



RESUMEN

Las medidas cautelares; que tienen un objeto o fin claramente establecido y que han sufrido variación a través del tiempo; las mismas están clasificadas tanto en la Legislación Penal como en la Legislación Civil en nuestro país.

Cuando tratamos de las medidas cautelares de orden personal, hacemos mención especial en la prisión provisional dado que esta significa perder la libertad, que es un derecho consustancial al hombre; y su pérdida se asimila al quebrantamiento de todos los valores

Tratamos las medidas cautelares haciendo la diferenciación existente, entre las denominadas personales y reales. Una vez revisado el tema de las medidas cautelares; tratamos el internamiento preventivo en la legislación de menores; que está reglado como una medida cautelar de orden personal. Para que este se aplique y tenga vigencia tiene que cumplirse con los mandatos expresos de la Constitución del Estado, Convenios Internacionales, que tienen relación con derechos humanos; de manera particular se tratan las reglas de Beijing, que nos dan pautas y comportamientos que deberemos utilizar, dentro del tratamiento de adolescentes infractores.

El internamiento preventivo se encuentra señalado en el Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia, que está vigente; y significa pérdida de la libertad aunque sea momentánea del adolescente que la sufra. Para que esta medida cautelar de orden personal se aplique, se han de cumplir con condiciones que no solamente deben mirar a la norma simplemente; es decir cumplir con los literales (a) y (b); sino que este internamiento debe guardar armonía con la Legislación antes señalada.

Debe ser aplicado como todas las medidas que impliquen pérdida de libertad, de manera excepcional y corresponde solamente al Juez dictarlo. En este caso al Juez de la niñez y adolescencia, que deberá ser cuidadosamente solicitado y más escrupulosamente tratado por todos quienes están involucrados dentro de la Justicia Especializada de Menores.



Palabras Claves: Medidas Cautelares, Procedimiento Penal, Código de la Niñez y Adolescencia, Internamiento Provisional, Artículo 330 CNA Literales (a); (b)



INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL	
1.1 OBJETO	9
1.2 CLASIFICACIÓN	26
La Detención	29
La Prisión Preventiva	31
1.3 REQUISITOS PARA LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACION DE LIBERTAD	33
CAPITULO II	
EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
Primera parte	36
Principios generales	36
1. Orientaciones fundamentales	36
2. Alcance de las Reglas de Beijing y Definiciones Utilizadas	38
2.1.- REQUISITOS PARA LA APLICACION DEL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	78
2.1.1 Análisis del Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia	86
LITERAL a); Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia	87
LITERAL b). Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia	89
CONCLUSIONES	91
SUGERENCIAS	92
BIBLIOGRAFÍA	93



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

**“MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL E INTERNAMIENTO
PREVENTIVO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
ECUATORIANO”**

**TESINA PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
DIPLOMADO SUPERIOR EN
DERECHO PROCESAL PENAL.**

AUTOR: DR. FABIAN GUSTAVO AMBROSI ORDOÑEZ

DIRECTOR: DR. ESTALIN MONCAYO GAIBOR

CUENCA – ECUADOR

2010



DEDICATORIA

El obrar humano responde a los más variados impulsos, en mi caso mi esposa Maggy y mis hijos, Ma. Paz y Fabián Agustín que lo son todo.

A ellos está dedicado éste modesto trabajo.

Dr. Fabián Gustavo Ambrosi Ordoñez.



AGRADECIMIENTO

A todos quienes me han ayudado en éste trabajo, que me impulsa en mi superación personal y profesional; De manera especial a la Universidad de Cuenca, la Facultad de Jurisprudencia en la persona de su decano Dr. Jorge Morales; del Señor Director del Diplomado Superior en Derecho Procesal Penal, Sr. Dr. Vicente Andrade Vélez; y a un joven y talentoso profesional el Dr. Estalin Moncayo Gaybor, director de éste trabajo. A todos gracias.

Dr. Fabián Gustavo Ambrosi Ordoñez.



RESPONSABILIDAD

Las ideas y opiniones vertidas en la
presente Tesina, son de exclusiva
responsabilidad de su autor

Dr. Fabian Gustavo Ambrosi Ordoñez



INTRODUCCIÓN

Si la sociedad avanza y el hombre con ella, esta tiene que acomodarse al paso acelerado del tiempo, el derecho no puede ser la excepción. Las corrientes actuales, nos hacen ver que si no actualizamos nuestra normativa y la ponemos a tono con un mundo globalizado y dependiente, estaremos retrocediendo en la seguridad que debe brindar el derecho.

Las normas adjetivas y sustantivas tienen así mismo que seguir el ritmo del cambio. Lo procesal tiene que ser visto con un enfoque eminentemente técnico y en el caso del procedimiento penal, que dice relación con los adolescentes, éste tiene que estar al ritmo que marcan los tiempos, en los que el ser humano pasa a ser el centro por tener derechos que trascienden fronteras y tiempo.

Si no modernizamos, si no nos actualizamos y no ponemos en práctica los avances como sociedad estaremos dejando de lado al segmento más importante que tiene la sociedad, cual es la juventud y la niñez; que no es que son el futuro, sino son en la actualidad dueños de derechos y garantías que las pueden ya ejercer; pero así mismo tienen que cumplir con obligaciones al estar inmersos dentro de una sociedad, que mira en ellos, no sólo el futuro sino el presente.



CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES DE ORDEN PERSONAL:

1.1 OBJETO

El hombre por su naturaleza, nace libre y así libre debe mantenerse, sin embargo, si con su conducta entra en contradicción, con la sociedad, es posible que pierda temporal o definitivamente su libertad.

En la actualidad en la mayoría de países, sobre todo en los occidentales, para que este hecho ocurra, es decir un individuo pierda su libertad, en forma temporal o definitiva, tiene que existir un proceso, el que deberá tener y cumplir con exigencias y requerimientos de orden legal.

Estas exigencias y requerimientos se van volviendo cada vez más similares; en función de que los mismos deberán estar relacionados y guardar armonía con derechos y garantías que asisten a todos los seres humanos; y que deben ser el soporte en el que se desenvuelvan las diferentes legislaciones.

Volviendo a nuestro país; cualquier limitación a la libertad tiene que cumplir con lo señalado en la Constitución y en tratados internacionales, que son parte integrante de nuestra legislación; así como con los preceptos de leyes bien sean ordinarias o especiales.

Si estamos frente a la pérdida de la libertad en forma provisional, es posible que se deba a la aplicación de una medida cautelar de orden personal.

Si ésta pérdida de la libertad es momentánea, para el caso de adolescentes, la misma tendrá que cumplir con el mandato constitucional, tomar en consideración normativa internacional; y en forma expresa el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA).



Las medidas cautelares de orden personal, serán tratadas en este trabajo partiendo de un análisis general a uno particular, concretamente a lo señalado en el Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), con sus dos literales; para este efecto revisaremos:

Principios Constitucionales, Doctrina y Normas Internacionales.

Señalaremos para partir de lo que dice el Art. 1 de la actual Constitución del Estado. “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”.

Además revisaremos también, a principios que encontrándose recogidos en la Constitución tienden a asegurar el debido proceso. Así tenemos:

El Principio de Igualdad: Entendido éste como las oportunidades similares que deben disponer las partes procesales; esto es la acusación como la defensa, por esta virtud ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba.

El Principio de Oportunidad: Que es en general el reconocimiento de poderes discrecionales de los que dispone la Fiscalía de la República para decidir; sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción penal. Significa entonces que una vez conocida la **notitia criminis**, el fiscal deba investigar el hecho que pueda constituir delito y después de haber investigado, pueda acusar de haber fundamento. El texto constitucional no apoya una interpretación en éste sentido; puesto que el ejercicio de toda potestad conlleva, junto con la facultad, también una carga, en este caso cuando exista fundamento para ello, adicionalmente para el ejercicio de esta discrecionalidad por parte de la fiscalía ha de considerarse necesariamente los principios generales impuestos por la Constitución de la República.

El Principio de Derecho a un Juicio: Es decir de un proceso dentro del cual hayan sido probados los hechos y declarada la responsabilidad del imputado,



no es un juicio común, sino rodeado de características que se concretan bajo la forma de garantías procesales.

Este juicio tendrá como una de sus características la celeridad, es decir que no podrá haber una demora indebida o injustificada para que el proceso se prolongue en el tiempo, dado que de acontecer esto debería considerarse como una circunstancia que podría dar lugar a que el injustamente procesado tenga derecho a reclamar la indemnización correspondiente, (Art. 11 Núm. 9, Constitución del Estado.)

Este juicio deberá ser tramitado por un juez o tribunal independiente; (Art.11, Núm. 7, Letra K, CPE); puesto que no existiría un juicio justo si la independencia e imparcialidad no adornan al órgano estatal a cuyas manos se ha confiado la decisión del juicio.

La independencia alude a la posibilidad de adoptar decisiones sin estar subordinado al arbitrio de otro, la imparcialidad se puede entender también como la inexistencia de vinculaciones de él o los juzgadores con los sujetos procesales, generalmente esta imparcialidad, suele referirse o limitarse al ámbito extra procesal, es decir a factores o circunstancias externas del proceso.

El Derecho a no ser distraído de su juez natural: Este principio constitucional impide el establecimiento de jueces o tribunales especiales para juzgar conductas; no puede hablarse entonces de excepciones para ser juzgados; dado que inclusive la doctrina establecida por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en cuya opinión las garantías judiciales no se suspenden ni aun en estados de excepción; de acuerdo al Art. 27 de la indicada Convención.

El Derecho a una tutela Judicial Efectiva: Cuando la Constitución asigna al sistema procesal la función de “hacer efectivas las garantías del debido proceso” (Art. 75, Constitución del Estado), sería entonces una intervención judicial tutelar que se encuentra vinculada estrechamente con las tareas del juez y se extiende a todas las fases del proceso.



El derecho a una tutela efectiva comprende principios que los enunciaremos brevemente:

Así tenemos **Non bis in idem**, que sería el hecho de que ninguna persona puede ser juzgada más de una vez por un mismo hecho.

El Derecho a una Instancia Plural; los instrumentos internacionales como la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus Art. 8, literal h; así como el Art. 14, núm. 5; que incluyen entre las garantías judiciales el derecho de toda persona inculpada de delito, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Autores como Mayer quien sostiene: “Qué si la convención americana califica al recurso a una instancia superior como una garantía al imputado, en estricto sentido habría que eliminar la posibilidad de que recurran el Ministerio Público o la Fiscalía y/o el acusador particular, cuando la decisión judicial libera de cargos al imputado”.¹

La Prohibición de la **Reformatio in pejus**, es decir que no se podrá empeorar la situación del recurrente. Si entendemos como hemos visto anteriormente que el recurso es una garantía para el imputado o procesado, no cabe que sea utilizado en su contra, agravando su situación procesal.

Recogeremos normas que están en la Constitución y tienen que ver con la aplicación de garantías básicas constitucionales de lo que se denomina debido proceso:

La Presunción de Inocencia: Este principio es entendido, como aquella posibilidad de que toda persona, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Está reconocido por la Convención Americana de Derechos humanos en su Art. 8, núm. 2. Es la base del debido proceso penal.

¹ Tratado de Derecho Procesal Penal; Jorge Zabala Baquerizo; Tomo VI.



La presunción, se extiende hasta cuando el proceso culmine con sentencia ejecutoriada; Art. 4, CPP, “ Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.²

Se dice por parte de tratadistas, como Faúndez, que se identifican al menos cuatro efectos o consecuencias trascendentales de éste principio y son:

- 1.- La Carga de la Prueba le corresponde a la acusación. El imputado no está obligado a demostrar su inocencia, sino que esta se impone en virtud de la presunción.
- 2.- La calidad de la Prueba debe ser tal, que permita sustentar la condena más allá de toda duda razonable.
- 3.- La actitud del tribunal, llamado a garantizar los derechos del reo, evitando que en virtud de la imputación reciba un tratamiento incompatible con su condición de persona inocente.
- 4.- La exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencia definitiva y, por consiguiente, el derecho a la libertad durante el proceso.³

El Derecho a la libertad personal: La libertad es uno de los derechos que el Estado garantiza a toda persona, así la constitución señala los casos y la forma en que puede ser limitada la libertad; se dice en el Art. 66; en sus diferentes numerales y literales, en los cuales se reconocen y garantizan libertades de la más variada índole. Dentro de las limitaciones de la libertad personal, hemos de considerar; que pueden haber circunstancias excepcionales; mencionaremos:

- 1.- La aplicación de una pena privativa de libertad, declarada en sentencia y
- 2.- Cuando se ha adoptado una medida cautelar de orden personal, que es o son parte de éste estudio.

² Constitución del Estado Ecuatoriano.

³ Héctor Foúndez Ledesma. Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El derecho a un juicio justo). Universidad Central Venezuela, Caracas 1992, págs.. 250 a 256.



El Derecho a la Defensa: La presunción de inocencia hace que las imputaciones realizadas en contra de una persona estén en duda, mientras no se las demuestre. El derecho de defensa está garantizado expresamente en la Constitución, (Art. 76, Núm. 2, CPE.). Se lo extiende a todo tipo de procesos y no necesariamente se circunscribe al proceso penal. El reconocimiento constitucional del derecho de defensa es mucho más que una simple afirmación de la posibilidad de defenderse, se dice que el mismo es una garantía procesal y un derecho subjetivo, (Art. 76, Núm. 1, CPP).

Es una garantía procesal que se expresa y se concreta en un conjunto de garantías que limitan la actividad de la acusación y la del órgano jurisdiccional y están contenidas en dos principios fundamentales del proceso penal: “El de Contradicción y el Acusatorio”⁴

La posibilidad de que el imputado pueda intervenir en la controversia defendiéndose de los cargos supone: En primer lugar el reconocimiento a su calidad de parte procesal. La combinación entre este reconocimiento y el principio de igualdad da lugar al nacimiento del principio de contradicción, que consiste en la existencia para ambas partes de la posibilidad efectiva de exponer sus pretensiones y sustentarlas ante un juez imparcial.

El principio de contradicción como señala Mayer: “La imputación, la intimación, y el derecho de audiencia, es decir la necesidad de que los cargos que se formulan consistan en la relación clara, precisa y circunstanciada de un delito (imputación), que esa relación sea efectivamente conocida por el imputado de manera oportuna (intimación), y que el imputado sea oído y pueda presentar su defensa antes de su resolución y derecho de audiencia”.⁵

El principio acusatorio define ciertas condiciones en la que debe realizarse el enjuiciamiento y, entre ellas, asigna las funciones o papeles procesales específicos a cada uno de los actores. La especificidad excluye cualquier confusión o fusión entre tales papeles, de manera que debe haber

⁴ César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, Vol. I, págs. 72 a 75.

⁵ Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal, BS. Aires, Editores del Puerto, 1996, T.I, págs....554 a 556.



diferenciación entre el órgano que ejerce y mantiene la acusación y el órgano que juzga.

Como derecho subjetivo, el derecho a la defensa consiste en un conjunto de prerrogativas para hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, que se ejercen tanto personalmente, por el imputado cuanto por su abogado defensor. En este sentido el derecho de defensa comprende:

- 1.- El derecho a ser informado de los cargos existentes en su contra, (Art. 77, Núm. 4, CPE). El derecho de la defensa se vuelve imposible a menos que se conozca el contenido de la acusación, el derecho a ser informado de los cargos existentes se constituye así en uno de los requisitos fundamentales para la estructuración del proceso.
- 2.- El derecho a no inculparse, el derecho de toda persona a no inculparse figura entre los principios consagrados en la constitución (Art. 77, Núm. 7, Letra C, CPE), y entre las garantías mínimas procesales exigidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8, núm. 2, letra g.
- 3.- El Derecho a contar con asesoramiento legal competente, (Art. 76, Núm. 7, Letra A, CPE); comprende tanto el derecho a defenderse personalmente o a designar un defensor, como el derecho irrenunciable a exigir que se le proporcione uno por el Estado. No se trata de una mera forma, es la necesidad de cumplir con un derecho humano básico, en función de precautelar la eficacia de este derecho, es decir de contar con un defensor. La Constitución prohíbe que se interrogue a una persona, aun con fines de mera investigación, sin la asistencia de un abogado defensor y anula la eficacia probatoria de las diligencias que no cumplan con este precepto.
- 4.- El Derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su defensa, la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, está consignada por las garantías mínimas de la administración de justicia que señala el literal (C)



La Convención Americana y el Pacto Internacional, tienden a establecer la existencia de un conjunto de condiciones fácticas sin las cuales no podría desenvolverse una defensa idónea; la comunicación libre y sin interferencias entre el imputado y su defensor, el acceso del defensor al expediente y a todos los medios necesarios para la defensa.

- 5.- El derecho a que se excluya la prueba ilegalmente obtenida, (Art. 76, Núm. 4, CPE). Este derecho actúa como una garantía para que todos aquellos casos, en los que se pretenda hacer valer el valor probatorio de evidencias obtenidas, con infracción a lo dispuesto por la Constitución y la ley.
- 6.- El derecho a que las decisiones sean motivadas (Art. 76, Núm. 7, Letra L, CPE); está en relación con garantías constitucionales y que dicen relación, con cualquier tipo de decisión, deberá contener en forma clara y precisa, los antecedentes del hecho relevante. Se identificaran las normas o principios jurídicos aplicables; si se ha identificado tanto los hechos relevantes, como las condiciones de aplicación de la norma o principio en cuestión, es posible establecer la correlación, si falta alguno de estos requisitos no habría motivación. No es entonces una simple exigencia, es un reconocimiento lógico para que la defensa pueda ser idónea. La noción del proceso como una controversia racional, sería irreal sino se exige que toda decisión, quede expuesta tanto en su contenido, como en la estructura lógica que la sostiene.

Luego de revisar someramente principios del debido proceso penal, nos referiremos a: Normas Internacionales, que dicen relación con la justicia de menores.

Al respecto las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas también como las reglas de Beijing y que fueron adoptadas por la asamblea general de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; y que están orientadas a políticas sociales teniendo como objeto el bienestar del menor, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores, y a su vez reduciría al mínimo los perjuicios que ocasionan



cualquier tipo de intervención, dentro de éste grupo especialmente sensible de la población.

Se dice que, estas medidas de atención de los menores con fines de prevención del delito, antes del comienzo de la vida delictual, constituyen requisitos básicos de política destinados a obviar la necesidad de aplicarlas.

Estas reglas mínimas que se enuncian a continuación, se aplicarán a los menores delincuentes, con imparcialidad sin distinción alguna, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Para los fines de las reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos según la Regla 2.2:

- a) Menor es todo niño o joven que con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;
- b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
- c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

Se dice en la regla 2.3: Qué en cada jurisdicción nacional procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

- a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
- b) Satisfacer las necesidades de la sociedad y,
- c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se anuncian.



Es importante destacar el hecho de que estas reglas se aplican siempre con imparcialidad y sin distinción alguna.

La Regla 2.2 define lo que debemos entender por: “menor” y por “delito” como componentes del concepto de “menor delincuente”, que es el objeto principal de las reglas presentes. Hay que señalar que las reglas disponen expresamente que, corresponderán a cada sistema jurídico nacional, fijar las edades mínimas y máxima, a estos efectos, respetando los diferentes sistemas económicos, sociales y jurídicos de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de “menor”, se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años, hasta los 18 años o más. Esta flexibilidad es inevitable, en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales existentes.

La edad mínima a efectos de la responsabilidad penal varía como se ha dicho en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden o no reunir elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño en virtud de su discernimiento y comprensión individuales responsable de un comportamiento esencialmente antisocial.

En la Regla 3.1 se dice que las disposiciones pertinentes de las reglas no solo se aplicaran a los menores delincuentes sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos.

Esta regla últimamente citada, amplía entonces el ámbito de aplicación de la protección otorgada por las reglas, para la administración de justicia de menores, de modo que abarque: Los llamados delitos en razón de su condición, previstos en diversos sistemas jurídicos nacionales, con arreglo a los cuales se considera delito en los menores, una gama de comportamientos distinta, y por lo general más amplia que en el caso de adultos, por ejemplo, ausencias injustificadas, desobediencia en la escuela y en la familia, ebriedad en público, etc.

La regla 5.1 señala que, el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos, y garantizará que cualquier respuesta a los menores



delincuentes, será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Esta regla se refiere a los objetivos más importantes de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor, éste es el enfoque principal de los sistemas jurídicos, en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal.

El segundo objetivo, es el “Principio de la Proporcionalidad”; este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula, de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales, así se deberá tomar en cuenta su condición social o su situación familiar. Se deberá considerar los esfuerzos del delincuente, para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil. En definitiva esta regla exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia y criminalidad de menores sea adecuada.

En la regla 7.1: Se dice en todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas, tales como: La presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos. Es decir a aspectos importantes que representan elementos fundamentales de todo juicio imparcial y justo, y que son internacionalmente reconocidos, en los instrumentos de derechos humanos vigentes.

La presunción de inocencia por ejemplo figura en el Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo segundo del Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



A fin de proteger el derecho de los menores a la intimidad, la regla 8 y la 8.1, indican, “para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad, y se complementa con lo dispuesto en la regla 8.2, cuando manifiesta: La importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad; los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación, al momento en que individualizados los mismos, se los pudiera identificar como delincuentes o criminales, de allí que el nombre de los menores que se presumen delincuentes, o que son condenados corresponde proteger y defender.

Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificara inmediatamente a sus padres o a sus tutores, esto señala la regla de Beijing, número 10, complementando la misma disposición en la regla 10.2, se señala que el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora, la posibilidad de poner en libertad al menor. Cuando nos referimos a organismos competentes o funcionario se entiende la persona o la institución en el más amplio sentido de la palabra, incluidas las juntas de la comunidad y las autoridades de policía, que tengan facultades para poner en libertad a la persona en este caso el menor detenido.

La regla de Beijing, número 13.1 señala **“sólo se aplicara la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve”**. De allí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. Se podría decir que ésta regla alienta idear nuevas e innovadoras medidas que permitan evitar dicha prisión preventiva, precisamente en interés del bienestar del menor.

El Código de la Niñez y Adolescencia vigente en nuestro país, indica que la “prisión preventiva”, léase internamiento preventivo, que está reglado en el Art 330, al decir: “El juez sólo podrá ordenar el internamiento preventivo de un adolescente en los siguientes casos, siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad en la infracción investigada: a) Tratándose de adolescentes que no han cumplido 14 años de edad, en el juzgamiento de delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultado de muerte; y b)



de los adolescentes que han cumplido 14 años, en el juzgamiento de delitos sancionados en la legislación penal ordinaria con pena de reclusión. El internamiento preventivo puede ser revocado en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte”.

A este respecto es decir a lo que las reglas de Beijing, y Código de la Niñez y Adolescencia disponen, es necesario mencionar; Los menores que se encuentren en prisión preventiva deben de gozar de todos los derechos y garantías previstas en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el Art. 9, en el inciso b) del párrafo 2 del Art. 10 y en el párrafo 3 de dicho artículo.

Las diferentes formas de asistencia que pueden llegar a ser necesarias se han enumerado, para indicar la amplia gama de necesidades concretas de los jóvenes reclusos que hay que atender. Así por ejemplo, tendrá que haber la separación entre hombres y mujeres, toxicómanos, alcohólicos, menores con perturbaciones mentales, jóvenes que sufren de trauma por ejemplo del arresto.

Se dice que “después de la aprehensión, no debe haber instante mas importante en el tratamiento del adolescente de quien se alega que ha transgredido una ley penal, que su recepción en el centro de detención. El ruido de la puerta cerrándose a sus espaldas marca, sobre todo para el primerizo, un antes y un después en su vida. Todo primer contacto es definitorio en la relación interpersonal, y dependerá de cómo sea recibido el adolescente la modalidad de su vinculación posterior con el ámbito institucional en el cual permanecerá viviendo por un tiempo. Es por ello que la selección del personal que recibe a los nuevos internos resulta crucial en un sistema de esta naturaleza”.⁶

Una vez que hemos enumerado y tratado principios básicos que se encuentran recogidos en nuestro sistema legal y convenios internacionales vigentes en nuestra legislación; trataremos el tema de las **medidas cautelares**, que se

⁶ Atilio Alvarez. Defensor Público de Menores de la República de Argentina.



encuentran definidas en el Art. 159 del CPP., que dice “A fin de garantizar la intermediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia. Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en éste Código”.

Las medidas cautelares de orden personal, se dice doctrinariamente: están directamente relacionadas con una medida de seguridad, para Jiménez Asenjo así como para Alcalá Zamora y Ricardo Leven, lo mismo es decir medida cautelar qué, medida de seguridad; así el primero manifiesta “con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también asegurativas, puesto que todas ellas poseen significados equivalentes, entiende la práctica y la doctrina procesal todas aquellas acordadas por el juez instructor o el tribunal resolutor, en su caso para asegurar la efectividad de los resultados de un proceso”.⁷

Alcalá y Lebene dicen: “La adopción de las medidas o prohibimientos cautelares, asegurativos o precautorios, constituye un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar como proceso, al igual que el de conocimiento y el de ejecución, acotando entre los 3 los fines del proceso globalmente considerado”.⁸

De la misma manera la Convención Interamericana, sobre ejecución de medidas preventivas, de 8 de mayo de 1979, proclamó en el art.1, que “para los efectos de esta convención las expresiones medidas cautelares o medidas de seguridad o medidas de garantía se consideran equivalentes cuando se

⁷ Tratado de Derecho Procesal Penal; Jorge Zavala Baquerizo; Tomo VI; págs. 4 y 5

⁸ Tratado de Derecho Procesal Penal; Jorge Zavala Baquerizo; Tomo VI; págs. 4 y 5



utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral, y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”.⁹

Las medidas cautelares tienen características propias a decir del Maestro Jorge Zavala Baquerizo, cuando señala que las mismas deben tener como principio primario el de excepcionalidad, pues dice “en efecto la regla general es que toda persona es libre individualmente considerada, así como también tiene el derecho de disponer de su propiedad en el momento que lo crea conveniente de acuerdo con las regulaciones legales. Por lo tanto, las medidas cautelares que limitan la libertad y el ejercicio del derecho de propiedad, son medidas excepcionales y como tales deben ser administradas con sentido restringido en tanto cuanto afecten a derechos garantizados constitucionalmente”.

Se dice finalmente que se aspira a que ciertas medidas cautelares, como la prisión provisional sean subsidiarias y no alternativas, esto es qué, deben ser impuestas en último término; Cuando se considere que ninguna otra medida cautelar podría ser útil.

Otro principio de las medidas cautelares recogido en el CPP, en forma expresa establece como uno de los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional, el subjetivo, esto es, aquel que concede al juez penal la facultad de emitir dicho auto, cuando lo creyere necesario en cada caso concreto, es decir que en la medida cautelar, el juez luego del análisis respectivo llega a la conclusión que la única manera de garantizar el cumplimiento de las normas es aprehendiendo provisionalmente al justiciado.

Otro principio de las medidas cautelares es el de “Proporcionalidad”.- La medida cautelar debe guardar relación entre ella y el hecho que es objeto del proceso y con la finalidad que pretende garantizar.

⁹ Tratado de Derecho Procesal Penal; Jorge Zavala Baquerizo; Tomo VI; págs. 4 y 5.



Se indica por parte del Dr. Jorge Zavala que, debe haber una adecuada relación ente el hecho que se imputa al procesado y lo que se pretende cautelar, para que se pueda justificar la limitación de los bienes garantizados; mencionando además el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, que se debe considerar:

El principio de “Obligatoriedad” de la medida cautelar.- debe ser acatada por el sujeto procesal que la sufre y, por ende, es de cumplimiento obligatorio. Tal característica se manifiesta en el mandato por el cual se priva la libertad a una persona o se ordena el secuestro de ciertos bienes, lo que debe cumplirse aun en contra de la voluntad del afectado. Pero debe quedar claramente explicado, se dice que no es que, la medida cautelar debe ser obligatoriamente impuestas por el juez, sino que, una vez impuesta es de obligado cumplimiento por parte del encausado que la sufre.

Otro principio de las medidas cautelares es el de la “Instrumentalidad”.- La medida cautelar es un instrumento para lograr el desarrollo del proceso penal. La medida cautelar no tiene un fin en si mismo, pues se satisface con hacer posible la actividad procesal, como puede ser la inmediación del imputado con el órgano jurisdiccional penal.

La medida cautelar no goza de autonomía, pues su vigencia depende de la existencia del proceso penal. La medida cautelar es accesoria a la pretensión punitiva exhibida en el proceso y por ende, subsiste en tanto subsista dicha pretensión.

Principio de “Provisionalidad”.- Puesto que como se dijo anteriormente, que ésta característica la de provisionalidad, surge en función del plazo cierto, que tiene la prisión provisional para su existencia jurídica.

El Principio de “Revocabilidad”.- La medida cautelar es esencialmente revocable, pues en el momento que desaparecen los presupuestos que le dieron vida se extingue la medida cautelar.

Principio de la “Impugnabilidad”.- La medida cautelar admite la impugnación tanto en el efecto suspensivo como devolutivo. Dicha impugnación se la hace a través del recurso de apelación, presentado ante el juez de lo penal que dictó



la medida para ante una de las Salas especializadas de lo penal de la Corte Superior de Justicia.

El Principio de la “Judicialidad”.- la medida cautelar solo puede ser dictada por el juez penal competente. Ningún otro funcionario judicial que no sea el competente puede dictar la medida cautelar en un proceso penal, en donde debe constar plenamente identificado con su nombre y apellido el sujeto pasivo de la medida cautelar respectiva.

El Principio de Motivación.- La medida cautelar debe ser expresamente motivada, no sólo por el mandato constitucional que ordena que toda resolución de los poderes públicos que afecte a las personas debe ser motivada, sino porque, además la ley de procedimiento así dispone de manera expresa.

Finalmente el Principio de “Legalidad”.- Así como ninguna pena puede imponerse sino está prevista en la ley anterior, de igual manera ninguna medida cautelar, ni medida alguna de carácter asegurativa pueden imponerse si es que previamente no se encuentra autorizada por una ley.

NATURALEZA DE LA MEDIDAS CAUTELARES

La naturaleza de la medida cautelar, en nuestra legislación procesal penal surge, cuando se expresa en el texto legal que: El “fin”, de la medida cautelar es doble; garantizar la inmediación del sujeto pasivo del proceso con éste y avalar el pago de la indemnización de perjuicios al ofendido. Sin embargo se discute que sean estos, los objetivos de las medidas cautelares; así el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, referente jurídico en nuestro país manifiesta, “no es una finalidad de la medida cautelar personal o real la de aprehender al imputado, o limitar el derecho a la propiedad del mismo, sino que el proceso se vale de la medida cautelar como instrumento que le permita cumplir su finalidad. No es que la medida cautelar “garantice” la predicha inmediación o el pago de las indemnizaciones, sino que la medida cautelar permite que se hagan efectivas tanto la inmediación como el pago. No garantiza la



inmediación: la hace posible y todo aquello que hace posible un fin es un instrumento y no un fin en sí mismo”.¹⁰

Con una definición clara como la que señala el Dr. Zavala, es evidente que cuando se lee el texto legal del CPP, se enuncia claramente que la medida cautelar sólo puede existir en tanto exista un proceso penal, con un instrumento muchas veces necesario para el cumplimiento del fin procesal.

La medida cautelar toma vida con el inicio de un proceso siendo de trascendental importancia que se haya establecido la existencia objetiva de un delito que origine un proceso penal y que la persona que sufre la medida cautelar tiene un nexo causal con dicho delito.

“Se dice que las medidas cautelares de acuerdo a cada caso; tienden a realizar una ejecución forzada y adoptar medidas cautelares para precautelar o asegurar el cumplimiento de un auto o sentencia condenatoria”.¹¹

Se ha dicho “Que las medidas cautelares tienen por objeto el establecimiento de garantías para que una persona procesada pueda cumplir con la pena, en caso de ser declarada culpable, y el pago de daños y perjuicios ocasionados, como reparación a la víctima. Así tenemos medidas cautelares personales de naturaleza penal, que permitirán al Estado mismo ejercer su función punitiva, y medidas cautelares de naturaleza civil, que buscan proteger los efectos civiles de una sentencia”.¹²

Una vez establecido el Objeto de las Medidas Cautelares, ahora analizaremos su clasificación.

1.2 CLASIFICACIÓN

La clasificación se encuentra en el Art. 160 del CPP, el cual señala que las medidas cautelares de carácter personal son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;

¹⁰ Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI.

¹¹ Dr. César Morocho López, Resumen del Código de Procedimiento Penal y Litigación Oral, Pág. 49.

¹² Dr. Miguel Antonio Arias, La Detención en Firme, pág. 23.



- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien este designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. 107, regla 6 del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designaré;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención ;



13) La prisión preventiva.

Se podría decir, que muchas de las medidas enunciadas, no son propiamente medidas cautelares, si las entendemos como tales, sino medidas de protección a la víctima o a un testigo de los hechos; Así la medida número 1, 2, 6 y 7. En éste artículo, se dice que las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro
- 2) La retención; y
- 3) El Embargo

Las medidas cautelares de carácter personal tienen relación directa con la persona del encausado, en tanto que las de carácter real se refieren a la disponibilidad de los bienes del sujeto pasivo del proceso;

En ambos casos se afectan bienes jurídicos del imputado o del acusado como son la libertad y la propiedad; El Dr. Jorge Zavala Baquerizo al respecto de la clasificación de medidas cautelares que hace el CPP dice “toma en consideración el objeto de ellas y es así que llama personales a las limitaciones de uno de los bienes jurídicos, que esta ínsito en la persona, cual es la libertad; y nomina como reales a las limitaciones que si bien están en relación con la persona, pero que no es bien jurídico que integra la persona, como la libertad, sino que está fuera de la persona, la cual puede vivir sin propiedad, aunque no puede vivir como persona sin libertad”.¹³

Las medidas cautelares de orden real que nuestra legislación señala como hemos visto, el secuestro, la retención y el embargo, tienen como finalidad asegurar las indemnizaciones pecuniarias (Art. 191 del CPP).

Confirmando lo dicho, es decir la finalidad que estas cumplen nos referiremos al Art. 154 de la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial, al definir las con más claridad tratándose de asuntos de tránsito dice: “El Juez de Tránsito, con la finalidad de asegurar el valor de las costas procesales, penas pecuniarias, indemnizaciones civiles, podrá ordenar el secuestro,

¹³ Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI.



retención o prohibición de enajenar los bienes del imputado o del propietario del vehículo causante del accidente, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal”.

Así mismo en el Código de la Niñez y Adolescencia dice con relación a las medidas cautelares en el Art. 323 “las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la indemnización del adolescente inculcado con el proceso y su eventual responsabilidad civil o la de su representante...” *(El subrayado es mío)*

Por el tema propuesto nos proponemos analizar las medidas cautelares de naturaleza penal, es decir aquellas medidas cautelares personales, previstas en nuestra legislación como único procedimiento legal, para limitar la garantía fundamental del derecho de libertad, es decir las contempladas en libro III, del CPP. Esto es la detención y la prisión preventiva.

Previo a tratar el tema nos referiremos como se ha dicho a dos medidas cautelares, que significan pérdida de la libertad del individuo: La detención y la prisión preventiva.

La Detención.- Que si bien aparece en el capítulo dedicado a la regulación de las medidas cautelares, no sería una medida como tal, sino que más bien es la consecuencia de una medida cautelar de carácter personal; puesto que la retención de una persona no es más que la captura de una persona sobre la cual se ha dictado una medida cautelar; la misma ve limitada su libertad.

Los agentes de la autoridad están en capacidad de aprehender a una persona que ha sido sorprendida cometiendo un delito flagrante, cuyo ejercicio de acción es público, sin necesidad de portar una orden judicial para hacer la aprehensión, (Art. 161, CPP). Se trata obviamente de una excepción al mandato constitucional que nadie puede ser privado de su libertad sin orden judicial.

Generalmente la detención, entendida como privación de libertad se da con fines investigativos. Así como hemos indicado tratándose de flagrancia delictual



(Art. 161, CPP); se dice, que es un rezago del sistema inquisitivo y una verdadera afrenta al bien jurídico de la libertad. En tratándose de este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

“El policía que haya privado de la libertad, recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal con la presencia del defensor público podrá proceder previamente conforme lo determina el Art. 216 del CPP, esto es en cumplimiento de sus atribuciones a recibir la o las denuncias presentadas por delito de acción pública, luego de lo cual el agente de policía elaborara el parte respectivo”.

Dentro de las 24 horas desde el momento que ocurrió la detención, el fiscal solicitara al juez de garantías penales que convoque a la audiencia oral en la que se realizara o no la imputación, y solicitará la medida cautelar respectiva.

La detención con el objeto de investigar un delito de acción pública a pedido del fiscal, será ordenada por el juez de garantías. Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos:

- 1.- Los motivos de la detención.
- 2.- El lugar y la fecha en la que se la expide.
- 3.- La firma del juez de garantías penales.

La detención a la que se hace referencia en el “Art. 164 del CPP”, no podrá exceder de 24 horas, así mismo toda persona al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio, así mismo se le informara sobre el derecho que tiene el detenido a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

Si tratamos de la detención en delito flagrante debemos definir que es delito flagrante; Al efecto el Art 162 del CPP lo define “es delito flagrante el que se



comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. No se podrá alegar persecución ininterrumpida, si han transcurrido más de 24 horas entre la comisión del delito y la detención.”

Se debe indicar que una vez puesto en conocimiento del juez de garantías a un detenido, tratándose de delito flagrante, se deberá cumplir con la audiencia de calificación de flagrancia; audiencia que fuera o que tuviera su origen para aplicarla en forma práctica precisamente en esta ciudad de Cuenca; La misma comienza con la identificación del juez ante los concurrentes señalando, que como juez de garantías penales le toca conocer de la detención y luego de dar lectura de los derechos y garantías que asisten al detenido, preguntarle si estos le han sido leídos y como ha ocurrido su detención. Luego el representante de la fiscalía expondrá el caso indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el Art 217 del CPP.

El fiscal en éste momento solicitará las medidas cautelares que fueren necesarias para la investigación y señalará un plazo para concluir la instrucción fiscal. Luego se escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la imposición o no de medidas cautelares; dispondrá así mismo la notificación a los sujetos procesales.

La Prisión Preventiva.- Nuestra legislación, al considerar la prisión preventiva como una de las medidas cautelares de carácter personal, La ubica en el último lugar de las mismas y, siendo sin lugar a dudas la más importante de ellas porque, como hemos dicho es una privación de la libertad de un ser humano, derecho a la libertad sin el cual no existiría otros derechos.



Desde siempre la aplicación de la prisión preventiva ha generado debates y controversias, así Voltaire justificando la misma cuando ésta se encuentra previa y debidamente regulada por la ley dice “si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible, sin permitir que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros, como si ya lo hubieseis juzgado culpable ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que puede estar seguro de no abatirse? ¡Oh jueces! ¿Queréis que el inocente acusado no se escape? Pues facilítadle los medios para defenderse”.¹⁴

Con posterioridad el maestro Carrara opina que “la custodia preventiva, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento tiene que ser brevísimo, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiere”.¹⁵

Criterios estos dos que difieren sobre lo excepcional que debe ser considerada la prisión provisional o la custodia preventiva, que fue evolucionando en razón del desarrollo de la colectividad.

Con posterioridad Francesco Carneluti, se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertad con medida cautelar y luego de hacer presente manifestando que la persona que sufre tal medida se encuentra en iguales condiciones que la de él condenado.

El Dr. Jorge Zavala Vaquerizo con su ilustrado criterio manifiesta con relación a la prisión provisional, “como medida cautelar de carácter personal, se encuentra justificada sólo en casos especiales, que deben ser claramente señalados por las leyes de procedimiento y sujeta dicha medida a un límite temporal”.¹⁶

¹⁴ Francois- Marie Arouet (Voltaire). Comentario sobre el Libro de los Delitos y de las Penas. Op. Cit. 897.

¹⁵ Dr. Jorge Zavala Baquerizo. Tomo VI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Pág. 73.

¹⁶ Dr. Jorge Zavala Baquerizo. Tomo VI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Pág. 73.



1.3 REQUISITOS PARA LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACION DE LIBERTAD (PRISION PROVISIONAL)

La procedibilidad de dicha medida se encuentra prevista en el Art. 167 del CPP cuando dice “cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva siempre que medien los siguientes requisitos:

- 1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
- 2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito.
- 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
- 4.- Indicios suficientes del que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y,
- 5.- Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

De los requisitos que se han señalado así como de las características de la prisión preventiva, es una de las medidas cautelares de carácter procesal porque sólo, puede surgir dentro de un proceso.

Es además cautelar, porque pretende evitar un riesgo en este caso concreto de fuga del acusado o para asegurar el cumplimiento de la pena.

Por mandato constitucional la libertad individual está garantizada y por ende la limitación de la indicada garantía, constituye una excepción, ya que la prisión preventiva debe ser excepcionalmente dictada, obligándose a la subsidiaridad; tanto, más que el Estado no le impone al juez la obligación de ordenar la



prisión preventiva cada vez que se reúnan los requisitos de procedibilidad para tal medida, sino que le concede la facultad, esto es, le otorga la libertad de decidir sobre la necesidad o no necesidad, de imponer la medida cautelar de nuestra referencia.

La prisión provisional se sostiene, es una medida cautelar proporcionada y homogénea, porque no puede ser impuesta sino en consideración con el objeto del proceso y solo en los casos en que sea necesaria para satisfacer el normal desarrollo del proceso en el que incide dicha medida.

La prisión provisional es una medida cautelar, porque el ordenamiento jurídico impone un límite temporal para su vigencia, vencido el cual prescribe dicha medida cautelar; es importante la opinión que a este respecto el Dr. Jorge Zavala Vaquerizo, en su tratado de Derecho Procesal Penal, manifiesta: “No es que el auto de prisión provisional con el transcurso del tiempo caduca, como dice la ley de procedimiento y no pocos autores y jueces, sino que prescribe, pues no es que el auto de prisión provisional con el transcurso del tiempo pierde su fuerza jurídica sino que se extingue por la inacción del juez que no sustanció el proceso dentro del término razonable previsto en el procedimiento”.

En otras palabras “la prisión provisional debe estar de acuerdo con la finalidad procesal que se persigue con la naturaleza de la infracción, ya que la desproporcionalidad implicaría una medida extraña a la naturaleza de la prisión provisional”.¹⁷

Se debe resaltar que ésta medida cautelar guarda relación con lo que dispone la actual Constitución del Estado. La anterior Constitución de 1998, no introdujo ninguna norma al respecto, puesto que la normativa procesal reconocía la caución como la única alternativa, a la prisión preventiva; se pasó con la actual Constitución un esquema complejo, donde ya se reconoce algunas opciones cautelares adoptando el principio de diversificación, haciendo posible que la necesidad de cautela puede ser satisfecha mediante alternativas distintas a la privación de la libertad.

¹⁷ Dr. Jorge Zavala Baquerizo. Tomo VI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Pág. 89.



La Constitución del 2008, prevé de manera taxativa la facultad de los juzgadores de aplicar en cualquier momento la variación de la privación de la libertad a una medida de menor intervención y determinando además la naturaleza excepcional de la privación de la libertad.

Una vez que se ha tratado las medidas cautelares de orden personal, que se encuentran señalados en el Código de Procedimiento Penal; Es objeto del presente trabajo: el tratar el Internamiento Preventivo, de Adolescentes Infractores; que se encuentra dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia, (Art. 330).

Para continuar en éste estudio a más de los principios ya tratados, previo al análisis del tema, consideraremos como referente las normas contenidas en tratados internacionales, que son aplicables al tema de adolescentes infractores; como información adicional mencionaremos las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, que se transcriben a continuación adjuntando comentarios en torno a su aplicación.



CAPITULO II

EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores

("Reglas de Beijing")

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

Primera parte

Principios generales

1. Orientaciones fundamentales

1.1 Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y de su familia.

1.2 Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter



comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

1.4 La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

1.5 Las presentes Reglas se aplicarán según el contexto de las condiciones económicas, sociales y culturales que predominen en cada uno de los Estados Miembros.

1.6 Los servicios de justicia de menores se perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados.

Comentario

Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención. Esas medidas de atención de los menores con fines de prevención del delito antes del comienzo de la vida delictiva constituyen requisitos básicos de política destinados a obviar la necesidad de aplicar las presentes Reglas.

Las reglas 1.1 a 1.3 señalan el importante papel que una política social constructiva respecto al menor puede desempeñar, entre otras cosas, en la prevención del delito y la delincuencia juveniles. La regla 1.4 define la



justicia de menores como parte integrante de la justicia social por los menores, mientras que la regla 1.6 se refiere a la necesidad de perfeccionar la justicia de menores de manera continua, para que no quede a la zaga de la evolución de una política social progresiva en relación con el menor en general, teniendo presente la necesidad de mejorar de manera coherente los servicios de personal.

La regla 1.5 procura tener en cuenta las condiciones imperantes en los Estados Miembros, que podrían ocasionar que la manera de aplicar determinadas reglas en uno de ellos fuera necesariamente diferente de la manera adoptada en otros Estados.

2. Alcance de las Reglas y Definiciones Utilizadas

2.1 Las Reglas mínimas que se enuncian a continuación se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.2 Para los fines de las presentes Reglas, los Estados Miembros aplicarán las definiciones siguientes en forma compatible con sus respectivos sistemas y conceptos jurídicos:

- a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto;
- b) Delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y
- c) Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.



2.3 En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:

- a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;
- b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;
- c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.

Comentario

Las Reglas mínimas se han formulado deliberadamente de manera que sean aplicables en diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, establezcan algunas normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes con arreglo a cualquier definición de la noción de joven y a cualquier sistema de tratamiento de los menores delincuentes. Las Reglas se aplicarán siempre con imparcialidad y sin distinción alguna.

Por lo tanto, la regla 2.1 destaca la importancia de que las Reglas se apliquen siempre con imparcialidad y sin distinción alguna. Su formación responde al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño.

La regla 2.2 define "menor" y "delito" como componentes del concepto de "menor delincuente", que es el objeto principal de las presentes Reglas mínimas (no obstante, véanse también las reglas 3 y 4). Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que corresponderá a



cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de "menor" se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas.

La regla 2.3 responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las Reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico.

3. Ampliación del Ámbito de Aplicación de las Reglas

3.1 Las disposiciones pertinentes de las Reglas no sólo se aplicarán a los menores delincuentes, sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos.

3.2 Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar.

3.3 Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes.

Comentario

La regla 3 amplía el ámbito de aplicación de la protección otorgada por las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores de modo que abarque:



- a) Los llamados "delitos en razón de su condición" previstos en diversos sistemas jurídicos nacionales con arreglo a los cuales se considera delito en los menores una gama de comportamiento distinta y, por lo general, más amplia que en el caso de los adultos (por ejemplo, ausencias injustificadas, desobediencia en la escuela y en la familia, ebriedad en público, etc.) (regla 3.1);
- b) Los procedimientos relativos a la atención al menor y a su bienestar (regla 3.2);
- c) El procesamiento de los delincuentes adultos jóvenes, aunque en este caso la aplicación de las Reglas dependerá de las disposiciones pertinentes sobre la mayoría de edad (regla 3.3).

La ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas de modo que abarquen las tres esferas antes mencionadas parece justificada. La regla 3.1 prevé garantías mínimas en esas esferas, y se estima que la regla 3.2 constituye un paso positivo en el establecimiento de un sistema más imparcial, equitativo y humano de justicia para todos los menores que transgredan la ley.

4. Mayoría de Edad Penal

4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.

Comentario

La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es



decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).

Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional.

5. Objetivos de la Justicia de Menores

5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Comentario

La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Este es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14.)

El segundo objetivo es el "Principio de la Proporcionalidad". Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La



respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.

En definitiva, la regla 5 sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores.

6. Alcance de las Facultades Discrecionales

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.



6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.

Comentario

Las reglas 6.1, 6.2 y 6.3 tratan varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria: la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente. La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de dichas facultades. Por ello, se hace especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores. (Véanse también las reglas 1.6 y 2.2.) En este contexto, se pone de relieve la formulación de directrices concretas acerca del ejercicio de dichas facultades y el establecimiento de un sistema de revisión y de apelación u otro sistema análogo a fin de permitir el examen minucioso de las decisiones y la competencia. Esos mecanismos no se concretan en el presente documento, pues no se prestan fácilmente para incorporarlos en reglas mínimas internacionales, que probablemente no podrán abarcar todas las diferencias que existen en los sistemas judiciales.



7. Derechos de los Menores

7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

Comentario

La regla 7.1 hace hincapié en algunos aspectos importantes que representan elementos fundamentales de todo juicio imparcial y justo y que son internacionalmente reconocidos en los instrumentos de derechos humanos vigentes. (Véase también la regla 14.) La presunción de inocencia, por ejemplo, también figura en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las reglas 14 y siguientes de las presentes Reglas mínimas precisan cuestiones que son importantes con respecto al procedimiento en los asuntos de menores en particular, mientras que la regla 7.1 ratifica en forma general las garantías procesales más fundamentales.

8. Protección de la Intimidad

8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

8.2 En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente.



Comentario

La regla 8 destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanarían de la individualización permanente de los jóvenes como "delincuentes" o "criminales".

La regla 8 también hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados). Corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona. (El contenido general de la regla 8 se sigue concretando en la regla 21.)

9. Cláusulas de Salvedad

9.1 Ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

Comentario

La regla 9 tiene por objeto evitar todo equívoco en lo tocante a la interpretación y aplicación de las presentes Reglas en consonancia con los principios contenidos en los instrumentos y normas internacionales pertinentes -- vigentes o en desarrollo -- relativos a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño y el proyecto de convención sobre los derechos del



niño. Conviene precisar que la aplicación de las presentes Reglas es sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera instrumentos internacionales que contengan disposiciones de aplicación más amplia. (Véase también la regla 27.)

Segunda Parte

Investigación y Procesamiento

10. Primer Contacto

10.1 Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.

10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.

10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

Comentario

En principio, la regla 10.1 figura en la regla 92 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La posibilidad de poner en libertad al menor (regla 10.2) deberá ser examinada sin demora por el juez u otros funcionarios competentes. Por éstos se entiende toda persona o institución en el más amplio sentido de la palabra, incluidas las juntas de la comunidad y las autoridades de policía, que tengan facultades para poner en libertad a la persona



detenida. (Véase también el párr. 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.)

La regla 10.3 trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores. La expresión "evitar-daño" constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar "daño" a los menores, la expresión "evitar-daño" debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad. Además, el éxito de cualquier otra intervención depende en gran medida de esos primeros contactos. En tales casos, la comprensión y la firmeza bondadosa son importantes.

11. Remisión de Casos

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla

14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas



jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

Comentario

La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.

Como se prevé en la regla 11.2, la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos



menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante.

La regla 11.3 pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente (o de sus padres o tutores) con respecto a las medidas de remisión recomendadas (la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso). No obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación. La regla subraya que se deben tomar precauciones para disminuir al mínimo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión. Los menores no han de sentirse presionados (por ejemplo, a fin de evitar la comparecencia ante el tribunal) ni deben ser presionados para lograr su consentimiento en los programas de remisión. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una "autoridad competente cuando así se solicite" en las actuaciones relativas a menores delincuentes. (La "autoridad competente" puede ser distinta de la que se menciona en la regla 14.)

La regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)

12. Especialización Policial

12.1 Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se



dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.

Comentario

La regla 12 señala la necesidad de impartir una formación especializada a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de la justicia de menores. Como la policía es el primer punto de contacto con el sistema de la justicia de menores, es muy importante que actúe de manera informada y adecuada.

Aunque la relación entre la urbanización y el delito es sin duda compleja, el incremento de la delincuencia juvenil va unido al crecimiento de las grandes ciudades, sobre todo a un crecimiento rápido y no planificado. Por consiguiente, son indispensables contingentes especializados de policía, no sólo como garantía de la aplicación de los principios concretos previstos en el presente instrumento (como la regla 1.6), sino también, de forma más general, para mejorar la prevención y represión de la delincuencia de menores y el tratamiento de los menores delincuentes.

13. Prisión Preventiva

13.1 Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.



13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Comentario

No se debe subestimar el peligro de que los menores sufran "influencias corruptoras" mientras se encuentren en prisión preventiva. De ahí la importancia de insistir en la necesidad de medidas sustitutorias. De esta forma la regla 13.1 anima a idear medidas nuevas e innovadoras que permitan evitar dicha prisión preventiva en interés del bienestar del menor.

Los menores que se encuentren en prisión preventiva deben gozar de todos los derechos y garantías previstas en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en el artículo 9, en el inciso del párrafo 2 del artículo 10 y en el párrafo 3 de dicho artículo.

La regla 13.4 no impedirá a los Estados tomar otras medidas contra la influencia negativa de los delincuentes adultos que sean al menos tan eficaces como las mencionadas en la regla.

Las diferentes formas de asistencia que pueden llegar a ser necesarias se han enumerado para señalar la amplia gama de necesidades concretas de los jóvenes reclusos que hay que atender (por ejemplo, mujeres u hombres, toxicómanos, alcohólicos, menores con



perturbaciones mentales, jóvenes que sufren el trauma, por ejemplo, del propio arresto, etc.).

Las diversas características físicas y psicológicas de los jóvenes reclusos pueden justificar medidas de clasificación por las que algunos de ellos estén reclusos aparte mientras se encuentren en prisión preventiva, lo que contribuye a evitar que se conviertan en víctimas de otros reclusos y permite prestarles una asistencia más adecuada.

El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 4, sobre la elaboración de normas de justicia de menores, especificaba que dichas reglas debían, entre otras cosas, reflejar el principio básico de que la prisión preventiva debe usarse únicamente como último recurso, que no debe mantenerse a ningún menor en una institución donde sea vulnerable a las influencias negativas de reclusos adultos y que deben tenerse siempre en cuenta las necesidades propias de su estado de desarrollo.

Tercera Parte

De la Sentencia y la Resolución

14. Autoridad competente para dictar sentencia

14.1 Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente.

Comentario

No es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal. Con "autoridad



competente" se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculte para dictar sentencia.

Sea como fuere, el procedimiento aplicable a los menores delincuentes deberá ceñirse a las reglas mínimas que se aplican en casi todo el mundo a todo delincuente que disponga de defensa con arreglo al procedimiento penal conocido como "debido proceso legal". De conformidad con el debido proceso, en un "juicio imparcial y equitativo" deben darse garantías tales como la presunción de inocencia, la presentación y examen de testigos, la igualdad en materia de medios de defensa judicial, el derecho a no responder, el derecho a decir la última palabra en la vista, el derecho de apelación, etc. (Véase también la regla 7.1)

15. Asesoramiento Jurídico y Derechos de los Padres y Tutores

15.1 El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país.

15.2 Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.

Comentario

La terminología que se usa en la regla 15.1 es similar a la de la regla 93 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Si bien el asesoramiento jurídico y la asistencia judicial gratuita son necesarias



para garantizar la asistencia judicial al menor, el derecho de los padres o tutores a participar según se indica en la regla 15.2 debe considerarse como una asistencia general al menor, de naturaleza psicológica y emotiva, que se extiende a lo largo de todo el proceso.

La autoridad competente, para dictar una sentencia justa en el caso, puede utilizar con provecho, sobre todo, la colaboración de los representantes legales del menor (o, a los mismos efectos, de algún otro asistente personal en el que el menor pueda depositar y deposite realmente su confianza). Este interés puede verse frustrado si la presencia de los padres o tutores en las vistas ejerce una influencia negativa, por ejemplo si manifiestan una actitud hostil hacia el menor, de ahí que deba preverse la posibilidad de su exclusión de la vista.

16. Informes sobre Investigaciones Sociales

16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

Comentario

Los informes preparados sobre la base de investigaciones de carácter social (informes sociales o informes previos a la sentencia) constituyen una ayuda indispensable en la mayoría de los procesos incoados a menores delincuentes. La autoridad competente debe estar informada de los antecedentes sociales y familiares del menor, su trayectoria escolar, sus experiencias educativas, etc. Con ese fin, en algunos ámbitos judiciales se recurre a servicios sociales especiales o a personal especializado que dependen de los tribunales o de las juntas. Otras clases de personal, como los agentes de libertad vigilada, pueden desempeñar las mismas funciones. Así la regla exige que haya servicios



sociales adecuados que preparen informes especializados basados en investigaciones de carácter social.

17. Principios Rectores de la Sentencia y la Resolución

17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

- a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de 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;
- d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

17.2 Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.



Comentario

El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como los siguientes:

- a) Rehabilitación frente a justo merecido;
- b) Asistencia frente a represión y castigo;
- d) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general;
- e) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual.

Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas.

No incumbe a las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad.



El inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

De conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones, sin perder de vista la seguridad pública. Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones.

El inciso c de la regla 17.1 corresponde a uno de los principios rectores contenidos en la resolución 4 del Sexto congreso, que propugna evitar el encarcelamiento en casos de menores salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública.

La disposición que prohíbe la pena capital, contenida en la regla 17.2, está en consonancia con el párrafo 5 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La disposición por la que se prohíbe el castigo corporal (regla 17.3) está en consonancia con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el proyecto de convención sobre los derechos del niño.

La facultad de suspender el proceso en cualquier momento (regla 17.4) es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En cualquier momento pueden llegar a



conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso.

18. Pluralidad de Medidas Resolutorias

18.1 Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) Libertad vigilada;
- c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) Otras órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.



Comentario

La regla 18.1 constituye un intento de enumerar algunas de las respuestas y sanciones importantes a que se ha recurrido hasta la fecha y cuyos buenos resultados han podido comprobarse en diferentes sistemas jurídicos. En general, constituyen opciones prometedoras que convendría difundir y perfeccionar. La regla no alude a las necesidades de personal, dado que en algunas regiones es previsible escasez de personal idóneo; en esas regiones pueden experimentarse o elaborarse medidas cuya aplicación exija menos personal.

Los ejemplos citados en la regla 18.1 tienen en común, ante todo, el hecho de que se basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la actualidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que prestaran servicios de base comunitaria.

La regla 18.2 hace referencia a la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es "el elemento natural y fundamental de la sociedad". Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida (por ejemplo, el abuso de menores).

19. *Carácter Excepcional del Confinamiento en Establecimientos Penitenciarios*

19.1 El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.



Comentario

Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas; es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos.

La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad ("último recurso") y en tiempo ("el más breve plazo posible"). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delincuentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos "abiertos" a los "cerrados". Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario.



20. Prevención de Demoras Innecesarias

20.1 Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.

Comentario

La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.

21. Registros

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

Comentario

La regla trata de ser una transacción entre intereses contrapuestos en materia de registros y expedientes: los de los servicios de policía, el Ministerio fiscal y otras autoridades por aumentar la vigilancia, y los intereses del delincuente. (Véase también la regla 8.) La expresión "otras personas debidamente autorizadas" suele aplicarse, entre otros, a los investigadores.



22. Necesidad de Personal Especializado y Capacitado

22.1 Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción.

22.2 El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Comentario

Las personas competentes para conocer en estos casos pueden tener orígenes muy diversos (jueces municipales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en las regiones en que ha tenido influencia el sistema jurídico de ese país; jueces con formación jurídica en los países que siguen el derecho romano y en las regiones de su influencia; personas con formación jurídica o sin ella designadas por elección o por nombramiento administrativo, miembros de juntas de la comunidad, etc., en otras regiones). Es indispensable que todas estas personas tengan siquiera una formación mínima en materia de derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento. Esta es una cuestión a la que se atribuye tanta importancia como a la especialización orgánica y a la independencia de la autoridad competente.

Tratándose de trabajadores sociales y de agentes de libertad vigilada, tal vez no sea viable la exigencia de especialización profesional como requisito previo para el desempeño de funciones en el ámbito de la delincuencia juvenil. De modo que la titulación mínima podrá obtenerse mediante la instrucción profesional en el empleo.



Las titulaciones profesionales constituyen un elemento fundamental para garantizar la administración imparcial y eficaz de la justicia de menores. Por consiguiente, es necesario mejorar los sistemas de contratación, ascenso y capacitación profesional del personal y dotarlo de los medios necesarios para el desempeño correcto de sus funciones.

Para lograr la imparcialidad de la administración de la justicia de menores debe evitarse todo género de discriminación por razones políticas, sociales, sexuales, raciales, religiosas, culturales o de otra índole en la selección, contratación y ascenso del personal encargado de la justicia de menores. Así lo recomendó el Sexto Congreso. Por otra parte, el Sexto Congreso hizo un llamamiento a los Estados Miembros para que garantizaran el tratamiento justo y equitativo de las mujeres como miembros del personal encargado de administrar la justicia penal y recomendó que se adoptaran medidas especiales para contratar, dar capacitación y facilitar el ascenso de personal femenino en la administración de la justicia de menores.

Cuarta Parte

Tratamiento Fuera de los Establecimientos Penitenciarios

23. Ejecución Efectiva de la Resolución

23.1 Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1, por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

23.2 Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas.



Comentario

En los casos de menores, más que en los de adultos, las resoluciones tienden a influir en la vida del menor durante largos períodos de tiempo. De ahí la importancia de que la autoridad competente o un órgano independiente (junta de libertad bajo palabra, autoridad encargada de supervisar la libertad vigilada, institución de bienestar juvenil u otras autoridades) con calificaciones iguales a las de la autoridad competente que conoció del caso originalmente, supervisen la ejecución de la sentencia. La creación del cargo de juez de la ejecución de penas en algunos países obedece a este propósito.

La composición, los poderes y las funciones de la autoridad deben ser flexibles; en la regla 23 se describen en general con objeto de facilitar su amplia aceptación.

24. Prestación de Asistencia

24.1 Se procurará proporcionar a los menores, en todas las etapas del procedimiento, asistencia en materia de alojamiento, enseñanza o capacitación profesional, empleo o cualquiera otra forma de asistencia, útil y práctica, para facilitar el proceso de rehabilitación.

Comentario

La consideración fundamental es la promoción del bienestar del menor. Por tanto, la regla 24 subraya la importancia de facilitar instalaciones, servicios y otra asistencia necesaria que redunde en los mejores intereses del menor durante todo el proceso de rehabilitación.

25. Movilización de Voluntarios y otros Servicios de Carácter Comunitario

25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente



comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.

Comentario

Esta regla refleja la necesidad de que todas las actividades relacionadas con los delincuentes menores estén orientadas a la rehabilitación. La cooperación de la comunidad es indispensable para seguir eficazmente las directrices de la autoridad competente. Los voluntarios y los servicios de carácter voluntario, en particular, resultan una fuente de actividades útiles, en gran medida no utilizada actualmente. En algunos casos, la cooperación de antiguos delincuentes (incluidos antiguos toxicómanos) puede ser extremadamente valiosa.

La regla 25 deriva de los principios estipulados en las reglas 1.1 a 1.6 y sigue las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Quinta Parte

Tratamiento en Establecimientos Penitenciarios

26. Objetivos del Tratamiento en Establecimientos Penitenciarios

26.1 La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.

26.2 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.



26.3 Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos.

26.4 La delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo.

26.5 En el interés y bienestar del menor confinado en un establecimiento penitenciario, tendrán derecho de acceso los padres o tutores.

26.6 Se fomentará la cooperación entre los ministerios y los departamentos para dar formación académica o, según proceda, profesional adecuada al menor que se encuentre confinado en un establecimiento penitenciario a fin de garantizar que al salir no se encuentre en desventaja en el plano de la educación.

Comentario

Los objetivos del tratamiento en establecimientos, tal como se enuncian en las reglas 26.1 y 26.2, serían aceptables para cualquier sistema o cultura. No obstante, dichos objetivos no se han alcanzado en todos los lugares y aún queda mucho por hacer en este sentido.

La asistencia médica y psicológica, en particular, es extremadamente importante para los toxicómanos confinados en establecimientos, y para los jóvenes violentos y enfermos mentales.

Evitar las influencias negativas ejercidas por delincuentes adultos y proteger el bienestar del menor en un ambiente penitenciario, como se estipula en la regla 26.3, está en armonía con los principios rectores básicos de las Reglas establecidos por el Sexto Congreso en su resolución 4. Esta regla no impedirá a los Estados tomar otras medidas contra la influencia negativa de los delincuentes adultos que sean al



menos tan eficaces como las mencionadas en la regla. (Véase también la regla 13.4)

La regla 26.4 obedece a que las delincuentes suelen recibir menos atención que los delincuentes, como indicó el Sexto Congreso. En particular, la resolución 9 del Sexto Congreso pide que se dé un tratamiento equitativo a la delincuente en todas las etapas del proceso de justicia penal y que se preste especial atención a sus problemas y necesidades particulares mientras esté confinada. Además, esta regla debería también considerarse teniendo en cuenta la Declaración de Caracas del Sexto Congreso que, entre otras cosas, pide un tratamiento igual en la administración de justicia penal, y la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

El derecho de acceso (regla 26.5) dimana de las disposiciones de las reglas 7.1, 10.1, 15.2 y 18.2. La cooperación entre ministerios y entre departamentos (regla 26.6) es de particular importancia para mejorar en términos generales la calidad del tratamiento y la capacitación en los establecimientos penitenciarios.

27. Aplicación de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos Aprobadas por las Naciones Unidas

27.1 En principio, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las recomendaciones conexas serán aplicables en la medida pertinente al tratamiento de los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios, inclusive los que estén en prisión preventiva.

27.2 Con objeto de satisfacer las diversas necesidades del menor específicas a su edad, sexo y personalidad, se procurará aplicar los principios pertinentes de las mencionadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en toda la medida de lo posible.



Comentario

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos figuran entre los primeros instrumentos de ese tipo promulgados por las Naciones Unidas. En general se reconoce que dichas Reglas han tenido consecuencias a escala mundial. Pese a que hay países en los que su aplicación es más una aspiración que una realidad, esas Reglas siguen ejerciendo una importante influencia en la administración humanitaria y equitativa de los establecimientos correccionales.

Algunos principios fundamentales relativos a los menores delincuentes en establecimientos penitenciarios están recogidos ya en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (cuartos destinados al alojamiento, características arquitectónicas de los locales, camas, ropas, quejas y peticiones, contactos con el mundo exterior, alimentación, atención médica, servicios religiosos, separación por edades, personal, trabajo, etc.), así como los relativos a las medidas punitivas, disciplinarias y de coerción aplicables a los delincuentes peligrosos. Sería inoportuno modificar dichas Reglas mínimas en función de las características especiales que han de tener los establecimientos penitenciarios de menores dentro del ámbito de las presentes Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores.

La regla 27 se centra en los requisitos necesarios aplicables a un menor confinado en un establecimiento penitenciario (regla 27.1), así como en las diversas necesidades específicas a su edad, sexo y personalidad (regla 27.2). Por consiguiente, los objetivos y el contenido de la regla están relacionados con las disposiciones pertinentes de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.



28. Frecuente y pronta Concesión de la Libertad Condicional

28.1 La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

28.2 Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad.

Comentario

La facultad para conceder la libertad condicional puede conferirse a la autoridad que se menciona en la regla 14.1 o a una autoridad distinta. De ahí que en el presente caso proceda hablar de "correspondiente" y no de autoridad "competente".

Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al "buen comportamiento" del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc.

Cuando se conceda la libertad condicional a un delincuente se deberá designar a un agente de libertad vigilada o a otro funcionario para que supervise su comportamiento y le preste asistencia (en particular si aún no se ha implantado el régimen de libertad vigilada), y estimular el apoyo de la comunidad.



29. Sistemas Intermedios

29.1 Se procurará establecer sistemas intermedios como establecimientos de transición, hogares educativos, centros de capacitación diurnos y otros sistemas pertinentes que puedan facilitar la adecuada reintegración de los menores a la sociedad.

Comentario

No hace falta subrayar la importancia de la asistencia postcarcelaria. La presente regla hace hincapié en la necesidad de establecer una red de mecanismos intermedios.

Esta regla recalca también la necesidad de una gama de instalaciones y servicios destinados a satisfacer las necesidades del joven delincuente que vuelve a la comunidad y a facilitar asesoramiento y apoyo estructural como un paso importante hacia la buena reintegración en la sociedad.

Sexta Parte

Investigación, Planificación y Formulación y Evaluación de Políticas

30. La Investigación como Base de la Planificación y de la Formulación y la Evaluación de Políticas

30.1 Se procurará organizar y fomentar las investigaciones necesarias como base para una planificación y una formulación de políticas que sean efectivas.

30.2 Se procurará revisar y evaluar periódicamente las tendencias, los problemas y las causas de la delincuencia y criminalidad de menores, así como las diversas necesidades particulares del menor en custodia.

30.3 Se procurará establecer con carácter regular un mecanismo de evaluación e investigación en el sistema de administración de justicia de



menores y recopilar y analizar los datos y la información pertinentes con miras a la debida evaluación y perfeccionamiento ulterior de dicho sistema.

30.4 La prestación de servicios en la administración de justicia de menores se preparará y ejecutará de modo sistemático como parte integrante de los esfuerzos de desarrollo nacional.

Comentario

La utilización de la investigación como base de una política racional de justicia de menores se ha reconocido ampliamente que constituye un importante mecanismo para lograr que las medidas prácticas tengan en cuenta la evolución y el mejoramiento continuos del sistema de justicia de menores. En la esfera de la delincuencia de menores es especialmente importante la influencia recíproca entre la investigación y las políticas. Debido a los cambios rápidos y a menudo espectaculares del estilo de vida de la juventud y de las formas y dimensiones de la criminalidad de menores, la respuesta de la sociedad y la justicia a la criminalidad y a la delincuencia de menores pronto quedan anticuadas e inadecuadas.

Por consiguiente, la regla 30 establece criterios para integrar la investigación en el proceso de formulación y aplicación de políticas en la administración de justicia de menores. La regla subraya en particular la necesidad de una revisión y evaluación regulares de los actuales programas y medidas y de una planificación en el contexto más amplio de los objetivos globales de desarrollo.

La evaluación constante de las necesidades del menor, así como de las tendencias y problemas de la delincuencia, es un requisito previo para perfeccionar los métodos de formulación de políticas adecuadas y establecer intervenciones apropiadas estructuradas y no estructuradas. En este contexto, la investigación por personas y órganos independientes debería recibir el respaldo de agencias competentes, y



para ello podrá ser útil recabar y tener en cuenta las opiniones del propio menor, no sólo de aquellos que están en contacto con el sistema.

El proceso de planificación debe subrayar en particular un sistema más eficaz y equitativo de suministro de los servicios necesarios. Para ello debería efectuarse una evaluación detallada y regular de la amplia gama de necesidades y problemas particulares del menor y una determinación precisa de las prioridades. A este respecto, debería también coordinarse el empleo de los recursos existentes, en particular las medidas sustitutorias y el apoyo de la comunidad que servirían para elaborar determinados procedimientos encaminados a aplicar y supervisar los programas establecidos.

El Código de la Niñez y Adolescencia vigente desde julio de 2003, regla diferentes y variados aspectos en los que se desenvuelve la situación de la niñez y adolescencia.

En el caso del Ecuador, la pobreza extendida provoca fenómenos de la más diversa naturaleza, nos encontramos con niños de la calle, con pandillas y clanes, que son el reflejo de una inequidad que ha sido la norma, con que se ha tratado a éste grupo tan importante de la población, niñez y adolescencia.

También se ha asociado el comportamiento sobre todo en nuestra región del Azuay, sobre todo con el hecho migratorio, situación que debe ser estudiada con mayor profundidad para establecer a ciencia cierta, está “verdad”, es decir si la migración es un hecho generador de violencia.

Violencia que se refleja en muchos aspectos, la misma puede incluir la violencia intrafamiliar, la que se genera en pandillas o clanes; aunque en éste tema es importante hacer una reflexión de carácter personal, he podido observar que la colectividad confunde muchas veces, los grupos en torno a los cuales se agrupan los jóvenes con diversos fines, con las pandillas propiamente dichas, las mismas que tienen características propias. Es común escuchar que en nuestra ciudad o provincia, existen pandillas, cuando en la realidad no son tales, sino grupo de jóvenes que se agrupan o forman “jorgas”,



que no tienen la estructuración y finalidad, que tienen las pandillas, ésta sí, con fines antisociales cuando menos.

En el Código de la Niñez y Adolescencia, como hemos dicho se trata diversas realidades. Estudiaremos el capítulo que recogido en el libro IV, trata de la responsabilidad del adolescente infractor; concretamente el internamiento preventivo al que se refiere el Art. 330 del CNA., siendo el mismo uno de los pilares en el que descansa la Justicia de Menores.

A efecto del análisis comenzaremos citando artículos que guardan íntima relación con el tema;

Así, el Art. 1, del Código de la Niñez y Adolescencia dice “éste código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para éste efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme el principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

Es decir que la protección integral de éste grupo de la población, no sólo es del Estado sino además de la sociedad en su conjunto y la familia, con el fin se dice de lograr un desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos.

El Art. 2 del CNA, señala que las normas del presente código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla 18 años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contempladas en éste código.

En éste artículo se indica el ámbito temporal de su aplicación en función de su edad; al respecto el Art. 4, define “que niña o niño es la persona que no ha cumplido 12 años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre 12 y 18 años de edad”.



Si bien en el Código Civil, en su Art. 21, llama “infante o niño al que no ha cumplido 7 años, impúber a quien no ha cumplido 14 y a la mujer que no ha cumplido 12; adulto al que ha dejado de ser impúber”. Anotaremos que el Código de la Niñez y Adolescencia puede ser considerado, como una Ley Especial y tendría para éstos fines que aplicarse obligatoriamente.

El Art. 3 del CNA, dispone; “qué en lo no previsto expresamente por éste Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en éste código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia”. Esta supletoriedad se explica desde la necesidad de llenar vacíos, que tuviera el Código de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 5, CNA, presunción de edad.- Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña, antes que adolescente; y que es adolescente antes que mayor de 18 años.

Este artículo, reviste trascendental importancia, pues marca o traza los límites a los que debemos someternos, en cuanto presumir que se es niño, antes que adolescente o adolescente antes que mayor de 18 años, con el objeto de poder aplicar debidamente los requisitos de internamiento preventivo, hasta las consecuencias eventuales de una medida socio-educativa. Es decir en materia de responsabilidad penal será, la base para el inicio o no de una acción penal.

El Art. 11 del CNA, señala “EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.- es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas, adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...”.

Se dice que éste interés superior del niño y adolescente, “es lo básico y el origen y razón fundamental de ésta ley, es el niño en su esencia y fin”.¹⁸

El Art. 6 de CNA, manifiesta, “todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento,

¹⁸ Efraín Torres Ch. Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia; Pág. 8.



nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diversidad cultural, o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación”. Esta disposición guarda relación con lo que señala el Art. 45 de la Constitución del Estado.

El Art. 6, CNA, en forma amplia, señala que no habrá causa o razón para discriminar a los niños y adolescentes; no importa el modo de vida del menor, ni su origen ni su procedencia, ni su condición económica, en suma para que se los discrimine tanto más que el Art. 15 del CNA, señala “los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías, y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan, en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad...”. Esta disposición está en relación con lo señalado en el Art. 39 Constitución del Estado. *(el subrayado me pertenece)*

Lo dicho en los últimos párrafos debe sumarse a lo ya manifestado en cuanto tratábamos de las medidas cautelares en general. Para revisar lo que señala el Art. 323 del CNA, que tratado en el TITULO III, que habla de las medidas cautelares dice:

“Las medidas cautelares tienen por objeto, asegurar la inmediación del adolescente inculcado con el proceso y su eventual responsabilidad civil, o la de su representante. Estas medidas, son de aplicación restrictiva. Se prohíbe imponer medidas cautelares, no previstas en este código”.

Cómo hemos manifestado, la cautela se ha de entender según el Diccionario de la Lengua Española, como prudencia, precaución, cuidado; cautelar se dice es una acción destinada a prevenir alguna consecuencia que puede ser negativa; precautelar es prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un riesgo o peligro.

Las medidas cautelares, que hemos tratado en capítulos anteriores para el caso de adolescentes, tienen por objeto asegurar la inmediación del adolescente con el proceso que como sabemos; opera, en el momento en que siendo aprehendido en delito flagrante, debe cumplirse con la audiencia de



control de flagrancia, con las mismas características que se dan en la de adultos; en esta audiencia el fiscal o procurador de adolescentes infractores, una vez que ha iniciado instrucción, solicitará, la medida cautelar, que corresponda.

Las medidas cautelares de orden personal, están señaladas en el Art. 324, del CNA, cuando dice "El juez podrá decretar las siguientes medidas, cautelares de orden personal:

(El subrayado me pertenece)

- 1.- La permanencia del adolescente en su propio domicilio, con la vigilancia que el juez disponga;
- 2.- La obligación de someterse al cuidado de una persona o entidad de atención; que informarán regularmente, al juez sobre la conducta del adolescente;
- 3.- La obligación de presentarse ante el juez con la periodicidad que éste ordene;
- 4.- La prohibición de ausentarse del país, o de la localidad que señale el juez;
- 5.- La prohibición de concurrir a los lugares o reuniones que determine el juez;
- 6.- La prohibición de comunicarse con determinadas personas, que el juez señale, siempre que ello no afecte su derecho al medio familiar y a una adecuada defensa;
- 7.- La privación de libertad en los casos excepcionales que se señalan en los artículos siguientes. *(El subrayado me pertenece)*

Analizando la privación de la libertad, que es la medida cautelar de orden personal, tratándose de adolescentes infractores, se dice que deberá ser aplicada en casos "excepcionales", guardando armonía, con lo que señalan



Convenios Internacionales y la Constitución del Estado, dado que como se ha dicho la libertad es un derecho fundamental que asiste, a todos los seres humanos. El hecho de privar aunque sea de manera provisional, a un adolescente de su libertad, si bien podría ser en ciertos casos una necesidad, no es menos cierto que la misma tiene efectos desintegradores de la familia y puede llegar a afectar el sostén económico del núcleo familiar que muchas veces en nuestra sociedad recae en el adolescente.

Puede provocar los mismos efectos nocivos y estigmatizadores de la pena, lo que estaría en abierta contradicción con normas y tratados internacionales, que anteriormente se han señalado.

Es más, es posible que se dé un contagio delincencial, cuando se mezclan a los adolescentes, que cumplen ya con medidas socioeducativas con aquellos que se encuentran preventivamente internados.

Si bien la delincuencia juvenil, cada vez se vuelve más agresiva, y no por ello el internamiento preventivo pudiera enervar, estos comportamientos; por sí solo, pues está medida no puede ser considerada como el único remedio de los males que afectan a los jóvenes.

Este internamiento preventivo no puede ser una medida que se aplique o se sujete a la arbitrariedad de fiscales y jueces de niñez y adolescencia; deberá cuando menos cumplirse con lo que disponen los artículos 325 y 330 del CNA; para seguir un orden comenzaremos con los requisitos que se exigen para su aplicación.

2.1.- REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL INTERNAMIENTO PREVENTIVO EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Como preámbulo analizaré los que dice el Art.325, del CNA, “para asegurar la inmediación del adolescente con el proceso, podrá procederse a su detención o su internamiento, con apego a las siguientes reglas:

(El subrayado me pertenece)



1. La detención sólo procede en los casos de los artículos 328 y 329, por orden escrita y motivada de Juez competente; (el subrayado me pertenece)
2. Los adolescentes privados de la libertad serán conducidos a centros de internamiento de adolescentes infractores que garanticen su seguridad, bienestar y rehabilitación;
3. Se prohíbe cualquier forma de incomunicación de un adolescente privado de la libertad;
4. En todo caso de privación de la libertad se deberá verificar la edad del afectado y; en caso de duda, se aplicara la presunción del Art. 5 y se lo someterá a las disposiciones de éste Código hasta que dicha presunción se destruya conforme a derecho.

El funcionario que contravenga lo dispuesto en éste artículo, será destituido de su cargo por la autoridad correspondiente. (El subrayado me pertenece)

En esta disposición se reitera que la medida cautelar de privación de la libertad tiene por objeto asegurar la intermediación del adolescente con el proceso; Se debe indicar que para objeto de investigación el juez competente en este caso, el juez de la Niñez y Adolescencia, podrá ordenar la detención, hasta por 24 horas, de un adolescente contra el cual haya presunciones fundadas de responsabilidad por actos ilícitos, cuando lo solicite el procurador, con el objeto de investigar una infracción de acción pública y se justifique que es imprescindible para ello la presencia del adolescente (Art. 328 CNA).

Los adolescentes privados de la libertad señala el Art. 325, CNA: serán conducidos a centros de internamiento de adolescentes infractores que garanticen su seguridad, bienestar y rehabilitación. (El subrayado me pertenece)

Haciendo una reflexión sobre éste último punto, he de indicar que por experiencia propia; previa a la realización de una tesis anterior. En ésta ciudad



de Cuenca, funciona únicamente, el Centro de Internamiento de Adolescentes Varones.

A efectos de transparentar la realidad del indicado centro de detención de adolescentes varones; nos permitimos adjuntar la siguiente información; que corresponde a un trabajo realizado por el autor de ésta tesis.

“CENTRO DE INTERNAMIENTO DE ADOLESCENTES VARONES INFRACTORES DE CUENCA”

Antecedentes

El Centro de Internamiento de Adolescentes Varones Infractores de Cuenca es una entidad pública, que viene funcionando desde el año 1960; fecha en que ante la iniciativa del doctor Antonio Borrero Vega, presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, en ese entonces, plantea la apertura de un centro de protección para jóvenes adolescentes, en situación de desamparo y con problemas de conducta.

Para este fin forma un “Comité de Protección” conformado por autoridades civiles y religiosas: el Arzobispo Dr. Manuel de Jesús Serrano Abad, el Coronel Ruiz, Delegado de la Tercera Zona Militar, el Alcalde de Cuenca, Doctor Luís Cordero Crespo, el Gobernador de la provincia, el Presidente del Tribunal de Menores, el Presidente del Club de Leones. A raíz de esta formación se crea la Correccional de Menores, que comienza a funcionar junto a la Cárcel Municipal de Varones.

En 1963 como consecuencia del aumento del número de jóvenes y por el espacio reducido del establecimiento, el Ministerio de Bienestar Social independiza este centro de la cárcel de mayores y se traslada al Sector de El Arenal, con el nombre de “Escuela de Trabajo Antonio Borrero Vega”.

A raíz del actual Código de la Niñez y Adolescencia que entra en vigencia a partir de julio del 2003, este centro pasa a albergar a adolescentes varones que son detenidos por conflictos de ley y cambia su nombre a Centro de Internamiento de Adolescentes Infractores.



Personal Administrativo y funciones

Actualmente el Centro está integrado por doce personas que desempeñan funciones administrativas, distribuidas de la siguiente manera: Director, psicólogo educativo, trabajador social, educador, ecónomo, inspector- instructor de taller, tres inspectores nocturnos, conserje, dos asistentes de cocina, además de contar con seis policías para la seguridad.

Las funciones del Director están en directa relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 383 del Código de Niñez y Adolescencia que sostiene que los Centros de Internamiento de Adolescentes Infractores tendrán obligatoriamente secciones, cuya función del Director será coordinar el correcto funcionamiento de las mismas.

- a) Sección de Internamiento Provisional para el cumplimiento de las medidas establecidas en los artículos 328 a 330 de este código;
- b) Sección de Orientación y Apoyo para el cumplimiento de las medidas de internamiento de fin de semana e internamiento de régimen de semilibertad; y,
- c) Sección de Internamiento para el cumplimiento de la medida socioeducativa.

Por otra parte, entre las funciones del Director están: disponer que con la debida seguridad, los adolescentes concurren a las audiencias de juzgamiento, así como disponer de las medidas necesarias a fin de garantizar la seguridad, tanto interna como externa del centro. *(El subrayado me pertenece)*

Además el Art. 331 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que el internamiento preventivo no podrá exceder de noventa días; transcurridos los cuales el funcionario responsable, en este caso el Director, pondrá en libertad al adolescente de inmediato y sin necesidad de orden judicial previa. *(El subrayado me pertenece)*



El psicólogo educativo y el trabajador social se encargan de brindar charlas y apoyo psicológico a los adolescentes y sus familias. Por otra parte, el educador tiene a su cargo las tareas que se relacionan con la educación, es decir buscar que los adolescentes inicien o completen sus estudios. El ecónomo está encargado del manejo del presupuesto del Centro. Los inspectores se encargan de la vigilancia interna de los adolescentes con la ayuda de miembros de la policía Nacional, existe un inspector permanente las veinte y cuatro horas del día. El instructor-inspector de taller se encarga de orientar a los adolescentes en el funcionamiento de los talleres, sobre todo en el de mecánica industrial.

Área y distribución

El Centro dispone de un área total de 15.550 m², con un área de construcción de 3.915 m² dividido en tres bloques. En el bloque 1, en la planta baja funcionan las aulas pedagógicas 1 y 2 y dormitorio temporal de policías; en la planta alta se encuentran las oficinas del Director, de trabajo social, de enfermería, de economato.

En el bloque 2, en la planta baja se encuentra la sala de inspección, dormitorio 1 y 2 y comedor, en la planta alta funcionan los dormitorios para internos que están en mantenimiento, además del aula de sicología y salón de actos.

En el bloque 3 funcionan los talleres de manualidades, artesanías, de mecánica industrial, carpintería y zapatería. A su vez, el centro dispone de una cancha deportiva, capilla y de terreno adyacente para varios cultivos.

Como complemento a ésta información, indicaremos que no funciona en la actualidad un Centro para Adolescentes Infractores Mujeres, no obstante estar dispuesto por ley; por diferencias existentes entre la comunidad de madres religiosas que se encargaban de las adolescentes detenidas, en el local conocido como Buen Pastor y el MIES. Lo que crea un serio inconveniente, puesto que las adolescentes son trasladadas a la Ciudad de Loja, violentándose de ésta manera principios constitucionales y normas



internacionales como las de “Beijing”, las que se han mencionado en éste capítulo. En la práctica esta violentación de derechos es de conocimiento de las autoridades administrativas que son las llamadas a tomar los correctivos del caso.

Sí el Artículo que analizamos prohíbe cualquier forma de incomunicación de un adolescente privado de la libertad; Nos preguntamos ¿En qué queda esta disposición tomando en cuenta la reflexión realizada en líneas anteriores? Y concretamente el caso de las adolescentes mujeres que deben ser trasladadas a Loja.

Señala que en caso de duda sobre la edad, se procederá conforme dispone el Art. 5 de éste código (CNA); es decir que se aplique la presunción de minoría de edad, en éste caso, esta presunción se destruirá conforme a derecho. Mientras esta presunción no haya sido desvirtuada se deberá cumplir estrictamente entonces con lo que señala el Art. 5 del CNA.

Una vez que se ha cumplido con la aprehensión del adolescente cuando ha sido sorprendido en infracción flagrante o bien cuando ha fugado de un centro especializado de internamiento en el que estaba cumpliendo una medida socioeducativa, o bien cuando el juez competente a ordenando la privación de la libertad, el mismo no podrá ser detenido sin fórmula de juicio por más de 24 horas, transcurrido dicho plazo, sin que se resuelva sobre su detención, el director encargado del centro de internamiento, lo pondrá inmediatamente en libertad. (Art.326 CNA)

En ésta misma disposición (Art. 326 CNA), se indica que ningún niño puede ser detenido ni siquiera en caso de delito flagrante (recordar Art. 4 y 5 CNA). En este evento, es decir si un niño fuera aprehendido cometiendo un delito, debe ser entregado de inmediato a sus representantes legales, y, de no tenerlos, a una entidad de atención.

Se prohíbe recibir a un niño en centro de internamiento; y si de hecho sucediera, el director del Centro será destituido de su cargo. (*El subrayado me pertenece*)



El Art. 327 del CNA, señala el procedimiento en caso de aprehensión. Debemos recordar que la aprehensión será equivalente a “detención”, por un hecho presumiblemente delictual, realizado por el adolescente. Se señala en éste artículo que la aprehensión cuando es realizada por agentes policiales, estos deben remitirlo inmediatamente al procurador de adolescentes infractores con el informe pormenorizado de las circunstancias de la detención, las evidencias materiales y la identificación de los posibles testigos y de los aprehensores; y continua manifestando cuando es una persona distinta a los agentes policiales, es decir cualquier otra persona debe entregarlo de inmediato a la unidad o agente policial más próximo.

Complementando éste artículo se nota que existe una preocupación sobre la integridad física del menor, al manifestar, cuando el adolescente detenido muestre, señales de maltrato físico, el procurador dispondrá su traslado a un establecimiento de salud y abrirá la investigación para determinar la causa y tipo de las lesiones y sus responsables.

Vale preguntarnos si esta facultad le corresponde solamente al procurador de adolescentes o sería más propio que éste hecho se ponga en conocimiento, de los fiscales de adultos, que deberán iniciar la correspondiente indagación, con el objeto de investigar a los presuntos responsables del maltrato, o del daño físico que presente el menor.

En el Art. 328, del CNA, se hace relación a la detención con fines investigativos; que puede confundirse con el internamiento preventivo. Lo que no se compadece con la realidad tanto mas que ésta aprehensión que se encuentra señalada en el Art. 328 CNA es solamente, con fines de investigación; y no tiene las características del internamiento preventivo, que es una medida cautelar de orden personal, como estamos estudiando. *(El subrayado me pertenece)*

Para efectos de clarificar las grandes diferencias existentes, entre estos dos hechos, que si bien privan de la libertad al adolescente; hemos de transcribir lo señalado en el Art. 328 de CNA, que dice “el Juez competente podrá ordenar la detención, hasta por 24 horas, de un adolescente contra el cual haya



presunciones fundadas de responsabilidad por actos ilícitos, cuando lo solicite el procurador, con el objeto de investigar una infracción de acción pública y se justifique que es imprescindible para ello la presencia del adolescente”.

En el Art. 329 CNA, se señala “que el procurador podrá pedirle al juez que ordene la detención de un adolescente, hasta por 24 horas para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar o a la de juzgamiento”.

Esta disposición se la podría llamar también “apremio”, porque es una detención para la ejecución de algo absolutamente determinado, como es comparecer, sea a la audiencia preliminar, sea a la de juzgamiento.

Si hacemos una reflexión encontraríamos que la misma tendría sentido estricto para el caso de la audiencia de juzgamiento, que tiene que cumplirse obligatoriamente con la presencia del adolescente; puesto que el Art. 360 del CNA dice: “Si al momento de instalarse la audiencia el adolescente se encuentra prófugo, se sentara razón de este hecho y se suspenderá la audiencia y el juzgamiento hasta contarse con su presencia”. Hecho que no sucede cuando se cumple la audiencia preliminar, (Art. 356 CNA). *(El subrayado me pertenece)*

Puesto que en la misma la presencia del adolescente no es indispensable y se la puede cumplir, con la intervención de la defensa solamente; salvo el caso de que por la naturaleza de el delito se pueda dar una forma anticipada de terminación o suspensión del proceso a prueba, en las que se vuelve necesario contar con el consentimiento del adolescente.

Con los antecedentes a los que hemos hecho referencia, es decir cuando se ha tratado de las medidas cautelares de orden personal, hemos puesto especial énfasis en aquellas que significan pérdida de la libertad, por la serie de connotaciones no solamente jurídicas y humanas que se desprenden de ella, sino por el hecho de limitar la libertad de una persona. Todas estas características y consecuencias tendrán que tomarse en cuenta para analizar el Art. 330 del CNA. Que bajo el título: INTERNAMIENTO PREVENTIVO, es el objeto de este estudio. Este Artículo se convierte en uno de los pilares



fundamentales sobre los que descansa el juzgamiento de las infracciones penales cometidas por adolescentes.

2.1.1 Análisis del Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia

Comienza el referido artículo manifestando: Que será solo el juez, el que podrá ordenarlo.- Se entiende que no es un juez común, no es un juez ordinario, porque el Art. 175 de la Constitución del Estado dice qué; “las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores”. *(El subrayado me pertenece)*

El internamiento podrá ser ordenado entonces únicamente por el juez de la Niñez y Adolescencia que sería es aquel juez especializado al que se refiere la Constitución del Estado (Art. 77, Número 13).

En la Provincia del Azuay; existen Jueces de Niñez y Adolescencia solamente en el cantón Cuenca, no así en el resto de cantones, en los cuales quienes conocen de asuntos de adolescentes infractores, son los jueces de garantías penales, cuya práctica diaria está relacionada con personas mayores de edad, y no con adolescentes si no de forma ocasional, lo que estaría en contra de la justicia especializada a la que tienen que someterse los adolescentes por disposición de la Ley máxima.

En este artículo, se dice que siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad, en la infracción investigada. *(El subrayado me pertenece)*

Antes de continuar con los requisitos exigidos para la aplicación del internamiento preventivo, hemos de detenernos para analizar, que se debe entender como indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública, al efecto, hemos de recurrir a la doctrina.



“Siempre que existan suficientes indicios sobre la existencia de una infracción de acción pública y su autoría y complicidad en la infracción investigada”, para este efecto tomaremos como referencia al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal, refiriéndose a la prisión preventiva, “Es decir, es aquella que exige la presencia de indicios suficientes para presumir sobre la existencia del acto delictivo, se debe entender que no es que la ley exige, que se haya probado la existencia de tal hecho, sino que dentro del proceso existan ya los elementos de juicio generales para que el Juez, pueda presumir que, en efecto se ha cometido un delito claramente delineado. Cuando la ley use el adjetivo suficiente, después del sustantivo indicios, está significando que, por lo menos, estos deben ser dos, esto es, varios, para que le permitan concluir sobre la existencia del hecho injusto que es objeto del proceso”; agregando el maestro Zavala que “estos indicios suficientes, no se encuentran ni en la denuncia, ni en la predicha solicitud del fiscal; se encuentran en el proceso, esto es, constituyen el resultado de la investigación que obra en la instrucción fiscal”.¹⁹

Continuando con el tratamiento del Art. 330 revisaremos que dice el literal a.

LITERAL a); Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia:

El internamiento preventivo se ordenará cuando se trate “de adolescentes que no han cumplido 14 años de edad, en el juzgamiento de delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultados de muerte”.

Observando lo dicho para que el Internamiento Preventivo proceda, se menciona en éste literal, una edad mínima, que estaría comprendida entre los 12 años y los 14 años. Al respecto de la edad, hemos de indicar que la edad mínima a efectos de responsabilidad penal, varía considerablemente en función de los países y otros factores.

Nuestra legislación de menores señala en el Art. 4 CNA, desde cuando se considera adolescente, al decir que “adolescente”, es la persona de ambos

¹⁹ Tratado de Derecho Procesal Penal; Jorge Zabala Baquerizo; Tomo VI



sexos entre 12 y 18 años de edad; entonces se entiende que los mayores de 12 años podrán ser objeto de internamiento preventivo. Pero 12 años como se ha fijado, pensaríamos, se está alejando del enfoque moderno que consiste en examinar, si los niños pueden considerarse en virtud de su discernimiento y comprensión, responsables de un comportamiento esencialmente antisocial.

Vale mencionar la regla de Beijing número 5 que dice “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de estos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Queda de manifiesto que esta regla toma en consideración dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores.

El primer objetivo es fomento del bienestar del menor, haciendo hincapié en el bienestar de los menores que se encuentran sujetos a los sistemas judiciales.

El segundo objetivo, es el “principio de proporcionalidad”, este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente, mediante la fórmula, de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito.

En este literal del Art 330 del CNA, se indican diferentes tipos penales, de allí que se trata desde un delito muy especial como asesinato, que se encuentra sancionado con pena de reclusión; pasando por el homicidio, que en nuestra legislación, está sancionado con pena de prisión. No siendo ésta la pena que se impone al plagio de personas o robo con resultado de muerte, por ejemplo. Haciendo un breve comentario, éste literal debería redactarse de mejor manera a fin de que no se mezclen delitos que merecen diferente tipo de sanción, precisamente por la gravedad de los mismos y circunstancias de cada tipo penal que los hace diversos.

A continuación es necesario analizar el literal b) del Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia.



LITERAL b). Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia:

En esta parte de la disposición se dice que el internamiento preventivo podrá tener lugar cuando se trata de adolescentes que han cumplido 14 años, en el juzgamiento de delitos sancionados en la legislación penal ordinaria con pena de reclusión. Al respecto indicaremos lo que señala el Art. 51 al decir “las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

- 1.- Reclusión mayor
- 2.- Reclusión menor

El Art. 53, del Código Penal, dice “la reclusión mayor, que se cumplirá en las penitenciarias, se divide en ordinaria de cuatro a ocho años y de 8 a 12 años; y en extraordinaria de 12 a 16 años”

Esta parte del Art. 330 CNA, es clara en cuanto señala una edad, 14 años para ser objeto del internamiento preventivo. Debiendo considerarse como hemos dicho anteriormente, que se deberá siempre considerar una edad mínima al tratarse de adolescentes, cuando haya duda, puesto que como dice la disposición abarca la posibilidad de que la edad comprendida desde los 14 hasta los 18 años, siendo los 18 años el comienzo de la mayoría de edad.

Si bien los tipos penales no se mencionan, se indica que serán aquellos cuya pena ordinaria es pena de reclusión, penas a los que nos hemos referido anteriormente; sin mencionar o hacer diferencia de las diversas formas que se reconocen de reclusión, precisamente en función del tipo penal.

Una vez cumplidos los requisitos del Art. 330, en uno de sus literales hay la posibilidad que el internamiento preventivo ocurra, posibilidad que deberá ser analizada, por el juez competente, juez de la niñez, para que la misma sea aplicada, en forma restrictiva y frente a la imposibilidad de otras medidas alternativas.

La disposición del Art. 330 del CNA no estaría completa sino consideramos lo que señala el Art. 331 del CNA, “el internamiento preventivo no podrá exceder



de 90 días, transcurridos los cuales el funcionario responsable del establecimiento en que ha sido internado, pondrá en libertad al adolescente de inmediato y sin necesidad de orden judicial previa; indicando además que el incumplimiento de esta disposición, por parte de dicho funcionario será sancionado con la destitución del cargo, sin perjuicio de su responsabilidad penal y civil.

Si se ha aplicado el internamiento, hemos de insistir en que el mismo deberá cumplirse con absoluto respecto a los derechos del adolescente, y en las condiciones que prevén los instrumentos internacionales y la constitución; y será por el menor tiempo posible puesto que, así es esta una garantía que asiste a los adolescentes.

Es de esperar que esta medida no sea considerada, como se dijo el único remedio para hacer frente a conductas de los adolescentes, que estarán siempre enfrentando a una sociedad que los estigmatiza y busca llenar con ellos cárceles.



CONCLUSIONES:

En base al presente estudio, encontramos que, el Código de la Niñez y Adolescencia marcó un inicio para la aplicación de una justicia especializada para uno de los grupos vulnerables, el de adolescentes infractores.

La medida cautelar de internamiento preventivo tiene que ser de última aplicación, puesto que existen medidas alternativas a esta, las que se encuentran señaladas en el Art. 324 CNA. Esta medida debe ser excepcional, pues a parte de su naturaleza restrictiva de la libertad en esencia, va a ser aplicada a adolescentes.

La medida cautelar de internamiento preventivo, para que se la dicte tiene que cumplir con requisitos de estricto cumplimiento y compete, sólo al juez de la niñez y adolescencia dictarla.

No puede quedar su aplicación librada al arbitrio judicial de jueces y fiscales.

El internamiento preventivo se lo realiza en centros que deben cumplir con normativa constitucional y en convenios internacionales.



SUGERENCIAS:

Es necesario actualizar la legislación referente a adolescentes infractores con principios constitucionales vigentes, así como con tratados y convenios internacionales celebrados por el Ecuador.

Debe implementarse el funcionamiento de los juzgados para adolescentes infractores, separándolos de los juzgados de niñez y adolescencia que tienen otro rol, dentro de la justicia de menores.

La defensa de adolescentes infractores debe ser técnica, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, discutiendo fundamentadamente, la medida de internamiento preventivo.

Tiene que ser solucionado el problema que se presenta, con el internamiento de adolescentes infractores mujeres, que no se cumple en esta ciudad, por no existir un centro para éste objeto, en la ciudad.



BIBLIOGRAFIA

ARIAS MIGUEL ANTONIO.- La Detención en firme.- Págs. 23 y 24.

CHAVEZ TORRES EFRAIN.- Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia.- Págs. 257 a 260.

MOROCHO LOPEZ CESAR.- Resumen del Código de Procedimiento Penal y Litigación Oral.- Págs. 49 a 51.

REYES ECHANDIA.- Imputabilidad.- Págs. 42 a 44.

ROBALINO V. VICENTE.- Del Procesamiento a Adolescentes Infractores.- Págs. 292 a 308.

ANDRADE UBIDIA SANTIAGO, AVILA LINZAN LUIS FERNANDO.- La Transformación de la Justicia.- Págs. 158 a 160.

ZABALA BAQUERIZO JORGE.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo VI

GOBIERNO DEL ECUADOR. Código Penal.-Legislación Conexa, Concordancias, Corporación de Estudios y Publicaciones, Mayo 2008

GOBIERNO DEL ECUADOR. Código de la Niñez y de la Adolescencia, en Leyes de la Familia, Colección Leyes Ecuatorianas, N.-2, Eidgab, 2003.

GOBIERNO DEL ECUADOR. Constitución del Ecuador 2008, Tribunal Supremo Electoral

GOBIERNO DEL ECUADOR. Código de Procedimiento Penal.- Legislación Conexa, Concordancias y Jurisprudencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Marzo 2009



ABREVIATURAS

CP.- Constitución Política.

CNA.- Código de la Niñez y Adolescencia.

CdePP.- Código de Procedimiento Penal.

CPE.- Código Penal Ecuatoriano.