad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”.

Artículo 9º. del Código Civil, Decreto Ley 106.

“Incapacidad. Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción. Pueden asimismo ser declarados en estado de interdicción, Las personas que por exceso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se exponen ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos.

La declaratoria de interdicción produce, desde la fecha en que sea establecida en sentencia firme, incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos, pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en que se verificaron”.

Artículo 137. de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

“Presunción de minoridad. 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”.

Puede apreciarse que los menores de edad en Guatemala, constitucionalmente son considerados inimputables, lo que se encuentra reforzado por el Código Civil.

### **2.3. Alteración de la percepción**

El Código Penal contempla en su Artículo 23 inciso 2º., la causa de exclusión de responsabilidad penal a quién en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardo o trastorno mental

transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que haya sido buscado de propósito por el agente.

El principio de culpabilidad requiere que la persona, al momento de cometer el hecho, haya podido comprender la desaprobación jurídica penal y determinarse de conformidad con esa comprensión. Por lo que una persona que posee una alteración de percepción del medio que lo rodea es considerado con un desarrollo psíquico incompleto.

Si un sujeto por una alteración en la percepción puede llegar a tener una conciencia divergente u opuesta respecto de los valores hegemónicos o dominantes en el sistema social. Lo cual ciertamente es posible y en tales casos un juicio de imputabilidad sería en realidad un juicio, no respecto del sujeto por el hecho cometido, sino necesariamente en relación a su mundo vivencial, lo cual ciertamente sería violatorio de la dignidad de la persona, y, además, discriminatorio. De entonces el juicio de inimputabilidad respecto de este sujeto, que es entonces un juicio de compatibilidad, conforme a los principios de un Estado de derecho de una sociedad democrática y pluralista. Ahora bien como existe un delito, se plantean también en razón de él una serie de medidas de seguridad, respecto de las cuales caben las mismas observaciones que en relación con la enajenación, esto es, que han de sujetarse a todas las garantías formales y materiales generales, ya que se trata de aplicarle precisamente un procedimiento más garantizador en razón de la inimputabilidad.

#### 2.4. La eximente incompleta

“Respecto de la enajenación, la jurisprudencia acepta plenamente la posibilidad de la eximente incompleta, la cual ha permitido considerar por lo menos como tal a las psicopatías, a las neurosis y al síndrome de abstinencia en la toxicomanías y de algún modo entonces, parcialmente atender al concepto de imputabilidad disminuida.

En cuanto a la embriaguez ha habido en la doctrina y en la jurisprudencia una gran vacilación a su respecto.

En cuanto al menor de edad ciertamente no cabe hablar de eximente incompleta, y por eso, con razón se establece una regla especial de determinación de la pena, aunque se establece la posibilidad de una medida claramente violatoria de las garantías en la aplicación de sanciones, al señalarse que se podría sustituir la pena por un internamiento indeterminado, existiendo así una agravación ilegítima de la sanción, pues se contraría la Constitución”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal. parte general.** págs. 345-346.

## CAPÍTULO III

### 3. Los adolescentes y la justicia penal en Guatemala

La inimputabilidad de los menores de edad constituye el centro de atracción en el modelo de justicia de menores. Su contenido debe verificarse desde la perspectiva político-criminal, debido a que sus implicaciones influyen en todo el sistema de justicia; en el aspecto sustantivo su definición le da contenido a las medidas aplicables, en lo procesal, configura la participación del niño como sujeto de derechos u objeto del proceso; y en la aplicación de las medidas, orienta el comportamiento de las instituciones para verificar en su acción un tratamiento a un peligroso social, o apoyo para remover los obstáculos que facilitan su comportamiento delictivo.

#### 3.1. La justicia penal juvenil en Guatemala

En una forma amplia la Licenciada María Belén Pascual hace una exposición de lo que debe considerarse la Justicia Penal en nuestro país, y para el efecto expone: “Como tarea inicial se debe justificar el uso de la palabra PENAL, ya que hay quienes entienden que, por ser el sujeto activo del hecho un adolescente, a éste se le deberá aplicar una medida de protección o tutelar, pero nunca un proceso penal, pues ello le estigmatizaría e iría en contra del principio del interés superior del niño, establecido en la Convención sobre los Derechos de Niño de 1989, además, violaría el reconocimiento hecho en algunas legislaciones de que el adolescente es inimputable”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Pascual de la Parte, María Belén. **Inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la ley, justicia penal juvenil en Guatemala.** pág. 57.

Para explicar esta posición María Belén Pascual considera conveniente hacer una breve reseña histórica del tratamiento dado a los menores de edad que realizaban un hecho contra lo establecido en las leyes penales y que considero interesante para la comprensión del tema a tratar.

- “En el Derecho Romano, había diferentes categorías: los infans (de 7 años) se sustraían al Derecho Penal en virtud de una presunción irrefutable de incapacidad. El impúber (7-14 años) era sometido a una pena o no. El menor (14-18 años) era estimado susceptible de recibir la imposición de una pena, si bien inferior a la del adulto ordinario. Se aplicaba, pues, el modelo del discernimiento. Dicho modelo, a través del Derecho Canónico, influye en los grandes sistemas jurídicos universales: el sistema del Common Law y el sistema del Derecho Codificado; se basa en la concepción retributiva, en donde la pena es concebida como castigo que restablece la justicia vulnerada, y en donde la culpabilidad entendida como juicio de reproche (ya que podría haberse comportado de otro modo) es presupuesto esencial de la pena. La culpabilidad presupone la capacidad de conocer el contenido del injusto, de antijuridicidad, y la capacidad de adecuar la propia conducta a este conocimiento.

Este modelo de discernimiento experimentó importantes cambios:

- ❖ Superación de las concepciones puramente retributivas mediante la introducción de conceptos mixtos, o incluso meramente preventivos de la pena y de la culpabilidad.

- ❖ Introducción de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables para hacer frente al delito, diferentes a las penas retributivas. Sentado el merecimiento de la pena, se tiene en cuenta, sin embargo, como criterio decisivo para su legitimidad, el de su necesidad para cumplir con las exigencia sede la prevención general y de la prevención especial. O sea: la pena se ha de imponer únicamente cuando haya una auténtica necesidad, en términos preventivos, de recurrir a ella, y no cabe en absoluto imponerla si tal necesidad no existe.
  
- ❖ La prevención general negativa se daría cuando hubiera que recurrir a ella para obtener una intimidación suficiente en el colectivo de autores potenciales del delito.
  
- ❖ La prevención general positiva tendría lugar cuando hubiera que recurrir a ella para reforzar la combinas a de la población en el ordenamiento jurídico, para reforzar la vigencia de las normas.
  
- ❖ La prevención especial, cuando la reinserción social del sujeto determine que sea irrenunciable.

Cuando se habla de la exención de la pena del menor de edad no se piensa sólo en que es inimputables sino también en la moderna convicción político criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores, ni ir a la cárcel como ellos. Una perspectiva bio-psicológica individual, centrada en el discernimiento, exigiría un análisis caso por caso, huyendo de generalizaciones, careciendo de sentido excluir la responsabilidad criminal común de estos sujetos, pese a su edad inferior a los 18 años. Sin embargo si

se excluye su responsabilidad es por razones distintas a las del modelo de discernimiento”.<sup>13</sup>

En resumen de lo expuesto se puede inferir que debe excluirse a los adolescentes transgresores de la Ley Penal de un procedimiento penal común, en donde rige el principio del discernimiento y en donde la respuesta del estado es la imposición de una pena. Ya que la finalidad que persigue el Estado al intervenir es diferente. Ello no quiere decir que el adolescente vaya a ser declarado irresponsable por lo que hizo, ni que su actuar, ilícito no lleve aparejada unas consecuencias jurídicas determinadas y la imposición de medidas adecuadas.

“En América Latina el tema de la responsabilidad penal de los menores de edad no es nuevo; partiendo de la época de la constitución de los Estados nacionales hasta hoy día, puede afirmarse que la percepción y el tratamiento de dicha responsabilidad ha transitado por tres grandes etapas:

1) Etapa de carácter penal indiferenciado: Va desde el nacimiento de los Códigos penales de corte netamente retribucionistas del Siglo XIX hasta 1919.

Se considera a los menores de edad prácticamente como a los adultos, con la única excepción de los menores de 7 años, que se estimaban absolutamente incapaces. La única diferenciación para los menores de 7-18 años consistía generalmente en la disminución de la pena en un tercio de la señalada para los adultos.

---

<sup>13</sup> Pascual de la Parte. **Ob. Cit.** págs. 57-58.

2) Etapa de carácter tutelar: Tiene su origen en los Estados Unidos de América de finales del siglo XIX; responde a una reacción de la sociedad de la época; de profunda indignación moral frente a las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad que fomentaba el alojamiento de mayores y menores en las mismas instalaciones.

3) Etapa de responsabilidad penal de los adolescentes: no implica incorporar a la niñez-adolescencia al proceso penal de adultos, sino a un proceso penal especial presidido por la aplicación de una medida socioeducativa, y no por la imposición de una pena. Pero como estas medidas (privación de libertad), suponen actos coactivos, se ha de exigir al Estado a través de los Jueces, el respeto de las garantías penales y procesales establecidas para los adultos, así como, además una serie de principios especiales, tales como el de superior interés del niño, intervención mínima y el de oportunidad".<sup>14</sup>

En esta concepción responsabilista se considera al adolescente como sujeto de derecho; no con la madurez de un adulto, sino en proceso de desarrollo pero con la libertad suficiente para actuar y poder responder aunque de modo distinto de su actuar. En este modelo el internamiento tendrá carácter educativo, se dará como medida de último recurso, durante el menor tiempo posible, con límite de tiempo, nunca de modo indefinido y siempre de modo proporcional a la gravedad del hecho cometido.

---

<sup>14</sup> Pascual de la Parte. **Ob. Cit.** págs.61-62.

La Convención sobre los Derechos del Niño marca el advenimiento de un nuevo período caracterizado , entre otras cosas, por la separación entre los problemas de naturaleza social y aquellos conflictos específicos con las leyes penales, y por la responsabilidad del adolescente de los actos que realiza. Es el modelo de la justicia y las garantías. Ello supone una ruptura profunda tanto respecto del modelo tutelar como respecto del modelo penal indiferenciado.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) establecen que:

- ❖ Siempre que sea posible, los conflictos en que estén involucrados adolescentes deberán resolverse sin acudir a la vía penal (intervención mínima) aplicar el principio de oportunidad, esto es, la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor tengan innecesaria o perjudicial para su desarrollo psicoeducativo la adopción de cualquier tipo de sanción.
  
- ❖ En caso de que sea inevitable acudir a esta vía, les serán reconocidos a los infractores las mismas garantía penales, procesales y de ejecución de que gozan las personas adultas, además de las específicas que les corresponden por su especial condición de menores de edad y la privación de libertad deberá utilizarse sólo en caso excepcional y durante el menor tiempo posible, debiendo establecer las legislaciones nacionales un abanico de sanciones alternativas, todas ellas de carácter pedagógico.

❖ Actuación en interés superior del niño.

Conviene hablar sobre la Doctrina de la Protección Integral, que viene a superar la doctrina de la situación irregular en la que se basaba el régimen tutelar. Esta nueva doctrina viene sustentada fundamentalmente por cuatro instrumentos internacionales:

- 1) Convención sobre los Derechos del Niño;
- 2) Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de menores, de 1985, (Reglas de Beijing):
- 3) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad de 1990;
- 4) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, de 1990. (Directrices de RIAD).

Como innovaciones más significativas de la Doctrina de Protección Integral son:

❖ La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños (no sólo para los transgresores a la ley penal –niños victimarios-sino para los niños víctimas. Estos, con anterioridad, eran denominados despectiva y prejuiciosamente como menores, como si fueran una categoría diferente a la niñez en su conjunto;

- ❖ El niño, más allá de su realidad económico-social, es sujeto de derechos y el respeto de los mismos debe estar garantizado por el Estado;
  
- ❖ El Estado es promotor del bienestar de los niños, y ha de elaborar políticas sociales, básicas, asistenciales o de protección especial planificadas con participación de los niños y la comunidad. La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia, sino que ha de inducir a políticas de apoyo a la misma.
  
- ❖ El Juez ha de intervenir sólo cuando se trate de problemas jurídicos o conflictos con la Ley Penal, deberá motivar la medida que adopte, que nunca podrá ser de duración indeterminada y siempre incluida la privación de libertad, tendrá carácter educativo.
  
- ❖ El sistema judicial trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda, etc.) y lo penal;
  
- ❖ Sólo se podrá privar de libertad o restringir los derechos del niño si éste ha realizado un hecho tipificado en las leyes penales como delito o falta, en virtud de lo dispuesto por el principio de legalidad. El niño que ha sido víctima de un delito no puede ser objeto de tratamiento judicial, porque en ese caso se le estaría victimizando dos veces; el niño víctima ha de ser objeto de protección, lo que no implica la judicialización, sino la oportuna intervención del Estado a través de sus instituciones sociales de protección;

❖ El Juez tiene la obligación de oír al niño acusado de un hecho que transgreda la Ley Penal, quién a su vez tiene derecho a un defensor y a un proceso con todas las garantías.

Retomando la consideración sobre el carácter penal o no del proceso seguido contra adolescentes transgresores se puede decir que los ordenamientos de cada país pueden adoptar una de estos tres modelos jurídicos, el modelo tutelar (exclusión del sistema penal para la niñez), el penal común, que pretende incorporar a la niñez al sistema de adultos y el penal especial, que a diferencia del común no establecería penas para el adolescente transgresor, sino medidas socioeducativas y aplicaría garantías específicas junto a las garantías reconocidas por la ley para los adultos.

Es importante y esencial, resaltar que añadir al proceso seguido contra adolescentes transgresores la características de penal no implica, en absoluto, privarles de las garantías especiales de que son acreedores ni significa tampoco ir contra la declaración de que los menores son inimputables

Los menores que hayan realizado un hecho tipificado en las leyes penales como delito o como falta, serán sometidas a un proceso especial, el proceso penal juvenil.

Lo que puede estigmatizar al niño (adolescente) no es declararle autor de un hecho, en caso de que se prueba debidamente en juicio que lo cometió, sino aplicarle cualquier medida, que siempre será coactiva, ya que se le impone en contra de su voluntad, incluso la privación de libertad, sin que se pruebe que realizó el acto y sin que se tenga la seguridad jurídica de saber por qué se le está acusando o privando de libertad. Si la imputabilidad significase que

el niño es irresponsable de sus actos y que, por tanto, se da al Juez un salvoconducto para aplicar la medida que estime más oportuna para modificar su personalidad, cualquiera que fuere el hecho cometido independientemente de su culpabilidad y gravedad puesto que no se sabe, ni importa, puesto que el niño es igualmente irresponsable, si se trata de robo o hurto, homicidio o asesinato, consumo de droga o tráfico, abusos o violación, se le estaría haciendo un flaco favor al adolescente, que quedaría entonces privado de las garantías procesales más elementales, así como de sus derechos fundamentales.

En resumen de lo expuesto anteriormente, se desprende que el proceso adecuado para imponer una medida a un adolescente transgresor ha de ser un proceso penal especial, pues sólo a través de él se garantizan todos los derechos al menor de edad, superando las irregularidades y arbitrariedades a que dio lugar el proceso tutelar, cuyo afán protector estigmatizó y dejó indefensa a la niñez sometida a sus principios, en donde era esencial la protección a cualquier precio, aunque ello diese lugar a una inadmisibles confusión entre tratamiento a niños víctimas y a niños victimarios, y en donde el niño era considerado como objeto y no como sujeto, no pudiendo por tanto disfrutar, como mínimo, de las mismas garantías de que gozaban los adultos cuando el Estado intervenía para reprimir su conducta.

### **3.2. El proceso penal juvenil en Guatemala**

En el siglo XVIII, durante el cual se instituyó el concepto de Estado de Derecho, como producto de movimientos sociales de trascendencia como producto de movimientos sociales de trascendencia histórica como lo son la Revolución Francesa y la Revolución Norteamericana. El Estado de Derecho declara una serie

de principios que intentan proteger a la persona frente al poder arbitrario del Estado. De estos principios que constituyen una parte de los Derechos Humanos, pueden distinguirse semánticamente tres tipos:

- ❖ Declaraciones: Que contienen la naturaleza de relaciones estatales que asumimos para adentro (ciudadanos, habitantes y personas).

- ❖ Derechos: Los Derechos Sustantivos que también se declaran, constituyen atributos esenciales que poseen las personas integrantes de la comunidad nacional; como por ejemplo, vida, libertad, integridad física.

- ❖ Garantías: Representan las seguridades que le son concedidas a las personas de que sus derechos sustantivos (vida, libertad, integridad física, no serán afectados en forma arbitraria.

Se distinguen dos tipos de garantías:

- ❖ Garantías penales: Hacen referencia al Derecho Penal Sustantivo, entre las que se encuentran: legalidad, lesividad, lo coactivo como último recurso para resolver conflictos, culpabilidad y humanidad de las medidas.

- ❖ Garantías procesales: Se orientan a los principios de que debe inspirar cualquier proceso que tenga como consecuencia la imposición de una pena o medida, entre las que se encuentran: el juicio previo, inocencia, defensa, imparcialidad del juez y non bis in idem .

Al estudiar el proceso juvenil en Guatemala, debe partirse de la base de las garantías procesales, partiendo de su identificación constitucional y la Convención sobre los Derechos del Niño.

**1) Juicio previo:**

La Constitución establece en su Artículo 12 que nadie puede ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal preestablecido. La Convención sobre los Derechos del Niño, por su parte, en el Artículo 40 numeral 2, inciso b.iii, contiene que la causa contra un menor de edad será sometida ante un juez independiente e imparcial en una audiencia equitativa. Por constituir el internamiento una privación al Derecho de libertad, previo a imponerla se tendrá que establecer un juicio como parte de un proceso legal.

La idea de juicio tiene relación con sentencia, en el sentido de que la decisión deberá ser fundada. Lo que implica un juicio lógico de operación de subsunción de los hechos al derecho. Esto significa que la sentencia deberá contener; la existencia o no de un hecho que viole la ley penal. Y el grado de participación o no del joven en ese hecho. Este sería el objeto del fundamento de la decisión que justifica la imposición de una medida no punitiva sino socioeducativa.

Pero no cualquier juicio es el que solicita la Convención y la Constitución, sino aquél que se desarrolla ante un juez o tribunal, el joven pueda hacer valer sus

derechos y contradecir la acusación. Este tipo de juicio deberá ser oral, pues es la única manera de garantizar la presencia del que acusa, juzga y el que defiende. La Constitución establece también que el juicio deberá ser precedido de un proceso legal preestablecido, lo que implica que el juicio debe ser preparado y controlado., así como también la posibilidad de recurrir la sentencia. De esta manera , la garantía del juicio previo extiende sus efectos a la totalidad del proceso, con el fin de mayor eficacia de la garantía.

## **2) Inocencia:**

Para ser congruentes con el principio de juicio previo de declarar la existencia de un hecho contrario con la Ley Penal y el grado de participación del autor en ese hecho, se ha establecido como principio universalmente aceptado de que mientras una sentencia no lo declare, la persona sujeta a un proceso deberá ser considerada inocente. Así lo establece la Constitución Política de la República en el Artículo 14: "Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado su responsabilidad en sentencia debidamente ejecutoriada.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 40 inciso 2.b.1. regula que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley. Juicio previo e inocencia constituyen la base de cualquier proceso. Por esta razón sólo en un juicio, y por lo tanto en la sentencia, se podrá convertir el status de inocente en

culpable, lo que implica que constituye la única manera de legitimar la imposición de una medida socioeducativa.

Las consecuencias de este principio son contundentes: La imposición de una medida previa al juicio por principio resulta ilegítima si no tiene un objetivo preciso, como lo es garantizar la presencia del joven durante el proceso. Esto no implica que el simple señalamiento hacia un joven de que ha cometido un hecho contrario a la ley penal sea suficiente para imponerla, por el contrario, ya la Constitución Política de la República, con acierto en el Artículo 13 impone requisitos mínimos para decretar un auto de prisión provisional: tales como: la existencia de un hecho constitutivo de delito y los motivos racionales y suficientes para creer que la persona ha participado en el hecho.

La interpretación del precepto constitucional implica en definitiva que la privación de libertad previa al juicio constituye la excepción y no la regla, por lo que además del desarrollo de la investigación sobre el hecho en la que se demuestren los requisitos constitucionales, la decisión de una medida de coerción de privación de libertad deberá fundamentarse también sobre la posibilidad de fuga del menor durante el proceso. De la misma manera rige el principio de proporcionalidad, pues no se puede aplicar una medida más gravosa de aquella que se espera como resultado del juicio.

### 3) **Defensa:**

El Artículo 12 de la Constitución Política de la República, contempla que la defensa de los derechos es inviolable. La Convención amplía este principio, al estipular en su Artículo 40 inciso b. ii, que se dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

La garantía del derecho de defensa tiene doble función dentro del proceso. Por un lado permite que el joven, ya sea en forma personal o con el auxilio profesional, pueda aportar pruebas que le beneficien y por otro lado permite el control del debido proceso, por lo que se convierte en la garantía que permite que otras garantías sean efectivas.

La primera consecuencia del derecho de defensa consiste en saber de qué se está defendiendo la persona, lo que se conoce en la doctrina como principio de intimación el cual está regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 40 numeral 2.11, establece que el joven será informado sin demora y directamente, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales de los cargos que pesan contra él. Es importante resaltar que en primer término se defiende de una acusación relacionada con hecho contrario a la ley penal y no de sus características personales, por ejemplo si está abandonado, si forma parte de sector de extrema pobreza, si no tiene educación adecuada a su edad, tipo de trabajo para sobrevivir, si no tiene padres o se encuentra en la calle. Estas circunstancias podrán ser tomadas en cuenta para

apoyar en la toma de decisión sobre a medida acorde pero nunca como elementos de prueba para el hecho. Otra consecuencia que se relaciona con esta garantía es sobre el momento en que podrá ser ejercido este derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es clara al respecto, al indicar el término sin demora, que implica que no es necesario determinado desarrollo del proceso para su ejercicio, es decir que por el sólo hecho de imputarle un acto contrario a la ley penal será suficiente para que el joven pueda ejercerlo. Así por ejemplo, desde el momento en que es detenido por la policía o bien señalado dentro del proceso con algún grado de participación podrá pedir el auxilio jurídico necesario, y no necesariamente cuando el proceso haya alcanzado determinado avance.

#### **4) Derecho de recurrir:**

La imposición de una medida u otra decisión judicial durante el proceso puede efectuarse fuera de lo establecido en derecho. Por esta razón se ha incorporado como garantía a que otra autoridad judicial conozca de caso para restituir el derecho violado en la decisión original. Así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 40 inciso 2.v. “frente a la decisión de que se han infringido las leyes penales y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.

En la tradición jurídica inquisitiva el derecho a recurrir ha sido interpretado en el sentido de que el órgano judicial revise íntegramente la decisión original , incluso, en los sistemas más autoritarios la revisión se realiza automáticamente, aún cuando las partes no ejerzan este derecho. En la legislación moderna este principio ha sido abandonado, pues se aprecia que es un derecho de los que se consideren afectados por la decisión y no un mecanismo de control jerárquico de las decisiones entre órganos del sistema judicial.

Por esta razón, el derecho a recurrir tiene dos elementos:

- ❖ **Subjetivo:** Que comprende el derecho de los que se consideren afectados y otro objetivo que constituye el agravio concreto sobre el cual debe decidir el que se considere afectado;
  
- ❖ **Objetivo:** Que constituye el agravio concreto sobre el cual debe decidir el órgano jurisdiccional distinto.

De esta manera, el recurso deberá contener el agravio concreto y el órgano que revise la decisión deberá resolver únicamente sobre éste y no extender la decisión sobre otros aspectos. Extremo éste que en la práctica no se cumple.

##### **5) Imparcialidad del juez y principio acusatorio:**

El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que los Magistrados y

Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones, así como también que su actividad se concentra en juzgar y promover la ejecución de lo juzgado y apegados únicamente a la Ley. La Convención sobre los Derechos del Niño, considera que el caso de la niñez en conflicto con la ley penal deberá ser sometido ante juez competente, independiente e imparcial.

Las implicaciones de estos preceptos son esenciales para definir el tipo de proceso adecuado la niñez en conflicto con la ley penal. En primer lugar se debe plantear la diferencia entre imparcialidad e independencia del Juez. En la primera situación el juez ante el caso concreto no debe tener ni manifestar ningún interés en el asunto, por lo que las peticiones par ala decisión deberán provenir de los interesados y por lo tanto en ningún momento podrá ser partícipe de la formulación de algún asunto que beneficie a alguna de las partes, este es el sentido de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La imparcialidad del juez se puede garantizar en la medida en que sea independiente, la que debe ser entendida en dos sentidos: interna y externamente. En la primera significa que no deberá existir ninguna presión por parte del organismo judicial para las decisiones de los jueces por esta razón se considera que la organización de los órganos jurisdiccionales es horizontal y no vertical, a diferencia del órgano ejecutivo. En cuanto a la independencia externa se refiere a que ninguna autoridad o personas ajenas podrán ejercer presión para la toma de decisiones del juez.

En este sentido, la independencia e imparcialidad se orienta al caso concreto y a un juez determinado con nombre y apellido. Ante todo debe considerarse que esta prerrogativa de juez debe considerarse en perspectiva de que constituye una garantía de los sujetos procesales.

#### **6) La verdad histórica como garantía:**

El objetivo de un proceso constituye determinar si el hecho constituye un acto contrario a la ley penal y el grado de participación del joven en ese hecho. En otras palabras, el proceso constituye un método con reglas determinadas de un hecho histórico. La verdad histórica constituye una garantía, pues el joven no será juzgado por sus características y personalidad, sino por el hecho cometido. Las características y personalidad del menor podrán ser tomadas en cuenta para la medida a aplicar, con lo que se garantizaría la prevención especial que encierra la medida socioeducativa, pero nunca como objeto central del proceso, en este sentido, la verdad histórica del hecho constituye una garantía para el joven en conflicto con la ley penal.

#### **3.2.1. Características del proceso juvenil**

La inimputabilidad del menor de edad no debe ser visto como una minusvalía, por el contrario, constituye una garantía de que el menor no se le aplicará una pena igual que a los adultos. Las consecuencias de esta garantía sustantiva tiene sus efectos tanto en la medida a aplicar como en el proceso a definir. Esta es la interpretación del precepto constitucional del Artículo 20 cuando define que los menores que violen la ley penal serán atendidos por Instituciones y personal especializado.

Por esta razón el proceso de jóvenes en conflicto con la ley penal, se debe diferenciar de los adultos, pues el sólo hecho de ser sometidos a un proceso judicial podría afectarles en el desarrollo de su personalidad. Se considera que las instituciones son especializadas, jurisdicción especializada, fiscalía diferente y cuerpo de defensores designados sólo para este tipo de casos, sin olvidar a los centros de internamiento.

La Convención Americana sobre los Derechos del Niño, considera la posibilidad de que cuando sea apropiado, se adoptarán mecanismos diferentes a los judiciales para la resolución de estos conflictos. En este sentido no debe de olvidarse que nos encontramos dentro de una sociedad pluricultural, por lo que en el caso de tratarse de jóvenes provenientes de culturas indígenas constituirá una garantía, si la respuesta es menos violenta, recurrir a sus propias autoridades para resolver los conflictos de carácter penal,.

Es importante el tema sobre la privacidad de las actuaciones procesales. Como es de conocimiento, la publicidad del juicio constituye una de las garantías para mantener el control social sobre la forma en que los tribunales administran justicia. Sin embargo, en el caso de los menores la situación es diferente, pues el impacto de la publicidad en el caso de los menores de edad puede causarles problemas de estigmatización que le afectarán el resto de su vida, aún cuando se le declare responsables de los hechos. Con acierto la Convención mantiene el criterio que en el caso de la niñez en conflicto con la ley penal deberá mantenerse en todo momento el respeto a su vida privada.

### 3.2.2. Inicio del proceso penal de adolescentes

El proceso penal de adolescentes inicia con la atribución de un hecho tipificado en la ley penal, o leyes penales especiales, como delito o falta a una persona que oscile entre los trece y dieciocho años de edad. Atribución que puede surgir de:

- ❖ Una denuncia;
- ❖ Por conocimiento de oficio;
- ❖ Por detención flagrante.

Todas las personas están facultadas para denunciar un hecho delictivo, incluidos los niños y las niñas, y algunas personas, determinadas por la ley, no sólo están facultadas sino obligadas a denunciar estos hechos, como los funcionarios y empleados públicos, las personas que ejerzan el arte de curar, las autoridades de enseñanza pública o privada, etc.

La denuncia debe cumplir todos los requisitos establecidos en el Artículo 229 del Código Procesal Penal, y puede ser interpuesta ante la Policía Nacional Civil, los Tribunales y el Ministerio Público. En todos los casos deberá ser remitida a la Fiscalía de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal competente, para iniciar la persecución penal especial que corresponde, según lo establece la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia.

Una vez que la denuncia llega a conocimiento del Fiscal de Adolescentes, éste podrá desestimarla o estimarla, según lo exija cada caso particular.

Procede la desestimación de la denuncia cuando de la información contenida en ella se puede deducir que el hecho no es punible o que no se puede proceder por obstáculos procesales o materiales.

❖ Conocimiento de oficio:

Cuando el juez tuviese conocimiento que algún adolescente ha realizado un acto violatorio a la Ley Penal, solicitará del Ministerio Público el inicio de la averiguación (Artículo 201 LPINA)

❖ Por detención flagrante:

Cuando el adolescente sea aprehendido en flagrante violación a la Ley Penal, deberá ser presentado inmediatamente a su detención ante el Juez competente. La detención deberá ser comunicada simultáneamente al Ministerio Público, el que actuará de conformidad con la Ley (Artículo 1|95 LPINA).

a) Fase preparatoria:

La fase preparatoria se sujeta a plazos procesales a partir del auto de procesamiento y tiene por objetivo recabar los medios de convicción que sean necesarios para el cumplimiento de los fines del proceso penal de adolescente, es decir; comprobar la existencia de un hecho delictivo, establecer quién o quiénes fueron sus autores y partícipes, aplicar la sanciones que correspondan y promover la reinserción del adolescente en su familia o comunidad. Como la reinserción del adolescente en su familia o comunidad. Como puede observarse para el cumplimiento de este último objetivo, el proceso penal de adolescentes permite la terminación anticipada

del proceso a través de la conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad o a través del procedimiento abreviado.

En ese sentido, debe recordarse que el fin principal del proceso penal del adolescente no es el castigo por medio de una sanción, sino favorecer su reinserción familiar y comunitaria, por eso las sanciones que establece la propia ley favorecen su ejecución en los ámbitos más cercanos al propio al propio adolescente y tienen como fin fomentar en él un sentimiento de responsabilidad por sus actos y de respeto hacia los derechos de terceros.

El desarrollo de la investigación está a cargo del Fiscal de Adolescentes y este debe pedir autorización al juez cuando deba realizar una diligencia que implique limitar un derecho fundamental del adolescente. Durante el procedimiento preparatorio, el fiscal podrá solicitar el diligenciamiento de pruebas anticipadas, si existe temor de que el medio u órgano de prueba no pueda ser presentado el día del debate. El Juez y el Fiscal de Adolescentes se remitirán a lo señalado en el Código Procesal Penal, pero siempre deben atender los principios, garantías y plazos especiales señalados en la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia.

Una vez agotada la investigación o concluido el plazo, el fiscal deberá presentar su requerimiento al juez, este podrá consistir en:

- Solicitud de sobreseimiento;
- Solicitud de archivo;
- Solicitud de Clausura Provisional;
- Solicitud de Aplicación del procedimiento Abreviado;
- Solicitud de Apertura a juicio y formulación de acusación;
- Solicitud de prórroga del plazo de investigación;

- Solicitud de la aplicación de una forma anticipada de terminar el proceso (Conciliación, remisión o criterio de oportunidad).

Si en el plazo de ocho días el Fiscal de Adolescentes aún no hubiere formulado petición alguna, el Juez ordenará la clausura provisional del procedimiento con las consecuencias de ley y revocará las medidas de coerción establecidas

b) Fase intermedia:

El día y la hora de la audiencia del procedimiento intermedio, al finalizar la intervención de las partes, según el orden establecido en el Artículo 205 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el juez, inmediatamente, dictará la resolución que corresponda, ya sea que admita la acusación o, de lo contrario, debe ordenar el sobreseimiento, la acusación o, de lo contrario, debe ordenar el sobreseimiento, la clausura provisional o el archivo del caso. Decisión que hará saber a las partes en ese mismo momento y éstas se darán por notificadas.

Si el Juez admite la acusación dictará auto razonado que indique:

- ❖ La descripción precisa del hecho objeto del juicio y la identidad del adolescente;
- ❖ Debe indicar las modificaciones con que admite la acusación;
- ❖ La calificación jurídica del hecho (la acusación o la modificación que se realice)
- ❖ La subsistencia o sustitución de la medida de coerción;
- ❖ La citación de las partes a juicio oral y reservado, para que comparezcan en un plazo no mayor de 5 días hábiles, con el objeto de que puedan examinar las actuaciones, documentos, cosas secuestradas y que ofrezcan las pruebas para el debate.

- ❖ Vencido el plazo de los cinco días, para recibir los ofrecimientos de prueba, el juez dictará resolución en la que deberá:
- ❖ Pronunciarse sobre los medios y órganos de prueba ofrecidos, admitiéndolos o rechazándolos cuando fueren impertinentes, inútiles o abundantes, y en su caso, podrá acordar los hechos notorios.
- ❖ Señalar día y hora para la celebración del debate oral y público;
- ❖ Dictar las órdenes y citaciones que sean necesarias para asegurar la presencia de los medios y órganos de prueba admitidos el día y hora del debate.

c) Debate y sentencia:

El debate se desarrolla de acuerdo con las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal y las especiales reguladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en los Artículos 212 y 213. En todos los casos el debate se dividirá en dos partes:

- 1) Se discutirá la responsabilidad penal del adolescente, se recibirán los medios de prueba sobre el hecho justiciable y la participación del acusado;
- 2) Sólo tendrá lugar cuando exista una declaración de responsabilidad, en sentencia que declare:
  - Los hechos que el Juez tiene por probados, indicando qué prueba tiene por acreditada y explicando qué hechos y por qué los da por probados, debe argumentar su decisión con base en la sana crítica razonada.

- La calificación legal del hecho probado, el juez debe explicar como se acreditó cada elemento del tipo penal (objetivos y subjetivos), la antijuricidad y la culpabilidad del adolescente;
- El grado de participación del adolescente, el juez debe indicar como se deduce la autoría o co-autoría del adolescente, o en su caso, su participación sea como inductor, cooperador necesario o cómplice.

Se discutirá el tipo de sanción que se impondrá, según los argumentos presentados en la acusación por la Fiscalía de Adolescentes y por la defensa y el propio adolescente y sus padres o responsables. En esta parte el juez será asistido por un psicólogo y trabajador social.

d) Solicitud de prórroga de la investigación:

Antes de que finalice el plazo de investigación, el fiscal de adolescentes podrá solicitar su prórroga al juez, de forma razonada, indicando la causa y el tiempo que necesita para completar su averiguación. El juez deberá valorarla y podrá autorizarla o rechazarla. Si la autoriza, deberá pronunciarse sobre la medida de coerción que hasta ese momento tiene el adolescente, confirmándola, revocándola o modificándola.

Cuando el adolescente se encuentra con una medida de coerción privativa de libertad, no procede la prórroga, (Artículo 179 y 200 de la LPINA).

- e) Solicitud de aplicación de alguna forma de terminación anticipada del proceso:

Las formas de terminación anticipada del proceso penal de adolescentes constituyen medidas de carácter desjudicializador. Las cuales ya fueron analizadas cada una, en un apartado especial.

❖ Prescripción:

La prescripción de la acción contra infracciones a la Ley Penal cometida por los adolescentes prescribirá a los cinco años en el caso de delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la integridad física; en tres años cuando se trate de cualquier otro tipo de delito de acción pública. En delitos de acción privada y contravenciones, prescribirá en seis meses.

Los plazos señalados para la prescripción de la acción, se contarán a partir del día en que se cometió el delito o la contravención o desde el día en que se decretó la suspensión del proceso (Artículo 225 LPINA)..

❖ Prescripción de las sanciones:

Las sanciones ordenadas en forma definitiva prescribirán en un plazo igual al ordenado para cumplirlas. Este plazo empezará a contarse desde la fecha en que se encuentre firme la resolución respectiva, o desde aquella en que compruebe que comenzó el incumplimiento (Artículo 226 LPINA).

## f) Recursos:

“Las partes podrán recurrir las resoluciones del Juzgado de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal, sólo mediante los recursos de revocatoria, apelación, casación y revisión “.(Artículo 227 LPINA).

## ❖ Recurso de revocatoria:

❖ “Todas las resoluciones son revocables de oficio por el juez que las dictó o a instancia de parte, salvo las que pongan fin al procedimiento.

❖ La interposición del recurso puede hacerse en forma verbal o por escrito, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación.

❖ El Juez o tribunal ante quién se interponga el recurso de revocatoria, deberá resolverlo sin más trámite, dentro de las veinticuatro horas siguientes.” (Artículo 228 LPINA)..

## ❖ Recurso de reposición:

❖ “El recurso de reposición se tramitará en las formas establecidas en el Código Procesal Penal”. (Artículo 229 LPINA)..

## ❖ Recurso de apelación:

❖ “ Serán apelables las siguientes resoluciones:

- La que resuelva el conflicto de competencia;
- La que ordene una restricción provisional a un derecho fundamental;
- La que ordene remisión;
- La que termine el proceso;

- La que modifique o sustituya cualquier tipo de sanción en la etapa de ejecución,
- Las demás que causen gravamen irreparable (Artículo 230 LPINA).

❖ Recurso de casación

❖ “El recurso de casación procede contra las resoluciones que terminen el proceso y contra las fijaciones ulteriores de la sanción, siempre que el hecho no constituye falta . El recurso de casación se tramitará de acuerdo con las formalidades y los plazos fijados para los adultos en el Código Procesal Penal. La Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Casación será competente para conocer de este recurso”. (Artículos 234 y 235 LPINA).

❖ Recurso de revisión:

“El recurso de revisión procederá por los motivos fijados en el Código Procesal Penal. El Tribunal de Casación será competente para conocer de este recurso. Podrán promover la revisión:

- El defensor del adolescente sancionado;
- Los ascendientes, el cónyuge o los hermanos del adolescente que fueren mayores de edad;
- El Ministerio Público. (Artículos 236 y 237 LPINA).
- Ejecución y control de las medidas socioeducativas impuestas

“Como cuestión principal, no es poner al carro delante del caballo, afirmar que es precisamente en la ejecución penal y de medidas reeducativas de menores, donde se ha de buscar las bondades de un sistema de Derecho

Penal de Menores que pretenda ser humano, moderno, justo, moralizante, eficaz, realista. Porque de este modo no señalamos sólo el fin, sino los resultados de todo el plexo sistemático de normas de Derecho Sustantivo, procesal y Ejecutivo".<sup>15</sup>

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 la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y el sentido de su responsabilidad. Para la consecución del objeto de la sanción, durante su ejecución se promoverá, como mínimo:

- Satisfacer las necesidades básicas de la persona sancionada;
- Posibilitar su desarrollo personal;
- Reforzar su sentido de dignidad y autoestima;
- Fomentar la participación del adolescente sancionado, en la elaboración y ejecución de su plan individual y proyecto educativo de cumplimiento;
- Minimizar los efectos negativos que la ejecución de la sanción pudieran provocar en la vida futura del adolescente;
- Fomentar, cuando sea posible y conveniente, los vínculos familiares del adolescente.
- Promover contactos directos o indirectos entre el adolescente y la comunidad local y sociedad en general (Artículo 255 LPINA).

La ejecución de las sanciones se realizará mediante un plan individual de ejecución para cada adolescente sancionado, el plan será elaborado por el equipo técnico o profesional responsable de programa o unidad responsable de la ejecución de cada sanción.

---

<sup>15</sup> Viñas, Horacio Raúl. **Delincuencia juvenil y derecho penal de menores**. pág. 373.

El plan contendrá el proyecto educativo del adolescente y en el mismo se hará constar una descripción clara de los objetivos que se persiguen alcanzar y los pasos a seguir, en su elaboración se deberá tener en cuenta los aspectos personales, familiares, culturales, económicos y educativos del adolescente, así como los principios rectores de esta ley y los objetivos que para el caso concreto el juez señale. El plan se elaborará con la participación y compromiso del adolescente, así como los principios rectores de esta Ley y los objetivos que para el caso concreto el juez señale. El plan se elaborará con la participación y compromiso del adolescente y, de ser posible, necesario y útil, con el de sus padres, tutores, responsables o familiares, quienes también deberán suscribirlo. El plan deberá ser elaborado para toda sanción impuesta, en un plazo no mayor de quince días, contados a partir de que la sentencia esté firme. Es deber del Juez que dictó la sentencia, velar por el cumplimiento del plan y de que este sea el resultado de la correcta interpretación de la sentencia. El Juez deberá aprobar el plan y ordenará su ejecución; si el juez considera necesario hacer alguna modificación al mismo, antes del inicio de su ejecución, lo hará saber al equipo técnico o profesional responsable de la ejecución. Para la aprobación del plan, el juez deberá consultar a su equipo técnico y tiene un plazo no mayor de tres días para resolver (Artículo 256 LPINA)..

El Juzgado de control de ejecución será el encargado de controlar la ejecución de las sanciones impuestas al adolescente. Tendrá competencia para resolver las cuestiones o los incidentes que se susciten durante la ejecución y para controlar el cumplimiento de los objetivos fijados por esta Ley.

Para verificar o controlar la ejecución de sanciones podrá delegarse a las juntas municipales u organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que desarrollan programas en el municipio, quienes están obligados a rendir informes periódicos sobre el cumplimiento de las mismas (Artículo 257 LINA).

En resumen objetivamente es muy poco lo hecho y muy largo el camino a transitar, debe tomarse en cuenta que los órganos de la opinión pública, denuncian el fenómeno del auge y el crecimiento de la delincuencia juvenil que en forma alarmante se puede decir que es realmente preocupante, considerándose como malo, que sólo queda en apreciaciones y lamentos.

g) Medidas o sanciones para los adolescentes que transgreden la ley penal:

a) Prevenir antes de reprimir:

La orientación de la nueva ley de los derechos de la niñez y adolescencia orienta todos sus esfuerzos a la promoción, implementación y aplicación de políticas públicas, pues parte del presupuesto de que la mejor manera de combatir la delincuencia de los adolescentes es a través de:

- ❖ Su prevención por medio de políticas sociales y educacionales orientadas a equiparar las desigualdades económicas y sociales que se presentan en nuestro país y que, en algunos casos, constituyen fuentes de criminalidad; y,
- ❖ Por medio de la adopción y aplicación de un sistema sancionatorio orientado por la reinserción del adolescente en su familia y sociedad, que promueva la formación de ciudadanos responsables a través de la aplicación de sanciones que fortalezcan valores positivos, como el sentimiento de responsabilidad por los propios actos y el respeto por los derechos de terceros.

b) Prevención especial sobre la prevención general:

El sistema de sanciones (y no medidas) que contempla la nueva ley, responde a un fin primordialmente educativo que pretende desarrollarse al

aplicar la sanción con la intervención de la familia, el apoyo de la comunidad y de los especialistas necesarios. (Artículo 240 LPINA).

En ese sentido según lo establece la Constitución Política de la República, y la doctrina, en materia de Derecho Penal de Adolescentes, prevalece el fin de prevención especial sobre el de prevención general. No se pretende imponer sanciones que generen intimidación en los demás miembros de la sociedad, lo cual además sería imposible por el carácter confidencial y reservado del procedimiento penal donde nadie se entera del tipo de sanción impuesta. En consecuencia, lo que se persigue es la reinserción del adolescente en su familia y comunidad a través de su educación integral, esto no significa que con la excusa del carácter educativo la sanción pueda ir más allá de la culpabilidad del adolescente. En ningún caso se podrá invocar el fin de prevención especial para imponer una sanción desproporcionada al hecho o circunstancias personales, familiares y sociales del adolescentes, lo que si puede hacerse es justificar con ese fin, una sanción menor a la que proporcionalmente corresponde.

c) El principio de última ratio de la sanción:

Uno de los fines del proceso penal de adolescentes es si reinserción social y familiar, según lo establece el Artículo 171 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. El proceso está diseñado de tal forma que permite salidas alternas a la sanción, ésta constituye la última opción que el fiscal, el Juez y defensor deben utilizar. La Conciliación, el Criterio de Oportunidad reglado y la remisión persiguen evitar la sanción y todo el procedimiento que conduce a ella, ya que, de por sí, es estigmatizante para el adolescente. Cuando proceda debe favorecerse la aplicación del procedimiento abreviado, este omite el proceso y el juicio y por ende, los casos en que se presente acusación serán los menos y aún menor será la cantidad en los que se aplique una sanción producto de un debate. En ese sentido, la sanción penal de adolescentes constituye la última ratio.

d) Tipología de sanciones:

El Juez, una vez que ha establecido la responsabilidad del adolescente, podrá dictar cualquiera de las siguientes sanciones:

1) Sanciones socio educativas: Se fijan las siguientes:

- ❖ Amonestación y advertencia: Es la llamada de atención que el Juez dirige, oralmente, al adolescente exhortándolo para que, que en lo sucesivo, respete las normas de trato familiar y convivencia social.
- ❖ Libertad asistida: Esta medida cuya duración máxima será de dos años, consistente en otorgar la libertad al adolescente, quién queda obligado a cumplir con los programas educativos, laborales o formativos que se le fijen y a recibir orientación del personal técnico del programa de libertad asistida de la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia.
- ❖ Prestación de servicios a la comunidad: La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia públicas o privadas como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los adolescentes, que las cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días de asueto, feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.
- ❖ Reparación de los daños al ofendido: La reparación del daño al ofendido consiste en la adquisición, por parte del adolescente, de la obligación de hacer, a favor del ofendido, orientada a resarcir o restituir el daño que el delito generó. Para su fijación el juez debe ser creativo y el ofendido debe dar su consentimiento, pues será con él con quién

el adolescente llevará a cabo su actividad, por ejemplo: pintar la pared dañada, trabajar para reponer el valor del objeto robado o el costo de una curación, etc. Dado que con esta sanción se excluye la acción civil. Cuando el adolescente mayor de quince años realice un acto que afecte el patrimonio económico de la víctima, el juez podrá determinar, teniendo especial cuidado en su situación económica que éste restituya el objeto, promueva el resarcimiento del daño o compense el perjuicio causado a la víctima.

- ❖ Órdenes de orientación y supervisión: Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y tienen por objeto regular la conducta de los adolescentes, así como promover y asegurar su formación. Las órdenes o prohibiciones durarán un período máximo de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse, a mas tardar, un mes después de ordenadas, en el caso de incumplimiento el Juez podrá de oficio o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta. Estas pueden ser:
  - Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él;
  - Abandonar el trato con determinadas personas;
  - Eliminar la visita a centros de diversión determinados; con tal propósito deberá notificar a los dueños de dichos centros;
  - Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio;
  - Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito;
  - Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

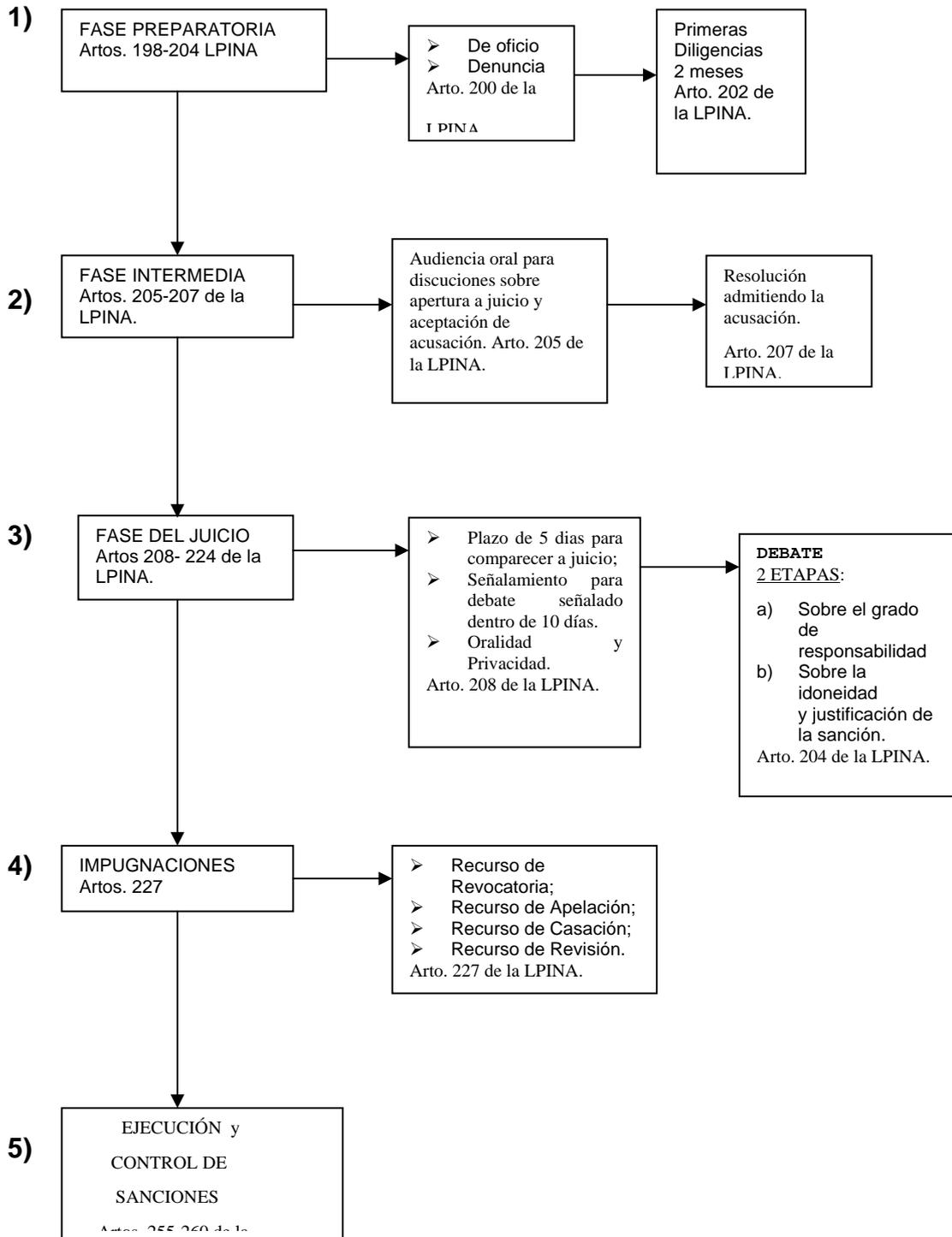
- ◆ Orden de tratamiento terapéutico ambulatorio o por internamiento del adolescente, en un centro de salud público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas u otro tipo de sustancias: El tratamiento ambulatorio el adolescente queda obligada a asistir a todas las sesiones que el especialista le fije, por un período previamente determinado.
- ◆ Sanciones privativas de libertad: Se utilizaran sólo en los casos permitidos por la ley, cuando no sea posible aplicar otra sanción y por el menor tiempo posible. La sanción de privación de libertad, puede ser:
  - Privación de libertad domiciliaria;
  - Privación de libertad durante el tiempo libre,
  - Privación de libertad durante fines de semana, comprendido desde el sábado a las ocho horas hasta domingo a las dieciocho horas. Período que no podrá exceder de ocho meses.
  - Privación de libertad en centro especializado de cumplimiento. Es una sanción de carácter excepcional, puede ser aplicada sólo en los siguientes casos:

Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad; de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes;

Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.

Esta sanción no puede ser mayor de 6 años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años. Además nunca podrá aplicarse como medida, cuando no proceda para un adulto, según el Código Penal, y al aplicarla el Juez deberá considerar el período de detención provisional al que fue sometido el adolescente. Se aplicará de acuerdo con el régimen que el juez señale, según la gravedad del delito y las circunstancias personales, familiares, educativas y sociales del adolescente.

## ESQUEMATIZACIÓN DEL PROCESO DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL



### **3.3. La inimputabilidad de los menores de edad y sus consecuencias jurídicas**

Emiliano Borja sostiene que: “el Derecho Penal constituye un riesgo en la regulación de la vida social para el propio sujeto adulto que ha violado la ley, mucho más riesgos se generan cuando el infractor es un menor de edad.

Existe en este marco siempre una gran tensión entre dos intereses fundamentales: Por una parte el interés que tiene todo Estado en mantener la convivencia pacífica y la libertad de los ciudadanos. Y, por otra parte, ese interés que tiene el Estado de mantener esa convivencia pacífica de todos los ciudadanos se enfrenta muchas veces contra otro interés, el que obliga a reconocer al ser humano en su dimensión como sujeto de dignidad humana, aun cuando se trate de un delincuente. La política criminal del Estado de reprimir un hecho delictivo no puede violar de forma absoluta todos los derechos del acusado. Y en esa tensión se desenvuelven los Estados de Derecho. Porque cuando se incide plenamente en la protección de las libertades, de los derechos del ciudadano delincuente, se puede generar una gran bolsa de criminalidad. Se puede producir entonces una gran alarma social propiciada por lagunas de impunidad y por tanto ahí el Estado puede contemplar que socialmente una excesiva protección de la libertad degenera en inseguridad.

Y viceversa, cuando se produce una supervaloración del interés de la seguridad ciudadana, del interés de mantener la protección de la ciudadanía, entonces se corre el peligro de tratar al ciudadano delincuente como si fuese un animal, sin derechos ni garantías.

Un Estado podría acabar rápidamente con la delincuencia si en vez de partir del principio de presunción de inocencia, partiese del principio de presunción de culpabilidad.

Si estuviese permitido detener arbitrariamente a todos los ciudadanos, si se estableciesen penas desproporcionadas que atemoricen a toda la población. En pocas semanas se acabaría con todo vestigio de criminalidad, pero entonces existiría un problema mucho más grave, pues habría desaparecido la criminalidad de los ciudadanos, pero se habría inventado al peor de todos los delincuentes, El Estado, se habría convertido en un gigantesco criminal, en el más temible de todos los delincuentes.

Por eso no debe olvidarse esa perspectiva humana, a la cual se debe enfrentar el Estado, especialmente cuando es un menor de edad quién perpetra el hecho delictivo. En efecto, cuando es un menor de edad el que perpetra el hecho delictivo, la tensión es mucho más acusada. Es cierto que también las infracciones perpetradas por un adolescente constitutivas de delito, van a proyectarse en la creación de alarma social. También frente al fenómeno de la criminalidad juvenil hay sectores sociales que dicen que es necesario una mayor dureza.

Por ejemplo, en España hubo dos casos en los dos últimos años que determinaron la reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, ley que se aprobó el 12 de enero del año 2000, y que no entró en vigor hasta el 13 de enero del año 2001. El primer caso se refiere a un niño que en la ciudad de Murcia, con una espada mató a sus padres y a su hermana pequeña. También creó mucha alarma social otro caso de dos niñas, estudiantes de un instituto de enseñanza secundaria, que por medio placer engañaron a una compañera para que las acompañase, y la torturaron hasta la muerte.

Precisamente esta cualidad, la corta edad del infractor, obliga al Estado a tomar cautelas a la hora de reaccionar frente al hecho delictivo de aquél”.<sup>16</sup>

En efecto, una respuesta enérgica del poder punitivo puede fácilmente transformar lo que aparentemente es una solución fácil en un nuevo problema, de dimensiones insospechadas. Puede etiquetar de por vida al sujeto infractor como delincuente , conduciendo su destino a la carrera criminal, con lo que ello supone tanto para la propia persona del condenado, como para la misma sociedad, que soportará en el futuro las consecuencias de esa vida abocada al delito. Hay razones de peso, por tanto, para entender que el Derecho Penal de los adultos no se puede aplicar en idéntica medida a los jóvenes transgresores.

La primera justificación que aconseja un trato diferente del sistema penal ante estos sujetos, radica en el grado incompleto de imputabilidad que manifiestan. Por su corta edad y sus específicas características psicobiológicas, los menores de edad adolecen de la capacidad suficiente para comprender el alcance del hecho antijurídico perpetrado o para actuar conforme a esa comprensión. Pero aún cuando se pueda demostrar que el sujeto ha adquirido ese conocimiento al igual que un adulto, siempre le faltaría esa experiencia de la vida, esa sabiduría de los años que, de no existir, dificulta la conciencia personal de la significación antijurídica de sus actos ilícitos.

---

<sup>16</sup> BORJA, Emiliano. **Inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la Ley.** UNICEF. págs. 87-88.

Otra no menos relevante justificación de la necesidad de un específico derecho penal juvenil viene determinada, es que su personalidad está evolucionando constantemente, sin que quede todavía solidamente asentada.

“Emiliano Borja al respecto nos dice que para él, el adolescente transgresor tiene capacidad de entender y de querer. Cosa distinta es que el poder público, por razones de garantía y de seguridad jurídica, considere que a partir de los 18 años el sujeto goza de la total capacidad de entender y de querer. El menor de edad, con carácter general, goza de cierta capacidad de obrar. Distinto es que esa capacidad sea la misma que la del adulto, que no lo es. El menor de edad todavía no ha asumido las riendas de su futuro, no es aún señor de su destino y no es enteramente dueño de su patrimonio moral. Está formándose todavía y la incidencia de esas etapas tan fundamentales del desarrollo moral y biológico del sujeto determina la especialidad de las medidas de reacción del Estado ante su conducta ilícita. Pero no debe olvidarse que la incidencia de esas medidas del Estado, sean calificadas con la etiqueta que se desee darles, ésta es siempre dañina para el adolescente, aunque se impongan las medidas con la mejor voluntad de favorecerle. Una medida de internamiento es siempre una medida de internamiento, no puede decirse que es por interés del menor de edad, o por razones de orden terapéutico, o como medio rehabilitador pues se está justificando su aplicación.

Pero si se impone coactivamente, sigue siendo una medida de internamiento que priva uno de los bienes más esenciales de todo ser humano, su libertad”.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Borja. **Ob.Cit.** págs. 90-91.

Ahora bien en este apartado es importante hacer referencia a dos sistemas que han intentado responder a dos grandes cuestiones. Cómo tutelar la dignidad del menor de edad infractor y como racionalizar su tratamiento. Por lo que en una forma resumida se dan a conocer los mismos a continuación:

A) La doctrina de la situación irregular también denominada doctrina del modelo tutelar:

Los fundamentos de este sistema se encuentran en el positivismo correccionalista. Se parte de la idea de que el menor de edad que ha perpetrado un hecho constitutivo de delito fuera del etiquetamiento de delincuente o criminal, para evitar de esta forma que quede señalado y marginado de la sociedad. El Estado, como el buen padre de familia, no puede castigar penalmente al joven infractor, sino que debe corregirle y educarle par que no se desvíe del buen camino y pueda en el futuro hacer una vida honrada en libertad.

Se parte también del método del positivismo criminológico. Al niño no hay que castigarle, sino tratarle, para ayudarle a superar los problemas que ocasiona su conducta desviada. Y dichos problemas pueden tener su origen tanto en la realización de ciertos actos que constituyen delitos, como en cualquier otra situación irregular tales, como actos inmorales, comportamiento antisocial, falta de respeto a las reglas de convivencia.

En consecuencia, la intervención estatal se producirá en cualquier momento en el que se presente esta situación irregular, de forma tutelar, proteccionista, buscando lo mejor para el joven transgresor, pero sin contar con él.

El fundamento de esta doctrina es paternalista, el Estado lleva a cabo la tutela del menor de edad, pero el menor de edad no es sujeto de Derecho. El menor de edad no tiene juicio, no tiene capacidad de obrar, no es dueño de su destino.

Como crítica se puede decir que este planteamiento teórico es sin duda muy ingenuo, pues nunca el Estado cuenta con los medios suficientes para llevarlo de forma completa a la práctica. Además, confía ciegamente en la capacidad de la Ciencia para curar a los niños transgresores y devolverlos a una situación de convivencia normal y ello, en muchas ocasiones, es difícil y en otras imposible.

B) El sistema de justicia o de protección integral:

Esta doctrina parte de la responsabilidad penal del menor, lo que no quiere decir que se trate de la misma responsabilidad penal del adulto. El Derecho Penal de los adultos basa la función de la pena, entre otras, en la prevención general. Quiere evitar la futura comisión de hechos delictivos representando la imagen de que la aplicación de la pena, es un mal terrible, para que de esta forma el resto de la ciudadanía se abstenga de delinquir. Evidentemente, la prevención general no puede constituir la base de ningún sistema de justicia penal juvenil.

Este sistema implica mayores garantías para el ciudadano menor de edad. Pues si ese menor de edad en un modelo que venga etiquetado como protector o tutelar, no quiere ser considerado como responsable, pero se violan constantemente sus derechos, de nada sirven las buenas intenciones ni el empleo de adjetivos políticamente correctos. En un modelo de Derecho Penal juvenil, jamás ningún niño menor de edad estaría internado por el mero hecho de llevar tatuajes en su piel.

Pues se respeta el principio de legalidad, y sólo los hechos calificados como delito que realice el sujeto, van a poder ser objeto de enjuiciamiento. Lo cual implica que el poder público no puede tomar en consideración medidas coactivas en contra del menor, por conducta irregular desviada o antisocial que no constituya delito.

Debe evitarse en consecuencia que los adolescentes, estén privados de libertad por conducta irregular, por pandillismo, por tatuajes, etc. Se excluye así una privación innecesaria de sus bienes jurídicos más esenciales. Y se establece claramente la razón por la cual se lleva a cabo la intervención del poder público en su propio desarrollo existencial.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, también parte del principio según el cual el menor de edad goza de responsabilidad. El Artículo 12 establece que en todos los actos jurídicos y procesales en los que el menor de edad se vea implicado, éste va a formarse un juicio y va a ser oído. De esta forma esta otorgándole al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir. Esto, junto al Artículo 37 y al Artículo 40, preceptos en los que claramente se hace referencia a que el menor de edad es capaz de infringir las leyes penales y que es capaz de ser declarado culpable, nos vuelve a indicar que el texto internacional establece la responsabilidad penal del menor de edad.

Pero es el propio Artículo 40 en su numeral 3 letra a), cuando establece que necesariamente se debe determinar la edad mínima a partir de la cual se entiende que el niño no tiene responsabilidad, que no es capaz de infringir la legislación penal, el que nos está indicando que existen menores de 18 años que gozan de responsabilidad penal, y otros niños,

con edad inferior, que ni siquiera son responsables por la violación de preceptos penales. Esta disposición jurídica nos está diciendo que en Guatemala, quién se encuentra entre los 12 y los 18 años es responsable y tiene capacidad para infringir la ley penal, pero por debajo de esa edad de 12 años, se le considera irresponsable a todos los efectos.

Esto es una interpretación bastante lógica de la Convención internacional al respecto. Ahora bien, como puede entenderse entonces que la Constitución Política de la República en el Artículo 20 expresa claramente que el menor de edad es inimputable. El concepto de inimputabilidad no es incompatible con el concepto de irresponsabilidad y cuando la Constitución Política de la República señala que el menor es inimputable, hace referencia a la ausencia de responsabilidad conforme al Derecho Penal de los adultos, y no a una irresponsabilidad absoluta.

Emiliano Borja se hace la siguiente interrogante: ¿Qué pasa con la inimputabilidad del menor de edad en Guatemala?. El menor de 18 años y mayor de 12 años de edad es inimputable con arreglo al Derecho Penal de los adultos, pero sigue siendo responsable penalmente. Este autor defiende la tesis de que el menor de 18 años es imputable, considerándola una imputabilidad distinta a la responsabilidad penal de los adultos, y nuevamente, se pregunta: ¿Supone esta aseveración una contradicción con lo establecido en el Artículo 20 de la Constitución de Guatemala? Se responde: de ninguna forma. No es contradictorio, para el efecto toma en consideración a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, también parte del principio según el cual el menor de edad goza de responsabilidad. El Artículo 12 nos está diciendo que en

todos los actos jurídicos y procesales en los que el menor de edad se vea implicado, éste va a formarse su propio juicio y va a ser oído.

De esta forma está otorgándole al niño la categoría de ser racional, de ser con dignidad, de alguien que tiene algo que decir. Esto, junto a los Artículos 37 y 40 de la citada Convención, claramente se hace referencia a que el menor de edad es capaz de infringir las leyes penales y que es capaz de ser declarado culpable, nos vuelve a indicar que el texto internacional establece la responsabilidad penal de menor de edad. Pero es el propio Artículo 40 en su numeral 3 literal a), cuando dice que necesariamente se debe determinar la edad mínima a partir de la cual se entiende que el niño no tiene responsabilidad, que no es capaz de infringir la legislación penal, el que nos está indicando que existen menores de 18 años que gozan de responsabilidad penal y otros niños, con edad inferior, que ni siquiera son responsables por la violación de preceptos penales. La disposición nos está diciendo, por ejemplo, que en Guatemala quién se encuentre entre los 12 y los 18 años es responsable y tiene capacidad para infringir la ley penal, pero por debajo de esa edad se le considera irresponsable a todos los efectos. Es decir, la Convención Internacional está expresando dos ideas. Para el caso de Guatemala, los menores de 12 años no son imputables y éstos no tienen ninguna responsabilidad penal frente al Estado. El poder público no puede actuar coactivamente, aunque sea en interés del niño. Pero nos está diciendo otra cosa que se repite a lo largo de esos numerales de los Artículos 37 y 40 de la Convención antes citada. Está diciendo que el adolescente transgresor es imputable, que es responsable entre los 12 y 18 años, con todas sus garantías y con todas sus peculiaridades”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Borja. **Ob.Cit.** págs. 104-105.

Retomando lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo que respecta a lo estipulado en el Artículo 20 puede decirse, que la inimputabilidad, a decir de Emiliano Borja, no es incompatible con el concepto de responsabilidad, como se ha visto, por lo que este autor, sostiene que cuando la Constitución Política, señala que el menor de edad es inimputable, hace referencia a la ausencia de responsabilidad conforme al Derecho Penal de los adultos, y no a la responsabilidad absoluta.

Si bien el menor de edad para este autor es responsable o imputable para el Derecho Penal Juvenil, también lo es, que debe gozar de los derechos y garantías que la misma ley que le reprime le está otorgando al momento de ser considerado transgresor de la Ley Penal, como sucede con el contenido de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República, la cual contiene Derechos Humanos que protegen su integridad personal. El autor citado, simplemente hace un análisis de la situación del menor de edad en cuanto a ser responsable defendiendo su tesis de inimputabilidad del menor en contraposición de lo que expresa la Constitución, pero no toma en cuenta las garantías y derechos que le asisten, simplemente lo hace responsable, lo que no es discutible, ya que la inspiración de esta Ley, tiene vínculos fuertes con la doctrina de Protección Integral, por lo que cabe agregar que a la responsabilidad que hoy tiene el adolescente transgresor de la Ley Penal en Guatemala, se le deben hacer valer sus derechos y garantías.

En resumen, la Constitución Política de la República, aún considera en el Artículo 20 al menor de edad como inimputable. Eso es innegable, por lo que la interpretación que de ella se haga es propiamente una hermenéutica problemática de quién pretende considerar al menor como un responsable ante otras leyes que regulen su comportamiento ante la Ley Penal como transgresores de la misma.

### **3.4. La detención provisional en el derecho tutelar de los menores**

Durante la vigencia de la doctrina de la situación irregular, la detención provisional adquiría el carácter de una respuesta inmediata a la situación de peligro social en que estaría el joven, para sacarlo del medio social en que se desenvolvía cuando se estimara que este era inconveniente.

“En la Legislación tutelar de menores en Costa Rica, se reguló que después de la primera entrevista, el juez decidía si el menor podría ser entregado a sus padres o representantes en forma definitiva o provisional o depositado en otro lugar apto para el caso, o si es necesaria su internación en el establecimiento para tal efecto. Caso similar ocurría con el Código de Menores ya derogado. Lo importante es que, para la doctrina de la situación irregular, no tenía relevancia la presunción de inocencia, de modo que dicho principio no podría actuar como límite para el dictado de la detención provisional. Debe tenerse en cuenta la influencia del positivismo criminológico sobre la doctrina de la situación, siendo los principales autores de dicha corriente fuertes opositores de la presunción de inocencia.

La doctrina de la situación irregular tampoco tenía importancia la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad y el respeto al principio de proporcionalidad, requisitos relacionados con el hecho que se atribuye al joven.

Mas bien existía una desvinculación del hecho, siendo lo relevante la situación de riesgo social”<sup>19</sup>.

### **3.5. La detención provisional en el derecho penal juvenil**

Cuando se habla del modelo de la responsabilidad, consecuencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan, con frecuencia se llega simplemente a enumerar las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos, con lo que se contribuye poco a determinar la especificidad del Derecho Penal Juvenil. Debe tenerse en cuenta que esa particularidad es determinada por el principio educativo y las características propias de la delincuencia juvenil.

Debido al carácter supletorio de la aplicación de las garantías procesales establecidas en el Derecho de adultos, el proceso penal juvenil pierde relevancia en cuanto a las regulaciones propias, siendo más bien lo característico del Derecho Penal Juvenil el sistema de sanciones y de alternativas a estas. Sin embargo, este Derecho tiene algunas normas procesales propias, basadas en el principio educativo, entre las que sobresale la regulación de la detención provisional que en Guatemala es la prisión preventiva.

### **3.6. El principio educativo y la detención provisional**

Al igual que lo que ocurre con el resto del Derecho Penal juvenil, el principio educativo es el que le imprime el carácter particular a la detención provisional, que lleva a que se diferencie de la prisión preventiva del Derecho Procesal Penal de adultos.

---

<sup>19</sup> Llobet Rodríguez, Javier. **La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de justicia penal juvenil**, pág. 109.

Debido a los efectos negativos que tiene la detención provisional desde la perspectiva del principio educativo, se establece que debe ser evitada al máximo, debiendo actuar como un último recurso, ello aún más que en el Derecho de adultos. Por las mismas razones, cuando es inevitable ordenar la detención provisional, ésta debe durar el plazo mas breve posible.

El principio educativo tiene efectos particulares con respecto a la ejecución de la detención provisional, al igual que posee una gran influencia en la ejecución de a sanción de internamiento.

Las particularidades del Derecho Penal Juvenil llevan a que la detención provisional deba ejecutarse en forma separada de la prisión preventiva de los adultos. En este sentido, en la regla 13.4 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, se regula que: “Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán todos separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos”. Esta disposición fue acogida en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en Guatemala, en el Artículo 195 que regula la Flagrancia, norma que inicialmente no lo contemplaba, pero con la reforma a dicho Artículo por el Decreto Número 02-2004 se reguló que: “ En ningún caso el adolescente detenido puede ser llevado a cuerpo, cuartel o estación de policía o centro de detención para adultos. ...”

El numeral 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores se establece: “Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda asistencia social educacional, profesional, psicológica,

médica y física, que requieran habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

Debe tomarse en cuenta que a pesar de las argumentaciones existentes que protegen el principio educativo que justifica la prisión preventiva de los adolescentes por ser este parte del Derecho juvenil, no es aceptable dicho argumento ya que en la justicia penal juvenil, rige la presunción de inocencia.

### **3.7. Requisitos materiales de la detención provisional**

Los requisitos materiales de la detención provisional, al igual que en el Derecho Penal de adultos son:

- a) Sospecha suficiente de culpabilidad;
- b) La existencia de una causal de prisión preventiva, y;
- c) El respeto al principio de proporcionalidad.

De estos tres principios el que presenta particularidades propias en el Derecho Penal Juvenil, basadas en definitiva en el principio educativo, es el respeto al principio de proporcionalidad.

#### **3.7.1. La sospecha suficiente de culpabilidad**

La sospecha suficiente de culpabilidad es una exigencia del principio de proporcionalidad y no de la presunción de inocencia, lo que en ocasiones no ha sido sostenido por un sector de la doctrina.

Una concepción que sostuviera que la sospecha de culpabilidad se extrae de la presunción de inocencia

implicaría aceptar una posición psicológica de dicho principio, de acuerdo con la cual la inocencia se relativizaría conforme aumentara el grado de sospecha.

La exigencia de un grado de sospecha para disponerse la detención provisional es, más bien, una consecuencia del principio de proporcionalidad, ya que no puede exigirse a una persona que sufra de una privación de libertad de la intensidad y duración de la detención provisional, cuando no existe suficiente grado de probabilidad como para esperar que pueda dictarse posteriormente una sentencia condenatoria. Esto impide, precisamente, que pueda dictarse la detención provisional no sólo en contra de la persona contra la cual no puede formularse un juicio de probabilidad respecto de su culpabilidad, como tampoco en contra de un simple testigo o una persona extraña al proceso, pero respecto de la cual puede considerarse que existe un peligro de que vaya a obstruir la investigación y con ello, la búsqueda de la verdad.

Se trata de un requisito que no es previsto expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño ni por los instrumentos de Derecho Internacional que la complementan. Sin embargo, puede deducirse del Artículo 37 inciso b, de dicha Convención, en cuanto establece que ningún niño puede ser privado de su libertad arbitrariamente.

Artículo 37 ...”b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o

la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Debe criticarse que el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, regula la FLAGRANCIA, pretendiendo con ello que el adolescente en Guatemala, sea aprehendido por las fuerzas de policía en flagrante violación a la ley penal, siendo posteriormente presentado ante el Juez competente, y dicha aprehensión se comunicará al Ministerio Público para que actúe de conformidad con la ley, es decir que procede a la persecución penal tal como lo establece el Código Procesal Penal.

Esto nos lleva a considerar que en Guatemala, no se ha atendido lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, ya que al momento de su detención y ser puesto a disposición inmediata del Juez, se le priva arbitrariamente de su libertad, sin que sus padres o tutores se encuentren enterados de los acontecido al adolescente que supuestamente ha transgredido la ley Penal.

### **3.7.2. Causales de detención provisional**

Una de las consecuencias de la adopción del paradigma de la responsabilidad, consecuencia de la Convención sobre los Derechos del niño y los documentos internacionales que la complementan, es que se estableció que, durante el proceso penal juvenil, rige la presunción de

inocencia, hasta que no exista sentencia condenatoria firme.

La influencia que la presunción de inocencia debe ejercer sobre la prisión preventiva queda claramente establecida en el numeral 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, que dispone: “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. Esta relación entre la presunción de inocencia y la detención provisional es reiterada en el numeral 18 de dichas Reglas, puesto que se establece que las condiciones de detención deberán ajustarse a las exigencias de la presunción de inocencia, ya que esta exige que la detención provisional no pueda convertirse en una pena anticipada y que debe ser diferenciada de la pena privativa de libertad, en particular de la sanción de internamiento, tal como lo contempla la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, para decretar el auto de procesamiento en contra del adolescente para decidir sobre la medida de coerción a adoptar y su justificación.

Artículo 195...”.Una vez escuchado el adolescente, el juez podrá dictar el auto de procesamiento en contra del mismo. Este procede sólo cuando exista información sobre la existencia de un hecho delictivo y motivos racionales suficientes para creer que el adolescente lo ha cometido o participado en él”.

Encontramos en este párrafo del Artículo 195 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, tres causales para dictar el auto de procesamiento que lógicamente puede llevar a decretar la prisión preventiva del adolescente según las circunstancias del hecho:

- a) Información sobre la existencia de un hecho delictivo;
- b) Motivos racionales para creer que el adolescente lo ha cometido o participado en él.

### **3.8. Derecho penal y los adolescentes en conflicto con la ley penal**

Como preámbulo al tema, es oportuno citar el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece:

Artículo 40. “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño, de quién se alegue que ha infringido las leyes penales o a quién 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 de 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 este asuma una función constructiva en la sociedad...”

### **3.9. Límites del poder estatal**

El Estado es el garante de todas los derechos que le asisten a los ciudadanos de un país, el que debe velar porque estos se

cumplan y para el efecto cuenta con los mecanismos adecuados para que se respeten los mismos.

### **3.9.1. Análisis del modelo garantista**

“El modelo garantista, trasladado al tema de la infancia adolescencia, implica el reconocimiento de todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las Constituciones Nacionales y Convenciones Internacionales, a los menores de dieciocho años, más las garantías específicas que corresponden a personas en especial estado de vulnerabilidad.

Contra el sustancialismo paternalista y correccionalista propio de las viejas legislaciones de menores, el rasgo distintivo de la mayor parte de estas nuevas leyes ha consistido en la valorización de la forma jurídica; impuesta a cualquier intervención sobre la vida de los niños y adolescentes destinada a la protección de sus derechos y más aún de su dignidad de ciudadanos. El paradigma paternalista se ha convertido en el mejor ejemplo de la ausencia absoluta de reglas, dejándose a la discreción del juez las decisiones más relevantes que atañen a la vida de la infancia, haciendo posible la legitimación de las arbitrariedades y abusos constantes.

Sintetizando, el modelo garantista se presenta como un Derecho Penal Juvenil, dotado de las mismas garantías que el Derecho Penal de adultos pero menos severo, tanto en la tipificación de los delitos

cuanto en la cantidad y calidad de las sanciones. Una democracia que privilegie la legalidad, entendida como el respeto a las reglas, se obtiene sobre todo respetando al adolescente, incluso infractor, como ciudadano responsable, asentando su respuesta punitiva, justamente, en el valor asignado a dichas reglas”.<sup>20</sup>

### **3.9.2. Derecho penal mínimo y derecho penal máximo**

El tipo de respuesta que brinda el Estado a las infracciones penales cometidas por adolescentes configura el modelo estatal que rige determinada sociedad. Es en este sentido que el derecho penal mínimo resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso del adolescente que el llamado de las sanciones blandas, impuesta informal y de hecho arbitrariamente.

El derecho penal mínimo tiene tres características relevantes:

1) Se recurre a él como última ratio, y en consecuencia por la despenalización total de los delitos cometidos por los niños menores de 12 o de 14 años según las diversas legislaciones, así como la despenalización de la delincuencia pequeña y Bagatela de los adolescentes, entendida más como problema social que criminal para ser enfrentado

---

<sup>20</sup> Modulo sobre los derechos del niño en Guatemala. pág. 76.

primordialmente con políticas de asistencia o con medios extrapenales de conciliación de conflictos. La segunda característica relevante es el respeto de todas las garantías penales y procesales o sea la taxatividad de los delitos a la comprobación de la ofensa y la culpabilidad, carga de la prueba al contradictorio y derecho de defensa impuesto al sistema de responsabilidad penal juvenil. Por último la minimización de las penas juveniles, a través de la existencia, en la mayor parte de los casos, de medidas socio-educativas alternativas a la privación de libertad y sólo en casos extremos de utilización de este tipo de medida, por otra parte rígidamente limitada en su duración e intensidad.

Los sistemas de máxima intervención deben ser dejados de lado, entendiendo que son tales los que privilegian la respuesta coactiva del estado. No es con respuestas punitivas que se darán solución a los conflictos violentos, menos aún cuando los mismos son evidencias de problemas sociales profundos que dificultan la construcción de un verdadero Estado Democrático.

### **3.9.3. Estado de derecho y autoritarismo**

“En América Latina, y en décadas recientes como la de los 80, se carecía de un derecho democrático. Por el contrario, el mismo era explícitamente autoritario y por lo tanto antidemocrático. Las principales ramas afectadas de este derecho autoritario fueron la constitucional y la

penal. El derecho de menores no fue una excepción, asentado sobre una base de poder onímico y discrecional.

El Derecho de menores, particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social y en su rasgo sobresaliente de criminalizador de la pobreza, convivió con la política del autoritarismo y su particular política criminal. Es por ello que con el retorno de las democracias, fue necesario enfatizar la relación entre derecho y democracia, destacando el carácter transformador del primero y su necesaria vinculación con la construcción de genuinos estados de derecho.

El nuevo derecho de la infancia constituye un desafío para aquellos que piensan que la adecuación de las leyes a la realidad debe hacerse sobre la base de leyes que reproduzcan las políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social generada por la delincuencia juvenil. Antes bien, este derecho de la infancia que va de la mano de la solidificación de la democracia, demuestra que es posible dejar de lado los autoritarismos para comprometerse con una nueva utopía que parte de la posibilidad de un cambio radical de las condiciones de miseria y olvido que rodean a la infancia adolescencia en América Latina”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Modulo de los derechos del niño en Guatemala. **Ob. Cit.** pags. 76-77.

### **3.10. Límites garantistas**

Entre los límites garantistas se encuentran los siguientes:

#### **3.10.1. Principio de legalidad**

El principio de legalidad deriva de la teoría ilustrada del contrato social y presupone una organización política basada en la división de poderes. De este modo, la ley sólo puede ser el resultado de la deliberación de los representantes del pueblo, en el que el ciudadano tenga el control de la vida política de la comunidad. Es el Poder Legislativo el encargado de expresar la voluntad popular.

Es así que este principio no sólo es una exigencia de seguridad jurídica, en la medida en que se conozca cuáles son las conductas consideradas delitos y cual es la pena asignada a cada una de ellas. El precepto *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se convirtió en uno de los principios rectores de las Constituciones de los Estados modernos.

Este principio de legalidad presenta las siguientes características: una garantía jurisdiccional que exige que la determinación del delito y de la pena se haga a través de una sentencia judicial y, por último, una garantía de ejecución que requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

El principio de legalidad trasladado al derecho de la infancia y adolescencia exige que estos requisitos que salvaguardan los derechos de los ciudadanos se extiendan a los adolescentes, rodeándolos de las mismas garantías que se encuentran contempladas para los adultos.

### **3.10.2. Utilidad de la intervención penal**

Si la existencia del Derecho Penal encuentra una de sus justificaciones en la preservación de la convivencia armónica, no se encontrará legitimado si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz para evitar delitos.

De todos modos, y haciendo un rápido repaso histórico del Derecho Penal, parece evidente que éste se muestra como una herramienta idónea para disuadir la comisión de determinados comportamientos dañosos. Se debe evitar utilizar una respuesta punitiva dura cuando para cumplir con su objetivo protector basta con una reacción más leve. Es lo que se ha dado en llamar Derecho Penal Mínimo.

En el caso del derecho de la infancia, está claro que dado la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los jóvenes, es necesario utilizar el Derecho Penal

como última medida, extremando la utilización de otras medidas alternativas.

### **3.10.3. Exclusiva protección de bienes jurídicos**

Tal como ha sido concebido y estructura el Derecho Penal, éste se dirige a la protección de determinados bienes jurídicos que se consideran valiosos, en un momento dado y en una comunidad determinada. Si se descuida este principio rector, los rasgos del sujeto activo (por ejemplo, personalidad o condiciones de vida) podrían reemplazar el daño producido.

Es en este sentido que en el caso del Derecho de la Infancia la relevante debe ser el resultado de las acciones, y no las especiales características de los jóvenes. Es común castigar la pobreza, la marginalidad, el abandono; aspectos que han dado lugar a la configuración de la situación irregular, tan perjudicial para la construcción de un estado de derecho en donde la calidad de ciudadano debe ser el rasgo relevante, y dentro de los cuales los niños y jóvenes no deben ser la excepción.

### **3.10.4. Subsidiaridad de la intervención estatal**

El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para

los derechos individuales. El principio de la máxima utilidad posible, para las posibles víctimas debe combinarse con el de mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes.

Este razonamiento deja lugar al principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales, civiles o administrativas. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad.

En el Derecho Penal de la infancia, con más razón y por los motivos ya expresados, este principio debe ocupar un lugar de privilegio. Es bien conocido que muchos de los casos de niños y adolescentes en conflicto con la Ley Penal encuentran su causa en problemas vinculados con políticas sociales deficientes que generan el marco adecuado para la comisión de delitos. Partiendo de esta realidad, es necesario considerar el Derecho penal sólo como último recurso.

### **3.10.5. Proporcionalidad**

No sólo es preciso que pueda culparse al autor de aquello que motiva a pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Esta idea de proporcionalidad surgió en relación a las medidas de seguridad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva.

La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho Penal. Es menester que la medida de proporcionalidad se establezca con base a la importancia social del hecho.

Es así que la misma interpretación dada de este principio para el derecho de los adultos es aplicable al Derecho de la Infancia. Los medios empleados para castigar, o en su caso resocializar, deben guardar una relación adecuada con el daño producido, para no producir un daño aún mayor.

### **3.10.6. Culpabilidad**

En su concepción más amplia el término culpabilidad se contrapone al de inocencia. En este sentido, bajo la expresión principio de culpabilidad pueden incluirse diferentes límites al *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quién sufra del hecho que la motiva.

Es preciso que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. Asimismo, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino sólo conductas, hechos, principio de responsabilidad por el hecho. Además que el hecho haya sido querido o sea el dolo, o se haya debido a imprudencia, principio del dolo o culpa.

Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal; principio de atribuibilidad o de culpabilidad en sentido estricto. Una excepción a este principio es cuando se considera a un sujeto como inimputable.

Sin embargo, y en el moderno derecho de la infancia, dependiendo de las diferentes determinaciones de edades a partir de las

cuales se considera a un sujeto imputable o inimputable, en el caso de Guatemala, es inimputable absoluto el menor de doce años. Es importante destacar que el principio de culpabilidad adquiere especial vigencia. Sólo a partir de su estricto cumplimiento es posible dejar de lado decisiones arbitrarias que socavarían las garantías concedidas a los adultos, muchas veces soslayadas para los jóvenes.

### **3.10.7. Humanidad de la intervención coactiva del Estado**

Este principio constituyó el punto central del programa de la ilustración que concretó especialmente Beccaria en el S. XVIII y que ha inspirado gran parte de las reformas penales que se han producido hasta el presente.

No sólo la tendencia ha sido la de aminorar las penas aplicables, superando para siempre la imposición de castigos físicos y ya en gran medida la pena de muerte. Sino que dentro de la pena privativa de libertad una de las más utilizadas se intenta humanizar su aplicación, para conseguir uno de sus objetivos más declamados, el de la resocialización.

Es la dignidad del individuo, como límite material a respetar por un estado democrático, lo que va atenuando las penas impuestas. En

el derecho de la infancia se hace más ostensible, por el daño concreto y potencial, que produce el castigo sobre un ser humano en formación. Es por ello que el abanico de medidas alternativas va imponiéndose sobre la pena privativa de libertad, privilegiando otros mecanismos que puedan incorporar al joven a su comunidad.

### **3.10.8. Resocialización**

En el caso de menores infractores, uno de los fines más declarados de las penas, y en especial de la pena privativa de libertad, es el de resocialización. En teoría este principio implica un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal. El individuo debe ser tratado como un sujeto no privado de su dignidad, con el cual se dialoga.

Sin embargo, en la práctica, muchas veces este fin de la pena se tergiversa, produciendo una verdadera carrera criminal. Es en este sentido, que la socialización en el ámbito de los jóvenes adquiere una especial importancia. El objetivo de la pena debe ser tomado como uno de los caminos para completar su socialización, función que en el caso de un joven infractor no alcanzó a cumplir ni la familia ni la escuela.

Sólo tomando como horizonte esta finalidad tendrá algún sentido el castigo. De lo contrario, las posibilidades de que el joven ingrese en un círculo institución de menor institución correccional-institución carcelaria se incrementan peligrosamente.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. La flagrancia**

La captura de una persona en estado de flagrancia, para los fines del proceso penal, es una medida coercitiva de la libertad individual. La ha considerado el legislador de tanta trascendencia para la conservación del orden jurídico quebrantado por el hecho punible, así como para prevenir una eventual impunidad, que para la captura en dichas circunstancias faculta hacerlo a cualquier persona.

#### **4.11. Captura en flagrancia**

De cierta manera, la autorización legal otorgada a todo individuo que no esté revestido de autoridad para aprehender a quien sorprenda en el momento mismo de estar cometiendo un hecho punible, está inspirada en un anhelo de solidaridad social por parte del legislador, quien por esta facultad busca que los ciudadanos colaboren en la defensa de los supremos intereses de la administración de justicia. Y para el eventual captor constituye un deber moral, que no debiera tener más límites que el natural y humano temor del riesgo implícito en su cumplimiento. Pero si no lo hace, cualquiera que haya sido el motivo, su conducta no sería susceptible de ningún reproche penal. Lo contrario significaría obligar a actos de heroísmo y temeridad, los cuales no son comunes en el hombre que inesperadamente se ve sorprendido por una dramática situación que, por su intensidad, puede dejarlo perplejo, inhibido y atemorizado.

Al hacer referencia a la noción de flagrancia, se considera que es el delito, en general, mientras se ve, o sea para quien lo ve cometer, en otras palabras, para quién está presente a su cumplimiento. Esto quiere decir que la flagrancia no es un modo de

ser del delito en si, sino del delito respecto a una persona; y por eso, una cualidad absolutamente relativa, el delito puede ser flagrante.

El concepto de flagrancia es entonces dado por una idea de relación entre el hecho y el delincuente; es necesario, en otras palabras, la presencia del delincuente, fuera de los casos exceptuados por la ley.

#### **4.12. Alcances legales de la flagrancia**

A los alcances se conoce como cuasiflagrancia que se refiere a situaciones y comportamientos posteriores a la consumación del delito, atribuibles a su autor. Es que si cuando aun no se ha dado comienzo a los actos ejecutivos de un hecho punible, entonces se estaría dentro de una concepción extensiva de la flagrancia.

No se trata en estricto sentido de una flagrancia, sino de una extensión de ella, la ya conocida como cuasiflagrancia, en la cual, por las apremiantes situaciones que se presentan resulta urgente y necesario el procedimiento persecutorio y de aprehensión por parte de los representantes de la autoridad, quienes, por dicha razón, están imposibilitados para obtener en tan excepcional momento la correspondiente orden escrita de captura o de registro domiciliario para la misma.

Si no fuera por esa facultad ilimitada de proceder así, no solo se permitiría indebidamente a fuga del presunto delincuente, sino que se le facilitaría la oportunidad de hacer desaparecer los rastros o huellas que en él hubiera dejado la infracción, lo mismo que ocultar los objetos o instrumentos con que se cometió el delito o el producto de éste.

#### **4.13. Otras hipótesis de la flagrancia**

Las otras hipótesis sobre la extensión del concepto de flagrancia se presentan cuando son tan evidentes los hechos que se observan en el mundo exterior, que no puede menos de concluirse que determinada persona acaba de cometer un hecho tipificado como delito.

La persecución del delincuente para efecto de su captura está subordinada al nexo de continuidad entre la consumación del hecho punible que se le atribuye y su condición de fugitivo momentos después. Si no se presenta esa solución de continuidad, como cuando el que huye desaparece de la vista de quién lo persigue, la noción de cuasiflagrancia pierde actualidad, quedando así enervada la facultad de aprehensión en otras diferentes circunstancias de espacio y de tiempo.

En Tales hipótesis se puede incurrir en una lamentable equivocación, al capturar a una persona completamente inocente. Bien es posible que un tercero sea confundido con el autor del hecho punible cuando este desapareció de la vista del público y aquél corría en su persecución, o cuando la persona ajena a los hechos busca refugio en algún lugar y allí es sorprendida, pero cuya única razón era la de precaverse de algún eventual peligro desprendido de la persecución del delincuente, como cuando para intimidarlo, herirlo o matarlo, se hacen disparos. El inocente que dio lugar a la fundada sospecha de ser el autor del hecho punible pudo haber estado en el mismo lugar de su consumación y haberse ausentado de allí velozmente, precisamente para evitar una equivocada imputación en su contra.

#### **4.4. Derechos del captura en flagrancia**

Fuera de los derechos que tiene el capturado, para los casos de flagrancia existen otros específicos. Ellos son el ser conducido en el acto, o a mas tardar en el término de la distancia ante el funcionario competente para iniciar la investigación, a quién deberá rendir informe sobre las causas de la captura, de lo cual se dejará constancia en un acta que suscribirán el juez y quién haya realizado la captura.

Se trata de un derecho inconculcable de una inalienable garantía de su libertad y del derecho de defensa. Pero puede suceder que el tiempo que medie entre la captura y la puesta a disposición de la autoridad competente, al capturado se le prive de la oportunidad procesal para recibirle la declaración indagatoria dentro de los plazos legales y par que dentro de ellos se resuelva su situación jurídica que, en no pocos casos, implica la posibilidad de excarcelación.

Infortunadamente, por lo que se conoce en la práctica, estos son apenas unos simples ordenamientos escritos que se violan con muchísima frecuencia, sin que las sanciones disciplinarias y penales recaigan sobre los funcionarios públicos autores de tales arbitrariedades. Una intervención más dinámica y eficaz del Ministerio Público sobre este aspecto contribuiría, sin duda alguna, a corregir la inveterada costumbre que a diario se observa en las dependencias de los cuerpos de seguridad y de la policía judicial, en las cuales permanecen durante días, y aun semanas, individuos privados de su libertad.

Cuando la captura ha sido realizada por los particulares, la obligación de estos consiste en entregar al capturado a la primera autoridad policíaca o judicial más próxima al lugar de la aprehensión.

Cuando se abusa con el incumplimiento de la entrega inmediata del capturado a la autoridad competente, la situación jurídica de éste podría verse afectada, ya por la pérdida de la oportunidad para poder iniciar su defensa, o porque por razón de la demora se le haya imposibilitado una más pronta libertad, a la que tenía derecho desde un principio.

#### **4.5. Captura por parte de la policía**

En otras legislaciones como la Colombiana, se ha defendido la tesis de que a la Policía no se le debería permitir las capturas en estado de flagrante delito, porque siendo la menos familiarizada con las disciplinas jurídicas, se le debe limitar hasta el máximo la facultad de privar de la libertad a los ciudadanos.

Como quiera que hay delitos de alguna complejidad, se necesita para darles a estos una adecuada calificación previa, tener un sólido criterio jurídico, del cual carecen la mayoría de policías. La experiencia ha demostrado que estos funcionarios proceden muy a la ligera, y que como consecuencia de casi todos los delitos denunciados ante ellos, expiden casi indefectiblemente la orden de captura, muchas veces sin establecer con algún grado de probabilidad si se ha consumado o no la infracción penal denunciada. Por eso, las facultades de captura por parte de la policía.

Es por ello que en el caso de los Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, que según el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia son aprehendidos en

flagrancia, debe temerse que se encuentran en manos de las fuerzas represivas del Estado, como lo es la Policía Nacional Civil de Guatemala, toda vez que siendo estos menores de edad al tenor de la Constitución Política de la República, son capturados sin tomar en cuenta su verdadera condición ante la máxima ley que no rige.

#### **4.6. Captura públicamente requerida**

Resulta indudable que la principal razón para que la ley autorice también la captura en flagrancia tanto por parte de la policía como por los particulares se debe a su origen de autoridad competente.

Tanto los particulares como la misma autoridad, que para el caso de la detención en flagrancia, es la policía nacional civil, han de actuar en el ejercicio de su función y deben estar absolutamente ciertos de no ir a cometer una equivocación o de que la captura públicamente requerida no ha perdido su vigencia por cualquier razón, como cuando la decisión judicial que la motivó fue revocada, o cuando la persona destinataria de dicha orden ya había comparecido ante el juez que la reclamaba

Lo más prudente entonces es que, producida una captura en estas circunstancias, si se conoce el funcionario que la ordenó, el aprehendido sea llevado inmediatamente a su despacho, o en el término de la distancia. Si bien es cierto que este procedimiento casi nunca es realizado por los particulares, cuando se obra de una autoridad pública debe procederse siempre como en los casos de flagrancia, es decir, sin retener al capturado más allá de los límites establecidos en la ley para aquélla situación.

Conviene anotar, que tanto en la captura públicamente requerida, como en la captura en flagrancia, la autoridad pública que la realice está facultada para hacer uso de la fuerza, si ello fuere necesario. Frecuentemente no se puede ejecutar el arresto sin el uso de la fuerza o de otros medios coercitivos, y por lo tanto está autorizado el particular para emplear la fuerza en la ejecución del arresto y puede poner al arrestado en condición de cautiverio el tiempo necesario para hacer la prescrita entrega de él a la autoridad.

En este orden de ideas debe tomarse en cuenta que siempre que hay captura en flagrancia, se hace uso de la fuerza, por lo que si esta es aplicada a los adultos, en los adolescentes también se aplica, por lo que éstos se encuentran en una total desventaja respecto a la autoridad que los captura.

#### **4.7. Remisión de la persona capturada**

Singular preocupación existe para limitar hasta el máximo el tiempo que el capturado puede permanecer a órdenes de la policía y demás organismos de seguridad del Estado. Es, sin duda alguna, un control indispensable para evitar arbitrariedades, y una garantía para acercar lo más pronto posible al aprehendido a las oportunidades de defensa ante el juez competente.

El Código Procesal Penal en el Artículo 87 establece la oportunidad y autoridad competente en la siguiente forma:

“Si el sindicado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de primera instancia o al juez de paz en su caso, para que declare en su presencia dentro del plazo de veinticuatro horas a contar desde su aprehensión. El juez proveerá

los medios necesarios par que en la diligencia pueda estar presente su defensor...”

En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, también gozan de estos derechos. Y así lo estipula el Artículo 195 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República.

#### **4.8. Libertad inmediata por captura ilegal**

Dado el bien jurídico que resulta lesionado por una buena cantidad de delitos considerados de menor gravedad, en el procedimiento penal vigente no se amenaza a sus eventuales autores con la captura para ser vinculados al proceso penal. Simplemente se les cita para efectos de recibirles indagatoria, al término de la cual deben ser dejados en libertad.

Existen diversas situaciones:

- a) Captura fuera de la flagrancia: Puede suceder que por deliberada arbitrariedad, los representantes de la autoridad proceden a la captura de personas sin haber sido sorprendidas en estado de flagrante delito.
- b) Captura cuando debió haber sido citado para indagatoria: Por la naturaleza del delito imputado a una persona cuando es de menor gravedad que otros, los fines del proceso penal se podrían cumplir perfectamente sin ocasionar perjuicio a la investigación y sin poner en peligro los intereses de la justicia, manteniendo al acusado en el pleno disfrute de su libertad personal.
- c) Captura en la etapa de indagación preliminar: Siendo que la primera finalidad de esta etapa apunta a decidir, por las dudas que puedan haber surgido, si se procede o no a la apertura de la investigación,

resulta apenas lógico que no se pueda ordenar la captura de la persona imputada de la comisión de un hecho punible.

#### **4.9. La captura en flagrancia según el Código Procesal Penal guatemalteco**

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, regula la flagrancia en el Artículo 257 de la siguiente manera:

“Artículo 257. Aprehensión. La policía deberá aprehender a quién sorprenda en delito flagrante. Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento mismo de cometer el delito. Procederá igualmente la aprehensión cuando la persona es descubierta instantes después de ejecutado el delito, con huellas instrumentos o efectos del delito que hagan pensar fundadamente que acaba de participar en la comisión del mismo. La policía iniciará la persecución inmediata del delincuente que haya sido sorprendido en flagrancia cuando no haya sido posible su aprehensión en el mismo lugar del hecho. Para que proceda la aprehensión en este caso, es necesario que exista continuidad entre la comisión del hecho y la persecución.

En el mismo caso, cualquier persona esta autorizada a practicarla aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores. Deberá entregar inmediatamente al aprehendido, juntamente con las cosas recogidas, al Ministerio Público, a la policía nacional o a la autoridad judicial más próxima.

El Ministerio Público podrá solicitar la aprehensión del sindicado al juez o tribunal cuando estime que concurren los

requisitos de ley y que resulta necesario su encarcelamiento, en cuyo caso lo pondrá a disposición del Juez que controla la investigación. El Juez podrá ordenar cualquier medida sustitutiva de la privación de libertad, o prescindir de ella, caso en el cual liberará al sindicado”.

Este Artículo regula la aprehensión de un adulto, en el caso de flagrante delito e incluye al Ministerio Público dentro de las autoridades a las que se deberá entregar al aprehendido. Lo anterior no es inconstitucional, ya que el Ministerio Público siempre está obligado a poner al aprehendido a disposición de la autoridad judicial competente, como lo dispone el Artículo 6 de la Constitución Política de la República.

#### **4.10. Análisis crítico del Artículo 195 del Decreto 27-03 reformado por el Artículo 5 del Decreto 02-04 ambos del Congreso de la República, Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia**

El Artículo 195 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, que se refiere a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia señala específicamente que:

“Artículo 195. **Flagrancia.** Cuando el adolescente sea aprehendido en flagrante violación a la ley penal, deberá ser presentado inmediatamente a su detención, ante el Juez competente. La detención deberá ser comunicada simultáneamente al Ministerio Público, el que actuará de conformidad con la Ley

En ningún caso el adolescente detenido puede ser llevado a cuerpo, cuartel o estación de policía o centro de detención para

adultos. Quién traslade o detenga a un adolescente a un lugar distinto al señalado incurrirá en el delito de abuso de autoridad. El juez bajo su estricta responsabilidad certificará lo conducente para los efectos de la persecución penal del responsable.

En todos los casos, el juez al resolver el caso del adolescente se pronunciará sobre la legalidad de la detención.

Una vez escuchado el adolescente, el juez podrá dictar auto de procesamiento en contra del mismo. Este procede sólo cuando exista información sobre la existencia de un hecho delictivo y motivos racionales suficientes para creer que el adolescente lo ha cometido o participado en él.

El auto de pronunciamiento tiene como objeto sujetar al adolescente al proceso. Dicho auto debe contener los datos de identificación personal del mismo, una enunciación de los hechos que se atribuyen al mismo, la calificación legal del delito o falta y su fundamento legal, los motivos y fundamentos de la decisión, y la parte resolutive. En el mismo auto, el juez deberá pronunciarse sobre la medida de coerción a adoptar y su justificación”.

Inicialmente, frente al contenido de esta norma, puede aseverarse que al adolescente que es aprehendido en esta forma flagrante, se le pone en manos a las fuerzas de policía para que procedan a su detención, luego debe ser puesto a disposición del Ministerio Público, que es el ente acusador en todo proceso penal, en ningún momento se contempla que debe darse aviso a sus padres o a quienes tengan la custodia del mismo. Es tratado como un adulto, extremo este que no es concorde con la disposición constitucional de ser tratado como un menor de edad, así como también por las Convenciones y Tratados Internacionales que lo

consideran un sujeto que debe gozar de derechos y garantías especiales por su condición de edad.

Cuando entró en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, no se había incluido el párrafo segundo, por lo que fue mediante la reforma contenida en el Decreto Número 02-2004 del Congreso de la República que se incluyó dicha adición. Para aminorar el efecto nocivo de la norma, la cual va contra la seguridad plena de cualquier adolescente que se encuentre en la situación de conflicto con la ley penal, precisamente por la magnitud del daño que se le puede causar a un adolescente que se enfrente a las fuerzas de seguridad del Estado.

Es sabido que si la Policía Nacional Civil tiene la autoridad de aprehender en flagrancia a estos menores de edad, a sabiendas de su impotencia, puede existir un abuso de autoridad que amerita sea tomada en cuenta por el legislador al momento de realizar una reforma a esta Ley que actualmente entró en vigencia como una ley emergente ante la situación que se vive en Guatemala, debido a la proliferación de las “maras”, pero considero que ese es un problema social que debe resolverse con una Ley antimaras, tal como ha sucedido en otros países de Centroamérica.

Hay que recordar que en nuestro país, no solo adolescentes pertenecientes a pandillas existen, también se está aplicando esta norma a cualquier adolescente que por una u otra causa se vea involucrado en una situación que puede tildarse de antijurídica. En tal sentido debe meditarse en cuanto al alcance que puede tener la aplicación de esa norma en la práctica.

## CONCLUSIONES

- 1) El Derecho Penal de los adultos no se puede aplicar en idéntica medida a los jóvenes transgresores en conflicto con la ley penal.
- 2) Por su corta edad y sus específicas características psicobiológicas, los menores de edad adolecen de la capacidad suficiente para comprender el alcance del hecho antijurídico perpetrado o para actuar conforme a esa comprensión.
- 3) En el estado de minoridad, se tiene que tomar en cuenta la condición del menor para consagrar un cuerpo normativo de índole protector.
- 4) La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva Ciencia Jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre.
- 5) Al reconocer al menor de edad como persona autónoma, trae como consecuencia directa que la respuesta estatal a los conflictos de naturaleza penal se inscriban dentro del ámbito de control social punitivo, diferenciándolos claramente de las respuestas sociales que se le asignan como sujetos sociales con base a sus necesidades y no de peligrosidad.
- 6) Como personas autónomas, los menores de edad gozarán de todos los derechos que a toda persona se le atribuyen y otras por razón de su condición social, esto constituirá el primer nivel para el criterio de inimputabilidad de los menores de edad, ser tratados como personas.
- 7) La concepción constitucional de los menores de edad colisiona con la incoherente normativa de la ley de protección integral de la niñez y la

adolescencia al regular la fragancia de los adolescente en conflicto con la ley penal al no tomar en cuenta dicha condición.

- 8) La culpabilidad de los menores de edad ha sido un punto central de la discusión doctrinal de los últimos años dadas las diversas concepciones que sobre esta categoría de la teoría general del delito, se han elaborado en el desarrollo histórico de la dogmática penal.
- 9) La concepción de la culpabilidad y del menor de edad específicamente de su imputabilidad ha dependido de la posición normativa y doctrinal vigente en cada momento histórico.
- 10) La inimputabilidad de los menores de edad constituye el centro de atracción en el modelo de justicia de menores. Su contenido debe verificarse desde la perspectiva político-criminal, debido a que sus implicaciones influyen en todo el sistema de justicia.
- 11) La sospecha suficiente de culpabilidad como exigencia material para ordenar la detención provisional, no es identificatoria del Derecho Penal Juvenil, ya que también es requerida por el Derecho de Penal de adultos por lo que los adolescentes en conflicto con la ley penal no deben ser considerados como adultos.

## RECOMENDACIONES

- 1) Debe evitarse el abuso en el incumplimiento de la entrega inmediata del capturado a la autoridad competente, toda vez que la situación jurídica de éste podría verse afectada, ya por la pérdida de la oportunidad para poder iniciar su defensa, o porque por razón de la demora se le haya imposibilitado una más pronta libertad, a la que tenía derecho desde un principio.
- 2) Lo más prudente cuando se ha producido una captura en flagrancia, si se conoce al funcionario que la ordenó, el aprehendido sea llevado inmediatamente a su despacho, o en el término de la distancia. Y en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, debe darse notificación a los padres, en atención a la minoría de edad, contemplada constitucionalmente. Si bien es cierto, que el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia no lo contempla debe adicionarse, por su especial situación de minoridad.
- 3) Se recomienda tomar en cuenta que los adolescentes en conflicto con la ley penal, constituyen una problemática para el país, pero no por ello deben ser sometidos a tratos coercitivos que violen sus derechos y garantía otorgados por la Constitución Política de la República, por lo que debe instruirse a las autoridades de policía para que eviten la agresión física al momento de la detención de estos menores.
- 4) Es conveniente lograr la adición en el Artículo 195 de la Ley de Protección Integral, en el sentido de que al momento de la detención de un adolescente se notifique de la misma a los padres o encargados de los mismos, por considerarse un derecho inherente de su condición de menores de edad de conformidad con la Constitución Política de la República.

- 5) Para el caso de la detención de los adolescentes en conflicto con la ley penal debe suprimirse la flagrancia contemplada en el Artículo 195 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, ya que en la forma en que se realiza es atentatoria a la condición de minoría de edad de los mismos, colisionando dicha norma con lo preceptuado en la Constitución Política de la República, al regular la inimputabilidad.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALBRECHT, Meter Alexis. **El derecho penal de menores.** (s.e.); Barcelona PPU, 1990.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert. **Las alternativas a la detención provisional.** UNICEF, Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica, Lecciones aprendidas. San José. 2000, 101-109.
- BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo.** (s.e.); Buenos Aires, Ed. Editores del Puerto, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general,** 3ª. ed.; aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, Ed. Ariel, S.A. 1984.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** 3.t.; N-R, 9ª. ed.; República de Argentina, Ed. Heliasta S. R. L.
- CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra y Vargas Rojas, Omar. **La justicia penal juvenil en Costa Rica.** (s.e.); San José, 1999.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores,** 3ª. ed.; Buenos Aires, Ed. Astrea, actualizada y ampliada. 1986.
- DE LA RUA, y MAIER, Julio. **Informe sobre las bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal.** Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982.
- HURTADO POZO, José. **Nociones básicas de derecho penal.** Impreso en Guatemala, Sección de Reproducción del Organismo Judicial 1999.
- Inimputabilidad y responsabilidad penal especial de los adolescentes transgresores de la Ley.** UNICEF. Guatemala, 2001.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito.** principios del derecho penal, 3ª.ed.; México, corregida y actualizada. Ed. Hermes, 1959.
- LONDOÑO JIMÉNEZ, Herando. **De la captura a la excarcelación.** (s.e); Bogotá, 1983.
- LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER. **La sanción penal juvenil. de la arbitrariedad a la justicia. adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica.** San José, UNICEF. 2000.

MENDIZÁBAL OSES, L. **Derecho de menores. teoría general**, (s.e.); Madrid, Ed. Pirámide, S.A. 1977. 517 págs.

**Modulo sobre los derechos del niño en Guatemala.** UNICEF y Organismo Judicial. Guatemala, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, República de Argentina, Ed. Heliasta S.R.L.

PETER-Alexis Albrecht, **El derecho penal de menores.** (s.e.); Barcelona, Ed. PPU, 1990. reglamento de los centros de atención a jóvenes en conflicto con la ley penal, Organismo Judicial y UNICEF.

RIVERA Sneider. **La nueva justicia penal juvenil.** serie adolescencia. San Salvador, El Salvador, 1ra. ed.; 1998, Impresos Litográficos de C. A.

SOLÓRZANO LEON, Justo Vinicio. **Procedimiento de justicia penal juvenil, principios y garantías.** Secretaría de Bienestar y UNICEF. 2000.

SOLÓRZANO, Justo. **La ley de protección integral de la niñez y la adolescencia.** Guatemala, ed.; S.A. 2004.

TUFFER SOTOMAYOR, Carlos, Llobet Rodríguez, Javier, Dunke Fieder. **Derecho penal juvenil.** Naciones Unidas, ILANUD, San José de Costa Rica, 2002.

URRA, Javier. **La psicología y otras ciencias en defensa de la infancia.** defensor del menor en la comunidad de Madrid, 1998.

UNICEF. **Modulo sobre los derechos del niño en Guatemala.** Proyecto de la Convención sobre los derechos del niño. Guatemala, 2001, Organismo Judicial. 165 Págs.

### **Legislación:**

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

**Código Penal,** Congreso de la República, Decreto 17-73. 1973.

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

