

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



**ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA
DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL
DE MENORES DE GUATEMALA**

ELDER OBED GUERRA LEMUS

GUATEMALA, ABRIL DE 2009

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN
PENAL DE MENORES DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ELDER OBED GUERRA LEMUS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2009.



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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Víctor Hugo Barrios Barahona
Secretaria:	Licda. Gloria Pérez-Puerto
Vocal:	Lic. Adolfo René Rojas Hernández

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Secretario:	Lic. Menfil Fuentes
Vocal:	Licda. Elizabeth García

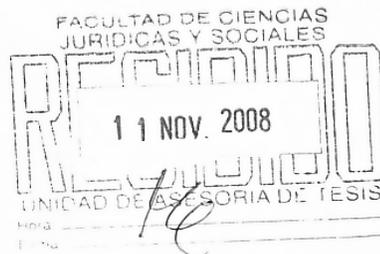
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Edgar Allan Taylor Santos
Abogado y Notario
Colegiado 5622



Guatemala, 10 de noviembre de 2008

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección de fecha veintisiete de noviembre del año dos mil siete, se me nombra Asesor de Tesis del bachiller: Elder Obed Guerra Lemus, quien se identifica con el carné estudiantil 8318433, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES EN GUATEMALA”**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con el bachiller Elder Obed Guerra Lemus, con quien procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con el ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, el bachiller Elder Obed Guerra Lemus, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio y riguroso contenido científico en materia social, humanística y jurídico penal; de donde se desprende que el proceso de mediación penal juvenil tiene bases sólidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, como también en las Reglas de Beijing, a fin de que la legislación penal juvenil guatemalteca alcance los aspectos allí contemplados.

El ponente ha utilizado un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología deductiva, inductiva y desembocando en un certero análisis sobre la incidencia positiva que tiene la mediación en el proceso penal juvenil dentro de la

Lic. Edgar Allan Taylor Santos
Abogado y Notario
Colegiado 5622



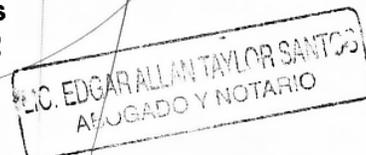
legislación guatemalteca; de la misma manera el ponente empleó una redacción y técnicas de investigación adecuadas para el desarrollo del tema, lo cual se refleja en las conclusiones y recomendaciones que resultan congruentes con el tema.

Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia, puesto que trata de la mediación en la jurisdicción penal de menores en la sociedad guatemalteca, cuyo efecto reparador de la víctima, permite y facilita complementariamente al sistema penal la comunicación y conciliación, donde la víctima y el victimario arriban a un acuerdo, con la ayuda de un tercero facilitador, que aunque no decidirá sobre el común arreglo de las partes, pero que solo con su presencia dará legalidad y facilitará la reparación de los daños causados, materiales e inmateriales, y que en su caso producirán efectos en el proceso penal, que de no alcanzar el común acuerdo prevalece como un derecho de la víctima en continuar su reclamo por dicha vía.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Examen General Público de Tesis, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,

Lic. Edgar Allan Taylor Santos
Asesor de Tesis
Colegiado 5622



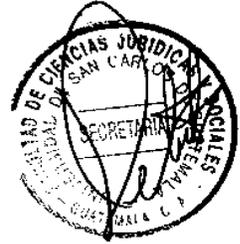
15ª avenida 18-28 zona 13, Guatemala, C.A.
Teléfonos: 23836000 - 52049500

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

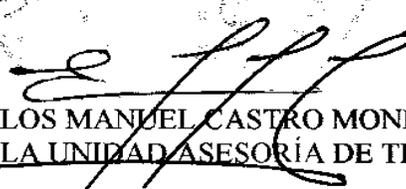
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, doce de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS ALBERTO VELAZQUEZ
POLANCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ELDER
OBED GUERRA LEMUS, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA DE
LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo,
del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el
contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice:
"Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes,
su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas
de investigación utilizadas, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía
utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que
estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/slh





Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Abogado y Notario
Colegiado No. 3,207



Guatemala, 13 de noviembre de 2008

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido licenciado Castro:

De conformidad con el nombramiento emitido por dicha dirección, de fecha doce de noviembre del año dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller: Elder Obed Guerra Lemus, intitulada: **“ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES DE GUATEMALA”**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que en su momento consideré necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico considero es de primer orden, dado que incursiona de manera muy reflexiva en materia social, penal y expone sus efectos e incidencia tanto en materia penal juvenil, como en materia social humanística; de igual manera el contenido técnico de la tesis; denota una esmerada redacción con un lenguaje altamente técnico, que abarca a lo largo de su contenido las etapas del conocimiento científico, donde el ponente deduce, induce y desfoga en un análisis apoyado en la legislación penal tanto nacional como internacional y el producto legislativo de la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por el bachiller Elder Guerra; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actualizado.

En virtud de la importancia jurídico-penal y social del tema de la tesis, el suscrito instruyó al ponente, desarrollar un capítulo sobre la legislación comparada, misma que permita enriquecer el criterio de oportunidad que la mediación reparadora penal juvenil representa para los estudiosos del derecho y los operadores de justicia en Guatemala. Misma que fuera implementada satisfactoriamente.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de a misma, así como la utilización de los métodos deductivo, inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.



Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Abogado y Notario
Colegiado No. 3,207



Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones del autor; en tal virtud, el presente trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por el bachiller Elder Obed Guerra Lemus, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema relativo a la importancia de la utilización de extranjerismos al redactar la ley.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.

Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado No. 3,207

CARLOS ALBERTO VELAZQUEZ POLANCO
ABOGADO Y NOTARIO

Copia: archivo

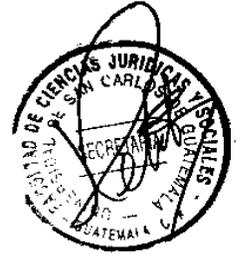
Dirección: 26 Calle 9-31 Zona 5
Teléfonos: 2361-8263 – 5774-3581

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de febrero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ELDER OBED GUERRA LEMUS. Titulado ESTUDIO JURÍDICO DE LA INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL DE MENORES DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. -

CMCM/sllh





ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** **REFERENTE MAGNÍFICO DE JUSTICIA:** que ha diseñado en detalle mi vida desde antes de nacer; dándole así, significado a mi humilde existencia. Por favor permíteme vivir intensamente y ejercer mi profesión con apego a la inmutable justicia, sencillez, honradez, verdad, respeto, ecuanimidad, prudencia y diligencia.
- A JESÚS:** **EI GRAN ABOGADO:** gracias, porque tu sabiduría, tolerancia, ejemplo y sacrificio de vida, es desmesuradamente motivador y encausador de principios y valores.
- A MIS PADRES:** **Juan A. Guerra Lemus (†):** quien fuera un hombre noble, generoso, sensible y de buena fe. Ojalá pudiéramos contar con tu presencia, el día de hoy.
- Lidia Elizabeth Lemus Magaña Vda. de Guerra:** una gran mujer, dotada de sabiduría y mucha paciencia, que un Dios plantó como la más bella y delicada flor silvestre en “El Cinchado”, dotándola de gran fortaleza en el agreste campo y en la religión adventista, para que cuidara e instruyera a mis hermanos y a mí. Gracias mamá.
- A MIS HERMANOS:** **Daniel Eduardo (†):** Un ángel incomprendido que no lograrás ver este día, que Dios te dé la felicidad y paz que no pudimos encontrar para ti.
- Mirian Noemy:** mi gran compañera de estudio en esta Facultad, eres un gran ejemplo de tenacidad y de sacrificio en la vida, sigue adelante que nada te detenga y recuerda que te quiero mucho.
- David, Glen Amparo, Lorena, Heydi Xiomara:** con el más entrañable amor y agradecimiento por formar parte de este gran equipo.
- A MI HIJA:** **Laura Lucía:** porque mi vida, metas alcanzadas y anhelos, motiven tu vida.
- A MIS ABUELITOS:** **Emeterio Lemus Garza (†), Fermín Guerra Duarte (†) y Lucila Lemus Martínez (†):** Que Dios los bendiga.
- Especialmente a Prudencia Magaña Calderón:** porque su forma de ser, ha marcado profundamente nuestras vidas, de generación en generación. Que Dios la siga bendiciendo con mucha salud y vida.



A MIS CUÑADOS: Gilberto Aníbal, Mario Willy, Alma Maritza, Marlon Orlando e Iván Alfredo. Con mucho cariño.

A MIS SOBRINOS: Nancy, Gilberto, Yazmín, David, Kora, Juan, Estephanie, Cristina, Mariano, Katherine, Nathalie, Chrystal, Andrea y Javier. Sucursales de mis hermanas(os), a quienes quiero mucho.

A MIS TIOS: Carlos, Blanca (†), Marco Tulio, Oscar (†), Rosa y en especial a René; a mis otras tías: Daly, Ventura, Chonita e Hilda: con especial afecto.

A MIS PRIMOS: Yani, Lilian, Marleny, Julio, Renecito, Mynor, Nando, Oscar, Edy, Magaly, Hilda, Hugo, Calín, Byron, Bertila, Saúl, Yenifer, Guadalupe, Yojana, Katy, Fito (†) y Luís (†). Con cariño fraternal.

A MIS AMIGOS Y

COMPAÑEROS: En especial al Ing. César Aguilar y familia, Abel y Alan Álvarez, Ing. José Manuel Mendoza, Harry Samayoa, Lic. Percy Juárez, Licda. Rosemary Alonso, Rony Osorio, Lic. Rony Lanuza, Sibia Figueroa, Estuardo Monterroso, Esperanza Alvarado, Licda. Erika Aquino, Lic. Gustavo Lapola, Sandra Morataya y familia, Licda. Ana Dávila, Jesús Pesquera, Licda. Yomara Madrid, Ing. Hugo Roca, Lic. Rudy Coton, Gloria Fuentes, Lic. Estuardo Figueroa, Elsa Acajabón e hijos, Lic. Harry Samayoa Hardy, Lic. Roberto Paz e hija, Linda Toledo, Marisol Franco, Byron Cano, Licda. Rosario Gil, Licda. Karla Paiz, Erick de León y familia, Omelia Vidal, Maritza Calderón, Licda. Dilma Chinchilla, Sabi Argueta y familia, Julia Sandoval e hija, Roberto Vanegas, Mario Castellanos, Lic. Humberto Teos, Gladys Arias, Lic. Ramiro Lemus, Lic. Carlos De León Velasco, Willy Díaz, Estuardo Rodríguez, Lic. Edgar Larios, Licda. Nelda Arzú, Dr. Sergio Lemus, Miriam Luna, Waulter y Sharon Carrillo, Raúl Sánchez, Gloria Concoá, Lic. Carlos López, Ing. Nery Morales y Patricia Arrazola, Boris Arriola y familia, Jorge Román, Mrs. Beberly Leach, Flory Valdéz e hijos, Licda. Friné Salazar, Lic. Bonerge Mejía, Dr. Ludwig Ovalle, Lic. Avidán Ortíz, C.P.A. Miguel Ángel Lira, Lic. Estuardo Gálvez, Lic. Rolando Secaida y Licda. Ángelita López Yong.

Gracias amigos, porque ustedes le dan ese toque especial a la vida.



A MIS

CATEDRÁTICOS: Especialmente a los licenciados: César López Permouth, Erick Huitz, Homero López, Erick Castillo, Francisco Flores, Erick Santiago, Gustavo Bonilla, Elizabeth García, Landelino Franco, Ivonne Guerra, Carlos Castro, Víctor Alegría y Jorge Montes. Gracias por el privilegio de haber sido su alumno.

A MI ASESOR Y

REVISOR DE TESIS: Lic. Edgar Allan Taylor Santos y Carlos Alberto Velásquez Polanco respectivamente. Sinceros agradecimientos por su valiosa colaboración y apoyo en el desarrollo de este trabajo.

A: Licda. Consuelo Velásquez. Comisión de Redacción y Estilo. Con mucha gratitud por su minucioso trabajo de corrección y depuración del estilo de esta tesis.

A MIS PADRINOS: Licda. Glen Amparo Guerra Lemus.
C.P.A. Rosa Lorena Esquivel Lemus.
Licda. Heydi Xiomara Esquivel Lemus.
Lic. Gilberto Aníbal Morales Rodríguez.
Ing. Iván Alfredo Morales Salazar.

A: **Instituto Nacional Central para Varones.** Porque mucho de lo que soy lo aprendí en sus aulas.

A: **Pueblo de Guatemala**, que con sus contribuciones y a través de la **GLORIOSA y TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA y de la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, dispone para todos sus hijos criollos, mestizos y naturales: educación superior y profesionalización, con el más estricto conocimiento científico y la más sentida conciencia social en el contexto de la realidad nacional. Que Dios bendiga tu existencia y no permita nunca tu privatización, mucho menos la violación a tu autonomía.

A: Usted que la recibe.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1 El derecho penal.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Antecedentes históricos del derecho penal.....	2
1.3 Acciones que deben ser reprimidas penalmente: bienes jurídicamente protegidos.....	8
1.4 Moral y represión moral.....	10
1.5 Desvalor de la acción y desvalor del resultado.....	12
1.6 Carácter fragmentario y secundario del derecho penal.....	14
1.7 La pena: fundamentos y fines.....	16

CAPÍTULO II

2 Derecho penal juvenil.....	23
2.1 Antecedentes históricos.....	23
2.2 La nueva concepción sobre derecho penal juvenil.....	25
2.2.1 La prevención primaria.....	31
2.2.2 La prevención secundaria.....	34
2.2.3 La prevención terciaria: conformar un sistema penal especializado.....	37
2.3 Legislación comparada.....	39
2.3.1 Legislación vigente fuera de América Latina.....	39
2.3.2 Legislación vigente en América Latina.....	61
2.4 Legislación penal juvenil guatemalteca.....	71
2.4.1 Antecedentes.....	71
2.4.2 Aspectos sustantivos o materiales de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.....	72
2.4.3 Aspectos adjetivos o procesales de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Decreto Número. 27-2003..	80



CAPÍTULO III

3	La mediación.....	89
3.1	El conflicto o litigio.....	89
3.2	La mediación.....	93
3.2.1	El mediador.....	99
3.2.2	La comunidad.....	100

CAPÍTULO IV

4	La mediación en el ámbito de la jurisdicción penal de menores.....	103
4.1	Escenarios sociales del conflicto y la transgresión juvenil.....	103
4.2	Justicia penal juvenil: la mediación como alternativa.....	105
4.3	Incidencia de la mediación en la jurisdicción penal de menores en Guatemala.....	117
	CONCLUSIONES.....	119
	RECOMENDACIONES.....	121
	BIBLIOGRAFÍA.....	123



INTRODUCCIÓN

La sociedad guatemalteca es compleja, crecientemente pluricultural, con diversidad de socializaciones no culminadas, sin demasiadas referencias éticas ni posibilidades de construir un futuro para quienes se encuentran al margen, constituye un auténtico caldo de cultivo para conductas desadaptadas; a ello se suma la ausencia de valores cívicos, cordialmente asumidos y colectivamente compartidos, potencializan la imparable confusión de la identidad y la autoestima, sobre todo en el segmento joven de una población, estratificada social y económicamente de manera muy desigual, que como estímulo para su desarrollo y aceptación social, se ve retado y sometido al consumismo y la participación en los ritos y mitos colectivos.

Lo anterior determina, que esas desadaptaciones se conviertan en conductas delictivas expresadas en una serie de eventos donde jóvenes de distintas edades, entran en conflicto con la ley penal.

Dentro del contexto de la convivencia juvenil y su primera infracción de la ley penal en delitos de bagatela; de éste criterio de oportunidad, debe excluirse a los delincuentes juveniles, que por su pertenencia tanto a pandillas juveniles maras como al crimen organizado, sus casos deben ser profundamente analizados previo a otorgárseles el criterio de oportunidad; dado que, sus infracciones corresponden a los denominados delitos de acción pública, de esta manera el instituto de la mediación no se convertirá en burla por parte de jóvenes criminales.



Se realizó la investigación, atendiendo la necesidad de análisis del complejo comportamiento y desarrollo socioeconómico de Guatemala; orientado a facilitar discusión y materia prima para el desarrollo de nuevos programas y sistemas de aplicación de la justicia, que verdaderamente den respuesta a la paz social y al encausamiento de la juventud, que es el futuro de nuestra sociedad.

En el desarrollo de esta tesis, se utilizó el método deductivo al investigar las fuentes doctrinarias, legislación penal guatemalteca, derecho comparado, convenios y tratados en la materia, en los que Guatemala es miembro; también se utilizó el método inductivo para aislar la temática objeto de ésta investigación, para que a través del método analítico se pudiera arribar a las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

Este trabajo se estructuró en cuatro capítulos, conteniendo el primero, lo relacionado a la doctrina del derecho penal y sus particularidades; el segundo, de manera amplia presenta el derecho penal juvenil y su evolución histórica, la legislación comparada y la guatemalteca; en el capítulo tercero, se describen las partes que comprende el instituto de la mediación; mientras que en el cuarto y último capítulo, se determina el ámbito de la mediación y su incidencia en la jurisdicción penal de los menores.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

1.1. Definición

Tradicionalmente se ha definido el Derecho Penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, división que sigue siendo la más válida ya que permite la ubicación del cómo hace y cómo se manifiesta el Derecho Penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito. En consecuencia, es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.

“Desde el punto de vista objetivo, se hace referencia a la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano, es del derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto, la potestad de penar no es un simple derecho, si no un atributo de la soberanía estatal, ya que es el Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona puede arrogarse dicha actividad. Es objetivo porque el objeto del Derecho Penal es la norma.”¹

En el sentido subjetivo, el derecho penal es el conjunto de normas jurídico penales que regulan la actividad punitiva del Estado. Esta rama de derecho es quien determina en

¹ González Cauhapé-Cazaux, Eduardo. *Apuntes de derecho penal guatemalteco*. Pág. 23.



abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un depositario legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal en su Artículo 1 (nullum crimen, nullum poena sine lege o de legalidad) y se complementa con el Artículo 7 del Código Penal (exclusión de analogía).

Derivado de lo anterior se puede definir el Derecho Penal sustantivo como la parte del derecho, compuesto de normas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes las transgreda.

1.2. Antecedentes históricos del derecho penal

Se ha dicho que el Derecho Penal es tan antiguo como la humanidad misma, ya que son los hombres los únicos protagonistas de esta disciplina de tal manera que las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. En la interrelación humana se manifiesta la conducta humana que realiza acciones u omisiones según su voluntad, pero cuando estas acciones u omisiones dañan un interés jurídicamente tutelado son reprobados por el Derecho Penal en nombre del Estado. En el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas las han planteado así:

“En los primeros grupos humanos surgió lo que se denomina la época de la venganza privada, la cual se produjo cuando el poder público no poseía el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de venganza, la



venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en si, sino de forma de manifestación individual.

La época de la venganza privada es la época bárbara del Derecho Penal, puesto que se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque que se considera injusto. En esta época cada quien se hacia justicia por su propia mano, el problema existente es la falta de limitación en la venganza, misma que fue atenuada por la Ley del Talión (ojo por ojo diente por diente), según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima.

Además de la Ley del Talión aparece como otra limitación de la venganza privada: la composición, a través de la cual el ofensor o su familia entregaba al ofendido y los suyos cierta cantidad de dinero o su equivalente, para que estos no ejercitaran el derecho de venganza, sin embargo no toda venganza puede ser vista como antecedente de la represión penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual.²

Posteriormente se generó la época teocrática se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la que corresponde la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito cometido. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces generalmente sacerdotes juzgan en su nombre. Es el espíritu del Derecho Penal del pueblo hebreo.

² Diez Repolles, José Luis (Coordinador). **Manual de derecho penal guatemalteco**. Pág. 12.



Luego surge la denominada época de la venganza pública, a partir de que la sanción y la pena se depositan en el poder público la representación vindicta social respecto de la comisión de un delito.

El poder público ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de las personas cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal que pretendían mantener a toda costa la tranquilidad pública, se convierte en una verdadera venganza pública que llego a excesos caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con la relación al daño causado.

“Con el surgimiento de la influencia de la Iglesia aparece la denominada época humanitaria, a partir que de ésta se da el primer paso contra la crueldad de las penas, los excesos de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento humanizador, no sólo de la pena sino del procedimiento penal, comienza a fines del Siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue César Bonessana. Este se pronunció abiertamente contra el tormento, el fin de la pena no era atormentar, el fin es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

Beccaria se ha dicho que tiene el mérito de haber cerrado la Época Antigua del Derecho Penal y abrir la denominada Época de la Edad de Oro del Derecho Penal, la misma subsiste hasta la crisis del Derecho Penal Clásico con el aparecimiento de la Escuela Positiva. La labor de sistematización que realizaron Francesco Carrera y los demás protagonistas de la Escuela Clásica, llevaron a considerar al Derecho Penal como una



disciplina única, general e independiente cuyo objetivo era el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.”³

Luego de la Escuela Clásica aparece la Escuela Positiva del Derecho Penal, con ideas totalmente opuestas, al extremo de que Enrico Ferri considera que el Derecho Penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio de métodos positivistas o experimentales.

“En este período el Derecho Penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales, se deja de considerar el delito como una entidad jurídica para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente, la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o defensa social. Luego de esta etapa surge el Derecho Penal Autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios cuya principal característica era proteger al Estado por lo cual los delitos de tipo político fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.”⁴

En la actualidad, se le denomina época moderna a la etapa que está viviendo el derecho penal. Existe unicidad de criterio de toda la doctrina en cuanto a que el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras que

³ Maier, Julio. **Derecho procesal penal argentino**. Pág. 54.

⁴ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Pág. 23.



las ciencias penales o criminológicas, que tienen el mismo objeto de estudio, lo hacen desde un punto de vista antropológico y sociológico.

El derecho penal es un medio de control social y éste último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos.

Cualquiera que sea el sistema político-económico de una sociedad, el Estado tratará de reducir los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social.

El derecho penal como parte del derecho en general, es utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común. Mediante él, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser ejecutados. A fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza de una sanción.

El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de ciertos esquemas de vida social. Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal.



La actividad punitiva constituye uno de los dominios en que el Estado ejerce su poder con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria. La orientación que de su actividad penal, está determinada por las opciones socio-políticas que haya adoptado en relación a la organización de la comunidad, en general.

Por ello, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado, comporta una grave afectación de derechos fundamentales de la persona.

Debido a la naturaleza de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro que permita discernir las acciones que deben ser prohibidas, para la fijación de las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva.

Esta compleja problemática, que afecta los fundamentos mismos del derecho penal, ha tratado de ser resuelta mediante el estudio del fin y naturaleza de la pena. No es otra la finalidad de las denominadas teorías de la pena: absoluta, relativa y mixta, en las cuales no se discute otra cosa que los principios fundamentales reguladores del sistema penal.



1.3. Acciones que deben ser reprimidas penalmente: bienes jurídicamente protegidos

Con la finalidad de orientar la conducta de las personas, mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, los comportamientos reprimibles, ya que uno de los objetivos del derecho penal es evitar su realización.

“Una conquista del derecho penal liberal es el de haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro o lesionen bienes que sean fundamentales para la vida en común. De ahí que se considere que toda norma jurídico-penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción, surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona y cuya base era la teoría del contrato social.”⁵

En tanto Roxin manifiesta que se trata de condiciones valiosas en las que se concretizan los presupuestos imprescindibles para una existencia en común. Por ello estima que de esta manera se desconsidera su aspecto esencial, ya que no se tiene en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de unidades de función; Es decir, no se trata de cualquier interés, sino de su función en la sociedad.⁶

A pesar de los esfuerzos realizados, no se ha logrado evitar que el concepto de bien

⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 9.

⁶ Roxin, Claus. **Derecho penal alemán, parte general**. Pág. 21.



jurídico siga siendo una noción oscura y discutida. Por consiguiente, es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir esta tarea limitadora de la acción punitiva del Estado. La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales.

Ante la casi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones. Sin embargo, este criterio no deja aún de ser inseguro. Situación que se evidencia, cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos.

Sin embargo, es de admitir que la carta fundamental bien puede servir como base y marco a la actividad legislativa en materia penal. Lo que interesa es no dejar, en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos y de cuales son los comportamientos que deben ser prohibidos.

Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal. Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque son en sí presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud,



la libertad de acción, de expresión y de creencia, etc. Se trata, en realidad, de aquellas condiciones fundamentales que constituyen el mínimo de derecho natural que es necesario reconocer. Admitir un criterio opuesto, implicaría caer en un exagerado formalismo.

1.4. Moral y represión penal

El recurrir al criterio de bien jurídico como elemento objetivo para la determinación de las acciones prohibidas, implica, consecuentemente, admitir la concepción de que sólo deben ser reprimidas penalmente las acciones que constituyen un atentado contra tales bienes vitales para la vida comunitaria. En tal sentido, sólo las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal. Es decir, las que atentan contra un bien jurídico.

“La presencia evidente e impositiva de esta protección brindada por la ley penal a los bienes jurídicos, ha determinado que la mayor parte de los juristas reconozcan en ella la tarea primaria y fundamental del derecho penal. Sin embargo, no es de olvidar que, a través del derecho penal, el Estado busca, al igual que con el derecho en general, que las personas se comporten de acuerdo a ciertos esquemas sociales; esto es, a forjar y consolidar en ellas cierta conciencia social.”⁷

El sistema penal tiene la capacidad de inculcar en la población ciertos valores y juicios, los que a su vez se manifiestan en esquemas comunes de conducta moral, que

⁷ Reyes Alvarado, Yesid. **Imputación objetiva**. Pág. 32.



constituyen una barrera contra las tendencias delictivas. De allí que se hable de la capacidad de crear usos y de reforzar la moral. Por consiguiente, se puede deducir que la prohibición penal de una acción depende de su carácter inmoral y admitir dicho criterio significaría retroceder a una época superada, en la que se confundía pecado y delito. Quien detenta el poder punitivo no está en absoluto, facultado para castigar sólo por su inmoralidad, conductas que no atenten contra un bien jurídico.

“Es asimismo inexacto considerar al derecho penal como un *mínimum ético*. En primer lugar, porque las leyes penales no comprenden todos los actos inmorales graves y, en segundo lugar, porque en ellas se consideran, sobre todo en el dominio del derecho penal complementario, muchas acciones que no son inmorales; pero, que es necesario evitarlas; por ejemplo, aquellas referentes a la circulación, a la construcción, al comercio, a la higiene pública, etc.”⁸

El negar que el carácter inmoral de un acto sea determinante para considerarlo penalmente reprimible, no significa un desconocimiento de la estrecha relación existente entre el sistema jurídico penal y el sistema moral de una sociedad. Las reglas morales constituyen, de la misma manera que el derecho penal, uno de los medios encausadores del comportamiento de las personas. La influencia de estas reglas, así como del ideal moral imperante en el grupo social que gobierna, es notable en diversos aspectos del sistema penal. Sus dominios coinciden parcialmente, por eso se afirma que no toda acción sancionada con una pena es inmoral.

⁸ Ferrajoli. **Ob. Cit.** Pág. 15



Asimismo, es cierto que a pesar de las diferencias existentes entre ambos sistemas normativos, no deben distanciarse demasiado. La estabilidad del sistema penal -lo mismo se puede decir del resto del ordenamiento jurídico, en general- reposa, en buena parte, en su armonía con la moral, de lo cual no puede deducirse que el derecho debe ser, de manera particular, conforme con la moral y que de esta singular relación depende su validez. Tampoco se puede afirmar, por tanto, que el derecho sea moralmente neutral.

No obstante, lo que se entiende por moralizar no aparece suficientemente claro. Se puede tomar en el sentido de lograr que los individuos no incurran en la comisión de infracciones. Lo que viene a ser una formulación negativa del objetivo primario del ordenamiento jurídico, consistente en hacer que las personas se comporten de una manera determinada. Se debe evitar, que se comprenda este término en el sentido de que el Estado es productor de normas morales, o que su función sea imponer, coactivamente, comportamientos acordes a dichas normas. Es decir, de imponer una moral única. Lo que sí aparece evidente, es que se considera como el medio más idóneo para alcanzar la moralización del país, la imposición de penas severas.

1.5. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Al sostener que sólo los atentados contra los bienes jurídicos podían ser considerados como merecedores de represión penal, no se afirma que toda acción de este tipo debería ser reprimida penalmente. Un elemento indispensable es la naturaleza de la acción dirigida contra los bienes jurídicos, en la que juega un papel descollante el



aspecto subjetivo (intención motivada, etc.).

En consecuencia, es impreciso el criterio de distinción entre derecho y moral, consistente en señalar que el primero se ocupa del comportamiento externo y la segunda del interno. La evolución del derecho penal se caracteriza precisamente por su tendencia constante a tener en cuenta, cada vez más, los factores internos de la acción delictuosa.

En la doctrina, se oponen dos concepciones respecto a lo que determina el carácter delictuoso de una acción. “Una, afirma que es el hecho de constituir un atentado contra un bien jurídico (desvalor del resultado). La otra, sostiene, por el contrario que la infracción se caracteriza por la deslealtad del individuo a los valores ético-sociales (desvalor del acto)”.⁹

Los defensores del primer criterio afirman que la tarea del Derecho Penal es la protección de los bienes vitales para la vida comunitaria; los sostenedores del criterio del desvalor de la acción, consideran que dicha función es asegurar la vigencia inquebrantable de los valores ético-sociales, único medio para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos.

Conforme a lo expuesto, no es posible afirmar que uno de los dos grupos sostenga la opinión correcta. Parece más exacto aceptar que la acción delictuosa no puede ser concebida sin tener en cuenta ambos factores: el desvalor del resultado y el desvalor de

⁹ González. **Ob. Cit.** Pág. 11.



la acción. La violación del bien jurídico en sí, independiente de la acción que la produce se presenta como un fantasma, como un producto de la dogmática, al cual no corresponde realidad alguna.

Es tarea del derecho penal, advertir que se trata de una realidad compleja que no puede ser descrita unilateralmente, consecuentemente no se descalifican, sino que se complementan.

1.6. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal

Luego de haber precisado las relaciones del derecho penal con la moral, en relación con la determinación de las conductas que deben ser penadas y teniendo en cuenta que el Derecho Penal desarrolla su acción como parte del orden jurídico en general y que es un instrumento de la política social del Estado, se puede señalar su carácter fragmentario y secundario.

Fragmentario, en el sentido de que no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni a la defensa de los bienes escogidos frente a cualquier tipo de ataque y menos aún pretende reprimir toda acción moralmente reprochable.

Ésta carencia del Derecho Penal es fruto de las deficiencias de la técnica legislativa; actualmente, dicha concepción es rechazada por la mayor parte de penalistas, quienes afirman, que pertenece a la naturaleza del Derecho Penal su fragmentariedad. Todos estos esfuerzos doctrinales se dirigen a evitar que el Estado abuse del derecho a



castigar, quienes pretenden negar el carácter fragmentario del derecho penal, piensan que su reconocimiento conduce a un debilitamiento de la moral de la población, pero es incorrecto pensar que la función del Estado sea la imposición coactiva de una moral determinada.

Es preferible dejar en manos de los miembros de la comunidad, un amplio margen de acción en el dominio de sus convicciones morales, por lo que no debe abandonarse el principio liberal de que lo que no está prohibido está permitido. El uso limitado de la represión penal por parte del Estado, es exigido, igualmente, por la grave afectación de los derechos fundamentales del individuo que comporta la sanción. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea absolutamente necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones. De allí que se hable de la ley penal como de la última ratio; al no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia del Derecho Penal, lo que conduce a la creación de situaciones que, precisamente, se busca combatir.

El Derecho Penal no debe ser manipulado como un medio totalmente independiente de los restantes recursos y procesos que conforman el arsenal del control social estatal. Constituyendo relaciones y condiciones sociales, las causas de las acciones delictuosas, la lucha contra ellas debe realizarse, en primera línea, no mediante la pena sino con intervenciones sobre dichos factores sociales. Respecto al carácter secundario del Derecho Penal, no se trata sino de una exigencia ética planteada al legislador.



De la accesoriadad del Derecho Penal, no puede deducirse su dependencia de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Entre ellas existe una estrecha interrelación, distinguiéndose en cuanto a los medios de reacción (penas y medidas de seguridad en Derecho Penal y su sistema conceptual se haya fuertemente determinado por la peculiaridad de sus fines específicos.

1.7. La pena: fundamentos y fines

“En doctrina, al estudiarse las funciones de la pena (o del sistema penal), se contraponen, tradicionalmente, dos corrientes: una, designada como teoría absoluta de la pena y cuyos defensores sostienen que la pena no tiene un fin específico, sino que es impuesta como retribución o expiación del mal causado (se señala como sus más altos representantes a Kant y a Hegel); la otra es la denominada teoría relativa de la pena. Sus propugnadores afirman que el fin de la pena es evitar la comisión de futuros delitos, mediante la intimidación de terceros (prevención especial).

Como representantes principales y clásicos de ésta corriente se señala a Feuerbach y Franz Von Liszt. La oposición de estos dos grandes grupos ha tratado de ser superada por los propugnadores de la denominada teoría unitaria, quienes afirman que la pena es retribución y que sus fines deben ser alcanzados dentro de los límites que ésta establece. Se puede sostener que esta posición es la dominante, hoy en día, entre los penalistas; sin embargo, expuesta de esta manera la problemática de la pena, no parece del todo correcta, ya que no existe una contraposición entre prevención y retribución. Los partidarios de ambas concepciones responden, en realidad, a preguntas



diferentes, por lo que sus respuestas deben ser distintas.”¹⁰

Desde el punto de vista anterior, se indica que lo afirmado por Kant, Hegel o Binding, en torno a la pena, es una respuesta a la pregunta sobre la justificación de la pena y sobre su finalidad. Ellos se ocupaban del problema filosófico-moral de si el Estado tiene el derecho de imponer el sufrimiento de la pena y respondían que su fundamento se encontraba en que el individuo había cometido culpablemente una infracción y no por consideraciones de utilidad social.

En tal sentido, la concepción de estos autores sigue siendo válida para sistemas jurídico-penales como el guatemalteco; dado que consideran que la retribución es a la culpabilidad, como presupuesto esencial para la imposición de la pena. La privación o restricción de derechos impuesta a una persona no considerada culpable no puede ser calificada como pena, aunque aquella consista en dicha privación o restricción. La invocación de cualquier otro motivo, por ejemplo, que se impone la pena para bien del imputado o por el bien de la comunidad, no tiene relevancia alguna.

Es por lo anterior que el principio no hay pena sin culpabilidad puede constituir una garantía propia a derecho penal liberal.

Debe tenerse en cuenta que se hace referencia a la justificación de la imposición de la pena y que así no se niega que tenga un fin o fines diversos. Además, lo mismo parece haber sido sostenido por los defensores, calificados de clásicos, de la retribución. Al

¹⁰ De la Cuesta Aguado, Pablo. **Norma primaria v bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto**. Pág. 31.



respecto debe considerarse igualmente que el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad -presupuesto de la retribución y condición para la imposición de una pena- tiende también a la determinación de futuros comportamientos.

“El concepto de culpabilidad ha sido puesto en tela de juicio desde hace bastante tiempo y no sólo por los seguidores de las ideas positivistas italianas; aún sus defensores ponen en relieve su inconsistencia. Recientemente, Stratenwerth ha escrito en Alemania Federal que el derecho penal se encuentra en una incómoda situación de facto: el principio de la culpabilidad es tan indispensable como dudoso. Este mismo autor sostiene que permanece incierto que a la culpabilidad concebida penalmente corresponda una culpabilidad real. Además, se ha observado que el libre albedrío, presupuesto de la culpabilidad, no puede ser demostrado.

No obstante, estos autores admiten la necesidad de mantener este concepto, sin el cual disminuirían las posibilidades de limitar el poder punitivo estatal. De ahí que se hable del principio de garantía de la culpabilidad. Sin embargo, la admisión de la culpabilidad (retribución) no implica aceptar que toda culpabilidad debe ser perseguida penalmente.

Es decir, que es incorrecto afirmar que no hay culpabilidad sin pena. El ejercicio del poder punitivo se halla condicionado por el complejo de circunstancias que constituyen el fundamento y la finalidad del derecho penal y del derecho en general, instrumentos, por último, de la política criminal que es parte de la política social general de Estado.”¹¹

¹¹ Roxin. **Ob. Cit.** Pág. 32.



Las denominadas teorías relativas de la pena afirman, como respuesta a la pregunta sobre los fines de la pena, que el fin primario del Derecho Penal será alcanzado a través de la prevención general o de la prevención especial. Tampoco es de considerar como incompatibles a ambos recursos; bien por el contrario debe reconocerse que es necesario dosificarlos de acuerdo a una política criminal eficaz.

Lo que es incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica es pensar que el fundamento de la pena es uno de los dos criterios indicados. No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El para qué se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad.

Una pena que no guarde esas proporciones no será comprendida por la población y será nulo su efecto de prevención general. Pendiendo, en general, de la capacidad del sistema para plasmar y reforzar en los individuos la desaprobación moral de las infracciones.

Es pues, ingenuo pensar que cuanto más severas sean las penas, mayor será su efecto de prevención general. Hallándose, más bien en directa relación con la oportunidad y la eficacia de la persecución penal.

En el medio forense guatemalteco no se tiene en cuenta esta realidad y cada nueva ley, ampliadora y modificadora del sistema represivo, admite casi siempre, un aumento de la



escala de penas. Los efectos negativos de la actual orientación de la legislación penal se multiplican debido a que la función de prevención general es la única que podría ser cabalmente utilizada en el país, ya que no se cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo con cierta eficacia la función de prevención especial.

Las críticas formuladas a la teoría relativa de la prevención general, son comprensibles en la medida en que se pretende con ella resolver los problemas referentes a determinar qué acciones deben ser declaradas infracciones, al fundamento de la pena y a sus fines; pero, desde el momento en que se replantea el problema de la manera como se ha hecho, tales observaciones carecen de sentido. La única que guarda cierta relevancia es la referida a su real eficacia; se dice que no ha sido posible comprobar, hasta ahora, los alcances de la prevención general y que en buena cuenta, la comisión de cada delito, en sí mismo, una prueba en contra de su eficacia.

El Planteamiento, sería exacto, si se afirmase que debido al temor provocado por la amenaza penal, se evita la realización de delitos (dato imposible de constatar), lo que no se puede negar es que algunas personas no delinquen porque saben que se harían acreedoras a una sanción, cuyo aspecto más temido es el grave juicio de desvalor que implica. Aún más, la intimidación puede ser tan sólo uno de los elementos para disuadir la conducta delictuosa.

Dicha situación, no varía sustancialmente, porque la pena es como ya fue referido: uno de los medios de orientación del comportamiento humano y que ella constituye el extremo y más burdo medio de prevención general.



“Según la teoría de la prevención especial, la pena se ejerce, en principio, con el fin de beneficiar al delincuente, quien mediante un idóneo tratamiento durante la ejecución de la pena debe ser reconducido al buen camino; reintegrado al medio social al margen del cual se colocó cometiendo la infracción. Es decir, se trata de influir en la personalidad del individuo de manera tal que no vuelva a cometer otro delito, una vez que se reintegre a la vida comunitaria normal.”¹²

Tal objetivo ha sido siempre atribuido a la prisión y su incumplimiento ha sido igualmente una crítica que se le ha formulado desde sus orígenes; en la legislación y en la doctrina moderna, se acentúa este aspecto de la pena. Los últimos procesos de reforma tienden, precisamente a hacer de la pena un instrumento de resocialización sin abandonar su aspecto retributivo y preventivo general.

En el plano práctico la postura teórica indicada, conduce a un Derecho Penal en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario; de allí que en países como Suecia donde se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas.

¹² López Díaz, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Pág. 54.





CAPÍTULO II

2. Derecho penal juvenil

2.1 Antecedentes históricos

De acuerdo con Carlos Tiffler Sotomayor, “En América Latina, el inicio de la legislación relacionada con la cuestión criminal surge en el período republicano; aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en constituciones políticas y códigos penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular”.¹³

Es a principios del siglo XX en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países. Siendo el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en esa centuria, primeramente con la escuela positiva y luego con la escuela de la defensa social y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se reflejó en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919, pero fue en décadas posteriores cuando se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela desde 1939 hasta la década de los 60, se puede afirmar que el Derecho

¹³ Tiffler Sotomayor, Carlos. *Un modelo armado para aplicar, justicia penal juvenil costarricense*. Pág. 8.



Penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

Panamá promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954. En la década de los 60, se presenta un auge del Derecho Penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969.

En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

“En todo este período, el Derecho Penal de Menores se caracteriza por fundarse en una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales. Las concepciones ideológicas del positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal, pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el Derecho Penal de Menores.”¹⁴

Uno de los postulados básicos de esta teoría, fue sacar al menor delincuente del Derecho Penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos, convirtieron al Derecho Penal de menores en un Derecho

¹⁴ Ibid. Pág. 25.



Penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Situación que llevó a establecer reglas especiales en el Derecho Penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo, como por ejemplo, la conducta pre-delictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada; principios que han servido y aún se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

2.2. La nueva concepción sobre derecho penal juvenil

Para llegar a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en noviembre de 1989, se tuvo mucho camino que recorrer.

Prácticamente desde la fundación de las Naciones Unidas, ésta organización se caracterizó por la defensa de los derechos humanos y particularmente por la protección de la niñez mundial, no sólo por medio de organizaciones internacionales de defensa, sino también de promoción y de denuncia.

Un antecedente de la Convención lo constituye sin duda la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada en 1959. Documento que establece líneas fundamentales sobre la niñez, que como marco teórico de protección universal, fue configurando límites positivizados en las legislaciones nacionales y sobre todo en la conciencia jurídica universal.



Producto de las reflexiones del sexto congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Caracas 1980), fue la creación de las reglas mínimas uniformes para la administración de la justicia de menores, conocidas como "Reglas de Beijing", aprobadas en las reuniones preparatorias (1984) para el séptimo congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Las reglas son normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes, establecen una noción de menor, objetivos de la justicia de menores, garantías procesales y una orientación de política social de carácter preventivo.

En la reunión preparatoria interregional, celebrada en abril de 1988 en Viena, para el octavo congreso mundial de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (La Habana, 1990), se aprobaron dos importantes resoluciones de trascendencia en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los menores. Una fue el proyecto de directrices de Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil, llamadas directrices de Riad y la otra fue el proyecto de reglas mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Las directrices de Riad, deben aplicarse en el marco general de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Establece principios fundamentales de política social, criterios de intervención oficial en caso de menores, lo mismo que líneas fundamentales para la legislación y la justicia de menores. Las reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad establecen los



procedimientos mínimos para el ingreso, permanencia y egreso de menores en centros de detención. Establecen requisitos para los centros de detención sobre registros, clasificaciones, ambiente físico y comunicación con el mundo exterior, uso de la fuerza y relaciones con el personal de los centros.

La convención internacional sobre derechos del niño tiene una relevancia única dentro del marco de la protección internacional de la niñez mundial; marca un hito en la historia de la niñez y sus efectos a nivel mundial las cuales ya se han reconocido. Es la declaración más completa y elaborada de los derechos del niño y fue adoptada por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Algunos rasgos fundamentales que caracterizan este importante instrumento jurídico, desde luego, tan sólo a manera de ejemplo, son los siguientes:

- a. La convención es el resultado de toda la elaboración de normas jurídicas anteriores, que como tal, recoge toda la experiencia internacional y sirve como marco general de interpretación.
- b. La Convención ha producido como efecto inmediato la adopción de una nueva legislación interna en cada país. Por lo menos se ha iniciado un proceso de reforma. Esto ha obligado a erradicar viejos sistemas jurídicos, caracterizados por promover o facilitar las violaciones de derechos humanos.
- c. La Convención ha puesto en una línea principal de discusión o, podría decirse, ha



internacionalizado, todos los aspectos relacionados con la infancia y no únicamente el caso de los menores infractores de la ley penal.

d. La convención no sólo establece las garantías procesales comúnmente aceptadas para el derecho penal de adultos, sino también toma en cuenta la particular condición de la infancia para la aplicación de la ley.

e. La convención establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como un último recurso, siempre y cuando las otras posibles soluciones no sean factibles. Para todo caso, sean soluciones judiciales o no, deben respetarse los derechos humanos y las garantías legales.

Desde que se aprobó la convención se inició una nueva doctrina de la infancia, tanto a nivel internacional como a nivel de cada país que ha iniciado el proceso de reforma. La convención aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la protección integral. Este nuevo paradigma, posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes; evidenciando así, la ruptura con la vieja doctrina.

Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la convención, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En especial a los instrumentos internacionales relacionados a los menores a que hemos hecho referencia en la sección de la doctrina de las Naciones



Unidas. Es la doctrina de los derechos humanos, que ha alcanzado en este campo de la infancia un nivel positivizado, resultando ser la doctrina que elimina las discriminaciones, creando una sola categoría de infancia, que jerarquiza la función judicial, que garantiza la participación del niño como sujeto pleno de derechos, como ser humano con dignidad propia.

Los instrumentos jurídicos que conforman la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de la protección integral de la infancia, alteran radicalmente la consideración jurídica de niños y adolescentes.

En el espíritu y el texto de la Convención Internacional, el menor se transforma en niño o adolescente y la vaga categoría de delincuente se transforma en la precisa categoría jurídica del infractor. En otras palabras, es infractor sólo quien ha violado dispositivos jurídicos previamente definidos como crimen, falta o contravención según las leyes del país, que haya atribuido o imputado dicha violación, que se le realizó un debido proceso y con el respeto estricto de las garantías procesales y de fondo, se le tenga finalmente declarado responsable.

“A pesar de que el uso de la Convención -que por otra parte ha sido promulgada en todos los países de la región y se ha convertido en ley nacional-. No sólo es técnicamente posible sino además obligatoria para el sector judicial, esto no ocurre en la práctica. Los países en que no se ha producido aún un proceso de adecuación sustancial de la legislación nacional al espíritu y al texto de la Convención Internacional, las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular continúan siendo



la fuente principal de aplicación de derecho.”¹⁵

El reconocimiento de una responsabilidad al adolescente por la realización de conductas contrarias a ley, así como, la exigencia del cumplimiento de normas jurídicas vigentes y el correlativo resguardo de bienes jurídicos, ha traído como consecuencia que los adolescentes sean pasibles de un control social penal manifestado en la responsabilidad penal especial, que le es legalmente reconocida y frente a la cual, se establece la posibilidad de ser juzgados por las infracciones a la ley de la que fueran autores.

Lo importante de la prevención es evitar o disuadir en la comisión de infracciones a la ley, siendo éste el objetivo prioritario de la política criminal juvenil, en base a ello, la directriz No. 5 de las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (conocida también como directrices de RIAD), señala que las infracciones deben ser consideradas parte de un proceso de madurez y crecimiento, asumiendo que la juventud es una etapa de desarrollo humano, que requiere de particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social.

“La prevención es el objetivo final de toda intervención penal y en el caso de los adolescentes infractores de la ley, las Directrices de Riad agregan que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención de la delincuencia en la sociedad y como estrategia se señala que deberá promoverse conductas lícitas y útiles en los jóvenes, que se orienten hacia la sociedad y enfoquen la vida con un sentido

¹⁵ **Ibid.** Pág. 32.



humanista, todo con el objetivo, de desarrollar actitudes no criminógenas. Como instrumentos de la Política Criminal Juvenil deben considerarse las políticas preventivas a todo nivel, para ello se pueden clasificar de acuerdo al objetivo que pretenden. Así se tiene la prevención primaria, la que evitará la conducta antisocial del adolescente; la prevención secundaria cuyo fundamento son los delitos ocasionales; y, la prevención terciaria que debe implementarse cuando los adolescentes están en conflicto con la ley, de manera reincidente”.¹⁶ Donde cada una de ellas, tiene sus propias características, las cuales se describen separadamente.

2.2.1. La prevención primaria

Esta sirve para evitar conductas antisociales del niño, la niña o el adolescente. La Convención Internacional Sobre derechos del Niño, genera en primer lugar, responsabilidad de los Estados para el resguardo de los derechos en los niños, niñas y adolescentes, es así como, "...el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y sí no las tiene, es responsable por ello”.

En las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de RIAD), se plantean lineamientos claves para la inserción social y socialización de la niñez y la adolescencia, los cuales permiten afianzar el ambiente familiar como espacio idóneo para el crecimiento y desarrollo integral de la niñez y adolescencia.

¹⁶ Albrecht, Meter-Alexis. **El derecho penal de menores**. Pág. 16.



Al interior de la familia, los niños, niñas y adolescentes aprenden a cómo interrelacionarse con los demás, constituyéndose el ambiente familiar en un espacio estratégico, para fomentar los valores socialmente aceptados y promovidos. Asimismo la familia, se constituye en el espacio natural donde corresponde promover el desarrollo integral de sus miembros, debiéndose en consecuencia, evitarse la internación en albergues, como respuesta estatal tutelar, en la medida que el Estado, nunca podrá asumir el cuidado y atención atento y oportuno que requiere la niñez y adolescencia para un desarrollo sano normal.

De esta manera, las directrices de RIAD promueven el involucramiento de la sociedad en su conjunto para fomentar la unidad familiar, generando el compromiso social en ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y en brindar información adecuada en relación al cuidado y desarrollo de sus miembros.

Para ello, se promueve la necesidad de generar espacios de participación auténtica del niño, niña y adolescente en su comunidad, para lo cual la sociedad en su conjunto, debe ir articulando espacios que generen vínculos del niño, la niña y el adolescente con su comunidad, en consecuencia, será importante como estrategia, considerar que es necesario trabajar con los niños y adolescentes en su comunidad, de manera preventiva, haciéndolos participar, sentirse parte de la sociedad, porque nadie va a destruir aquello de lo que es parte.

La participación auténtica busca involucrar a los niños y adolescentes de manera efectiva en los intereses colectivos y de manera dialéctica genera espacios de escucha



al niño, niña y adolescente, teniéndose en cuenta sus demandas, intereses y requerimientos y haciéndoles percibir que su aporte es único e importante en su entorno sociofamiliar.

Es así, como de manera explícita, las directrices de RIAD señalan que la sociedad tiene la obligación de brindarle al adolescente una vida significativa en su comunidad, reforzando la importancia de esta estrategia, dichas directrices señalan que es necesario reconocer la participación de los jóvenes en la sociedad y establecer servicios y programas, o fortalecer los ya existentes, para responder a las necesidades, intereses e inquietudes de los jóvenes; asimismo, señala que deberán crearse o reforzarse organizaciones juveniles que participen en la gestión de los asuntos comunitarios, alentando a los jóvenes a organizarse en proyectos educativos.

Las directrices de las Naciones Unidas, también establecen que se deben crear mecanismos de coordinación intersectorial e interinstitucional para la promoción social de la niñez y adolescencia, puesto que estos deben tener igualdad de oportunidades para acceder a servicios de calidad y participar en el ejercicio, promoción y defensa de sus derechos, en conjunto con las instituciones del Estado, las comunidades y en general la sociedad civil; desarrollándose plenamente en el seno de su familia, en un ambiente sano y libre de violencia; surgiendo dos aspectos fundamentales a resaltar: a) el protagonismo que se otorga a los niños, niñas y adolescentes para contribuir a la defensa de sus derechos y asimismo; b) el compromiso que se busca generar en las instituciones del Estado y la sociedad civil en el logro de esta visión.



2.2.2. La prevención secundaria

Este tipo de prevención es la que se relaciona con los casos en donde las niñas, los niños o los adolescentes cometen delitos ocasionales, es decir, cuando no tienen una conducta delincuencia, sino que por determinadas condiciones, realizan algún hurto u otro ilícito que no tiene trascendencia social.

Las directrices de RIAD plantean concebir el proceso penal especial como un instrumento de prevención y en caso de que el control social informal hubiera fallado, corresponde considerar el carácter educativo del proceso penal especial seguido al adolescente en conflicto con la ley, puesto que toda política de reacción, una vez fracasada la prevención, necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos, es decir, enfatizar en una prevención especial con respecto al adolescente en conflicto con la ley.

En principio se deberá considerar en la respuesta estatal un derecho penal mínimo, es así que se debe establecer la necesidad de aplicar los instrumentos de la política criminal referidos al control social informal en forma prioritaria, de esta manera el control penal, como modalidad del llamado control social formal, entra en funcionamiento sólo cuando han fracasado los mecanismos primarios de control social informal e incluso las formas más blandas de control social formal que intervienen previamente.

El reconocimiento de un control social para el adolescente o la imputación de una



responsabilidad penal especial, responde al requerimiento de la ejecución de un sistema penal acorde con ésta etapa de desarrollo humano, limitando en consecuencia, el poder coercitivo estatal mediante el otorgamiento de garantías (genéricas o específicas), evitando adoptar con respecto al adolescente, una respuesta penal encubierta con discursos que desfavorecen un tratamiento legal adecuado, por dificultar un resguardo efectivo de su condición de sujeto de derechos.

El tratamiento policial del pandillaje pernicioso transgrede la garantía de un trato diferenciado al adolescente en conflicto con la ley penal en relación al brindado a los adultos, debido a que la responsabilidad penal para el adolescente infractor posee una naturaleza jurídica diferente a la de los adultos, en aras del resguardo del principio de igualdad, es decir, de brindar un tratamiento desigual a los desiguales, en este caso los adultos y adolescentes.

Al incorporar la doctrina de la protección integral, la responsabilidad penal especial del adolescente, realiza una escisión entre el ámbito tutelar y el ámbito penal. Ambos procesos cuentan con presupuestos diferenciados de intervención, con etapas procesales diversas, objetivos distintos y respuestas estatales disímiles; en tal virtud, los supuestos legales que justifican la intervención penal especial, son restringidos a los tipos penales contemplados en la legislación penal genérica. En éste sentido la regla 11 literal b) de las Naciones Unidas para la protección de los menores privado de libertad, brindó un alcance fundamental, al indicarse que deberá entenderse por privación de libertad a toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público y privado del que no se permita salir al menor por su propia



voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. En consecuencia, la realidad fáctica primó frente al discurso proteccionista del ámbito tutelar.

De esta manera, solo se justifica una internación por haberse probado la comisión de una infracción cuya tipificación está contenida en el Código Penal. Sobre el particular, es necesario recordar que por el principio de igualdad y de protección (para el ejercicio efectivo de sus derechos) corresponderá señalar que el adolescente en conflicto con la ley penal nunca puede quedar en peores condiciones que un adulto frente al poder coactivo del Estado en situaciones delictivas análogas.

En todo lo indicado corresponde reconocer subsumida la garantía de legalidad, la cual ha sido explícitamente recogida en el Artículo 40 inciso 2 a) de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, al señalar que: "...no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido las leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento que se cometieron..."

Asimismo, corresponde alegar la mínima intervención estatal, la cual ha sido recogida en la directriz No. 5, la cual señala que se deberá: "...elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no cause graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás," en otras palabras, sólo corresponderá la intervención penal estatal cuando los adolescentes hayan infringido normas con su actuar, las cuales respaldan bienes jurídicos, socialmente tutelados.



2.2.3. La prevención terciaria: conformar un sistema penal especializado

A esta prevención se le denomina terciaria, debido a que es el último nivel de las prevenciones, la misma se utiliza cuando las niñas, niños y/o adolescentes están en conflicto con la ley de manera reincidente.

Cuando el adolescente en conflicto con la ley, tenga que ser sancionado debido a la comisión de un ilícito, deberá tener un sistema penal especializado conformado por fiscales y jueces de familia, contando con un proceso penal que tenga una finalidad socioeducativa y asimismo, atenuando la respuesta estatal de naturaleza penal, deberá aludirse a infracciones en vez de referirse a delitos y a medidas socioeducativas, en vez de nominarlas penas.

Para evaluar la responsabilidad del adolescente en la comisión de la infracción, se requiere de profesionales con una cultura jurídica acorde a los principios garantistas de la doctrina de la protección integral, en relación a ello, los jueces y fiscales de familia requieren del aporte de otras disciplinas, como la psicología, la medicina y el trabajo social, que conforman su equipo multidisciplinario y que coadyuvará a conocer las circunstancias en que se produjeron los hechos de la infracción y de manera simultánea, le permite responder al requerimiento de concebir este proceso como un problema humano.

Sobre este particular la Regla 16.1 de Beijing indica que: "Para facilitar la adopción de una decisión justa (...) antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se



realizará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que hubiera cometido el delito."

Esta justicia especializada permitirá al juez y al fiscal de familia, garantizar lo indicado en la Regla 17.1. a) de Beijing cuando señala que: "La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad."

La internación del adolescente en conflicto con la ley, es considerada como medida de última ratio, puesto que debe privilegiarse otras medidas socioeducativas, que signifiquen educar al adolescente infractor en libertad.

Es así que en caso de ser necesaria su internación, ésta deberá aplicarse por el menor tiempo posible; esta concepción es coherente con lo indicado en la Regla 17.1. c) de Beijing la cual señala que: "Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada."

Al encontrarse el adolescente en una etapa de desarrollo y para dar respuesta de manera adecuada a la exigencia de un sistema penal especializado, la legislación en la especialidad, debe atribuirle a los adolescentes en conflicto con la ley, las garantías



genéricas propias de cualquier persona que se encuentra en un proceso penal y de manera adicional, las garantías específicas, que garantizarán la existencia de un proceso penal más humano para los adolescentes.

2.3. Legislación comparada

2.3.1. Legislación vigente fuera de América Latina

Con el desarrollo en materia penal juvenil, se empieza a adoptar programas para aquellos delitos de menor cuantía y/o de acción privada, mismos que varían de país en país. En la mayoría de los casos se excluyen los delitos denominados de bagatela que son tratados mediante el principio de oportunidad, así como los más graves, que no admiten conciliación. En el marco de las recomendaciones surgidas del XII congreso internacional de Derecho Penal, celebrado en Madrid en 1985, se definen a la diversión como una nueva y deseable forma de tratar los problemas contemporáneos del sistema penal, al menos por dos razones:

- a. Evita el peligro de la hipercriminalización, además de cumplir con las funciones propias del derecho penal y mitiga sus efectos negativos.
- b. Ayuda a superar la denominada crisis de punición, facilitando respuestas apropiadas al delito cuando las sanciones penales se consideran inadecuadas.

En ese congreso se estimó que la diversión no debe ampliar las funciones que le



corresponden al Derecho Penal, ni institucionalizar o restringir los litigios que ya ahora se solucionan por vías informales o indirectas. La sustitución de medidas penales que puedan aplicarse a partir de ella, no debe dar lugar a un mayor rigor en el tratamiento de los infractores.

En Europa existen proyectos de mediación desde la década del 80, destacando especialmente a la Gran Bretaña, País de Gales, Alemania, Austria, Noruega, Finlandia, Italia, Países Bajos, algunos cantones suizos y Alemania; donde solamente concluyen por sentencia el 10% de los casos, pues en ningún programa se excluye el derecho y/o acceso al proceso penal de no haber conciliación y convenio de mutuo acuerdo.

La experiencia europea, destaca que cuando los menores acceden al sistema penal, se potencializan las posibilidades de reincidencia; constituyéndose la mediación como un derecho en casi todos los países europeos.

“De esa experiencia europea, se desprende el escaso valor estigmatizante de la mediación-reparación, su alto nivel pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter poco represivo, la convirtieron en ideal para ser utilizada en la justicia de menores, a tal punto que en Austria es la opción preferida de los tribunales juveniles”.¹⁷

Las legislaciones especiales de menores, han cedido ante la expansión de la mediación-reparadora, que está íntimamente relacionada con el proceso de orientación

¹⁷ Giménez Salinas i Colomer, Esther, “La mediación: una visión desde el derecho comparado”, **La mediación penal, colección justicia i societat, Barcelona, 1999, Pág. 102.**



de la política criminal a partir de la labor realizada por organismos internacionales como las Naciones Unidas, reunidas en las reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (reglas de Beijing, 1985) y en la declaración sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas (1989) y el Comité de Ministros del Consejo de Europa que, mediante distintos tratados y recomendaciones a lo largo de los últimos años, han prestado atención a cuestiones como la simplificación de la justicia penal, las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, la participación ciudadana, la asistencia a las víctimas, los trabajos a favor de la comunidad y las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad.

Por su lado, la resolución 40/33 de la 96ª sesión plenaria de las Naciones Unidas, Nueva York 29/11/1985 de la recomendación R (87) 20 sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil del 17/9/1987 de la Regla de Beijing 11.1 señala: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes... para que los juzguen oficialmente” y el Art. 40, 3; b) de la Convención sobre los Derechos del Niño enfatiza que “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

En la recomendación R (87) 20 en el Art. 14, se sugiere a los gobiernos promover la diversión y medidas para evitar –siempre que sea posible- la aplicación de la pena privativa de libertad a los jóvenes delincuentes. Entre aquéllas se destaca la reparación a la víctima o un trabajo para la comunidad adaptado a la edad y con finalidad



educativa. Este documento en su articulado aconseja “a los Gobiernos de los Estados miembros revisar, si es preciso, su legislación y su práctica con miras a alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel de órganos de persecución o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios y comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos”¹⁸.

Los principales puntos de acuerdo son:

1. Implementar un derecho penal mínimo a través de instituciones como el principio de oportunidad o el perdón judicial y la exclusión de determinados tipos penales del derecho penal sustantivo.
2. Garantizar en el derecho juvenil todos los principios procesales.
3. Aplicar la internación solamente como medida excepcional y por tiempo determinado.
4. Relacionar al joven delincuente con la víctima y el daño ocasionado, para procurar soluciones de carácter compensatorio o conciliatorio.

Así, de manera progresiva, la mayoría de los países han ido adaptando sus legislaciones y modificando el catálogo de sanciones a las pautas establecidas en estas

¹⁸ Calatayud Pérez, Emilio, **Legislación básica sobre menores infractores**. Comares, Granada, 1995.



recomendaciones, entre los países que más y mejor han desarrollado la mediación o mediación-reparación, se encuentran:

Estados Unidos de norte América

Los primeros programas de reparación en este país datan de los años 1975-1976, aunque existen antecedentes que se remontan a la década del 60 (por ejemplo, en Minnesota) y trataron de organizar a través de mediadores voluntarios contactos directos entre delincuentes y víctimas. Como en Canadá se los reconoció con el nombre de VORP (Victim Offender Reconciliation Project) y en el año de 1985 llegaron a 32, la mayor parte de ellos estuvieron vinculados con la resolución de conflictos juveniles.

Estos programas se integraron con sesiones donde intervenían tanto padres como jóvenes. En este país se pensó fundamentalmente que en el caso de menores infractores primarios es importante para su recuperación que sean tomados por estos programas, en los cuales se prioriza la responsabilización de su conducta, fortaleciendo valores éticos y de justicia, obteniendo resultados positivos en la mayoría de los casos. Gran parte de los mismos proponen –de ser necesario- la derivación del menor a un servicio de rehabilitación, como alternativa de su confinamiento en una institución en el supuesto de delitos no violentos.

Como consecuencia de que en Estados Unidos de norte América existía una práctica aceptada de justicia negociada previa al juicio a través del -plea bargaining- entre la fiscalía y el abogado de la defensa, el instituto de la mediación fue fácilmente aceptado.



En la actualidad, los programas de este tipo crecieron de tal manera que se llegaron a contar alrededor de 400, lo que pone de manifiesto el gran interés en la reconciliación entre el ofensor y el ofendido, que para fines del año 1995, un total de 24 estados habían adoptado en sus códigos juveniles o procedimientos administrativos conceptos de justicia restitutiva.

Gran Bretaña

Las experiencias iniciales en materia penal en este país tuvieron como fuente el modelo norteamericano y fueron llevadas a cabo por los servicios de –probation-, sin legislación específica y basándose en el principio de oportunidad. Existiendo desde 1972 los community service orders que constituyeron la primera expresión europea de medidas de trabajo de interés general, que fue compartida como reparación dentro del ámbito de la justicia juvenil, juntamente con otras medidas como la supervisión –order- que se traduce en una sanción penal independiente.

Durante el año 1979, se puso en práctica un proyecto en la ciudad de Exeter con el objetivo de evitar la acusación penal de jóvenes infractores, teniendo en cuenta la reparación como un modo de integrar al menor a la comunidad de manera positiva.

En este país, el 97% de las causas son tratadas por las Magistrates Courts, compuestas por jueces no profesionales que juzgan en instancia única las infracciones de menor gravedad, las que frecuentemente se remiten a los mediadores y los tribunales pueden ordenar, como única sanción, la reparación del daño causado,



aunque han ido evolucionando en propiciar una compensación mediada entre las partes.

El autor Sanz Mulas, N., en su obra Alternativas a la pena privativa de libertad, que “El modelo de reparación como pena impuesta por un juez es un proceso judicial –o modelo anglosajón- se encuentra en Inglaterra bajo el nombre de compensation orders introducido en la Criminal Justicia Act de 1972”.

Francia

En la década del 80, dan inicio en Francia los proyectos de mediación-reparación, sin legislación previa. Es de hacer notar que en la actualidad existe un gran interés en la llamada mediación escolar, como forma de prevención del delito ante la crisis del colegio y otros controles informales como medios de socialización y lugares de adquisición de conocimientos. Se trata de introducir en esos ámbitos la mediación para favorecer la socialización.

Algunos autores entienden la “mediación penal” como expresión de una justicia no violenta y próxima, como una forma de participación de la sociedad civil en una política criminal participativa de tipo solidario. En la práctica fue promovido por el Instituto Nacional de Asistencia a las Víctimas y de la Mediación. En 1993 se amplió el Art. 41 del Código de Procedimiento Penal posibilitado, por parte del fiscal, el archivo de la causa en caso de una reparación mediada sin restricción por la gravedad del hecho, aunque generalmente se trata de infracciones leves.



Resulta significativo, en este punto, comprobar un mayor desarrollo de la mediación-reparación en el campo de los adultos, criticándose en el de los jóvenes.

En Francia rige un sistema mixto, con notable influencia de las asociaciones de víctimas y la idea de que la sociedad civil debe participar en la política criminal. Se afirma que el sistema penal no puede seguir funcionando sobre un modelo autosuficiente; ya que la particularidad que allí se presenta es que las asociaciones civiles están precisamente controladas por el aparato judicial.

En resumen, en materia de derecho penal juvenil, el 4 de enero de 1993, se sancionó la Ley de Reparación que tiene por finalidad sensibilizar al menor sobre la existencia de las prohibiciones que determina la misma y las consecuencias de su vulneración, favoreciendo la reparación del daño causado.

Esta modificación fue adoptada para responder a los defectos que presentaba la legislación juvenil, como la falta de presencia y atención a la víctima y la lentitud de las respuestas judiciales. La medida de reparación está prevista en el artículo 12-1 de dicha ley, que propone al menor en todas las fases del procedimiento, lo siguiente:

- a) Antes que el fiscal de la República inicie las actuaciones,
- b) Durante la instrucción y
- c) En el momento de la sentencia.



En este último caso puede hacerlo tanto el juez de menores, el juzgado de menores o el tribunal de menores; este procedimiento presupone el consentimiento de la víctima en forma directa o indirecta. En el único caso en que éste no es necesario es cuando se ejerce en interés de la colectividad.

Es preciso el consentimiento del joven y de los titulares de la patria potestad, en los dos primeros supuestos; el restante sólo presupone que estén recogidas las observaciones del menor y titulares de la patria potestad.

Puede ser realizado por el sector público con competencia en la materia o por una persona física o jurídica habilitada que enviará un informe al concluir el plazo previsto en la resolución; la reparación toma diversas formas: disculpas, reparación o participación en la reparación del daño causado o bien prestaciones en especie en beneficio de la víctima.

Apunta Deschamps, que: “En ningún caso exime al autor de los hechos de la reparación civil, pero permite a los jueces contemplar el sobreseimiento o exculpar la pena”.

Bélgica

La reparación a la víctima en el marco de la legislación juvenil fue incorporada por el Tribunal de Menores de Bruselas en el año 1955, aplicando en este período compensaciones simbólicas e invitando al infractor a cumplir una prestación. Este tipo de reparación era muy preciso en relación a su duración y naturaleza, pudiendo



advertirse que se trató de prestaciones de carácter educativo.

Durante el primer período se aplicó en materia juvenil un sistema proteccional, orientado hacia medidas educativas; como consecuencia de los resultados obtenidos, en otros lugares del país se implementaron también respuestas de carácter penal, de tal forma que en la ley para delincuentes menores de 18 años, dictada en 1965, se previó la posibilidad de subordinar el mantenimiento del menor en su propio entorno a diversas condiciones, especialmente a la de desempeñar una prestación educativa o filantrópica en relación a su edad y a sus recursos, para fomentar la adecuada guarda, protección y educación.

Cuando se trata de reparación aplicada a casos penales se utiliza el término sanción alternativa. Así, el Tribunal de Menores de Malinas, con base en la legislación protectora de menores de 1965, a partir de 1982 únicamente aplica la instrucción de reparación cuando se encuentran en juego infracciones previamente tipificadas por el Código Penal y establece un programa especial para estos actos teniendo en cuenta un número de ellos, la personalidad del menor y su situación. El procedimiento materializa con el compromiso previo de todas las partes implicadas y con un informe que refiere el cumplimiento de la reparación pactada.

Austria

El 1º de enero de 1989, entró en vigencia la Ley de Justicia Juvenil, que introdujo un reordenamiento fundamental en la jurisdicción de menores de Austria, mediante la



instauración de nuevos medios de reacción escalonados, dando prioridad a medidas extrajudiciales como la diversión.

Con la intervención de los profesionales de las medidas de libertad vigilada se amplió notablemente la aplicación de esta institución, que se utiliza actualmente en todo el territorio con una basta experiencia. Los programas cuentan con la asistencia del voluntariado que posibilita su ejecución.

En el instituto de sociología jurídica y criminal de Viena, en 1978, se discutió sobre la regulación alternativa de conflictos en lugar de aplicar penas, publicándose en 1994 los análisis del Instituto sobre los primeros proyectos con adultos, de esa cuenta, se debe destacar la importancia de la realización de un proceso apartado de la justicia penal institucional tradicional, que no se limita simplemente al conflicto entre el autor y la víctima.

De la práctica de mediación de este país, se destaca la admisión de un acto de compensación del delito no presupone ninguna confesión del menor, ni siquiera una presunción de culpa en el sentido más estricto del término, sino únicamente una “disposición a responder del delito”. El joven reconoce la disposición a ocuparse de la acción punible que se le imputa y de su grado de ilicitud y a asumir responsabilidad por ello, puede revocar en cualquier momento su aprobación y exigir la ejecución de un procedimiento ordinario. Es decir, no se lesiona la presunción de inocencia y puede extenderse a delitos sin víctimas o a supuestos en los cuales son anónimas; admitiéndose en estos casos, las acciones de reparación simbólica del ilícito, como



puede ser la prestación de servicios sociales o el pago de pequeñas cantidades de dinero a organizaciones de caridad. Nunca supone una conciliación obligatoria entre autor y víctima y tampoco necesita imprescindiblemente un contacto entre ambas.

La decisión sobre la compensación del delito está exclusivamente en manos del fiscal del Estado o del juez, quienes deberán determinar si ella es suficiente y en tal caso procederá el sobreseimiento.

Jesionek, señala que “Con esta forma de conclusión son sobreseídos en la actualidad por parte del fiscal del Estado prácticamente la mitad de todos los procedimientos criminales contra menores”.

Holanda

Fue uno de los primeros países en Europa comunitaria que desarrolló vías alternativas al proceso penal y a la privación de libertad de jóvenes delincuentes. No obstante, la existencia de una importante tradición de servicios de asistencia a las víctimas desde la década del 70, el proyecto de mediación de Almelo se inició en 1993 y es único en su género en Holanda.

El proyecto se ocupó indistintamente de menores y adultos en una fase previa al proceso penal, con dos objetivos: indemnización a la víctima o resolución del conflicto entre autor y víctima.



De esta manera se reconocieron distintos efectos: la mediación pasó a ser en estos casos una verdadera alternativa, porque se implementó en todo tipo de delitos en los que la víctima pueda reclamar indemnizaciones sin límite establecido o bien la restitución en los casos de daños, robos, lesiones, etc.

En el año 1995 se reformó la ley brindando la posibilidad a la Fiscalía y a la policía de intentar un acuerdo de mediación –reparación en la fase más temprana del proceso. Si el compromiso se concreta antes del inicio de las actuaciones, el fiscal puede ordenar su archivo. Posteriormente, constituye una condición que debe cumplirse para evitar la ejecución de la pena.

La ley, además, recogió las órdenes de restitución que pueden imponerse como una sanción al condenado, que es quien paga al Estado y éste lo remite a la víctima; paralelamente, existen una serie de programas orientados hacia una reparación en sentido más amplio, centrándose principalmente en la compensación monetaria.

Por otro lado, se encuentran los proyectos educativos destinados a jóvenes infractores entre los 14 y 19 años que muestran una carencia de percepción del daño causado, habiendo sido muy positivos los resultados obtenidos.

También se ha desarrollado el denominado Programa Halt para infractores entre 12 y 18 años. Estos menores pueden evitar el proceso judicial a través de la realización de servicios específicos en beneficio de la comunidad, bajo la supervisión de personal idóneo. La sanción tiene una finalidad educativa mediante el cumplimiento de un trabajo



que esté relacionado con el delito cometido. En algunos casos se concreta ya compensación o el pedido de disculpas a la víctima.

El principio de oportunidad permite esta gran flexibilidad, descentralización e informalidad, apoyándose en una extensa red de servicios sociales.

Las sanciones alternativas son impuestas por los jueces, en sustitución o suspensión de la medida privativa de libertad. Los jóvenes saben que si acogen a esta opción deberán cumplir con compromisos bien claros respecto de un número de horas de actividad que determine el magistrado.

Italia

El principio de legalidad es el que rige en Italia, es por eso que los proyectos de mediación, fundamentalmente con menores, han sido introducidos muy recientemente, habiéndose interesado la Asociación de Jueces de Menores, italiana e internacional. Sin embargo, la Fiscalía puede actuar de conformidad al principio de oportunidad frente a procedimientos en los cuales, por su reducida importancia, la normativa prevé la renuncia facultativa a la pena o al proceso, por parte del Ministerio Público.

Con el derecho presidencial número 448 aprobado en 1988, se aportó un nuevo procedimiento penal para el menor, efectuó otros cambios importantes dentro de un contexto más amplio de reforma del Código de Procedimiento Penal.



Al pasar la modalidad de inquisitoria a acusatoria tuvo un cambio profundo en el contexto judicial y en el de procedimientos penales relativos a jóvenes.

En la jurisdicción de menores el juez puede suspender el proceso con base en un proyecto de intervención elaborado por los servicios sociales. El Art. 28 de la norma citada señala expresamente: “el juez puede impartir prescripciones con el fin de arreglar las consecuencias del delito y promover la conciliación del menor con la persona ofendida por el delito”.

Si el trámite es exitoso no queda registrado el antecedente penal del menor, en caso contrario, es condenado.

Asimismo, según el Art. 9º el juez o fiscal, durante las indagaciones preliminares pueden pedir información sobre la posibilidad de reparación. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal permite en su Art. 564 que el fiscal, para los delitos perseguibles por querrela –que incluyen daños y lesiones leves-, pueda incluso, antes de la investigaciones preliminares, citar al querellante y querellado adulto para verificar si el primero está dispuesto a retirar la querrela y el segundo a aceptarlo.

Respecto de las posibilidades con jóvenes a pesar de no encontrar en principio límites, la puesta en práctica de las mediaciones se ha realizado en forma esporádica. No obstante ello, recientemente la oficina central de justicia de menores está promoviendo su experimentación en todo el territorio italiano.



Noruega

En el ámbito escandinavo, es Noruega, la que ha desarrollado la mediación comunitaria social, que tuvo como antecedentes los proyectos existentes de Estados Unidos, Reino Unido y Canadá entre otros. En general, las primeras experiencias en la materia han tenido buena aceptación política, intelectual y profesional, fundamentalmente como prevención en el campo juvenil.

Entre los objetivos de los primeros proyectos estaban la construcción de una alternativa al proceso penal tradicional para delitos leves, la intensificación del trabajo y la delincuencia de jóvenes, la reducción de la sobrecarga policial y judicial y la disminución del delito.

Fue a principios de la década del 80 cuando se realizó un proyecto para la resolución alternativa de conflictos, referido específicamente a jóvenes de entre 14 y 15 años, etapa de la vida en la que comienza la responsabilidad penal del autor de un hecho delictivo. El objetivo fue el de evitar la reacción penal dirigida a menores de esas edades, la mayoría de los planes de conciliación operan en la fase prejudicial.

El programa noruego es extenso e incluye los aspectos referentes a la escolaridad del joven y su alojamiento en el seno de una familia sustituta, a la cual se le paga el trabajo tutelar que realiza, esto siempre y cuando no resulte más conveniente la permanencia del menor con su familia de origen. Ya en el año 1989, existían 81 consejos o juntas de conflicto que recibieron 268 casos. Estas experiencias fueron valoradas positivamente,



incluso en el parlamento noruego. En ese entonces se llegó a la conclusión, que respecto de los individuos de esas edades se puede renunciar a la imposición de sanciones penales, siempre que se utilicen modelos alternativos para la resolución de los conflictos ocasionados por su conducta.

Los consejos para conflictos se han extendido a todo el país y el sistema de mediación se ha ampliado también a personas que hayan cometido hechos delictivos hasta la edad de 25 años. La población y la justicia han aceptado la reparación como alternativa a las sanciones tradicionales.

Fruto del apoyo social a estos proyectos fue la promulgación de una ley, el 15 de marzo de 1991, sobre juntas municipales de mediación, desarrollada en un reglamento al año siguiente, cuando también entró en vigor la ley, haciendo obligatoria la creación de dichas juntas. Se requiere el consentimiento de ambas partes y la mediación opera como elemento de diversión.

Su funcionamiento se restringe a casos menores (principalmente delitos contra la propiedad), aunque sin limitación de edad –que existió hasta los 18 años, en la fase experimental previa-.

Si el hecho incluye una persona por debajo de esa edad, exige el consentimiento de los padres o guardadores. Las partes han de encontrarse personalmente, pudiendo ser asistidas por una persona que no sea abogado.



Nueva Zelanda y Australia

Las legislaciones imperantes en estos países han adoptado modelos semejantes, en los cuales se le ha prestado fundamental importancia a los grupos de discusión familiar o conferencias familiares (FGC). Con experiencias anteriores e influencia de la comunidad Maorí, en Nueva Zelanda, estas formas de mediación han sido introducidas en el año 1985, extendiéndose hasta diversos países del ámbito anglosajón como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido y Australia, además de Singapur, Sudáfrica, Filipinas e Israel.

La reparación ha resultado una experiencia útil en los delitos contra la propiedad; no obstante ello, se pensó en un principio que las víctimas no se sentirán conformes de integrar reuniones con sus victimarios.

En las infracciones juveniles, salvo algunas excepciones como los delitos muy graves, los tribunales derivan los casos para la resolución del conflicto a los grupos mencionados (FGC), lo que ha permitido una disminución en un porcentaje muy importante de las causas judiciales.

Durante el año de 1989, Nueva Zelanda adoptó, mediante la Ley de Protección y Reforma de Menores, un sistema juvenil donde un coordinador de la justicia de menores, dependiente de servicios sociales y no de la justicia, facilita un encuentro en el que participan una serie de personas, relacionadas con la víctima y el infractor, debiendo llegar a una recomendación consensuada sobre la consecuencia del ilícito.



Este modelo revolucionó el modo de actuar ante la problemática de los infractores jóvenes. El principio de esta normativa radica en que, cuando sea posible, la familia y el grupo familiar del niño o joven deben participar en la toma de decisiones que lo afectan y por ende resulta importante el punto de vista del familiar.

El método tiene ventajas que inclusive lo ponen por encima del clásico de mediación víctima-victimario, en cuanto involucra a muchas personas de la comunidad en la reunión convocada para discutir la ofensa, sus efectos y cómo remediar el perjuicio, de modo tal que contribuye a dar mayor poder y posibilidad de reconciliación a la comunidad en su totalidad. Reconoce y legitima el importante papel que juega la familia en la vida del infractor juvenil.

David Moore, un pionero australiano del modelo, ha esbozado los principios que forman la base del mismo:

- a. Se rechaza la conducta agresora, no al agresor.
- b. El objetivo es el reintegro.
- c. El proceso alienta a los ofensores a hacer frente a las consecuencias de su propio comportamiento y ofrece a las víctimas la oportunidad de manejar su resentimiento e ira.

En Nueva Zelanda no se requiere que los menores admitan su culpabilidad antes de



iniciar una conferencia, sino que basta con que no nieguen el hecho. De cualquier forma, tienen derecho a solicitar un abogado de oficio que puede estar presente. Además para los delitos más graves, los acuerdos tienen que ser aprobados por los tribunales, pudiendo modificarlos si consideran que no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad.

Algunas de las personas involucradas en el proyecto australiano de Wagga Wagga han establecido contactos y han influido en la ONG de Pensilvania Justicia Real, que ha redactado un manual de formación. Desde la entrada en vigor de la ley de infracciones juveniles de 1993, se han realizado más de 4,500 conferencias en Australia del sur. A diferencia de Nueva Zelanda, se ha puesto el sistema bajo la égida de sus departamentos de justicia y no de los servicios sociales.

Alemania

Alemania es el país que presenta un mayor desarrollo en el tema del derecho penal juvenil con una reglamentación específicamente diferente a la que corresponde al Derecho Penal de adultos. Es precisamente el régimen donde se ha potenciado la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y del principio de subsidiaridad en su ejecución. Elema Highton citada por Cinthia Oberlander Las iniciativas de los juzgados de menores comenzaron ya en el año 1950, mediante reparaciones simbólicas, las cuales se concretaron en la ley de 1953 bajo la denominación de -misión de ejecutar una prestación especial-.



Ya en la década de los 80, los alemanes desarrollaron más de 20 programas de mediación-reparación, como una manera de desjudicialización en su etapa introductoria; estos programas contenían distintos tipos de reparación: disculpa personal, compensación del daño, pago para resarcimiento de perjuicios morales, prestaciones de trabajo cuyo rendimiento económico beneficiaría a la víctima, acciones conjuntas de autores y damnificados por el delito, devolución de objetos y regalos como un gesto simbólico de reconciliación; los resultados fueron halagadores, pues, entre el 70 y 80% de los imputados habían cumplido con la obligación pactada.

La regulación del derecho penal de menores ha permanecido inalterada en Alemania entre 1953 y 1990, a pesar de lo cual la realidad sancionadora ha sufrido cambios decisivos. En tal sentido, los fiscales y los jueces juveniles ampliaron los criterios de tolerancia y reacción informal mediante la diversificación de sanciones y la aplicación de medidas de orientación y educación en vez de las puramente represivas de internamiento. Estos procedimientos han aumentado a lo largo de los años hasta llegar en la actualidad a ocupar un nivel de alrededor del 67% de las causas penales. De conformidad con lo que apunta el autor Hans-Jürgen Kerner que en el Estado de Hamburg, esa es la razón por la que en la mayoría de los casos de los jóvenes y adolescentes que delinquen por primera vez, los procedimientos finalizan sin condena formal y solamente se dictan sentencias en un 10% de las causas.

Según nuevos estudios, alrededor de 350 instituciones de asistencia juvenil ofrecen un ámbito adecuado para desarrollar un encuentro entre autor y víctima para arribar a un acuerdo de conciliación, culminando con éxito más de 10,000 casos al año.



La ley de los tribunales de menores promulgada en Alemania en el año 1953, fue modificado profundamente, tomando en cuenta la jurisprudencia norteamericana, que da posibilidad de someter al menor a un programa educativo en diligencias previas, tratando de evitar que el joven ingrese al sistema judicial. En dicho país, el personal policial puede tras una amonestación entregar al menor a sus padres (diversion to nothing) también pueden derivarlo a centros públicos o privados, que lo informen sobre su derechos y de ser necesario inician alguna medida de seguridad (diversion for something).

En Alemania, el personal policial no tiene ninguna competencia procesal propia, sólo el derecho y deber del denominado “primer acto de intervención”, siendo el Ministerio Fiscal el que ejerce la facultad descrita.

El Derecho Penal de jóvenes, a diferencia del Derecho Penal general, contempla la reparación y la conciliación como reacciones penales autónomas que el juez puede imponer en la sentencia. Las instrucciones incorporadas por esta ley constituyen una modalidad de medidas orientadas a la educación junto con la asistencia educativa. También se prevé medios de corrección (amonestaciones, obligaciones y arresto) y la pena juvenil, consistente en privación de libertad en un establecimiento especial para menores.

Asimismo, pueden imponerse las siguientes medidas de seguridad: el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, la vigilancia de conducta y la privación del permiso de conducir; destacándose en el sistema penal juvenil alemán las



ventajas de las sanciones informales sobre las formales, en este sentido el uso de estas estrategias se apoya en investigaciones criminológicas en las que se pone de manifiesto que la mayoría de la delincuencia de adolescentes, especialmente comprendida por delitos leves contra el patrimonio, constituye un fenómeno normal, que forma parte del proceso de socialización del menor, se trata de hechos delictivos aislados, con baja probabilidad de reincidencia cuya comisión desaparece cuando alcanza la madurez.

Estas sanciones informales del derecho penal juvenil que simulan en parte los mecanismos de control social informales como la familia y la escuela, se justifican desde el debido respeto al principio de subsidiariedad que se impone en el ámbito de la criminalidad de jóvenes.

2.3.2. Legislación vigente en América Latina

Los modelos de legislación de menores que desde el punto de vista comparativo suelen ser expuestos y pueden reducirse a tres:

1. El modelo llamado "Justicia de Menores", en el cual predominan los aspectos garantistas.
2. El modelo de "Bienestar Social", en el cual se tienen en cuenta aspectos de política social, proveniente de las legislaciones angloamericana y escandinava.



3. El modelo de "Pura Defensa Social", en donde se emplean las medidas tutelares para aquellos menores que hayan cometido algún tipo de delito. Este modelo pone más interés en brindarle protección a la sociedad, que en ocuparse de los menores que delinquen; ya que consideran que el menor por su corta edad no comprende los imperativos legales y constituye una fuente de peligro para la sociedad; problema que se soluciona cuidando al menor para que no atente contra la misma.

En la actualidad, los modelos de bienestar social y de justicia de menores, son los mayoritariamente aceptados y apoyados por la doctrina penal juvenil moderna, mientras que el modelo de pura defensa social con las medidas tutelares, es cuestionada por los teóricos porque no obtiene, en la mayoría de los casos, la respuesta que de éste se esperaba; que en el contexto de la restricción o privación de la libertad se hace difícil la posibilidad de educar, sino que además, está comprobado que tienen un alto efecto estigmatizante que impide la reinserción en la sociedad; obteniéndose como resultado que las medidas tutelares, en vez de reasentar al menor en la sociedad, lo aíslan cada vez más.

Las primeras legislaciones de menores tuvieron una marcada influencia de las ideas positivistas. Un segundo período, posterior a los años cincuenta, recogió las ideas formuladas por la escuela de defensa social. Mientras que en una tercera y actual etapa, la legislación se crea o modifica a partir de la promulgación de la Convención Internacional de Derechos del Niño.



Los rasgos centrales en el primer período que se pueden mencionar son los siguientes:

- a. La intervención legislativa se fundamenta en la necesidad de asistencia de un sector de la niñez y juventud desvalida, considerada incapaz, débil e indigente.
- b. Los delincuentes juveniles eran considerados con personalidad particular o anómala, caracterizada por una estructura psíquica y por ciertas deficiencias fisiológicas y morfológicas. Fueron considerados seres anormales.
- c. Las legislaciones penales de menores estaban apoyadas en criterios de peligrosidad y conductas pre-delictivas.

Bajo el eufemismo de la intervención estatal por medio de las llamadas acciones tutelares, se impusieron castigos severos, trabajos excesivos y se desconoció a los menores infractores el carácter de sujetos de derecho y más bien se les consideró como objetos de protección.

Algunas características del segundo período son las siguientes:

- a. La intervención legislativa se fundamenta en una supuesta situación irregular en la que se encuentran los jóvenes y niños, excluidos, generalmente en forma voluntaria, de los medios informales de protección, como la familia, la escuela, la comunidad.



- b. Las leyes de menores se caracterizan por judicializar y en muchos casos penalizar situaciones de pobreza y falta de recursos materiales, o falta de vínculos familiares.
- c. La figura del juez de menores es jerarquizada en una competencia casi sin límite, bajo una concepción de buen padre de familia y con poderes discrecionales.
- d. Desconocimiento para los menores de las garantías procesales comúnmente aceptados en el derecho penal de adultos, como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho de defensa, etc.

El tercer período que se inicia con la Convención Internacional de Derechos del Niño, marca un rompimiento con las concepciones de las legislaciones pasadas.

Algunos rasgos de estas nuevas legislaciones son los siguientes:

- a. Desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento, es sustituida por la del sujeto-persona titular de derechos y se reconoce a los infractores penales las garantías procesales comúnmente aceptadas internacionalmente para los adultos.
- b. Se separan las situaciones de naturaleza jurídica, que ameritan la intervención judicial, de las patológicas sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del estado.



c. Se homogeniza el concepto de niño, en todo ser humano menor de 18 años. Lo mismo que se establece una edad mínima para la adquisición de la capacidad penal.

La nueva convención de los derechos del niño, marcó un hito en el desarrollo histórico de las legislaciones de menores, por lo que se puede hablar de legislaciones antes y después de la convención.

Antes de la convención en la mayoría de legislaciones, lo que justificaba la intervención jurídico-penal, fue la situación irregular y no necesariamente haber infringido las leyes penales. Esta particular categoría es considerada para todo niño, niña y adolescente que carece de las necesidades básicas para su desarrollo. Bien pueden ser de carácter material o inmaterial. Por ejemplo, si se dedica a la mendicidad, si no tiene vivienda, o si no asiste regularmente a la escuela, es claro que carece de lo material necesario para su desarrollo, pero también si no tiene familia o es abandonado, se encuentra igualmente en situación irregular.

Es por ello que la mayoría de las legislaciones incluían las categorías de abandono material o moral.

La situación irregular es llamada por algunas legislaciones peligro social, se convierte en sinónimo de conducta delictiva o pre delictiva. Sin duda semejante comparación quebranta toda la teoría del delito y refleja desde luego un tipo especial de control social.



Después de la convención el panorama legislativo y doctrinario latinoamericano se ha venido modificando. Pese a que casi todos, por no decir todos, los Estados latinoamericanos suscribieron la convención y la han ratificado, no sucede lo mismo en el ámbito de las legislaciones internas.

Hasta la fecha sólo en ocho países de la región (incluyendo a Guatemala) se han promulgado leyes especiales sobre menores nuevas o se han modificado las existentes, a efectos de ser adaptadas a la convención de los derechos del niño.

“A diferencia de las legislaciones anteriores a la Convención, la nueva fundamentación de la punición se apoya en la culpabilidad por el hecho, que es la mejor garantía para el respeto de los derechos humanos. Como principio básico para la intervención jurídico penal, es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo. Infracción que debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que supuestamente se cometió el hecho. De un derecho penal de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho de culpabilidad por el hecho. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad.”¹⁹

También en las nuevas legislaciones se reconocen las garantías procesales internacionales admitidas para el Derecho Penal de adultos, además de aquellas garantías especiales que les corresponden por su condición de menores, por ejemplo

¹⁹ García Méndez, Emilio. **Adolescentes infractores como precisa categoría jurídica**. Pág. 22.



trato diferencial, reducción de los plazos de internamiento y mayores beneficios institucionales que los adultos.

Desde que se aprobó la convención se inició una nueva doctrina de la infancia, tanto a nivel internacional como a nivel de cada país que ha iniciado el proceso de reforma. Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la convención, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial a los instrumentos internacionales referentes a menores.

“Es la doctrina de los derechos humanos, que ha alcanzado en este campo de la niñez un nivel positivizado. Es la doctrina que elimina las odiosas discriminaciones, creando una sola categoría de infancia, que jerarquiza la función judicial, que garantiza la participación del niño como sujeto pleno de derechos, como ser humano con dignidad propia. Sin embargo, no se puede perder de vista la perspectiva realista. Las violaciones de derechos humanos son múltiples, terribles y reiteradas. La positivización de los derechos humanos, sea de rango internacional o nacional, no significa su garantía ni su cumplimiento. Sería absurdo pensar que la ley por sí sola limita los abusos y las desviaciones del poder político. Más en América Latina, que se ha caracterizado por la dicotomía entre lo que la ley dice y lo que se hace.”²⁰

Uno de los efectos casi inmediatos producidos por la adopción de la Convención, lo constituye el proceso de reforma legislativa que se ha iniciado en América Latina y

²⁰ Martínez López, Antonio José. **Derecho del menor: manejo de problemas infantiles y juveniles**. Pág. 47.



probablemente en otras latitudes. Se tiene conocimiento que las reformas fueron llevadas a cabo posteriormente a la fecha de la convención: en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México, Costa Rica y Guatemala.

En Colombia, se acordó un nuevo Código del Menor por Decreto Número 2737 del 27 de noviembre de 1989, tan sólo siete días después de que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara la Convención.

En 1990, concretamente por la Ley Federal número 8069 del 13 de julio, Brasil aprobó el estatuto del niño y del adolescente, cuya principal fuente inspiradora fue la convención.

En el año de 1992, Ecuador aprobó un nuevo Código del Menor, el 16 de julio. En diciembre de ese mismo año, también Bolivia y Perú aprobaron, el primero un Código del Menor y el segundo, vía Decreto Ejecutivo, un Código del Niño y del Adolescente.

México, también siguiendo la tendencia reformadora, derogó la ley de 1979 y promulgó una nueva legislación de menores en 1991 llamada: Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común para toda la república en materia federal.

Costa Rica, por ley Número 7383 del 8 de marzo de 1994, reformó la Ley orgánica de la jurisdicción tutelar de menores No. 3260 del 21 de diciembre de 1963.



Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva ley o Código del Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la ley tutelar vigente desde 1963, si se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. Esta ley, a diferencia de otras técnicas legislativas, regula exclusivamente los casos en los cuales se atribuye a los menores entre los 12 y los 18 la comisión de un delito o una contravención, dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, Familia, etc.

Según señala Zulita Fellini, “en Costa Rica desde enero de 1998 rige un nuevo Código Procesal en materia penal, en el cual se establece que la conciliación entre víctima-victimario, en el caso de faltas o contravenciones, delitos de acción privada o de instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, extingue la acción penal. Estableciendo que a los menores de edad no se les podría atribuir ninguna infracción penal; sin embargo, la responsabilidad civil queda a salvo.

Aspectos importantes de la nueva legislación costarricense:

- a. Limita la competencia del juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones;
- b. Establece una edad entre 12 y 18 para la aplicación de esta nueva ley.
- c. Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad ni la imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal.



d. El derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído y a que la sanción que se le aplique se le imponga una vez comprobada su participación en el hecho y que la misma sea proporcional a la infracción o el delito que cometió.

La nueva ley costarricense, también garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas. Lo mismo que el recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

Costa Rica cuenta con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para varones y otro para mujeres. En ambos se admiten menores entre los 12 y los 18 años de edad; la ley establece un capítulo de procedimientos que prevé la intervención de trabajadores sociales; lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares; entre ellas se encuentran las siguientes:

a. amonestación,

b. libertad asistida,

c. depósito en hogar sustituto,

d. colocación en un trabajo u ocupación conveniente,

e. internación en un establecimiento reeducativo.



Para los casos de delitos contra la vida y delitos sexuales, se aplican las medidas contenidas en las literales c), d) y e).

“Criticable de esta nueva ley costarricense es la falta de criterios claros para la determinación o la imposición de las medidas tutelares. Dejando al criterio del juez la escogencia de la medida tutelar, lo que significa que las facultades del juez son tan amplias que se puede extender contra abusos en los derechos de los menores infractores. Por lo demás se le considera una de las leyes más avanzadas dentro de la nueva concepción del derecho penal de menores.”²¹

2.4. Legislación penal juvenil guatemalteca

2.4.1. Antecedentes

Guatemala modificó su legislación de menores en el año dos mil tres. La nueva legislación es una redefinición del Código de Menores que estaba vigente desde 1979, la cual era fundamentado por la doctrina de la pura defensa social.

El sustento de la nueva legislación se encuentra en la doctrina del desarrollo integral y de la convención sobre los derechos del niño, la cual fue aprobada por el congreso de la república el 10 de mayo de 1990.

La nueva legislación se encuentra inspirada en la propuesta que define a las políticas

²¹ **Ibid.** Pág. 51.



criminales juveniles a través de establecer propuestas preventivas a todo nivel. Para lo cual comienza considerando la prevención primaria para evitar las conductas antisociales del y de la adolescente.

De esta manera, la legislación adopta el nombre de "Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia". Estableciendo la misma que su objeto es ser un instrumento jurídico de integración familiar y de promoción social, la cual persigue alcanzar el desarrollo integral y sostenible de la niñez y de la adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático y de irrestricto respeto a los derechos humanos.

2.4.2. Aspectos sustantivos o materiales de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

Como parte de la adecuación de la legislación a los tratados internacionales sobre la niñez y la adolescencia, establece que como niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y como adolescente a toda aquella persona desde los trece hasta que cumple dieciocho años.

Asimismo, establece como parte del marco general que rige a la nueva legislación que el interés superior del niño y de la niña es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, por que de deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, el origen étnico, religioso, cultura y lingüístico, por lo que el derecho de la niñez y adolescencia es un derecho tutelar de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles una protección jurídica



preferente. Definiendo que dicho derecho es de orden público y de carácter irrenunciable.

En el segundo párrafo del Artículo 6 se establece que: "El Estado deberá velar porque los niños, niñas y adolescentes reciban entre otros: a) Protección y socorro especial en caso de desastres; b) Atención especializada en los servicios públicos o de naturaleza pública; c) Formulación y ejecución de políticas públicas especiales; y, d) Asignación específica de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y la juventud adolescente."

Estas propuestas implican un cambio en la concepción tradicional del Estado guatemalteco, el cual desde tiempos coloniales ha menospreciado a la niñez y la juventud al visualizarlos como objetos de la tutela, por no decir subordinación a la autoridad paterna. Considerar de orden público la ley en mención y definir obligaciones al Estado para fomentar una práctica democrática dentro de la familia, implica un completo cambio de paradigma estatal, lo cual significa que se avanza de manera sustancial en el cambio de la visión machista, adultocéntrica y autoritaria hacia una concepción democrática de la relación paternofilial, lo cual contribuye al fortalecimiento del Estado de derecho.

En esta nueva ley, se incluyen reconocimientos a la diversidad étnica y cultural que tiene Guatemala, de esta manera se establece en el segundo párrafo del Artículo 10 que "A las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a los grupos étnicos y/o de origen indígena, se les reconoce el derecho a vivir y desarrollarse bajo las formas de



organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales, en tanto que éstas no sean contrarias al orden público y al respeto debido a la dignidad humana."

En consonancia con las políticas primarias vinculadas con una política preventiva a todo nivel, en el Artículo 18 se establece que "todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria, en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia."

En otras palabras, evitar que las y los niños, así como la adolescencia se desarrollen en un medio social en el cual se promuevan los vicios y puedan, inclusive, ser objetos en dicha dependencia.

Uno de los aspectos más importantes en relación a la prevención primaria es lo que la Ley establece en su Artículo 29, en donde se regula que: "Los casos de sospecha o confirmación de maltrato contra el niño, niña y adolescente detectados por el personal médico o paramédico de centros de atención social, centros educativos y otros deberán obligatoriamente comunicarlos a la autoridad competente de la respectiva localidad, sin perjuicio de otras medidas legales."

Mientras que el Artículo 44 establece que las autoridades de los establecimientos de enseñanza pública o privada comunicarán a la autoridad competente los casos de:



- a. Abuso físico, mental o sexual que involucre a sus alumnos y
- b. Reiteradas faltas injustificadas y de evasión escolar, cuando sean agotados los medios administrativos escolares.

“Lo anterior significa que se ha superado la discusión relacionada con la contradicción ética que presentan los profesionales de la salud y del trabajo social relativos a si deben o no denunciar casos de violencia intrafamiliar que conocen cotidianamente. Algunos teóricos han planteado que no deben hacerlo debido que es parte del secreto profesional, mientras que otros y otras plantean que sí debe denunciarse puesto que dicho secreto debe estar subordinado al bienestar de las y los niños. La Ley resuelve esta disputa teórica, al plantear la obligación de los y las profesionales de la salud y del trabajo social, así como de los y las pedagogas de denunciar, incluso las sospechas de maltrato infantil”.²²

Otro de los elementos destacables de la nueva normativa relacionada con la niñez, es el derecho a la educación, cultura, deporte y recreación que se encuentra regulado en la Sección II, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en donde se establece la educación multicultural y multilingüe, así como que la misma debe tomar en cuenta la realidad geográfica, étnica y cultural del país para su implementación.

El Artículo 38 de la Ley establece que: "El Estado a través de las autoridades competentes, deberá garantizar el derecho a la educación multicultural y multilingüe,

²² Gutiérrez Páez, Estuardo. **Los derechos humanos y la medicina**. Pág. 19.



especialmente en las zonas de población mayoritariamente maya, garifuna y xinka." Mientras que el Artículo 39 establece al Estado la obligación de: "desarrollar los mecanismos necesarios para que los niños, niñas y adolescentes del área rural tengan acceso a la educación, mediante programas adecuados a su realidad geográfica, étnica y cultural."

Esta norma debe ubicarse dentro del contexto histórico general de Guatemala, en donde el área rural se ha visto como fuente de mano de obra cuasi gratuita y en donde los empleadores, la mayoría agroexportadores tradicionales con una mentalidad colonialista, han negado sistemáticamente los derechos elementales a sus trabajadores y trabajadoras. Obligarlos a cambiar dicha mentalidad es un deber moral de la sociedad y el Estado guatemalteco.

El área rural, o interior del país, siempre se ha caracterizado por una completa y campeante impunidad. Su regulación, pero, principalmente, la aplicación de la ley, implica una transformación jurídica de dimensiones insospechadas.

Dentro de la prevención primaria, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003, establece en la Sección IV, el derecho de los niños, las niñas y la adolescencia, el derecho que les incumbe, respecto a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, venta y trata de éstos, mientras que la Sección V establece el derecho a la protección contra la explotación económica y la Sección VI, regula lo relativo a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia.



Para garantizar la prevención primaria la ley establece en el capítulo II obligaciones del Estado, sociedad, padres, tutores o encargados. Para el Estado, el Artículo 76 regula, entre otras, las siguientes:

- a. Velar porque las instituciones públicas o privadas que atienden a los niños, niñas y adolescentes a quienes sus derechos se encuentran amenazados o violados, éstos sean respetados y restituidos, en especial su derecho a la vida, seguridad, identidad cultural, costumbres, tradiciones e idioma y les brinden tratamiento integral y digno.
- b. Coordinar acciones e impulsar programas que fomenten la unidad y estabilidad familiar, el civismo, identidad nacional, los valores morales, el respeto a los derechos humanos y el liderazgo para el desarrollo de la comunidad."

Mientras que el Artículo 78 establece obligaciones para los padres, tutores o personas responsables de niños, niñas y adolescentes para garantizarles el goce de sus derechos. Para lo cual regula:

- a. "Brindarles afecto y dedicación;
- b. Proveerles los recursos materiales necesarios para su desarrollo, de acuerdo a sus posibilidades económicas;
- c. Orientarles preventivamente, así como participar activamente en programas comunitarios de prevención y rehabilitación."



Es decir que se convierte en ley, una conducta que debe ser práctica cotidiana en la relación paternofamiliar y que debiera ser parte de la costumbre familiar, de las instituciones de enseñanza y de las de cuidado de las y los niños. Este Artículo es importante, debido a que su regulación vuelve ley lo que debiera, pero no es, ser una práctica social de todos los días en la relación entre padres, tutores, guardadores y las y los niños bajo su responsabilidad.

Para garantizar la efectividad de las concepciones de seguridad integral, la ley prevé la elaboración de políticas, las cuales las clasifica como políticas sociales básicas, de asistencia social, de protección especial y de garantía. La primera se considera como el conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos. Las segundas son el conjunto de acciones, siendo formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes, en situaciones de extrema pobreza o en estado de emergencia, el derecho a un nivel de vida adecuado, a través de programas de apoyo y asistencia a la familia.

Las terceras, es decir la de protección especial, se refieren al conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos su recuperación física, psicológica y moral. Mientras las de garantía se refieren al conjunto de acciones formuladas por el Estado y la sociedad, para garantizar a los niños, niñas y adolescentes sujetos a procedimientos judiciales o administrativos, las garantías procesales mínimas.



Como se puede apreciar, la concepción predominante es la definición de políticas integrales y coherentes que incluyan desde la atención básica o primaria de la población infantil y joven, hasta las que deben ser consideradas en función de la existencia de menores en conflicto con la ley penal. Se puede observar una lógica determinada por la teoría de la protección integral, la cual implica un importante adelanto en la política criminal juvenil del Estado guatemalteco, el cual ha definido su práctica policial y judicial en función de la concepción defensista.

Para garantizar que la ley en mención sea positiva, se establece la creación de la comisión nacional de la niñez y de la adolescencia, la cual, de acuerdo al Artículo 86, debe ser integrado por un representante de cada una de las áreas de educación, salud, trabajo y previsión social, gobernación, cultura, bienestar social, finanzas y la secretaría de planificación y programación de la presidencia, así como un representante del organismo judicial. Mientras que por parte de la sociedad civil, dicha comisión la deben integrar las organizaciones no gubernamentales destinadas al desarrollo de la niñez y la adolescencia, los representantes de organizaciones de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, religiosa, indígena, juveniles, educativas y de salud.

Para que su funcionamiento sea adecuado, el Artículo 87 establece que las decisiones de la comisión nacional de la niñez y la adolescencia serán autónomas y propositivas; es decir, goza de plena autonomía en la definición de las políticas relacionadas con su mandato, para lo cual no debe rendirle cuentas a nadie, pero si puede incidir en la definición de las políticas de los consejos de desarrollo, tanto a nivel comunitario, municipal, regional y nacional.



Complementariamente a la comisión mencionada, la ley establece la obligación de crear la defensoría de los derechos de la niñez y la adolescencia, adscrita a la Procuraduría de los Derechos Humanos. Asimismo, establece la obligación de la Policía Nacional Civil de crear la unidad especializada de la niñez y la adolescencia, la cual tendrá como objetivo principal, el capacitar y asesorar sistemáticamente a todos los miembros de la institución, sobre los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

2.4.3. Aspectos adjetivos o procesales de la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia. Decreto Número 27-2003

El Artículo 160 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia establece la obligación del Estado guatemalteco de crear juzgado de la niñez y la adolescencia, de adolescentes en conflicto con la ley penal, de control de ejecución de medidas y por lo menos, una sala de la corte de apelaciones de la niñez y adolescencia.

Asimismo, establece que dicha jurisdicción deberá ser especializada, contando, para ello, con un psicólogo, trabajadores sociales un pedagogo, además que los tribunales podrán auxiliarse de los especialistas de las instituciones de asistencia social y otras instituciones públicas o privadas, así como de intérpretes de idiomas mayenses, garífunas y xinkas, cuando sea necesario. Pero que para la integración de los tribunales se deberán tomar en cuenta las características socioculturales de los lugares donde funcionarán.



La ley establece que las y los jueces de los juzgados de la niñez y la adolescencia deben tener amplios conocimientos y experiencias en derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Esta nueva legislación contempla la división jurisdiccional en función de si la niñez y la adolescencia se encuentra afectada en sus derechos o si son personas en conflicto con la ley penal, para lo cual divide los juzgados en "de la niñez y la adolescencia" y en juzgados de "adolescentes en conflicto con la ley penal".

Al primero le regula, entre otras, las siguientes obligaciones:

- a. Conocer, tramitar y resolver aquellos hechos o casos remitidos, denunciados o conocidos de oficio, que constituyan una amenaza o violación a los derechos de la niñez y adolescencia y que, a través de una resolución judicial, se restituya el derecho violado o cese la amenaza o violación al mismo.
- b. Cuando sea necesario conocer, tramitar y resolver todas aquellas conductas que violen la ley penal, atribuibles a los niños o niñas menores de trece años, dictando las medidas de protección adecuadas que, en ningún caso, podrán ser de privación de libertad.

Mientras que para los juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal, establece, entre otras, las siguientes atribuciones:



- a. Conocer, tramitar y resolver, con relación a aquellas conductas que violen la ley penal, atribuibles a adolescentes.
- b. Decidir las medidas aplicables a los adolescentes, considerando su formación integral y su reinserción a su familia o grupo de referencia.

A pesar de no señalarlo, la nueva legislación de menores le atribuye a los jueces de control de ejecución, la completa responsabilidad de garantizar que la concepción de la protección integral, debe obligadamente garantizar, entre otras, los siguientes derechos:

- a. Vigilar que el plan individual de cualquier medida no restrinja derechos de los adolescentes, mientras cumplen las medidas, especialmente en el caso de internamiento.
- b. Velar porque no se vulneren los derechos de los adolescentes, mientras cumplen las medidas, especialmente en el caso de internamiento.
- c. Revisar obligatoriamente, bajo su estricta responsabilidad, cada tres (3) meses, las sanciones impuestas en audiencia oral, para lo cual convocará al fiscal, al abogado defensor y al equipo técnico responsable de la ejecución de la medida y resolverá sobre su confirmación, revocación o modificación, expresando los motivos de su decisión. Revisará la medida cuando así sea solicitada por alguna de las partes o por la o el adolescente.



d. Visitar y supervisar, cada seis (6) meses, los centros de privación de libertad y programas responsables de la ejecución de las medidas que se encuentren dentro del territorio de su jurisdicción, dictando las medidas que sean necesarias para la conservación y protección de los derechos de los adolescentes privados de libertad...

Esta nueva normativa también contempla un importante papel a la sala de la corte de apelaciones de la niñez y la adolescencia, lo cual se encuentra regulado en la literal b) y e) del Artículo 107, los cuales establecen lo siguiente: "b) Controlar el estricto cumplimiento de los plazos fijados por esta ley." Mientras que la literal e), establece que la sala debe: "Velar porque en los centros de privación de libertad de adolescentes se respeten los derechos y garantías contempladas en la Constitución y tratados y convenios internacionales de la materia, ratificados por Guatemala."

A pesar de su inadecuada redacción, lo importante de resaltar aquí es que la Ley le otorga funciones de ejecución a la Sala, lo cual no es común para esta instancia judicial, lo cual se puede explicar por el carácter tutelar del derecho de la niñez, así como de la visión de la protección integral que informa a la ley.

Dentro de esa visión de tutelaridad, en el Artículo 108 le asigna funciones específicas a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio Público. A la primera le define como atribuciones, entre otras, las siguientes:

"b) Dirigir, de oficio o a requerimiento de parte o del juez competente, la investigación



de los casos de niños, niñas y adolescentes amenazados o violados en sus derechos; interviniendo de forma activa en los procesos judiciales de protección. Para el efecto, deberá tener, como mínimo, un Procurador de la Niñez y Adolescencia en la jurisdicción de cada Juzgado de la Niñez y Adolescencia."

"c) Presentar la denuncia, ante el Ministerio Público, de los casos de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de delito y que carezcan de representante legal, apersonándose en el proceso penal para la defensa de los intereses de éstos."

"d) Evacuar audiencias y emitir opinión jurídica en todos los procesos judiciales, notariales y administrativos que la ley señala, haciendo valer los derechos y garantías que la Constitución Política, tratados y convenios internacionales, aceptados y ratificados por Guatemala y esta Ley, reconocen a la niñez y adolescencia."

Mientras que, complementariamente, le asigna a una fiscalía especializada de la adolescencia del Ministerio Público, la investigación en aquellos hechos contrarios a la ley penal, atribuibles a los adolescentes.

Para garantizar que las protecciones internacionales y los derechos humanos de la niñez y la adolescencia sean efectivas, la ley en mención establece un capítulo específico a las medidas de protección para la niñez y la adolescencia, amenazada o violada en sus derechos humanos, en donde regula desde medidas específicas de protección a la niñez y adolescencia, así como para los padres y responsables. Medidas que van desde la amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente, hasta el retiro del agresor o



separación de la víctima del hogar, debido a maltrato o abuso sexual realizado por los padres o responsables.

Asimismo, para evitar que se adopten medidas ilegales o producto del abuso de poder, que aun cuando vayan orientadas hacia la protección de la niñez y la adolescencia, pueden ser resultado de una denuncia falsa, en la Ley los legisladores establecieron en el Artículo 116 garantías procesales tales como:

- a. Que la niñez y adolescencia debe ser escuchada en su idioma, en todas las etapas del proceso;
- b. No ser internado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previo haber agotado las demás opciones de colocación.
- c. A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que éste sea objeto de maltrato o descuido.

La nueva legislación evidencia un importante avance en materia de protección de los derechos humanos de la niña, niño y adolescente, obviamente influida por la teoría de la protección integral. Lo anterior se manifiesta más claramente, cuando se lee el título II del libro III en donde se encuentra regulada la situación de las y los adolescentes en conflicto con la ley penal. Estableciendo que adolescente en conflicto con la ley penal a aquel o aquella cuya conducta viole la ley penal.



En el Artículo 137 se regula: "Que para su aplicación, esta Ley diferenciará en cuanto al proceso, las medidas y su ejecución entre dos grupos, a partir de los trece años y hasta los quince años de edad y a partir de los quince hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años." Por lo cual excluye a los menores de trece años, a los cuales remite a la atención médica, psicológica y pedagógica que fueren necesarios.

La nueva legislación asume como principios rectores la protección integral del adolescente, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad.

La influencia de la doctrina de la protección integral, también se refleja en la regulación establecida en el Artículo 142, en donde se establece que desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los adolescentes les serán respetadas las garantías procesales básicas para el juzgamiento como adultos, además de los que le corresponden por su condición especial.

Por aparte el Artículo 144 regula el principio de justicia especializada, en donde establece que: "la aplicación de esta Ley, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de derechos humanos. El personal que trabaja en los distintos órganos deberá tener una formación especializada en derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento, en todos los casos orientada a la adolescencia en conflicto con la ley penal."

Como se puede apreciar, salvo el error de hablar de ciencias del comportamiento, las



cuales son parte de la psicología, es un gran avance en la política criminal que el Estado guatemalteco haya regulado la obligación de los funcionarios públicos vinculados con el derecho penal juvenil de contar con especialidades para comprender y atender mejor a las y los adolescentes en conflicto con la ley penal. Siendo coherente con lo legislado al inicio del título, cuando regula la función del Ministerio Público, establece que el mismo debe contar con fiscales especializados en la materia.

Asimismo, regula la obligación de la Policía Nacional de Civil (Artículo 170), de someter su actuación a los principios rectores, derechos y garantías reconocidas por la ley, respetando la dignidad, identidad, edad y género del adolescente. Le prohíbe el uso de medidas o actos denigrantes o humillantes, así como realizar cualquier tipo de interrogatorio durante la aprehensión, detención e investigación.

Lo cuestionable es que el epígrafe de dicho Artículo se denomina unidad de niñez y adolescencia de la Policía Nacional Civil, sin embargo en el desarrollo de dicho artículo no existe ninguna regulación para la creación y funcionamiento de la misma. En la visión garantista y de protección integral de la nueva legislación de menores, se establece el carácter excepcional de la privación de libertad provisional, especialmente para los mayores de trece años y menores de quince, lo cual sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.





CAPÍTULO III

3. La mediación

3.1. El conflicto o litigio

Uno de los principales retos que tiene la sociedad de manera complementaria al Estado, de coproducir y repensar el bienestar social, la seguridad ciudadana y los medios de garantizar el respeto de los derechos y las libertades. Un reto que también afecta de lleno a las ciencias sociales en su conjunto, pero fundamentalmente al derecho, la educación y la cultura, como cimientos sobre los que asentar señales de identidad nuevas, que integren la diversidad en lugar de negarla, que hagan posible la convivencia entre seres humanos, por compleja que resulte.

Un reto que en ningún caso debe llevarnos al abandono de principios éticos irrenunciables en favor de criterios, supuestamente pragmáticos, fundados única y exclusivamente en coyunturas políticas o sociales a corto plazo. Se trata de repensar a los actores del conflicto donde quiera que pueda darse, las estrategias de respuesta que se emplean y por encima de todo, una reflexión profunda sobre los cambios sociales, económicos, culturales y políticos en un mundo que, más que nunca, está obligado a contemplar la diversidad como un factor potencial de cambio renovador y no como argumento que justifique el miedo y las regresiones en materia de justicia, de seguridad e igualdad de oportunidades.



Desde una perspectiva macrosocial los retos actuales se plantean respecto a realidades como el paro, la desintegración social, el deterioro de servicios y la calidad de vida en amplias áreas urbanas, así como al sentimiento de frustración y abandono que experimentan los grupos con más desventajas sociales y económicas (jóvenes, tercera edad, desempleados, minorías étnicas...).

Cuando los mecanismos sociales de convivencia y prevención no funcionan, entra a funcionar la coerción estatal que se manifiesta a través del Derecho Penal, pues el mismo busca la retribución del daño ocasionado a la sociedad, por la o las personas que han quebrantando la paz social.

Una visión liberal de la legislación penal permite advertir que, no obstante que esta rama del derecho fue desarrollada como un modo de proteger a los individuos frente a la criminalidad, el carácter de derecho público que se le fue dando fundamentalmente por influencia continental europea, finalmente definió las tres características esenciales que hoy presenta y que podrían apartarlo de la finalidad que justificó su existencia:

1. “El Estado es el titular de la acción penal en la mayoría de los casos y la ejerce con total independencia de la voluntad de las víctimas. Éstas son meros espectadores, más allá de la obligación legal de concurrir a declarar como testigos cada vez que se los cite; pero no obstante su eventual intervención como querellante, adherida a la del fiscal, en principio no son parte esencial en el proceso, que no tiene por objeto directo proteger sus derechos sino cumplir con otros fines estatales.



2. Las conductas recriminadas o delitos, son definidos por la ley, de acuerdo con aquello que los órganos del gobierno consideren punible. Eso hace que los delitos tipificados por las leyes penales, con el correr del tiempo, se hayan independizado de las conductas directamente vinculadas con la violación de derechos individuales concretos y tengan que ver con otros intereses del gobierno, creándose la categoría de los llamados “crímenes sin víctimas” (por ejemplo, las figuras penales o correccionales que reprimen la tenencia o comercialización de alcohol o drogas, la evasión impositiva, la tenencia de armas, la apología del delito, el contrabando, la prostitución, la asociación ilícita; o las violaciones a regulaciones económicas del gobierno, tales como precios máximos o mínimos, cuotas de producción, etc.).

3. Las penas son manifestaciones del poder del Estado, que persigue alguna de las tres finalidades esenciales en las que se ha justificado su potestad de imponerlas: castigar al criminal, disuadirlo a él y al resto de no cometer nuevos delitos, o resocializarlo. En esa tarea, las víctimas no son el objeto para cuya protección se impondrá la pena, ni obtienen ningún tipo de reparación o satisfacción, lo que deberán buscar en la jurisdicción civil, sometida a muchas limitaciones que en gran medida tornan ilusorias las posibilidades de reparación o resarcimiento.”²³

Por ello puede decirse que el derecho penal, reconocido tradicionalmente por el liberalismo clásico como un instrumento básico por el cual el gobierno cumple con su tarea de proteger los derechos individuales, en realidad se ha convertido en la

²³ Rojas, Ricardo M. **Las contradicciones del derecho penal**. ed. ad-hoc. Pág. 28.



herramienta para ejercer su potestad de castigar ciertas conductas que el Congreso considera punibles, todo ello con independencia de la voluntad de la víctima y de la necesidad de protegerla y resarcirla por el daño sufrido. Es más, al desligarse la facultad de establecer el catálogo de delitos y penas de la concreta protección de derechos individuales, muchas veces el sistema penal se convierte en fuente autónoma de violación de derechos.

Por otra parte, la estatización de la acción penal, como ocurre con cualquier monopolio estatal, conspira contra la tarea fundamental de los jueces, que es la de resolver conflictos del modo más eficiente y justo posible. La selección de casos que se investigan y resuelven no necesariamente coinciden con los deseos e intereses de las personas involucradas en los crímenes, sino que son escogidos por los órganos policiales, fiscales y judiciales de acuerdo con criterios que no responden a las necesidades de proteger derechos individuales concretos. Todo ello finalmente convierte al sistema penal estatal en un aparato burocrático profundamente ineficiente.

En consecuencia, resulta importante destacar que la primera barrera frente al crimen es la prevención, que no es una tarea judicial y que comienza mucho antes de que exista una causa judicial. Es más, sólo una eficiente tarea de prevención tendrá como consecuencia, en la mayoría de los casos, el inicio de una investigación fiscal y la posibilidad de que en el futuro intervenga la justicia penal.

Por prevención debe entenderse el conjunto de todas aquellas instituciones y mecanismos de seguridad dispuestos para evitar la comisión de crímenes o impedir el



agravamiento de sus consecuencias, en procura de proteger la vida, el patrimonio y los derechos de los habitantes. Esta tarea involucra una gran variedad de aspectos, de los cuales probablemente la actuación de la policía sea la más destacada, aunque no es la única. No debe perderse de vista que las primeras funciones de prevención no las cumple únicamente el gobierno, sino también los individuos.

Dentro de los mecanismos de prevención, se encuentra la necesidad de diferenciar la actuación del Estado, en función de la importancia del delito, puesto que no es lo mismo que se cometa un delito de bagatela que uno de alto impacto. En el primer caso, se puede recurrir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, para evitar saturar al sistema de justicia con casos que no trascienden socialmente y que si se les ingresa en la dinámica judicial, no resuelven el daño y dejan a la víctima en condiciones de desamparo que un procedimiento conciliatorio puede superar. De ahí deviene la propuesta de opciones como la mediación.

3.2. La mediación

De todos es sabido que la víctima ha sido durante largos años el personaje olvidado en los sistemas jurídico-penales de occidente. Tanto para la justicia penal como para la criminología, el delincuente ha sido en todo momento, el elemento central entorno al cual se han estructurado la respuesta jurídica y el discurso teórico del derecho penal y de la criminología. No obstante, de un tiempo a esta parte, la víctima se ha ido incorporando progresivamente a estos ámbitos y ello es así por la influencia de los movimientos de atención a las víctimas, surgidos en E.E.U.U. en la década de los años



setenta y por la nueva focalización de las situaciones delictivas y de los actores que participan en ellas, el delincuente, la víctima y la comunidad. Existe actualmente una gran sensibilidad por los efectos negativos que puede provocar la victimización y debido a ello, se han desarrollado programas y servicios de atención a la víctima en muchos países.

El sistema de justicia es consciente también de la influencia negativa que puede llegar a ejercer sobre la víctima, a consecuencia de las incomprendiones, pérdidas y frustraciones a las que ésta puede verse abocada en sus relaciones con el sistema penal. Actualmente, es plenamente aceptada la idea de que las víctimas pueden padecer una victimización secundaria como consecuencia de estas actuaciones; de manera paralela a este desarrollo del interés por la víctima, surgió también el interés por desarrollar nuevas formas de reacción social a la delincuencia, que no pivotaran exclusivamente sobre el eje de la retribución.

“La crisis del sistema penal ha sido a lo largo de todo este siglo un hecho reconocido del que, la privación de libertad como paradigma de la respuesta penal, ha sido el elemento mas controvertido. Así mismo la lentitud del aparato judicial y la distancia de las leyes penales con respecto a una realidad social cambiante y dinámica, han sido los argumentos sobre los que se sustentaron a partir de los años setenta, las corrientes en favor de un derecho penal mínimo y de la derivación de las reacciones sociales a la delincuencia.”²⁴

²⁴ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 23.



Es en este contexto donde nacen las propuestas orientadas a la mediación en conflictos y a la reparación del daño a la víctima como alternativa al sistema tradicional de sanciones. Todo ello entendido de tal modo que los principios de oportunidad y de legalidad no se encuentren en contraposición y creando las condiciones necesarias para que en el desarrollo de programas de esta naturaleza se respeten con rigurosidad todos los derechos y garantías que amparan a las personas implicadas.

Con objeto de recomponer el escenario de las reacciones sociales a la delincuencia lo idóneo sería que las autoridades públicas delimitasen su campo de actuación con el objetivo de crear las condiciones para:

- a. Priorizar, antes que la sanción, las respuestas reparadoras, haciendo que estas puedan llevarse a cabo tanto en espacios informales como en el seno de los procedimientos penales.
- b. Velar para que, tanto en los procedimientos formales como en lo informales, el respeto de los derechos y garantías sea siempre escrupulosamente observado.
- c. La respuesta al delito, ya sea de naturaleza penal o extrajudicial debe de contribuir a incrementar en la mayor medida posible la competencia personal y social de su autor.

La reparación entonces (de igual forma que cualquier otro tipo de respuesta al delito) no debe limitar las posibilidades de tratamiento voluntario o de asistencia y orientación al



delincuente y/o a la víctima desde cualesquiera otros ámbitos de intervención social.

De este modo, entre la justicia reparadora y el contexto mas amplio de las políticas sociales (salud, educación, trabajo, etc.) hay que prever la existencia de lazos comunicantes que garanticen también el acceso de los ciudadanos a dichos servicios cuando, por razón de un conflicto, se haya puesto de manifiesto la emergencia de necesidades diversas y los propios interesados así lo expresen.

Este nuevo enfoque se basa en una aproximación socioética para que, mediante la participación activa de las partes, puedan hallarse soluciones al conflicto. En la mediación se abandonan los elementos retributivos y/o asistenciales, el eje de la acción es el conflicto en si mismo y el restablecimiento de la paz en una sociedad concebida como un conjunto de interacciones y de intereses diversos en la que hay que convivir y dialogar constantemente para construir el consenso, reservando la acción penal como ultima ratio para preservar el pacto social.

La mediación es conocida como un método alternativo de solución de conflictos, en esta definición se obvia, muchas veces, el calificativo que le da importancia y significación: el de alternativo. La mediación es un proceso alternativo a la vía judicial, alternativo al litigio es decir es no adversarial, es colaborativo.

A la mediación también se le considera como la tercera vía en la solución de conflictos, ya que en ella las partes en conflicto se encuentran con el mediador quien les ayudará a comunicarse para que con ella se busque una solución mutuamente satisfactoria;



dicho acuerdo beneficia a ambos en una solución del tipo yo gano - tu ganas.

El ciudadano ha de ser un actor de su vida, es una persona dotada de dignidad por lo que merece respeto y consideración; es persona digna, respetable y también responsable, es decir, consciente de lo que hace y para qué lo hace.

El conflicto se ha dejado de ver como algo negativo que hay que evitar a toda costa, no cabe duda que nadie se siente a gusto en una situación conflictiva, más bien nos sentimos inquietos, ansiosos, preocupados. Sin embargo, enfrentar un conflicto y encaminarse hacia la solución, dá alivio, sana y mejora la relación y nos ayuda a crecer como seres sociales, por esta razón se le valora como algo positivo y como lo expresa el ideograma chino el conflicto es una oportunidad para crecer.

En la medida de que las personas estamos insertas en una red de interrelaciones, de causalidades circulares somos coproductores (por activa y/o por pasiva) de todo cuanto nos ocurre, también del conflicto. Y si el conflicto lo han producido ambas partes, las dos han de buscar de forma colaborativa y activamente una solución que sea satisfactoria para ambos.

De tal cuenta que si el conflicto es coproducido no hay víctima ni victimario, en este sentido el mediador ayuda a las partes a comunicarse, a expresar no solamente el contenido del conflicto sino, también, sus sentimientos al respecto, promueve la empatía y la tolerancia, comprensión aunque, a veces, no haya aceptación; asimismo, promueve la legitimación, el reconocimiento y la autoeficacia de las personas para que



salgan fortalecidas como personas.

La mediación en sí no busca el acuerdo, busca que las partes en conflicto recuperen el diálogo, se legitimen mutuamente y mejoren la relación entre ellas, el acuerdo ya llegará.

La mediación como proceso es aplicable a cualquier tipo de conflicto: En la familia conflictos conyugales, con los hijos, entre los hijos, con los ancianos, con la familia extensa por el cuidado de los ancianos o la repartición de la herencia, en separación y divorcio y en los conflictos que puedan por el ejercicio de la maternidad y paternidad.

El concepto de mediación reparadora puede definirse como un proceso de comunicación, en el que la víctima y el infractor llegan a un acuerdo, con ayuda de un tercero, que supone una reparación de los daños causados, materiales e inmateriales y que en su caso afectará el proceso penal.

“La mediación tiene como objetivo claro humanizar la respuesta punitiva que cae sobre el infractor, potenciando su responsabilidad y reduciendo la coerción y el estigma; con relación a la víctima, logrando una reparación del daño y una mayor confianza en el sistema; y respecto de la propia comunidad, fomentando la participación y descentralización.”²⁵

Conforme se implemente la mediación, el derecho penal se verá afectado, toda vez que

²⁵ Fellini, Zulita (Directora). **Mediación penal, reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil**. Pág. 34.



la propuesta está inmersa en una justicia restaurativa que va más allá de la pena basada en la mera retribución, la disuasión o la rehabilitación del delincuente, resultando muy importante la inclusión de la reparación en las nuevas corrientes político criminales, en las que en algunos casos, se la entiende configurada como sanción desplazando el castigo tradicional.

3.2.1. El mediador

La función del mediador no es resolver el conflicto, sino conducir el proceso. Procura que haya implicación de las partes utilizando técnicas de mediación. El mediador es un elemento activo; no solamente informa y observa, sino que prepara las partes para el encuentro. Introduce elementos de reflexión que posibiliten, si es necesario, un cambio de actitud en cada uno de ellos para que flexibilicen sus posiciones y puedan ver al otro de una forma más humana.

El mediador contiene la crisis inicial que se ha generado con el conflicto, trabajando con los sentimientos y las fantasías negativas vividas como consecuencia del delito. De esta manera, facilita y ayuda a las partes a rescatar lo que tienen de positivo para solucionar el conflicto y llevarlo a la mesa de negociación el día del encuentro. Durante el mismo, el mediador colabora en la definición y concreción de problemas, la toma de acuerdos y el control de su cumplimiento.

El mediador equipa al estímulo con una carga afectiva poderosa, de modo que penetre en el sistema de significados del sujeto. Se trata de abrir puertas al estímulo si se quiere



impactar a los alumnos, impacto que junto a los ambientes previamente diseñados lleva a los educandos a buscar una solución en grupo del conflicto cognitivo. No se trata de imponer significados, almacenarlos pasivamente en la memoria cual disco duro, sino ayudar a que surjan conocimientos y significados nuevos que se incorporen y modifiquen, a su vez, los conocimientos previos.

La solución del conflicto es, pues, el resultado de un proceso dinámico y participativo entre víctima e infractor, que son los verdaderos protagonistas.

3.2.2. La comunidad

La comunidad también se halla implicada en el conflicto y en su posible resolución en la medida en que éste es producto de las interacciones entre sus propios miembros. La lógica de la mediación parte de la idea de que la propia comunidad puede regular buena parte de sus conflictos y que para ello es necesario potenciar nuevas vías de participación social.

No se trata de crear una justicia paralela, sino de recomponer las relaciones de la comunidad con la justicia institucional, de implicarla en su propia historia y de crear dinámicas de solidaridad y de justicia socializadoras.

Las personas, individual y colectivamente (cuando éstas se organizan entorno a una actividad económica, social o cultural), cuando sus derechos se han visto dañados, no únicamente son víctimas, sino que continúan siendo ciudadanos en un contexto social



del cual sería utópico pensar que los conflictos, tensiones y desigualdades puedan desaparecer de forma definitiva. De aquí que, experiencias como la mediación, en que es indispensable una actitud responsable por parte de todos aquellos que intervienen, sean constructivas no tan solo para el ejercicio de un acto de justicia en si mismo, sino por el espacio de sociabilidad que ofrecen a la sociedad en su conjunto.

El fenómeno de la inseguridad ciudadana mediante las experiencias de mediación (conciliación/reparación) es así contrarrestado y combatido directamente. No cabe duda que el sentimiento positivo que conlleva la participación de las víctimas y la comunidad en los procesos de mediación generan una percepción más humana de las causas que originan la tensión social y el delito; por lo tanto, favorecen al mismo tiempo la solución real de los conflictos.

El aumento de la confianza en sí misma de la propia comunidad hace posible establecer así vías rápidas de comunicación y apoyo institucional. Sin esa confianza y esa posibilidad de acción la comunicación se produciría más tarde cuando la solución del conflicto se hace más difícil.

Establecer vías directas de comunicación entre partes confrontadas y al mismo tiempo mecanismos de apoyo institucional son condiciones indispensables para un abordaje del bienestar y la seguridad ciudadana. Para ello, la mediación tiene una productividad, tanto en términos de prevención general como de prevención especial, pues la misma supone un proceso de responsabilidad no punitiva, merced al cual los sentimientos de venganza, de resentimiento y de miedo, se elaboran y se superan, generando confianza



y seguridad en los individuos y en la comunidad.

En orden de desarrollar mecanismos de prevención social orientados al bienestar de la comunidad, la mediación penal aporta un modelo sistemático de resolución de conflictos que puede ser aplicado en contextos distintos, para la resolución de situaciones problemáticas, de tensión o de confrontación en la comunidad, el barrio, la familia y la escuela entre otros. Esto se debe a que la mediación y la reparación son un ejemplo claro de las nuevas políticas criminales en el sentido de tener más en cuenta a las víctimas de delitos, sus derechos y su situación, sin menoscabo de los derechos que amparan al infractor.

A partir de ello, la mediación supone hoy por hoy un mecanismo idóneo para dar contenido al principio de oportunidad y con ello contribuir a la desjudicialización de las causas penales en las que se conozcan ilícitos de reducida o nula incidencia social, puesto que la misma ha favorecido de manera decisiva a dar un paso cualitativo muy importante para la justicia hacia un nuevo modelo de justicia de responsabilidad, que nos aleja del viejo paradigma protector, centrado en la idea del tratamiento como única solución ante la delincuencia. Ya que, con la mediación se ha logrado contribuir a mejorar la imagen que tienen de la Justicia institucional, tanto la comunidad como los ciudadanos, sean víctimas o infractores.



CAPÍTULO IV

4. La mediación en el ámbito de la jurisdicción penal de menores

4.1. Escenarios sociales del conflicto y la transgresión juvenil

Hemos asistido en los últimos tiempos a cambios muy significativos del escenario social en el que se desarrollan las conductas transgresoras de los jóvenes, así como de la naturaleza y las formas en que estas conductas se manifiestan. Las viejas definiciones de delincuencia y criminalidad juvenil son actualmente obsoletas en su mayoría. Y lo mismo acontece con el antiguo ideal del tratamiento, tradicionalmente basado en el empleo de dos mecanismos básicos: la observación y el internamiento.

La actividad transgresora de los jóvenes se ha desplazado desde el ghetto a la ocupación de espacios extensos caracterizados por su visibilidad en el centro de las grandes ciudades, superficies comerciales y espacios públicos. El consumo de drogas es hoy mucho más extendido socialmente de lo que lo fuera en cualquier época anterior. El paro y con él la cultura del subsidio social, se han constituido en una nueva forma de exclusión y aunque continúa existiendo una relación directa entre delincuencia y pobreza, también es cierto que los jóvenes de las clases medias y alta se han incorporado al escenario de la delincuencia juvenil con conductas muy extendidas entre la juventud como son los actos vandálicos, los hurtos en las grandes superficies, las peleas y todo un repertorio variado de conductas a las que algunos autores han calificado como incivildades. Tal como revelan la mayor parte de encuestas basadas en



el método de los autoinformes, la conclusión más relevante que cabe extraer es que lo extraño no es la transgresión sino su ausencia.

Ello, lejos de alarmar, debiera servir justamente para todo lo contrario, para entender que el delito en los jóvenes no puede continuar siendo definido sistemáticamente como síntoma de desviación, sino como el hecho social que es y que éste, en tanto que acto transgresor, constituye un mecanismo a través del cual el adolescente o el joven se pone a prueba a sí mismo en relación con los demás y con el contexto normativo y las producciones culturales de una sociedad ideada por los adultos.

El tratamiento por la vía de la exclusión se ha revelado injusto con los sectores sociales más desfavorecidos, destinatarios casi exclusivos de las instituciones cerradas. La cultura de la institucionalización con fines de asistencia ha ido desvaneciéndose con el transcurso del tiempo y por otra parte los métodos de tratamiento coercitivos se han contestado desde amplios sectores, reclamando el derecho de los individuos a no ser objeto de intromisiones no deseadas, fundadas en los discursos de la asistencia, la rehabilitación o el control.

Hemos evolucionado hacia una ideología del control más legalista con la que quizás puedan afrontarse mejor los delitos más graves, pero se es impotente con la pequeña delincuencia que, por ser la más visible es a la vez la que más angustia provoca. Este tipo de delincuencia es también la que mejor ilustra las conductas transgresoras de los jóvenes y la que contribuye a la atribución de etiquetas negativas y con ellas a la estigmatización social.



No se puede afirmar que los índices de delincuencia crezcan, si tomamos como referencia las encuestas de victimización, o las estadísticas de la policía o los juzgados; lo que sí es cierto es que sus componentes, tanto en los objetivos como en la forma de manifestarse son cambiantes y se transforman del mismo modo en que lo hacen los valores y las formas de organizarse de nuestra sociedad. Lo más lógico sería cuestionarse al mismo tiempo las definiciones de delito y delincuencia para poder plantearnos en base a que principios y de que maneras conviene hoy dar o articular las respuestas de naturaleza cultural, asistencial o penal.

4.2. Justicia penal juvenil: la mediación como alternativa

La mediación, como forma alternativa al abordaje del conflicto penal, sobre hechos de gravedad mínima, surge en una sociedad golpeada por la inseguridad, la desidia del sistema judicial penal y la ausencia de confiabilidad hacia el sistema policial. Este método permite que el joven escuche, de la propia víctima, la consecuencia de sus actos, en un marco comunicacional preestablecido y acordado. Luego será su turno para manifestar, si así lo desea, que es lo que siente y en su caso que reparación material y /o simbólica propone. La víctima, posiblemente, encuentre una respuesta a una crisis inesperada, motivada por el hecho delictivo, que generalmente daña su dignidad y su patrimonio.

El mediador es el único intermediario entre víctima y victimario y de él se espera que actúe en forma imparcial y confidencial, conduciendo el proceso de mediación idónea responsable y éticamente.



Con la mediación u otras formas de tratar el conflicto social -en la denominada justicia restaurativa- la compleja maquinaria judicial se libera de una carga importante de causas y se aboca a cuestiones que por su gravedad y trascendencia impactan, irreversiblemente, en la víctima y en la sociedad misma.

El sistema judicial, de esta manera, no procesa todos los hechos delictivos, generando una burocracia rutinaria e ineficiente.

La concepción que promueve la mediación penal configura una actividad pacificadora, que quita el acento en la noción según la cual el crimen es un mal contra el Estado que requiere castigo. Entienden que los conflictos pertenecen a las partes, quienes deben tener la oportunidad para resolverlos, en lugar de ser meros receptores de soluciones impuestas por el Estado.

Bajo la nueva concepción que prioriza los derechos de la víctima (que se advierten como pisoteados por los agentes estatales) la cual está facultada para participar en las decisiones que le competen, por lo que puede encontrarse con el victimario y negociar con él la reparación. El sistema judicial así pensado puede promover una reducción de la intromisión del Estado, tanto en las vidas de las víctimas como de los infractores, ofreciendo mayor incremento de la participación ciudadana y de las víctimas a los fines de obtener la restitución.

Se debe mirar a la mediación penal como un sistema integrado por la víctima, el agresor, el mediador y posibles terceros, en el que se puede construir un acuerdo que



tienda a restaurar una interacción social valiosa y el resultado puede generar influencia sobre el macro sistema social, innovar un modelo en el modo de pensar el abordaje de ciertos delitos en el sistema judicial y generar un aprendizaje en los sistemas sociales significativos en los que interactúan las partes (familia, escuela, vecindario, otros grupos de pertenencia, etc).

La mediación penal juvenil promueve:

- a. La convicción respecto de la conexión de todas las cosas y nuestra común humanidad.
- b. La creencia en la importancia de la presencia del mediador y su relación con quienes se encuentran en disputa para facilitar la efectividad de la resolución del conflicto.
- c. El convencimiento sobre el poder restaurador de la mediación a través de un proceso en que los participantes se asisten mutuamente, compartiendo sus sentimientos en diálogo y aportación mutua.
- d. El entendimiento de que la mayoría de las personas desean vivir en paz.
- e. La visión de que la mayoría de las personas desea crecer y aprender.
- f. La concepción sobre el potencial de todas las personas para acudir a sus reservas



interiores de fortaleza a fin de sobreponerse a la adversidad, para desarrollarse y para ayudar a otros en similares circunstancias.

Por su parte Zullita Fellini sostiene que: “Reparación es la institución que pretende resolver los conflictos sociales de orden penal dentro del marco del acuerdo de voluntades, devolviéndole a la víctima un rol preponderante y proporcionándole al autor la posibilidad de comprender su acto equivocado, contrario al derecho, propiciando su arrepentimiento que se traducirá en una manifestación de confianza en las normas jurídicas, conllevando seguridad y restableciendo la paz social. Con estos objetivos se complementan tal vez de manera más humanitaria los fines que el derecho penal genera.”²⁶

Aunque debe tenerse en cuenta que la mediación no funciona en todos los delitos cometidos por los adolescentes en conflicto con la ley penal. Se trata únicamente de aquellos ilícitos que se ubican dentro de lo que la doctrina plantea como prevención secundaria. Es decir, aquella que ha salido del control social de la familia, la escuela y de la comunidad, pero que no tiene la trascendencia social de la prevención terciaria, o bien se incluye en ésta, pero en sus niveles más bajos.

Se trata de trasladar hacia el mecanismo mediador, los delitos de bagatela cometidos por primera vez por un adolescente, o bien aquellos delitos como el hurto, en donde la condición social del infractor determina que se le debe dar una oportunidad para evitar ser estigmatizado.

²⁶ Ob. Cit. Pág. 21.



En esta tesis, en ningún momento se avala o promueve que se planteen alternativas a la acción penal o a la pena, a aquellos infractores jóvenes, quienes por sus peculiaridades personales y su conducta social han tendido a la transgresión permanente de las normas sociales, llegando incluso a quebrantar reiteradamente normas penales que son delitos de alto impacto como la violación o el homicidio.

En este caso, estoy haciendo referencia especialmente a las y los jóvenes que integran las pandillas juveniles denominadas maras, quienes han trascendido la infracción primaria y la secundaria, siendo personas que en todo caso es el Estado el encargado de asumir la responsabilidad de su control a través del Derecho Penal de menores, en donde se les garantice todos los derechos que el Derecho Penal de adultos reconoce, pero que deben tener una pena de acuerdo al daño ocasionado a la sociedad.

Es decir, no se trata de fomentar la impunidad en aquellos casos en donde es evidente la falta de voluntad del infractor para resocializarse, sino de apoyar o brindar una oportunidad a quienes por distintos motivos se enfrentan por primera vez a una infracción y la sociedad debe darle la oportunidad de enmendar su procedimiento, a partir de que admita su error y restaure el daño ocasionado, de manera directa a la víctima o a la sociedad.

Si el abanico de posibles respuestas penales a la delincuencia juvenil ofrece, a parte de la privación de libertad, otras posibles respuestas en medio abierto como la libertad vigilada o los servicios en beneficio de la comunidad, hemos de entenderlo únicamente como expresión de que las reacciones penales a la delincuencia (no sólo la juvenil)



pueden ser de muy diversa índole y no únicamente basadas en una mayor o menor cantidad de tiempo de privación de libertad.

En el contexto de soluciones alternativas a la acción penal, la prevención social y situacional de la delincuencia requiere que, además de políticas sociales y de juventud consistentes, se contemplen también proyectos de reestructuración de amplias áreas urbanas con objetivos de renovación y mejora de la planificación urbanística y la calidad de vida. Recreando las ciudades y la vida de la colectividad.

Cada vez es mayor la tendencia a transformar la prevención del delito en políticas de protección y/o seguridad en lugar de educación cívica y responsabilidades. Es necesario en este sentido seguir estrategias que, como en el caso de los programas de mediación orientados a la resolución de conflictos, hagan posible un mayor equilibrio de relaciones entre los espacios públicos y privados, sus usos y sus interacciones. Se trata de fomentar el desarrollo de actitudes colectivas e individuales más activas y responsables.

La inactividad de adultos y jóvenes parece ser una de las principales causas de la degradación en amplias áreas urbanas, mientras que a menudo, muchas iniciativas que intentan aplicarse desde la sociedad civil son objeto de crítica como si fueran de carácter caritativo o poco profesionales.

Por otra parte, la actuación espontánea de los jóvenes muchas veces es objeto de crítica, de indiferencia o de intentos de reconducción. Su carta de naturaleza como



ciudadanos se halla a menudo en entredicho. Sencillamente se les considera unos irresponsables, con lo cual no se dan las condiciones necesarias para que, en la práctica, puedan ejercer responsabilidades. Hay un gran temor al riesgo que se transmite de adultos a jóvenes y con ello, un efecto desresponsabilizador que genera unas veces pasividad y otras confrontaciones.

La familia, la escuela y el barrio se inhiben, o bien no logran asumir algunas de las funciones que tradicionalmente ejercían en la esfera del control social informal. Los grupos comunitarios y los distintos agentes sociales han de redefinir en buena parte sus roles respectivos reestableciendo relaciones con los residentes, en orden a la recuperación de dichas funciones.

Apoyarse a nivel económico y social en la cadena formación-trabajo-integración resulta insuficiente. El objetivo debe ser que cada individuo pueda tener una función social, positiva y reconocida. Hacer hablar a las personas de sus problemas y de sus expectativas y no únicamente de las soluciones que se les propone de manera que puedan sentirse implicadas tanto en la definición del problema como en la búsqueda y la practica de las posibles soluciones.

En el ámbito de las legislaciones especiales de menores, la mediación entre el autor y la víctima se ha convertido en una práctica habitual en la mayor parte de los países de nuestro entorno, que de manera progresiva, han ido adaptando sus legislaciones y los respectivos catálogos de sanciones a la naturaleza y características de la criminalidad en una situación de cambio social, vivo y permanente.



“Conviene recordar que en este proceso de reorientación de la política criminal ha tenido un peso específico muy importante la labor realizada desde organismos internacionales como las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, que mediante distintos tratados y recomendaciones, a lo largo de estos últimos años, han prestado una atención muy especial a cuestiones como la simplificación de la justicia penal, las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, la participación del público en la política criminal, la asistencia a las víctimas y las sanciones que se aplican en el contexto de la comunidad.”²⁷

Se trata, entonces, de aplicar el instituto de la mediación en el campo penal de menores, como una forma alternativa de resolución de conflictos o complementario al procedimiento penal, siguiendo fundamentalmente los principios de oportunidad, intervención mínima, desjudicialización y la variedad de opciones educativas que corresponde imponer a los menores, de conformidad con las pautas establecidas en la convención sobre los derechos del niño.

El Derecho Penal de menores es un instrumento más, pero no el único, ni el más importante ni siempre el más efectivo del sistema de controles que la sociedad ejerce sobre el joven y que tienen por objeto que éste, a través de un proceso de desarrollo se socialice. Para que esto se produzca de forma satisfactoria el menor tiene que terminar alcanzando la comprensión de que sus actos siempre tendrán una dimensión social y que ha de adquirir la competencia suficiente para actuar en el ámbito comunitario de la forma que la sociedad generalmente espera de él.

²⁷ García. **Ob. Cit.** Pág. 52.



Evidentemente nadie nace con un conocimiento innato de las normas que regularán ya convivencia. La asimilación de dichas normas y su aplicación en el actuar comunitario se va adquiriendo progresivamente en los primeros años de vida a través del aprendizaje de las reglas que conforman todo sistema cultural. Ahora bien, este proceso de socialización tiene distintas fuentes anteriores y prioritarias al Derecho Penal juvenil, dado que este no tiene sentido sin un previo contexto de normas morales, éticas o sociales que diversos actores van transmitiendo al niño y luego al menor desde diversas esferas familiares y comunitarias.

Sin esta atmósfera normativa que define el control social no tendría sentido que ya desde los catorce años se exigiera responsabilidad a los menores por unas prohibiciones que se presumieran no asimiladas. Paralelamente a lo afirmado en la teoría general del Derecho Penal, que éste sea la última ratio del ordenamiento podemos decir que el Derecho Penal juvenil no es sino una pieza más –también la última- del sistema de controles establecidos por la sociedad.

Para que el proceso de socialización al que se alude tenga éxito, ha de existir una internalización de las normas en el sujeto, es decir, se ha de producir un control social tanto dentro como fuera del destinatario de la norma en un proceso que se retroalimenta continuamente. En último lugar el control represivo externo al individuo se hará necesario únicamente cuando hayan caído los soportes del interno, normalmente porque el proceso de acogida de las normas no haya sido pleno. Pero siempre será evidente el mayor éxito del control interno sobre la represión externa, pues aquel se reproduce de forma continua sin necesidad de actividad ajena.



Sin embargo, dadas las características del control penal juvenil, pueden tenerse en consideración las formas extrapenales de control social que ocupan un lugar privilegiado para evitar los efectos negativos de la pena concebida de forma tradicional por el Derecho Penal clásico. Entre estos mecanismos extraligiosos, es de prioridad la mediación, al ser un proceso que refuerza la responsabilidad del menor por los hechos cometidos.

No obstante los resultados que del proceso de mediación puedan seguirse en el ámbito penal de menores, tradicionalmente no se configuran dentro del elenco de medidas que pueda establecer el juez en su decisión sino que, se le ha dado carácter extrajudicial de intervención, aun cuando luego alcancen efectos jurídicos en el proceso al ser legitimado por el juez de menores.

Más que manifestación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, la acogida de la mediación en el ámbito penal del menor es reflejo del principio de oportunidad y superior interés del menor, así como el de proporcionalidad, puesto que no se trata de tipificación penal de las conductas menos graves ejecutadas por el menor, sino de la expansión de la respuesta frente a determinados hechos, que van desde la posibilidad de no iniciar el procedimiento judicial, de renunciar al ya iniciado o darle fin al concurrir una resolución extraprocesal valorada como satisfactoria.

En el caso de la mediación en el Derecho Penal juvenil, nos hallamos ante un medio extrajudicial de solución del conflicto surgido entre el menor infractor y la comunidad, que resuelve de forma directa el problema generado, mediante su tratamiento conjunto



por el causante y la víctima, de forma voluntaria y activa y que alcanza ulteriores efectos jurídico-procesales. Se prima con ello una actuación más responsabilizadora del menor y se intenta una actuación más reparadora para la víctima.

Más aún, frente al sistema tradicional retributivo-represivo, que extraña al delincuente respecto de la víctima, la mediación en nuestro ámbito coloca al menor en su lugar lógico: delante de la persona que ha sufrido las consecuencias de sus actos, de los que él ha de tomar conciencia y responsabilizarse.

La mediación en el proceso penal juvenil añade otro elemento positivo, con frecuencia no valorado en toda su dimensión reparadora para el mismo menor: se solicita su colaboración, se le precisa para algo valioso que depende de él y que puede aportar al proceso y a la víctima, fortaleciendo su conciencia de utilidad e identidad dentro del orden social que se lo demanda.

Es por ello que debe resaltarse que el contenido de la mediación o compromiso de reparación resultantes de la negociación mediada, deben quedar en segundo plano frente a la bondad del proceso mediador mismo, pues éste encarna en sí un tratamiento reeducador y responsabilizador del menor y compensador de la víctima.

Únicamente en estos supuestos es factible el empleo de la expresión alternativa, en tanto ello supone que el autor habrá llevado a cabo una elección libremente.

En las prácticas de la mediación la alternativa se da en dos sentidos distintos:



1. En primer lugar porque con la reparación a la víctima o la conciliación entre autor y víctima, ambas partes obtienen unos beneficios claros:
 - a) El autor puede evitar la continuación del proceso judicial, o el sometimiento a una sanción judicial.
 - b) La víctima se ve resarcida de los daños sufridos, bien sean materiales o morales.
2. En segundo lugar, la mediación, en la medida en que no se plantea como objetivo la rehabilitación del autor en términos de tratamiento, constituye un modelo alternativo de reacción frente al delito, puesto que parte de una perspectiva de justicia en la que lo determinante no es la reacción frente al autor sino la resolución del conflicto, el restablecimiento de las condiciones que permitan la convivencia en paz entre quienes se vieron inmersos en el conflicto.

Es irrenunciable plantearse ahora la necesidad de establecer vínculos, que faciliten la comunicación entre la experiencia de la mediación de justicia juvenil y la urgente necesidad de ofrecer a toda la juventud este nuevo marco de relaciones con la justicia institucional, basado en respuestas nuevas, imaginativas y eficaces.

Si estas respuestas pretenden fundarse además en la consecución de objetivos como la responsabilización y resocialización habremos de tener en cuenta que educación y socialización son procesos que, por definición, deben darse en el seno de la sociedad,



con todos los actores sociales sobre el terreno. Justamente el marco que la mediación ha escogido para promover, entre los jóvenes y la comunidad, un discurso sobre la justicia en la que los conceptos de libertad y responsabilidad se den la mano y sean interdependientes, igual que lo es cada individuo respecto de la familia o la comunidad a la que pertenece.

El optimismo es la tónica general que se desprende de las experiencias y las investigaciones desarrolladas hasta ahora en torno a la mediación en el ámbito de la justicia juvenil. Un optimismo plenamente justificado que debiera hacernos recapacitar sobre la conveniencia de extender esta experiencia a territorios como la escuela o hacia la búsqueda de caminos más imaginativos para fomentar de manera activa la interculturalidad y las relaciones de vecindad participativas y solidarias.

4.3. Incidencia de la mediación en la jurisdicción penal de menores en Guatemala

Desde que fue aprobada la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por medio del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, la mediación y conciliación son parte de los mecanismos que debe implementar el Estado en relación a la niñez y la adolescencia cuando se encuentra involucrado una persona menor de edad como infractor.

El sistema queda integrado por el juez mediador o conciliador, las partes y otras personas significativas; los cuales integran un espacio relacional en el que circularán



conversaciones tendientes a intentar la restauración de la relación de los involucrados y la reparación a nivel de contenido.

El sistema de la mediación y conciliación protege a la juventud infractora, por lo que el mediador o conciliador debe tener la capacidad de maniobra que requiere su rol, con lo cual se respeta la voluntad de permanencia de todos los involucrados y que se proteja a cada actor según su proceso evolutivo, su cultura, su dolor, su inserción social, sus creencias etc.

El diseño de un sistema de mediación conformado como subsistema de un sistema judicial contiene un marco legal para la resolución conciliatoria de los conflictos en donde los adolescentes sean sujetos activos.

La mediación penal juvenil tiene profundas diferencias con otros contextos de mediación. La capacidad, la idoneidad y la experiencia de los mediadores interdisciplinarios, debe ser de un alto nivel de exigencia. Por ello, la conciliación o mediación en los procesos a adolescentes en conflicto con la ley penal tiene una incidencia primordial en los fundamentos hermenéuticos que informan a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en Guatemala, lo cual determina que los sujetos procesales deben comprenderla y aplicarla desde su fundamento jurídico penal y asegurando como interés superior, la niñez.



CONCLUSIONES

1. El cambio del paradigma de la inimputabilidad por el de la responsabilidad y dentro de este último, el papel de la mediación penal, requiere ser analizado desde las distintas epistemologías que los sustentan; puesto que el efecto de la comunicación, hace que dos o más sujetos se acoplen estructuralmente en la coordinación de sus conductas y con ello alcancen la conciliación.
2. El proceso de mediación penal juvenil, tiene bases sólidas en la convención sobre los derechos del niño, como también en las reglas de Beijing, a fin de alcanzar los aspectos allí contemplados, tal es el caso de los principios de oportunidad, intervención mínima y desjudicialización y en Guatemala tímidamente ya se resuelven casos a través de éste instituto.
3. La legislación penal juvenil guatemalteca reconoce la mediación y es el organismo judicial quien la administra, como una alternativa al enjuiciamiento penal; sin embargo, el catálogo de alternativas y sanciones aplicables a los adolescentes transgresores de la ley penal, no es amplio ni gozan de control estatal suficiente que permita la reeducación del agresor.



4. La mediación en Guatemala, por lo general se emplea en los casos de adolescentes que hayan cometido delitos patrimoniales; situación que determina uno de los objetivos del derecho penal, como lo es la corrección del agresor confrontándolo con su víctima para que se disculpe y se pague el daño cometido de alguna manera, ya sea reparando el bien o haciendo algo para la víctima.

5. La mediación constituye un excelente mecanismo de solución de problemas de carácter social, educacional, laboral, familiar, penal, etc. Sin embargo, su regulación en Guatemala, se basa en modelos socioculturales y familiares de otros países e incluso otros continentes, que desbordan su desarrollo en muchos ámbitos, en comparación a la idiosincrasia guatemalteca.



RECOMENDACIONES

1. El Estado debe desarrollar e implementar programas y políticas socioeconómicas ecuanímenes, que faciliten una mejor y fraternal convivencia, basada en el respeto y la solidaridad. Asimismo, el Ministerio de Educación debe actualizar e incorporar a los programas de estudios el conocimiento de la constitución y de la mediación para la resolución de los problemas juveniles.
2. La Escuela de Estudios Judiciales, la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos Guatemala y el Ministerio de Educación, deben desarrollar programas de formación de profesionales expertos en mediación, para que éstos intervengan en la resolución de conflictos que se originan de la convivencia social; en donde mayormente se encuentran involucrados los jóvenes.
3. El Organismo Judicial junto a las autoridades municipales, deben promover el interés por la familia y los jóvenes en riesgo de convertirse en transgresores de la ley penal; a través, de programas que promuevan la integración familiar, la organización comunal, tanto la formación de mediadores extrajudiciales, como la creación de instituciones certificadas de apoyo y reeducación.



4. El Organismo Judicial y el Ministerio de Gobernación, deben implementar políticas criminales en la jurisdicción penal juvenil, orientadas a rechazar la conducta agresora, no al agresor; a la reparación de los daños por parte del agresor; a la confrontación pacífica de la víctima y promover e implementar suficientes medidas educativas, correctivas antes de la penalización juvenil.

5. El Organismo Legislativo, indefectiblemente debe adaptar y desarrollar leyes penales juveniles que obedezcan a la realidad socioeconómica y cultural de Guatemala; en virtud, de la asimetría del desarrollo de las sociedades de los países denominados del primer mundo, que notoriamente no corresponde a la realidad del tejido social guatemalteco.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Meter-Alexis. **El derecho penal de menores**. Ed. Pueblos. Barcelona, 1990.
- BARBERET Rosemary. Cristina Recrea y otros. **Reporte de la delincuencia juvenil en España**. Ed. Universidad de Castilla. España, 1996.
- CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra y Fernando Cubero Pérez. **La intervención del ministerio público en el proceso penal juvenil**. Ed. Escuela Judicial. San José, 1996.
- CATALAYUD PÉREZ, Emilio, **Legislación básica sobre menores infractores**, Comares, Granada, 1995.
- DE LA CUESTA AGUADO, Pablo. **Norma primaria v bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto**, en Revista de Derecho penal y Criminología VI. Argentina, 1996.
- DIEZ REPOLLES, José Luis (Coordinador). **Manual de derecho penal guatemalteco**. Ed. Artemis & Edinter. Guatemala, 2001.
- DESCHAMPS, J, “**El derecho francés de los menores. El menor y el juez de menores**”, en Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, No. 18, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- FELLINI, Zulita (Directora). Mediación penal. **Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil**. Ed. Depalma. Argentina, 2002.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Ed. Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Ed. Trota. 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. **Adolescentes infractores como precisa categoría jurídica**. Ed. ILANUD. Costa Rica, 1999.
- GIMÉNEZ SALINAS i COLOMER, Esther, “**La mediación: una visión desde el derecho comparado**”, La mediación penal, Colección Justicia i Societat, Barcelona, 1999.
- GONZÁLEZ CAHUAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Ed. Fundación Mirna Mack. Guatemala, 2003.
- GUTIÉRREZ PÁEZ, Estuardo. **Los derechos humanos y la medicina**. Temis. 1989.



HIDALGO MURILLO, José Dante. **La aplicación de la ley de justicia penal juvenil.** Ed. Investigaciones Jurídicas. San José, 1996.

HIGHTON, Elema – Álvarez, Gladys – Gregorio, Carlos, **Resolución alternativa de disputas y sistema penal.** Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

JESIONEK, Udo. **“Jurisdicción de menores en Austria”**, en Legislación de menores en el siglo XXI; análisis de derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial No. 18, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000.

KERNER, Hans-jürgen, **“Conciliación víctima-ofensor y reparación de daños en el derecho penal alemán. Consideraciones sobre la nueva situación jurídica y las experiencias de la aplicación práctica”**. Cuadernos de Política Criminal, NO. 62, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1997.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva.** Universidad de Bogotá, externado de Colombia. 1996.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino.** Ed. Hamurabi. Buenos Aires, 1989.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. **Derecho del menor: manejo de problemas infantiles y juveniles.** Ed. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. **El menor ante la norma penal y delitos contra el menor y la familia.** Ed. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1988.

MOORE, David, **Facing consequences: conferences and ajuvenile justice**, citado en Tkachuk, Brian - Lynch Lorna, Alternativas a la prisión, una respectiva canadiense e internacional, en revista mexicana, Prevención y Readaptación Social, Nueva Época. No. 9. septiembre-diciembre 2000, México, 2000.

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cuál es el futuro del derecho penal italiano.** Edit. Fundación Universitaria de Boyacá.

Recomendación R (87) sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, del 17/9/1987.

Reglas mínimas uniformes de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores (reglas de Beijing, 1985) y declaración sobre los derechos del niño de las naciones unidas (1989).

Resolución 40/33 de la 96ª sesión plenaria de las NNUU, Nueva York 29/11/1985.

REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva.** Bogotá. Temis 1997.



ROJAS, Ricardo M. **Las contradicciones del derecho penal.** ed. ad-hoc. Argentina 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal alemán, parte general.** Madris. Civitas 1999.

SAAVEDRA, Edgar. **Constitución derechos humanos y derecho penal.** Ed. Ibáñez. España, 1998.

SAAVEDRA, Edgar y G. Gordillo. **Derecho penal internacional y derechos humanos.** Ed. Ibáñez. España, 1996.

SYKES, Gresham y David Matza. **Una teoría de la delincuencia.** Ed. Free Press. Estados Unidos, 1960.

SANPEDRO, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal, una propuesta desde la victimología.** Ed. Legis. 2003.

TIFFLER SOTOMAYOR, Carlos. **Un modelo armado para aplicar, justicia penal juvenil costarricense.** Ed. Instituto interamericano de derechos humanos. San José, Costa Rica, 1998.

TIFFLER SOTOMAYOR, Carlos y Javier Llobet. **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica.** Ed. ILANUD. San José, Costa Rica, 1999.

WOLFGANG, Marvin y Ferracuti, Franco. **La subcultura de la violencia.** Ed. FCE. México, 1982.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92. Congreso de la República de Guatemala, 1992.