UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

FLORES AGUIRRE EDUARDO RAFAEL
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

MONTALVO GONZALEZ JORGE ENRIQUE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

MACHALA
2016

UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

FLORES AGUIRRE EDUARDO RAFAEL
MONTALVO GONZALEZ JORGE ENRIQUE

MACHALA
2016

UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN
ANÁLISIS DE CASOS

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

FLORES AGUIRRE EDUARDO RAFAEL
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

MONTALVO GONZALEZ JORGE ENRIQUE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

SUQUI ROMERO GABRIEL YOVANY

Machala, 12 de octubre de 2016

MACHALA
2016

Nota de aceptación:

Quienes suscriben SUQUI ROMERO GABRIEL YOVANY, CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO, VILELA PINCAY WILSON EXSON y BARREZUETA PALACIOS CARLOS JAVIER, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.

SUQUI ROMERO GABRIEL YOVANY
0702672098
TUTOR

CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO
0704583111
ESPECIALISTA 1

VILELA PINCAY WILSON EXSON
0701979692
ESPECIALISTA 2

BARREZUETA PALACIOS CARLOS JAVIER
0701327231
ESPECIALISTA 3

CORREA CALDERON JOSE EDUARDO
0704778836
ESPECIALISTA SUPLENTE

Machala, 12 de octubre de 2016

URKUND

Urkund Analysis Result

Analysed Document: EDUARDO RAFAEL FLORES AGUIRRE y JORGE ENRIQUE MONTALVO GONZALEZ.doc (D21550089)
Submitted: 2016-08-30 19:37:00
Submitted By: lucampoverde@utmachala.edu.ec
Significance: 5 %

Sources included in the report:

chapter 1.docx (D20914466)
http://www.bayefsky.com/reports/ecuador_crc_c_ecu_4_2008_sp.doc
http://www.redlamyc.info/Informes%20ante%20el%20comite%20DDN%20de%20UN/Informes%20nuevo/Ecuador%20Sesion%2053.doc
http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=82060110
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_06.pdf
http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/40592/INVESTIGACION%20CIENT%25CDFICA%20Y%20SOCIEDAD.pdf?sequence=1#page=56
http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/pl2961.htm
http://www.defenceforchildren.org/wp-content/uploads/2015/11/OBSERVATORIO-INFORME-DE-MONITOREO-2015.pdf

Instances where selected sources appear:

23

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

El que suscribe, MONTALVO GONZALEZ JORGE ENRIQUE, en calidad de autor del siguiente trabajo escrito titulado LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

El autor declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las dispociones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

El autor como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que él asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 12 de octubre de 2016

MONTALVO GONZALEZ JORGE ENRIQUE
0702202961

DEDICATORIA.

El presente trabajo investigativo se lo dedico a mi madre, quien durante toda su vida ha sabido dedicarme su atención y sus más valiosos consejos con mucho esfuerzo y sacrificio, a fin de que yo alcance los más nobles objetivos en procura de mi bienestar; su humildad, rectitud y su generosidad se han constituido en el más preciado tesoro que me pudo dar, hizo de mí una persona íntegra y me enseñó a luchar por mis objetivos sin darme nunca por vencido.

A mi padre, quien durante su vida supo inculcarme los más altos valores de respeto, honradez, valentía y perseverancia para que yo me convierta en un hombre de bien y merecedor del respeto de mis semejantes.

A mis hermanos, quienes me han dado su apoyo incondicional en la meta que me fije a fin de alcanzar a concretar mi carrera profesional.

A la Universidad Técnica de Machala, quien mediante el conocimiento impartido a través de sus docentes supieron enraizar en mí, valores éticos y de solidaridad para el buen desempeño en el ejercicio de mi profesión en bienestar de la comunidad.

Jorge M.

A Dios a mis familiares, a los docentes que supieron compartir sus conocimientos, a las autoridades de la Universidad Técnica de Machala, compañeros y amigos que supieron apoyarme durante estos ocho semestres de estudios.

Rafael F.

AGRADECIMIENTO.

Primeramente, a Dios, por haberme dado la victoria aun en los momentos de mucha incertidumbre y tribulación, por haberme dado la inteligencia y sabiduría que viene de su palabra.

A mi familia, empezando desde mis padres quienes con su sacrificio supieron darme la educación y sus conocimientos que me sirvieron mucho en la concretización de mis objetivos trazados; y a mis hermanos que con sus ejemplos fueron una guía muy importante durante mi época de estudio.

A la Universidad Técnica de Machala y a su personal docente y administrativo que dieron todo de su tiempo para formar en mi un valioso estudiante que refleje los altos intereses de la Institución en beneficio común de mi familia y la sociedad

Jorge M.

En primer lugar, a Dios, mi madre y mi abuela, docentes, familiares y demás amistades quienes supieron respaldar los objetivos que hace cinco años me plantíe como persona en pro de perfeccionar mi capacidad como profesional.

Rafael F.

RESUMEN EJECUTIVO

"LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL"

Autor: Jorge Enrique Montalvo Gonzalez
Autor: Eduardo Rafael Flores Aguirre
TUTOR: Dr. Gabriel Yovany Suqui Romero, MSc.

El presente trabajo investigativo tiene como eje central el análisis de la aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos a los menores en conflicto con la ley penal, un nuevo paradigma de Justicia juvenil que nace de los cuestionamientos al sistema penal tradicional retributivo por su poca efectividad, la misma que se ha venido implementando en las legislaciones de varios países del mundo, especialmente en los sistemas de justicia penal juvenil y que ofrece una alternativa de resolución enfocada en la reparación, desjudicializacion y el dialogo entre las partes involucradas directamente en el conflicto. De tal manera que buscamos centrar el debate en cuanto a la pertinencia de implementar de manera más concreta este nuevo enfoque en nuestra legislación en materia de niñez y adolescencia. En el **CAPITULO I**, nos referimos acerca de las Generalidades de nuestro objeto de estudio entre las que destacamos el estudio del Derecho como ciencia, sobre el área de estudio o línea de investigación realizamos un importante análisis desde la perspectiva de nuestra investigación referente a la responsabilidad del adolescente infractor presente en el Código de la Niñez y Adolescencia, la importancia de estudiar la problemática reflejada en el caso objeto de estudio. Realizamos una conceptualización de las variables que surgen del tema central de nuestro trabajo de titulación, como son: Justicia Restaurativa, Menores en conflicto con la ley penal, Doctrina de Protección Integral e Interés Superior del Niño. Así mismo desarrollamos una descripción de los hechos de interés relevantes de nuestro caso, y planteamos las interrogantes que surgen de la problemática de nuestro caso objeto de estudio, así como fijamos los objetivos a alcanzar con el presente tema de investigación y que serán expuestos en nuestra conclusión. En el **CAPITULO II**, el estudio en cuanto al enfoque epistemológico nos sirve de referencia para el análisis de las instituciones jurídicas que a nivel de variables nos presenta nuestro caso, y que son desarrolladas dentro de las bases teóricas con fundamentación doctrinaria y jurídica, entre las cuales se encuentran la Justicia Restaurativa, menores en conflicto con la ley penal, doctrina de protección integral e interés superior del menor, considerando además en cada una de ellas un análisis de la problemática que se refleja en el caso materia de estudio de nuestra investigación. En el **CAPITULO III**, realizamos un análisis del proceso metodológico, explicando cada uno de los procesos utilizados en nuestro estudio de caso, considerando el análisis que realizamos al caso objeto de estudio, el mismo que se trata de un proceso que se tramito en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de El Oro. Finalmente, en el **CAPITULO IV**, exponemos las conclusiones producto del análisis del caso propuesto, con lo que llegamos a la verificación de los objetivos planteados al inicio y de lo cual nacen las recomendaciones que proponemos a fin de contribuir en la solución a la problemática planteada.

PALABRAS CLAVE:
Justicia y Derecho, Justicia Restaurativa, Menor en conflicto con la ley penal, Doctrina de Protección Integral, Interés superior del Niño.

ABSTRACT

"APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE PROCESSES TO CHILDREN IN CONFLICT WITH THE PENAL LAW"

Author: Jorge Enrique Montalvo Gonzalez
Author: Eduardo Rafael Flores Aguirre
TUTOR: Dr. Gabriel Yovany Suqui Romero, MSc.

This research work has as its central axis the analysis of the application of Restorative Justice in the processes to children in conflict with the penal law, a new paradigm of Juvenile Justice that is born from the questioning of the traditional retributive system for its limited effectiveness, the same that has been implemented in the legislation of several countries, especially in systems of juvenile justice and that offers an alternative resolution focused on repair, disjudicialization and the dialogue between the parties directly involved in the conflict. In such a way that we seek to focus the debate in terms of the relevance of implement more specific this new approach in our legislation on children and adolescents. **On Chapter I**, we talk about the generalities of our object of study in which we highlight the study of Law as a science, on the area of study or line of investigation we realize an important analysis from the perspective of our investigation regarding the responsibility of the offender adolescent present in the Child and Adolescent Code, the importance of studying the problems reflected in the case under study. We realize a conceptualization of the variables that arise from the central topic of our work of qualification, as they are: Restorative Justice, Minors in conflict with the penal law, Doctrine of Integral Protection and The best interest of the child. We also develop a description of the relevant interest facts of our case, and we raise the questions that arise from the problems of our case object of study, as well as we set the targets to be reached with the present topic of investigation and that they will be exhibited in our conclusion. **On Chapter II**, the study in epistemological approach serves as reference to the analysis of the legal institutions that with level variables presents our case, and that are developed within the theoretical bases, which include Restorative Justice, Minors in conflict with the penal law, Doctrine of Integral Protection and The best interest of the child, considering also in each of them an analysis of the problems that reflects in the case matter of study of our investigation. **On Chapter III**, we analyze the methodological process, explaining each of the processes used in our case study, considering the analysis that we made to the case under study, the same as is a process that was handled in The First Court of Childhood and Adolescence of El Oro province. Finally, on **Chapter IV**, we present the conclusions, product of the analysis of the case proposed, which we arrived at the verification of the objectives

presented at the beginning and which give the recommendations we propose in order to contribute to the solution to the posed problem.

KEYWORDS:

Justice and Law, Restorative Justice, Juvenile in conflict with the penal law, The Comprehensive Protection Doctrine, The best interest of the child.

ÍNIDICE

Introducción----------2

Capítulo I

1. Generalidades del objeto de estudio----------5
1.1. Definición y contextualización del objeto de estudio----------5
1.1.1. Definición del tema central o temas centrales que se encuentran descritos en nuestro tema. ----------6
1.1.1.1. Justicia y Derecho----------6
1.1.1.2. Justicia Restaurativa----------6
1.1.1.3. El menor en conflicto con la ley penal----------6
1.1.1.4. La Doctrina de Protección Integral----------6
1.1.1.5. El Interés Superior del Niño----------7
1.1.2. Exposición de los alcances del problema en sus posibilidades macro, meso y micro (contextualización del problema) ----------7
1.1.3. Exposición de los efectos que conlleva a no estudiar y solucionar el problema----------9
1.1.4. Planteamiento de las interrogantes que surgen del problema---------10
1.2. Hechos de interés----------.11
1.3. Objetivos de la investigación----------17
1.3.1. Objetivo general----------17
1.3.2. Objetivos específicos----------17

Capitulo II

2. Fundamentación epistemológica del estudio teórica----------17
2.1. Descripción del enfoque epistemológico de referencia----------17
2.1.1. La justicia restaurativa----------17
2.2. Bases teóricas de la investigación----------19
2.2.1. Breve análisis sobre el concepto de justicia.----------19
2.2.2. Breve análisis sobre el derecho----------20
2.2.3. Lajusticia restaurativa.----------20
2.2.3.1. Concepto de justicia restaurativa.----------.20
2.2.3.2. objetivos de la justicia restaurativa----------22
2.2.3.3. Características de la justicia restaurativa----------22
2.2.3.4. Procesos restaurativos para la solución de conflictos----------23
2.2.3.5. Orígenes y desarrollo de la justicia juvenil restaurativa----------24
2.2.3.6. Desarrollo de la justicia restaurativa dentro del contexto mundial----------25
2.2.3.7. Origen y desarrollo de la justicia restaurativa en América Latina----------26
2.2.3.8. Alcance del problema----------28
2.2.4. El menor en conflicto con la ley penal----------30
2.2.4.1. Del menor infractor al menor en conflicto con la ley penal-------30
2.2.4.2. La problemática en el presente estudio de caso----------32
2.2.5. La doctrina de protección integral----------32
2.2.5.1. La problemática en el presente estudio de caso----------35
2.2.6. El interés superior del niño----------36
2.2.6.1. Algunas consideraciones sobre el origen y desarrollo del

interés superior del niño.----------36
2.2.6.2. El tratamiento normativo del interés superior del niño en el Ecuador----------37
2.2.6.3. La problemática en el presente estudio de caso----------39

Capitulo III

3. Proceso metodológico----------40
3.1. Diseño o tradición de investigación seleccionada----------40
3.1.1. Aspectos generales----------40
3.1.2. Tipos de investigación----------40
3.1.3. Modalidad de investigación----------41
3.1.4. Nivel de investigación----------41
3.2. Proceso de recolección de datos en la investigación----------41
3.2.1. Los métodos generales de la investigación----------41
3.2.2. Técnicas de investigación----------41
3.3. Sistema de categorización en el análisis de los datos----------41
3.3.1. Universo y muestra----------41

Capitulo IV

4. Resultados de la investigación ----------42
4.1. Descripción y argumentación teórica de los resultados----------42
4.2. Conclusiones----------42
4.3. Recomendaciones----------44

INTRODUCCIÓN

A partir del advenimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1989, a los estados partes les nació la obligación de adecuar una política de justicia penal juvenil especializada, que garantice un trato diferenciado al sistema penal de adultos que por mucho tiempo se aplicaba al menor en conflicto con la ley penal y, consecuentemente de instituciones, leyes, procedimientos y operadores de justicia que no castiguen el comportamiento, que garantice el respeto de los derechos humanos de los menores bajo el concepto de la doctrina de protección integral y que a la vez , también busque la prevención de la delincuencia juvenil.

Este modelo de justicia especializada se orienta a la desjudicializacion, la flexibilización de las actuaciones judiciales de acuerdo a las condiciones del menor, la búsqueda de múltiples respuestas a la situación de conflicto, así como la garantía del respeto a las garantías judiciales y procesales al igual que el sistema penal para adultos. De ahí que se erige la Justicia Restaurativa como una alternativa a la Justicia juvenil especializada, en virtud de que sus postulados entran en coherencia con el sistema de Justicia Juvenil que emana de la Convención.

Un nuevo paradigma de justicia juvenil que se preocupa tanto por la víctima, el infractor y la comunidad, que se encuentran directamente involucrados en el fenómeno del delito, y que desde esta perspectiva busca reparar o compensar el daño causado a la víctima y restablecer la interrelación con la comunidad que se ven rotas con el acto contrario a la ley cometido por el menor, así como lograr la reinserción del mismo al seno de la sociedad como un ente constructor, sin que ello involucre la falta de responsabilidad de sus actos ante la comunidad.

El tema de la vulnerabilidad frente al sistema represivo/castigador por la que tiene que atravesar el menor en conflicto con la ley penal en la actualidad es un tema que muy pocos quieren abordar, y más bien muchos, ante el incremento de la delincuencia juvenil, abogaban por la reducción de la edad mínima para la imputabilidad del menor y el endurecimiento de las medidas socioeducativas, tal como se planteó en el año 2012 en el Proyecto de ley de Código Orgánico Integral Penal, algo inaudito jurídicamente hablando, si consideramos que nuestra Constitución acogiendo los principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño consagra que para los niños, niñas y adolescentes se aplicara un sistema de justicia especializada, y que se contara con operadores de justicia debidamente capacitados que aplicaran los principios de la doctrina de protección integral. De ahí que, consideramos adentrarnos en el análisis objetivo y científico de la Justicia Penal Juvenil, con referencia a la Aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos a menores en conflicto con la ley penal en Ecuador mediante la opción de titulación de "Análisis de Caso" que se nos ofrece; y, destinado además a coadyuvar con esta investigación en la construcción de un sistema de justicia penal juvenil en los términos que para ello ofrecen la variedad de Instrumentos Internacionales y nacionales aplicables a los menores en conflicto con la ley, y que ha motivado que muchos de los países de la región incluyan en su normativa la Justicia Restaurativa como una forma de buscar la desjudicializacion y un trato más digno al menor.

Estas bases teóricas nos ayudaran además, a realizar una crítica basada en la actuación de los operadores de justicia, tanto de la Fiscalía de Adolescentes Infractores como de la Jueza de la Niñez y Adolescencia, reflejadas en el proceso No. 0197-2012, y las consecuencias de dichas actuaciones en cuanto a la no aplicación de la doctrina de protección integral, y la consecuente consideración del principio del interés superior del niño y el debido proceso, todos ellos derivados de Instrumentos Internacionales como nacionales, conforme lo estudiaremos en el desarrollo de la presente investigación.

Empezamos planteando la problemática en forma de cuatro interrogantes fundamentales y que a su vez traen consigo los objetivos que nos planteamos, cuyos resultados se verán en las conclusiones finales luego del análisis del caso propuesto como objeto de estudio. Las interrogantes planteadas se constituyeron en el motor que nos impulsó a la realización del presente trabajo de titulación, en vista de que cuestionamientos como: ¿Es necesario la estructuración de un sistema de justicia juvenil que establezca como principio rector la aplicación de la Justicia Restaurativa dentro del contexto de protección del menor?, ¿Están los diferentes mecanismos alternativos al internamiento preventivo incluidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, basados en los principios de la Justicia Restaurativa?, ¿Existen en nuestra normativa mecanismos alternativos a la judicialización del menor en conflicto con la ley penal basados en los principios de la Justicia Restaurativa? y, ¿Se aplica de manera efectiva por parte de los operadores de justicia sin discrecionalidad alguna los mecanismos alternativos a la judicialización del menor en conflicto con la ley penal?, nos incitaron a examinar el caso objetivo, para determinar si se aplicaron de manera prioritaria los mecanismos alternativos al internamiento preventivo presentes en nuestra normativa, y si estos concuerdan con la filosofía de la justicia restaurativa a fin de incorporar con fuerza principio rectores tales como, interés superior, oportunidad, flexibilidad, intervención mínima, proporcionalidad, debido proceso, etc.

El presente trabajo investigativo consta de cuatro capítulos, en el **Capítulo I** sobre las Generalidades del Objeto de estudios, se desarrolla todo lo concerniente a las definiciones y contextualización del objeto de estudio, que en el presente caso es **"LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LOS PROCESOS A MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL"**, es así que, consideramos algunas concepciones como la exaltación de la Ciencia del Derecho, donde resaltamos al Derecho como el objeto de estudio de la Ciencia que aporta a la construcción del orden jurídico y, el aparecimiento de concepciones innovadoras amparados en la filosofía y sociología que entiende al mismo además, como la ciencia con un fin excepcional de constructor de la vida social. Desarrollamos la exaltación del área de estudio o línea de investigación, en la cual dejamos contemplado desarrollar nuestro estudio a la normativa en materia penal juvenil con toda rigurosidad académica y científica, la exaltación de la investigación en el área de las ciencias jurídicas. Definimos de manera breve las variables que surgen de nuestro tema como Justicia y Derecho, Justicia Restaurativa, Menor en conflicto con la Ley, Doctrina de protección integral e Interés Superior del niño, así también realizamos la contextualización del problema, y la exposición de los efectos que conllevarían no estudiar y solucionar el problema, además de plantearnos las interrogantes que surgen del problema. Desarrollamos un recuento de los hechos de interés del caso que será materia de análisis del presente trabajo, y finalmente dejamos en claro los objetivos que pretendemos alcanzar con la realización de la presente investigación.

En el **Capítulo II**, referente a fundamentación teorica-epistemologica del estudio, desarrollamos la descripción del enfoque epistemológico de referencia. Avanzamos en el estudio de los temas de las variables que nos servirán de fundamento teórico científico para lograr nuestros objetivos, como son: Justicia y Derecho, la Justicia Restaurativa, El Menor en conflicto con la ley, La doctrina de protección integral y el interés superior del niño, temas que se fundamentan en la doctrina, Derecho Público Internacional y el Derecho Comparado, y así mismo dentro de cada tema hacemos un análisis de la problemática que se refleja del estudio de caso, materia de esta investigación.

En el **Capítulo III**, en cuanto al proceso metodológico nos referimos a la metodología y las técnicas de investigación empleadas en la investigación del caso objeto de estudio que desarrollamos, en otras palabras describimos el proceso metodológico del desarrollo del análisis de caso.

Y finalmente, en el **Capítulo IV**, hacemos alusión a las conclusiones de nuestro trabajo, lo cual refleja el éxito obtenido en nuestros objetivos planteados, manifestando además que estas conclusiones fueron producto del análisis doctrinario y jurídico desarrollado en el Capítulo II. De ahí que proponemos una serie de recomendaciones tendientes a aportar en algo al desarrollo de un nuevo sistema de justicia penal juvenil con énfasis en la aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos a menores en conflicto con la ley penal.

CAPITULO I

1. GENERALIDADES DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1DEFINICION Y CONTEXTUALIZACION DEL OBJETO DE ESTUDIO

El Derecho presume la existencia de un orden jurídico que conlleva a la renuncia, de los individuos, a regirse por el propio instinto humano. Es así que se erige como objeto del saber científico que estudia, interpreta y aporta a la confección de ese orden jurídico que se constituye como el derecho de una sociedad determinada.

Ante esto han surgido concepciones innovadoras que hacen aún más relevante la existencia del Derecho como ciencia, las mismas que están desarrolladas a través de la filosofía y la sociología, que buscan no quedar únicamente en la dogmática jurídica de la ciencia del Derecho como el estudio profundo del formalismo normativo, sino extenderse hacia la visión de que es la correlación entre hechos, valoraciones, soluciones y normas que no estén desinteresadas de la sociedad y que buscan el desarrollo e impulso de los cambios sociales, o dicho de otra manera considerar al derecho como aquella ciencia con un fin excepcional de constructor de la vida social (Díaz González, 2015, pág. 100) .

Dentro del amplio campo que abarca el objeto de estudio de la ciencia del derecho podemos referirnos a una fracción del mismo y que tiene que ver con los conflictos sociales de carácter jurídico-penal en las que se encuentran inmersos los menores, que es menester ser analizado con toda rigurosidad académica y científica mediante el estudio de la Justicia penal aplicada a los menores en conflicto con la ley a efectos de poder construir un adecuado trabajo de investigación.

Específicamente, hemos considerado de suma importancia, como objeto de estudio para nuestro trabajo, la normativa institucional en materia penal juvenil, que consta en el Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, esto ante la necesidad imperante de incorporar nuevos principios procedimentales que forman parte de las garantías constitucionales del debido proceso, tendiente a superar viejos o arcaicos conceptos tutelares que establecen elementos discrecionales en la administración de justicia para menores en conflicto con la ley penal y que merman los niveles de desjudicializacion (Llobet Rodríguez, 2014, pág. 21).

La importancia de la investigación en el área de las ciencias jurídicas en nuestro país es muy importante, partiendo del hecho de los cambios trascendentales que se han dado a nivel local y en el contexto mundial, sirven de presión sobre el sistema normativo interno en su conjunto.

Lo antes anotado se señala ante las necesidades de transformación que se manifiestan en toda la República del Ecuador. Por ejemplo una de las necesidades de transformación o readecuación de las normas las vemos en la normativa tanto penal como procedimental en materia de responsabilidad penal de los adolescentes. De ahí que para determinar los cambios que se pueden dar en la legislación, se requieren de profesionales en el campo del derecho con un alto nivel de preparación en técnicas y metodologías de investigación del Derecho.

a) LA JUSTICIA RESTAURATIVA APLICABLE A LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.

La justicia Restaurativa se constituye en un nuevo paradigma de justicia juvenil que surge ante la ineficacia de la tradicional Justicia retributiva en garantizar los más elementales derechos de los menores establecidos dentro del contexto mundial de protección de sus derechos. Una Justicia especializada que no ve el acto delictivo como una simple infracción a la ley, sino que se centra en el resquebrajamiento de las relaciones entre el menor infractor, víctima y comunidad, de tal manera que busca la reintegración del menor al seno de la sociedad, con claro reconocimiento de su responsabilidad en el acto cometido, la reparación a la víctima y la restitución de la relación con la comunidad. Esta Justicia es aplicable a los menores en conflicto con la ley, y se torna aplicable en razón de los enunciados de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que aunque no lo enuncia, sin embrago concuerda con lo enunciado en la misma Convención, respecto a que al menor que se supone ha infringido la ley se le aplique un modelo de justicia especializada en la cual se tome la privación de libertad como un último recurso, y siempre que sea posible buscar la utilización de mecanismos alternativos a la judicialización y privación de libertad para el desarrollo íntegro del menor dentro del marco de su protección integral e interés superior .

1.1.1 Definición del tema central o temas centrales que se encuentran descritos en nuestro tema.

Los temas centrales que se ampliaran dentro del desarrollo de nuestro trabajo de investigación son los siguientes:

1.1.1.1 Justicia y Derecho

Definir la justicia no ha sido una tarea tan fácil, pues existen varias definiciones o conceptos sobre justicia, basados en que la misma implica una actitud positiva por parte de un ente encargado de velar por la existencia y permanencia de la igualdad entre los hombres, muchas personas entre ellas filósofos, juristas, escritores, han tratado de dar una conceptualización propia, pero sin embargo ninguna de ellas se ha considerado como un concepto universal.

En el presente trabajo estaremos desarrollando algunas definiciones de muy importantes estudiosos del derecho a través de la historia.

1.1.1.2 Justicia Restaurativa.

Una nueva idea de justicia penal juvenil se abre paso ante el fracaso de la justicia retributiva tradicional. Un sistema restaurador que se ocupa de las causas y efectos del fenómeno del delito, tanto al ofendido como al ofensor, en el contexto de una solución comunitaria basada en el hecho de asumir responsabilidades personales. Se trata de la Justicia Restaurativa, un modelo que actualmente es considerado el más apropiado para el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

1.1.1.3 El menor en conflicto con la ley penal.

Durante el transcurrir de los años la situación jurídica en cuanto a la denominación del menor en conflicto con la ley penal ha variado mucho, tal es así que antes que entren en vigor los nuevos paradigmas en justicia juvenil fundamentados en los principios de la Convención Sobre los Derechos Del Niño y otros instrumentos internacionales, el niño, niña o adolescente que infringía la ley penal tenia las mismas consideraciones

que el adulto, pero más tarde en virtud de la normativa antes referida la situación jurídica del menor cambio drásticamente, de tal manera que ya se consideraba una edad mínima para su imputabilidad; y claro está, también la denominación dentro de las normativas locales sufrió una transformación radical propia de su situación en cuanto a la presunción de su responsabilidad en un hecho contrario a la ley penal.

1.1.1.4 La Doctrina de Protección Integral

Muchos estudiosos del derecho en materia penal juvenil señalan que las leyes que regulaban los actos contrarios a la ley por parte de los menores antes de la aparición de La Convención Sobre los Derecho del Niño se pertenecían a lo que se denominó la "doctrina de la situación irregular", un sistema que calificaba al "menor infractor" como un objeto de protección partiendo de una concepción negativa de este universo de personas, lo cual a su vez se derivó en un sistema de justicia que justificaba el poder punitivo del estado contra los menores.

Sin embargo a partir del cuestionamiento de esta doctrina de la situación irregular por cuanto violentaba los derechos fundamentales de los menores, es que surge la doctrina de "Protección Integral" fundamentada específicamente en la Convención Sobre los derechos del Niño que ve al menor como un sujeto de derecho y no como objeto de tutela.

1.1.1.5 El Interés Superior del Niño

El principio del Interés Superior del Niño aparece a raíz de la sanción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, dentro del marco de la doctrina de protección Integral, lo cual se traducen un conjunto de lineamientos o acciones destinados al desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y efectivas que garanticen su pleno desarrollo, en un ambiente de respeto de sus derechos.

1.1.2 Exposición de los alcances del problema en sus posibilidades macro, meso y micro (contextualización del problema).

El Estado ecuatoriano no logra atender en forma oportuna, adecuada y efectiva a los menores que entran en conflicto con la ley penal; lo cual, además de afectar sus derechos, agrava su situación personal y social, incrementa las probabilidades de que prosigan por la vía de la delincuencia, e inclusive muchos piensan que el incremento de las medidas socioeducativas no considera la situación de vulnerabilidad y el grado de inmadurez física y psicológica de los y las adolescentes que han infringido la ley penal. Nuestra legislación vigente en materia de Niñez y Adolescencia fundamentada en los principios de la Convención sobre los derechos del niño, dispone en su Art. 321 que*:*

> *"La privación de la libertad del adolescente solo se dispondrá como último recurso*, por orden escrita del juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescrita por la ley. El internamiento preventivo podrá ser revocado en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte*"*. (las cursivas son nuestras).

De esto podríamos colegir que el menor que comete un acto delictivo tendría asegurado la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad consistentes en su plena protección y educación, esto para asegurar el respeto de parte de los adolescentes los derechos humanos a terceras personas y lograr su reintegración a la sociedad como un ente constructivo. Pero, el problema surge cuando el operador de

justicia que supuestamente es un funcionario especializado en esta materia, muy a menudo aplica otra medida muy restrictiva para los derechos del menor como es el internamiento institucional en casos que podría aplicarse otra medida alternativa o de reparación, menoscabando de esta manera el pleno desarrollo y goce de los derechos de carácter prioritario de los que son titulares los menores.

Por lo tanto, cabe anotar además que el interés superior del niño es considerado simplemente como un mero enunciado de la norma constitucional, y no como un principio rector que guie las prácticas procesales y restaurativas de derechos a los menores en conflicto con la ley penal.

En todo caso la pena no debería ser la respuesta al delito; es más, ni siquiera el delito debe ser el punto de referencia, sino más bien el conflicto que surge del acto contrario a la ley por parte del menor, de tal manera que se dé prioridad a un control fuera del ámbito punitivo cuyo eje central deberían ser las medidas educativas y la aplicación de la justicia restaurativa.

La Justicia Restaurativa se establece como una herramienta del Derecho Penal Juvenil con posterioridad a la Convención Sobre los Derechos del Niño, por lo tanto debe prestársele una importante consideración a los criterios y prácticas que ella conlleva. Aunque esta no sea parte misma de la Convención, podemos afirmar sin embargo que no se contrapone con sus principios y procesos y más bien existe una valiosa armonización con los mismos.

En el caso objeto de estudio para el trabajo de titulación, hemos llegado a identificar el problema jurídico como consecuencia de la no aplicación efectiva de los principios establecidos tanto en los Instrumentos Internacionales, Constitución, como en el Código de la Niñez y Adolescencia respecto a la protección integral, interés superior del menor, y la privación de libertad como último recurso mediante el uso de los mecanismos alternativos a la judicialización.

Específicamente se trata de un caso desarrollado en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de el Oro, en el año 2012, cuando de un menor de 17 años que es detenido llevando un arma de fuego sin proyectiles en su bolso junto a una persona mayor de edad. Es así que el Fiscal, que en este caso no era especializado, si no que era un fiscal de turno, argumenta en la audiencia de flagrancia que el menor presuntamente había adecuado su conducta al delito de asociación ilícita, según lo estipulado en el art. 369 y que se encuentra reprimido en el Art. 371 del Código Penal de ese entonces, por lo cual solicita a la Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia el internamiento preventivo del menor mientras dure la instrucción fiscal por 45 días. A lo cual accede la jueza sin considerar los argumentos del defensor público, referente a que en atención al interés superior del niño y a que el internamiento es de última instancia según la Constitución y además no procedía el internamiento en virtud de lo que prescribe el art. 330 del Código de la Niñez, solicitando la defensora se ordenen medidas cautelares determinadas en el art. 324 del mismo Código.

Desde el punto de vista legal consideramos que no era aplicable o pertinente el internamiento preventivo por cuanto el art. 330 literal b del Código de la Niñez y Adolescencia señala para nuestro caso particular, que dicha medida se aplica a "(…..) *adolescentes que han cumplido catorce años, en el juzgamiento de delitos sancionados en la legislación penal ordinaria con pena de reclusión"*(las cursillas son nuestras); pero según el artículo 371 del Código Penal, el delito de Asociación Ilícita se castiga con penas de prisión, conllevando esto a la mala aplicación de la medida cautelar ordenada, cuando el Código de la Niñez y Adolescencia establece otro tipo de

medidas alternativas al internamiento, al tenor de lo que establece el art. 324, esto para asegurar la inmediación del adolescente inculpado con el proceso. Prácticamente el menor estuvo bajo internamiento preventivo 70 días, porque en la Audiencia preparatoria de juicio a solicitud de la defensora publica y a lo que se adhirió el fiscal le dieron la remisión, argumentando el Fiscal y Jueza que el delito cometido por el menor no había causado conmoción social y no revestía de mayor gravedad.

Consideramos nosotros, que en este caso se vulnero el debido proceso y fueron violentados los derechos del menor establecidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos de menores, a los cuales nuestro país está suscrito, así como también los principios constitucionales y legales vigentes, si bien es cierta la privación de libertad se utilizara como último recurso y por el menor tiempo posible. De esto creemos, que la solución más favorable al menor que entra en conflicto con la ley penal debe ser la aplicación de la Justicia Restaurativa en virtud de su filosofía, que busca en la medida de lo posible solucionar esta problemática de una manera extrajudicial, conllevando consigo los objetivos de la no estigmatización del menor y reemplazar el internamiento institucional con medidas socioeducativas a fin de que el menor sea restituido a la sociedad como ente constructivo y así evitar una posible reincidencia en el futuro, además de la satisfacción de la reparación integral a la víctima, el restablecimiento de las relaciones entre las partes y la confianza de la comunidad de la garantía de la paz social que tanto anhelamos .

La privación de libertad o internamiento institucional asoman no solo como último recurso y por el menor tiempo posible, sino como perjudicial en relación a la reintegración del menor a la sociedad.

En el Ecuador, según las cifras estadísticas sobre adolescentes en privación de libertad, recogidas por el Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil en ocho países de Sudamérica, daba cuenta de que en el año 2014 existían 625 adolescentes privados de su libertad, y concluía que en estos países, incluido el nuestro, es muy escasa e insuficiente la aplicación de medidas que reemplacen a la privación de libertad, o que busquen la aplicación de la Justicia Restaurativa, y así mismo indica que se mantiene en estos países un escaso cumplimiento del principio de excepcionalidad de la privación de libertad y concluye que los estados observados no destinan los recursos necesarios para el desarrollo de sanciones socioeducativas no privativas de libertad o salidas alternativas a la judicialización como lo es la Justicia Restaurativa (Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil, Defense for Children, 2015, pág. 8).

1.1.3 Exposición de los efectos que conlleva a no estudiar y solucionar el problema.

El propósito de la presente investigación es llegar a determinar la pertinencia de la aplicación de un nuevo sistema de justicia especializada como es la Justicia Restaurativa, la misma que conlleve a solucionar de la mejor manera posible y en su totalidad el problema de la situación de los menores en conflicto con la ley penal, dentro del marco del sistema de justicia penal juvenil en el Ecuador.

Partimos de la realidad de que los menores captados por el sistema de justicia penal juvenil en nuestro país son extremadamente vulnerables a su poder, y que el ejercicio del poder punitivo del estado al mismo tiempo encuentra en los menores buenos candidatos para su políticas represivas, y candidatos no idóneos para la aplicación de medidas socioeducativas que obviamente nacen desde la misma ley en materia penal juvenil, así como de convenios e instrumentos internacionales.

De ahí, que no estudiar esta problemática latente en el desarrollo de los procedimientos judiciales aplicados a menores en conflicto con la ley penal en nuestro país, conllevaría a soslayar la responsabilidad recaída en nosotros como elementos de la sociedad a promover conjuntamente con la familia y el estado los derechos reconocidos a los menores dentro del contexto nacional e internacional.

1.1.4 Planteamiento de las interrogantes que surgen del problema.

1.- ¿Es necesario la estructuración de un sistema de justicia juvenil que establezca como principio rector la aplicación de la Justicia Restaurativa dentro del contexto de protección del menor?

2.- ¿Están los diferentes mecanismos alternativos al internamiento preventivo incluidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, basados en los principios de la Justicia Restaurativa?

3.- ¿Existen en nuestra normativa mecanismos alternativos a la judicialización del menor en conflicto con la ley penal basados en los principios de la Justicia Restaurativa?

4.- ¿Se aplica de manera efectiva por parte de los operadores de justicia sin discrecionalidad alguna los mecanismos alternativos a la judicialización del menor en conflicto con la ley penal.

1.2 HECHOS DE INTERES

JUICIO No. 2012-0197 por Tenencia ilegal de armas que se dio en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia desde el 06 de abril del 2012.

Es menester señalar que obviamos señalar el nombre del menor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que garantiza el "derecho que tienen los adolescentes a que no se haga pública la información sobre sus antecedentes policiales o judiciales y que se respeta la reserva de la información procesal", en concordancia con lo que tipifica el Art. 317 sobre la garantía de reserva, del mismo cuerpo legal.

Según el Parte Policial expuesto por los agentes, Cbos. Chila López Víctor, Cbop. Monserrate Correa Iván Y Cbop. Sánchez Defaz Hector, manifiestan que: Por medio del presente parte me permito poner en su conocimiento Mi Coronel, que encontrándonos de servicio de patrullaje como UPC-PARQUE LINEAL, procedimos a detener la marcha del vehículo tipo motocicleta de color azul, sin placas, marca Suzuki AX100 para revisar sus documentos al conductor de nombres… acompañado del señor… , al realizarle el respectivo registro minucioso al señor… quien tenía en su espalda una mochila color negro con naranja y en su interior se encontró una arma de fuego calibre 38 niquelada y un casco de motocicleta color azul.

Dra. Mariuxi Díaz Bravo, Jueza Temporal del Juzgado de la Niñez y Adolescencia conoce del caso el día 06 de abril del 2012 y dicta la siguiente providencia: Avoco conocimiento en calidad de Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia de El Oro Temporal, Dra. Mariuxi Díaz Bravo. En lo principal se convoca al representante de la fiscalía de turno Dr. Rene Ormaza para el día viernes 6 de abril del 2012 a las 14h00 para que se lleve a efecto en esta judicatura la audiencia oral de calificación de flagrancia.

El día viernes 06 de abril del 2012, a las 14h00 se instala la audiencia, la cual se desa-

rrolla de la siguiente manera: Se declara instalada la Audiencia con la presencia de la Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia Dra. Mariuxi Bravo Díaz junto e infrascrita secretaria encargada Ab. Johana Bonoso, comparece además el menor de edad NN., representado por el defensor público Ab. Oblas Carrera y por otra parte el Dr. Rene Ormaza Fiscal de turno de El Oro. Se procede de primera instancia a escuchar al adolescente de 17 años quien manifiesta que trabaja en bananera y que el día de los hechos se encontraba dirigiéndose hacia Puerto Bolívar en moto de un amigo porque el papa que estaba libando le había encomendado que le vaya a dejar un bolso a su casa, pero que el amigo procede a invadir vía y es cuando los agentes de policía los intercepta y al revisar el bolso encuentran el arma, que no sabía que había dentro del bolso porque era de su papa. Se escucha la versión de los policías referente a la detención. Posteriormente se escucha al Fiscal que hace la exposición del cómo conoció del presunto delito y saca conclusión de que como iban en moto y portaban un arma estos se dirigían a delinquir porque así es el modus operandis ahora, considera así que existe ASOCIACION ILICITA que está tipificado en el art. 369 y se encuentra reprimido en el art. 371 y por existir según el indicios y presunciones de responsabilidad solicita el internamiento preventivo en contra del adolescente en la presente instrucción fiscal de 45 días. A continuación se escucha al defensor público quien manifiesta su total rechazo a la formulación de cargos y de especial manera al internamiento preventivo solicitado en contra de mi defendido, recordándoles que la Constitución de la Republica establece que el internamiento se lo debe acoger como última instancia y ya que operando el interés superior del menor y que pertenece a un grupo vulnerable y del desconocimiento en términos penales no conocía que portaba el arma. Considero que la medida de internamiento es de carácter excepcional y que la privación de la libertad solo procede en los casos expresos en el art. 330 del Código de la Niñez solicita se aplique algunas de las medidas cautelares expresadas en el art. 324 del mismo código. La Jueza manifiesta: De las evidencias expuestas en esta diligencia el arma calibre 38, casco color azul y la mochila en la cual fue encontrada el arma los cuales fueron reconocidos por el mismo adolescente, por existir suficientes indicios sobre la asistencia de la infracción de acción pública y a sus autoridad y complicidad en la infracción investigada por cuanto el adolescente a adecuado su conducta al tenor del Art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia se dispone el internamiento preventivo del adolescente…, así mismo dispongo que se oficie a la Directora del Registro Civil y Cedulación de esta ciudad de Machala a fin de que remita a la brevedad posible tarjeta índice del antes indicado ciudadano a fin de verificar su edad, elabórese las respectivas boletas e incorpórese la indagación previa que en seis fojas adjunta el Dr. René Ormaza Torres Fiscal de turno, remítase a la brevedad posible a fin de que siendo las dieciséis horas, firma la señora jueza y secretaria encargada que certifica.

La Jueza encargada ordena el internamiento preventivo del menor mediante providencia. Dentro de la Instrucción Fiscal la Dra.Heidy Leon Santin Fiscal De Adolescentes Infractores De El Oro emite la siguiente providencia: Recéptese la entrevista al adolescente. **SEGUNDO.-** Realícese una valoración psicológica del adolescente. **TERCERO.-** Realícese una investigación de trabajo social al entorno del adolescente. **CUARTO.-** Ofíciese al señor Cbos. De Policía Oswaldo Ambuludi Jumbo, solicitándole que colabore con la investigación del hecho denunciado. **QUINTO.-** Practíquese el Reconocimiento del lugar de los hechos y evidencias el día 13 de Abril del 2012. **SEXTO.-** Recéptese la versión libre y sin juramento del señor Cbos. Chila López Víctor, Cbop. Monserrate Correa Iván, Cbop. Sánchez Defaz Héctor, el día 16 de abril del 2012. **SEPTIMO.-** Remítase atento oficio al señor Jefe Provincial del Registro Civil de El Oro a copia certificada de la partida de nacimiento o tarjeta índice del señor.

OPTAVO.- Recéptese las versiones de todas las personas, que tengan conocimiento de los hechos.

El adolescente rinde su versión libre y voluntaria, en la cual manifiesta que: El día cinco de abril del 2012 aproximadamente a las 16H30 mi papa me mando a dejar una encomienda en una mochila de color negro con naranja a casa de su mujer entonces cruzo un conocido de nombres…, pidiéndole que se lleve con dirección al Pto. Bolívar entonces cruzamos por el UPC del parque lineal y no nos percatamos que un policía motorizado nos dijo que nos estacionemos a la derecha y entonces nosotros paramos, entonces el policía registró la mochila y encontró el arma y de ahí me llevaron a la Policía detenido.

Debo manifestar que deje el estudio porque estaba trabajando en una bananera y quiero que se me dé una oportunidad ya que voy a cambiar. Para constancia firma el Fiscal, el entrevistado, representante legal y Defensoría Pública. Con todos estos antecedentes y después de las versiones voluntarias de los agentes de policía, la señorita Fiscal después de un análisis de lo desarrollado en la Instrucción Fiscal concluye que el adolescente aprehendido es responsable en calidad de autor del delito de ASOCIASION ILICITA, a lo cual solicita al Juez de la Niñez y Adolescencia se convoque a Audiencia de Preliminar.

Prácticamente el menor estuvo bajo internamiento preventivo 70 días, porque en la Audiencia preparatoria de juicio a solicitud de la defensora publica y a lo que se adhirió el fiscal le dieron la remisión, argumentando el Fiscal y Jueza que el delito cometido por el menor no había causado conmoción social y no revestía de mayor gravedad.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1 Objetivo general

Determinar por medio de una investigación si es conveniente la aplicación de La Justicia Restaurativa en los procesos a menores en conflicto con la Ley Penal

1.3.2 Objetivos específicos

- Establecer la aplicabilidad de la Justicia Restaurativa en procesos contra Menores en Conflicto con la Ley Penal.
- Determinar la pertinencia de una normativa que incluya como principio rector la garantía de aplicación de la Justicia Restaurativa en procesos contra menores en conflicto con la ley penal.
- Identificar en que tipos de delitos se podría aplicar la Justicia Restaurativa.
- Identificar los métodos alternativos a la judicialización de los menores en el Código de la Niñez y Adolescencia.

CAPITULO II

2. FUNDAMENTACION TEORICA-EPISTEMOLOGICA DEL ESTUDIO

2.1 DESCRIPCION DEL ENFOQUE EPISTEMOLOGICO DE REFERENCIA.

2.1.1 LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La Justicia Restaurativa es una herramienta que contribuye a la restitución de la paz social y el equilibrio que en algún momento se ven afectados por el delito. La aplicación de este nuevo enfoque de justicia debe ser primordial por parte de los operadores de justicia dentro del ámbito de los menores en conflicto con la ley penal, es decir los operadores de justicia deben estar debidamente capacitados en el conocimiento de los diferentes métodos alternativos a la judicialización fundamentados en la Justicia Restaurativa y que constan en nuestra normativa referente a los menores, a fin de que también puedan desarrollar habilidades y destrezas en la aplicación de las mismas para que puedan intervenir como facilitadores en búsqueda de la pronta solución de los conflictos sometidos a su conocimiento.

Además la implementación de la Justicia Restaurativa en los procesos contra menores en conflicto con la ley penal traerá como consecuencia inmediata que el ofensor reconozca el daño cometido al ofendido, que demuestre la intención de corregirse y que asuma la responsabilidad de sus actos a fin de reparar el daño causado a la víctima y la sociedad y por ende la reintegración del menor al seno de su familia y la sociedad.

Es necesario señalar que en nuestro país, se presenta el proyecto de Código Orgánico Integral Penal en octubre del 2011, ante lo cual los Asambleístas en primer debate hacen observaciones al mismo al referirse al Libro Cuarto, Sobre la Responsabilidad del Adolescente Infractor del proyecto que pretendía establecer la imputabilidad de los y las adolescentes en conflicto con la ley penal, y determinan que dicha normativa es de carácter regresiva y deciden eliminar todo lo referente a su imputabilidad establecido en el mencionado proyecto, y más bien hacen hincapié en que el desarrollo de la responsabilidad de los adolescentes se debe tratar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, pues la Constitución dispone que para este grupo de atención prioritaria se legisle bajo una justicia especializada. (Comision especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2012, pág. 27).

En el borrador de Informe para segundo debate, en lo que se refiere a las Reformas al Libro IV del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya se menciona como base de los mecanismos anticipados de solución de conflictos a implementarse en lo referente a menores en conflicto con la ley penal a la Justicia Restaurativa, y dicen entre otras cosas:

> "(…) a disponer de un número mayor de opciones de *justicia restaurativa para solucionar conflictos*, posibilitando así las salidas anticipadas o de cierre del proceso; a la participación del adolescente en la solución de conflictos; a contar con un juzgador y un tribunal especializado para su juzgamiento en casos de conflicto con la ley penal." (Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2012, pág. 18). (El resaltado es nuestro).

Aquí podemos observar que en virtud de lo establecido en el Ar. 175 de la Constitución, se implementa una herramienta de justicia especializada para menores en conflicto con la ley como es el caso la Justicia Restaurativa. Pero vemos que el cambio no

profundiza en la enunciación dentro de la norma al derecho del menor a acceder a este nuevo paradigma de justicia como un principio rector que guie los procesos por la senda del conocimiento de la verdad, la reparación a la víctima y la reintegración del menor como en este caso lo dispone la norma Constitucional, y que a la vez concuerda con la filosofía de la Justicia Restaurativa juvenil; sino más bien en la reiteración de lo ya definido en la norma como la creación de tribunales especiales para menores y la especialización de los jueces en esta materia y que en la actualidad dista mucho de ser una realidad, por cuanto las personas que allí se desenvuelven no son necesariamente especialistas en justicia juvenil, lo cual es una falencia del sistema que debe ser corregida.

Más adelante también se manifiesta lo siguiente:

> "La reforma se articula desde una visión progresista que propende a la *justicia restaurativa* y reparación integral de la víctima, incluyendo en la solución de los conflictos a los padres o representantes legales, para buscar la solución sobre los efectos de la infracción penal. Así la sentencia condenatoria que se emita necesariamente contempla la imposición de una o varias condiciones a la reparación integral de la víctima.
>
> Basados en la *justicia restaurativa* y el principio de oportunidad, se busca mecanismos alternativos y eficientes a la solución del proceso, desarrollando la conciliación, la mediación penal, la suspensión del proceso a prueba, la abstención de ejercer la acción penal o el desestimiento de la ya iniciada y la remisión." (Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2012, pág. 18). (El resaltado es nuestro).

Tomando en consideración las apreciaciones antes anotadas es necesario dejar en claro que los principios enmarcados dentro del contexto de protección integral tal como lo dispone el Art. 175 de la Constitución de la República del Ecuador y desarrolladas en el Código de la Niñez y Adolescencia, constituyen normas de obligatoria invocación y aplicación en las causas en los que se lleve a cabo procesos contra menores en conflicto con la ley penal, en vista que los mismos están orientados a conseguir el cumplimiento efectivo de sus derechos, no solo porque son de carácter imperativo, sino porque se extiende al ámbito de la familia y establecen obligaciones a la sociedad y al Estado en conjunto.

Asimismo cabe analizar de manera concreta que estos mismos principios dan la pauta para la aplicación de un sistema de Justicia Restaurativa que logre de alguna manera resolver la situación del menor en conflicto con la ley penal en cuanto al menoscabo de sus derechos, y tal es así que la norma constitucional misma en su artículo 175 establece la aplicación de una justicia especializada basada en los principios de la doctrina de protección integral del menor, las mismas que a su vez emanan de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, y otros instrumentos internacionales.

2.2 BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION.

Antes de iniciar con el despliegue del estudio de la Justicia Restaurativa, es necesario hacer una breve revisión de algunos conceptos tan elementales que necesariamente se involucran en el estudio de nuestra temática, como son Justicia y Derecho.

2.2.1 BREVE ANALISIS SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTICIA.

Se conoce que desde la época antigua hasta la actualidad se han venido dando diversas respuestas a esta interrogante de qué es la justicia, al respecto dice Feller Melgar, Roque (2008), lo que Hans Kelsen afirmo acerca de la Justicia:

> "No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces carece de respuesta" (pág. 1)

Dice Ruiz Virgilio (2009), que según Aristóteles, la justicia es una virtud absolutamente completa porque su práctica es la de la virtud consumada. Y, en consonancia con su definición de virtud, en general, por justicia entiende "…la disposición que nos hace capaces de realizar actos justos, que nos los hace realizar en efecto y que nos hace desear realizarlos (….) la justicia es la capacidad de discernir lo justo y lo injusto" (pág. 145).

Podemos darnos cuenta de esta concepción que la justicia está concebida como una virtud del hombre, la misma que lo impulsa a actuar de una manera que busca la realización de actos justos hacia sus semejantes, esto dependiendo del comportamiento humano o de la realización o no de la virtud de justicia, de aquel se dice que es justo o injusto. Pero Aristóteles va más allá e inclusive hace una división de la justicia en dos partes, una justicia que la llamo conmutativa, la cual es considerada la justicia general y que significa dar a todos por igual de manera equilibrada, y la justicia distributiva que consiste en dar a cada quien lo que le corresponde. (Feller Melgar, Roque, 2008)

Una definición que se considera la primera posición de la idea de justicia y la más celebre a través de los tiempos es la de Ulpiano (como se cito en Ruiz, 2009, pág. 146), que dice: "…*constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens*": *la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien su derecho..."*

Ante todo esto podemos considerar a la Justicia como la voluntad humana de dar a cada quien lo que es suyo protegiendo siempre la igualdad entre las personas para conservar un orden social y mantener la paz.

2.2.2 BREVE ANALISIS SOBRE EL DERECHO

Hemos podido entender en base al breve estudio anterior que la consecución de la Justicia en definitiva resulta de brindarle lo suyo a quien le corresponda como lo dijo Ulpiano, ahora claro entendiendo "lo suyo" como el derecho que le corresponde al individuo y más aún si corresponde a una norma positiva, es decir la Justicia se concreta con el derecho. Entonces estos dos elementos se encuentran estrechamente relacionados, por lo tanto es necesario también poder tener una conceptualización clara de lo que significa el Derecho.

Al respecto, podemos también manifestar que al igual que la Justicia, la definición del Derecho ha sido difícil de precisar, se han dado a través del tiempo variedad de conceptos al respecto por infinidad de autores y filósofos de varias corrientes del pensamiento jurídico. Veamos algunos ejemplos:

Dolabjian(2013), cita a H. Kelsen quien dice:

> "Derecho" es un orden normativo de la conducta humana de naturaleza coactiva, cuya existencia específica reside en la validez de sus normas, que son estatuidas

mediante ciertos actos calificados para ser cumplidas o aplicadas, sin fundarse en su justicia o eficacia. (p. 221)

De igual manera señala que para R. Alexy:

> “el Derecho es un sistema normativo que formula una pretensión de corrección, compuesto por la Constitución y demás normas válidas conforme a ella, que sean generalmente eficaces y no extremadamente injustas, y los principios y otros argumentos normativos que sirven de apoyo para satisfacer la referida pretensión de corrección”. (p. 226).

De esto podemos entender el Derecho como el conjunto de normas jurídicas que se establecen en la sociedad para regular la convivencia de las personas en determinado lugar, entendiéndose a este como una comunidad, pueblo o país. Considerando además que debido a los constantes cambios que se dan en la sociedad, el legislador deberá ir adaptando la norma a los mismos con el fin de lograr siempre la finalidad de la justicia en beneficio de los ciudadanos.

2.2.3 LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

2.2.3.1 Concepto de Justicia Restaurativa.

Un nuevo paradigma en justicia juvenil se abre paso ante el fracaso de la justicia retributiva tradicional. Un concepto renovador que atiende a las causas y efectos del delito, tanto a la víctima como al culpable, en el contexto de una solución comunitaria basada en el hecho de asumir responsabilidades personales. Se trata de la Justicia Restaurativa o Reparadora, un modelo que actualmente es considerado el más apropiado para el tratamiento de los adolescentes en conflicto con la ley.

La Justicia Restaurativa se remonta a múltiples orígenes, como los movimientos por las víctimas, el comunitarismo y la criminología crítica. En consecuencia, existen diferentes concepciones y definiciones.

Para continuar con el estudio de la Justicia Restaurativa es necesario traer a conocimiento diferentes definiciones emanadas de varios autores como de instituciones, que por su fin específico de contribuir al establecimiento de estas prácticas en la sociedad se dedican al estudio de la misma.

1.- El Dr. Howard Zehr (2007), afirma:

> “La Justicia Restaurativa es un proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.” (pág. 45)

2.- La Organización de las Naciones Unidas, nos da la siguiente concepción:

> "La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto”. (UNITED NATIONS, Office on Drugs an Crime, 2006)

3.- El Centro para la Justicia y Reconciliación, concluyo la siguiente definición:

> “En términos generales, la justicia restaurativa se define como un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología que reconoce que el delito causa daños a las personas y a las comunidades e insiste en que la justicia debe reparar esos daños y permitir a los afectados participar en los procesos” (Alcaldia Mayor de Bogota, 2012, pág. 14).

4.- La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa (2009), dio la siguiente definición:

> “La justicia juvenil restaurativa es una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito. No existe un sólo modelo para la práctica del enfoque de la justicia restaurativa”. (I Congreso Mundial Justicia Juvenil Restaurativa, 2009, pág. 3)

Todas las definiciones aquí presentadas llegan a coincidir en que este nuevo modelo de justicia se preocupa más por la atención a la víctima en cuanto a reparar el daño causado a ella, que a una sanción punitiva al infractor, así como la atención al agresor en vista de que se considera que el delito causado también afecta a quien lo comete, pues de alguna manera daña la relación de este con la comunidad donde se desenvuelve, así mismo la comunidad tiene la oportunidad de intervenir en el proceso para la búsqueda de solución de los problemas generados por el infractor, pues en todo caso se considera que la comunidad también es afectado por el hecho delictivo.

Este nuevo enfoque aplicado a la justicia penal juvenil tiene mayor preocupación en que el menor no sea estigmatizado mediante un proceso en el cual se lo considera como un delincuente, y un consecuente internamiento, sino más bien que busca la reparación del daño causado y además la reintegración del menor infractor al seno de la sociedad y de su familia como un ente constructor de aquellas; claro está, eso si con un pleno reconocimiento por parte del menor de su responsabilidad ante las víctimas, de tal manera que tanto la persona afectada y la comunidad le den la oportunidad de cambiar y resarcir el daño

Por consiguiente, los programas rehabilitadores buscan habilitar a la víctima, al ofensor y a los miembros de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito, con el apoyo de profesionales del sistema de administración de justicia que operan como garantes y facilitadores de un proceso cuyo objetivo principal es la reparación de los daños mediante acuerdos que puede incluir respuestas de diversa naturaleza: reparación, restitución, garantía de no repetición, conciliación, servicio a la comunidad, entre otras. (Jouvenile Courp, 2016)

La Justicia Restaurativa tiende más a la búsqueda de los orígenes de las causas y a la solución del conflicto a través de medidas reparadoras y en la medida posible también a través de alternativas al internamiento del menor, al tiempo que repara a la víctima y sobre todo permite que sea escuchada en el proceso de depuración de esa responsabilidad. En este sistema, el delito se define por el daño que causa y no por la transgresión de un orden legal. Las respuestas al delito no deben ser, principalmente, castigar o rehabilitar al agresor sino, en la medida de lo posible, establecer las condiciones para reparar el daño causado y su reintegración.

En definitiva, la justicia restaurativa propende a la responsabilidad del ofensor y la re--

paración de los daños causados tanto a la víctima como a la comunidad, cuya participación en el campo de la justicia penal juvenil debe aportar a la transformación de las bases culturales y estructurales del delito. (Alcaldia Mayor de Bogota, 2012, pág. 15).

2.2.3.2 Objetivos de la Justicia Restaurativa.

Por otro lado debemos señalar que este nuevo enfoque de justicia especializada se fija una serie de objetivos, desde los cuales se constituyen los diferentes programas restauradores, ellos son:

"1. Restaurar el orden y la paz de la comunidad y reparar las relaciones dañadas.

2. Reforzar el rechazo a las conductas criminales.

3. Apoyar a las víctimas, darles voz, habilitar su participación y concretar sus necesidades.

4. Promover para todas las partes un sentido de responsabilidad, especialmente en los ofensores.

5. Identificar, aplicar y evaluar programas y medidas restaurativas específicas para cada caso particular.

6. Prevenir la reincidencia a través de la promoción de una efectiva reintegración social del ofensor, facilitando su reintegración a la sociedad." (Correa Garcia, 2011, pág. 480).

2.2.3.3 Características de la Justicia Restaurativa.

Al respecto tenemos una serie de características que posee la Justicia Restaurativa:

1. Incorpora con fuerza principios rectores (Interés Superior, Oportunidad, Flexibilidad, Intervención mínima, Proporcionalidad...).

2. No es Justicia de pequeñas causas o para delitos cometidos por menores, como tampoco es un procedimiento abreviado, es una visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional.

3. No es un enfoque dogmático. No es una justicia blanda.

4. Supone una actividad, una visión humanista de la justicia.

5. Diversifica, individualiza y adecua las respuestas de la justicia, en función de las características y situación del infractor.

6. Refuerza la aplicación del principio de intervención mínima y lo hace desde el respeto a los derechos de las víctimas.

7. Acerca a la justicia a los ciudadanos y posibilita formas agiles y participativas para la resolución de los conflictos que también son de la comunidad. (Torres Leguizamón, 2016).

2.2.3.4 Procesos restaurativos para la solución de conflictos.

En la actualidad los diferentes procesos restaurativos se han ido implementados en las

legislaciones en materia de justicia penal juvenil en los diferentes países de nuestra región, estos varían de acuerdo a las circunstancias y necesidades de cada país, y buscan de alguna manera una alternativa a la persecución, y es más, algunos doctrinarios especialistas en la materia consideran que estos programas representan una alternativa a la justicia tradicional retributiva.

El informe E/CN.15/2002/5/Add.1 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas denominado Justicia restaurativa. Informe del Secretario General. Adición, Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, nos trae la siguiente definición:

> 2. Por "proceso restaurativo" se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

Existen varios programas asociados a la Justicia restaurativa, debido a los procesos que se utilizan para responder y reparar el daño causado por el delito, los cuales han sido implementados en algunas legislaciones del mundo y de nuestra región en paralelo o en conjunto con la Justicia penal retributiva, aquí especificamos algunos:

a) La Mediación Penal entre victima e infractor.- Es un programa donde interviene un mediador conjuntamente con la víctima y ofensor para discutir sobre el delito, en este programa la concurrencia de la víctima y ofensor debe ser voluntaria. De esta manera se brinda a las partes la oportunidad de encontrar una forma para su reparación.

b) Reuniones de Restauración o Conferencias Comunitarias.- Este programa surgió en Nueza Zelanda en la justicia juvenil y se ha extendido a todo el mundo. Se desarrollan en forma similar a la mediación, pero con la diferencia de que en esta programa también acuden además de la víctima y el adolescente ofensor, sus familiares, así como amigos y vecinos (comunidad) a fin de buscar la alternativa más viable para la solución del conflicto, poniendo énfasis en las necesidades de la víctima, ofensor y de la comunidad.

c) Círculos de Paz.- En este proceso concurren la víctima, ofensor e igualmente que en el programa anteriormente mencionado también participan los familiares de ambos más los miembros de la comunidad y representantes del gobierno representados a través de las instituciones públicas que tienen competencias en esta materia, así como la participación de instituciones u organizaciones de la sociedad civil guiadas por la conducción de un facilitador, a fin de encaminar la solución hacia una sanación de las partes afectadas por el delito, y lograr que el infractor asuma su responsabilidad y el compromiso de no delinquir para buscar su reinserción.

Así mismo, aunque de naturaleza reparadora, los siguientes procesos que detallaremos a continuación, en si no constituyen programas restauradores porque son utilizados más en forma reindivicativa. Sin embargo cuando resultan de un proceso restaurativo pueden aportar a soluciones satisfactorias para las partes y proporcionar importantes caminos para hacer las cosas bien. Estas pueden ser:

d) Restitución y Servicios Comunitarios.- Se trata de la reparación del daño causado

a la víctima mediante el pago de dinero en efectivo, la devolución del objeto perdido o sustitución por otro o la prestación de un servicio directo a la víctima, así mismo el ofensor puede desarrollar trabajos o un servicio a la comunidad como compensación al daño causado a la misma.

e) Conciliación Post- judicial.- Consiste en la participación de la víctima y el agresor después de una sentencia judicial, para que entre ellos analicen si han podido superar las consecuencias de la infracción. Sin embargo en nuestro contexto de justicia juvenil se ha implementado como una de las formas de solución anticipada al proceso que se lleva contra el menor en conflicto con la ley. Pero si bien es cierto es muy escasa en su aplicación, se utilizan mediadores al igual que la Mediación (Pérez Sauceda & Zaragoza Huerta, 2015, págs. 642, 646, 648), (Centre for Justice & Reconciliation, A program of Prison Fellowship Internacional, 2016), (Àlvarez Ramos, 2008, págs. 3, 4).

2.2.3.5 Orígenes y desarrollo de la Justicia Juvenil Restaurativa.

Resulta incierto el tiempo y el lugar donde se originó la Justicia Restaurativa, pero lo que si es cierto es que las formas tradicionales y autóctonas de justicia establecían básicamente que el delito causaba daño a las personas y que por medio de la justicia se restituía la armonía en la sociedad brindando ayuda a la víctima, el delincuente y la comunidad.

La práctica de obligar a la reparación de los daños ocasionados por un hecho delictivo, se encuentra en varias culturas y sus ordenamientos, aunque en algunas oportunidades no se tenían en cuenta a la víctima directamente, por ejemplo la Ley Mosaica imponía restituir cuatro veces el valor de lo hurtado, mientras que el Código de Hammurabi tenía como objetivo persuadir a futuros infractores de no cometer actos delictivos mediante una pena severa, por ello se estipulaba que se debía restituir treinta veces el valor de lo hurtado. (Kemelmajer, 2015)

Muchos consideran que son en ciertas comunidades y pueblos de aborígenes de Nueva Zelanda, Canadá, Australia y Estados Unidos que se daba la práctica de ciertas formas de Justicia Restaurativa, las cuales se fueron introduciendo a través del tiempo los cuales dieron como por ejemplo la creación de los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia. (Domingo de la Fuente, 2008)

Es así que, al haber conflictos las personas se reunían en un lugar de su comunidad y guiados por el jefe de la tribu, el brujo o los ancianos resolvían sus problemas buscando soluciones entre todos de acuerdo a sus propios valores y las que consideraban más justas. Estas formas de solución de conflictos sirvieron de base luego para el desarrollo de la Justicia Restaurativa, que comenzó a implementarse de manera concreta a partir del año de 1989 en los sistemas penales juveniles de Nueva Zelanda, Noruega y Finlandia, y así se fueron extendiéndose por otros países (Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, 2015, pág. 18).

2.2.3.6 Desarrollo de la Justicia Restaurativa dentro del contexto mundial.

La Justicia Restaurativa comienza abrirse paso en el contexto mundial, a raíz de los cambios establecidos a través el tiempo en las normas internacionales, en cuanto a la situación de los menores en conflicto con la ley penal, y a los cuestionamientos al sistema penal retributivo en los sistemas de justicia por su poca efectividad, surgiendo en este contexto experiencias locales alternativas de justicia, conocidas luego como Justicia Restaurativa, que paulatinamente se han ido encajando en los sistemas de justicia y en las políticas criminales a nivel mundial.

Por eso creemos, que es muy importante analizar aunque sea de manera breve cuál ha sido la evolución jurídica de los menores dentro de la justicia penal juvenil, tanto dentro del contexto internacional como nacional, para de esta manera tener bien claro la situación actual de este nuevo modelo de justicia aplicada en los procesos a menores en conflicto con la ley penal.

Los proyectos de conciliación entre víctima y agresor en materia penal juvenil empezaron a desarrollarse en la década de los 70 mediante proyectos pilotos en Canadá y los Estados Unidos (Dünkel, 1990, pág. 116). Es así que en el año de 1975 se dan los primeros proyectos de reparación en Kitchener/Ontario (Canadá), y más adelante se implementan en otras ciudades de los Estados Unidos y Canadá, buscando mediante estas prácticas organizar por medio de mediadores voluntarios debidamente especializados, buscar el contacto inmediato entre víctima y delincuente (Dünkel, 1990, pág. 120).

A la par por la misma década de los 70 en Europa se empiezan a desarrollar las ideas de reparación a partir de la preocupación por el delincuente, lo cual conllevo a poner el servicio de la Justicia mediante procedimientos de conciliación víctima-delincuente a fin de buscar resocializar al delincuente, dándose inclusive a través del "movimiento de diversión" la iniciativa de proyectos de trabajos en provecho de la comunidad como una medida de reparación simbólica a la sociedad y como un elemento esencial dentro del Derecho Penal Juvenil (Dünkel, 1990, pág. 115).

A partir del año de 1899, cuando en Chicago Illinois, se crea el primer Tribunal Juvenil, comienza a surgir la idea de separar al menor de la justicia penal iniciándose así la conformación de un sistema de justicia penal juvenil especializada diferente a la concepción de la justicia penal de mayores, con un evidente direccionamiento tutelar y proteccionista.

En el año de 1959 la Asamblea general de la Naciones Unidas aprueba unánimemente la Declaración de los Derechos del Niño, la cual contenía diez principios básicos, que aunque en muchos de ellos se reiteraban párrafos de la Declaración de los Derechos Humanos, se reconocía les derechos del niño a gozar de protección especial y a disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal en condiciones de libertad y dignidad.

Las Reglas de Beijing o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores de 1985, expresan claramente la necesidad de reducir la intervención del sistema judicial tradicional (arts.: 1.3, 11.1, 11.2, 11.3).

Pero es La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que trae consigo el despliegue de un nuevo paradigma en justicia juvenil, basado estrictamente en la doctrina de la "Protección integral del menor", la misma que está cimentada en principios internacionales, como son: Dignidad, Equidad y Justicia Social, así como también en principios particulares de Igualdad y no Discriminación, Interés superior del niño, Prioridad absoluta y Corresponsabilidad. De esta manera se establecieron principios en materia penal juvenil que concuerdan con los principios de la Justicia Restaurativa aplicada a menores en conflicto con la ley, como lo que establece el Art. 40.

Las Directrices de Riad o Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 proponen también, la necesidad de esfuerzos de toda la

sociedad a fin de garantizar un desarrollo armonioso de los adolescentes. Se plantea reducir el campo de acción del sistema judicial únicamente para los casos realmente relevantes. Los conflictos menores deben ser atendidos por la escuela, el hogar, la comunidad, lugar de trabajo, etc., brindando orientación al niño y al adolescente.

El Comité de los Derechos del Niño, tomando en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño y los otros instrumentos internacionales, recomienda a través de la Observación General N°10 (2007), la aplicación de la Justicia Restaurativa, específicamente en el artículo 10, sobre el interés superior del niño

2.2.3.7 Origen y desarrollo de la Justicia Restaurativa en América Latina.

En América Latina a partir del año 1990 las legislaciones penales juveniles iniciaron procesos de reforma en la cual incorporaron mecanismos y medidas alternativas a la judicialización de los menores en conflicto con la ley penal en armonía con la propagación y desarrollo teórico-práctico de la justicia restaurativa que se venía dando a nivel mundial, y fundamentados además por obligaciones emanadas de los varios Instrumentos y Convenios Internacionales que propenden por un derecho penal juvenil mínimo, subsidiario y garantista y exhortan a los Estados a implementar en sus sistemas de Justicia Penal Juvenil principios y métodos de Justicia Restaurativa.

Tal es el caso del nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia, adoptado por el Código de la Adolescencia y la Infancia expedido mediante ley 1098 del 2006, en el cual se dispone en el Art. 140, que el proceso de menores *"(….) deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño".*

En el Perú se han implementado y desarrollado prácticas innovadoras con resultados favorables para la prevención y atención de la violencia en materia de justicia juvenil. Una de ellas es el modelo de Justicia Juvenil Restaurativa y que, ante sus resultados positivos, desde el 2010 el Ministerio Público ha creado el Programa Estratégico de Justicia Juvenil Restaurativa (Ministerio Publico, Fiscalia de la Nacion, s.f.), el cual se viene implementando progresivamente a nivel nacional y que ha sido reconocido como una buena práctica en gestión pública, siendo motivo de estudio y análisis por otros países. Entre los objetivos plasmados en este programa están:

1. Promover y fortalecer la aplicación de la Remisión Fiscal y el seguimiento de los programas de orientación a los adolescentes en conflicto con la ley Penal con enfoque restaurativo.
2. Fortalecer las capacidades técnicas de los fiscales provinciales de Familia y/o los mixtos y profesionales del Programa para una mejor aplicación de la Remisión Fiscal y de los programas de orientación de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal desde un enfoque restaurativo.
3. Fortalecer los niveles de articulación interinstitucional con los diversos actores del Estado y la sociedad civil para mejorar la atención y reinserción de los adolescentes en conflicto con la ley penal.
4. Empoderar el programa de Justicia Juvenil Restaurativa como un referente de calidad y eficacia en la atención de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal en el Ministerio Publico y la sociedad. (Ministerio Publico, Fiscalia de la Nacion, s.f.)

En Costa Rica a partir del año 2012, a iniciativa de las experiencias en otros países de Latinoamérica, a través del Poder Judicial se emprende un programa de Justicia Restaurativa en el Distrito de Pavas, Provincia y cantón de San José y a través del tiempo se fue ampliando en todas sus demás provincias, en donde intervienen varios organismo del estado como el Ministerio Publico, Poder Judicial, etc. (Tiffer, 2016).

En septiembre del 2015, el Ministerio de Justicia y Paz y el Poder Judicial presentaron en forma oficial ante la Corte Suprema de Justicia la llamada “Política Publica de Justicia Juvenil Restaurativa”, la misma que contó además con la cooperación internacional del Programa EUROSOCIAL II.

Además, el 21 de abril del presente año se presentó en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley: Ley de Justicia Restaurativa, la misma que se desarrollará mediante al menos tres programas, uno de los cuales está destinado a los menores de edad: *b) Programa de Justicia Juvenil Restaurativa para personas ofensoras menores de edad en conflicto con la ley penal juvenil.*

En Argentina, a partir de septiembre del 2015 se inicia por primera vez un proyecto De Justicia Restaurativa en el Municipio de San Isidro en la Provincia de Buenos Aires, el mismo que busca la no institucionalización de los menores en conflicto con la ley, y en su lugar brindar un tratamiento especializado que busque la reintegración de los mismos a la sociedad mediante el estudio, trabajo o deporte (SAN ISIDRO, Municipio, 2015).

En nuestra normativa actual en materia de niñez como es el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador podemos encontrar algunas figuras jurídicas que aunque no son programas restaurativos, comulgan con la filosofía de la Justicia Restaurativa en su consecuencia reparadora. Así tenemos la conciliación en el art. 345, la suspensión del proceso a prueba en el art. 349 y la remisión fiscal del art. 352 en los términos del art. 351, pero más aún, de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal en las Disposiciones Reformatorias al Código de la Niñez y Adolescencia art. 348a se implementó la mediación penal, en donde se dispone que la víctima y el adolescente podrán dentro de esta confrontación referirse a la reparación integral de la víctima, la promesa de abstenerse a realizar determinada conducta y el servicio a la comunidad, preceptos que son la base de la Justicia Restaurativa.

2.2.3.8 Alcance del problema.

En el caso objeto de estudio referido en este trabajo, el problema surge cuando el Fiscal Dr. Rene Ormaza que se encontraba de turno en el momento de la detención del adolescente, y el cual intervino en la Audiencia de Flagrancia, se ensaña con el menor y bajo un razonamiento muy subjetivo establece que el menor había adecuado su conducta a un patrón delictivo, esto es que la mayor parte de los delitos contra las personas en la ciudad y la provincia se cometen en moto, en la cual el que maneja no lleva arma pero si el acompañante. Por lo tanto determina que existe asociación ilícita, delito tipificado en el Art. 369 del Código Penal y reprimido según el Art. 371 Ibídem cuando se realiza con armas o municiones, y solicita el internamiento preventivo en contra del adolescente y que se notifique con el inicio de la instrucción fiscal por 45 días a las partes, a lo cual la Jueza Primera de la Niñez y Adolescencia accede.

Ante esta situación consideramos que el Fiscal que actuó no es un operador de justicia especializado en materia de justicia juvenil, por cuanto su accionar se desarrolló al igual que lo hubiera hecho bajo el sistema de justicia penal para adultos, esto si consideramos que el sistema de justicia para menores infractores <que es un sistema de justicia especializado según nuestra Constitución>, considera una serie de mecanismos destinados a la mínima intervención penal fundamentados en instrumentos y tratados internacionales y cuyos principios además están inmersos en nuestra normativa. Si revisamos el Art. 336 del Código de la Niñez y Adolescencia nos podremos dar cuenta que dispone como una de las atribuciones del Fiscal de

Adolescentes Infractores: *3). Procurar la conciliación y decidir la remisión o proponer formas anticipadas de terminación del proceso, en los casos que procedan;….*

De ahí, si consideramos que los mecanismos de terminación anticipada del proceso basados en el principio de oportunidad y en los principios de la Justicia Restaurativa, es lo que se debió aplicar de manera prioritaria, pues recordemos que esta busca no llegar la experiencia estigmatizante que supone la intervención del menor en conflicto con la ley en un proceso judicial y su consecuente privación de libertad o internamiento institucional, esto en concordancia a lo establecido en varios instrumentos internacionales que forman parte del *corpus juris* de los derechos humanos del niño, niña y adolescente, como son la Convención Sobre los Derechos del Niño en sus Art. 37. b y 40.3, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia de Menores-Reglas de Beijing en su artículo 13.1 y 13.2, y otros más.

El Comité de los Derechos de los Niños en su Observación General No 10 (2007), sobre Los Derechos del Niño en la Justicia de Menores hace hincapié en su artículo 10, sobre la necesidad de que los estados partes sustituyan los tradicionales objetivos de la justicia penal represión/castigo, por los de rehabilitación y Justicia Restitutiva.

Amparados en todas estas premisas, consideramos que en el caso objeto de estudio se debió aplicar una herramienta alternativa a la judicialización del adolescente de los que constan en el Código de la Niñez y Adolescencia, los mismos que comulgan con los principios de la Justicia Restaurativa, a fin de minimizar los efectos traumatizantes que conllevan el internamiento institucional del menor y más aún cuando la decisión de ordenar el internamiento contravenía la norma legal antes citada en su artículo 330, violentando de esa manera los derechos y principios fundamentales del adolescente consagrados en los instrumentos internacionales, la Constitución y la Ley, como son el debido proceso, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, flexibilidad, oportunidad y la tutela efectiva de sus derechos bajo el contexto de protección integral e interés superior del niño.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre Violencia, Niñez y Crimen Organizado, del 11 de noviembre del 2015, párrafo 559, dice al respecto:

> "Uno de los mayores problemas para la *aplicación del modelo de justicia restaurativa* es que en muchos de los países la medida de "último recurso", es decir el encierro de los adolescentes, es frecuentemente la única medida considerada por el juez o bien la única que se encuentra disponible en la práctica. En el día a día, los operadores de justicia no encuentran los programas que les permitan ordenar medidas alternativas a la privación de la libertad. En aquellos casos en que sí existen, estos programas son escasos y tropiezan con limitaciones de supervisión de la ejecución de los mismos, lo cual torna las medidas en ineficaces o incluso exponen los derechos de los niños. Por otro lado, el nivel de discrecionalidad que algunas normas otorgan a los jueces para dictar medidas no privativas de libertad, en la práctica ha dado lugar a supuestos de una aplicación arbitraria de esta capacidad discrecional que van en detrimento de los derechos de los adolescentes y del principio del interés superior del niño."

En todo caso ponemos como ejemplo que bien se pudo aplicar la remisión tal como lo prescribe el artículo 352 de conformidad al artículo 351 del Código Orgánico de la Niñez vigente en ese entonces:

> **"**Art. 352.- Remisión del Fiscal en delitos sancionados con pena de prisión correccional menor a un año.- Si la infracción investigada es de aquellas

sancionadas por la ley penal ordinaria con pena de prisión correccional menor a un año y si, además, el hecho no ha lesionado gravemente el interés público, el Fiscal declarará la remisión del caso de conformidad con el artículo anterior y archivará el expediente."

Esto en virtud de que la sanción prevista en el artículo 371 del Código Penal establece penas menores a un año.

2.2.4 EL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

La denominación del menor que ha infringido la ley penal ha ido experimentando cambios sustanciales a través del tiempo, en virtud de muchos factores que han incidido en el cambio de la situación del menor respecto a la presunción de su responsabilidad penal de un acto contrario a la ley.

Uno de esos factores es la sanción de la Convención sobre los derechos del niño, que trajo consigo un nuevo paradigma en justicia penal juvenil y cambios muy importantes en la situación jurídica del menor, como la consideración de una edad mínima para su imputabilidad y también la denominación en lo referente su situación penal.

La Doctrina también se ha constituido en un pilar fundamental en la comprensión y desarrollo de este nuevo sistema de justicia penal juvenil, y de la cual han emanado varios significativos conceptos en lo que tiene que ver con la denominación del menor que comete o se presume el cometimiento de una infracción penal y que son de discusión y análisis en los diferentes eventos académicos en el ámbito penal juvenil, y uno de los cuales es la terminología de ***adolescente en conflicto con la ley penal***.

Desde estas perspectivas, hemos considerados utilizar para nuestra investigación el termino menores en conflicto con la ley penal, tratando de encuadrar en el mismo al niño, niña y adolescente de manera general; y por otro lado considerar la necesidad del análisis tanto doctrinario como legal para buscar una concepción exacta del termino menores en conflicto con la ley penal.

2.2.4.1 Del menor infractor al menor en conflicto con la ley penal

Antes de iniciar con una definición, apoyados por la dogmática, de lo que es el menor en conflicto con la ley penal, consideramos necesario conocer lo que establece la normativa respecto a menor de edad.

La edad se configura como un factor básico dentro del sistema legal para establecer la capacidad y responsabilidad de una persona. La voluntad y la conciencia exigida por el ordenamiento jurídico, son dos ingredientes de la capacidad que no se son inherentes al nacimiento de una persona, estos se desarrollan de a poco a poco hasta que por cuestiones biológicas la persona alcanza la madurez mental, requisito indispensable para ser considerado legalmente capaz y consecuentemente responsable en el ámbito penal.

Al respecto Emilio Gracia (como se cito en Marin, 2009), señala lo siguiente:

> "Se le puede atribuir plenamente las consecuencias de actos que constituyan violaciones a conductas previamente descriptas en las leyes como crímenes, faltas o contravenciones. Por el contrario, son inimputables aquellos individuos que en razón de algunas características definidas por la ley (edad, estado de salud mental, etc.) no se les puede atribuir las mismas consecuencias que el Código Penal o leyes conexas prevén para aquellos individuos que la ley considera imputables".

Respecto a la determinación de la edad de una persona, es necesario basarnos primero en lo que expresamente señala la Convención Internacional sobre los derechos del niño en su Art. 1: "(…...) se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

En cuanto a nuestra normativa interna empezaremos por considerar una disposición del Código Civil, que por ser una norma de carácter general nos señala en su artículo 21:

> "Llámese infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos".

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 4 define al niño, niña y adolescente, y señala: "Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad."

Las Reglas Mínimas de Las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Para Menores prescriben:

> "En todos 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 a la madurez emocional, mental e intelectual" (Regla 4.1).

Si acudimos al Código Integral Penal para averiguar desde qué edad una persona puede ser juzgado por un delito, encontramos en el Art. 38: "Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.", es decir todos los menores de edad en conflicto con la ley penal estarán sujetos al Código de la Niñez y Adolescencia.

Aun tomando en cuenta estas consideraciones, resulta difícil definir lo que es un menor en conflicto con la ley penal. Jurídicamente el menor carece de capacidad suficiente para el ejercicio de un acto antijurídico, pues la misma la adquirirá al cumplir los dieciocho años según nuestra normativa, convirtiéndose así en imputable, y por tanto en agente de comisión de delitos. Es por esto que la doctrina nos enseña que antes de adquirir la mayoría de edad, el menor no puede ser considerado como un agente activo del delito, aunque su conducta se adecue al tipo penal tipificado en la ley, por lo tanto no se justifica la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. Se confirma entonces lo que establece el Código Orgánico Integral Penal de que el menor por su condición queda fuera del derecho penal.

Dicho de otra manera, la conducta del menor da motivo para la puesta en práctica de instrumentos jurídicos especiales tanto internacionales como nacionales, distintos de los que se aplica a los adultos, los cuales forman parte de los llamados derechos de menores.

Por otro lado, consideramos que la denominación de menor infractor trae consigo un conflicto, pues la utilización de este calificativo es estigmatizante y aun ofensivo, partiendo de criterios que en la actualidad son aplicables en un nuevo modelo de justicia juvenil, que establecen que los menores por estar aún en proceso de

maduración psicológica, resulta inconcebible considerar que infringen la ley penal, y más bien ellos se ven influenciados por el medio social en el cual se desarrollan o de sus propios progenitores o terceras personas adultas, quienes la mayoría de veces los impulsan a cometer actos delictivos. (Cruz y Cruz, 2011, pág. 335)

El Código de la Niñez y Adolescencia por varias ocasiones dentro del Libro IV menciona al menor entre 12 a 18 años como adolescente infractor, lo cual resulta contraproducente e ilegal, pues sin haberse desarrollado un proceso contra el menor que establezca al final que el menor es responsable del cometimiento de una infracción, ya se lo califica de infractor, contraviniendo el principio de inocencia que emana desde esta normativa.

Entonces hablar de menores en conflicto con la ley penal es lo apropiado para referirse a los niños y adolescentes que cometen actos contrarios a la ley penal, ya que define la situación en la que se encuentran en lugar de estigmatizarlos o marginarlos por su conducta. Además en la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 40 se menciona al menor como niño que ha infringido las leyes penales, si se le ha comprobado su responsabilidad, o en su defecto, niño que se le acuse que ha infringido las leyes penales. Al igual la Observación General No. 10 de la Convención de los Derechos del Niño se realiza una amplia explicación y recomendaciones sobre este tema.

De esto, consideramos que el menor en conflicto con la ley penal, es aquella persona menor de dieciocho años que entra en contacto con el sistema judicial por encontrárselo sospechoso o estar acusado del cometimiento de un acto tipificado en la ley penal, pero a quien por su condición se le aplica un sistema especializado de justicia, en el cual no se considera la pena como consecuencia del acto ilícito, por no poderse imputársele su conducta antijurídica como delito.

2.2.4.2 La problemática en el presente estudio de caso.

Dentro del caso de estudio hemos podido evidenciar, que el desarrollo del proceso en contra del adolescente ha sido bajo las características que emanan de la estigmatizante y prejuiciosa forma de considerar al menor dentro de nuestra normativa legal secundaria en materia de niñez y adolescencia como un adolescente infractor. Es decir no se considera por parte de los operadores de justicia el hecho innegable de la situación de vulnerabilidad del menor y más aún el hecho de considerar humanamente la situación de conflicto por la que atraviesa el adolescente al actuar en contra de una norma tipificada en la ley penal.

Debemos recalcar que en base a este criterio muchos doctrinarios especialistas amparados en lo que se determina en diferentes Instrumentos Internacionales de derechos humanos de los menores han considerado situar al menor no como un infractor de la ley, sino más bien como un menor en conflicto con la ley a fin de que bajo esa premisa, el menor de quien se presume haya infringido la ley sea tratado con todas las garantías que se dan dentro de un proceso, como el principio de inocencia, el debido proceso, el interés superior, la no discriminación, etc.

2.2.5 LA DOCTRINA DE PROTECCION INTEGRAL.

La Doctrina de Protección Integral comienza su aparecimiento a raíz de los cuestionamientos hechos por diferentes organizaciones defensoras de los derechos humanos de los niños a la doctrina de la Situación Irregular, la cual se desarrollaba en las legislaciones penales de los diferentes países de la región por las primeras décadas

del siglo XX, antes de la aparición de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual concebía al menor como objeto de derechos, justificándose así la consideración de los menores como objeto de tutela y represión. (Adjuntia para los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad. Programa de asuntos penales y Penitenciarios, 2007, pág. 18)

Es decir que la Convención, como un instrumento internacional de carácter vinculante, se fija como un antes y un después de la protección de los derechos de los menores, estableciendo además su condición de sujetos plenos de derechos, para así de esa manera realizar un cambio significativo en la protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, Aguilar Caballo (2008) cita a Silvia Larumbe quien dice:

> "(…) con este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular –al menos formalmente– para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: "todos los derechos para todos los niños".(pág. 229).

Por otro lado Santistevan de Noriega (2000), al citar a Garcia Mendez manifiesta: "esta transformacion se podria sintetizar en el paso del menor como objeto de compasion-represion a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos." (pags. 16 y 17).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, VII Capitulo, parágrafo 11 señala lo siguiente:

> "Como ya se ha dicho, la Convención sobre los Derechos del Niño implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" como objeto de tutela y represión, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho. Este cambio conceptual hace necesario un cambio de legislación en todos aquellos países partes del tratado, así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento en el niño de este nuevo carácter de sujeto de derecho".

Cabe mencionar que la doctrina de Protección Integral no solamente se concibe a partir de la sanción de la Convención Sobre los Derechos del Niño; sino también, se debe tener en cuenta otros Instrumentos Internacionales que se encuentran dentro del corpus juris de los derechos humanos del niño, niña y adolescente, como son entre otros:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia para Menores (Reglas de Beijing)
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)
- Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena) (Adjuntia para los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad. Programa de asuntos penales y Penitenciarios, 2007, pág. 22).

A partir de la sanción de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que trajo consigo la doctrina de la Protección Integral, surgió una nueva perspectiva para el tratamiento de los casos de menores en conflicto con la ley penal, estableciendo y requiriendo a los

Estados suscriptores de esta Convención realizar los cambios necesarios en sus normativas internas, a fin de evitar la judicialización de los conflictos y los efectos perjudiciales de la privación de libertad en la vida del menor. (Documento presentado por el DNI al Primer Congreso Mundial sobre justicia restaurativa, Lima, 2009).

En nuestro país se han dado varios avances en la situación jurídica del menor en conflicto con la ley penal, tal es así que a partir del año 1938 se promulga El Código de Menores, el mismo que se confecciono a iniciativas del Jefe Supremo de ese entonces, consiguiéndose con esta legislación dejar a un lado la concepción paternalista, lo cual fue corroborado posteriormente por otras legislaciones que se fueron promulgando.

El Código de Menores de 1992, basado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, trae un nuevo cambio al asumir que la responsabilidad ante el problema de la infancia en el país no solamente le compete al estado sino también a la familia, la comunidad y la sociedad organizada.

El legislador ecuatoriano, en razón de que el Ecuador es un estado suscriptor de la Convención Sobre los Derechos del Niño, acoge los principios básicos de la doctrina de Protección Integral del menor los mismos que a su vez se ratifican en la Constitución del 2008.

Específicamente el Art. 175 de la Constitución dela República del Ecuador, en cuanto a la protección integral dispone:

> "Art. 175.- las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicaran *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 resaltado es nuestro).

En el Código de la Niñez y Adolescencia, se recoge esta doctrina en varios de sus artículos, sin embargo transcribiremos al que consideramos el principal:

> "Art. 1.- Finalidad.- Este 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 derecho**s***, en un marco de libertad, dignidad y equidad.
>
> Para este 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 al interés superior de la niñez y adolescencia y a *la doctrina de protección integral*."(el resaltado es nuestro).

De aquí podemos mencionar, que a partir de estos preceptos se desarrollan un sinnúmero de disposiciones destinadas hacia diferentes organismos del estado, a fin de dictar las políticas y programas necesarios para el cumplimiento efectivo de la aplicación de la doctrina de protección integral hacia los derechos y garantías que les corresponden a los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto consideremos lo referente a la protección integral en el IV Informe Oficial del Ecuador sobre Cumplimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño del periodo 2003-2007, presentado ante el Comité de los Derechos del Niño en enero del 2003, quien señala en su parte pertinente lo siguiente:

> “95. El Estado ecuatoriano ha declarado como política pública de Estado, la protección integral de niños, niñas y adolescentes, lo que implica un cambio en la concepción de la protección del Estado, puesto que el punto de partida ya no es la existencia de niñas, niños necesitados de protección, con necesidades insatisfechas o en situación irregular, sino la existencia y el reconocimiento de ciudadanos y ciudadanas con derechos, que pueden exigir o demandar el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad. Desde una perspectiva de derechos humanos, la política de protección integral significa que, se generan obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos de niños, niñas, y adolescentes (Comite de los Derechos del Niño, 2008, pág. 37).

2.2.5.1 La problemática en el presente estudio de caso

En el caso puesto a consideración dentro de este trabajo hemos analizado el problema del internamiento preventivo que se le aplico al adolescente, medida cautelar que fue solicitad por el Fiscal de turno dentro de la Audiencia de flagrancia, y que a pesar de la oposición del Abogado defensor motivado en que la Constitución prevé que el internamiento se lo debe acoger como última instancia y que operando en principio de interés superior del menor y de su vulnerabilidad, y establecido además que la privación de libertad solo procede para los casos expresos en el art. 330 del Código de la Niñez y Adolescencia, es decir para delitos de reclusión (lo cual no era el caso del menor), solicitó se le dicten al menor las medidas cautelares establecidas en el art. 324 del mismo Código. Esta petición basada en una argumentación valida y pertinente fue rechazada por la Jueza de la Niñez y ordenó el internamiento preventivo.

Es por eso que recalcamos que el operador de justicia, no es un operador especializado en Justicia Penal Juvenil, es decir la justicia especializada que emana de la Convención Sobre los Derechos del Niño y otros Instrumentos Internacionales y que nuestra Constitución lo recoge dentro de su normativa como principio rector para el juzgamiento de menores en conflicto con la ley penal.

Recordemos lo mencionado anteriormente en el estudio de la doctrina de protección integral, cuando mencionamos que con el advenimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la doctrina antes mencionada se configura un nuevo enfoque para el tratamiento de los casos de menores en conflicto con la ley, en la cual se conmina a los estados suscriptores a desarrollar los máximos esfuerzos para evitar la judicialización de los conflictos y los efectos perjudiciales y estigmatizante que conllevan la privación de libertad del menor, de tal manera que se busque además que el menor asuma su responsabilidad ante el hecho delictivo cometido; pero eso sí, buscando la reintegración del menor al seno de su familia y la sociedad para su desarrollo pleno e integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad, tal como lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 1.

De ahí que consideramos además, que basados en las experiencias de otros países hermanos los cuales aplican un nuevo enfoque de justicia especializada en materia de justicia juvenil como es la Justicia restaurativa, y de la que Ecuador recoge algunos procesos restaurativos en su normativa, es lo que debió considerarse por parte de los operadores de justicia desde el conocimiento mismo del acto contrario a la ley, para de esa forma encaminarse por la doctrina de la protección integral del menor.

2.2.6 EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

En nuestro estudio de caso, hemos considerado muy importante también desarrollar un

análisis referente al interés superior del niño, porque consideramos que se trata de un principio muy esencial en materia de derechos del menor y que tiene mucha relación con el tema central de nuestro trabajo de titulación referente a la Justicia Restaurativa. Y su importancia indiscutible radica en que ocupa un lugar central en las legislaciones tanto internacional como nacional y la doctrina contemporánea, de tal manera que este principio goza del reconocimiento mundial y se constituye como norma de Derecho Internacional. (Cavallo Aguilar, 2008, pág. 226).

2.2.6.1 Algunas consideraciones sobre el origen y desarrollo del interés superior del niño.

Dentro del contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de Ginebra Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de Naciones en 1924 trajo consigo la primera declaración que consagró los derechos de los niños, reconociendo en su párrafo de introducción que "la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma". Más adelante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en el año de 1984 aprobó la Declaración de los Derechos Humanos, en la que explícitamente trataba el tema de los derechos humanos de los niños, sin embargo ante la necesidad de una protección de los derechos humanos de los niños de forma más directa aparece otro instrumento internacional no vinculante, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. (Alegre Silvina, Hernàndez, & Camille , 2014, pág. 2).

A pesar de todo, dentro del contexto del Derecho Internacional se sentía la necesidad de contar con un instrumento internacional que sea vinculante y coercitivo para los Estados partes, lo cual se da con la sanción de la Convención Sobre los Derechos del Niño (Cavallo Aguilar, 2008, pág. 227). La idea sobre el principio de interés superior se ve reflejado en el art 3 de la Convención, la cual dispone:

> "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño***.**"(el resaltado es nuestro).

Es así que la Convención provoco un cambio sustancial en cuanto a la consideración del niño, ya que lo reconoce como un sujeto pleno de derechos e instaurando cuatro de sus artículos como principios fundamentales, los cuales son:

1. El derecho de los niños a ser protegidos de toda forma de discriminación (Art. 2).
2. El interés superior del niño (Art. 3)
3. El derecho a la supervivencia y al desarrollo (Art. 6); y,
4. El derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser tomado en cuenta (Art. 12) (Alegre Silvina, Hernàndez, & Camille , 2014, pág. 2).

Muchos doctrinarios están de acuerdo en que el principio de interés superior se reviste de verdadera importancia, y su estatus actual, a raíz de su inclusión en la Convención y el grado ampliamente de impacto que este tratado adquirió por su rápida entrada en vigor y su mayoritariamente ratificación.

Según el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño tiene su objetivo, el cual es: "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño", que incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. (Simon Campaña, 2014, pág. 43).

En este contexto encontramos una consideración al respecto en la Opinión Consultiva OC-17/2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prescribe:

> "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la *dignidad misma del ser humano*, en las *características de los niños*, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno *aprovechamiento de sus potencialidades* así como en la naturaleza y alcances de la Convención de los Derechos del Niño (….) A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención Sobre los Derecho del Niño establece que este requiere de *"cuidados especiales",* y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir *"medidas especiales de protección".* En ambos casos *la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.* (El resaltado es nuestro).

De esto, podemos afirmar que al momento de concretar el interés superior del niño, debe considerarse lo pertinente a la dignidad humana, la misma que debe acoplarse a las características y necesidades propias de los menores, además debe arrancar de una protección que implique y potencie sus habilidades desde un punto de referencia sus necesidades y cuidados especiales que derivan de su inmadurez, inexperiencia, ingenuidad y espontaneidad (Gonzalez Martin & Rodríguez Jiménez, 2011, pág. 33).

2.2.6.2 El tratamiento normativo del interés superior del niño en el Ecuador.

Según el Informe CRC/C/ECU/4 del Comité de los Derechos del Niño, sobre El Examen de Los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Ecuador, en lo referente al interés superior del niño, el párrafo 97 manifiesta lo siguiente:

> El interés superior de niños, niñas y adolescentes es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera prioritaria imponiendo a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Constituye además un principio que nadie puede invocar contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente que esté en condiciones de expresarla.

Nuestro país es uno de los estados partes que ha constitucionalizado de manera directa este principio. El artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador aprobada en el año 2008 señala que:

> El estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, los niños y adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se aplicar el principio de ***su interés superior***, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás (el resaltado es nuestro).

Derivado de lo anterior podemos afirmar que el interés superior del menor prevalecerá sobre cualquier otro que se interponga, y así mismo las actuaciones y decisiones de los operadores de justicia deben estar ajustadas al mismo, así como al respeto a los derechos explícitos en la Constitución como en los Instrumentos Internacionales.

El Código de la Niñez y Adolescencia vigente, en su artículo 11 nos trae lo siguiente:

> "El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.
>
> Para apreciar el interés superior se considerara la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.
>
> Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.
>
> El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla."

Así el interés superior del niño se configura en un principio rector que marca una clara orientación al sistema jurídico y a las autoridades encargadas de valorarlo y aplicarlo, fijando cuatro razones para su aplicación en casos concretos:

- **a)** Ordena a las autoridades administrativas y judiciales a ajustar las decisiones que se tomen a hacer efectivo el conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes,
- **b)** Se configura en un principio de interpretación del sistema jurídico.
- **c)** No puede invocarse contra norma expresa; y,
- **d)** Debe escucharse previamente la opinión del menor que está en condición de expresarla. (Ordoñez , 2013).

2.2.6.3 La problemática en el presente estudio de caso

La escasa definición del principio del interés superior del menor por parte de los operadores de justicia dentro de los procesos contra menores en conflicto con la ley, en cuanto a sus resoluciones es un problema latente en nuestro medio jurídico. El presente caso objeto de estudio no es la excepción, cuando hemos observado la no consideración del argumento presentado por el Abogado defensor público, fundamentado en el interés superior del menor en cuanto a su posición de que la Jueza no considere el pedido del Fiscal referente al internamiento preventivo del menor, y decimos esto por cuanto la Convención Sobre los Derechos del Niño, nuestra Constitución y leyes disponen la obligación del estado a considerar este principio del interés superior en sus políticas públicas destinadas a los menores, y consecuentemente en política judicial, específicamente las decisiones de los operadores de justicia en la que se encuentre de por medio niños, niñas y adolescentes deben estar inspiradas, orientadas y determinadas por el principio del interés superior del menor. En todo caso, creemos que la intervención del Fiscal y de la Jueza de la Niñez y Adolescencia debió enfocar los derechos del menor contemplando el interés superior del menor y de esa manera buscar una alternativa extrajudicial de las que se encuentran en la ley. Al respecto el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 10 CRC/C/GC/10, en cuanto a los derechos de los niños en la justicia de menores expresa: *"En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial…."* (el resaltado es nuestro).

Ahora, si consideramos la institución del interés superior como un principio de Derecho

Humanos recogido por la Constitución, la teoría nos indica que los mismos se imponen al operador de justicia, es decir son de cumplimiento obligatorio por parte de ellos. Por lo tanto nos atrevemos a decir, que ni siquiera el principio de interés superior debe inspirar en sus decisiones al operador de justicia, sino más bien debe limitar el poder punitivo del estado y la discrecionalidad del juez al considerar la necesidad o no, de la pronta y efectiva realización de la protección de los derechos del menor a través de garantías constitucionales y legales establecidas que reconocen al internamiento como de último recurso.

Al respecto es necesario citar lo que determina la Comisión Interamericana de Derechos Humano, en su informe sobre Violencia, Niñez y Crimen Organizado, del 11 de noviembre del 2015, párrafo 559, que en su parte pertinente manifiesta:

> (.....) Por otro lado, *el nivel de discrecionalidad que algunas normas otorgan a los jueces para dictar medidas no privativas de libertad*, en la práctica ha dado lugar a supuestos de una aplicación arbitraria de esta capacidad discrecional que *van en detrimento de los derechos de los adolescentes y del principio del interés superior del niño*. (el resaltado es nuestro).

Estas actuaciones no aportan en nada al desarrollo de mecanismos alternativos en la solución del conflicto que se presenta cuando un menor actúa en contra de una norma tipificada como delito, y por ende en la justa aplicación de una medida alternativa al internamiento, de tal manera que se haga posible un proceso basado en un sistema de justicia especializado como lo manda la Constitución, que busque la rehabilitación y la justicia restaurativa en contraparte a un sistema de represión y castigo, tal como lo exige la norma internacional cuando dice:

> (….). *La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes* .Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública (el resaltado es nuestro) (Comite de los Derechos del Niño, 2007).

CAPÍTULO III

3. PROCESO METODOLÓGICO

3.1. DISEÑO O TRADICIÓN DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADA

3.1.1. ASPECTOS GENERALES

Considerando que el estudio del derecho en los actuales momentos se enmarca en tendencias innovadoras, que buscan utilizar un nivel más práctico de investigación científica, gracias a la gran necesidad social existente ante lo cual se mejora las metodologías con diferentes estrategias apropiadas para dichos procesos.

Sin lugar a dudas el análisis de caso es un trabajo de suma objetividad y disciplina metodológica investigativa a la hora de plantearse el objeto de estudio, para lo cual expongo; conforme lo señala el Art. 33 de la Guía Complementaria para la Instrumentalización del Sistema de Titulación de la Universidad Técnica de Machala, este trabajo constituye:

> "(…) un proceso de investigación dirigido a explorar en profundidad la estructura y dinámica del objeto de estudio a fin de develar el conjunto de factores que condicionan su estado actual. En tal sentido, se puede hacer uso de posturas epistemológicas variadas en virtud de la naturaleza del objeto de estudio y de los estilos de pensamiento del investigador…"

3.1.2. TIPOS DE INVESTIGACION

Para motivar a profundidad el análisis de caso hemos aplicado específicamente la investigación descriptiva, misma que exponemos a continuación.

Investigación Descriptiva.- este tipo de investigación nos permitió dividir en partes el objeto de estudio, para de esta manera analizarlas a profundidad conforme se observa en el trabajo.

Investigación bibliográfica y documental.- Esta metodología nos permitió recoger información de diferentes revistas científicas jurídicas de jerarquía mundial, constituciones de otros países, códigos, informes y otros libros para de esta manera fundamentar el trabajo investigativo..

Investigación de Campo.- Con esta investigación obtuvimos información directa sobre hechos de trascendencia en los juzgados, fiscalía y la defensoría del pueblo.

3.1.3. MODALIDAD DE INVESTIGACIÓN

Las metodologías de investigación que hemos aplicado son las siguientes:

Modalidad de investigación pura: Esta consiste en la búsqueda de conocimientos mediante la recolección de datos, mismos que nos ayudan a replantear o crear teorías nuevas de las ya existentes hemos aplicado también la modalidad de investigación pura o dogmática, recolectando datos de artículos científicos que contenían bases y antecedentes jurídicos acerca de la justicia penal juvenil y justicia restaurativa, todo esto nos ayudó a plantear y exponer una nueva teoría referente a nuestro caso de investigación.

3.1.4. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación utilizada es:

El nivel analítico: Que tiene por objetivo analizar un evento y comprenderlo en términos de sus aspectos menos evidentes.

En el capítulo II se encuentra la evidencia del nivel utilizado que corresponde a la fundamentación teórica.

3.2. PROCESO DE RECOLECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN

3.2.1. LOS MÉTODOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo de titulación empleamos la siguiente metodología jurídica:

- Método funcional.
- Método exegético
- Método Dogmático

3.2.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Para la Estructuración de la presente investigación, utilizamos las técnicas de investigación empírica (estadística), y en sobre todo para la fundamentación teórica-epistemológica analizamos documentos, textos físicos y digitales, códigos y leyes, jurisprudencia; así como el fichaje de la información doctrinaria (ficha).

3.3. SISTEMA DE CATEGORIZACIÓN EN EL ANÁLISIS DE LOS DATOS

3.3.1. UNIVERSO Y MUESTRA

Por las características y naturaleza del trabajo expuesto de titulación que hemos desarrollado, debemos indicar que es imposible cuantificar la problemática mediante encuestas, sin embargo hemos abordado diálogos y micro entrevistas, mismo que nos sirvieron para analizar puntos clave en esta investigación, ya que son los jueces, fiscales o defensores públicos quienes están inmersos en estos temas de manera cotidiana.

CAPITULO IV

4. RESULTADO DE LA INVESTIGACION

4.1 DESCRIPCION Y ARGUMENTACION TEORICA DE LOS RESULTADOS

Mediante el análisis del caso objeto de estudio propuesto en este trabajo de titulación, nos fijamos la idea de exponer como los operadores de justicia, en esta caso Fiscal de Adolescentes Infractores y Jueza de la Niñez y Adolescencia en clara violación a lo que disponen la Constitución del Ecuador en su artículo 77 numeral 13, los artículos 22 y 331 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no aplicaron las doctrinas de protección integral y el principio del interés superior del niño, al solicitar y ordenar respectivamente el internamiento preventivo del menor en un caso que no había causado alarma social., y más aun no acudieron a la utilización de los mecanismos

anticipados para la solución de conflictos especificados en el Código de la Niñez y Adolescencia, los mismos que emanan de una justicia especializada para menores en conflicto con la ley penal tal como lo dispone la Constitución en su Artículo 175, y que se erigen en la Justicia Restaurativa como una forma de justicia especializada dentro del contexto mundial de justicia penal juvenil.

De ahí que, resulta muy preocupante la situación del menor que entra en conflicto con la ley penal al ser tratado aún bajo las premisas del sistema caduco tutelar, y de una argumentación basada en la discrecionalidad de los operadores de justica; que en sí, a lo que lleva es a la estigmatización del menor y a la clara violación de sus más elementales derechos humanos que nacen desde los Instrumentos Internacionales y que constan amparados en la doctrina de protección integral e interés superior del menor a raíz de la aparición de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

4.2 CONCLUSIONES.

Desde 1990, desde que el Ecuador suscribió la Convención Sobre los Derechos del Niño, ha pasado el tiempo y sin embargo aún el sistema de justicia implementado en la legislación nacional sobre responsabilidad penal del adolescente en conflicto con la ley penal fundamentado en los principios de la Convención, no ha sido capaz de garantizar a los menores sus derechos y en lo principal aquellos de los cuales son titulares por ser personas en desarrollo.

Tomando como base de los sistemas de justicia penal juvenil los principios de protección integral e interés superior del menor, especialmente los artículos 37 y 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, consideramos que en los procesos contra menores en conflicto con la ley, debe considerarse primordialmente como eje central los recursos de desjudicializacion fundamentados en el principio de oportunidad y acordes a la filosofía de la Justicia Restaurativa, así como a la opciones de medidas alternativas al internamiento preventivo o sanciones no privativas de libertad en caso de que el proceso finalice con una sanción.

Desde esta perspectiva, hemos considerado la importancia de considerar los recursos de la Justicia Restaurativa a fin de solidificar los procesos que ella ofrece, con el propósito de responder a una visión de garantía de derechos, tomando en consideración la participación del menor en conflicto con la ley y estimulando formas socio-educativas de prevenir y resolver conflictos, de tal manera que lo ayude a reparar el daño causado al ofendido, restablecer el vínculo con la comunidad y su reintegración a la sociedad mediante el desarrollo de nuevas habilidades para su vida.

La implementación de la Justicia Restaurativa en menores en conflicto con la ley conllevaría a descongestionar el sistema jurídico de justicia juvenil, al desjudicializar procesos y posibilitar que los mismos solo se desarrollen en casos más graves como asesinatos y delitos sexuales. Es ante esto, que consideramos que la Justicia Restaurativa, en un primer momento se podría configurar como un complemento a la tradicional justicia retributiva que opera en Ecuador, y que más tarde podría pasar a

ser un sistema paralelo a la justicia penal tradicional, lo cual brindaría la oportunidad a los operadores de justicia a derivar los casos que se consideren viables a ser resueltos

a través de procesos restaurativos.

En el Ecuador hay muy poca difusión de este nuevo paradigma de justicia penal juvenil, y por consiguiente muy escasamente aplicada en los casos de infracción de la ley por parte de los menores, y cuando se da estos casos la justicia tradicional retributiva lo que busca es judicializar, penalizar, criminalizar y sancionar de alguna manera a estos menores, aunque el Código de la Niñez y Adolescencia muy eufemísticamente denomine a las sanciones medidas socioeducativas, y más aun sin tomar en cuenta a la víctima y la comunidad en las decisiones para la solución del conflicto, en vista de que ellos directamente sufren la consecuencia del delito, sin llegar a concretar el principio constitucional establecido en el Art. 78 en cuanto a la ejecución de mecanismos destinados a una reparación integral, que incluya el conocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, indemnización, rehabilitación y la garantía de que el infractor no volverá a cometer acto delictivo.

Por otro lado, se ha podido evidenciar la serie de variantes de métodos alternativos para la solución de conflictos, denominados por el Código de la Niñez y Adolescencia como “formas de terminación anticipada”; como son: la remisión, la conciliación, la mediación y la suspensión del proceso a prueba, pero que lamentablemente solo constan como mecanismos de la justicia retributiva y que de todas maneras son muy escasamente aplicados, aunque estos procesos se derivan del advenimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la doctrina de protección integral, pero que sintonizan con la filosofía de la Justicia Restaurativa, y que de hecho se han ido implementando en las legislaciones de muchos países vecinos a causa de los cambios que exige la Convención, en cuanto a la implementación de un sistema de justicia especializado para menores en conflicto con la ley basados en los principios del interés superior del niño, la no discriminación, el derecho a la vida y la participación por sus condición de vulnerabilidad, de ahí que el enfoque restaurativo ofrece interesantes propuestas para la desjudicializacion de los casos. Por lo tanto, concluimos en que nuestra normativa interna mantiene sintonía con el sistema normativo internacional para llevar a la práctica la aplicación de la Justicia Restaurativa, mediante la utilización de forma prioritaria de los mecanismos de “formas de terminación anticipada” pero impregnadas de los valores y filosofía de la Justicia Restaurativa, intentando que el internamiento sea lo último a lo que acudir.

En fin, estamos seguros que mediante esta investigación contribuimos de alguna manera al establecimiento de una justicia penal juvenil que busque reconciliar al menor que cometió el acto contrario a la ley con la víctima, con la comunidad y consigo mismo, de tal manera que mediante un proceso educativo, y amparado de todas las garantías constitucionales logre reinsertarse a la sociedad como un sujeto que se valore a sí mismo y sea valorado por la comunidad. Es así que tenemos la certeza de que los programas de Justicia Restaurativa serian un buen medio para la obtención de este fin.

4.3 RECOMENDACIONES.

- Si bien es cierto que las reformas a la ley penal, en especial al Libro IV del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y que fue debatida en la Asamblea Nacional en diciembre de 2012 , consiguió que los menores en conflicto tengan derecho a disponer de un número mayor de opciones de Justicia Restaurativa para solucionar conflictos, tal como lo declararon los Asambleístas, no es menos cierto que estas declaraciones no constan enunciadas en la norma y estas opciones son muy escasamente aplicadas, por lo tanto recomendamos una reforma de tal manera que se enuncie en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la garantía de aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos contra menores en conflicto con la ley penal, y que de esta manera sea el principio rector que guie el desarrollo de las procesos restaurativos que constan en la misma norma.

- El sistema de justicia juvenil es un sistema especializado, sin embargo la especialidad no ha llegado a la totalidad de operadores de justicia de los juzgados y fiscalía. Por lo tanto el Consejo de la Judicatura debe emprender un proceso de capacitación o especialización en materia penal juvenil y Justicia Restaurativa a Jueces de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores, Fiscales de Adolescentes Infractores y Defensores Públicos.

- Esto trae consigo también la necesidad de la actuación de un equipo multidisciplinario para que al inicio del proceso tomen contacto con la situación del menor a efectos de asesorar al Fiscal con la elaboración de propuestas tendientes a asegurar el efectivo respeto de sus derechos y buscar el mecanismo apropiado que busque atender las necesidades del ofensor y la víctima, esto es sin pasar por un proceso judicial, lo cual estaría basado en una justicia especializada tal como lo establece el art. 175 de la Constitución.

- Consideramos que si no existen instituciones que ayuden al menor infractor a tener un lugar donde prestar el servicio a la comunidad u obtener los fondos para la reparación del daño a la víctima mal podría creerse en la aplicación de procesos restaurativos. En la actualidad existe escases total de un servicio privado o estatal donde se ejecuten medidas alternativas a la privación de libertad, es decir las normas existen, pero la institucionalidad falta. Por lo tanto el estado deberá articular con entidades privadas que representan a la sociedad civil la utilización de espacios físicos que den la garantía de ejecutar las medidas que se tomen en los procesos restaurativos.

- La justicia restaurativa es muy poco difundida en nuestro país, de ahí que es necesario que las Universidades establezcan este tema como materia de estudio

dentro de la malla curricular dentro de las Escuelas de Derecho o Facultades de Jurisprudencia, en virtud del avance que experimenta este nuevo paradigma de justicia juvenil en toda la región.

Bibliografía

Adjuntia para los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad. Programa de asuntos penales y Penitenciarios. (julio de 2007). *La situacion de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad(supervicion de los centros juveniles-2007).* Recuperado el 2016, de http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php

Alcaldia Mayor de Bogota. (Mayo de 2012). *La prestación de servicios a la comunidad – Una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de Justicia Restaurativa en el Sistema colombiano de Responsabilidad Penal Adolescente. Buenas prácticas, experiencia piloto y propuesta para su implementa.* (Libreria en linea de la la OIM, Organizacion Inter, Ed.) Recuperado el 16 de julio de 2016, de https://publications.iom.int/es/books/la-prestacion-de-servicios-la-comunidad-una-sancion-con-oportunidades-para-desarrollar

Alegre Silvina, Hernàndez, X., & Camille , R. (marzo de 2014). *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.* Recuperado el 21 de julio de 2016, de http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf

Alvarez Desanti, A. (2016). *Ley sobre justicia restaurativa presentado 20-4-2016, Costa Rica: Proyecto de ley Ley de Justicia Restaurativa*. Recuperado el julio 19 de 2016, de https://www.poder-judicial.go.cr/justiciarestaurativa/images/documentos/LeySobreJusticiaRestaurativaPRESENTADO20-4-2016.pdf

Àlvarez Ramos, F. (2008). *Mediacion penla juvenil y otras soluciones extrajudiciales, Internacional e-JournalL of Criminal Sciences.* Recuperado el 30 de julio de 2016, de file:///C:/Users/Jorge/Documents/ARCHIVOS%20TITULACION/Mediacion%20penal%20juvenil%20y%20otras%20soluciones.pdf

Cavallo Aguilar, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos HumanosEstudios Constitucionales [en linea].* Recuperado el 21 de julio de 2016, de http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=82060110

Centre for Justice & Reconciliation, A program of Prison Fellowship Internacional. (2016). *Acerca de la Justicia Restaurativa, Tutorial: Introduccion a la Justicia Restaurativa*. Recuperado el 30 de julio de 2016, de http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/

Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. (2012). *Borrador de Informe para Segundo Debate, Asamblea Nacional de la Republica del EcuadorComision Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.* Recuperado el junio de 2016, de http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Borrador%20Informe%20Segundo%20Debate%20COIP.pdf

Comision especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. (2012). *Informe para primer debate Proyecto Codigo Organico Integral Penal, Asamblea Nacional de la Republica del*

Ecuador. Recuperado el junio de 2016, de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_06.pdf

Comite de los Derechos del Niño. (abril de 2007). *Observacion General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores.* Recuperado el julio de 2016, de http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf

Comite de los Derechos del Niño. (marzo de 2008). *Examen de los Informes presentados por los estados partes con arreglo al articulo 44 de la Convencion, Cuartos Informes periodicos que los Estados partes debian presentar en 2007. ECUADOR, Convencion Sobre los Derechos del Niño, .* Recuperado el 21 de julio de 2016, de http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhstxzRpKg2T%2F0DuGrWBu6B9IVe48Vo2GhZ%2B%2BjdU1y4PUjclx59AuacSFl9bmnY5Zoyn0tpn2zJLsECpDicWVcyamTXpT%2F3SnPD8SD2Fh4Jgna.

como se cito en Marin, D. (2009). Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideologia tutelar a la porteccion integral, Dialogos de Derecho y Politica. Antioquia. Recuperado el 17 de julio de 2016, de http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/2103/1831

como se cito en Ruiz, V. (Diciembre de 2009). *Filosofia del Derecho. Serie: Reflexones sobre Derecho Electoral. Instituto Electoral del Estado de mexico.* Recuperado el 12 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/tablas/26838.pdf

Correa Garcia, S. (2011). *JUSTICIA RESTAURATIVA Y MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL,LA SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA PENAL EN MÉXICO, Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM.* Recuperado el julio de 2016, de http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/Bienestar/SRPA/Tab/JR-y-men-confli-conley-penal.pdf

Cruz y Cruz, E. (2011). *El concepto de menores infractores.* Recuperado el 14 de julio de 2016, de http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf

Díaz González, S. (2015). *CIencia y Filosofia del Derecho, Investigación científica y sociedad. De la construcción del objeto de estudio.* (Universidad Autonoma del estado de Mexico;Secretar, Ed.) Recuperado el julio de 2016, de http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/40592/INVESTIGACION%20CIENT%CDFICA%20Y%20SOCIEDAD.pdf?sequence=1#page=56

Documento presentado por el DNI al Primer Congreso Mundial sobre justicia restaurativa, Lima. (noviembre de 2009). *Justicia penal juvenil y justicia restaurativa: experiencias desde el enfoque socioeducativo. Documento presentado por DNI al Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, Lima-Peru.* Recuperado el 20 de julio de 2016, de SlideShare: http://es.slideshare.net/roseacha5/justicia-enal-juvenil-y-justicia-restaurativa

Dolabjian, D. A. (2013). *Sobre el Derecho, Modelos para una introduccion elemental, Academia, Revista Sobre Enseñanza del Derecho.* Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/22/sobre-el-derecho-modelos-para-una-introduccion-elemental.pdf

Domingo de la Fuente, V. (2008). *Justicia Restaurativa y Mediacion Pena, Articulo publicado en la Revista de Derecho penal LEX NOVA nUMERO 23/2008l*. Recuperado el 07 de julio de 2016, de http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal

Dünkel, F. (1990). *La Conciliacion delincunte-victima y la reparacion de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la practica del derecho penal en el derecho comparado*. Recuperado el 08 de julio de 2016, de www.ehu.es/documents1736829/2030810/12+conciliacion+delincuente.pdf

Feller Melgar, Roque. (2008). *Justicia, Derecho y Ley. Monografias.com*. Recuperado el 12 de junio de 2016, de http://www.monografias.com/trabajos65/justicia-derecho-ley/justicia-derecho-ley.shtml

Gonzalez Martin, N., & Rodríguez Jiménez, S. (2011). *Capitulo primero: El interes superior del menor. Contexto conceptual, El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano [en linea]*. Obtenido de Biblioteva Jurica Virtual: Instituto de Investigaciones Juridicas: Universidad Nacional Autonoma de Mexico: http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/pl2961.htm

I Congreso Mundial Justicia Juvenil Restaurativa. (2009). *Declaracion de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa.* Recuperado el junio de 2016, de http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/prueba/Bienestar/SRPA/Tab/DLima-JJ-Restaurativa2009.pdf

Jouvenile Courp. (2016). *Justicia Juvenil Equilibrada y Restaurativa, Clark County Washington*. doi:https://www.clark.wa.gov/juvenile-court/justicia-juvenil-equilibrada-y-restaurativa

Kemelmajer, A. (2015). *En busqueda de la tercera via. La llamada "Justicia Restaurativa", "Reparadora", "Reintegrativa", "o "Restitutiva"*. Recuperado el junio de 2016, de http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf

Llobet Rodríguez, J. (2014). *Justicia Restaurativa y la Proteccion de la Victima.* Recuperado el junio de 2016, de http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30798.pdf

Ministerio Publico, Fiscalia de la Nacion. (s.f.). *Programa de Prevencion, Justicia Juvenil Restaurativa, Peru*. Recuperado el 08 de julio de 2016, de http://www.mpfn.gob.pe/justiciaruvenilrestaurativa

Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil, Defense for Children. (2015). *Informe de Monitoreo Octubre de 2015.* Recuperado el junio de 2016, de http://www.defenceforchildren.org/wp-content/uploads/2015/11/OBSERVATORIO-INFORME-DE-MONITOREO-2015.pdf

Ordoñez , I. E. (2013). *El rol del juez en los procesos de niños, niñas, adolescentes y adolescentes en conflicto con la ley penal. Silabus familia, mujer, niñez y adolescencia y adolescentes infractores.* Recuperado el 24 de julio de 2016, de http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/Syllabus-%20FAMILIA-MUJER-NINEZ-ADOLESCENCIA%20Y%20ADOLESCENTES%20INFRACTORES.pdf

Pérez Sauceda, J. B., & Zaragoza Huerta, J. (2015). *Justicia Restaurativa: Del Castigo a la Reparacion.* Recuperado el 30 de julio de 2016, de http://biblio. juridicas. unam. mx/libros/7/3104/38. pdf

Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. (2015). *Justicia Penal Juvenil Especializada en la Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura.* Recuperado el junio de 2016, de http://editorial.jusbaires.gob.ar/descargar/75.pdf

Ruiz Rodriguez, V. (diciembre de 2009). Recuperado el 23 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/tablas/26838.pdf

SAN ISIDRO, Municipio. (02 de septiembre de 2015). *Justicia Juvenil Restauratica: Termini la Capacitacion en San Isidro, Comunidad, Argentina*. Recuperado el 08 de julio de 2016, de http://sanisidro.gob.ar/justicia-juvenil-restaurativa-termino-la-capacitacion-en-san-isidro/#.V37HKbjhDIU

Santistevan de Noriega, J. (2000). *Informe Defensorial 51. El sistema penal juvenil.* Recuperado el 18 de julio de 2016, de http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe_51.pdf

Simon Campaña, F. (2014). *Interes superior del niño:tecnicas de reduccion de la discrecionalidad abusiva.* Quito: Ediciones Iuris Dictio: Universidad San Francisco de Quito.

Tiffer, C. (23 de mayo de 2016). *Más justicia restaurativa y menos justicia retributiva, La Nacion [on line]*. Recuperado el 08 de julio de 2016, de http://www.nacion.com/opinion/foros/justicia-restaurativa-retributiva_0_1562443741.html

Torres Leguizamón, M. C. (Febrero de 2016). *Justicia restaurativa y mediación penal juvenil, Universidad Columbia del Paraguay*. Recuperado el 30 de julio de 2016, de file:///C:/Users/Jorge/Documents/ARCHIVOS%20TITULACION/Justicia%20restaurativa%20y%20mediación%20penal%20juvenil.html

UNITED NATIONS, Office on Drugs an Crime. (2006). *Manual sobre programas de Justicia restaurativa, Serie de Manuales sobre Justicia penal.* Recuperado el junio de 2016, de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

Virgilio, R. (2009). *Filosofia del Derecho. Serie: Reflexiones sobre Derecho Electoral.* Recuperado el 12 de junio de 2016, de http://www.corteidh.or.cr/tablas/26838.pdf

Wray, A., Garcia , E., & Larenas, R. (1991). *El Menor ante la Ley.* Quito, Ecuador: Corporacion Editora Nacional Instituto Nacional del Niño y la Familia.

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa.* Obtenido de file:///C:/Users/Jorge/Downloads/documents.mx_howard-zher-el-pequeno-libro-de-la-justicia-restaurativa.pdf