

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008  
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**“LA CONTRIBUCION DE LA POLITICA CRIMINAL PUNITIVA DEL  
ESTADO SALVADOREÑO EN EL COMBATE DE LA DELINCUENCIA  
COMETIDA POR PERSONAS MENORES DE EDAD”**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTAN:**  
JOSE EMILIANO AREVALO COLOCHO  
FRANCISCO GERBER RAMIREZ ARDONA  
EDWIN EFRAIN VILLARAN MOLINA

**DIRECTORA DE SEMINARIO  
LICDA. DORIS LUZ RIVAS GALINDO**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2009**

# **UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

RECTOR  
MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO  
MÁSTER MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS

VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO  
MÁSTER ÓSCAR NOÉ NAVARRETE

SECRETARIO GENERAL  
LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

FISCAL GENERAL  
DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ

## **FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANO  
DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES

VICE-DECANO  
MASTER OSCAR MAURICIO DUARTE

SECRETARIO  
FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION  
LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

DOCENTE DIRECTORA DE SEMINARIO DE INVESTIGACION  
LICENCIADA DORIS LUZ RIVAS GALINDO

## AGRADECIMIENTOS

“Mientras a consecuencia de las leyes y de las costumbres exista una condenación social, creando artificialmente, en plena civilización, infiernos, y complicando con una humana fatalidad el destino, que es divino; mientras no se resuelvan los tres problemas del siglo: la degradación del hombre por el proletariado, la decadencia de la mujer por el hambre, **la atrofia del niño por las tinieblas**; en tanto que en ciertas regiones (como América Latina) **sea posible la asfixia social**; en otros términos y bajo un punto de vista más dilatado todavía, mientras haya sobre la tierra ignorancia y miseria, los libros de la naturaleza del presente (como ésta investigación) **podrán no ser inútiles**”.

VÍCTOR HUGO 1862, PRÓLOGO A “**LOS MISERABLES**”.

A NIVIA COLOCHO DE AREVALO Y JOSE MILIANO AREVALO quienes me han apoyado durante todos estos años; a quienes me debo, no solo por un imperativo moral, sino que, por la gratitud que inspira la benevolencia de todo benefactor, al que le interesa la realización de su escudado; las dos personas a las que debo el poder culminar mis estudios y mi proceso que significó esta investigación; por éstos y de más razones les dedico mis reiterados agradecimientos.

A la constructora de mi conocimiento; a la hacedora de mi proceso cognoscitivo y responsable directa del proceso de carpintería que supuso la realización de este trabajo; quien debo horas y horas de estudio para comprender que el proceso epistemológico de todo estudiante se realiza botando a golpes los dogmas y paradigmas que subyace en su condición de tal; quien creó las más dulce inquietudes con respecto de la situación de la niñez, del derecho penal y la criminología; quien me enseñó *ser el deber ser* de todo Abogado, ejemplo viviente de probidad y de todo pensador del derecho: LICDA. DORIS LUZ RIVAS GALINDO.

A mis camaradas de noches de desvelos, a mis compañeros de horas y horas de dedicación y estudio de BARATTA, GARCIA MENDEZ, MARY BELOF, y otros; con quienes luchamos contra los dogmas adheridos en nuestro inconsciente como estudiantes de esta digna carrera, a mis *compas*: FRANCISCO GERBER RAMIREZ ARDONA Y EDWIN EFRAIN VILLARAN MOLINA.

**José Emiliano Arévalo Colocho**

*"Esta vida,  
no me da el momento  
en que sobreponga  
mi estupefacto sobresalto  
frente a la antiesperanza  
que encontró camino  
con inhumanos seres  
que utilizan un anfiteatro griego  
para ganar la gracia  
de los dioses de la ignorancia"  
Francisco Ramírez*

La división de la sociedad entre buenos y malos es una construcción ilusoria y absurda de los seres humanos que debe desecharse por completo. El mundo no se pinta en blanco y negro: hay innumerables tonos y matices. Es por ello, que aumento las filas de personas estudiosas del derecho, para desvirtuar la intangible moralidad despiadada e hipócrita que nuestra sociedad ha desarrollado.

Más que agradecimientos individuales, doy una ovación a la vida misma, a esa energía del universo que crea, que nos perfecciona y nos hace buscar algo mejor que la mediocridad.

A mis padres, hermanos, sobrinos, amigos; les agradezco profundamente por lo que son: mis seres queridos.

A mí; aunque es poco humilde, por haber sobrevivido en este valle de lagrimas con la pretensión de pintar una sonrisa al mundo.

**Francisco Gerber Ramírez Ardoná**

**“Señor:**  
***Ayúdame a decir la verdad delante de los fuertes.***  
***y a no decir mentiras para ganarme el aplauso de los débiles***  
***si me das fortuna, no me quites la razón***  
***si me das éxito no me quites la humildad***  
***ayúdame a siempre ver la otra cara de la moneda***  
***no me dejes inculpar de traición a los demás por no pensar igual que yo***  
***enséñame a querer la gente como a ti mismo y a no juzgarme como a los demás***  
***no me dejes caer en el orgullo sin triunfo, ni en desesperación si fracaso***  
***más bien recuérdame que el fracaso es la experiencia que precede el triunfo”***  
**Ghandi**

Agradezco y dedico mi trabajo de graduación a mi abuela Felicita (de grata recordación), a mis Padres: Manuel de Jesús y Ana María, quienes sin escatimar esfuerzos y en medio de muchas dificultades se propusieron hacer de mí y de mis hermanos personas de bien y formarme como un ser integral y de los cuales me siento extremadamente orgulloso.

De igual manera a mis hermanos Rubén y Roselia, quienes han estado a mi lado para compartir las mismas historias, los mismos pesares y las mismas alegrías.

También a mis amigos más cercanos: Jorge, Javier y Hugo, que siempre me han acompañado y con los cuales he contado desde que los conocí; a mis compañeros de oficina; a mis amigos y compañeros de Trabajo de Graduación, Francisco y Emiliano con quienes hemos experimentado un sinnúmero de situaciones durante nuestra estadía en la universidad.

Y de manera muy especial a Dios, por permitirme concluir esta etapa de mi vida.

**Edwin Efraín Villarán Molina**

## INDICE

## PÁGINA

INTRODUCCION.....	i
<b>CAPITULO I</b>	
<b>ESBOZO HISTORICO DEL TRATAMIENTO A LA INFANCIA.....</b>	<b>1</b>
1.1. Control social-penal de la infancia: Un modelo para.... ¿mantener?...1	
1.2. Generalidades de la categoría de minoridad.....	8
1.3. Desarrollo histórico del tratamiento de la niñez y la adolescencia.....	12
1.3.1. Surgimiento de la categoría de infancia.....	12
1.3.2. Edad Antigua.....	14
1.3.3. Edad Media.....	16
1.3.4. Edad Moderna.....	18
1.3.5. Edad Contemporánea.....	19
1.4. Desarrollo Histórico de la Legislación Penal aplicable a las personas menores de edad.....	21
1.4.1. Fundamentos Constitucionales.....	22
1.4.2. Ley de la Jurisdicción Tutela de Menores.....	26
1.4.3. Código de Menores.....	31
1.4.4. Ley del Menor Infractor y Ley Penal Juvenil.....	33
1.5. Desarrollo histórico de los Modelos de atención a la infancia.....	34
1.5.1. El Modelo Europeo.....	34
1.5.1.1. Modelo de protección.....	35
1.5.1.2. Modelo educativo.....	37
1.5.1.3. Modelo de responsabilidad.....	39
1.5.2. El Modelo de Estados Unidos.....	40
1.5.3. En Latinoamérica.....	42
1.5.3.1. La doctrina de la situación irregular.....	42
1.5.3.2. La doctrina de la protección integral.....	48
1.5.4. Principios de la doctrina de protección integral.....	51
1.5.4.1. Igualdad o No discriminación.....	51

1.5.4.2. El interés superior del niño.....	53
1.5.4.3. La efectividad y prioridad absoluta.....	54
1.5.4.4. La participación solidaria o de solidaridad.....	55
1.5.5. Influencia de las doctrinas de la situación irregular y de protección integral en El Salvador.....	57

## **CAPITULO II**

### **ORDENAMIENTO JURIDICO APLICABLE AL FENOMENO DE LA CRIMINALIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.....60**

2.1. Constitución de la República.....	61
2.2. Instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la delincuencia de personas menores de edad.....	62
2.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño.....	62
2.2.1.1. Interpretación sistemática de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	66
2.2.2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing).....	68
2.2.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.....	69
2.2.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de delincuencia juvenil (Directrices de RIAD).....	70
2.3. Fundamentos Constitucionales para la creación de la política criminal.....	71
2.4. Disposiciones que facultan al Estado salvadoreño en la prevención y combate de la delincuencia de personas menores de edad.....	73
2.4.1. Ley Penal Juvenil.....	76
2.4.2. Código Penal.....	79
2.5. Leyes Antimaras.....	80
2.5.1. La sentencia de la Sala de lo Constitucional.....	84

## CAPITULO III

### PERSPECTIVA CRIMINOLOGICA DE LA DELINCUENCIA DE PERSONAS MENORES DE EDAD.....89

3.1.	Desarrollo histórico de la política criminal: El margen de los “menores”.....	92
3.1.1.	Origen del termino de política criminal.....	94
3.1.2.	Evolución histórica-conceptual de la política criminal:	
	¿Qué es la política criminal?.....	95
3.1.2.1.	Escuela Clásica.....	96
3.1.2.2.	Escuela Positiva.....	98
3.1.2.3.	Escuela Italiana.....	101
3.1.2.4.	Escuelas Modernas.....	101
	3.1.2.4.1. Escuela Finalista.....	101
	3.1.2.4.2. Escuela Funcionalista.....	102
3.2.	Concepción de Política Criminal.....	103
3.2.1.	Modelos de Política Criminal.....	105
	3.2.1.1. Política Criminal Autoritaria.....	105
	3.2.1.2. Política Criminal Reactiva.....	110
	3.2.1.3. Política Criminal Democrática.....	113
	3.2.1.4. Política Criminal Preventiva.....	116
3.3.	Las personas menores de edad desde la perspectiva Criminológica.....	118
3.3.1.	“Menores”, Política Criminal y Poder: Lo marginal en el centro.....	118
3.3.2.	Política Criminal y Criminología.....	119
3.3.3.	Factores que intervienen en el surgimiento de la Delincuencia de personas menores de edad.....	121
	3.3.3.1. Desde el enfoque del positivismo criminológico y la desviación social.....	121
	3.3.3.2. Desde el enfoque de la criminología critica.....	122

3.3.3.3. De la criminología crítica y crítica del derecho penal: un acercamiento al discurso minimalista de Baratta.....	125
--	-----

## **CAPITULO IV**

### **SITUACION ACTUAL DE LA DELINCUENCIA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL SALVADOR.....133**

4.1. Conceptualización de la delincuencia de personas menores de Edad.....	133
4.2. La delincuencia de personas menores de edad en América Latina.....	135
4.3. La delincuencia de personas menores de edad en El Salvador.....	140
4.3.1. Situación actual.....	141
4.3.2. A nivel local.....	144
4.4. Modelo de Política Criminal implementado por El Salvador.....	148
4.4.1. Planes ejecutados por el Estado salvadoreño en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad .....	151
4.4.1.1. Manodurismo.....	151
4.4.1.2. Planes Mano Amiga y Mano Extendida.....	153
4.5. Roles de las Instituciones involucradas en el combate de la Delincuencia.....	155
4.5.1. Vice-Ministerio de Seguridad Pública.....	155
4.5.2. Fiscalía General de la República.....	156
4.5.3. Policía Nacional Civil.....	157
4.5.4. Gobierno Local.....	158

## **CAPITULO V**

### **ANALISIS E INERPRETACION DE DATOS.....160**

5.1. Resultados de la Encuesta.....	161
5.2. Tabulación de Entrevista.....	181
5.3. Verificación de Hipótesis.....	191

5.3.1. Generales.....	191
5.3.2. Específicas.....	192

## **CAPITULO VI**

### **ELEMENTOS BASICOS EN LA FORMULACION DE UNA POLITICA CRIMINAL INTEGRAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA COMETIDA POR PERSONAS MENORES DE EDAD.....197**

6.1. Política criminal preventiva.....	199
6.1.1. Una adecuada política social.....	200
6.1.2. Política de atención a la Niñez, Adolescencia y Juventud.....	200
6.2. Política Criminal Punitiva.....	202
6.2.1. Rechazo al Derecho penal simbólico y al Derecho penal del Enemigo.....	203
6.2.2. Utilización efectiva del Derecho penal de acto .....	203
6.2.3. Descriminalización y Criminalización de conductas socialmente negativas.....	204
6.2.4. Especialización del derecho penal.....	204
6.3. Elemento dinamizador.....	204

## **CAPITULO VII**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....206**

7.1. Conclusiones.....	206
7.1.1. Generales.....	206
7.1.2. Específicas.....	206
7.2. Recomendaciones.....	208
7.2.1. Al Estado salvadoreño.....	208
7.2.2. A los medios de comunicación social.....	209

7.2.3. A la Policía Nacional Civil.....	210
7.2.4. Al Ministerio Publico.....	210
7.2.5. A la Universidad de El Salvador.....	210
7.2.6. A la sociedad en general.....	210
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>211</b>
<b>ANEXOS</b>	

## INTRODUCCION

La presente investigación sobre el tema **“LA CONTRIBUCION DE LA POLÍTICA CRIMINAL PUNITIVA DEL ESTADO SALVADOREÑO EN EL COMBATE DE LA DELINCUENCIA COMETIDA POR PERSONAS MENORES DE EDAD”**, hace referencia al fenómeno de la criminalidad cuyos protagonistas son las personas menores de edad. Además se hace énfasis en el modelo de política criminal que el Estado salvadoreño ha implementado para darle tratamiento al fenómeno en estudio durante los años 2004-2008 correspondiente a la administración presidencial de Elías Antonio Saca.

La investigación se hace con la finalidad de profundizar en el conocimiento del fenómeno en estudio para dar aportes teóricos sustentados en la investigación de campo realizada que faciliten el entendimiento del fenómeno y permita sugerir al Estado salvadoreño una política criminal integral viable para un mejor tratamiento del fenómeno de la criminalidad de las personas menores de edad, desde la perspectiva de la nueva criminología Latinoamericana que va de la mano con una nueva concepción del derecho penal destinado a las personas menores de edad.

El propósito principal de la presente investigación es determinar el nivel de contribución de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad, para lo cual se aplicaron instrumentos de investigación que permitieran recabar información objetiva proveniente de los sujetos de investigación, concretamente se aplicó una Encuesta con la intención de recopilar información proveniente de los defensores públicos de la Unidad de Defensoría Pública de la Procuraduría General de la República y de los fiscales auxiliares adscritos a la Unidad Penal Juvenil de la Fiscalía General de la República, los dos sectores encuestados están involucrados en el

tratamiento del fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador. De igual manera la entrevista, como instrumento de investigación, se aplicó a expertos en la temática de estudio tomando como criterio la función desempeñada dentro de las Instituciones del Estado vinculadas con el tratamiento de la criminalidad de las personas menores de edad.

El informe de investigación está dividido en siete capítulos basados en una investigación bibliográfica sustentada en las doctrinas más actualizadas del campo criminológico y en una investigación de campo que permite el análisis profundo del fenómeno de estudio.

El Capítulo I, contiene la evolución histórica del tratamiento de la Infancia desde la edad antigua, media, moderna y contemporánea; la forma en que se ha concebido a la niñez y adolescencia en las distintas etapas históricas de la humanidad ha ido cambiando sustancialmente de acuerdo a la evolución del pensamiento humano desde el niño visto como objeto hasta convertirse en sujeto de derecho. Basado en las concepciones más recientes y progresistas de la infancia se hace un cuestionamiento de la categoría “menor” y la doctrina Menorista, que hacen referencia a las personas menores de edad. Además se incluye el desarrollo histórico de la legislación penal destinada a las personas menores de edad en El Salvador, iniciando con los fundamentos constitucionales, la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, Código de Menores, Ley del Menor Infractor y Ley Penal Juvenil. Así mismo se presenta el desarrollo histórico de los Modelos de atención a la infancia comenzando con los de corte tutelar o proteccionista hasta llegar al sistema de protección integral.

El Capítulo II, desarrolla el ordenamiento jurídico aplicable al fenómeno de la criminalidad de personas menores de edad. La legislación nacional analizada incluye: la Constitución de la República, Ley penal Juvenil, Código Penal, Leyes Antimaras; y como parte del ordenamiento jurídico internacional se incorpora: Convención sobre los Derechos del Niño,

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Capítulo III, plantea el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad desde una perspectiva criminológica, para ello se abordan las distintas escuelas criminológicas, dentro de estas, la Escuela Clásica, Positiva, Italiana y Modernas. Además, se desarrolla la evolución conceptual de la política criminal desde su surgimiento hasta la actualidad, así como los modelos de política criminal que se han implementado como el Autoritario, Reactivo, Democrático, Preventivo. Se incluyen, también en este capítulo, los factores que influyen en el surgimiento de la delincuencia de personas menores de edad desde el enfoque del positivismo criminológico, la desviación social y de la criminología crítica.

El Capítulo IV, contempla un estudio pormenorizado de la delincuencia de personas menores de edad que se manifiesta actualmente en el área Centroamericana, en El Salvador y concretamente en el municipio de San Salvador. De igual manera se desarrolla el modelo de política criminal implementado por el Estado Salvadoreño a partir del cual se ejecutan planes para el combate del fenómeno criminológico como el “Manodurismo”, Mano Amiga y Mano Extendida, enfatizando en el rol que juegan las Instituciones involucradas en el combate de la delincuencia, entre ellas el Vice ministerio de Seguridad Pública, la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil y Gobierno Local.

El Capítulo V, presenta los resultados obtenidos a partir de los instrumentos de investigación aplicados: Encuesta y Entrevista. Con base a la tabulación e interpretación de dichos resultados se verifican y comprueban las hipótesis de investigación formuladas.

El Capítulo VI, establece los elementos básicos que deben tomarse en cuenta en la formulación de una política criminal integral para el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad en la que se hace énfasis en la prevención del delito a partir de políticas de atención a la niñez, adolescencia y juventud y de una adecuada política social rechazando categóricamente la concepción del derecho penal simbólico y el derecho penal del enemigo.

El Capítulo VII, hace referencia a las Conclusiones de la investigación realizada como producto de los datos recopilados. Partiendo de las conclusiones expresadas se hacen las respectivas recomendaciones dirigidas al Estado Salvadoreño, a los medios de comunicación social, a la Policía Nacional Civil y a la sociedad en general.

# CAPÍTULO I

## ESBOZO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO A LA INFANCIA

### SUMARIO:

**1.1. Control social-penal de la infancia: Un modelo para... ¿mantener?**  
**1.2. Generalidades de la categoría de minoridad. 1.3. Desarrollo Histórico del tratamiento de la niñez y la adolescencia. 1.3.1. Surgimiento de la categoría de infancia. 1.3.2. Edad antigua. 1.3.3. Edad Media. 1.3.4. Edad Moderna. 1.3.5. Edad Contemporánea. 1.4. Desarrollo Histórico de la Legislación Penal destinada a personas menores de edad en el Salvador. 1.4.1. Fundamentos Constitucionales. 1.4.2 Ley de Jurisdicción Tutelar de Menor. 1.4.3. Códigos de menores. 1.4.4. Ley del Menor Infractor y Ley Penal Juvenil. 1.5. Desarrollo histórico de los Modelos de atención a la infancia. 1.5.1.1. Modelo de protección. 1.5.1. El Modelo Europeo. 1.5.1.1. Modelo de protección. 1.5.1.2. Modelo educativo. 1.5.1.3. Modelo de responsabilidad. 1.5.2. El Modelo de Estados Unidos. 1.5.3. En Latinoamérica. 1.5.3.1. La doctrina de la situación Irregular. 1.5.3.2. La doctrina de la protección integral. 1.5.4. Principios de la Doctrina de Protección Integral. 1.5.4.1. La Igualdad o No discriminación. 1.5.4.2. El interés Superior del Niño. 1.5.4.3. La Efectividad y Prioridad Absoluta. 1.5.4.4. La Participación solidaria o principio de solidaridad. 1.5.5. Influencia de las Doctrinas de la Situación Irregular y de Protección Integral en El Salvador.**

### **1.1. Control social-penal de la infancia: Un modelo para... ¿mantener?**

El concepto “control social” es sumamente utilizado, incluso hasta aceptado a manera de dogma, en el campo de las ciencias del derecho<sup>1</sup>; y no cabe duda que han sido los doctrinarios del derecho penal quienes no vacilan en el manejo de esta categoría; pues califican, casi de forma

---

<sup>1</sup> No obstante, que este término posee un origen eminentemente sociológico y no jurídico. Y aunque es innegable la importancia de dicha categoría para las ciencias del derecho, hay que tener en cuenta que su uso displicente y su enfoque exclusivo en los medios formales deviene en que el concepto se vuelve un reflejo del dogmatismo epistemológico; es decir, la creencia de poseer un saber acabado y perfecto, por lo tanto, no es una categoría que sirva para analizar críticamente actos legitimados desde el derecho (como en el caso de la situación actual y pasada de la infancia), sino para imponer hábitos y rutinas que automatizan el análisis y el pensamiento (el paradigma).

instantánea, que dicha área del derecho constituye uno de los medios de control social (*formal*) imperante en cualquier sociedad actual<sup>2</sup>.

La validez imperativa de la anterior afirmación, ha llevado a la gran mayoría de los análisis, que tratan el tema del control social desde el área del derecho, a centrarse en explicar la utilización del derecho penal, así como los demás elementos que componen el sistema de justicia penal. Haciendo el distingo, para tal propósito, entre los mecanismos *formales e informales* de control social, distinción que como indica la doctrina del derecho penal de la infancia y la adolescencia no está del todo clara y, por otra parte, lleva a la utilización restringida del concepto de control social-penal.

Con la expresión control social se hace referencia, dentro de la literatura jurídica, inexorablemente al concepto de derecho penal; en tanto, que es conceptualizado desde un punto de vista moderno<sup>3</sup> y que a su incidencia, dentro del desarrollo social, se le va dando cada vez más preponderancia. Así, dentro del *control social primario* se incluye al derecho penal, pues constituye uno de los instrumentos que impone sanciones, en contraposición a los medios de control social informal que forman parte del *control social secundario*, ya que este trata de internalizar las normas y modelos de comportamientos sociales adecuados sin recurrir a la sanción o al “premio”<sup>4</sup>.

Como se puede apreciar, a pesar de la existencia de una muy articulada vista restrictiva del concepto de control social, no solo se concibe al derecho penal (entendido este como sistema: derecho penal, derecho procesal penal y derecho penitenciario) como único medio de control, sino

---

<sup>2</sup> Muñoz Conde, Francisco y Garcías Arán, Mercedes: “Derecho Penal (Parte General)”, 2ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 25; Mir Pug, Santiago: “Derecho Penal (Parte General)”, 7ª Edición, Editorial IBdeIF, Buenos Aires, 2005, pág. 49; Jesches, Hans-Heinrich: “Tratado de Derecho Penal, (Parte General) Volumen Primero”, Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, Pág. 23

<sup>3</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: “Curso de Derecho Penal Salvadoreño (Parte General). Volumen I: Nociones Fundamentales”, 1ª Edición, Servicios Editoriales Triple “D”, San Salvador, El Salvador, 2002. Págs. 21 a 30.

<sup>4</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique: “Derecho Penal (Parte General)”, Tercera reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, 1996, pág.1.

que además se le apareja junto a otros instrumentos, aunque en grado diferente. Consecuencia de lo anterior es de donde surge el distingo entre *control social informal* y *control social formal*; categorías que poseen un largo historial de aceptación en doctrina.

Dentro de la primera se incluye, aquellos mecanismos que de una u otra forma no poseen una connotación jurídica (suele incluirse a la religión, la familia, la escuela, los medios masivos de comunicación, la cultura, etc.) y que, por tanto, no poseen un alto grado de formalidad o institucionalidad (incluso muchas veces las “infracciones” que regulan estos medios informales pueden quedar sin respuestas, piénsese en las infracciones a las normas moral o religiosas) de aquí su distinción con los instrumentos formales de control social<sup>5</sup>; las clases y medios con que están constituidos los mismos son de un carácter heterogéneo y difuso; y su fin radica en la conformidad u obtención de una actividad conformista respecto a las normas o situaciones concretas, ante las cuales el individuo sea capaz de interiorizar y aceptar como propias, a pesar que estas sean aprendidas o transmitidas, evitando que dichos individuos raramente presenten una actitud que quebrante las reglas establecidas. En este caso, es cuando los medios de control social informal cumplen su cometido ideológico; sin embargo, existen circunstancias estructurales o individuales que destacan la falacia de la ideología oficial, originando disidencia y actuaciones al margen de las normas establecidas<sup>6</sup>. En conclusión, el control social informal constituye aquellos mecanismos por medios de los cuales la sociedad ejerce y alcanza su dominio sobre el conjunto de personas que la integran<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sin embargo, muchos autores consideran que ambas categorías comparten elementos que son comunes: 1) una infracción o quebrantamiento de normas; 2) la reacción o respuesta a ese quebrantamiento en forma de sanción (y que en el caso del control social informal se considera que es espontáneo); y 3) la forma o el proceso a través del cual se constata el quebrantamiento, imponiendo la sanción y se ejecuta. Muñoz Conde, Francisco y Garcías Arán, Mercedes: Op. Cit., pág. 27.

<sup>6</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: Op. Cit. Págs. 26.

<sup>7</sup> Bergalli, Roberto: “Perspectiva sociológica: Estructura social”, en Sociedad y Delito, revista de sociología, núm. 13, Pág. 49-96, Barcelona, España.

En cuanto a la segunda categoría (control social formal), esta se distingue por su alto grado de formalidad o institucionalidad, lo cual consiste en que las infracciones y sanciones, inherente a todo sistema de control social, se ajustan a un proceso determinado y se ejerce por normas creadas previamente para tal efecto, estableciéndose de manera específica sus alcances, duración, excepciones, etc. Es por ello el exceso, en este sentido, de las reflexiones centradas en el derecho penal (como sistema), pues constituye el mejor referente con respecto a su grado de formalización; ya que es él precisamente el que determina, con alto margen de certeza, cuando nos encontramos ante una infracción (derecho penal), el proceso a seguir para su constatación e imposición (derecho procesal penal) y la forma en que se ejecutará (derecho de ejecución). Junto a todo este andamiaje normativo-penal, se concibe una serie de instituciones designadas para aplicar y cumplir dichas normas (entre las que se incluye la Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República, Tribunales de Justicia y las instancias administrativas del sistema penitenciario)<sup>8</sup>. Por otra parte, existen diversos autores que aparejan la finalidad de los medios formales de control social con la finalidad genérica de los medios informales<sup>9</sup>, sin embargo, hay quienes afirman que existe una diferencia entre ambos, de manera que el control social del delito (o control social formal) se concentra únicamente en

---

<sup>8</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: Op. Cit. Págs. 26 y 27. Se afirma que “no todas las instituciones encargadas de reestablecer el orden responden del mismo modo previstos por la finalidad con las se han establecido por el Estado, y ello, se aclara, debido a los diferentes significados que dichas instituciones otorgan a los comportamientos que están bajo su competencia, lo que puede influir directamente en la selección que de estos comportamientos se haga” (un ejemplo de esto podría constituirlo el hecho de que la suma de los delitos cometidos con respecto a los delitos sancionados no coincide, dicha diferencia se denomina “cifra negra” de la delincuencia y son aquellos casos que no se han cubierto por el sistema y de los cuales se posee un cierto grado de certeza que se han cometido)Cfr. Bergalli, Roberto: Op Cit. Pág. 49-96. Lo antes mencionado, lleva a la conclusión que debido a la relatividad de significados que puede existir en los diversos grados institucionales, se debe de dar más importancia a las normas jurídicas-penales, pues son estas, al fin de cuenta, los parámetros a los que debe ajustarse el comportamiento conformista. Siendo esta otra razón más para tomar el camino del análisis del control social desde la importancia preponderante de los mecanismos formales del control social (sistema penal).

<sup>9</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique: Op. Cit., 1996, pág.1. y Mir Pug, Santiago: Op. Cit., pág. 49.

la represión o prevención del delito<sup>10</sup> o persigue la protección de *bienes jurídicos imprescindibles para la vida social*<sup>11</sup>. De manera que estaría caracterizado el control social formal como “el instrumento más enérgico de que hace uso el Estado para evitar las conductas más indecibles e insoportables socialmente”<sup>12</sup>.

Conforme a esta caracterización, es que se puede llegar a entender que el concepto de control social se asemeja más plenamente con la instauración del orden (que implica la utilización de la coerción o fuerza legítima por parte del Estado) en donde las instancias o instituciones de represión adquieren una mayor preferencia con respecto a los medios informales de control social; de esta forma, es el derecho y, especialmente, el sistema de justicia penal (derecho penal) los que desempeñan una posición privilegiada<sup>13</sup>. Por tanto, muchos autores concluyen que: “el derecho penal... cumple –junto con otros ordenamientos normativos– con una **función reparadora del equilibrio de un sistema social**... perturbado por el delito.”<sup>14</sup> O afirman que: “...el orden social (control social informal) no puede asegurarse por sí solo la convivencia humana, *se completa, perfecciona, y refuerza por medio del orden jurídico* (control social formal)”<sup>15</sup> y en definitiva entienden que “...el derecho penal forma parte del ‘aparato de imposición’ (PARSONS) **necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad**.”<sup>16</sup>

Esta confianza firme y abultada en la función estabilizadora del orden social a través del sistema de justicia penal, ha llevado de manera ineludible a lo que, desde la criminología crítica, se conoce como “ideología de la

---

<sup>10</sup> Cfr. Bergalli, Roberto: Op Cit. Pág. 49-96

<sup>11</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: Op. Cit. Págs. 27.

<sup>12</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: Op. Cit. Págs. 27

<sup>13</sup> Cfr. Virgolini, Julio E. S.: “El control social y su articulación con el sistema penal”; en Zaffaroni, Eugenio Raúl: “El Sistema Penal Argentino”, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 77.

<sup>14</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique: Op. Cit., 1996, pág.2 (los subrayados son del original).

<sup>15</sup> Cfr. Trejo Alberto, Miguel Escobar: Op. Cit. Págs. 21 (las aclaraciones son nuestras).

<sup>16</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique: Op. Cit., 1996, pág.2 .

defensa social”<sup>17</sup>; es decir, que lo que se ha establecido de manera inamovible, tanto en lo empírico-social como académico e institucional, es la férrea creencia de que la solución de los conflictos sociales se resuelve a través del uso de la violencia legítima de parte del Estado, por tanto constituye la única respuesta razonable o natural el uso cada vez mayor del derecho penal en el endurecimiento de las penas<sup>18</sup>. Sin embargo, es este razonamiento que conlleva a que en la sociedad se instaure una especie de juego de ilusiones o espejismos de manera que los mecanismos de control social se erigen como el único instrumento efectivo e idóneo para mantener el orden social. Lo que también ha traído como consecuencia y principio imperativo proscribir el concepto de poder de los medios informales de control social; debido a que la discusión se basó exclusivamente en el tema del control social formal, perdiéndose de vista que la diferencia entre control social formal e informal se vuelve cada vez más difusa. De tal manera que los conceptos de control, poder y posibilidad de uso de la fuerza no son exclusivos de los medios formales de control social y conlleva a que el control social formal resida también en la sociedad civil (y no únicamente en el Estado)<sup>19</sup>.

Las anteriores explicaciones han sido desmitificadas por la vertiente de la doctrina del derecho penal de la infancia y la adolescencia. Pues, como lo ha explicado García Méndez, “En términos generales, pero mucho más aplicado a la infancia, el concepto control social pone en evidencia su carácter ambiguo de instrumento socio-penal”<sup>20</sup>. Esto es debido a que existe una larga tradición en concebir al derecho penal de la infancia y la adolescencia fuera del ámbito o alcance del derecho penal; de forma que no

---

<sup>17</sup> Baratta, Alessandro: “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídica-penal”, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004, Pág. 35.

<sup>18</sup> Cfr. Virgolini, Julio E. S.: Op. Cit., Pág. 86.

<sup>19</sup> Bustos Ramírez, Juan: “Derechos de la persona reconocidos por las leyes y fuerzas de los y cuerpos de seguridad”, en “Poder y Control”, Madrid, España, núm. 2, 1987, Pág. 47-56

<sup>20</sup> García Méndez, Emilio: “prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”, ser niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos. Buenos aires, argentina, 1991.

se les concedían las garantías y demás límites, que se le otorgaba al mundo de los adultos desde los albores del derecho penal liberal. Desde este análisis se plantea que la distinción entre control social formal e informal posee una gran falencia en lo que respecta a la correspondencia con la realidad; debido a que el criterio de institucionalidad para caracterizar a un medio de control formal es insuficiente, al no resistir esta distinción la crítica del análisis comparativo, pues en un determinado contexto un mecanismo caracterizado como informal tiene un nivel mucho más alto de organización que muchos de los que se considera como mecanismos formales de control. Concluyendo que los mecanismos de control social informal; más que reemplazar la función de los mecanismos formales, han realizado una complementación de estos últimos, en los que la tendencia al abandono de las garantías formales constituye un elemento de no poca importancia<sup>21</sup>.

Lo anterior indica que, en el predominio tutelar (pasados y los resabios actuales), la situación de la infancia se veía desprovista de las garantías penales, procesales y de ejecución que el discurso y la discusión penal dominante le proporcionaba, casi desde sus inicios, al sistema de justicia penal, construyendo al derecho de menores en un subsistema; el cual, enmarcado dentro de la discusión del control social, merecía la etiqueta de informal. Sin embargo, las soluciones proporcionadas por el modelo tutelar a la situación disímil de infancia (niños en conflicto con la ley penal, menores abandonados, menores en situación irregular, etc.) eran en su mayoría el internamiento; lo cual era sumamente incoherente debido a que, desde el paradigma tutelar, al menor desde el principio se le sustrajo de las nefastas implicaciones del sistema de justicia penal, por lo que derivó en el eufemismo hipócrita que tanto ha sido criticado desde la doctrina del derecho penal de la

---

<sup>21</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: “Elementos para una historia del control social-penal de la infancia en América Latina” en Bustos Ramírez, Juan (Director): “Un Derecho Penal del Menor”, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992, Págs.

infancia y la adolescencia<sup>22</sup>. Es imprescindible, en este sentido, recorrer la historia del control social-penal de la infancia desde sus orígenes, pues *La historia de la infancia es la historia de su control*<sup>23</sup>, para lo que se debe dejar de lado la distinción entre medios formales e informales de control social.

## 1.2. Generalidades de la categoría de minoridad

En la construcción de la historia de la niñez (infancia y adolescencia) ninguna concepción hundió más sus raíces como el *menorismo*<sup>24</sup>. Dicha concepción, de fuerte arraigo en el pensamiento y práctica de los académicos e instituciones gubernamentales, ha influido de manera perniciosa para el perfecto entendimiento de la situación actual y pasada de la infancia y adolescencia; a tal grado que en muchas de las legislaciones, basadas en la doctrina de la protección integral, se encuentran resabios que aluden a prácticas de antaño y que han querido ser erradicadas por completo.

Por tanto, dentro de esta concepción, toma suma importancia el término “*menor*” (minoría de edad), el cual pretende hacer referencia a la circunstancia en que una persona humana se encuentra en las primeras etapas de desarrollo de su vida, en contraposición a aquella que ha logrado la plenitud de su desarrollo (mayoría de edad); lo cual sugiere que para poder entender, aunque sea de manera sucinta, el término menor hay que cotejarlo

---

<sup>22</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan: “Hacia la Desmitificación de la Facultad en el Derecho de Menores: Por un Derecho Penal de Menores”, en Bustos Ramírez, Juan (Director): “Un Derecho Penal del Menor”, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992, Págs. 03-11

<sup>23</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: Op. Cit., 1991.

<sup>24</sup> Con esta expresión se quiere hacer referencia a lo que en varias reflexiones, se identifica con el análisis concreto de las consecuencias de concebir a la infancia y adolescencia como menores; es decir, como objeto de protección y no de derechos; recibiendo, en dichas reflexiones, varias denominaciones como: doctrina menorista, doctrina de la minoridad, teoría menorista, subcultura del menorismo o menorismo. Cfr. Corte Suprema de Justicia de El Salvador: “Cuadernos De Justicia Juvenil”, Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Año I, N° 4, Enero de 2008.

con el que se posee de una persona ya mayor (mundo adulto)<sup>25</sup>. Esto contrastaba perfectamente con la concepción, tanto civilista como penalista, que se poseía de los individuos menores de edad; caracterización en virtud de la cual el menor es una persona incapaz de ejercer sus derechos sino es a través del mundo adulto. Y especialmente, dentro de la vertiente del derecho penal, las implicaciones del término menor (consecuencia del menorismo) halló un campo fecundo del cual se alimentó ávidamente: *el positivismo criminológico*. Según este último, el menor debe ser considerado inimputable o irresponsable; por tanto, carente de toda capacidad y discernimiento, no siendo acreedor de aplicarle ningún tipo de pena. Se afirmaba que el menor al cometer un hecho delictivo, manifestaba un tipo de enfermedad y que, en consecuencia, debía ser curada; imputándole una medida de seguridad, a manera de que fuere curado y reeducado en las instituciones creadas para dicho fin, eliminado el peligro que representaba para la sociedad (mundo adulto) y para si mismo<sup>26</sup>.

Por consiguiente, el menorismo comenzó a formar parte tanto de la teoría, como de la práctica, así como de la formulación de la legislación pertinente para su reproducción. Así no solo apareció un terreno prolijo para la sustentación teórica del “menorismo”, sino que, además, se legitimó la práctica de una serie de circunstancias, amparadas por las leyes de menores y que hasta el día de hoy tienen eco. En primer lugar, el “menorismo” implicó, desde la teoría, la agrupación en un solo cuerpo armónico de varios planteamientos que venían de sectores tan disímiles (jurídicos, sociales, psicológicos, etc.), pero que, en consecuencia, fueron los precursores de las primeras leyes relativas a personas menores de edad en América Latina y en

---

<sup>25</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, 1ª Edición, Ediciones Ultimo Decenio, publicación del Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1996, Pág. 77.

<sup>26</sup> Cfr. Polomba, Federico: “Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de edad”; en *La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal*, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 13-27

el mundo: *la doctrina de la situación irregular*. En segundo lugar, significo la implementación de una serie de prácticas que a través de instituciones (tribunales de menores, instituciones reformativas, etc.) se encargaban de implementar lo teorizado por la doctrina de la situación irregular y que tuvieron como principal protagonista el internamiento y los centros que servían a tal fin. Así, en tercer lugar, la importancia de lo antes mencionado, posibilitó la formulación y creación de una serie de leyes, que como se afirma, se “...trata de resolver por medio de normas jurídicas, las deficiencias de las políticas sociales básicas.”<sup>27</sup>. De esta manera el menorismo iba de la mano con la idea de la compasión (altruismo) y la creciente necesidad, por parte de la ideología de la defensa social, de mantener el orden por medio del control social; constituyendo la mayoría de sujetos que eran los usuarios habituales del sistema aquellos que se encontraban en cierta situación<sup>28</sup> económica, social y, hasta, factores eminentemente culturales, creándose una situación parecida a la del derecho penal de autor, que la doctrina tradicional concebía como intolerable dentro de una sociedad democrática<sup>29</sup>; quedando fuera de esta situación (compasión-represión), aquella persona menor de edad infractor de la ley que por su condición (económica, social, familiar, etc.) poseía la posibilidad de ser corregido o curado y que, por tanto, desde el paradigma tutelar no ameritaba la aplicación de una medida de seguridad (internamiento).

Consecuentemente, lo que ha caracterizado a este tipo de legislación es que “*presuponen la existencia de una profunda división en la categoría de infancia: niños-adolescentes y ‘menores’* (entendiendo por estos últimos el

---

<sup>27</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: “prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”, ser niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos. Buenos aires, argentina, 1991.

<sup>28</sup> Cfr. Elías Carranza, Rita Maxera: “El control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina”, en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 77-78.

<sup>29</sup> Por eso se afirma que: “Desde la visión menorista, la niñez de la calle o situación de abandono estaba en peligro y había que salvarla. *Para hacerlo daba lo mismo si solamente había cometido una infracción a las leyes penales o simplemente estaba en “situación de riesgo.”*. Cfr. Corte Suprema de Justicia de El Salvador: “Construcción de la infancia y resabios del menorismo”, Op. Cit. Pág. 21.

universo de los excluidos por la escuela, la familia, la sociedad, etc.) en consecuencia, estas leyes que son exclusivamente de y para los ‘menores’ tienden objetivamente a consolidar las divisiones del universo de la infancia<sup>30</sup>; es decir, que el término “menor” es tributario del predominio del paradigma tutelar y que, distando de la concepción tradicional e inocua, este encierra una postura altamente estigmatizante y discriminante de la situación (tanto actual como pasada) de la infancia y adolescencia<sup>31</sup>; en consecuencia, deben dirigirse los esfuerzos necesarios para declarar como insostenible la vigencia del término anterior. Pues no solo se trata de un aspecto insustancial o carente de importancia por tratarse de un juego de palabras, sino que tratándose el derecho (según se entienda este como ciencia) de un lenguaje especializado el perfecto manejo de sus categorías no debe ser tenido como carente de importancia; por otra parte, es el avance, que desde las leyes se realiza hacia la preponderancia de la doctrina de la protección integral, el que exige desprenderse tanto de los hábitos y prácticas, así como de las reflexiones teóricas del antiguo régimen (paradigma tutelar). Lo anterior es debido a que si se niega y se denuncia (por parte de la doctrina del derecho penal de la infancia y adolescencia) la incorrecta afirmación que el sistema tutelar no contiene ninguna implicación que aluda al derecho penal, pasando a formar parte del control social informal, pues dicho sistema no evoca la utilización del poder punitivo del Estado<sup>32</sup>, y aceptándose, por

---

<sup>30</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: “Legislación infanto-juvenil en América Latina” en *La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal*, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 31-54.

<sup>31</sup> Lo anterior ha sido explicado hasta la saciedad por el prof. Emilio García Méndez, en su artículo: “prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”, ser niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos. Buenos aires, argentina, 1991. En le cual se sustenta la idea de disgregación que se ejerce a través del uso del término menor, creando el mundo de los niños y de los menores, los que deben ser protegidos y los que son sujetos de derecho; afirmación que ha sido compartida por otros autores: “El siglo XIX presenció un corte radical en el universo de la infancia que puso de un lado (en la escuela) a los niños y del otro (en el reformatorio) a los menores... Su indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundada, impiden que los admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales...” Vid. Beloff, Mary A.: “De los delitos y de la infancia” Nueva Sociedad, Nro. 129, enero- febrero, 1994 , PP. 104-113

<sup>32</sup> Siendo la razón para denunciar que al no implicar ningún tipo de poder estatal se le debe negar el establecimiento de garantías que delimiten meticulosamente su uso, ya que no posee sentido alguno.

consiguiente, que el control social ejercido por el sistema tutelar sobre la infancia y adolescencia es un verdadero control social formal otorgándole todas las garantías que ha erigido la doctrina para limitar al poder punitivo del Estado; entonces, también se debe negar y denunciar la perjudicial utilización del término “menor”, aceptando que la elaboración normativa (formulación de leyes de y para la niñez fuera de la doctrina de la situación tutelar) debe promulgarse por una supresión de la zona separada y marginal a la que aludía el término “*menor*”, ya que remite a una situación ante la cual se han dirigido y aún se dirigen esfuerzos encaminados para homogenizar (no discriminación) el universo de la niñez<sup>33</sup>.

En síntesis, puede afirmarse que “*menores*” es la categoría que, a lo largo del siglo XX, pasó a designar no sólo al conjunto de niños y adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad, sino particularmente a aquéllos a los que la mirada del control social ubica como “*peligrosos*”. Los “*menores*” se convierten (a partir de la creación del Primer Tribunal Tutelar de Menores, en Chicago, en 1899) en objeto específico de *intervenciones sociales*, tanto desde la perspectiva preventiva como punitiva, so pretexto de educarlos.

### **1.3. Desarrollo Histórico del tratamiento de la niñez y la adolescencia.**

#### **1.3.1. Surgimiento de la categoría de infancia**

La persona menor de edad, a través de la historia, no ha sido tratada de igual manera que en la actualidad. El tratamiento que ésta ha recibido, ha variado de acuerdo al pensamiento humano en cada una de las etapas de la historia de la humanidad y de acuerdo a la concepción de cada cultura.

El descubrimiento de la infancia para Philippe Ariès se da en el siglo XVIII, hasta antes de esta fecha el niño era considerado un hombre en

---

<sup>33</sup> Baratta, Alessandro: “Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”, en *La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal*, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 55-72.

pequeño, casi una inexistencia en la percepción de los adultos hacia los niños. De acuerdo a Ariès, es hasta el siglo XVIII que se percibe al niño como realmente es. Se basa en un análisis exploratorio del arte, específicamente la representación iconográfica de la infancia. Esta fue evolucionando de la pintura medieval que representaba al niño en dimensiones pequeñas pero con facciones físicas de un adulto, reflejo de una sociedad que no centraba su atención en la niñez. Es hasta la pintura de los siglos XVII y XVIII que se representa al niño más real, con facciones verdaderas de un niño. Durante el siglo XVIII es, entonces el periodo en que se reconoce una verdadera infancia<sup>34</sup> a partir de la potenciación de la escuela y de convertirse en el centro de atención de la familia<sup>35</sup>.

La utilización de los términos infancia, niñez, adolescencia, menor de edad, juventud; en la actualidad, muchas veces es utilizado indistintamente para hacer referencia a una misma etapa del desarrollo del ser humano, por lo que es pertinente mencionar que la Psicología moderna nos establece que el ser humano atraviesa distintas etapas de desarrollo (tanto físico como de su inteligencia) que abarcan desde su concepción hasta su muerte. La infancia es concebida desde los cero hasta los seis años, la niñez de los siete a los doce años, la adolescencia de los doce o trece a los dieciocho años y la juventud de los dieciocho a los veinticinco años. Tal concepción nos lleva a cuestionar la utilización de términos sin fundamentarse en la Psicología evolutiva. A pesar de dicha afirmación, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas define el término niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; Bajo tal concepción el término niñez abarca varias de las etapas del desarrollo del ser humano en que éste se considera más vulnerable. Llegar a este

---

<sup>34</sup> Tal reconocimiento de la infancia obedece no a un momento histórico sino a la evolución del pensamiento humano y principalmente a los aportes de pensadores humanistas de la época como Rousseau, entre otros.

<sup>35</sup> Philippe Ariès, “El niño y la vida familiar en el antiguo régimen”, capítulo II: El descubrimiento de la Infancia, [www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%2015.pdf](http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%2015.pdf)

planteamiento ha requerido una larga travesía en la historia, pues ha tenido avances o retrocesos el tratamiento de la niñez de acuerdo a las distintas etapas de desarrollo de la humanidad.

### **1.3.2. Edad antigua**

La Edad Antigua comprende el periodo que abarca desde el año 3000 A.C. y termina en el año 476 D.C. En esencia, se sustenta en el modo de producción esclavista, de tal manera que no se puede comprender este periodo sin tomar en cuenta tal situación. Esta etapa de la historia de la humanidad está impregnada de creencias, explicaciones mágicas sobre fenómenos desconocidos etc. Cada cultura tuvo peculiaridades respecto al tratamiento de la niñez de acuerdo a su nivel evolutivo, pero tienen un rasgo en común: la preferencia por el hijo sobre la hija, propiciado por el dominio del género masculino durante el patriarcado. Cada uno era educado de acuerdo a las labores consideradas propias para cada género y desde muy temprana edad eran incorporados a la vida productiva. El infanticidio fue otro elemento común, cuya realización variaba de acuerdo a cada cultura.

La cultura egipcia, para el caso, “cada año se ahogaba en el Nilo a una jovencita para que el río desbordara y fertilizara las tierras”<sup>36</sup> como una forma de rendir tributo al ser superior que les brinda alimento.

En la cultura judía, en los textos bíblicos, se entrevé el trato a los niños a los cuales se les debe educar con mucha dureza, se les asigna tareas de pastoreo, entre otras. Relatos bíblicos pueden reflejar la idea de un control de la natalidad a partir del asesinato, por orden del rey, de aquellos recién nacidos varones que puedan poner en riesgo la ostentación del poder (como lo relata el pasaje bíblico sobre el nacimiento de Jesús en Belén a partir de lo cual el rey elimina a los recién nacidos). El nuevo testamento cambia la concepción del menor poniéndolo como ejemplo de pureza. Esto puede

---

<sup>36</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Ministerio de Justicia, 1ª edición, San Salvador, Pág. 4

corroborarse con el texto que dice “Dejad que los niños vengan a mí, porque de ellos será el reino de los cielos”. El surgimiento del cristianismo entonces, favorece la estructuración de la familia y al menos, se niega la facultad de causar la muerte del hijo.

La cultura griega, piedra angular del pensamiento occidental, en sus primeros registros puede afirmarse que la vida del menor pendía de la voluntad del padre y de sus concepciones religiosas. Explorando, en la literatura escrita entre el siglo VIII y V a.C., se encuentran casos como el de “Ifigenia” hija del rey Agamenón, a quien por voluntad de su padre se le sacrificó en honor a la diosa Diana para que propiciara un viento favorable que permitiera a las naves griegas partir hacia Troya. Se evidencia, que Grecia no quedó fuera de la influencia divina en el trato al menor. Es digno de mencionar, además, otros casos, suscitados en la tragedia griega, como el representado por Edipo, cuyo padre al darse cuenta que el oráculo pronóstico situaciones nefastas con el nacimiento de su hijo, lo envió a un monte desolado para que muriera, y evitar los designios divinos. Un segundo momento en la cultura griega considerado a partir del siglo V a.C es influenciado por el pensamiento de los filósofos. Platón, sugiere que la educación del niño debe ser tomada en manos del Estado y que únicamente deben vivir los fuertes no así los débiles y enfermos contrario al planteamiento de Aristóteles.

Esparta, una de las polis griegas, fundamentaba su poderío en el ejército por lo que adiestraba desde temprana edad a los niños en las artes militares y únicamente sobrevivían aquellos niños aptos para tales fines y aquellos que a juicio de la asamblea de ancianos no estaban aptos por presentar rasgos de deformidad, enfermedad o debilidad extrema eran desechados y eliminados.

La cultura Romana, bajo su esplendor, logró muchos avances en materia de Derecho, aunque no sustancialmente respecto a los niños. Surge en esta cultura la patria potestad, que consistió en un derecho del padre

sobre la vida del niño y como un derecho de propiedad sobre él. El padre disponía sobre la vida o la muerte del menor, además podía enajenarlos si éste se convertía en una carga pesada o como forma de pago por sus deudas. Los castigos físicos no estaban ausentes en la forma de corregir a los hijos.

El Derecho Romano distinguió tres periodos en los menores de edad: el primero llegaba hasta los diez años y medio en el niño y los nueve años y medio en la niña considerado de irresponsabilidad absoluta pues aún no era capaz de tener un pensamiento criminal. El segundo periodo próximo a la pubertad llegaba hasta los doce años en las mujeres y los 14 en los hombres, periodo en que sí eran castigados, pues podía ya existir cierta malicia en su pensamiento. La pubertad llegaba hasta los dieciocho años, extendido luego hasta los veinticinco, era realmente lo que los romanos consideraban menores de edad, eran castigados por sus actos delictivos estableciéndose diferencias en la naturaleza y en la cantidad de la pena en relación a los adultos<sup>37</sup>.

### **1.3.3. Edad Media**

La Edad Media es el periodo de la historia de la humanidad que inicia durante el siglo V a.C. y tiene su término en el siglo XIV d.C. fundamentándose en el modo de producción feudalista. Esta es una época conocida por los historiadores como “oscurantista” pues hubieron restricciones al conocimiento debido al desarrollo pleno del cristianismo que propicio un control total de la iglesia sobre la vida de las personas; es decir un teocentrismo extremo.

El tratamiento al menor de edad durante la edad media, no varió sustancialmente; aunque, por influencia del cristianismo, el padre ya no disponía de la vida del menor, pues “lo que Dios da el hombre no lo puede quitar”; pero si implicaba una corrección severa ya que se consideraba al

---

<sup>37</sup> Chunga Lamonja, Fermín, Derecho de menores, 6ª. Edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2002, Pág. 10

niño como un ser que carecía de razón y de juicio. Realizaba labores productivas similares a las de un adulto pues era visto como un hombre en pequeño.

Una costumbre muy arraigada durante esta etapa, fue colocar al hijo o hija como sirviente o aprendiz a partir de los siete u ocho años. En las niñas, colocarlas como sirvientes, era visto como una forma digna en que formaba su aprendizaje respecto a las labores que debía desempeñar por el resto de su vida. Los niños, que no podían ser sostenidos por sus padres, eran colocados como aprendices de algún taller, en el mejor de los casos, o como sirvientes de personas con mejor condición económica, aunque esto implicara que sus padres nunca lo volvieran a ver. En el caso de familias poderosas, frecuentemente, las hijas eran enviadas a conventos para que se les formara y a los hijos (también hijas) eran educados por nodrizas que se encargaban de su crianza.

El Derecho Romano influyó en la clasificación de las personas menores de edad en infantes, impúberes y púberes en algunos de los reinos que habían sido parte del imperio Romano como España, Francia, entre otros<sup>38</sup>.

En España, en 1263 se promulgó la Ley de las Siete Partidas, según la cual no se aplicaba ninguna pena a la persona menor de diez años y medio que cometiera algún delito; de igual manera quedaba excluido de responsabilidad en los delitos de adulterio y lujuria las personas menores de catorce años; pero en otros delitos, si el niño era mayor de diez años y medio y menor de diecisiete se le aplicaba la pena atenuada y aún especificaba que si tenía más de diez años y medio y menos de catorce años al cometer delitos de robo, matar o herir, la pena se atenuaba hasta la mitad<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Esta clasificación influyó en la legislación salvadoreña, ya que se encontraba presente en el artículo 26 del Código Civil hasta su derogación tácita por la entrada en vigencia del Código de Familia el 1° de octubre de 1994.

<sup>39</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio “Introducción al Estudio del Derecho de Menores” Op.citp. Pág.13

### **1.3.4. Edad Moderna**

La Edad Moderna inicia con ciertos acontecimientos históricos como el descubrimiento de América, el surgimiento del Renacimiento que modifica sustancialmente el pensamiento humano. Este periodo se ubica entre el siglo XV d.C y el siglo XVIII d. C.

La concepción de la infancia no varió mucho al inicio de ésta etapa histórica; aunque en la medida que el sistema capitalista aparece como modo de producción dominante, inicia una concepción de la niñez en términos de mercancía, se le consideraba un sujeto al que es necesario alimentarlo, conservar vivo al niño para que después produzca.

A finales del siglo XVIII, surge en Francia el movimiento iluminista bajo cuya sombra aparecen nuevos postulados sobre la concepción de la niñez y el trato a ésta. Jean Jacques Rousseau, concretamente, sugiere revalorizar la personalidad del niño reconociéndole cierta autonomía reflejada en la obra "Emilio". En "El Contrato Social", Rousseau plantea que "la familia es el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los hijos, y al haber nacido todos iguales y libres no enajenan su libertad más que por su propia utilidad. Toda la diferencia consiste en que, en la familia, el amor del padre por sus hijos le compensa de los cuidados que le presta"<sup>40</sup>. Concibe al niño como un ente libre dispuesto a enajenar su libertad frente al padre por cuestiones de utilidad: la protección, el amor que éste le brinda. Este planteamiento se complementa con la autonomía del niño propuesta en "Emilio"<sup>41</sup>. Tales concepciones no fueron precisamente aceptadas y puestas en práctica de inmediato, contrario a ello, los libros de Rousseau (especialmente Emilio) sufrieron cierta prohibición y

---

<sup>40</sup> Rousseau, Jean Jacques "El Contrato Social" Edimat, Madrid, 1999. Pág. 52

<sup>41</sup> Lo paradójico del caso es que Rousseau presenta concepciones sobre la niñez de avanzada para la época; pero no las practicó para con su familia. Según Enrique López Castellón, redactor del estudio preliminar de la obra "El contrato social", el personaje en mención abandonó a sus hijos que fueron a parar al hospicio "sin mostrar el más ligero escrúpulo". De acuerdo al escritor de dicho estudio, no es de extrañar el caso, puesto que en 1745 casi un tercio de los niños nacidos en Paris fueron abandonados en instituciones de asistencia.

persecución por romper con cánones tradicionalmente practicados en etapas anteriores y promovidos por el cristianismo.

### **1.3.5. Edad Contemporánea**

“La evolución y las características de los instrumentos jurídicos destinados al control de menores, deben necesariamente interpretarse a la luz de la conciencia social imperante durante las distintas épocas”<sup>42</sup>. Tan aguda afirmación de Busto Ramírez, es esencial en la evolución de la concepción de infancia, pues la etapa de la historia de la humanidad denominada “Contemporánea”, que comprende los siglos XIX y XX, avanzó tenazmente en poco tiempo en relación al desfile de siglos que le preceden. El pensamiento del siglo XVIII, facilitó un avance del pensamiento humano en la contemporaneidad.

Los avances de la Psicología evolutiva surgida a partir de teorías conductistas (que tienen como base el recién nacido positivismo), demostraron que los niños no son adultos en miniatura como se había sostenido en etapas anteriores, sino que poseen sus propias peculiaridades<sup>43</sup>. Bajo estos preceptos se da auge a la escuela formal en la que se sustrae al niño de la educación dada en la familia, en la realización de actividades preparativas para su vida productiva, y se prolifera la “Escuela”. Por supuesto la influencia de la corriente educativa de la escolástica, tuvo preponderancia e indicaba que la única forma de enseñar a los niños era con rigurosidad y disciplina que llegaba hasta los castigos corporales legitimados en el sistema educativo que se basa en la obediencia, y la desobediencia debe ser castigada. Hasta este momento aún no había una distinción certera entre la justicia penal destinada a adultos y la destinada a niños, pero el siglo XIX se convierte en el preámbulo de la creación de doctrinas concretas que harán toda una organización judicial relativa a la infancia.

---

<sup>42</sup> Bustos Ramírez, Juan: “Hacia la Desmitificación de la Facultad en el Derecho de Menores: Por un Derecho Penal de Menores”, en Bustos Ramírez, Juan (Director): “Un Derecho Penal del Menor”, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992, Pág. 159.

<sup>43</sup> Ídem. Pág. 163

1899, marca el hito en la evolución de la justicia penal aplicada a menores de edad; pues es en dicho año que se instaura la primera Corte Juvenil en la ciudad de Illinois de los Estados Unidos de América. Tal acontecimiento inicia con la creación de Tribunales especializados que se dedicaron al juzgamiento de menores de edad, lo que permitió sustraer al niño de los procesos penales de adultos. Durante el siglo XX fue extendiéndose a distintos países del mundo.

La instalación de la Corte Juvenil de Illinois en 1899, se convirtió en victoria de un movimiento social conocido en Estados Unidos de América como los «**Salvadores del Niño**» que fue esencialmente un movimiento de clase media, que estuvo en manos de personas consideradas altruistas, humanitarias y pudientes, que pretendían salvar a quienes tenían una posición poco afortunada en el orden social. Este movimiento consideraba que “es más fácil y mejor prevenir el mal que curarlo” para ellos destruir la simiente del crimen es preferible a utilizar la represión o en todo caso la reforma del criminal por ello, el Estado intervenía no solo en casos de menores delincuentes sino también cuando un niño era hallado en condiciones que lo condujeran a la delincuencia, es decir comportamientos predelincentes.

Para Anthony Platt, el movimiento Salvadores del niño “Llamó la atención hacía nuevas categorías de descarrío juvenil hasta entonces no apreciadas, y al hacerlo las inventó.”<sup>44</sup>. Para dicho autor, la delincuencia juvenil surge como tal a partir de la creación de conductas no deseadas en los niños. De igual manera, el citado autor, afirma que el comportamiento que los Salvadores del Niño seleccionan para penalización era atribuible principalmente a familias de clase baja predominantemente migrantes e inmigrantes. Tales conductas eran la embriaguez, vagancia, mendicidad, peleas, actividad sexual, incorregibilidad, peleas, entre otras.

---

<sup>44</sup> Platt, Anthony M., “Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia”, Siglo veintiuno editores. México, 1988. Pág. 152.

De igual manera, en 1919 nace la denominada “Ley de Agote” en Argentina que se convierte en la primera ley en América Latina destinada específicamente a la niñez. La creación del primer tribunal de Illinois y el apareamiento de leyes relativas al tratamiento del menor bajo esta perspectiva, son las que dan surgimiento al sistema tutelar del menor.

En la segunda mitad del siglo XX, la concepción de la niñez (pues el pensamiento humano en su totalidad cambia) sugiere la eliminación del maltrato físico al niño; ya no es visto como un objeto de la ley sino como un sujeto de la misma. Desaparece la idea del conductismo: que al niño se le debe llevar de la mano y se comienza a construir una nueva perspectiva de la infancia: que el niño es capaz de pensar por sí mismo, capaz de construir su propio aprendizaje. Esto da pauta al surgimiento de nuevas corrientes psicopedagógicas que posteriormente se denominan Constructivismo. Con estos nuevos planteamientos, teorías e Instrumentos jurídicos Internacionales sobre la niñez desencadena la proclamación de la Convención sobre Derechos del Niño por parte de la Organización de las Naciones Unidas en 1989 impulsando un nuevo sistema de tratamiento a la niñez y a la adolescencia: “Doctrina de la Protección Integral”.

#### ***1.4. Desarrollo Histórico de la Legislación Penal aplicable a las personas menores de edad en El Salvador.***

Existen distintos cuerpos legales que se ocupan o se ocuparon del tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley penal, que de una u otra manera implicaron la intervención coactiva del Estado en la libertad u otros bienes jurídicos de las personas menores de edad que son destinatarios de dichos cuerpos legales, por haber infringido o quebrantado determinadas normas consideradas básicas para la convivencia social<sup>45</sup>. Pues nos interesa resaltar la intervención del *Ius Puniendi* (potestad punitiva del Estado) en el

---

<sup>45</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, 1ª Edición, Ediciones Ultimo Decenio, publicación del Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1996, Pág. 52.

caso que su protagonista sea una persona considerada como menor de edad.

#### **1.4.1. Fundamentos Constitucionales.**

Analizar el desarrollo histórico de la legislación penal juvenil es introducirnos de una u otra forma en el desarrollo que ha tenido el tratamiento del “menor de edad” por parte del Estado y dentro de dicha concepción el denominado Estado democrático de derecho; no sólo del interés que este demuestra por su protección, sino que también por la solución a la, cada vez más creciente, necesidad de abolir el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad; fenómeno que está mal concebido y que, una y otra vez, se constata que el poder público se inclina en pos de una solución, que propone el uso exacerbado del sistema penal, el cual tiene como esencia, en tanto instrumento de control social y violencia legítima, un carácter secundario o de no utilización<sup>46</sup>. Por eso, antes de dar inicio al análisis de las diferentes legislaciones secundarias que se ocupan de aquellas conductas realizadas por personas menores de edad, que se consideran como antisociales y por tanto merecedoras de la intervención coactiva del Estado; es preciso, señalar, el desarrollo que ha tenido el tratamiento constitucional con respecto al menor de edad con la finalidad de verificar su trascendencia; debido a la importante función (la denominada “supremacía constitucional”) que desempeña la Constitución en nuestro sistema jurídico actual.

En este sentido, fue la Constitución de 1945 en su Título XIV que se refería a la familia y el trabajo, concretamente en el Art. 153 Inc. 2, que por primera vez se estableció un precedente que es de indudable importancia en la configuración de la justicia penal juvenil dentro de un Estado democrático

---

<sup>46</sup> Tanto para el uso del concepto del derecho penal (sistema penal) como control social, como violencia legítima y así también como el uso de su carácter secundario o de no utilización, confróntese la obra de Trejo Alberto, Miguel Escobar: “Curso de Derecho Penal Salvadoreño (Parte General). Volumen I: Nociones Fundamentales”, 1ª Edición, Servicios Editoriales Triple “D”, San Salvador, El Salvador, 2002. Págs. 21 a 30 y 90 a 97.

de Derecho: *la diferenciación entre los regímenes sancionadores de adultos y los así denominados “menores de edad”*<sup>47</sup>. Este precedente, actualmente establece una de las barreras infranqueable del *Ius Puniendi* en el caso de la delincuencia de personas menores de edad; que mal entendido puede llevar a un “planteamiento diferencialista” propio de la doctrina de la situación irregular que conlleva a negarle cualquier carácter de persona al menor y hacer de él un objeto de los dictados o designios omnímodos del Estado<sup>48</sup>; de este límite a la potestad punitiva del Estado consagrado por primera vez en el Art. 153 Inc. 2 de la constitución de 1945 y llevado a nuestra constitución actual en su Art. 35 Inc. 2, se desprenden implicaciones substanciales en el tema de menores en conflicto con la ley penal; a saber, de él no solo se deriva la prohibición de prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad, antes indicado, sino que también el aumento de las garantías para los menores frente al poder punitivo del Estado dentro del régimen jurídico especial al que alude la constitución; la reafirmación del papel activo del Estado en el desarrollo integral del menor; la estipulación del sujeto del Derecho Penal de menores; así como, la determinación de una edad límite, en virtud de la cual no se podrá hacer uso, por debajo de ella, del poder punitivo del Estado<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Y dicho Artículo disponía lo siguiente: “Art. 153.- La Familia, como base fundamental de la Nación, será protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento moral, físico, económico, intelectual y social, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia.

*La delincuencia de menores estará sujeta a un régimen especial.*

El bien de familia será objeto de una ley.”. Cfr. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia: “Las Constituciones de la Republica de El Salvador 1824-1962”, (primera parte), publicación de Unidad Técnica Ejecutoria U.T.E., Talleres Gráficos UCA, El Salvador, 1993, Pág. 347.

<sup>48</sup> Para esta y otras aclaraciones sobre el paradigma tutelar, consúltese el trabajo de Bustos Ramírez, Juan: “Hacia la Desmitificación de la Facultad en el Derecho de Menores: Por un Derecho Penal de Menores”, en Bustos Ramírez, Juan (Director): “Un Derecho Penal del Menor”, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992, Págs. 03-11.

<sup>49</sup> Para estas y otras consecuencias, en la actualidad, de la importancia del precepto constitucional del Inc. 2º del Art. 35 de la Constitución consúltese la sentencia con referencia: 52-2003/56-2003/57-2003, dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro, en virtud de la cual se declara inconstitucional Decreto Legislativo N° 158, de 9-X-2003, publicado en el Diario Oficial N° 188, tomo 361, correspondiente al 10-X-2003, que contiene la Ley Antimaras .

Lo que hay que destacar es, precisamente, la determinación emprendida por constituyente en la distinción entre el trato de adultos y menores, producto de la situación que en el ámbito internacional ya venía daba, como indispensable, desde finales del siglo XIX; se erigía como uno de los estandartes más representativos del paradigma tutelar o doctrina de la situación irregular, debido a que pretendía excluir a los menores del ámbito del Derecho Penal, aspecto que ha sido lo suficientemente desmitificado, puesto que no constituye más que un “fraude de etiqueta”<sup>50</sup> o una “actitud dogmática moralista”<sup>51</sup>.

Este precepto de la constitución de 1945 fue aceptado de manera casi integral por la constitución de 1950, dicha disposición cambió poco y posteriormente sería retomada en los mismos términos por el constituyente de 1962<sup>52</sup>. En la constitución de 1950 en su Artículo 180 decretaba que:

“La familia, como base fundamental de la Sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad de cónyuges.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores. La delincuencia de menores estará sujeta a un régimen especial”.

En la Constitución de 1962 en su Art. 179 se recogía esta misma disposición de manera íntegra. Analizando la diferencia de la redacción del Art. 180 de la constitución de 1950 con respecto a la contenida en la constitución de 1945, puesto que la consagración contenida en la

---

<sup>50</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 51.

<sup>51</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: “Elementos para una historia del control social-penal de la infancia en América Latina”; en Zaffaroni, Eugenio Raúl: “El Sistema Penal Argentino”, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 170.

<sup>52</sup> Para constatar la siguiente similitud entre estos dos artículos de las constituciones de 1950 y 1962 Cfr. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia: “Las Constituciones de la Republica de El Salvador 1824-1962”, Op. Cit., Págs. 347. así también Trejo Escobar, Miguel Alberto: “La Protección Integral de la Infancia Y la Adolescencia, y las Nuevas Medidas Complementarias en la Ley del Menor Infractor”.

constitución 1962 fue una copia casi textual de su antecesora, se puede afirmar que es, en primer lugar, de índole sistemática: esta disposición que prescribe la protección de infancia, se ubicó en el título XI el cual se refiere al régimen de los derechos sociales. Lo anterior, y en segundo lugar, posee la consecuencia que nos revela que el Estado, en materia de infancia, tomó bajo su compromiso de dar no solo protección, sino también, y aquí se agregó una diferencia con respecto a la constitución de 1945, asistencia a las personas menores de edad, para lo cual se deben desarrollar más que leyes y disposiciones proteccionistas, sino que también acciones orientadas al desarrollo integral de los mismos, así como garantizar sus derechos fundamentales y asistencia en los campos sociales<sup>53</sup>. Sin embargo, aquellas disposiciones que de una u otra manera permiten el uso del poder sancionador del Estado, no se modificó sustancialmente como podrá corroborarse, ya que tanto la constitución de 1945, la de 1950 como la del año de 1962 señalan un régimen especial para el juzgamiento de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal.

Tampoco sufrió cambios trascendentes a través del constituyente de 1983, con respecto a la aplicación del poder punitivo del Estado; es decir, en lo referente a la conducta antisocial de los menores de edad; ya que, el Art. 35 Inc. 2 tiene su antecedente en el Art. 153 de la constitución de 1945 y que en poco o nada cambió; tal vez, el único cambió que sufrió, y al cual se podía calificar como de simple redacción, fue que en la disposición antes mencionada se optó por la expresión: “conducta antisocial de los menores...”, sobre la locución: “delincuencia de menores”; pero como señala el autor Trejo Escobar, dicha modificación es insustancial<sup>54</sup>. Lo que sobresale en esta Constitución es que, a raíz del Art. 35, se estipularon las bases para

---

<sup>53</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 51.

<sup>54</sup> Trejo Escobar, Miguel Alberto: “La Protección Integral de la Infancia Y la Adolescencia, y las Nuevas Medidas Complementarias en la Ley del Menor Infractor”.

la creación de los organismos encargados de prestar la protección a la familia y en el caso de los menores fue el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor<sup>55</sup>; el cual tiene una gran participación no solo en proceso de punición de las personas menores de edad sometidos a su competencia, sino que es el encargado de ejecutar y vigilar el cumplimiento de de políticas nacionales de atención a la niñez y que el constituyente de 1983, estableció que los cambios en las disposiciones de referentes a las familia y sus principios deben ser desarrollados en las leyes secundarias a efecto de que puedan ser aplicables con los procedimientos fáciles y expeditos.

#### **1.4.2 Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores.**

El precedente, en virtud del cual se habilita al Estado para que pudiera ejercer su potestad punitiva, viene dado desde la promulgación de la Constitución de 1945; lo cierto es, que hasta el año de 1966 dicho mandato constitucional se hace meritorio de un desarrollo en la legislación secundaria de nuestro país y es, precisamente, la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores el instrumento jurídico que se utiliza para que desarrolle el contenido del Art. 179 de la Constitución de 1962; con tal disposición se buscaba brindar a la infancia protección, asistencia y sobre todo reglar la intervención del Estado en la delincuencia de menores. Lo que hay que resaltar es que entre la promulgación del aludido cuerpo normativo en 1966 y la promulgación del Art. 153 de la Constitución de 1945, los jóvenes e infantes en conflicto con la ley penal se les aplicaba el mismo régimen sancionador que a los adultos; quedando en plena ineficacia lo consagrado en las disposiciones constitucionales antes establecidas<sup>56</sup>.

Por medio del Decreto Legislativo número 25, del 14 de Julio de 1966, publicada en el Diario Oficial número 136, Tomo N° 212 del día lunes 25 de

---

<sup>55</sup> Actualmente denominado, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia

<sup>56</sup> Martínez Ventura, Jaime Edwin: “Límites Democráticos al poder penal: Reformas de la seguridad pública y la justicia penal”, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, FESPAD ediciones, 2005, Pág. 372.

Julio del año 1966 se promulgó la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores. Según el considerando II de dicha ley se establece que las finalidades primordiales de este cuerpo normativo son la corrección y readaptación de los menores, a través de tratamientos adecuados de índole tutelar y educativo. He aquí, precisamente en la promulgación de esta ley, el inicio en nuestro país de la doctrina de la situación irregular. Ideología que en la configuración de un derecho penal de la infancia y adolescencia dentro del estado democrático de derecho ha tenido y sigue teniendo una gran influencia con consecuencias trascendentales.

El Art. 1 de la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, disponía que debía aplicarse a todos los menores cuya edad no excedería de los 16 años a quienes se les atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito o falta y también *a aquellos menores que su conducta era proclive al delito y por ende constituyera **un peligro social*** (esto último con base al Art. 2.). Con respecto a esta última disposición de la normativa en comento, hay que relacionarlo con el Art. 4, pues este contenía el concepto de peligro social, en los siguientes términos: Se considera que la conducta del menor constituye un peligro social, cuando aquel se hallare material o moralmente abandonado, pervertido, o en posibilidad de serlo o bien cuando se encontrare en estado de riesgo que pueda causar su inadaptación social; por negligencia de sus padres o guardadores o por sus propias condiciones. Como podemos apreciar estas disposiciones habilitan la competencia de la ley en aspectos que nada tienen que ver con la función jurisdiccional (concretamente la penal), resultando que el juez tutelar de menores, el cual era la autoridad competente para aplicar esta ley según el Art. 9 de la misma, tenía que encargarse de aspectos que competen exclusivamente a la función administrativa (y que por tanto no constituyen delito) en un estado democrático de derecho<sup>57</sup>. Pero no solamente es pertinente hacer esta

---

<sup>57</sup> Polomba, Federico: “Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de edad”; en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 102.

crítica, sino que también hay que decir que esta ley se basa en una teoría positivista del Estado peligroso y defensa social<sup>58</sup>; y vale la pena aclarar que por fundarse en dicha teoría conlleva a consecuencias de un derecho penal de autor en que lo que importa para fundamentar la responsabilidad penal, no es la acción del individuo, sino en el modo de ser, de pensar o de vivir; se debe penar a la persona por lo que es o por la forma en que asume su existencia<sup>59</sup>.

Las anteriores aclaraciones, conlleva al tema de la jurisdicción especial en la Ley de la jurisdicción tutelar de Menores. Y es que se establece una serie de disposiciones que desarrolla el régimen especial al que hacía referencia el Art. 179 de la Constitución de 1962. En este sentido, el Art. 5 establecía que se creaba la jurisdicción especial de menores y la cual estaba ejercida por los “tribunales tutelares de menores”, además, se disponía en el Art. 6 que en los lugares que no existiera dichos tribunales, la jurisdicción especial de menores se ejercería por los jueces de primera instancia en materia penal y los jueces de paz, en las demás poblaciones de la República y así como, también, el Art. 9 indicaba la naturaleza de los Tribunales, estos era de carácter educativo-tutelar cuando conocían de los delitos o faltas cometidos por las personas menores de edad y tenían un carácter preventivo cuando conocían de los casos en que las personas menores de edad se encontraban en estado de abandono moral o material, y peligro o riesgo. El Art. 8 instituía la competencia de los tribunales tutelares de menores; en primer lugar, el juez tutelar podía conocer de las infracciones

---

<sup>58</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 153.

<sup>59</sup> Lo que importa en este epígrafe es tener un noción de lo que se entiende por Derecho Penal de Autor (como consecuencia de la adaptación por la Ley de Jurisdicción Tutelar de la teoría peligrosita), ya que más adelante de esta investigación se tratará con mayor detenimiento. Para una visión más amplia de esta teoría consúltese a Trejo Alberto, Miguel Escobar: “Curso de Derecho Penal Salvadoreño (Parte General). Volumen II: Teorías de la Pena (La Función Punitiva del Estado)”, 1ª Edición, Tecnosimpresos, San Salvador, El Salvador, 2006. Págs. 132 a 136; así como Roxin, Claus: “Derecho Penal (Parte General)” Tomo I, Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997 Págs. 176 a 190.

consideradas como delitos o faltas, y que sean atribuidas a personas menores de edad cuya edad no excedan de 16 años; en segundo lugar, podía conocer de las situaciones de las personas cuya edad se encontrara en el rango anterior, pero que estuviera en estado de “abandono” material o moral, o de “peligro”; y por último, se le reconocía la posibilidad de adoptar las medidas convenientes para el tratamiento, curación, vigilancia y educación de las personas menores de edad sometidos a esta ley y cuya conducta exprese peligro social.

La competencia del tribunal recae sobre conductas constitutivas de delito o falta y, también, de asuntos de carácter pre-delictuales; y es por eso que a partir del Art. 11, se establecen las reglas pertinentes del procedimiento del tribunal titular, en los casos que conozca de la conducta de los “menores” que constituyan delito; este se dividía en dos etapas: a) disposición del “menor”, y b) investigación y medidas. En la primera, el “menor” solo podía ser detenido por orden del Tribunal Tutelar, excepcionalmente por cualquier particular en casos de flagrancia. Se establecía que la detención provisional de las personas menores de edad, se cumplía en los “Centros de observación de menores”, ya sea que fuera el juez quien determinara su remisión mientras se llevara a cabo la investigación y al cabo de esta aplicar la medida tutelar correspondiente o que el ente aprehensor lo *depositara* en dicho lugar, salvo que dicha detención ocurriera en el resto del país, en cuyo caso se *depositaba* a la persona menor de edad en la Alcaldía Municipal o secciones de los centros de seguridad en el resto del país. El Art. 12 establecía que el “menor” que estaba en estas últimas instalaciones podía estar bajo el cuidado de sus familiares y guardadores, separados del lugar en que guardaban detención los mayores de edad y que tampoco será sometido a ningún interrogatorio<sup>60</sup>. En cuanto a la segunda etapa, se establecía que el término de la

---

<sup>60</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 149.

investigación no debía exceder de 60 días; se concebía, además, amplias libertades para que el juez investigara la conducta del “menor” que constituía delito o falta, quedando a su criterio y prudencia la manera en que se realice la investigación. Otro aspecto de suma importancia es que se abre la posibilidad de parte del juez de investigar la *personalidad y conducta* del “menor”. Por último, al concluir la investigación, contando con los dictámenes, con las demás pruebas pertinentes y oyendo al representante legal del “menor” o al procurador de menores adscrito, el juez debe de dictar la resolución del caso; dentro de esta resolución el juez debe apreciar los hechos con criterio social de asistencia al “menor” y expresando en ella los motivos en que se funda su decisión. Consecuencia de lo anterior, es que el juez podía decretar las siguientes medidas tutelares: amonestación (según el Art. 24), reintegración al hogar (regulado en los Arts. 25, 27 y 28), *colocación en hogar ajeno* (Art. 26), *internamiento en escuela-hogar* (conforme a los Arts. 27 y 28), *internamiento en instituto curativo* (según el Art. 29) y el *internamiento en un reformatorio de menores* (de acuerdo al Art. 29). Para poder aplicar estas “medidas” el juez contaba con un gran rango de discrecionalidad en dicho sentido. Y lo mismo lo vemos reflejado, en el proceso de estipulación de medidas para “menores abandonados” o en situación de riesgo, cuando se establece que el tribunal con fundamento en su *arbitrio* podía acordar las siguientes: el reintegro al hogar, con o sin libertad vigilada; colocación en hogar ajeno; internamiento en Centro Curativo; e internamiento en escuelas y hogares. Su proceso era el siguiente: el juez al tener conocimiento de que se encontraba un menor en estado de abandono o peligro, realizara las indagaciones preliminares, tomando los datos pertinentes, además, de la práctica de informes para la determinación de las circunstancias; dentro de estas indagaciones el juez debe señalar, a la mayor brevedad posible, la realización de una audiencia con el fin de averiguar los antecedentes y conductas del “menor”, para tal efecto debían comparecer los representantes legales del “menor”. Queda a opción del juez

si, después de la audiencia, el menor queda a cargo de sus padres o representantes o si es necesario su internamiento provisional dentro de los *Centros de Observación de menores*. La forma en que se realizaba la investigación de los “menores” en estado de abandono o peligro queda a prudencia y criterio del juez. Para la estipulación de las medidas al “menor abandonado” en situación de peligro, se contaba con un máximo de 30 días.

#### **1.4.3. Código de Menores.**

Con el decreto legislativo N° 516, aprobado el día 8 de enero de 1974, y que se publicó en el Diario Oficial N° 21 tomo 242, del 31 de enero de 1974, se aprueba el Código de Menores; cuerpo normativo que en su considerando contenía las razones, que venían dadas desde el órgano ejecutivo y legislativo, por las cuales se optó por cambiar la legislación imperante (ley de jurisdicción tutelar de menores) en ese momento con respecto a la protección, asistencia y el régimen especial de menores. Y esas razones eran las siguientes: “Que la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores no comprende, en el orden integral que la constitución política preceptuaba, una amplia protección de los menores, por lo que debe promulgarse un ordenamiento que en forma armónica, haga expreso reconocimiento de los derechos de los “menores” y garantice a éstos las condiciones necesarias y las medidas educativas y tutelares indispensables para lograr su asistencia (Considerando II del Código de Menores); también se disponía que para orientar la política nacional en beneficio de los “menores”, así como para coordinar la labor de la instituciones públicas y privadas de protección a las mismas, es preciso crear organismos autónomos, que velen por su cumplimiento del mandato constitucional indicado (Considerando III)”.

La diferencia con la legislación antes analizada es que en el código de menores por primera vez se establece y se reconoce en la legislación los derechos fundamentales de las personas menores de edad desde su

gestación, a nacer y vivir en condiciones familiares y ambientales que la permitan su normal desarrollo bio-psico-social, según el Art. 1.

Las personas que se encontraban sujetas a este código eran los menores de 18 años de edad; y en los casos de *conducta irregular*, según el Art. 3 del código en comento. Esta ley crea el Consejo Salvadoreño de Menores (en el Art. 7). Se crea la jurisdicción especial para la protección de los menores en situación irregular, Art. 63-66 y así mismo el tribunal tutelar tiene un carácter educativo, tutelar y preventivo, más no represivo, de acuerdo al Art. 68. En este orden de ideas, el Art. 69 establecía que la investigación se hará de acuerdo al *arbitrio* de los tribunales los cuales tenían un amplio margen para investigar las acciones u omisiones consideradas como punibles. En cuanto al procedimiento de establecimiento de medidas para las personas menores de edad que hayan cometido acciones u omisiones consideradas como delito, es el mismo que en la Ley de Jurisdicción Tutelar de menores, salvo que en la etapa de disposición provisional de personas menores de edad se determinaba en su Art. 73, que las diligencias para el establecimiento del hecho deben concluir entro del término de 8 días y no 5; así, como, la creación del Centro de Observación de Menores, en donde se internaban provisionalmente a los “menores” para investigar la personalidad de las personas menores de 16 años que sean de conductas irregulares o en situación de abandono, peligro o riesgo, y dentro de los mismos se hacía la separación entre “menores” de conducta irregular y los “menores” en situación de abandonados, en peligro o riesgo.

En la etapa de investigación y medidas, se establecía en el Art. 81 que debía efectuarse en un término de 90 y no de 60. Y las medidas que el juez podía acordar en esta etapa eran: amonestación (según el Art. 83), reintegración al hogar, con o sin vigilancia (regulado en los Arts. 84, 85 y 88), *colocación en hogar sustituto* (Art. 86), *colocación en escuela-hogar* (conforme a los Arts. 87 y 88), *internamiento en instituto curativo* (según el Art. 89) y *colocación en centro de Readaptación* (de acuerdo al Art. 29). Por

otra parte, en cuanto al procedimiento de los “menores” considerados como abandonados, en peligro o riesgo, es el mismo que el de la ley de jurisdicción tutelar de menores, con la excepción que se agrega un criterio, en virtud del cual se podían considerar los “menores” como abandonados, en peligro o riesgo si estaban en situaciones análogas o parecidas a las que se tenían por dadas desde la ley de jurisdicción tutelar de menores, ampliando la discrecionalidad del juez en este sentido. Se establece un catalogo de situaciones en virtud del cual se considera al “menor” en estado de peligro y ya no se remite a ley de estado peligroso. En cuanto a las medidas, una vez concluida la investigación del mencionado proceso, el juez contaba con el término de 30 días para poder decretarlas con fundamento en su arbitrio, y estas medidas eran las siguientes: Reintegro al hogar, con o sin libertad, colocación en instituto curativo, colocación en cualquier centro de protección y cualquier otra medida que estime necesaria y adecuada para la formación del “menor”.

Se crea, así mismo, el cuerpo de protección de “menores”, este era un dependencia del Ministerio de Defensa y Seguridad Pública; así como, el patronato de menores el cual dependía en su dirección técnica y laboral asistencial del Consejo Salvadoreño de Menores. Se adscriben los procuradores de menores a los tribunales de menores.

#### ***1.4.4. Ley del Menor Infractor y Ley Penal Juvenil.***

Mediante al Decreto Legislativo N° 863, del 27 de Abril de 1994, Publicado en el Diario Oficial N° 106 Tomo 323 del 06 de Agosto de 1994, se aprobó la Ley del menor infractor y que posteriormente, gracias al D.L. N° 395, del 28 de julio del 2004, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004, se modificaría al nombre de Ley Penal Juvenil.

Lo que hay que destacar de esta normativa, es la profunda influencia de la ideología de la doctrina de la protección integral. Y esto lo podemos ver

consagrado en sus últimos considerandos: “Que de acuerdo a los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por El Salvador, a las personas menores de edad que han infringido las Leyes Penales, les serán respetados todos sus derechos fundamentales (considerando III); Que el actual Código de Menores no responde a los principios reconocidos en la Constitución y en la Legislación Internacional, respecto de la persona menor de edad que ha infringido la Ley Penal; siendo por ello indispensable decretar una Ley Especial que regule la materia e incorpore los referidos principios, adecuándolos a nuestra realidad social (considerando IV)”.

Sus características esenciales son:

- La regulación especial de una materia: dicha especialidad para el tratamiento de las personas menores de edad que infringen la ley penal se da de forma integral respecto a la legislación penal común, desde el aspecto sustancial, procesal y de ejecución de la medida.
- Aplicación por tribunales especializados: aplicada por jueces de menores competentes en forma exclusiva y excluyente.
- Aplicación a un sector de la población: la ley determina el sector de la población que será sujeto de su aplicación<sup>61</sup>.

## **1.5. Desarrollo histórico de los Modelos de atención a la infancia.**

### **1.5.1. El Modelo Europeo**

En Europa tres han sido los grandes modelos que han presidido la Justicia de Menores desde su creación: el modelo de protección, el modelo educativo y el modelo de responsabilidad. En el primero, existe una estricta subordinación de lo educativo a lo judicial, en el segundo, un claro

---

<sup>61</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 180.

predominio de la acción educativa con la consiguiente reducción de la intervención judicial, y en el tercero la búsqueda de un equilibrio entre lo judicial y lo educativo.

El primer país en crear un sistema nuevo de protección de la juventud fue Noruega en 1896. La ley de protección de los Países Bajos data de 1901, las de Inglaterra y Alemania en 1908, las de Francia y Bélgica de 1912 y la de España de 1918.

#### **1.5.1.1. Modelo de protección**

El origen de las jurisdicciones especializadas para personas menores de edad tiene una historia muy breve, puesto que nacen a finales del siglo pasado. En los comienzos del siglo XX, en toda Europa se pone en marcha un período tutelar o "Protector" que llega hasta nuestros días.

La delincuencia de personas menores de edad es vista como una consecuencia de la vida urbana, del nacimiento de la sociedad industrial, de la crisis de la institución familiar, de la pérdida de los valores morales, etc., aparece en las calles la miseria y la marginación y esto es molesto para todos, pero especialmente para las clases dirigentes. Movimientos filantrópicos y humanitarios se lanzan a liberar a los niños del sistema penal con una profunda convicción en los éxitos del sistema reeducativo. Para ello, se requiere limitar al máximo el poder de la autoridad paterna entre "los miserables", los marginados, buscando para ello un sistema de protección especial para los niños. No importa si son mendigos, pobres, o, delincuentes, todos necesitan un mismo sistema de "protección", o reeducación.

Las principales características para la fundamentación y creación de las jurisdicciones especializadas para menores, se pueden resumidas en los siguientes puntos:

- Niños y jóvenes deben estar absolutamente separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos<sup>62</sup>.
- Deben tener un Tribunal especial, del que no necesariamente debe formar parte un juez, ya que lo que importa no es garantizar el derecho y su correcta aplicación, sino conseguir la reeducación del niño. No importan los medios, sino sólo el fin.
- Un amplio control penal sobre los jóvenes delincuentes, extendiéndose su intervención a conductas no delictivas, con un gran acceso a toda la juventud predelincente. La creación de la jurisdicción relativa a personas menores de edad, respondió a la búsqueda de un control más amplio de las capas de la población juvenil, asentadas en las capas urbanas industrializadas<sup>63</sup>.
- La consideración del carácter anormal o patológico de los niños delincuentes y su equiparación a un enfermo. En este sentido, es comprensible el importante papel que jugaron los médicos en la penología norteamericana, adquiriendo el sistema un claro carácter medicinal.
- El ideal rehabilitador y la profunda creencia de cambiar a los "menores", y adaptarlos al sistema de las clases dominantes. Así la reeducación se basaba en la formación de hábitos y costumbres. El trabajo, la enseñanza y la religión constituyen la esencia del programa de reforma.
- Consecuentemente, los "menores" debían ser apartados de su medio, puesto que esto era lo auténticamente nocivo, e "internarlos por su bien" para la reeducación, de ahí que el reformatorio se convirtiera en pieza clave de todo el sistema reformador.

---

<sup>62</sup> Giménez-Salinas Colomer, E. "Justicia de menores y ejecución penal": Revista Poder y Control, núm. 0. Barcelona, 1986

<sup>63</sup> La Greca, J. "Hacia una nueva Justicia para menores". Revista del Poder Judicial, núm. 14. Madrid, 1985.

Puesto que el “menor” era un enfermo y se le tenía que curar mediante la reeducación, no era necesario un proceso en regla, ni tan siquiera cumplir con los requisitos legales mínimos. Si de lo que se trataba pues, era de curar, todo estaba permitido y no había ninguna necesidad de respetar las garantías jurídicas, consideradas como superfluas, puesto que no se trataba de actuar represivamente.

#### **1.5.1.2. Modelo educativo**

El modelo educativo lo preside la creación del Estado de "Welfare". El llamado Estado de Bienestar Social es un producto típicamente europeo, que arranca de finales de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente 1975, y puede considerarse el resultado de una colaboración entre los partidos demócrata-cristiano y Socialistas. Se basa en la concepción del Estado como guardián de la seguridad y como responsable de eliminar la pobreza, mejorar las condiciones de trabajo, sanidad, enseñanza, seguridad, etc. El Estado "Welfare" ofrecerá una seguridad a todas las categorías sociales, pero especialmente a las menos privilegiadas<sup>64</sup>.

Es evidente que el nacimiento del Estado de Bienestar Social se desarrolla en los períodos de expansión económica. La crisis de 1973 establece una frontera, no puede decirse que a partir de entonces se retrocediera, pero tampoco se avanzó. La política de Bienestar Social se basaba en el crecimiento económico y el pleno empleo, dos elementos que a partir de esta fecha no podrían mantenerse. Sin embargo, es importante el paso que se dio, ya que los principios conseguidos y consolidados durante esta época, van a ser respetados en toda Europa. En el ámbito concreto de la Justicia juvenil, el modelo de protección en Europa entra en crisis, evolucionando en mayor o menor medida en cada país, a partir de los años 60 hacia el modelo educativo.

---

<sup>64</sup> Sánchez, S. "¿Estado de Bienestar?" Revista de Treball Social, núm. 108. Barcelona, 1982.

El modelo educativo se basaba fundamentalmente en evitar que los jóvenes entraran en el sistema de Justicia penal. Policía, fiscales, trabajadores sociales, educadores, etc., tienden a no pasar los casos a la Justicia, incluso los más graves. Las cifras de los "clientes" descienden en Europa en un 50%, es por ello que a este modelo se le ha denominado también como modelo "permisivo".

Pero los cambios, no sólo se producen a nivel del descenso de la intervención de la Justicia, sino que existe un importante abandono de los métodos represivos, y un claro predominio de la acción educativa. Desaparecen las grandes instituciones internados, como pilares básicos de la "Justicia de menores". El "menor" ya no es el único objeto de atención, sino que se tiende a dejarlo en el seno familiar, ofreciéndole a él y a su familia la ayuda necesaria. Residencias pequeñas, familias acogedoras, familias sustitutas, pequeños hogares, medidas de medio abierto, etc., son las alternativas de los años sesenta. La evolución legislativa de los países viene también a confirmarlo. El internamiento aparece como el último recurso a utilizar y solamente en casos muy extremos.

Una gran variedad de organismos asistenciales se ponen en marcha, basándose en que es el joven quien pide la ayuda y por tanto, es necesario su consentimiento. El anonimato en estos casos está garantizado. Los problemas legales carecen de importancia.

Del sistema protector continúa la no distinción entre joven delincuente y joven en peligro, o, necesitado de ayuda. Bajo la idea de que su intervención es solamente educativa, los trabajadores sociales no aceptan las diferencias. Se sigue pues manteniendo que la Justicia interviene, no porque exista una violación de normas, sino para atender y cubrir una serie de necesidades. En definitiva, la Justicia es vista como el último eslabón del trabajo social. El juez de "menores" es así considerado como casi un "súper asistente social".

Tanto el modelo protector, como el modelo educativo, no limitaban la intervención de la Justicia a una franja de edades, por el contrario, como los aspectos sancionadores y educativos estaban mezclados, se dirigían indistintamente a niños y jóvenes.

### **1.5.1.3. Modelo de responsabilidad**

En toda Europa existe la impresión de que el modelo educativo ha ido demasiado lejos; padres, maestros, educadores y la propia Justicia se arrepienten de una excesiva libertad. Las condiciones de vida para los jóvenes son mucho más duras, la falta de expectativas de futuro, sobre todo de empleo, cambia las reglas del juego.

El modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo más importante, "educar en la responsabilidad". Por ello, el núcleo principal de la discusión sobre si es, o no, un modelo educativo, no está en reconocer que un joven tiene los mismos derechos y garantías que los adultos, sino en el tipo de respuesta que se da a la comisión de un delito.

De la siguiente manera se pueden mencionar las características de este nuevo modelo, que se denomina también modelo de Justicia:

- Un mayor acercamiento a la Justicia penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.
- Refuerzo de la posición legal de los jóvenes.
- Una mayor responsabilidad de los mismos.
- Limitar al mínimo indispensable la intervención de la Justicia.
- Una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos.
- Reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.
- Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima, o, de la sociedad.

- Conservar para los jóvenes los principios educativos que en teoría han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del “menor”).

El modelo de responsabilidad introduce la necesidad de establecer una minoría y una mayoría de edad penal. La minoría suele situarse entre los 10 y 14 años, y por debajo de esta edad no interviene la Justicia de “menores”, sino que lo hacen los organismos de Bienestar Social, y la mayoría de edad está situada en los 18 años.

### **1.5.2. El Modelo de Estados Unidos**

Estados Unidos con el proceso del capitalismo, fue cimentando las bases de una de las economías más desarrolladas del mundo, a pesar de ello, no queda excluido de los problemas sociales dentro de los cuales estaban inmersos los jóvenes.

En este sentido se vuelve repetitivo, -al igual que en Europa-, el fenómeno que involucra a los niños pobres, marginados, vagos, ociosos, que no tenían las condiciones sociales mínimas para su subsistencia, situación que conmovió y despertó la compasión del sector económico, el cual hizo suyo el financiamiento de los tratamientos que curarían a los niños y jóvenes que constituyeran una amenaza social, constituyendo de esta forma “*el invento de la delincuencia juvenil*”<sup>65</sup>

El autor Anthony Platt, en su obra “*Los Salvadores del niño o la Invención de la Delincuencia*”, señala que el movimiento salvadores del niño, en el siglo XIX, propugnaba la necesidad de un régimen especial de control para los niños separado del derecho penal de adultos, ya que no rehabilitaba a los jóvenes y éstos se perfeccionaban en la carrera delictual. Este movimiento tuvo gran apoyo económico y político del sector más poderoso y

---

<sup>65</sup> Platt, Anthony M. *Los Salvadores del Niño o la Invención de la delincuencia*, 4ª edición, Siglo Veintiuno Editores, pág. 23-27.

rico de la sociedad norteamericana, diferenciándose en este punto del Modelo Europeo; ya que la empresa privada tuvo un gran protagonismo para el financiamiento de instituciones y obras de caridad; tales como los orfanatos, involucrándose de lleno el movimiento feminista, integrado por las hijas de los hacendados de clase media y acomodada, las esposas de los nuevos ricos industriales y las señoras de la alta sociedad, activistas de la reforma anti delincencial. Este movimiento se basó en la creación de leyes (totalmente discriminatorias) ya que, de ese modo, se aseguraban un amplio control oficial sobre los jóvenes delincuentes, y sobre los que estaban en serio riesgo, para poder separarlos de la sociedad, mediante sentencias indeterminadas y procesos judiciales con formalidades mínimas.

Al igual que en Europa y Norte América, la tutela de los niños y adolescentes, constituía una restricción de sus derechos, sin distinción de las edades, ni la separación de niños infractores y los de escasos recursos, en situación de abandono o riesgo material o moral, quienes eran internados en reformatorios, sin determinar el tiempo de esa medida.

A raíz de las iniciativas de este movimiento a nivel estatal se crea el Modelo de Justicia Juvenil denominada “Tutelar” (Juvenil Court Act). En 1899 se crea en Illinois Chicago, el primer Tribunal de Menores, cuya competencia era sobre las conductas cometidas por adolescentes que eran constitutivas de delitos y los comportamientos no criminales, referidos a la condición personal del menor.

En este modelo, la aplicación de los postulados de la criminología positivista se observa claramente en el tratamiento penal de las personas menores de edad, pues a éste se le consideraba no un criminal sino una persona que padece determinada enfermedad. Dicho de otra manera se le ve como al objeto que hay que sustraer de la sociedad para prevenir la desestabilización social a partir de su conducta “anormal”, como efecto de lo anterior se le sustrae del proceso penal de adultos, por considerar que a éste no se le iba a castigar sino a proteger y al mismo tiempo curar de la

anormalidad que padece, eliminándose las garantías del proceso penal de adultos. Los jueces asumen una actitud paternalista descritos como “buenos padres de familia” que actuaban con total discrecionalidad. Nacen de esta manera instituciones como los Reformatorios, Centros Curativos y de Observación, Casas hogares de internamiento, destinadas a proteger o curar a las personas menores de edad desde una visión asistencialista del Estado.

En el año 1964, en Estados Unidos de América se sienta un precedente jurídico a partir del conocido caso “Gault” en que se juzgó a la persona menor de edad llamada Gerry Gault por la realización de llamadas telefónicas obscenas a personas vecinas. En dicho caso, el tribunal de menores que depuró el proceso, impuso una medida exacerbada en relación al delito cometido. Como resultado del citado caso, la Corte Suprema de Estados Unidos de América sentó las bases jurisprudenciales que modificaron el proceso penal de “menores” que consistió en la aplicación de la cuarta enmienda de la Constitución (que reconoce las garantías del proceso penal) en el proceso penal aplicado a personas menores de edad.

### **1.5.3. En Latinoamérica**

Históricamente, la atención a la infancia se ha tratado de manera diversa, por lo que básicamente se conocen dos modelos político-conceptuales, con contenidos normativos: El proteccionista salvacionista, cuyo origen puede vincularse con la creación del primer tribunal de menores en 1899, que diera lugar a la Doctrina de la Situación Irregular. El otro, garantizador, tiene como eje la consideración de los derechos humanos de la infancia y da origen a la Doctrina de la Protección Integral; se sustenta asimismo, en el derecho internacional y en la política criminal más avanzada.

#### **1.5.3.1. La doctrina de la situación Irregular**

La justicia de menores ha tenido un tránsito muchas veces infortunado. Desde el momento en que se confunde lo que es impartir justicia

con una actitud proteccionista o correccionalista por parte del Estado. La primera, - la proteccionista -, en donde los menores que delinquían estaban bajo la filantropía de patronatos e instituciones religiosas; la segunda –la correccionalista-, es tomada por el Estado dando paso a la llamada doctrina de la situación irregular, con un acentuado sentido proteccionista y cuya intervención violenta los derechos de los niños y los jóvenes.

La génesis y desarrollo de la cultura de compasión-represión tiene sus raíces en el contexto de los Estados Unidos de fines del siglo XIX y la Europa de comienzos del siglo veinte, se instala y expande en la región latinoamericana bajo el rótulo de una aberración jurídica denominada doctrina de la situación irregular<sup>66</sup>. El modelo tutelar iniciado den Estados Unidos influyó directamente en los países europeos al inicio del siglo XX y estos a su vez influyen posteriormente en los países de América latina en la adopción de dicho modelo.

En el mundo jurídico, “se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución”<sup>67</sup>. Normalmente, en todas las áreas del derecho de adultos la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema, lo que estimulando la pluralidad de puntos de vista asegura eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas.

Radicalmente diverso resulta el panorama de la producción teórica del derecho de menores en el contexto de la doctrina de la situación irregular, en cuanto que toda la producción teórica ha sido realizada por los mismos sujetos encargados de su aplicación (los jueces de menores). Esta situación

---

<sup>66</sup> García Méndez, Emilio, La Legislación de Menores den América Latina: Una Doctrina en Situación Irregular, en “Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral”, Forum Pacis, Bogotá-Colombia, 1995.

<sup>67</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio, Introducción al estudio del derecho de menores, Ediciones último decenio, 1ª Edición.

explica el hecho, que pocas doctrinas sean más difíciles de definir que aquella de la situación irregular.

Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en Situación irregular. En este sentido las hipótesis de entrada en el sistema carecen de la menor taxatividad.

No existe distinción de a quién o a quienes va dirigida esta doctrina y se aplica tanto: a niños y adolescentes abandonados, víctimas de abusos o maltratos y supuestos infractores a la ley penal, cuando pertenecientes a los sectores más débiles de la sociedad, se constituyen en clientes potenciales de esta definición. En este contexto, la arbitrariedad no puede jamás constituir la excepción y si, el comportamiento rutinario de aquellos encargados de su aplicación<sup>68</sup>.

La categoría infancia, dentro de la doctrina de situación irregular, no designa un campo social homogéneo. En su interior se producen fuertes diferencias entre aquellos que tienen acceso a ciertas condiciones sociales (educación, salud) y los demás. Para los primeros, la familia y fundamentalmente la escuela, cumplen un papel central en su consolidación y reproducción. Los excluidos de estas condiciones (los demás) se transforman en “menores” y en el objeto principal de esta doctrina. Para ellos se construye todo un aparato o sistema institucional: legislación, instituciones de internación, juzgados de menores, instancias a las que se otorga el rol específico de socialización y control.

La falta de recursos o de decisiones políticas durante los primeros decenios del siglo actual, llevaron a la judicialización del problema de la minoridad. A mediados de los 40, las políticas distribucionistas se reflejaron

---

<sup>68</sup> GARCIA MENDEZ, Emilio y CARRANZA, Elías. “El derecho de Menores como Derecho Mayor”, en Del Revés al Derecho. Edit. Galerna, Buenos Aires, 1992.

positivamente en este campo, disminuyendo durante los siguientes decenios el número de menores y con ello la aplicación de esta doctrina.

La retracción relativa del gasto social estatal, especialmente el destinado a los sectores más vulnerables, determina un nuevo crecimiento del universo de la infancia excluida.

La orientación de la política social en la que esta doctrina juega un importante rol, es aquella que se propone como objetivo prioritario ejercer el control social de las personas menores de edad. Ahora bien, este control se materializa en la facultad discrecional de la justicia de declarar el abandono material o moral de la persona menor de edad, facultad que constituye la columna vertebral de esta doctrina.

Se afirma al respecto que “el tema menores ha sido enfocado desde una óptica represiva y no proteccional, el menor ha sido víctima de la acción tutelar. Se han penalizado los problemas sociales y se han socializado los problemas penales, de modo tal que se han eliminado las garantías frente a la intervención del estado”<sup>69</sup>

En efecto la carencia de políticas integrales ha sido reemplazada por la intervención a través de los órganos del sistema de justicia juvenil, cuya actuación conlleva, la eliminación de los principios, garantizadores de todo proceso penal y discrecionalidad en las medidas a adoptar a cualquier situación penal o social.

De este modo, se abandona la distinción entre “menores” delincuentes, abandonados o maltratados, todos los cuales pueden ser objeto de las mismas medidas y se alteran sustancialmente las funciones del juez, de quien se pretende que se transforme en el padre, el defensor, el protector, dejando a su libre arbitrio las medidas protectoras que debe

---

<sup>69</sup> Larrandart, Lucila “Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia” en Ser Niño en América Latina. Edit. Galerna, 1991.

discernir a favor del menor.<sup>70</sup> Por considerársele como un buen padre de familia, no es obligatorio que conozca el derecho para su correcta aplicación, pues su carácter discrecional de sus funciones lo coloca, paradójicamente, imposibilitado de violar el derecho<sup>71</sup>.

Esta doctrina está dotada de una característica muy peculiar en cuanto que, sostiene que al menor no se le puede imputar la realización de actos considerados como faltas o delitos y en base a esta premisa la persona menor de edad solo realiza actos antisociales. En este modelo no se contempla ninguna garantía procesal, ya que por ser considerados enfermos a curar o con conducta desviada, su juzgamiento no era considerado un proceso, en realidad era un procedimiento administrativo de carácter asistencialista. En ningún caso se admitía prueba en contrario y la figura del defensor era nula.

Puede señalarse así, que el papel de esta doctrina en el marco de la incapacidad del sistema estatal de universalizar los servicios básicos (salud, vivienda, educación, familia), remite al rol del juez como centro de irradiación de políticas concretas a un mundo de una competencia omnimoda penal-tutelar, el juez de menores resulta el encargado de resolver los aspectos individuales de las deficiencias del sistema de políticas sociales.

La Doctrina de la Situación Irregular, se pueden observar las siguientes características:

1. Considera al niño como objeto de protección y no como sujeto de derecho;
2. Confunde las problemáticas de los “menores abandonados” y en condición de riesgo con la de los “menores infractores”. Casos diferentes son tratados iguales;

---

<sup>70</sup> Chunga Lamónja, Fermín, Derecho de menores, 6ª. Edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2002

<sup>71</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio, Introducción al estudio del derecho de menores, Ediciones último decenio, 1ª Edición.

3. Utiliza una terminología estigmatizante que implica una discriminación positiva, como la denominación del “menor en situación irregular<sup>72</sup>”, “menor en estado de abandono, peligro o riesgo”, etc.
4. Deja a la discrecionalidad de los jueces las decisiones sobre las personas menores de edad, desconociendo sus garantías procesales y el ejercicio de los derechos que se reconocen a los adultos;
5. Considera la infracción penal cometida por el “menor” como síntoma de una enfermedad, por lo que éste debe ser apartado de la sociedad e internado para ser curado y readaptado;
6. El “menor” padece un internamiento con hipotética función de tutela, que nada se diferencia de una privación de libertad por encarcelamiento. Casi nunca se fija la duración de la medida de privación de libertad;
7. El carácter tutelar de esta doctrina hace que el sistema sea autoreferencial: se pretende sanar al “menor”, sin modificar las condiciones de vida del contexto social al que tiene que volver;
8. La idea de reparación social es predominante, por lo que desarrolla políticas que tienden a la institucionalización y a la segregación del “menor”;
9. Se basa en la teoría del derecho penal de autor, según esta teoría, los niños y adolescentes a quienes se les vulneran o amenazan sus derechos, se consideran en situaciones de abandono, peligro o riesgo y ello implica que son proclives a la delincuencia y hay que estar prevenidos de ellos.

La doctrina de la situación irregular tiene una marcada tendencia al internamiento, con ausencia de las mínimas garantías sustantivas y procesales, circunstancias que han permitido la reclusión de “menores” en cárceles para adultos; aplica el mismo tratamiento a los “menores” infractores y a los “menores” cuyos derechos son vulnerados o amenazados.

---

<sup>72</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio. Op. Cit. Pág. 102

### **1.5.3.2. La doctrina de la protección integral**

Con el transcurrir del tiempo, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para las personas menores de edad producto de la concepción tutelar, por lo que, como respuesta, surgió una nueva concepción denominada “Doctrina de la Protección Integral” encontró su fundamento en un reconocimiento de las personas menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto, en un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.

Ambas doctrinas coinciden en la protección de las personas menores de edad y en base al interés superior del mismo, principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño", como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Una de sus diferencias con el modelo tutelar radica en que en el modelo de protección integral, en materia penal, considera que los hechos cometidos por las personas menores de edad tipificados como faltas o delitos lo convierten en imputable.

En torno a esta doctrina, que ha de entenderse por Protección Integral<sup>73</sup>, pues se considera que es, el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin

---

<sup>73</sup> Tejeiro López, Carlos Enrique, Teoría general de la niñez y adolescencia, 1998, pág. 65, editado por UNICEF

discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

La doctrina de la Protección Integral viene a dar un aporte muy importante en cuanto a la protección de los derechos de la infancia, no restringiéndolos como en el modelo tutelar, sino reconociéndolos y promoviéndolos. Ésta hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia<sup>74</sup>. La persona menor de edad deja de ser un objeto para convertirse en sujeto de derechos. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, pone en evidencia la claridad e importancia del nexo existente entre su condición jurídica y su condición material, donde las necesidades se manifiestan como derechos.

Los principios de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, conjuntamente con otros instrumentos internacionales, representan una nueva visión para encarar la vida en sociedad de este sujeto.

Esta doctrina aparece representada por cuatro instrumentos fundamentales:

- La Convención Internacional de los Derechos del niño;
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing);
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); y
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

---

<sup>74</sup> Quintanilla Molina, Salvador Antonio, Introducción al estudio del derecho de menores, Ediciones último decenio, 1ª Edición.

La Convención Internacional de los Derechos del niño constituye el instrumento jurídico más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa; constituye un cambio fundamental determinando una concepción radicalmente nueva de la condición de la infancia. Constituye un instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia. A los niños se les reconoce y promueve sus derechos, porque se comprende que son personas en desarrollo y que necesitan de un ambiente idóneo para el mismo, y en donde la opinión de los niños es tomada en cuenta como algo fundamental.

Este nuevo sistema los operadores (jueces, defensores, fiscales, policía, equipo multidisciplinario) deben cumplir con ciertos requisitos como es el caso del “juez técnico”, ya que su función es eminentemente jurisdiccional y se encuentran limitados por lo establecido en la ley y por las garantías del debido proceso. Aquí se separa lo asistencial de lo penal, ya que los problemas sociales se encarga de resolverlos otras instituciones facultadas para velar por los niños que se encuentren en una situación que vulnere sus derechos, quedando como responsable de los jóvenes en conflicto con la ley, los jueces de menores.

Esta doctrina pretende crear una responsabilidad penal juvenil en los niños/as o adolescentes que tienen problemas con la ley, ya que aquí no se sanciona a la persona sino el acto que este comete y se han determinado diversas medidas para readaptar y resocializar a la persona menor de edad y la privación de libertad es en este caso la excepción; algo muy importante es que la aplicación de dichas medidas se encuentran previamente establecidas en la ley, así como el tiempo que estas deben durar ya que el juez no puede tomar una decisión que no esté apegada a derecho.

Este nuevo paradigma puede ser caracterizado sintéticamente, a partir de las siguientes cuestiones<sup>75</sup>:

---

<sup>75</sup> García Méndez, Emilio “Infancia y Adolescencia en América Latina: Dimensión Jurídica Nacional e Internacional” en *Ser Niño en América Latina*. Edit. Galerna, Buenos Aires 1991.

- a) Prioridad absoluta a la problemática de la infancia/adolescencia, dentro de las políticas sociales.
- b) Sujetos de derecho: Ello implica que el niño y el adolescente ya no podrán ser tratados como objetos pasivos de intervención de la familia, la sociedad y el Estado. El niño tiene derecho al respeto, la dignidad y la libertad.
- c) Personas en condición particular de desarrollo: “además de todos los derechos que disfrutaban los adultos, tienen (como niños y adolescentes) otros especiales, originados en que: No tienen acceso al conocimiento pleno de sus derechos; tampoco están en condiciones de defender sus derechos frente a las omisiones y transgresiones capaces de violarlos; no cuentan con medios propios para atender satisfactoriamente sus necesidades básicas, etc.

Así, los actores que conforman el universo de las políticas de la infancia-adolescencia son el estado, a través de las políticas sociales; los grupos sociales preocupados en la temática; y el sistema jurídico, en un sentido más amplio que el segmento de los jueces.

Por su lado, el Estado tiene el derecho y el deber intangible de trazar las políticas sociales básicas. Debe al mismo tiempo desarrollar la flexibilidad y capacidad necesarias para discutir con la sociedad civil, las políticas supletorias de protección de los sectores más vulnerables.

#### ***1.5.4. Principios de la Doctrina de Protección Integral***

En la Doctrina de la Protección integral, destacan los siguientes principios que la sustentan:

##### **1.5.4.1. La Igualdad o No discriminación**

Que es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de estos

---

derechos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes; tiene que ver con que la aplicación y el ejercicio de estos esté dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

La Prohibición de discriminación es, entonces, el presupuesto inicial para la construcción de políticas de protección integral. Se encuentra contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este principio de igualdad se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la propia Convención que lo trae como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños. En consecuencia no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad (igualándose así los derechos de los niños a los de los adultos). En este sentido el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>76</sup>, ha establecido que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia, de tal manera que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos; por ello la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie, sino que lo que prohíbe es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada.

En el caso de las personas menores de edad y el régimen jurídico al que deben de estar sometidos, la diferenciación en cuanto al tratamiento

---

<sup>76</sup> Observación general 18, No discriminación – del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

penal diferenciado y especial, no sólo descansa en razones objetivas, razonables y proporcionadas, sino en el reconocimiento expreso que la Constitución hace a partir del art. 35 inc. 2° Cn<sup>77</sup>.

#### **1.5.4.2. El interés Superior del Niño**

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: "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 que se atenderá será el interés superior del niño."

Este principio, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos entes, pero principalmente al constituir un principio de vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños, adquiere particular relevancia su precisión y determinación como garantía fundamental de protección-prevención.

Al respecto el interés superior del niño es un principio jurídico garantista<sup>78</sup>, es decir, "que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños".

---

<sup>77</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 52-2003/56-2003/57-2003, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro.

<sup>78</sup> Cillero, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA, Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998. P 78

#### **1.5.4.3. La Efectividad y Prioridad Absoluta**

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (principio de efectividad) "...En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional" (Principio de Prioridad Absoluta).

La efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad ( goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas . Este principio de efectividad se repetirá a lo largo de todo el articulado de la Convención en donde se establecen derechos a supervivencia, protección, participación y desarrollo, ya no como principio general, sino con formulación precisa, más bien específica de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano, por ejemplo, en el artículo 24 en el que se reconoce el Derecho a la salud, se ordenan las medidas apropiadas para combatir enfermedades, malnutrición, atención y prevención, educación en salud, y otras, o en los artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación, que establece las medidas particulares para garantizarlo en igualdad de condiciones, desde la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hasta las medidas para la eliminación del analfabetismo y garantizar el acceso escolar.

El principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el

programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños.

Por otra parte, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

Que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

#### **1.5.4.4. La Participación solidaria o principio de solidaridad**

En los principios anteriores, los niños y las niñas son el eje central de esos principios; el Estado, la Familia y la Comunidad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera:

"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con

sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"

El Principio de solidaridad, como se ve, debe leerse e interpretarse en conjunción con el de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. De manera alguna quiere decir que esta orientación sea imposición, por cuanto siempre debe ser entendida como coadyuvante acción del ejercicio per se del niño.

Sobre estos cuatro principios descansa la Doctrina de Protección Integral, por supuesto que, de su estricto apego y cumplimiento dependerá en gran medida la transformación de la situación de desigualdad en que hasta ahora el régimen de situación irregular ha tutelado a la infancia.

La Doctrina de la Protección Integral, también llamada, "Doctrina de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de la Infancia", a nivel internacional considera a las personas menores de edad como sujetos de derechos y recomienda que el modelo de justicia penal de personas menores de edad contenga las siguientes características:

1. Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales;
2. Refuerzo de la posición legal de los jóvenes;
3. Una mayor responsabilidad de los mismos;
4. Limitar al mínimo indispensable la intervención de la Justicia;
5. Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma;
6. Establecer una gama de medidas, basadas en principios educativos, alternos al internamiento;

7. El internamiento debe ser el último recurso y durante el mínimo de tiempo posible.

La Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.

#### **1.5.5. Influencia de las Doctrinas de la Situación Irregular y de Protección Integral en El Salvador**

El Salvador no ha quedado excluido de la evolución de la Doctrina de la Situación Irregular y de la Doctrina de la Protección Integral, por ello es preciso señalar, el desarrollo que ha tenido el tratamiento constitucional con respecto al menor de edad. Cada una de estas Doctrinas ha jugado un papel importante en cuanto al manejo de la Justicia penal juvenil salvadoreña.

En este sentido, fue la constitución de 1945 en su Título XIV que se refería a la familia y el trabajo, concretamente en el Art. 153 Inc. 2, que por primera vez se estableció un precedente que es de indudable importancia en la configuración de la justicia penal juvenil dentro de un Estado democrático de Derecho: *la diferenciación entre los regímenes sancionadores de adultos y los así denominados “menores de edad”*<sup>79</sup>, Y dicho Artículo disponía: “La Familia, como base fundamental de la Nación, será protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento moral, físico, económico, intelectual y social, para fomentar el

---

<sup>79</sup> Cfr. El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia: “Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962”, (primera parte), publicación de Unidad Técnica Ejecutoria U.T.E., Talleres Gráficos UCA, El Salvador, 1993, Pág. 347.

matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia. *La delincuencia de menores estará sujeta a un régimen especial*".

En la Constitución de 1950 se reguló de igual manera el régimen jurídico especial en su artículo 180 inciso segundo, legado para la Constitución de 1962 en la que se aprobó la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores<sup>80</sup>, la que constituye el primer antecedente del tratamiento jurídico diferenciado para los menores de edad. Bajo la Doctrina de la Situación Irregular es creada esta ley y de igual forma el Código de menores<sup>81</sup>.

El Código de Menores, establece una diferencia con la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, en cuanto el primero establece y reconoce los derechos fundamentales de los menores desde su gestación, a nacer y vivir en condiciones familiares y ambientales que la permitan su normal desarrollo bio-psico-social, según el Art. 1.

Las personas que se encontraban sujetas a este código eran los menores de 18 años de edad; y en los casos de *conducta irregular*, según el Art. 3 del código en comento. Esta ley crea el Consejo Salvadoreño de Menores (en el Art. 7). Se crea la jurisdicción especial para la protección de los menores en situación irregular, Art. 63-66 y así mismo el tribunal tutelar tiene un carácter educativo, tutelar y preventivo, más no represivo, de acuerdo al Art. 68. En este orden de ideas, el Art. 69 establecía que la investigación se hará de acuerdo al *arbitrio* de los tribunales los cuales tenían un amplio margen para investigar las acciones u omisiones consideradas como punibles. Esta legislación da lugar a la creación del Centro de Observación de Menores, en donde se internaban provisionalmente a los menores para investigar la personalidad de los menores de 16 años que sean de conductas irregulares o en situación de abandono, peligro o riesgo, y dentro de los mismos se hacía la separación entre menores de conducta irregular y los menores en situación de abandonados, en peligro o riesgo.

---

<sup>80</sup> D.O. Número 136, Tomo N° 212 del día lunes 25 de Julio del año 1966

<sup>81</sup> Diario Oficial N° 21 tomo N° 242, del 31 de enero de 1974.

Con el paso del tiempo se emite la Ley del Menor Infractor<sup>82</sup> y la Ley Penal Juvenil<sup>83</sup>; la primera, se crea mediante el Decreto Legislativo N° 863, del 27 de Abril de 1994, y que posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 395, del 28 de julio del 2004, se modificó al nombre de Ley Penal Juvenil.

Lo que hay que destacar de esta normativa, es la profunda influencia de la doctrina de la protección integral. Y esto lo podemos ver consagrado en sus últimos considerandos: “Que de acuerdo a los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por El Salvador, a los menores que han infringido las Leyes Penales, les serán respetados todos sus derechos fundamentales (considerando III); Que el actual Código de Menores no responde a los principios reconocidos en la Constitución y en la Legislación Internacional, respecto del menor que ha infringido la Ley Penal; siendo por ello indispensable decretar una Ley Especial que regule la materia e incorpore los referidos principios, adecuándolos a nuestra realidad social (considerando IV)”.

Sus características esenciales son:

- La regulación especial de una materia: dicha especialidad para el tratamiento de los menores infractores se da de forma integral respecto a la legislación penal común, desde el aspecto sustancial, procesal y de ejecución de la medida.
- Aplicación por tribunales especializados: aplicada por jueces de menores competentes en forma exclusiva y excluyente.
- Aplicación a un sector de la población: la ley determina el sector de la población que será sujeto de su aplicación<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Diario Oficial N° 106 Tomo 323 del 06 de Agosto de 1994.

<sup>83</sup> D.O. N° 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004.

<sup>84</sup> Cfr. Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Op. Cit., Pág. 180.

## CAPITULO II

### ORDENAMIENTO JURIDICO APLICABLE AL FENOMENO DE LA CRIMINALIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.

#### SUMARIO:

**2.1. Constitución de la República. 2.2. Instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la Delincuencia de personas menores de edad. 2.2.1. Convención sobre los derechos del niño. 2.2.1.1. Interpretación sistemática de la Convención de los Derechos del Niño. 2.2.2. Reglas mínimas de las Naciones unidas para la Administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). 2.2.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 2.2.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). 2.3. Fundamentos Constitucionales para la creación de la política Criminal. 2.4. Disposiciones que facultan al Estado Salvadoreño en la Prevención y Combate de la delincuencia de personas menores de edad. 2.4.1. Ley Penal Juvenil. 2.4.2. Código Penal. 2.5. Leyes Anti Maras. 2.5.1. La sentencia de la Sala de lo Constitucional.**

Hablar de la niñez en conflicto con la ley penal, es hablar de una manera amplia sobre los mecanismos de control formal ejercidos sobre ellas, mediante los cuales se procura la aceptación (voluntaria o forzosa) y el mantenimiento del orden social vigente y sus valores. Por lo anterior se deduce que un derecho penal juvenil solo adquirirá validez si es un derecho para la libertad y la educación en responsabilidad, es decir, un derecho para rescatar la función normativa vinculante del derecho sobre los poderes públicos y privados.

No obstante lo anterior, el derecho penal además de sancionar las conductas contrarias al derecho cometidas por personas menores de edad,

intenta proveer de protección jurídica a la niñez que se constituye en víctima de hechos delictivos.

Dentro de los cuerpos normativos que desarrollan el tratamiento de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal se encuentran:

## **2.1. Constitución de la República**

El régimen jurídico penal de menores tiene su origen en el art. 35 inciso 2o de la Constitución, el cual reza de la siguiente manera: "*La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.*". De la disposición constitucional se desprenden algunas consideraciones. La primera, que nuestra Constitución utiliza el término "menor" y no "niño o niña" para hacer referencia al conjunto de personas cuya edad no sobrepasa los dieciocho años de edad, aún y cuando esta categoría se comprende como expresamente atentatoria contra la dignidad de la niñez, dado que es una categoría surgida en el siglo XIX, que diferencia a los "menores" de los "niños", comprendiendo dentro de los primeros a quienes no tenían sus necesidades básicas satisfechas, ejemplo, menor de la calle, menores trabajadores, menores abandonados, etc., por el contrario los niños constituyen el grupo de personas que contaban con sus padres o tutores para asegurar el goce de sus derechos y el acceso a servicios básicos.

Por otra parte la Constitución contempla la concreción de un régimen jurídico penal especial para las personas menores de edad, basado en el principio constitucional de igualdad establecido en el art. 3 Cn., según el cual frente a circunstancias de hecho iguales debe operar igual tratamiento jurídico y social al individuo, pero frente a circunstancias de hecho desiguales tales como la existencia de distintos niveles de desarrollo bio-psico-social entre adultos y menores de edad, debe de aplicarse un régimen jurídico específico y especial para cada una de dichas poblaciones, es por ello que

se dio paso a la creación de la Ley del Menor Infractor que posteriormente se denominó Ley Penal Juvenil.

## **2.2. Instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la Delincuencia de personas menores de edad.**

Las normas más importantes de los diversos instrumentos internacionales dictados por las Naciones Unidas para el juzgamiento de las personas menores de edad, enfatizan en los derechos y las garantías que se le deben de respetar a cualquier persona menor de edad a quien se acuse de haber cometido un hecho delictivo, desde la investigación e inclusive hasta la ejecución de la sentencia, si fuese declarada culpable en el proceso<sup>85</sup>.

### **2.2.1. Convención sobre los Derechos del Niño**

El tratamiento especializado del Derecho de la Infancia dentro del marco de las Naciones Unidas se inicia con la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959, de contenido claramente proteccionista.

La Declaración de los Derechos del niño de 1959 tiene como antecedente la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, que contiene cinco puntos. Debe tenerse en cuenta que la Sociedad de las Naciones la aprobó en su V Asamblea general, sobre todo debido a la preocupación por las consecuencias para la infancia de la Primera Guerra Mundial y de la Revolución Rusa, ello a iniciativa de la organización Save de Children International Union, creada por la inglesa Eglantyne Jebb.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entra en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990. Es la norma de más alta jerarquía en relación con las restantes normas de carácter

---

<sup>85</sup> Tiffer, Carlos y Otros, "Derecho Penal Juvenil", ILANUD, DAAD, San José, Costa Rica, 2002.

internacional, ya que es la única de acatamiento obligatorio para los Estados Partes que la han suscrito.<sup>86</sup>

Antes de la CDN, la ONU, por resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, aprobó las reglas mínimas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como reglas de Beijing. Además, luego de la Convención se aprobaron las reglas para la protección de los menores privados de libertad, por resolución de la Asamblea General de la ONU 45/113 del 14 de diciembre de 1990. En la misma fecha, por resolución 45/112, dicha Asamblea aprobó las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, denominadas directrices de Riad.

La doctrina latinoamericana llega a denominar con el término Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia al nuevo paradigma del Derecho Penal Juvenil, compuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, admitiendo además como antecedente la Declaración Universal de los Derechos del Niño<sup>87</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por El Salvador el 10 de julio de 1990, aparece como el dispositivo central de una nueva doctrina, la protección integral de la niñez, paradigma que permitió repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, de tal forma que pretendió convertir los instrumentos jurídicos en herramientas eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes.

El aspecto más relevante del Derecho de la Infancia, producto del nuevo paradigma es que el niño, o sea el menor de dieciocho años, llega a ser considerado como un sujeto de derecho, con derechos y obligaciones, y

---

<sup>86</sup> Tiffer, Carlos y Otros, "Derecho Penal Juvenil", ILANUD, DAAD, San José, Costa Rica, 2002, pág.55.

<sup>87</sup> García Méndez, Emilio, Derechos de la Infancia-adolescencia en América Latina, Edino, Guayaquil, 1994.

no como un mero objeto de la tutela estatal y familiar. Ello queda reflejado en particular en el artículo 12 inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que dice: *“Los Estados partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*

La Convención permitió realizar la distinción entre la niñez vulnerada de sus derechos y la niñez infractora, por lo que permitió plantear un tratamiento jurídico diferenciados, que pudiera brindar protección a los primeros y educación en responsabilidad a los segundos, esta diferenciación coadyuvó a que la niñez infractora pudiera contar con una serie de prerrogativas procesales con las cuales se protegiera el debido proceso en el establecimiento de una sanción penal. Dentro de las novedades planteadas por la Convención figuran en el Art. 40 las siguientes:

- a. La consideración de la infancia como sujetos plenos de derecho y no como simples objetos de protección o tutela.
- b. Elimina de la esfera penal las intervenciones no vinculadas con la comisión de delitos o faltas.
- c. Distingue entre intervención administrativa y judicial, asegurando con ello que la responsabilidad penal sea establecida por el órgano judicial competente y la protección de la niñez este a cargo de autoridades administrativas.
- d. Concede al infractor la posibilidad de contar con derecho a la defensa gratuita, derecho a ser informado de los hechos que se le acusan, derecho a que se le presuma inocente, derecho a que se determine la responsabilidad sobre la base de los actos cometidos contrario a una normativa penal previamente establecida, no pudiendo en caso alguno imponérseles medida por realización de actos no considerados ilegales o por su apariencia física. Todos estos derechos englobados en el derecho a un debido proceso.

- e. La utilización del internamiento como última medida. De hecho en la CDN se proponen un conjunto de medidas que se pueden utilizar para educar en responsabilidad al adolescente infractor como lo son: cuidado, orientación y supervisión, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, etc.
- f. La construcción de un sistema penal juvenil especial requiere de la focalización en el respeto a la dignidad y los derechos y libertades humanas, en las que se tenga en cuenta la edad del niño o niña para el establecimiento de la sanción, la cual debe de orientarse a cumplir con una función constructiva de la personalidad del menor de edad en sociedad.

La Convención de los Derechos del Niño obliga a los estados partes a establecer la edad mínima antes de la cual se presume que los niños y niñas no tienen la capacidad para infringir las leyes penales, permitiendo con ello identificar la población que puede llegar a ser parte del sistema.

Otro de los aportes de la Convención de los Derechos del Niño consiste en prohibir en el art. 37 la aplicación de la medida de privación de libertad de forma ilegal o arbitraria, al establecer que todo tipo de detención, encarcelamiento o prisión se llevará a cabo conforme a la ley, debiendo utilizarse como último recurso y durante el período más breve que proceda. Debiendo asegurarse en todo caso el contacto con la familia.

En cuanto a las sanciones contra los niños adolescentes inhiere a los Estados suscriptores, la imposición de la pena de muerte o prisión perpetua, dado que se confía en la capacidad del sistema y del adolescente para el cambio y su posterior inserción en la sociedad, y por cuanto concibe que no se puede favorecer la socialización de ningún menor de edad alejado de la sociedad.

Dentro de los cuerpos normativos que acompañan a la Convención sobre los Derechos del Niño, que carecen por sí solos de fuerza vinculante se encuentran:

#### **2.2.1.1. Interpretación sistemática de la Convención de los Derechos del Niño**

La Convención de los Derechos del niño, mantiene aún ciertos resabios de modelos proteccionistas, por ello se debe partir de estándares de interpretación sustentados en el “corpus iuris” internacional, es decir abordar sistemáticamente el sistema universal y regional de derechos humanos, pues esto permite tener una mayor claridad del alcance que tienen los derechos de la niñez contemplados en la convención de los derechos del niño.

Debe reconocerse que la *Declaración Universal de los derechos Humanos*, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, establece que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (art. 25 Inciso 2), donde se dispone que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. De igual manera lo retoma el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

*El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* establece en el artículo 13, el derecho a la educación a toda persona, así como el derecho de los padres a escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, al referirse a las garantías judiciales, hace mención a “*toda persona inculpada de delito*”<sup>88</sup> o a “*toda persona detenida*”<sup>89</sup>; dentro de este concepto debe comprenderse a los niños o adolescentes a quienes se les atribuya un hecho delictivo. La misma Convención Americana es clara en cuanto a su aplicación a las personas

---

<sup>88</sup> Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>89</sup> Ib. Art. 7.

menores de edad, puesto que en particular dice: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”<sup>90</sup>; de igual forma el artículo 19, establece como Derechos del niño que: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

Igualmente, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos* tiene una referencia expresa a los niños y adolescentes que se enfrentan al sistema de justicia por hechos delictivos: “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”<sup>91</sup>; así mismo, el párrafo tercero del artículo 10 dispone que: “Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”; el párrafo primero del artículo 14, prohíbe la publicación de datos de los procesos penales de personas menores de edad, reconociendo además los derechos que posee toda persona cuando es acusada de un delito y el artículo 24, establece medidas de protección de parte de la familia, el Estado y la sociedad a favor de las personas menores de edad.

En otro sentido el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”* establece en el artículo 16: “*Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado...*”

En la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* en el artículo 30 establece: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar,

---

<sup>90</sup> Ib. Art. 5 inciso 5.

<sup>91</sup> Art. 10, inciso 2b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos los necesiten”

### **2.2.2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)**

Las Reglas de Beijing<sup>92</sup>, buscan reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, asimismo, proponen que la persona menor de edad que tenga problemas con la ley debe ser sometida a un tratamiento efectivo, humano y equitativo; con tal finalidad, se debe conceder la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles<sup>93</sup>. Así identifica la responsabilidad de la familia y la comunidad en la prevención de la delincuencia de personas menores de edad al concederle la posibilidad a éstos de gozar de una vida digna en donde las necesidades básicas puedan ser satisfechas sin necesidad de recurrir a medios ilegales.

La novedad de estas reglas consiste en que sus disposiciones pretenden ser aplicadas tanto para personas menores de edad, como para adultos jóvenes. Las Reglas de Beijing pretenden limitar las potestades discrecionales de los jueces en el proceso penal realizado contra menores de edad y adolescentes, por cuanto todo abuso de autoridad puede degenerar en arbitrariedad. Este cuerpo normativo aboga al igual que la Convención por la posibilidad de atender a los adolescentes infractores sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales, es decir, buscando los mecanismos sociales que puedan captar y hacerse cargo del proceso de educación en responsabilidad de esta población sin que ello implique juzgamiento. De igual forma se pronuncia en contra de la detención tanto provisional como

---

<sup>92</sup> Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 40/33, el 29 de noviembre de 1985.

<sup>93</sup> Tiffer, Carlos y Otros, "Derecho Penal Juvenil", ILANUD, San José, Costa Rica, 2002, pág.62

definitiva del infractor, intentando proveer de otro tipo de estrategias a utilizar para la prevención de la fuga o cumplimiento de las medidas.

Dentro de las novedades planteadas se encuentra la garantía de discreción que se identifica a través de dos manifestaciones (No. 8 y 21):

- a. la prohibición de información sobre la identidad del infractor, para la protección de la intimidad y dignidad del menor, sin embargo, esta protección es relativa, dado que las Reglas permiten que se establezcan excepciones;
- b. el resguardo estrictamente confidencial de los registros que se llevan sobre ellos, los cuales no podrían aplicarse bajo ninguna circunstancia en procesos de adultos, inhibiendo con ello la posibilidad de aplicar antecedentes penales de procesos de menores en procesos de adultos.

Por otra parte plantea el principio de especialidad según el cual los personeros que trabajen en el derecho penal de menores tienen que ser representantes especialmente preparados para dichas funciones, de hecho consideran que la misma Policía, para el mejor desempeño de sus funciones, debieran especializarse en la prevención de la delincuencia de personas menores de edad, debiendo haber en las grandes ciudades contingentes especiales de policía con esa finalidad.

### **2.2.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.**

Como una preocupación de las Naciones Unidas porque las medidas de internamiento (provisional y definitiva) se utilizaran únicamente como último recurso en defecto e incapacidad del resto de medidas de cumplimiento en medio abierto; regularon las condiciones mínimas que el cumplimiento de estas medidas exige, las cuales procuran el respeto a la dignidad humana y la posibilidad del menor de edad de seguir desarrollando sus capacidades físicas e intelectuales; procura la concreción de programas

dentro de los centros de internamiento que incorporen a los adolescentes, procura además la separación de los menores en atención a su edad, momento procesal en el que se encuentran y sexo con el objeto de no entorpecer el entorno de los rehabilitados ; de igual forma insiste en la prohibición de convertir en datos públicos las informaciones sobre el tratamiento y proceso de resocialización del infractor.

Algunas de las novedades planteadas son las limitaciones al ejercicio de la fuerza, el cual debiera ser el último recurso, en este mismo sentido se prohíbe al personal custodio portar y utilizar armas de fuego dentro de los centros de internamiento, situación que también se recoge en la Ley Penal Juvenil.

La reintegración a la comunidad requiere además de la participación directa de ésta en el proceso de re-educación social del individuo, por lo que se exige crear estrategias que involucren la participación de la comunidad y de la familia; no obstante todos estos aportes, este cuerpo normativo no concede orientación alguna sobre las estrategias de reinserción social, dejando a cada Estado parte en la potestad de diseñar sus propias iniciativas para dar cumplimiento al fin que toda pena tiene, la cual consiste en diseñar un modelo de vida que le permita al adolescente ocupar un rol en la sociedad.

#### ***2.2.4. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)***

Las directrices de RIAD aprobadas por Naciones Unidas mediante resolución 45/112 por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente en 1990, es uno de los pocos instrumentos que se orientan hacia el establecimiento de estrategias de prevención general (No. 3.9).

En este cuerpo normativo se hace un llamado a la familia, las autoridades de educación, la comunidad y los medios de comunicación

masiva a percatarse de la importante función y responsabilidad social por la influencia que tienen en los buenos o malos hábitos de los jóvenes, reconociendo con ello que el fenómeno delincencial antes de ser un problema jurídico es un problema social que requiere del trabajo coordinado de una serie de actores sociales capaces de incidir en la construcción de los futuros representantes de una nación; insiste además en la estrategia de educación universal o educación para todos como mecanismo de prevención general de la delincuencia.

### **2.3. Fundamentos Constitucionales para la creación de la política**

#### **Criminal.**

El *Ius Puniendi* o poder punitivo, es la facultad del Estado de establecer delitos y sanciones, así como la potestad de imponer estas sanciones a los gobernados. La legitimidad del Derecho Penal o del poder punitivo del Estado proviene de la Constitución, representada en una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación.<sup>94</sup>

En cuanto a la política criminal, el Estado diseña el ejercicio de su poder. Dicha práctica refleja el estado en el cual se encuentra como sistema político, reflejándose sus indicadores visiblemente en el trato a los ciudadanos.

La política criminal, diseña el ejercicio de la violencia estatal, siendo el modo como el Estado haga uso del poder en este ámbito, uno de los indicadores de la debilidad o de la profundidad del sistema democrático en una determinada sociedad y nos muestra el grado de respeto a la dignidad de todas las personas y el grado de tolerancia a lo diverso, que es lo que caracteriza a una verdadera sociedad democrática.

El modelo democrático establece límites a la política criminal, basada en los principios de legalidad y certidumbre, es un ejercicio racional y

---

<sup>94</sup> Véase en ese sentido MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal Parte General*; Edit. Tirant lo blanch; Valencia; 1993; págs. 68 y 69.

limitado, basado en la dignidad humana y en el respeto de los derechos fundamentales<sup>95</sup>.

La facultad del Estado para planificar, actuar y adoptar las medidas necesarias para combatir la criminalidad se encuentra referida en primer lugar a la soberanía estatal, "entendida la soberanía como el poder originario y superior de una Comunidad política, estableciéndose que las notas esenciales de dicho poder son su carácter originario y su carácter de superioridad; el primero implica que el poder soberano no depende de otro poder; el segundo, que se impone a todos los demás poderes existentes en el ámbito territorial en el que se asienta dicha Comunidad"<sup>96</sup>. Esta soberanía estatal se encuentra establecida en el art. 83 Cn., lo cual lo legitima para crear y buscar el bien común de la sociedad salvadoreña.

El Estado, como expresión de la sociedad organizada, está facultado para reprimir la criminalidad por medio de los instrumentos de control social que constituyen la legítima reacción de la sociedad, dirigida a la reprobación y condena del comportamiento desviado de los individuos y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales.

La Constitución salvadoreña, establece en el art. 1, que el Estado está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Al respecto, la Sala de lo Constitucional<sup>97</sup> de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el bien Común "se puede comprender como el conjunto de las condiciones materiales y espirituales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo; en ese sentido, pueden señalarse como caracteres fundamentales del bien común la totalidad –es decir, que el bien común es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual todos participan–, y la proporcionalidad – que implica que el bien común es comunicado a cada persona no en su

---

<sup>95</sup> Lucila E. Larrandart, *Cap. Crim. Vol. 34, N° 2 (Abril- Junio 2006) 161 - 200*

<sup>96</sup> Inc. 3-91, Sentencia de 7-IX-1999, Considerando III 1 y 2).

<sup>97</sup> Inc. 8-97, Sentencia de 23-III-2001, Considerando IX 2).

integridad, sino en partes a escalas variables, proporcionadas a la aptitud y responsabilidad de cada cual—. A lo dicho cabe agregar que sólo en la sociedad y a través del bien común los individuos pueden conseguir su propio bien y realización personal; en ese sentido, la ordenación tendente al bien común se rige por la justicia general, y el mismo bien común se convierte en finalidad del orden social y en objeto de la justicia legal; por lo tanto, existe una conexión estrecha entre el bien común y la justicia"

#### **2.4. Disposiciones que facultan al Estado Salvadoreño en la Prevención y Combate de la delincuencia de personas menores de edad.**

El artículo 35 Cn., establece que: “.....la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”, en este sentido el Estado salvadoreño se ha apoyado exclusivamente en la represión, desde una vigilancia omnipresente hasta la reclusión, pasando por todas las modalidades de control social, en contra de cualquier esfuerzo para desentrañar las circunstancias, los motivos, las desigualdades, la desesperanza, todo lo que puede conducir a conductas violentas. Por ende se eliminan los análisis causales que facilitarían y fomentaría políticas de prevención y que permitirían mejorar los programas de rehabilitación existentes.

Como parte de su política, el Estado crea las diferentes entidades a efecto de que desarrollen funciones específicas, tal como lo ha establecido el art.53 Cn., al regular el derecho a la educación y a la cultura, para lo cual debe organizar el sistema educativo para que capacite y convierta a todos en personas útiles a la sociedad y mantenerlos alejados del quehacer delictual, realizando diferentes actividades que posibiliten un mejor aprovechamiento de las aptitudes, capacidades y habilidades de cada persona.

A través de la educación el Estado previene que las personas se involucren en actividades delictivas, lo que conlleva a la creación de

diferentes espacios para que los niños y jóvenes puedan disponer de lugares de esparcimiento, de diversión y de aquellos espacios deportivos y que les permitan proyectarse en el ámbito nacional e internacional.

Por medio de la organización del sistema educativo, el Estado busca prevenir los índices de violencia- personas menores de edad, apoyándose fuertemente en la Iglesia, en las organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y en las de carácter comunitario. Pero cuando estos medios de control social informal no producen los resultados esperados y las conductas de las personas transgreden y violentan la convivencia social, es imperante, que se legisle a favor de proteger a la sociedad de las personas que atenten contra la misma.

En razón de ello, el Estado salvadoreño tiene la obligación de decretar (Art. 131 Ord. 5 Cn.) el ordenamiento jurídico necesario a fin de combatir las conductas que son lesivas a la convivencia social de la comunidad en general; y referido a esta facultad que tiene el Estado para combatir el fenómeno de la criminalidad en general, es que ha creado y organizado el sistema penal; en aras de “Procurar la armonía social, y conservar la paz y tranquilidad interior y la seguridad de la persona humana como miembro de la sociedad” (art. 168 Ord. 3° Cn.).

Para combatir las conductas antisociales de los jóvenes, se les aplica la Ley Penal Juvenil y supletoriamente la Legislación Penal y el Código Procesal Penal; de igual forma se aplican las Leyes referentes a la familia y el Código de Procedimientos Civiles, según lo establece el art. 41 de la Ley Penal Juvenil.

En el mismo sentido, el artículo 159 Inciso 3°, de la Constitución de la República, dispone que la Policía Nacional Civil tiene a su cargo la colaboración en el procedimiento de investigación del delito con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos<sup>98</sup>. La misma Constitución, en el art. 93 Inc. 3°, prescribe que al Fiscal General de la República le compete,

---

<sup>98</sup> Martínez Ventura, Jaime; Límites Democráticos al poder Penal, FESPAD Ediciones, 2005, pág. 330.

*“dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley”.*

Conforme al marco jurídico salvadoreño, la policía depende funcionalmente de la Fiscalía General de la República, lo que implica que la conducción de las investigaciones está en manos de la fiscalía y a la Policía la materialización de dichas investigaciones.

La lucha contra la delincuencia puede ser librada a través de medidas represivas o preventivas y a la policía, como parte del sistema penal, le corresponde desarrollar actividades de represión y control. En un Estado de Derecho, las libertades y garantías de los ciudadanos pueden ser restringidas en la medida que se abuse de ellos y se perjudiquen los derechos de los demás. En ese sentido, la violencia estatal puede ser legítima siempre que esté sometida a una estricta legalidad, es decir, que respete los principios fundamentales de la Constitución con el fin de regular y limitar lo más rígidamente posible dicha violencia.

El poder de la policía combina la violencia institucional y la presunción de legalidad, es decir, que actúa en nombre de la ley y por eso invocando la ley, la policía puede golpear a los ciudadanos, encerrarlos, incluso, eventualmente dispararles. “El Estado, para ejercer ese poder, necesita establecer la relación de mando>obediencia>sanción>limitación; donde la amenaza de recurrir a la fuerza es imprescindible para los efectos de consolidar una relación de poder y donde su empleo, resulta de lo más eficaz para ejercer el poder”<sup>99</sup>.

Para poder realizar sus fines, el Estado tiene que actuar, tiene que desarrollar actividad. Esa actividad fundamentalmente responde a su estructura orgánica inmediata, actividad que se desarrolla de acuerdo con el contenido propio de las funciones atribuidas a sus órganos inmediatos. En toda organización estatal tiene que existir una actividad encaminada a

---

<sup>99</sup> Ferrajoli, Luigi. "La legalidad violenta". En: Cuadernos de Política Criminal, N° 41, Edersa, Madrid, 1990. Pág. 306.

formular normas generales que deben regir, estructurar al Estado y reglamentar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y las relaciones de los ciudadanos entre sí.

La polaridad entre combate y prevención se encuentra plasmada en las dinámicas sociales, más que nunca divididas entre una lógica económica de orden neoliberal globalizante por un lado y por el otro las aspiraciones subjetivas, tanto colectivas como individuales, difusas, dispersas, discordantes pero no menos presentes, aunque todavía no muy elaboradas<sup>100</sup>. Las políticas de represión centradas en el castigo, la sanción y el control están sobreponiéndose a cualquier esfuerzo para establecer modelos de tratamiento y de atención preventiva.

#### **2.4.1. Ley Penal Juvenil**

Mediante al Decreto Legislativo N° 863, del 27 de Abril de 1994, Publicado en el Diario Oficial N° 106 Tomo 323 del 06 de Agosto de 1994, se aprobó la Ley del menor infractor y que posteriormente mediante el Decreto Legislativo N° 395, del 28 de julio del 2004, publicado en el D.O. N° 143, Tomo 364, del 30 de julio del 2004, se modificaría al nombre de Ley Penal Juvenil.

La denominación con la que se reconoce al régimen penal especial para adolescentes es poco precisa en cuanto al contenido a que hace referencia, dado que dicha normativa es fundamentalmente procesal, por cuanto la parte sustantiva que hace alusión a las conductas cuya realización acarrea como consecuencia jurídica una sanción, se encuentran descritas en el Código Penal.

Por otra parte utiliza el término "menor" que ya se ha mencionado anteriormente, es una categoría considerada como una forma peyorativa para referirse a la niñez y adolescencia. Desde el punto de vista legal, y para

---

<sup>100</sup> Jóvenes Criminales: unos adolescentes en situación de grave riesgo, [www.flacso.org.ec/docs/mm\\_menores.pdf](http://www.flacso.org.ec/docs/mm_menores.pdf)

establecer una diferencia entre el adulto que tiene que asumir responsabilidades sociales, legales y políticas; frente al niño con quien la sociedad tiene obligaciones de protección y de educación, entre otras, para asegurar que su crecimiento y desarrollo sean adecuados para su integridad moral, mental y física.

La Ley Penal Juvenil denomina las sanciones penales como *medidas*, lo cual transmite a la ciudadanía una errónea visión sobre la significancia de los procesos penales de menores, dado que el concepto medidas, está siendo utilizado como verdaderas sanciones negativas que indudablemente pretenden castigar al menor y además restringen derechos en el adolescente o joven; sin embargo, su tradicional significado, hace referencia a estrategias de protección del menor que lejos de educar en responsabilidad, pretenden el restablecimiento de sus derechos vulnerados o amenazados. Por lo que sería más adecuado, llamar a las que hoy se conocen como *medidas*, como lo que son: verdaderas sanciones de carácter socio-educativas.

Por otro lado, en materia penal tradicional, la diferencia entre sanciones y medidas de seguridad radica en que las primeras se imponen al sujeto encontrado responsable que tiene la capacidad para asumir las consecuencias de sus actos; por el contrario las medidas de seguridad, son aquellas que se imponen a quien cometió un hecho ilícito que era incapaz de comprender y asumir la responsabilidad por sus actos (enajenados mentales, personas con desarrollo psíquico retardado, etc.) , a quienes según el derecho penal de adulto debiera imponérseles el internamiento, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia (art. 93 y 27 No. 4 C. Pn.)

El art. 2 Ley Penal Juvenil establece quienes son las personas sujetas a la aplicación de la misma —dándose cumplimiento al Art. 40 Lit. a) CDN, que obliga al establecimiento de una edad mínima de aplicación de la ley penal, debajo de la cual se presume que la niñez no tiene capacidad para infringir las leyes penales —, que dispone que la Ley se aplicará a las personas mayores de 12 años y menores de 18 años, estableciendo los doce

años como la edad mínima debajo de la cual los "adolescentes y jóvenes infractores " que cometan una infracción penal no serán sometidos a ningún régimen jurídico de carácter penal, ya que se considera, tal como lo expresa la Convención sobre los Derechos del Niño "se presume que no tienen capacidad para infringir leyes penales".

Sin embargo, los incisos segundo y terceros hacen una diferenciación en dos franjas de edad, de los doce a los dieciséis años y de los dieciséis a los dieciocho años, centrándose la distinción en el siguiente aspecto: en que a los menores cuyas edades oscilan entre los 16 y 18 años de edad, se debe comprobar y determinar la responsabilidad como autores o partícipes de una infracción penal y en caso de encontrárseles responsables se señalan en la Ley Penal Juvenil un conjunto sanciones y para su educación en responsabilidad. Por otra parte, a los adolescentes cuyas edades oscilan entre los 12 y 16 años, no se establece su responsabilidad, sino que únicamente se contemplan los hechos constitutivos de la conducta antisocial y se faculta al juzgador para aplicar indistintamente medidas con finalidad educativas establecidas en el Art. 8 de la Ley Penal Juvenil.

Lo anterior es contrario al proceso educativo y de reinserción social del menor, puesto que no sanciona al menor sino que se le aplica protección social, contrario a lo expresado por diversos tratadistas en el sentido de que toda persona es responsable, lo que es inherente a la dignidad humana. La cuestión gira entonces solo con relación a los diferentes niveles de responsabilidad, lo que depende de las exigencias que plantea el sistema jurídico social. La imputabilidad o inimputabilidad está relacionada con la exigibilidad y con los diferentes niveles de responsabilidad.

El art. 51 Ley Penal Juvenil reza: "*La persona directamente ofendida por la infracción podrá participar en el procedimiento, solamente para efectos de la conciliación o del desistimiento; además podrá estar presente en la vista de la causa. Iguales facultades tendrán el cónyuge o conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y*

*el adoptante o adoptado del ofendido cuando la infracción haya provocado la muerte de éste*". Este artículo establece las oportunidades procesales en los que puede participar la víctima, sin embargo, los espacios reales de intervención son limitados; por lo que se torna imperioso favorecer la participación de la víctima en el desarrollo del proceso, con igualdad de condiciones y oportunidades que el imputado, fiscal y defensor. Por lo que en cumplimiento del principio de igualdad procesal (art. 14 Pr. Pn.), derivado del principio general de igualdad establecido en el Art. 3 Cn., 14 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 24 Convención Americana de Derechos Humanos; se torna imperioso involucrar en igualdad de oportunidades a la víctima.

El art. 51 de la Ley Penal Juvenil, al limitar expresamente los momentos en que la víctima puede participar en el proceso: en la conciliación, desistimiento y vista de la causa, limita la posibilidad de la aplicación del Art. 41 Ley Penal Juvenil en el sentido de aplicar supletoriamente el Código Procesal Penal y permitir la incorporación de la figura del querellante en el proceso. Por otro lado, la Fiscalía General de la República representa los intereses del Estado y de la Sociedad, en defensa de la legalidad (art. 193 no. 1 Cn.) por lo que los intereses directos de la víctima son circunscritos como intereses del Estado y de la Sociedad; por ello, si efectivamente sus derechos no están representados por las partes procesales intervinientes, debería permitírsele una participación a través de la figura del *querellante*, nombrado por la víctima o sus parientes.

#### **2.4.2. Código Penal**

El código penal recoge importantes elementos que orientan el derecho penal juvenil, dado que plantea los tipos penales que se aplican para menores de edad en aplicación supletoria de la Ley Penal Juvenil y por otro lado, establece los tipos y sanciones que rigen a los jóvenes cuyas edades sobrepasan los dieciocho años.

Existen una serie de figuras penales que intentan proteger los bienes jurídicos de la niñez y juventud, desde el momento de la concepción, en acorde con el Art. 1 Constitucional, así regula las siguientes figuras: aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto agravado, inducción al aborto, lesiones en el no nacido (dolosas y culposas), protección frente a la manipulación genéticas (arts. 133 –141 Pn.), todos ellos con el objeto de proteger el bien jurídico “vida en formación”. Para proteger la integridad personal de los menores de edad y jóvenes, establece la prohibición de disparo de arma de fuego con o sin intención homicida (art. 147-A Pn.), prohíbe las lesiones en general contra la niñez y juventud, inhibiendo la aplicación de criterios tales como la existencia de consentimiento para atenuar o eximir de responsabilidad penal a los infractores.

Los art. 156, 158, 159, 160, 161 y 162 del Código Penal, intentan proteger a los menores de edad y jóvenes de experimentaciones de inseminación artificial, violaciones y agresiones sexuales. De igual forma el art. 163 – 173 Penal regula otro tipo de ataques a la libertad sexual , agravando la sanción penal cuando la víctima fuere menor de edad; sin embargo, en este punto la normativa penal no es congruente con las sanciones penales que se establecen para quien determina a un menor de edad a ejercer la prostitución —sanción de 2 a 4 años—, de quienes utilizan a menores con fines pornográficos y exhibicionistas —sanción de 6 meses a 2 años y multa de treinta a sesenta días multa —, por lo que consideramos conveniente unificar ambas sanciones.

## **2.5. Leyes Anti Maras**

Las leyes Anti Maras a partir de su vigencia, han constituido el fundamento jurídico para la coexistencia en cuanto a Justicia Penal Juvenil respecta, de dos sistemas, uno con el cual se pretendió poner a El Salvador entre los países más avanzados en legislación de menores, en funcionamiento a partir de la vigencia de la Ley del Menor Infractor (hoy Ley

Penal juvenil), y otro, el basado en una especie de legislación de emergencia, las cuales han acompañado a los autoritarismos de América Latina.

La primera ley Anti Maras<sup>101</sup> y su sucesora, fueron, leyes penales especiales, en tanto se dirigieron a un grupo particular de personas, es decir, a los miembros de pandillas. Respecto de tales grupos se establecen reglas penales y procesales especiales, se crean tipos delictuales particulares y se instauran procedimientos ad-hoc para el juzgamiento.

En relación a la antigua Ley Anti Maras, Víctor Rodríguez Rescia<sup>102</sup> afirma que al leerla, ésta daba la impresión de ser o bien un ejemplo académico de cómo no deben estar formuladas las leyes penales por sus francas contradicciones con disposiciones constitucionales y de el Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como por sus graves limitaciones de técnica legislativa, o bien, una especie de trampa para distraer la atención mientras se preparaba o se implementaba otra cosa. A esta tesis, hay que añadir una tercera: El interés de tener un tema permanente de debate, que sirva cuanta vez sea necesario para obtener réditos políticos a costa de desgastar a la oposición partidaria y a las instituciones “molestas”, incluso para recordar a los aliados incondicionales, como la ha venido siendo el Fiscal General de la República respecto del Ejecutivo, a quien se deben, y que aún los mínimos resquicios o márgenes para la “discrecionalidad” de su actuación le están vedados.

Ambas normas han tenido en común que han sido aprobadas como leyes temporales, con un período de vigencia de ciento ochenta días, aunque la última de ellas parte de la discusión en torno a un proyecto de ley permanente que sustituiría a la anterior ley temporal.

Si bien la nueva ley no conserva el nombre de su antecesora, su espíritu y la mayor parte de sus principales contenidos perviven en ella. Esta

---

<sup>101</sup> Aprobada por la Asamblea Legislativa el 9 de octubre de 2003, y la segunda el 1° de abril de 2004.

<sup>102</sup> Ex-Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente consultor de diversos organismos internacionales.

nueva ley se denominó *Ley para el combate de las actividades delincuenciales de grupos o asociaciones ilícitas especiales*, tratándose en realidad de una ley Anti Maras.

En lo esencial, la *Ley para el combate de las actividades delincuenciales de grupos o asociaciones ilícitas especiales*, es una norma que:

1. Establece “un régimen especial para el combate de las actividades delincuenciales de los grupos o asociaciones ilícitas especiales, conocidas como Maras o Pandillas”, aplicable “a todas las personas mayores de doce años”.
2. Define a las Maras o Pandillas como “aquella agrupación de personas que en su accionar afecten la convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana”, y que se caracterizan complementariamente por tener dos o más de los siguientes requisitos: “que se agrupen o reúnan habitualmente, que señalen injustificadamente segmentos de territorio como exclusivo, en relación con otras Maras o Pandillas, que tengan señas o símbolos como medio de identificación o reconocimiento con la Mara o Pandilla, que se marquen el cuerpo con tatuajes o cicatrices, como medio de identificación o pertenencia de la misma”.
3. Penaliza la sola pertenencia a una Mara o Pandilla.
4. Penaliza además otras conductas en siete delitos que son en ella tipificados. A excepción de dos de los nuevos delitos contemplados, el resto de conductas tipificadas ya estaban comprendidas en el Código Penal, como delitos o faltas, pero con penas más bajas.

5. Crea la figura de la habilitación de edad, de acuerdo a la cual “Cuando un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años de edad, se le imputare la comisión de delitos y la Fiscalía General de la República advierta que posea discernimiento de una persona adulta, solicitará al Juez de Menores que evalúe esta situación, si el juez considera que tiene discernimiento de adulto, lo declarará como menor habilitado y se le aplicará lo previsto en el Código Penal y Procesal Penal”.
  
6. Modifica el proceso penal de adultos, en cuanto que brinda mayores poderes jurisdiccionales a la Policía Nacional Civil, puesto que la ley los declara titulares de la acción penal para entablar la acusación ante el Juez competente, asumiendo las funciones que les corresponde a los auxiliares del Fiscal General de la República (Art. 30), entre otros aspectos. En lo que respecta a la Justicia Penal Juvenil, se desarticuló el modelo creado a partir de la Ley del Menor Infractor y de la Ley de Ejecución de Medidas al Menor Infractor. Una de las principales consecuencias de la supresión de elementos de dicho modelo es que el margen de la actuación de jueces, víctimas e imputados queda severamente restringido, lo cual limita las posibilidades de búsquedas creativas de soluciones a los conflictos que están a la base de las conductas delictivas.

Más que novedades, la nueva ley, elimina algunos elementos de la anterior, y precisa algunos de sus contenidos. Una de las disposiciones que la nueva ley Anti Maras eliminó, es la que constituía quizá la más franca contradicción con la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, y que consistía en la eliminación de una edad por debajo de la cual se considera que a una persona no puede atribuírsele responsabilidad penal; tal era el absurdo al que se había llegado en el anterior texto. Tal disposición,

contenida en el tercer párrafo del artículo 2 de la antigua ley rezaba de la siguiente manera:

- “Los menores de doce años de edad, que sean sorprendidos en la comisión de alguno de los hechos punibles descritos en esta ley o en el Código Penal, que pertenezcan a maras o pandillas y que después de ser evaluado por el Juez de Menores respectivo, concluya que está en capacidad de discernir la ilicitud de su conducta, se le aplicará el proceso aquí descrito para los menores de edad.”

### **2.5.1. La sentencia de la Sala de lo Constitucional**

Otro de los signos de lo relevante políticamente que ha sido y aún es este tema, es lo que ha provocado a nivel de justicia constitucional.

La resolución emitida provocó un viraje de la posición de la Sala de lo Constitucional<sup>103</sup> en torno a la invocabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parámetro de constitucionalidad. Anteriormente, dicho tribunal había venido sosteniendo que los tratados internacionales de Derechos Humanos no son base para una alegación de inconstitucionalidad. En esta ocasión fue más allá de superar tal posición, pues llegó a establecer que en combinación, las disposiciones constitucionales que establecen valor normativo superior a los tratados por encima de las leyes ordinarias (art. 144) y la concepción personalista del Estado (art. 1 y Preámbulo), se “permite una apertura normativa hacia ellos (los tratados de derechos humanos), misma que sólo es aplicable a “instrumentos internacionales que contengan principios normativos de análoga o mayor cobertura a la establecida en la llamada parte dogmática de la Constitución, y que hagan posible el establecimiento de fructíferas directrices para una más expansiva y más

---

<sup>103</sup> La Sala de lo Constitucional de acuerdo al artículo 183 de la Constitución es el “único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos , en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio ...”

humana interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Después del reiterado cierre por parte de la Sala en cuanto a aceptar más parámetros para su juzgamiento que las disposiciones del texto constitucional, este viraje jurisprudencial además de ser un acontecimiento para la comunidad jurídica salvadoreña, es asimismo denotativo de la importancia política del debate en el cual se enmarca dicho viraje.

Si bien se trata de una resolución que fue pronunciada el mismo día de la aprobación de la nueva ley Anti Maras, el 1° de abril de 2004, y por lo tanto no deja de ser extemporánea para efectos de aclarar el debate que se había generado en torno al texto de la anterior ley, en ella la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estableció líneas jurisprudenciales que deberán en lo sucesivo orientar la labor juzgadora, pero que además vinculan al legislador, y en adelante deben ser tomadas en cuenta, incluso a efectos de derogar disposiciones y hasta leyes contrarias a lo pronunciado. Algunas de estas líneas jurisprudenciales han constituido, virajes en la forma de resolver de la Sala, asimismo algunas de ellas denotan gran claridad jurídica; particularmente resaltan las siguientes:

- *“El programa penal de la Constitución es ante todo un modelo de identificación de la desviación punible, basado en hechos refutables, informado principalmente por los principios de lesividad, culpabilidad, estricta legalidad e igualdad”.*
- *“sólo las acciones externas, que producen efectos lesivos e imputables a la culpabilidad de una persona –y no a su apariencia, actitud o características antropológicas, expresables con términos indeterminables objetivamente-, son en realidad verificables ante el juez de manera precisa y prescribibles taxativamente por el legislador como elementos constitutivos de delito en el sentido exigido por la Constitución.”*

- *“además de impropia resulta innecesaria la penalización especial de las actividades relacionadas con las “maras”, si el orden jurídico y los jueces disponen, incluso desde antes de la vigencia de la LAM, de los instrumentos jurídicos que les proporcionan las dos disposiciones citadas del Código Penal”.*<sup>104</sup>
- *“la peligrosidad y la apariencia predelictual no son conductas que se puedan prohibir ni castigar, es decir los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados de sus hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. ....Y es que, la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, comportando la exigencia de un *derecho penal de hecho*, al que se le opone la idea autoritaria de un Derecho Penal de autor, que se plasma, generalmente, en leyes de peligrosidad social”.*
- *“la doctrina de protección hacia los menores que se deduce del art. 35 inc. 2º Cn., parte del supuesto del menor como sujeto de derechos – nunca un objeto del derecho–; en consecuencia, los criterios ideológicos que deben inspirar el régimen penal de los menores, debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencien sustancialmente del proceso penal ordinario”.*

---

<sup>104</sup> Refiriéndose a los arts. 22-A y 345 que contemplan las figuras de Crimen Organizado y Asociaciones Ilícitas respectivamente.

- “la Convención Sobre los Derechos de Niño –CSDN–, ratificada por D. L. n° 487, de 27-IV-1990, publicado en el D. O. n° 307, de 9-V-1990, prescribe en el art. 1 que se considerará niño toda persona menor de dieciocho años de edad. *Al integrar dicha disposición con los arts. 12, 35 inc. 2° y 144 inc. 2° Cn., se tiene que el Estado está obligado a regular una normativa penal distinta para los menores de dieciocho años de edad, tanto en su penalidad como en su procesamiento. Asimismo, se deduce la obligación al legislador penal de establecer una edad mínima a partir de la cual pueda intervenir penalmente, excluyendo a los menores que no sobrepasen dicho límite –arts. 12 y 35 inc. 2° Cn. y 40 CSDN–.*”
- “el art. 144 inc. 2° Cn., conectado con la concepción personalista del Estado –art. 1 y Preámbulo–, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una *apertura normativa* hacia ellos.”
- “el establecimiento de un régimen especial, que pretende la sustracción de cierto grupo de sujetos del ámbito general, debe estar plenamente *justificado*, siendo que constituye un tratamiento diferenciado.”
- “el legislador está facultado para configurar libremente el contenido de las leyes según su voluntad e intereses, *debiendo respetar únicamente el marco señalado por la Constitución.*”

Y es que dentro del marco anteriormente mencionado, se encuentra la obligación del legislador de no incorporar en las normas, restricciones en el goce de los derechos de los sujetos, que se basen en diferencias de raza, sexo, condición social, edad, etc., y que no correspondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica que el legislador en el desarrollo de su actividad, puede disponer se incorporen a las normas

elementos que impliquen diferenciación en el tratamiento de los destinatarios de las mismas, *siempre y cuando éstos obedezcan a criterios de valoración relevantes* o permitidos constitucionalmente.” Sobre la base de los anteriores razonamientos jurídicos la Sala declaró la inconstitucionalidad de todas las disposiciones de la anterior ley Anti Maras, no salvándose de tal vicio ninguno de sus cuarenta y nueve artículos.

## CAPITULO III

### PERSPECTIVA CRIMINOLOGICA DE LA DELINCUENCIA DE PERSONAS MENORES DE EDAD.

**SUMARIO: 3.1. Desarrollo histórico de la política criminal: El Margen de los “Menores”. 3.1.1. Origen del término “política criminal”. 3.1.2. Evolución histórica-conceptual de la política criminal: ¿Qué es la Política Criminal?. 3.1.2.1 Escuela Clásica. 3.1.2.2. Escuela Positiva. 3.1.2.3. Escuela Italiana. 3.1.2.4. Escuelas Modernas. 3.1.2.4.1. Escuela Finalista. 3.1.2.4.2. Escuela Funcionalista. 3.2 Concepción de Política Criminal. 3.2.1 Modelos de Política Criminal. 3.2.1.1 Política Criminal Autoritaria. 3.2.1.2. Política Criminal Reactiva. 3.2.1.3. Política Criminal Democrática 3.2.1.4. Política Criminal Preventiva. 3.3. La delincuencia de personas menores de edad desde la perspectiva Criminológica. 3.3.1. “Menores”, Política Criminal y poder: Lo Marginal en el Centro. 3.3.2. Política Criminal y Criminología. 3.3.3. Factores que intervienen en el surgimiento de la delincuencia de personas menores de edad. 3.3.3.1. Desde el enfoque del Positivismo Criminológico y la desviación social. 3.3.3.2. Desde el enfoque de la Criminología Crítica. 3.2.3.3. De la Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: un acercamiento al discurso minimalista de Baratta.**

¿Para qué la política criminal? No cabe duda que el campo jurídico, que regula la comisión de los hechos delictivos por parte de las personas menores de edad, es el terreno más fecundo para la elaboración y discusión científica con respecto al problema de la configuración y ejecución del *poder punitivo del Estado*. Con respecto a este sector de las ciencias del derecho<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Discusión que ya fue referenciada; sin embargo, es importante explicar que existen varias denominaciones y que por el momento se utilizará: *derecho penal de la infancia, adolescencia y juventud*. Sobre el concepto puede revisarse críticamente: Quintanilla Molina, Salvador Antonio: “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, 1ª Edición, Ediciones Último Decenio, publicación del Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1996, Pág. 52.; Martínez Ventura, Jaime Edwin: “Límites Democráticos al poder penal: Reformas de la seguridad pública y la justicia penal”, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, FESPAD ediciones, 2005, Pág. 372.; Chunga Lamónja, Fermín, Derecho de menores, 6ª. Edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2002.; y sobre la necesidad de redefinir el concepto: García Méndez, Emilio: “prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”, ser niño en América Latina. De las

es oportuno señalar que, a pesar del avance realizado por los teóricos y de los cuerpos jurídicos que han logrado instituir<sup>106</sup>, se vuelve cada vez más necesario trabajar en la perfecta efectividad que la doctrina de la protección integral demanda y que, por ende, exige el razonamiento garantista que la impregna. En primer lugar, lo que se requiere a esta altura de la situación antes descrita, es que se procure por una difusión e implementación a nivel social, cultural e institucional de lo que ha originado ríos de tinta dentro de las discusiones científicas (doctrina de la protección integral) para derrumbar los muros del andamiaje *menorista*; y en segundo lugar, buscar superar en parte el modelo de justicia hasta ahora delineado, entendiendo que queda mucho por avanzar en el mismo para que este responda a una verdadera justicia penal de la niñez, adolescencia y juventud<sup>107</sup>.

Pero cuáles son las razones que sustentan la validez de la anterior exigencia; en primer lugar es la realidad social, ante la cual están inmersos los destinatarios del sistema de justicia penal juvenil en El Salvador (y Latinoamérica), la que vuelve ineludible trabajar lo más pronto posible en la concretización y sensibilización de la situación de la niñez y adolescencia<sup>108</sup>;

---

necesidades a los Derechos. Buenos aires, argentina, 1991; Beloff, Mary A.: “De los delitos y de la infancia”, Nueva Sociedad, Nro. 129, enero- febrero, 1994, PP. 104-113; Baratta, Alessandro: “Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”, en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, Pág. 55-72.

<sup>106</sup> Sobre este aspecto es importante mencionar que son variadas las latitudes (principalmente en América Latina) y posturas doctrinarias las que arguyen por un derecho de la infancia, adolescencia y juventud, alejado del influjo de la doctrina de la situación irregular. En otros términos, son varias las voces que promulgan un cambio de paradigma en la administración de justicia Penal juvenil.

<sup>107</sup> No es que se esté satisfecho o se desprecie la formulación teórica efectuada hasta el momento, abarcándola dentro de una opinión conformista o intentar soslayar la realización de aquella que esta por venir; sino que se busca consumir uno de los grandes objetivos del razonamiento teórico y que hasta la fecha sigue haciendo mucha falta, ya que se vuelve imperativo asegurar, primero, la vigencia de la doctrina de la protección integral en todo los ámbitos posible. Y segundo, unido a esta lucha se debe establecerse el nueva estandarte de la doctrina científica: advertir las carencias (herencia adultocentrista, la pena privativa de libertad como única vía de solución, etc.) que posee el actual sistema de justicia penal juvenil inspirado en la doctrina de la protección integral. Un claro ejemplo son las consideraciones doctrinarias de Gustavo Chan Mora, quien respeta a Emilio García Méndez, pero al mismo tiempo crítica.

<sup>108</sup> Los clásicos argumentos, sobre abundantes en nuestra sociedad, de considerar la Ley Penal Juvenil como una de las causas principales de los flagelos que sufre la población a manos de los delinquentes; la indeleble concepción, dentro del ideario cotidiano, que nos hallamos en una constante cruzada contra los otros (delinquentes, de los cuales muchos son jóvenes) y el ya intolerable e inconsciente

y la segunda razón, para poder concretar la empresa previamente citada, consiste en que *es menester partir de un análisis depurado y perfeccionado*, en virtud del cual *se vuelve imprescindible ensanchar el horizonte que la discusión ha producido hasta el momento*, y realizar esta ampliación en pos del objetivo antes perfilado: la necesaria superación de las falencias actuales; por lo que se requiere hacer referencia a una serie de conocimientos (que en muchas ocasiones se tienen por acabados) de imprescindible importancia para el perfecto entendimiento de lo sugerido. El primero de estos conocimientos, lo constituye el concepto de *política criminal*. Discernir no solamente que se entiende por política criminal, sino cual es el campo en lo que actúa lo que se denomina con ese nombre o evaluar, incluso, críticamente dicha denominación es de vital importancia para esclarecer la “*cuestión criminal*” en el área del derecho penal de la niñez, adolescencia y la juventud. Otros de los aspectos a trabajar, y que está íntimamente relacionado con lo anterior, es el de la criminología; ya desde el principio, la política criminal y la criminología tienden a estar indisolublemente relacionadas, hasta tal punto que es imposible poder entender una sin la otra. Concebirlo de otra forma o ignorarlo puede llevar a falencias que termine en aplicar de manera exacerbada la utilización de control penal, debido a una incorrecta concepción que se tenga de la realidad social. La criminología suministra los conocimientos necesarios para entender a lo que se ha denominado como *criminalidad*<sup>109</sup>; lo que si queda claro es que sin el uso de la criminología muy poco se avanzaría en el carácter científico con respecto,

---

pensamiento de la clase política que justifica lo anterior y repite una y otra vez actos transgresores al estado de derecho, buscando proyectar una apariencia mesiánica ante la población, son solo algunas de las situaciones que se pueden señalar como intolerables para una sociedad que se pretende regir bajo los parámetros del Estado Constitucional de Derecho.

<sup>109</sup> Es necesario aclarar que a pesar de las discusiones que se sostienen referente al campo de estudio de la criminología (vgr. El análisis por parte de esta de las cuestiones políticas o no), no impide para que de, una u otra forma, sea una fuente invaluable para el discernimiento y crítica de lo que se entiende por conducta criminal; este carácter se obtendrá siempre y cuando se vaya más allá del positivismo criminológico.

ya no solo de la delincuencia en general, sino que, también, de la delincuencia cometida por personas menores de edad.

### **3.1. Desarrollo histórico de la política criminal: El Margen de los “Menores”.**

La política criminal es una de las áreas que, incluso, en la actualidad genera inconsistencias en su comprensión, pues se plantea muchas dificultades. Definir que es política criminal y que no, es una de ellas; sin embargo, rápido se advierte que los restantes obstáculos dependen o son influenciados en gran parte por su definición. También se percibirá, como ya se referenció, que es fundamental el buen entender de lo que se concibe como *política criminal*; y especialmente en *el derecho penal de la niñez, adolescencia y juventud*, en donde la participación de las personas menores de edad en la formulación de políticas (y en especial las penales) es nula, siendo así que la ejecución del poder punitivo del Estado se realiza únicamente desde lo que varios autores denominan “el mundo de los adultos”<sup>110</sup>. Este problema (“El Adultocentrismo”) se agudiza más cuando se plantea el dilema epistemológico<sup>111</sup>, pues no sólo desde la criminología, sino también, y aquí radica la importancia del debate, desde la política criminal se coloca en tela de juicio la función legitimadora del sistema de justicia penal (y en consecuencia el que se aplica a niñez, adolescencia, juventud), que se realiza cuando los aportes teóricos se hacen ajenos a la crítica de las razones que radican en el idear de nuestra clase política. Y es que la realidad

---

<sup>110</sup> Gustavo Chan Mora: “Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil”, editorial investigaciones juritas S.A., San José, Costa Rica, 2007.

<sup>111</sup> La discusión surgida por las aportaciones de K. Popper y T. Adorno, del siglo pasado, en la sociología afectó a la criminología (la discusión radicaba en dilucidar si las ciencias constituyen un objeto alejado de la política, pues serían simple opiniones, revestidas de una supuesta científicidad, las que consideran la explicación o crítica de la ciencias hacia la ideología imperante en una sociedad determinada); sin embargo en nuestra realidad esta discusión carece de relevancia ya que se ve solucionada, en gran parte a favor de la postura que establece un vínculo entre ciencia y poder; observase que son varias las reformas legales que sus explicaciones sólo son posibles desde una postura política autoritaria no conculcando con los fines y límites constitucionales que establece el Estado de Derecho, por lo que resulta ingenuo y perjudicial, para una sociedad que busca guiarse por dichas prerrogativas.

en la que *se ha visto envuelta* la niñez en El Salvador ha servido para reafirmar que ha existido una clara dependencia entre los campos de praxis política (formulación y ejecución de reformas legales con excesiva represión a la niñez, adolescencia y juventud) y el vasto grupo de la población que son colocados al margen, no sólo de la praxis mencionada, sino también de todo el *Derecho*. Una evidencia de esto lo constituye la evolución que ha desarrollado el discurso penal (Derecho penal como ciencia) y que tiene como su más cercana colaboradora a la política criminal (debido a que el desarrollo histórico del discurso penal es el desarrollo de la política criminal); puesto que desde hace mucho tiempo en el “derecho penal de adultos” (desde el proceso de estipulación de los criterios para aplicar la pena por el legislador hasta la realización de estos por el juzgador) se rechazaron los argumentos ofrecidos por el positivismo criminológico, de corte racista y clasista, para la aplicación de la pena, y se basa más en un criterio de culpabilidad impulsado por el liberalismo penal; todo lo contrario en “el derecho de menores”, que se erradicó formalmente hasta finales del siglo XX en El Salvador, que al establecerse las “medidas de seguridad” como la única sanción posible de aplicar, se perpetró en su totalidad la teoría del positivismo criminológico; situación que nunca ocurrió en los sistemas que promulgaban por un Estado Constitucional de Derecho, ya que se sustituía, desde el aporte ecléctico, estos argumentos de talante positivista con los postulados de la escuela liberal. Es en este aspecto donde se encuentran las principales ausencias que genera muchas veces que el tema de la “delincuencia juvenil” sea tratado desde el *mesianismo político*<sup>112</sup> y desde el

---

<sup>112</sup> En la mayoría de las ocasiones, las consignas o discursos políticos consisten en la implementación de políticas criminales o políticas de seguridad que busquen acabar con los criminales, prometiendo de esa manera poseer la solución (mágica) a los conflictos que se presentan en la sociedad. Hay que aclarar que esta burda manifestación es la que propicia en el inconciente general la necesidad de una política de seguridad, estableciendo que existe una situación de inseguridad (ontológica) y que es propia de seres carentes de cualquier tipo de escrúpulos y a quienes hay que combatir.

*derecho penal simbólico*<sup>113</sup>, creando de esta forma el margen de aquellos que no tienen derecho a opinar ni criticar.

Desentrañar, pues, los conceptos (política criminal y criminología) es el primero de los cometidos que hay que cumplir para tener una mejor perspectiva de las discusiones dentro del “mundo adulto”.

### **3.1.1. Origen del término “política criminal”**

El origen del término resulta de difícil determinación dentro de la doctrina que busca establecerlo; pues mientras unos autores<sup>114</sup> indican que desde el siglo XVII fue utilizado por una serie de pensadores de derecho criminal y que, de una u otra forma, desembocó en los axiomas que establecería el ilustre pensamiento de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria<sup>115</sup> y que posteriormente se trasladaría al moviendo reformador en Alemania, para que de esta forma, fuera utilizado por los autores que impulsaron su estudio de manera más vigorosamente (como Kleinsrod, Feuerbach, Henke, Mittermaier y Von List); por otra parte, algunos autores<sup>116</sup> hacen ver que el término “*kriminalpolitik*” no es nuevo bajo el sol; de manera que no existe ningún tipo de innovación en la utilización del mismo y se hace destacar que uno de los datos más interesante, para aquel que desee

---

<sup>113</sup> Este concepto está íntimamente ligado al discurso político, pues lo que se busca hacer “referencia a que determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido” y por ende está vinculado al inflacionismo penal, pues se recurre al endurecimiento de la pena privativa de libertad. (Carlos Julio Lascano: “La Demonización del Enemigo y la Crítica al Derecho Penal Del Enemigo Basada en su Caracterización como Derecho Penal Autor” en Cancio Meliá y Gómez-jara Díez (coordinadores): “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” Vol. 2, Editorial IBdeIF, Buenos Aires, 2006, pág. 204.).

<sup>114</sup> Sánchez Escobar, Carlos Ernesto: “La Política Criminal y el Principio Nulla Poena Sine Culpa”. Doctrina Publicada en las Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial.

<sup>115</sup> Siendo su obra más trascendente (De los Delitos y de las Penas) la representación más clara de la política criminal como crítica de *lege ferenda*, pues realizó una crítica categórica al sistema penal que imperaba en sus tiempo, luchó por que las penas deberían ser proporcionales al daño social causado y abolir cualquier tipo de menoscabo infringido a través de la misma y la tortura como una de las practicas usuales, entre otras aportaciones. Para un resumen de las aportaciones y el pensamiento de este autor, consultar: Zaffaroni, Eugenio Raúl: “Manual de Derecho Penal: Parte General”, 1ª edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2005, Pág. 217.

<sup>116</sup> Langle, Emilio “La Teoría de la Política Criminal” Reus. Madrid. España. 1927, Pág. 27.

establecer el origen preciso de la palabra, es el que presenta a Kleinsrod (Siglo XVIII, 1793) como uno de los primeros en utilizar la mencionada locución, aparejándose, además, junto a la obra del mencionado autor los trabajos de Feuerbach y Henke, los cuales hacían uso del término empleado por Kleinsrod. Sin embargo desde este punto de vista se está reflexionado solamente del origen del vocablo “*kriminalpolitik*” y al introducir en la discusión el significado (es decir, aquella actividad a la que se le puede denominar como *política criminal*) del término, puede apreciarse que se amplía a través del tiempo los referentes a los cuales se podrían identificar con la mencionada actividad<sup>117</sup>, justo como lo plantea la primera opinión. En este sentido, previo al término “*kriminalpolitik*”, se hablaba de “*Politik des Criminalrechts*” o “política del derecho criminal” y tanto por uno como por otro vocablo se hacía diferencia al área que unía al derecho con la política, sirviendo a su reforma o mejoramiento; sin embargo, a pesar de esta noción, en principio acertada, no se traduce con exactitud a las connotaciones que surgieron luego que Von Liszt lo difundiera.

### **3.1.2. Evolución histórica-conceptual de la política criminal: ¿Qué es la Política Criminal?**

Hasta antes de Von Liszt la política criminal no había alcanzado dimensiones importantes<sup>118</sup>; además, debido a su aporte surgen una de las

---

<sup>117</sup> “Así pues la política criminal en cuanto somete a crítica al derecho penal y muestre como debe ser este reformado, es forzoso pensar que haya existido como tal desde que se dictan leyes en el mundo”, Langle, Emilio “La Teoría de la Política Criminal” Op. Cit., Pág. 27.

<sup>118</sup> Si bien se reconoce que previo a FRANZ VON LISZT, en 1765 se había otorgado el estatus de ciencia a la política criminal por una serie de autores, lo relevante de su aporte fue lograr vincular, en su perspectiva de las ciencias, al derecho penal con la política criminal, alcanzando varias aportaciones que, incluso, actualmente tienen eco y constituyen una herencia de invaluable importancia (por ejemplo, la dogmática versus el poder punitivo del Estado: se establece, con base en un concepto de derecho penal liberal, que el derecho penal contiene una serie de principios y garantías sustantivas que constituyen verdaderas rémora al poder punitivo del antiguo régimen, por lo tanto las reformas que desde la política se realice no pueden ir en detrimento de lo que establece los límites del derecho penal. En la actualidad el principio de legalidad y culpabilidad es la barrera infranqueable por cualquier reforma en materia penal, consúltese la sentencia con referencia: 52-2003/56-2003/57-2003, dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro, en virtud de la cual se declara inconstitucional Decreto Legislativo

mayores contribuciones en esta materia: determinar cuál es la relación que mantiene el derecho penal y la política criminal y cuáles son sus aportaciones de una y otra. Sea que se entienda que el derecho penal es el límite de la política criminal (y por tanto se conciben como discursos científicos distintos) o sea que se promulgue por un derecho penal vinculado íntimamente a la política criminal (sin la cual se construyera un derecho penal a espaldas de donde se quiere aplicar: la realidad social), lo importante es que se suma un aspecto más a analizar al estudio de la *política criminal*: El Derecho Penal<sup>119</sup>. La *política criminal* difícilmente puede separarse del Derecho Penal y la correspondiente legislación penal<sup>120</sup> en que se mira materializado y viceversa, pues el objetivo, en principio, es la reforma de aquello a lo el derecho penal busca de manera denodada estudiar: la más depurada teoría que la que se encuentra impregnada la legislación penal. Es por lo que se vuelve necesario, para establecer la evolución conceptual de la política, estudiar lo que los penalistas han aportado a la comprensión de la *política criminal*, sin olvidar que este análisis busca aclarar los conceptos a aplicar al área de la niñez, adolescencia y juventud.

### **3.1.2.1 Escuela Clásica.**

Bajo esta denominación “escuela” se trata de colocar al pensamiento penal que mantenía una opinión análoga sobre el delito, pena y delincuente;

---

Nº 158, de 9-X-2003, publicado en el Diario Oficial Nº 188, tomo 361, correspondiente al 10-X-2003, que contiene la Ley Antimaras).

<sup>119</sup> Su referencia pareciera bastante obvia e incluso ingenua, debido a que otra área tendría más relación con la política criminal que el derecho penal; sin embargo, es importante destacarlo, ya que bajo el estudio de los penalistas (y sus perspectivas del método adecuado para el estudio del derecho penal) la política criminal cobra un influjo en tema referente a la legitimidad del sistema de justicia penal juvenil; además, el derecho penal sirve de base para la política criminal ya que debe suponer inevitablemente la consideración crítica del derecho vigente y teniendo en cuenta que el análisis de la política criminal se puede hacer al margen de la mención expresa de los proyectos de los penalistas.

<sup>120</sup> Seguimos aquí las distinciones que utiliza Eugenio Zaffaroni (“El Enemigo en el Derecho Penal”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, Pág. 27.) en donde se plantea que la expresión *Derecho penal* se destina únicamente a la doctrina jurídico-penal (saber o ciencia del derecho penal), mientras que *legislación penal* se reserva para el cuerpo de leyes que regulan dicha materia penal y *poder punitivo* a la actividad ejercida por el Estado como dato real, histórico o sociológico.

sin embargo, pronto se advierte que dentro de la “escuela clásica” existen tendencias muy disímiles unas respecto de otras. Simplemente el título de “escuela clásica” no proviene ni aún de sus más representativos integrantes, sino que fue una denominación peyorativa impuesta por la escuela positivista, para destacar el atraso de sus postulados en relación a esta. En este caso lo que genera el criterio para clasificar a un pensamiento dentro de dicha escuela es el objeto que toman para su método racionalista-abstracto: esta orientación dirige el estudio hacia un derecho racional, hacia un *Derecho Natural*<sup>121</sup>. De ahí, que también se le agregue a esta orientación el término “liberal”, debido a que es heredera de los axiomas de la filosofía de la Ilustración. Se concebía al delito de manera ideal, desprovista de cualquier implicación ontológica o empírica, ya que era un objeto lógico-formal. En cuanto al delincuente, esta escuela lo olvida totalmente; esto es debido a que uno de los postulados básicos era el “libre albedrío”, que consideraba a todos los individuos iguales<sup>122</sup>, libres y capaces de escoger entre lo que la norma exige o, simplemente, no realizar lo que esta demanda (es decir, libre de decidir entre bien y mal). Por lo que, aquel que no realiza la exigencia normativa niega el derecho y es acreedor de aplicarle una pena, pues la pena es la afirmación del derecho, que fue negado por el delito<sup>123</sup>; se configura así que para la escuela clásica, la pena se justifica debido a que esta es una retribución a los hechos realizados por el delincuente.

La *política criminal* bajo esta orientación es eminentemente de carácter represiva; surge de esta manera el concepto de política criminal circunscrita a la pena y demás medios que de forma represiva aseguran la convivencia pacífica en la sociedad. Feuerbach así lo entendía al expresar el

---

<sup>121</sup> Mir Pug, Santiago: “Introducción a las bases del Derecho Penal”, Editorial IBdeIF, Colección: Maestros Del Derecho Penal, n° 5, reimpresión 2003, Pág. 155.

<sup>122</sup> igualdad que constituye uno de las peores objeciones a esta escuela, puesto que crea el juego de apariencias: en el cual todas las personas son iguales ante la ley; olvidando, otras vez, la realidad, en la cual el sistema de justicia penal posee un alto grado de selectividad de las personas que se les atribuye la rótulo de criminales

<sup>123</sup> Quinteros Olivares, Gonzalo: “Parte General del Derecho Penal”, 1ª edición, Editorial Aranzandi S.A., Navarra, España, 2005, Pág. 109.

siguiente concepto: “(política criminal)...es el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”<sup>124</sup>.

A pesar de la distancia que separa a la actual política criminal con respecto a la escuela clásica, esta es, en gran parte, heredera de los postulados que desde la misma se erigen; la utilización exclusiva de la pena para un hecho tan emblemático como el de la denominada “criminalidad”, el olvido de la persona que se le otorga la etiqueta de criminal y, por ende, la gran separación que existe entre la elaboración de la legislación penal y la realidad a la que se quiere normar<sup>125</sup>, son tan solo alguno de ellos. Sin embargo, este concepto no permaneció por mucho tiempo inerte.

### **3.1.2.2. Escuela Positiva.**

Bajo esta denominación se incluyen una serie de aportes doctrinarios que significaron un cambio tanto de método como de objeto en el estudio del derecho penal (y por ende en la política criminal); del método lógico, abstracto y deductivo se pasó al concreto-inductivo; así como de fijar el interés en el derecho natural. Se colocó en el centro de atención a la realidad empírica del delito, la investigación del *ser* y del *deber ser*<sup>126</sup>. Sin embargo, hay que aclarar que a esta denominación de “escuela positivista” hay que agregarle el término naturalista, para evitar confusiones con respecto al positivismo jurídico<sup>127</sup>. Pero este cambio en el objeto y en el método se debe a consecuencia (y que al mismo tiempo sirve como contraste con respecto a la precedente escuela) de la enorme atención que se colocó en el sujeto que

---

<sup>124</sup> Tocora Fernando “Política criminal en América Latina”. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990

<sup>125</sup> Ya sea por motivos eminentemente coyunturales o por responder a un *derecho penal simbólico*, lo importante es que en el que hacer legislativo se marca un claro divorcio entre la reforma legislación penal y los mínimos requisitos teóricos del derecho penal.

<sup>126</sup> Cfr. Mir Pug, Santiago: Op. Cit., Pág. 160.

<sup>127</sup> El primero (positivismo naturalista) centra el estudio del derecho penal en la realidad empírica, como consecuencia del influjo que tuvieron las ciencias naturales durante el siglo XIX; llevando a que se estableciera el despotismo de las ciencias naturales, en virtud del cual el único concepto válido de “ciencia” que se tuviera eran aquellas que utilizaban el método experimental; el segundo, se refiere a centrar el estudio del derecho penal en el derecho positivo o vigente en una sociedad determinada, de aquí que se considere a esta escuela como parte del positivismo naturalista

realizaba el hecho delictivo: “*el delincuente*”; “El sistema penal se sustenta... más bien sobre el autor del delito, y sobre la clasificación tipológica de los autores”<sup>128</sup>. Este era un ser anormal, disfuncional y diferente a todos aquellos que siguen el orden social, era el mal a extirpar de la realidad para no romper con la armonía natural de la sociedad. Por lo tanto, también debió cambiar la concepción de delito que se poseía desde la escuela clásica; el delito de ente jurídico pasó a ser un objeto ideal a considerarse un objeto empírico, dispuesto en la realidad<sup>129</sup>; es decir, que al delito no se le deben sustraer las dimensiones sociales, ya que siempre constituye un ente jurídico, pero olvidar que este surge y participa en la realidad social conlleva a una pérdida de perspectiva, que en la época de la escuela natural positivista implicó una serie de problemas sociales<sup>130</sup>; pero también el delito constituía una expresión de la peligrosidad del autor. Por tanto, la consecuencia que a este se le debe aplicar es distinta a la sostenida por la escuela clásica; la pena se basa en la capacidad de peligrosidad del sujeto y sirve para incidir en la realidad social. Así hay que cambiar el concepto de libre albedrío y se cambia por el de peligrosidad; al ser el delito parte de la realidad-material depende de las leyes que rigen a este y no ya sólo atribuible, de manera exclusiva, a la voluntad individual; se introducen así el estudio de la causalidad al ámbito del derecho penal, ya sea por factores antropológicos (Lombroso), físicos (Garófalo) o sociales (Ferri). Justificándose así las razones, diversas a la libre voluntad, por las que el hombre delinque en sociedad; no obstante, esto no eximía de responsabilidad y “...*así como el hombre está determinado a delinquir, la sociedad lo está a defenderse del*

---

<sup>128</sup> Baratta, Alessandro: “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídica-penal”, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004, Pág. 32.

<sup>129</sup> Cfr. Mir Pug, Santiago: Op. Cit., Pág. 160.

<sup>130</sup> Ya que consecuencia del liberalismo fue las grandes masas de seres desprovistos de su conducción de humana, obligados a adaptarse a las condiciones de la nueva sociedad industrial, y generó el aumento de los índices de criminalidad, y el ejemplo claro de lo que se denominó *el criminal atávico*.

**delincuente** (ideología de la defensa social)”<sup>131</sup>. Con esta escuela se buscó erradicar el carácter represivo de la pena y se supliera por las *medidas de seguridad*, las cuales son de carácter preventivo y dependen íntimamente del carácter peligrosista del autor.

Con esta escuela, la política criminal es definida como la “reacción, organizada y deliberada, de la colectividad contra las actividades delictuosas, desviadas o antisociales”<sup>132</sup>. La política criminal se mira ampliada, pues ya no sólo es el Estado el sujeto que puede y debe intervenir de la formulación y ejecución de la misma, ahora puede participar la sociedad en general; realizando varios actos que permitan cumplir con la prevención de la *criminalidad*. Introduciéndose el carácter preventivo de la política criminal, surge una perspectiva que pretende combinar este con el carácter represivo de los instrumentos para tratar el tema de la delincuencia (o hacer de este el único medio legítimo de la política criminal). Sin embargo, muchas veces constituyen respuestas de carácter situacional y realizan un papel de reproducción de selectividad del sistema de justicia penal, pues en muchas ocasiones van destinados a sectores estigmatizados como hervideros y cultivos propios para la *delincuencia* y principalmente no llegan intervenir en la *delincuencia* próxima a los círculos del poder y que en ocasiones tienen como protagonistas a los miembros de dicho círculo, incapaces de contribuir a una verdadera solución de los casos de violencia y de violación de derechos humanos.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Cfr. Mir Pug, Santiago: Op. Cit., Pág. 163, el subrayado y el paréntesis no están en el original; también este autor cita a Ferri, quién reconoce que es necesario *las medidas de seguridad con carácter represivo*, en concepto de defensa de lo que se podía aparejar con la delincuencia, ya que utiliza las palabra “enfermedad”, en una analogía. Cfr. Mir Pug, Santiago: *Ibíd.*, Pág. 165.

<sup>132</sup> Marc Ángel, citado por Tocara Fernando: *Óp. Cit.* Pág.

<sup>133</sup> Sobre la tendencia de la *nueva prevención* Gfr. Baratta, Alessandro: “Política Criminal: entre la política de seguridad y política social”, en Baratta, Alessandro: “Criminología y Sistema Penal”

### **3.1.2.3. Escuela Italiana.**

Esta escuela tiene como representantes a Manuel Carnavale y a Bernardino Alimena y seguido posteriormente por Loncha y Sabatini; se pone en duda si constituye una verdadera escuela, puesto que constituye más una forma de consolidación que una verdadera elaboración de postulados, como en los anteriores; no obstante, ni la escuela liberal clásica ni el positivismo criminológico han sobrevivido en estado puro<sup>134</sup>, sino que han sido la virtud ecléctica de la *Terza Scuola* (tercera escuela). En primer lugar, busca abolir el método idealista de la escuela clásica con el método naturalista de la escuela positivista; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, toma al delito como un ente real-material, provisto de todas las implicaciones sociales; en tercer lugar, se admite la categoría de inimputables; y por último, en cuanto a la pena, se le asigna la función tanto retribucionista, como la preventiva y se establece el sistema de doble vía: coexistencia tanto de la pena como de las medidas de seguridad.

### **3.1.2.4. Escuelas Modernas.**

Dentro de esta denominación se incluye dos vertientes que más que una escuela, en estricto sentido, son posturas dogmáticas que parten del análisis de la teoría del delito: la Escuela finalista de la acción y la funcional-estructuralista.

#### **3.1.2.4.1. Escuela Finalista**

El gran aporte de esta escuela es su contribución al desarrollo de la teoría del delito, pues de una concepción dominada por un concepto causal o natural de acción se trasladó a un concepto finalista de la acción. Para esta escuela la acción es entendida como dependiente de la finalidad humana; que la acción sea final significa que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su

---

<sup>134</sup> Cfr. Mir Pug, Santiago: Op. Cit., Pág. 165

actuar, y adecuar, por lo tanto, su acción a un plan para la consecución de los mismos<sup>135</sup>. Este cambio tuvo consecuencias dentro de la teoría misma del delito; en primer lugar, implicó, que el dolo que hasta entonces se había colocado en la culpabilidad, se traslada a la categoría de tipicidad, pues si en la acción la voluntad humana es determinante, el dolo debe ser tratado en dicha categoría, por lo tanto, también significó el desplazamiento a la culpabilidad del dolo natural (que consistía tanto en el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico); en segundo lugar, simbolizó, también, que se entendieran de manera distinta el error de tipo y el error de prohibición. Implicó la implementación de las causas subjetivas en los casos de justificación. Y siguió en la categoría de culpabilidad el *dolus malus*; es decir, la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

A pesar de todo lo antes comentado y de la gran difusión que caracterizó a esta escuela, ésta conservaba un carácter positivista; pues ha mantenido elementos que sirven para juzgar una conducta desde los aportes positivistas: por ejemplo el concepto “personalidad de autor”.

#### **3.1.2.4.2. Escuela Funcionalista**

Esta escuela busca matizar la discusión entre finalistas y causalistas, introduciendo el concepto de política criminal, pues lo importante es que se parte de categorías dogmáticas que no tienen en su base una fundamentación ontológica. En esta postura destaca la unión entre derecho penal y política criminal; los fines del derecho penal son los que establece la política criminal de tal forma que todas y cada una de las categorías del delito cumple una función político criminal.

Desde Von Liszt, la política criminal adquiriría una clara connotación científica, de forma tal que según, una frase usual, el derecho penal es el límite que la política criminal no puede exceder; sin embargo, con la

---

<sup>135</sup> Welasel, Hans: “El Nuevo Sistema De Derecho Penal”, Editorial IBdeIF, Colección: Maestros Del Derecho Penal, nº 5, reimpresión 2003, Pág. 155

concepción funcionalista esto cambia sustancialmente, ya que desde este aspecto negativo de la política criminal se le asigna un carácter positivo: la política criminal pasa a determinar al derecho penal estableciéndole los fines.

### **3.2 Concepción de Política Criminal**

La formas de concebir la política criminal que un Estado implementará ante el fenómeno de la criminalidad, ha variado de acuerdo a las relaciones de producción establecidas en distintos estadios históricos y de acuerdo a los modos de producción y sistemas políticos imperantes.

De tal manera que, de acuerdo a como se le concibe así va encaminada a combatir, a reprimir o a prevenir el delito utilizando estrategias diversas según el modelo aplicado. Es por ello que puede afirmarse que “la política criminal en América Latina ha estado marcada por el desfase entre norma y realidad, desfase entre lo proclamado y lo practicado, entre el modelo oficial y el modelo aplicado.”<sup>136</sup> Es común encontrar Estados, no solo en América Latina, que teóricamente moldean un modelo de política criminal democrático, pero en su aplicación olvidan utilizar herramientas acordes a esa concepción para concretar dicho modelo.

La política criminal, tradicionalmente es concebida como “el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.”<sup>137</sup> Definiciones de este tipo, aunque de reciente aparecimiento, limitan el campo de acción de la política criminal únicamente a la coerción penal, ya que entiende tal política como un conjunto de decisiones y las decisiones son actos de voluntad de determinados sujetos sociales, relativas al uso de los instrumentos de coerción penal teniendo como principal instrumento para ello la norma penal, tanto así que para Roxín

---

<sup>136</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal en América Latina”, ediciones Librería del profesional, 1ª edición, Colombia, 1990, Pág.17.

<sup>137</sup> Bínider Alberto “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2ª edición, editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2005, Pág. 45. En principio, tal política es un conjunto de decisiones.

“la cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, conforma el objeto principal de la política criminal.”<sup>138</sup> Evidentemente hace referencia únicamente a una política restringida a la punición del delito. Esto implica, que para definir los procesos criminales necesariamente la política criminal ha de tener en cuenta a la criminología, en la medida que ésta representa un análisis sociológico de los procesos de criminalización y, por tanto, define cuáles son los instrumentos y mecanismos a través de los que “el poder” va definiendo y construyendo lo criminal. Se considera como un sistema de control penal que no solo implica las leyes (penales, procesal penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares. Una política criminal exige también considerar líneas concretas de acción, es decir, cómo actúan los operadores sociales; ello implica que no hay estancos separados o independientes, sino que todos forman una unidad, de modo que el hecho de tener la mejor ley no significa nada y, menos aún, si sólo es en un determinado ámbito (penal o procesal penal).

Entiéndase entonces que política criminal es el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal. Pero, también es necesario mencionar que pueden haber diferentes formas de concebir la política criminal, extenderla a un ámbito un poco más amplia que la simple punición. Para el caso, Elena Larrauri Pijoan sugiere que “Política Criminal son las decisiones sobre como las instituciones del Estado responden al problema denominado criminalidad (delincuente, víctima, delito) y a la estructuración y funcionamiento del sistema penal (agentes de policía,

---

<sup>138</sup> Roxín, Claus y otros “Política criminal y estructura del delito: elementos del delito a la política criminal”, editorial PPU, 1ª edición, Barcelona, 1992, Pág. 9.

Derecho Penal, sistema de justicia penal e instituciones de castigo).”<sup>139</sup> Las formas de respuesta al fenómeno de la criminalidad pueden ser dirigidas no solo desde el derecho penal (punición) sino desde formas preventivas de la criminalidad, por ello puede afirmarse que la política criminal, necesita el apoyo de la política social. La cooperación se efectúa de tal modo que la política social trate de influir en los factores sociales reconocidos como criminógenos. Con esta colaboración, ciertamente no desaparece el delito, pero es posible mantenerlo bajo control.

El divorcio entre la política criminal y la política social, puede generar múltiples casos de injusticia no solo social sino también penal y en última instancia, violatorias de derechos individuales es así como la política criminal es considerada generalmente como parte de la política social; pues de esa manera se construye una política criminal coherente, sensata, meditada, que se concrete en el marco de una sociedad más justa ocupada en una problemática social que mediante políticas sociales se dedique a la tarea de reducir los niveles de pobreza, de desempleo, de falta de educación y salud, de vivienda, de desarrollo urbano, etc.

### **3.2.1 Modelos de Política Criminal**

Ciertamente la política criminal que un Estado implementa para hacer frente al fenómeno de la criminalidad varía, en relación a los intereses que defiende de acuerdo a los grupos sociales dominantes y por ende al sistema económico-político que impulse. Es así que encontramos modelos autoritarios, represivos, reactivos, democráticos, preventivos, entre otros.

#### **3.2.1.1 Política Criminal Autoritaria**

“Cuanto más desigual es una sociedad, tanto más tiene necesidad de un sistema de control social de la desviación de tipo represivo, como el que

---

<sup>139</sup> Larrauri Pijoan, Elena “Consideraciones sobre Política Criminal”, Comisión coordinadora del sector de justicia, San Salvador, 2001, Pág. 3.

se realiza a través del aparato penal del derecho burgués”<sup>140</sup>. Afirmación certera hecha por Alessandro Baratta, criminólogo destacado de la contemporaneidad, ya que el modelo de política criminal ha variado a través de la historia de acuerdo a los modos de producción y sistemas políticos imperantes, defendiendo intereses particulares de los bloques sociales dominantes en cada sistema político.

El modelo autoritario se caracteriza por subordinar la libertad al principio de autoridad, por lo que el alcance de la política criminal no tiene límites; el ejemplo claro es en las dictaduras, pero también puede serlo en una democracia.

La política criminal se ha confundido entonces con la represión, y a esta, con la prisión, en ese sentido se entiende la progresión de los procesos de criminalización, inflacionismo legislativo que recorta el espacio de libertad del ciudadano. Se da un derecho penal de corte liberal con el principio de legalidad que queda desdibujado con legislaciones ambiguas y abiertas, o un derecho procesal penal que termina invirtiendo la presunción de inocencia a través de una detención preventiva estricta y prolongada, basados en el mito de la igualdad de la ley, que resultan aplicados selectivamente a través de filtros de poder económicos o políticos<sup>141</sup>

Esta concepción lamentablemente no es solo teórica, sino que existe efectivamente en la legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo y tráfico de drogas) y en la praxis de la política internacional (que no se pregunta por las causas de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que quiere combatir “los efectos”, mediante “guerras preventivas”). Tal proceder, al fijar sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del derecho

---

<sup>140</sup> Baratta, Alessandro “Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal”, Siglo XXI editores, Argentina, 2004, Pág. 220.

<sup>141</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal Contemporánea”, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 17

penal de acto y se convierte en una expresión de las tendencias autoritarias del históricamente ya conocido derecho penal de autor.

“Una mayor represividad es generalmente la respuesta mecánica a los grandes problemas sociales que se están generando, ya que no solo es la vía del menor esfuerzo, sino la salvaguarda de sus últimas funciones institucionales”<sup>142</sup>. Las libertades públicas y las garantías fundamentales se ven frecuentemente recortadas. Bajo el criterio de anticiparse al delito, entra a ejercer el control sobre sectores marginales, como en el caso de los desempleados, vagos, “menores abandonados”, jóvenes ociosos, entre otros.

Otro fenómeno que ilustra este modelo lo da la consolidación de diversas instituciones de control pre-delictual como los reformatorios, casas correccionales. Además, la primacía de acción a los organismos policiales y militares del Estado en detrimento de los judiciales. Es característico, entonces encontrarse con una sobre criminalización, a partir de la cual se dan criminalizaciones de conductas moralistas, delitos sin víctima, conductas sin atentados a bienes jurídicos, etc.

Desde los tiempos de los cuerpos de policías de hacienda, hasta la militarización actual de las policías, como el caso de América Latina, cuya intervención es privilegiada por las legislaciones en una clara contraposición de la labor judicial. Las redadas, interpelaciones, detenciones para verificación de antecedentes, y otras formas de intervención policial son frecuentes y selectivamente utilizadas frente a las clases bajas y marginales, dándose una estigmatización criminal que tiene como efecto la marginalidad y discriminación.

Dentro de las tendencias de política criminal autoritarias se desarrollan políticas de represión extensivas en materia criminal, reflejadas en el inflacionismo penal, arrebató punitivo que evidencia no solamente ese autoritarismo restrictivo de las libertades públicas, sino también, la

---

<sup>142</sup> Aniyar de Castro, Lolita “Los Retos de la Reforma Penal en América Latina, desde la Nueva Criminología” tomado de “SERTA, in memoriam Alexandri Barata”, Editor: Fernando Pérez Álvarez, ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág. 58.

incapacidad y la falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales, ante lo cual superponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal. De esta manera el derecho penal se convierte en primera ratio sobreesaturando la capacidad del sistema penal.

Bajo la bandera de este modelo, antes que perseguir específicos actos de lesividad a concretos bienes jurídicos, persiguen tipos de personas, clasificadas como enemigos reales o potenciales, lo que se ha llamado el derecho penal de autor en contraposición al derecho penal de acto, concepción que confunde al autor con su acto; pues es un Derecho penal que pone en cuestión ciertas garantías hasta ahora consideradas conquistas irrenunciables de la humanidad. Una de ellas es, precisamente, el principio de responsabilidad por el hecho; pues se estigmatiza al individuo o a grupos sociales específicos inocuizando a sujetos particularmente peligrosos, sancionando ideologías indeseables, o castigando con pena modos de vida poco ortodoxos desde el punto de vista de la moral imperante.

Las etiquetas de delincuencia se aplican, de manera sistemática, para perseguir la protesta social, a sindicalistas, líderes estudiantiles y campesinos, periodistas incisivos, entre otros, a quienes se les estigmatiza muchas veces como “subversivos” o “terroristas” y además, para perseguir la disidencia del sistema, intelectuales críticos, ciudadanos que quieren emigrar, etc.

En los sistemas penales de los países centrales (o desarrollados) se suele juzgar a los procesados tercermundistas bajo el influjo del estigma racial y migración ilegal (negros, indios, latinos, árabes, etc.). La apariencia física, la vestimenta, la pertenencia a un grupo como las pandillas, los antecedentes penales, entre otros, son aspectos que se consideran como válidos para perseguir penalmente a sujetos que presentan dichos requisitos.

La prisión ha sido la única respuesta encontrada por la política criminal autoritaria para combatir el fenómeno de la delincuencia que, para Fernando Tocara la prisión es “ese centro de hacinamiento y reclusión de seres humanos que se degradan en una atmósfera violenta y pestilente”<sup>143</sup> y, de acuerdo a dicho autor, ha sido la gran respuesta al problema social del delito.

La crisis de las políticas de rehabilitación y resocialización amenazan con afirmar ese carácter netamente represivo de los sistemas penales, cuyos bienes jurídicos se privilegian en favor del Estado y en detrimento de los intereses sociales; sin embargo, la sociedad reclama contra la inseguridad, pidiendo mayor represión y olvidando el gran problema social que yace en el fondo de la violencia y delincuencia, afirmándose que los discursos de resocialización de todo aquel que sufre una condena, con la intención de que se reinsera en la sociedad, no han sido más que eso: discursos, pues las cárceles muchas veces no son más que escuelas donde se profesionaliza en el arte de delinquir.

Con mucha frecuencia, los regímenes que tienen modelos autoritarios utilizan la detención preventiva, como excepción a la libertad durante el proceso, fundada sólo en la posibilidad que se entorpezca la investigación.

Cabe mencionar que, dentro de los modelos autoritarios de política criminal, surge recientemente la concepción del denominado “Derecho Penal del Enemigo”. Mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros, y, por ello en él, la reacción del Estado se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Implica además, aquellas normas jurídicas excepcionales, de combate de la delincuencia, caracterizadas por un incremento de las penas y la supresión de garantías jurídicas, únicamente aplicables a los enemigos o “no

---

<sup>143</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal Contemporánea”, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, Pág. 19.

personas”. Los enemigos o no personas son los integrantes de la criminalidad organizada y grupos terroristas: individuos que han “abandonado” el Derecho por tiempo indefinido, lo cual supone una clara amenaza a los fundamentos de la sociedad que constituye el Estado.

“El Derecho penal del enemigo se presenta como una nueva vía de solución totalizadora frente a la violencia generada por ciertas actividades criminales, la más emblemática, el terrorismo, que presentan la peculiaridad de erigirse como un fenómeno de beligerancia permanente para las sociedades modernas.”<sup>144</sup> Este tipo de derecho penal como sustento de la política criminal autoritaria- represiva, alcanzó mayor auge y aceptación a partir de los atentados terroristas ocurridos en New York y Washington (2001), y otros lugares del mundo. Concretamente es observable con los prisioneros de Guantánamo, de los que Estados Unidos de América niega rotundamente la posibilidad del respeto a las garantías procesales.

### **3.2.1.2. Política Criminal Reactiva**

La política criminal contemporánea se ha distinguido por su deficiencia programática, su falta de estudio y planificación que es observable de manera clara en las respuestas oficiales de exacerbación de la represión penal dictadas ante situaciones coyunturales que buscan un efecto de apaciguamiento social ante la alarma social que reclama contragolpes.<sup>145</sup> Esa mayor dureza del derecho penal material se debe a una política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Esto se debe a conveniencias políticas coyunturales más que a una línea coherente de política criminal. En el ámbito legislativo, prima la lógica del

---

<sup>144</sup> Aboso, Gustavo Eduardo “El llamado Derecho Penal del Enemigo y el ocaso de la Política Criminal Racional: el caso argentino”, tomado de “Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión”, Coordinadores: Cancio Meliá y otro, volumen 1, editorial B de F, Buenos Aires, 2006, Pág. 60

<sup>145</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal Contemporánea”, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 5

castigo y se incrementa la respuesta punitiva, ganando espacios de la mano de las campañas de “ley y orden” y de “mano dura”, con cálculos de conveniencia electoral, y el sentimiento de inseguridad de la población descansa en los discursos de los medios de comunicación masiva, erigiéndose el derecho penal como primera ratio.

De acuerdo a Fernando tocara, esta es una política que en el fondo está expresando una falta de política ya que no posee una planificación, carece de un programa y de un diseño estructurado de respuestas frente al fenómeno de la criminalidad. Dicho de otra manera se convierte en una legislación de coyuntura de cara a hechos que generan incertidumbre en la población o alarma social por lo que esta reclama mayor seguridad. Se convierte entonces en una política de apaciguamiento que únicamente va encaminada a calmar esa alarma social generada.

“Se legisla para decir que se está haciendo algo.”<sup>146</sup> Por lo general no existe una verdadera voluntad de resolver el fenómeno de criminalidad de determinada coyuntura sino únicamente dar la impresión de que combaten de manera directa, efectiva, y rápida por medio de normas expedidas en el momento en que se presenta el fenómeno. Se trata principalmente de contener, más que el fenómeno criminológico, la ola de inconformidad social que podría generarse ante una inoperancia estatal.

Este modelo de política criminal, utiliza un derecho penal simbólico o también llamado reactivo que es básicamente un derecho transitorio e ilusionista pues únicamente genera la ilusión de solución de las demandas de seguridad y justicia. La implementación de este modelo obedece a la búsqueda de réditos políticos presentando la sensación de acción efectiva para ocultar la impotencia o el desinterés de acción por parte del Estado.

Es evidente que este derecho simbólico “puede servir exclusivamente para encubrir la falta de capacidad del Estado para la resolución de un

---

<sup>146</sup> Aniyar de Castro, Lolita “Los Retos de la Reforma Penal en América Latina, desde la Nueva Criminología” tomado de “SERTA, in memoriam Alexandri Barata”, Editor: Fernando Pérez Álvarez, ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág.57.

problema, dando la sensación al ciudadano que existe preocupación por él, no obstante que la realidad es otra, con lo cual subsiste el problema y más aún se profundiza”<sup>147</sup>

Las decisiones son tomadas entonces de manera coyuntural de acuerdo a la manera en que se presentan los hechos en la realidad y en la medida en que la sociedad demanda mayor seguridad. Se convierten en espectáculos de cara a una audiencia mediatizada ya que los medios de comunicación son utilizados para insertar esa realidad aparente, muchas veces construyen esa realidad mediante su poder en el manejo de la opinión pública, tratando selectivamente los hechos criminales ya que genera estigma en unos sectores sociales y los desvirtúa en otros, distorsionando intencionalmente la verdad.

Los medios de comunicación fomentan solamente una reacción social frente a la criminalidad convencional y no la exposición de la delincuencia de cuello blanco. Ello conlleva a que se le achaque el retraso y dependencia económica de un Estado a la “inseguridad”, discurso cotidiano que genera un sentimiento colectivo de inseguridad.

“En la opinión pública se realizan, en fin, a través de efecto de los mass media y la imagen de la criminalidad que transmiten, procesos de inducción de la alarma social, que en ciertos momentos de crisis del sistema de poder son manipulados directamente por las fuerzas políticas interesadas, en el curso de las llamadas campañas de “ley y orden”, pero que, independientemente de estas campañas limitadas en tiempo, devuelven una acción permanente para la conservación del sistema de poder, oscureciendo la conciencia de clase y produciendo la falsa representación de una solidaridad que une a todos los ciudadanos en la lucha contra un común

---

<sup>147</sup> Bustos Ramírez, Juan “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, tomado de “Pena y Estado, función simbólica de la pena”, director: Juan Bustos Ramírez, editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1995, Pág. 101.

“enemigo interno”.<sup>148</sup> Los medios de comunicación instalan el tema de inseguridad ciudadana. Esto genera un proceso de criminalización creciente que desemboca en un inflacionismo penal, pues aparecen nuevas realidades que hay que regular, es decir el apareamiento de nuevos bienes jurídicos.

Se identifica un enfoque frente al tema penal de rasgos autoritarios: lo que se conoce como “mano dura”, que propugna dejar de lado las garantías constitucionales en aras de una supuesta “eficiencia” y que hace parecer como si el tema de la seguridad se solucionara agravando penas y procedimientos y otorgando más facultades a las fuerzas de seguridad. Así, frente al fenómeno criminal, se postula una supuesta mayor “eficiencia” y se hace aparecer al cumplimiento de las garantías y principios constitucionales como causantes de “ineficacia” en la respuesta frente al delito.

En ese marco la respuesta “automática” al problema de la seguridad sería el poder punitivo; el único método de resolver los conflictos parecería ser el sistema penal, cuánto más duro mejor, concibiéndose como principal respuesta a la inseguridad el reforzamiento del poder punitivo, siendo el eje central del poder penal la instancia policial.

### **3.2.1.3. Política Criminal Democrática**

En el modelo democrático se establecen límites a la política criminal, basada en los principios de legalidad y certidumbre, es un ejercicio racional y limitado, basado en la dignidad humana y en el respeto de los derechos fundamentales. Dicho de otra manera, ceñidos a un modelo de política criminal democrática, la acción penal, la policía, se deben ceñir de modo estricto al principio de la legalidad el cual implica el respeto del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a las garantías propias al debido proceso judicial. La policía no puede hacer uso de un poder propio.

---

<sup>148</sup> Baratta, Alessandro “Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal”, Siglo XXI editores, Argentina, 2004, Pág. 218.

Una política criminal debe definir los bienes jurídicos que ameritan la protección penal. El proceso de selección de bienes jurídicos debe corresponder a criterios democráticos que reconozcan los pluralismos sociales, los derechos de las mayorías y de las minorías. Procesos de creación de la ley abiertos que tengan en cuenta los intereses generales y no solamente los de las élites que monopolizan el poder. El cumplimiento adecuado de las políticas sociales haría innecesaria la drástica intervención penal aplicando de esa manera el criterio de “última ratio” del derecho penal. Es necesario proteger penalmente el medio ambiente, la salud pública, la economía social, las condiciones mínimas de seguridad laboral, etc.-

Una política criminal democrática debe proclamar únicamente “la vigencia de un derecho penal mínimo o de ultima ratio, que solo legitime la intervención de la más drástica y severa de las intervenciones legales en casos extremos, en los que no exista otra alternativa jurídica y se pueda establecer la pena como una necesidad.”<sup>149</sup> El Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas (formales e informales). Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso. En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, se hace referencia concretamente a uno de los principios más importantes: el de última ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. El principio de última ratio como expresión del principio de estricta necesidad, se sitúa dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho.

---

<sup>149</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal Contemporánea”, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, Pág. 10

“Toda nueva legislación penal debe partir de esa primera cuestión: qué sancionar, qué criminalizar, preguntas que no pueden tener respuesta oportunista, sino que deben propiciar un debate axiológico en torno a la sobrevivencia de la especie humana.”<sup>150</sup> Se trata de buscar la aplicación del principio del Derecho penal: última ratio; puesto que “las garantías legales no producen total seguridad, ni serían justificables, sino en la medida en que, el Estado formal de Derecho se transforme en el Estado de los Derechos Humanos.”<sup>151</sup> Los derechos humanos entonces, se convierten en los límites a la ley penal.

La función punitiva del Estado se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente. Así, el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho. El Estado al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios que se componen de bases constitucionales. En un Estado democrático la intervención penal del Estado está limitada por marcos jurídico-políticos.

En otras palabras el ejercicio del poder punitivo del Estado debe limitarse y debe restringirse con criterios racionales proporcionados por la dogmática jurídico penal más no con criterios políticos, puesto que estos últimos tienen su nacimiento en el Estado mismo por tanto nunca podrán restringirlo, es decir, que debe sustentarse en la aplicación de un derecho penal de acto contrario al derecho penal de autor utilizado por los modelos de política criminal autoritarios- represivos.

---

<sup>150</sup> Aniyar de Castro, Lolita “Los Retos de la Reforma Penal en América Latina, desde la Nueva Criminología” tomado de “SERTA, in memoriam Alexandri Barata”, Editor: Fernando Pérez Álvarez, ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág. 61.

<sup>151</sup> Aniyar de Castro, Lolita “Los Retos de la Reforma Penal en América Latina, desde la Nueva Criminología” tomado de “SERTA, in memoriam Alexandri Barata”, Editor: Fernando Pérez Álvarez, ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág. 62.

Una política criminal democrática debe enfatizar también en la prevención. La formulación de normas penales es uno de los instrumentos de la política criminal, pero no es el único, junto a ello también están las formas procesales, la organización de la justicia, su rapidez, su transparencia, la prevención, la reforma policial, la articulación con otras políticas de Estado y el desarrollo de políticas sociales, que también es una de las dimensiones a tener en cuenta al diseñar políticas de seguridad integrales. Lo que se requiere es una profunda articulación con otras políticas sociales referida a acciones que permitan intervenir de modo concreto sobre los modos de la convivencia social y calidad de vida.

La política criminal debe tomarse como una política de Estado. No pueden cambiarse las regulaciones ante hechos de trascendencia mediática, pues ello contribuye al sentimiento de inseguridad en la medida en que incentiva el reclamo de una respuesta que no lleva a solución alguna. Debe tenerse en cuenta que, mientras la inseguridad afecta a la sociedad en su conjunto, la sufren en forma particularmente grave los sectores de menores recursos. Por ello, hay que buscar políticas inclusivas que protejan a los diversos actores y no sólo los derechos de un determinado sector social, y mucho menos que promuevan la seguridad de un determinado grupo social a costa de los derechos de los demás ciudadanos; por ello, es necesario el diseño de una política criminal democrática, con objetivos de corto, mediano y largo plazo y manteniendo las políticas a través del tiempo.

#### **3.2.1.4. Política Criminal Preventiva**

Dentro del marco de un modelo de política criminal, paralelo a ello, debe considerarse no solamente la punición como mecanismo de combate al fenómeno delictivo, sino que es conveniente echar mano de otras herramientas que en lugar de combatir el fenómeno lo prevengan, como dice

Heinz Zipf “Una buena política social es la mejor política criminal”<sup>152</sup>, por lo que se hace necesario dentro de un Estado democrático y social de derecho articular la política criminal con la política social ya que “así como es preferible poder prevenir una enfermedad en lugar que tener que curarla, también es más ventajoso afrontar preventivamente la criminalidad en vez de punirla represivamente”<sup>153</sup>

Un modelo preventivo debe partir de la inclusión de todos los actores sociales en cuanto a la participación de estos en la solución de conflictos de tipo económico, social, político, cultural, etc. Antes de llegar a la punición; pero fundamentalmente “una política criminal en América Latina que se adecue a las pretensiones de reducir a límites racionales y tolerables la criminalidad debe partir de la formulación de modelos de desarrollo que eliminen la miseria y las carencias alimentarias, de salud, ocupación y vivienda”,<sup>154</sup> ya que sin la concreción de estos supuestos es totalmente infructuoso todo tipo de combate a la criminalidad, pues no se estaría resolviendo estructuralmente el fenómeno.

La política criminal implica otras respuestas extrapenales o extrapunitivas como en la política criminal meramente represiva, por ejemplo los programas de educación, de empleo, de socialización solidaria, etc., que se convierte básicamente en una política criminal preventiva y es preventiva no solo en relación a la criminalidad primaria, sino también a la secundaria porque sobre quien ya ha caído en el delito se pueden adelantar programas dentro o fuera de la prisión y además la prisión debe reducir sus alcances actuales.<sup>155</sup> Bajo este modelo el derecho penal, se hace innecesario, salvo en casos extremos, pues la sociedad en general tendría cubiertas muchas de

---

<sup>152</sup> Zipf, Heinz “Introducción a la Política Criminal”, Editoriales de Derecho Reunidas, España, 1979, Pág. 158.

<sup>153</sup> Zipf, Heinz “Introducción a la Política Criminal”, Editoriales de Derecho Reunidas, España, 1979, Pág. 158.

<sup>154</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal en América Latina”, ediciones Librería del profesional, 1ª edición, Colombia, 1990, Pág. 16.

<sup>155</sup> Tocara, Fernando “Política Criminal Contemporánea”, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, Pág.12

las necesidades que a veces mueven a delinquir. Por supuesto no debe creerse que el fenómeno de la criminalidad desaparece por completo, pero al menos se mantiene en niveles muy controlables y no desbordados.

### **3.3. La personas menores de edad desde la perspectiva Criminológica**

#### **3.3.1. “Menores”, Política Criminal y poder: Lo Marginal en el Centro.**

En conclusión, de lo hecho se ha de advertir que existe, de una u otra forma, la unión y dependencia en la concepción de lo que se entiende por política criminal con las expresiones del poder, que disponen la formulación de la misma tiene que alejarse de la dependencia de una política criminal de corte represiva, autoritaria (que queda reflejado en un Estado Constitucional de Derecho cuando éste conculca con conceptos como los del enemigo en el derecho penal, la utilización del derecho penal de autor y el carácter represivo-activo que impregna de manera contundente la praxis política). Pero falta destacar un aspecto conceptual de igual o mayor importancia dentro del tema de la *política criminal* y que constituye, además, una de las tareas más importantes de cara a construir una política criminal propia de un Estado de los Derechos Humanos: la relación que guarda la política criminal con los aportes teóricos de la criminología.

Lo anterior, dentro del área del “derecho de menores”, ha significado la completa vigencia de una teoría que ha ido formando la subcultura del menorismo: *el positivismo criminológico*. Y se ha formado dentro del espacio tanto científico como de la práctica de las instituciones estatales y, de mayor importancia aún, dentro del idear cultural de las sociedades. La construcción de un derecho penal de la infancia, adolescencia y juventud alejado de este paradigma conlleva a estudiar y criticar denodadamente dicha postura; y poner **como eje principal** de las mencionadas políticas a las personas menores de edad que componen un Estado Constitucional de Derecho y

“...quienes por no ser sujetos activos de la actividad política estatalizada, dependen de la ‘representación’ asumida por el *mundo adulto*”<sup>156</sup>.

Al explicar esta relación, entre política criminal y criminología, se ve que dicha tarea trae como consecuencia implícita que el poder político (quien es el que posee el dominio de las decisiones no sólo en el área penal de los adultos, sino que también en el campo de las políticas que afectan a la niñez) cambia, lo que hasta ahora, ha justificado su concepción del *menor delincuente*, entendido como aquellas personas a contener por parte del Estado debido a que su peligrosidad afecta la armoniosa y pacífica convivencia, y cuya concepción se ha incrustado y ha corroído a toda la sociedad.

Aparte de esta importancia (que vincula el saber político que subyace en la política criminal con lo criminología), hay que acentuar que se desprende una importancia teórica; que existe al discutir el campo científico de cada una de las áreas de aplicación tanto de la política criminal como de la criminología.

### **3.3.2. Política Criminal y Criminología**

Al interior de la *Política criminal*, como se aludió, dormita una serie de obstáculos, como el de los sujetos que intervienen dentro de la formulación y ejecución de programas que tienen como objetivo incidir en los casos que se cometen hechos que se califican como delitos; estos programas ya no poseen, como sujeto clásico de la política criminal al Estado, sino que es diversa la concurrencia de los mismos. Pero una de las principales rémoras que enfrenta la política criminal es la concepción de delito, que por ende afecta el concepto de delincuente, y es de la que parte y actúa para ejercer (uno de sus principales cometidos) la función de “*lege ferenda*” (aquella que realiza una crítica de la legislación penal existente, para reformarla y

---

<sup>156</sup> González Oviedo, Mauricio: “Derecho, Política y menorismo en América Latina”, San José, Universidad de Costa Rica, tesis de maestría, 2007.

convertirla en la legislación penal que debe ser)<sup>157</sup> y que tiene una gran importancia dentro de un derecho penal destinado para la niñez, adolescencia y juventud, puesto que desmitifica y erradica el conjunto de aportes teóricos que amoldaron y que se erigieron como el mayor estandarte de la subcultura del menorismo: *la doctrina de la protección integral*.

La política criminal trabaja con aquello que otra disciplina define y delinea como delito y, además, con el aspecto subjetivo (delincuente) de esta definición el cual está íntimamente e implícitamente unido al mismo. Es por ello que se afirma que debe existir una unión entre política criminal, criminología y derecho penal; la política criminal une a la criminología con el derecho penal<sup>158</sup>. Construir un derecho penal desvinculado a la criminología conduce a lo que se conoce como: “unilateralidad reduccionista”. Desde este punto son varios los aportes teóricos, mayoritariamente desde la filosofía del derecho, que destacan una unión entre el derecho (como sistema normativo eminentemente abstracto) con la sociología del derecho o jurídica (como ciencia que sirve para explicar los comportamientos que forman normas; comportamientos que son efectos de normas jurídicas)<sup>159</sup>.

Por lo que se vuelve imperativo, desarrollar las concepciones criminológicas que han servido como teorías de explicación de la *delincuencia* cometida por personas menores de edad y que han influenciado al derecho penal de la niñez, adolescencia y juventud.

---

<sup>157</sup> Cfr. Tocara Fernando: Op. Cit. Pág.

<sup>158</sup> Quinteros Olivares, Gonzalo: “Parte General del Derecho Penal”, 1ª edición, Editorial Aranzandi S.A., Navarra, España, 2005, Pág. 109

<sup>159</sup> Baratta, Alessandro: “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídica-penal”, Óp. Cit., Pág. 12.

### **3.3.3. Factores que intervienen en el surgimiento de la personas menores de edad.**

Clasificar y exponer un listado preciso de las causas que generan la conducta juvenil desviada es el objeto de varios trabajos teóricos; y el establecimiento de dichos factores dentro de estos trabajos se da con cuantos criterios se gusten determinar para su inclusión; así existen factores biológicos, genéticos, psíquicos, sociales, etc.<sup>160</sup>

La cantidad de este tipo de trabajos en el margen de la minoridad no sólo constituye un recurso, sino que también un común denominador; es decir, todas las explicaciones científicas de la criminalidad cometida por personas menores de edad y que formaban el *derecho de menores* estaban impregnados por este paradigma tutelar. El problema principal de tal paradigma es que desembocaba en conclusiones que conciben a la niñez, adolescencia y juventud como seres incompletos, enfermos o anormales en cuanto que sus crímenes demuestran claramente dicha anormalidad. Creencias que todavía siguen vivas en el tejido social, y especialmente, en los sujetos que se encargan de configurar las políticas de carácter penal y que afectan determinadamente la vida de la niñez.

#### **3.3.3.1. Desde el enfoque del Positivismo Criminológico y la desviación social.**

Este enfoque ha influenciado de manera determinante el denominado *derecho de menores* y que se basa en los aportes que ha hecho la escuela positivista del derecho penal; no obstante, esta precisión, en el área del derecho penal de la niñez, adolescencia y juventud se busca hacer notar las cuestionables consecuencias que ha ocasionado la práctica y teorización de este enfoque: El positivismo Criminológico. Se le ha designado la virtud de establecer a la criminología como una ciencia independiente del derecho

---

<sup>160</sup> D'antonio, Daniel Hugo: "el menor ante el delito", 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

penal; y que en el área del control social de las personas menores de edad ha generado la vigencia completa de las teorías criminológicas de fuerte carácter clasista y que forman la subcultura del margen excluido del Derecho: subcultura de la minoridad.

Su discurso científico (el del positivismo criminológico) fue el discurso de la exclusión, de la marginalidad, de la discriminación y utilizó al “*derecho de menores*” en el laboratorio perfecto para poner en práctica todas aquellas teorías o postulados que en el “derecho de adulto” se erradicaron por ser consideradas intolerables para la vigencia de los derechos humanos.

En conclusión, se debe buscar superar este planteamiento criminológico, que incluso en la actualidad tiene plena vigencia, a través de la ideología de la defensa social, y principalmente del área del derecho penal destinado a la niñez, adolescencia y juventud, ya que aún persiste en el desarrollo de las teorías pertinentes y de las prácticas de las instituciones que configuran el sistema de justicia penal juvenil.

### **3.3.3.2. Desde el enfoque de la Criminología Crítica.**

El paradigma etiológico que ha impregnado las valoraciones antes explicadas ha desembocado en una serie de críticas que proviene de sectores disímiles, pero que, de una forma u otra, tienden a concebirse dentro de un movimiento y cuya denominación, así como sus vertientes, es variada y heterogénea: Criminología Crítica, Criminología Radical, Nueva Criminología, Criminología de la Reacción Social, etc.<sup>161</sup>. Comúnmente dentro de la criminología crítica se han establecido tres tendencias: el abolicionismo penal, el neorrealismo de izquierda y el derecho penal mínimo<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Y que se utilizará la de Criminología Crítica, Cfr. Aebi, Marcelo F.: “Crítica de la Criminología Crítica: una lectura escéptica de Baratta” en Pérez Álvarez, Fernando: “SERTA, in memoriam Alexandri Baratta”, Ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág. 21.

<sup>162</sup> Martínez Sánchez, Mauricio: ¿Qué pasa en la Criminología Moderna?, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990. Pág. 1

*El abolicionismo penal*, consiste en el conjunto de teorías o doctrinas que niegan cualquier clase de justificación del poder punitivo del Estado para la solución de los conflictos sociales denominados: *criminalidad*<sup>163</sup>. Dicha postura han suscitado una serie de críticas, pues resulta imposible que en cualquier ordenamiento (sociedad) se apliquen de manera espontánea y directa los valores (o normas) que buscan establecerse y que son una fuente importante del mismo<sup>164</sup>. En ocasiones se le considera un “discurso académico”, en otras ocasiones se reconoce validez moral y, en otras, se le niega el carácter de teoría<sup>165</sup>.

Por otra parte, *el neorrealismo de izquierda* establece la dimensión “realista” que envuelve al delito, de tal forma que lo importante es utilizar el estudio de los factores (causas) que dan origen a la actividad criminal, pues es una herramienta de indudable importancia que pone entre dicho los fundamentos de la sociedad de corte capitalista y que proclama, en muchas ocasiones, por un control de la delincuencia. El delito se toma como una expresión de falta o carencia de solidaridad, por lo tanto se debe de volver a considerar la pena como eminentemente retribucionista<sup>166</sup>.

Sin embargo, la postura que más predominio ha tenido, tanto más en América Latina que en Europa, es el *Minimalismo Penal*. Se busca a través de esta postura una transformación del Derecho Penal y una reforma de la legislación penal, reducir el campo de definición de las conductas delictivas (*descriminalización*) y establecer una *política criminal* alternativa o diferente a la realizada hasta el momento. Se parte de la misma crítica hecha por el abolicionismo sobre el Derecho Penal y su legislación<sup>167</sup>; por lo que dentro de

---

<sup>163</sup> Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, Séptima Edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005. Pág. 249.

<sup>164</sup> Bobbio, Norberto: “Prólogo a Derecho y Razón” en Ferrajoli, Luigi: Op. Cit. Pág. 18.

<sup>165</sup> Martínez Sánchez, Mauricio, Óp. Cit... Pág. 5 y Larrauri, Elena: “Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”, presentado en las Jornadas (Mayo, 1998), organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín)

<sup>166</sup> Martínez Sánchez, Mauricio: Óp. Cit... Pág. 2

<sup>167</sup> Tanto el derecho penal y su legislación, generan más problemas de los que se buscan resolver; tienen un fuerte carácter excluyente y es la expresión de las luchas internas dentro de una sociedad,

esta corriente se desarrollan dos tendencias; por una parte, se encuentra el minimalismo que considera que el derecho penal y la legislación penal deben constituir la más clara defensa del ciudadano y un límite negativo a las arbitrariedades que ejerce el poder punitivo del Estado<sup>168</sup> (y posee como el mayor exponente de esta tendencia a Luigi Ferrajoli); la justificación del sistema punitivo es, entonces, que la ley penal sirve para defender a los más débiles<sup>169</sup>. Por otro lado, está el minimalismo que busca la mutación del Derecho penal y la legislación a través de una reforma de corto y largo plazo del sistema de justicia penal (tendencia que tiene como principal expositor a Alessandro Baratta), la razón que justifica el mantenimiento de un sistema penal, que previamente se había descalificado, radica en el hecho de que al establecer a corto plazo los principios del derecho penal mínimo se preparan las condiciones político-social para la abolición del Sistema de Justicia Penal, pero todo esto se logra a través de la reducción a su mínima expresión del derecho penal y su ideología.

Con respecto a este último movimiento, dentro del minimalismo penal, constituye el quizás más defendido y, a la vez, el más citado sin manejar exactamente sus implicaciones<sup>170</sup>; esto es porque el argumento de un derecho penal de *ultima ratio* es muy conocido hasta por aquellos que no estarían en acuerdo con varias de las perspectivas del mismo<sup>171</sup>. Por esto es

---

con la consecuencia que es la clase dominante la que ha erigido la ley para su beneficio. Martínez Sánchez, Mauricio, *Ibíd.* Pág. 3

<sup>168</sup> Cfr. García Méndez, Emilio: “Elementos para una historia del control social-penal de la infancia en América Latina” en Zaffaroni, Eugenio Raúl: “El Sistema Penal Argentino”, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 165.

<sup>169</sup> Martínez Sánchez, Mauricio, *Óp. Cit...* Pág. 3

<sup>170</sup> Por otra parte ha sido el que más se busca criticar, tanto fuera como dentro del movimiento de la criminología criminal, para esto confróntese: Aebi, Marcelo F.: “Crítica de la Criminología Crítica: una lectura escéptica de Baratta” *Óp. Cit.*, Pág. 17-56; Larrauri, Elena: “La Herencia de la Criminología Crítica”, 2ª edición, Siglo XXI Editores, España, 1992, Pág. 192-236.

<sup>171</sup> Consiste en cambio de concepción con respecto a las concepciones que se tengan de delito, delincuente, víctima, etc.; por ejemplo, el delito se concibe como “situaciones problemáticas” o “situaciones socialmente negativas” que en su base subyace una problemática de derechos humanos; sí mismo víctima y delincuente son los extremos subjetivos de aquellos casos de violación de derechos humanos y que son producto de la violencia con la sociedad está constituida para la solución de los conflictos sociales, Cfr. Baratta, Alessandro: “Enfoque Crítico del Sistema Penal y La Criminología en

necesario reproducir el pensamiento minimalista y sus razones para tener un panorama completo en el entendimiento de los conflictos sociales que involucran a la niñez, adolescencia y juventud y que son definidos como delictivos<sup>172</sup>.

### **3.3.3.3. De la Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: un acercamiento al discurso minimalista de Baratta<sup>173</sup>.**

La validez del nuevo paradigma dentro de la criminología, inicia con argumentos que vienen dados desde los puntos de la filosofía del derecho, la sociología jurídica y la sociología jurídico-penal. Desde la filosofía del derecho se concibe: al Derecho, Realidad Social y Valor, es la competencia o aspecto tridimensional del Derecho que no se debe olvidar de lo contrario devendrá en unilateralidad reduccionista”, que consiste en entender el derecho solo como un sistema de normas (positivismo o formalismo jurídico) o el hecho social aceptado y aplicado por una sociedad (sociologismo jurídico) o reducido a los cánones de los valores jurídicos (lusnaturalismo extremo)<sup>174</sup>. Pues este es el planteamiento desde el cual parte Baratta; al definir las tres dimensiones: “...el objeto de la sociología del derecho, como se ha visto, son los *comportamientos*, y precisamente las tres categorías ya indicadas (las categorías son: 1ª) las que caracterizan a los comportamientos como causas que generan normas jurídicas; 2ª) comportamientos que son

---

Europa” y “Derechos Humanos : Entre Violencia Estructural y Violencia Penal. Por la Pacificación de los Conflictos Violentos.” En Baratta, Alessandro: Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, Págs. 89-111 y 334-356.

<sup>172</sup> Esto se hará a través de la exposición del que quizás es uno de los más grandes exponentes de la corriente minimalista: Alessandro Baratta; y su medular obra: Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal.

<sup>173</sup> Establecer las razones por las que se hace hincapié únicamente en el pensamiento de Baratta puede constituir una tarea pueril, bastaría con mostrar la difusión de su obra o destacar el incansable pensamiento de dicho autor; sin embargo es necesario señalar, que a todo aquel que quiera acercarse aunque sea de manera somera al cambio de paradigma dentro de la criminología, deberá hacerlo a través de este autor y esta obra. Que no dista de ser la única ni las más completa, pero si la menciona y poco entendida.

<sup>174</sup> Samour , Héctor: “Filosofía de Derecho”, 2ª Edición, Editores UCA, San Salvador, El Salvador, Pág. 25.g

considerados como efecto de normas jurídicas y 3ª) comportamientos que son considerados en realización funcional que tienen como consecuencia o son el resultado de normas jurídicas en el sentido mencionado en 1 y 2). La filosofía del derecho tiene por objeto **los valores** conexos a los sistemas normativos...La teoría del derecho tiene por objeto la estructura *lógico-semántica* de las normas entendidas como proposiciones y los problemas específicos de las realizaciones formales entre normas...”<sup>175</sup>. Se busca establecer la unidad y la autonomía de la Sociología jurídica (del Derecho), para tratar de dar justificación a la sociología jurídica-penal. La unidad y la autonomía de la Sociología jurídica se establecen a través del objeto antes delineado (ya que se puede hacer por medio del punto de vista, del método o del objeto); prefiriéndose este último debido a que es el que genera más elementos plausibles de diferenciación frente a la Sociología en general (para solucionar el problema de la unidad) y frente a la ciencia del Derecho, a la filosofía del derecho y la teoría general del derecho (para solucionar el problema de la autonomía). Una vez definido el objeto de la sociología jurídica se establece el de la sociología jurídico-penal: “...estudiará, pues, en primer lugar, los comportamientos normativos que consisten en la formación y en la aplicación de un sistema penal dado; en segundo lugar, estudiará los efectos del sistema entendido como aspecto “institucional” de la reacción al comportamiento desviado...La tercera categoría de comportamiento...concernirá, en cambio a) a las reacciones no institucionales al comportamiento desviado...y b) en un nivel de abstracción más alto, a las conexiones entre un sistema penal dado y la correspondiente estructura económica-social”<sup>176</sup>; esta sociología jurídico-penal manifiesta que el avance de la sociología jurídica esta unido al desarrollo de elementos de investigación particular o empíricos (microsociales), pero que deben coexistir

---

<sup>175</sup> Baratta, Alessandro: “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídica-penal”, Óp. Cit., Pág. 13.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, Pág. 14.

con el desarrollo de un criterio de interpretación macrosocial de toda la sociedad.

Con esto se abre el análisis de los comportamientos (criminológico), que integra la sociología jurídica-penal. Empezando con breve repaso por las teorías de la escuela liberal clásica y la criminología positivista. Lo importante de esto es que se reconoce que es el positivismo criminológico el que erige a la criminología como una ciencia independiente y coloca como precursora de la moderna criminología a la escuela liberal clásica. Explicando que la tarea de la criminología, desde la escuela positivista es la explicación causal del comportamiento criminal (etiología del delito), diferenciando para tal efecto entre criminales y no criminales; por otro lado la escuela clásica, pone más énfasis en el delito que en su aspecto subjetivo, la imposición de la pena se basa en el mérito y el desmérito individual y de la igualdad entre criminales y no criminales.

Sin embargo, uno de los aportes más importantes de esta corriente minimalista fue establecer “la ideología de la defensa social”, la cual consiste en una serie de principios que son configurados por medio de los aportes hechos al derecho penal, a la política criminal y a la criminología por parte de las dos escuelas mencionadas: “...ambos planteamientos (los de la escuela clásica como las de la positivista), aunque de manera diferente, son adecuados para sostener la ideología de un sistema penal que se basa en la defensa social”<sup>177</sup>

Los principios de la ideología de la defensa social, los cuales están matizados con las aportaciones de las corrientes que constituyen el objeto de la criminología crítica, son:

- 1) *Principio de legitimidad*: el Estado está legitimado para reprimir la criminalidad, como expresión de la sociedad y lo

---

<sup>177</sup> *Ibíd.*, Pág. 38.

hace por medio de las instancias oficiales de control social: legislación, policía, magistratura e instancias penitenciarias.

- 2) *Principio del Bien y el mal:* el delito constituye un daño social, por lo tanto el delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. La sociedad es el bien y el mal es la desviación.
- 3) *Principio de culpabilidad:* el delito es una expresión de una actitud interior del delincuente, reprochable porque es contraria a las normas y valores de una sociedad, aun antes de ser sancionado por el legislador.
- 4) *Principio del fin o de la prevención de la pena:* indica que la pena no tiene como única función la retribuir el mal causado por el delito, sino que también la de prevenir el crimen. Tiene la función de crear una justa y adecuada contra motivación al comportamiento criminal.
- 5) *Principio de igualdad:* se afirma a través de este principio que la ley es igual para todos. Por lo que la criminalidad es la violación de la ley penal y la reacción penal se aplica de modo igual a los autores de los delitos.
- 6) *Principio del interés social y del delito natural:* lo que se define y se castiga como delito en las legislaciones penales representa la ofensa de intereses fundamentales y condiciones esenciales en la existencia de toda sociedad y son por tanto intereses comunes, los que protege el derecho penal y su legislación, para todos los ciudadanos.

***Negación del Principio de legitimidad:*** Esto se realiza por medio de las teorías psicoanalíticas y de la sociedad punitiva. Desde estas teorías se niega, en primer lugar el principio de culpabilidad, ya que la represión de los instintos delictivos por medio de la acción del súper yo no destruye estos

instintos, sino que deja que se sedimenten en el inconsciente<sup>178</sup>. La reacción penal a los comportamientos delictivos no tiene la función de eliminar la criminalidad, sino corresponde a mecanismos psicológicos ante los cuales la desviación aparece como necesaria. Además la aplicación selectiva del derecho penal cumple una función simbólica, ya que los mismos impulsos que subyacen en el comportamiento criminal son compartidos por todo los sujetos, creándose chivos expiatorios en los cuales la colectividad vuelca todas sus frustraciones, destacando que así entendida la pena no corresponde con la evolución de la civilización de la sociedad. Estas teorías demuestran, en parte, la falta de legitimidad de la pena y del estado para castigar actitudes delictivas. Sin embargo, demuestran una gran afinidad con el paradigma etiológico, sin criticar las relaciones que se dan entre los mecanismos de regulación de conductas y las conductas así definidas.

***Negación del principio del bien y el mal:*** Esta se lleva a cabo a través de la teoría de anomia (que tiene una marcada tendencia estructural-funcionalista); dicha postura niega que las causas de la desviación deban buscarse en los factores bioantropológicos o naturales, puesto que la desviación es un fenómeno normal de toda estructura social y que sólo en ciertos límites la desviación es negativa para el desarrollo de la estructura social, de tal forma que el fenómeno de la desviación es un factor necesario y útil para el equilibrio la sociedad. Demuestra que el comportamiento desviación y el que se realiza conforme a las normas son de la misma naturaleza y no tiene por que considerase diferentes. Pues la cultura propone determinados objetivos o metas a los individuos que constituyen motivaciones fundamentales de su comportamiento (éxito económico, algún grado de bienestar, etc.), así como proporciona los medios legítimos para alcanzar dichas metas. La pertenencia a los diferentes estratos sociales al que los individuos pertenecen posibilita o no el acceder a las modalidades o

---

<sup>178</sup> *Ibíd.*, Pág. 38

medios legítimos; es por eso que cuando se le llama Anomia cuando "...aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia, y a posibilidades de estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquéllos, por la otra"<sup>179</sup>. Esta teoría sólo es útil para explicar la criminalidad de los estratos bajos y no la que se da en los estratos altos de la sociedad (debido a que en ellos no se produce ningún grado de anomia, pues tienen a su perfecta disposición medios legítimos, pero aún así se registran delincuencia de estos estratos).

***Negación del principio de culpabilidad:*** Las teorías de las subculturas criminales constituyen una extinción de la teoría funcionalista de la anomia, ya que la teoría de las subculturas se sustenta en los diversos valores que se forman en los variados estratos sociales. En los estratos de las bandas juveniles se forman normas y comportamientos desviados respecto de aquellos que son caracterizados como medios. Se refuta el principio de culpabilidad debido a que desde este punto de vista, el delito no puede ser considerado como una actitud contraria a los valores y a las normas sociales generales existiendo normas y valores de diferentes grupos sociales. Se da una especie de interacción y aprendizaje entre las normas establecidas por el grupo en convergencia con las que establece el derecho o la moral oficial. Por lo tanto no se configura el sistema de valores ante lo cual el individuo puede libremente determinarse, negándose el principio en mención. *La teoría de las técnicas de neutralización:* esta teoría se muestra de manera complementaria a las de subculturas criminales, ya que se produce una paradoja dentro de esta teoría: si el joven delincuente erige un mundo axiológico y normativo propio que dista del oficial, esto implica que aceptan, de una u otra forma, el orden social dominante porque demuestran sentimientos de culpa o vergüenza. Se rebate que exista un mundo de valores y normas distintas al que se establece para los comportamientos

---

<sup>179</sup> *Ibíd.*, Pág. 61

conforma a la ley. Se explica entre este sentimiento de culpa y de muestra de disconformidad a las normas socialmente aceptadas se realizan por la extensión discriminantes oficiales expresándose a través de justificaciones del comportamiento desviado y que se establece como válida por el delincuente, pero no por el sistema jurídico o la sociedad entera; se da así una neutralidad de la eficacia del control social sobre la motivación del comportamiento<sup>180</sup>. Estas teorías de carácter funcionalistas no se alejan de la influencia del paradigma etiológico y sobre todo no se plantean el problema de las relaciones sociales y económicas sobre cuales se funda la ley y los mecanismos de criminalización y de estigmatización que define las cualidades de criminalización de los comportamientos; y no explicar las condiciones socioeconómicas significa aceptarlas como límite de la operatividad teórica, práctica y universalizar de nuevo el fenómeno criminal.

***Principio del fin o de la prevención de la pena:*** este principio se refuta a través de las teorías de la reacción social o del Labelling Approach; en primer lugar, esta teoría representa un avance con respecto a las anteriores, se hace hincapié en la acción del sistema penal el cual es el que define y reacciona a partir del control de lo que se define como criminalidad. Por medio de las aplicaciones de las etiquetas se crea el estatus de delincuente, de tal forma que aquel que no ha entrado en contacto con el proceso de aplicación de una etiqueta no es tomado por la sociedad y el sistema penal como delincuente; el centro de análisis de estas teorías lo constituyen las reacciones que realizan tanto las normas penales, pero, principalmente, las instituciones oficiales de persecución del delito; junto a esto se parte de no considerar a la criminalidad y al criminal como entidades naturales o preconstituidas de manera ontológica en la realidad social, sino que depende de lo que el sistema de justicia penal ha erigido como delito. Y en segundo lugar niega el dogma que asegura que la pena tiende a la resocialización del

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*, Pág. 76

delincuente; pues como se demuestra, las consecuencias posteriores a la reacción social (incriminación del delito y la aplicación de la pena) devienen en un medio de defensa del ataque de la reacción social; la intervención del sistema y de la pena en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determina la consolidación de la identidad de desviado y su ingreso en una carrera criminal.

***Negación del principio de igualdad:*** por intermedio de la recepción alemana del Labelling Approach, principalmente por parte de Frank Sack, se refuta el principio de igualdad, pues al establecer la importancia de la criminalidad de los delitos de cuello blanco, la cifra negra y las críticas oficiales se concluye que el derecho penal no se aplica por igual forma a todos los que cometen delitos y que la criminalidad es un comportamiento de amplios estratos. La crítica a las teorías del Labelling Approach consiste en que se le califica como teoría de medio alcance. Es decir, una teoría que parte del análisis de determinados sectores de la fenomenología social para permanecer, en el propio contexto explicativo, dentro de los límites del sector examinado<sup>181</sup>.

***Principio del interés social y del delito natural:*** con base a las teorías del conflicto se rebate la afirmación de que el interés que está en la base de la formación y aplicación son los intereses de aquellos grupos que tienen el poder de influir sobre los procesos de criminalización. No son por tanto los intereses de todos los ciudadanos. La criminalidad en su conjunto es la realidad social creada a través de los procesos de criminalidad. Así el derecho penal y la criminalidad posee una gran connotación política.

---

<sup>181</sup> *Ibíd.*, Pág. 81

## CAPITULO IV

### SITUACIÓN ACTUAL DE LA DELINCUENCIA DE PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL SALVADOR.-

**SUMARIO:** 4.1. Conceptualización de la delincuencia de personas menores de edad. 4.2. La delincuencia de personas menores de edad en América Latina. 4.3. La delincuencia de personas menores de edad en El Salvador. 4.3.1. Situación actual. 4.3.2. A nivel local. 4.4. Modelo de política criminal implementado por El Salvador. 4.4.1. Planes ejecutados por el Estado salvadoreño en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad. 4.4.1.1. Manodurismo. 4.4.1.2. Planes Mano Amiga y Mano Extendida. 4.4.2. Roles de las institucionales involucradas en el combate de la delincuencia. 4.4.2.1. Vice-Ministerio de Seguridad Pública. 4.4.2.2. Fiscalía General de la República. 4.4.2.3. Policía Nacional Civil. 4.4.2.4. Gobierno local.

#### ***4.1. Conceptualización de la delincuencia de personas menores de edad.***

Comúnmente la utilización de la categoría “delincuencia juvenil” es una calificación que se obtiene de aplicar definiciones del Código Penal cuando esas infracciones son cometidas por personas menores de edad, en otros, la delincuencia juvenil incluye una gran variedad de actos en adición a los que se encuentran enumerados en sus leyes. De tal suerte, las figuras estadísticas de ciertos países se encuentran artificialmente abultadas en lo que respecta a la delincuencia juvenil, mientras que en otros no reflejan esas figuras, sino un limitado número de conductas desviadas.”<sup>182</sup>

Tal como se argumenta en el Capítulo I de esta investigación se sustituye la categoría Delincuencia Juvenil por la de delincuencia de personas

---

<sup>182</sup> David , P. R .: “sociología criminal juvenil” , Depalma , Buenos Aires , 1979 , Pág. 31

menores de edad, por considerar que el primer término incluye no solamente a personas menores de edad sino que también a adultos.

Definir “delincuencia de personas menores de edad” resulta complicado y problemático para ello debemos partir de la clarificación de lo que se entienda por delito y delincuencia

Debido al influjo de la escuela clásica del Derecho Penal y el positivismo psicobiológico, es frecuente considerar a la delincuencia como una realidad exclusivamente individual; sin embargo, en la actualidad la gran mayoría de los criminólogos sostienen que la delincuencia es un fenómeno estrechamente vinculado a cada tipo de sociedad y refleja las principales características de la misma, por lo que, si se quiere comprender el fenómeno de la delincuencia es necesario conocer la sociedad, con sus funciones y disfunciones. Desde este punto de vista la “delincuencia” y la perspectiva que de ella se tenga es una construcción social.

Bajo el paradigma de la criminología crítica “la delincuencia es una construcción social producto del conflicto político entre una clase dominante y una clase subordinada”<sup>183</sup>, dicho conflicto comprende las consideradas “conductas socialmente negativas” en las cuales tienen violaciones de derechos positivos o de derechos humanos generalmente de los individuos socialmente más vulnerables, acciones definidas como delitos por las leyes penales<sup>184</sup>. El delito implica entonces un proceso de definición legal, dicho de otra manera, es una conducta delimitada por las definiciones legales que individualiza una clase de hechos y de sujetos socialmente relevantes.<sup>185</sup>

El proceso de definición legal de una conducta socialmente negativa que involucre violación a los derechos humanos de sujetos sociales

---

<sup>183</sup> . Aebi, Marcelo F.: “Crítica de la Criminología Crítica: una lectura escéptica de Baratta” en Pérez Álvarez, Fernando: “SERTA, in memoriam Alexandri Baratta”, Ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004, Pág. 25.

<sup>184</sup> Martínez Sánchez, Mauricio: ¿Qué pasa en la Criminología Moderna?, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990. Pág. 107.

<sup>185</sup> Martínez Sánchez, Martínez, Óp. Cit. Pág. 111.

vulnerables regulados en la Ley Penal y que sea cometida por una persona que aún no haya cumplido la mayoría de edad es lo que se debe entender por delincuencia de personas menores de edad.

#### ***4.2. La delincuencia de personas menores de edad en América Latina.***

La Delincuencia cometida por personas menores de edad en el mundo es un problema que ha adquirido grandes dimensiones en etapas más recientes de la humanidad. Las condiciones socioeconómicas son factores que intervienen en el aumento y en la permanencia de dicho fenómeno pues el deterioro de las condiciones económicas de un país, los grados de violencia de las sociedades muchas veces inducidas por la militarización de algunos Estados, dictaduras, etc.; el mínimo nivel escolar, la proliferación del uso de estupefacientes y la influencia masiva de los medios de comunicación social influyen en el joven en tener comportamientos que rompen con pautas de conducta establecidas en las leyes de los Estados cometiendo como resultado actividades ilícitas en relación principalmente a la utilización de Drogas y la agresión.

Según datos de la Organización de las Naciones Unidas, en los países con economía en transición han aumentado considerablemente las tasas de delincuencia juvenil en un aproximado de 30%, tendiendo a ser elevada la tasa de Delincuencia Juvenil Urbana que la que se presenta en zonas rurales<sup>186</sup>.

Ante tal fenómeno la Organización de las Naciones Unidas en los últimos años ha girado directrices para disminuir la proliferación de la delincuencia de personas menores de edad en el mundo, ya sea para frenar y neutralizar o bien captar o rehabilitar a los jóvenes delincuentes. Dentro de estas Directrices están: Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil, Reglas Mínimas de las Naciones

---

<sup>186</sup> Programa de Acción Mundial para los Jóvenes, Organización de las Naciones Unidas, Informe sobre la juventud mundial 2005, Resolución A/RES/50/81.

Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, entre otras.

Es necesario ubicar el fenómeno de la delincuencia personas menores de edad dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas relativas a personas menores de edad mantienen una orientación protectora y defensiva para la niñez y la juventud, lo cierto es que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables. Presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para las personas menores de edad, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y moral. Estas condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse el problema de la delincuencia de personas menores de edad lejos de solucionarlo, más bien lo agravan.

A pesar del elevado número de población menor de edad, en América Latina, los Estados no les dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas.

La delincuencia de personas menores de edad se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes inmersos dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. Tal como nos dice Horacio Viñas a estos grupos sociales se les ha negado todos los

derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivienda, en fin, el derecho al desarrollo <sup>187</sup> .

América Latina históricamente se ha caracterizado por ser receptora de las concepciones europeas del derecho. Se ha desenvuelto en un mundo jurídico que en muchas ocasiones no corresponde a la realidad. Un derecho que se mantiene distanciado de la objetividad existente, de espaldas a la realidad cultural y social, desconocido e ignorado por enormes sectores de población. Muy lamentablemente hay que reconocer que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre el discurso y la práctica. Por un lado se nos presenta un derecho liberal, democrático y garantizador, el cual es rápidamente desvirtuado y distorsionado en la realidad por los factores verdaderos del poder. El derecho penal de menores no es la excepción en este divorcio entre lo teórico y lo práctico<sup>188</sup> .

El fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad se percibe también, en la región centroamericana a partir de contactos articulados entre pandillas locales de algunos países de la región: Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua son los países que más presentan altos índices de delincuencia en general, particularmente, de las pandillas juveniles, “se considera que esos grupos son una de las causas fundamentales del problema de la delincuencia local”<sup>189</sup>

Para mediados de la presente década<sup>190</sup>, las pandillas se han convertido en una clara amenaza para la seguridad de los países de la región. Ya no solo constituyen un riesgo circunstancial para la seguridad de personas de las comunidades en las ciudades en donde operan sino también se han convertido, o están en proceso de convertirse, en grupos de crimen

---

<sup>187</sup> Horacio Viñas, R.: “Delincuencia juvenil y derecho penal de menores”. Buenos Aires, 1983. Pág. 42

<sup>188</sup> Moro, Javier, “Juventudes, Violencia y Exclusión: Desafíos para las políticas públicas”, Magna Terra Editores, Guatemala 2005.

<sup>189</sup> Larrauri Pijoan, Elena, “consideraciones sobre política criminal”, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2001, pág. 7.

<sup>190</sup> Ib. Pág. 134.

organizado cuya motivación fundamental es el control ilegal de los recursos y personas que habitan en las comunidades en donde ellos se asientan; en tal sentido, el ejercicio de la violencia se ha convertido en la nota más habitual y definitiva de su actividad.

Aunque resulta difícil determinar con precisión la magnitud del problema del pandillaje, se calcula que en la actualidad existen unos 70,000 miembros de pandillas en los países de Centroamérica, de los cuales los más afectados son Honduras, El Salvador y Guatemala<sup>191</sup>.

Tabla 1.

<b>País</b>	<b>Número Total de Miembros</b>
Belice	100
Panamá	1385
Costa Rica	2660
Nicaragua	4500
El Salvador	10500
Guatemala	14000
Honduras	36000
<b>Total</b>	<b>69,145</b>

---

191 Oficina Contra la Droga y el Delito, Organización de las Naciones Unidas, Crimen y desarrollo en Centroamérica; Atrapados en una Encrucijada, , marzo 2007. Pág., 17

Como reacción a esta problemática los Estados Centroamericanos han promovido la coordinación de cuerpos de seguridad pública con la finalidad de analizar dicho fenómeno social de las cuales puedan resultar mecanismos conjuntos de solución y tratamiento en el área centroamericana. A pesar de ello las pandillas juveniles han aumentado su accionar delincencial articulándose a partir de estructuras que tienen coordinación en el área centroamericana, a tal grado que existen grupos de pandillas con la misma denominación principalmente Honduras, El Salvador y Guatemala.

Las pandillas en Centroamérica no son el producto de una sola causa, sino que aparecen y se nutren de una compleja interacción de factores que provienen de diversos ámbitos: social, político, comunitario e individual. En tal sentido, las Maras tampoco constituyen un fenómeno estático e inamovible a través del tiempo, en realidad su naturaleza ha estado en constante cambio como producto de la interacción de esos factores entre sí y de los mismos con las medidas que se han llevado a cabo para enfrentarla.

En tal sentido, las pandillas son, en parte, el producto de los eventos sociales que han marcado a las sociedades centroamericanas en las últimas décadas y los cuales han determinado la manera en que se ha desarrollado el fenómeno. Esos eventos sociales constituyen por un lado la concurrencia de ciertas condiciones sociodemográficas; porcentaje de la población joven, nivel de pobreza, exclusión social y desigualdad, acceso a educación, salud, vivienda y espacios de esparcimiento, entre otros; pero por otro lado, son el producto de la intervención política de las sociedades, es decir, son el resultado de las decisiones políticas, deliberadas o no, consientes o no, que los Estados han hecho para lidiar con su población joven y para enfrentar el problema de las pandillas.

El tratamiento del fenómeno de las maras en Centroamérica se ha reducido ha esporádicos operáticos de represión y a pequeños programas pilotos de prevención y de rehabilitación, los primeros conducidos por instituciones policiales mientras que los segundos por algunas instituciones

estatales encargadas de la niñez y por organizaciones no gubernamentales. A la sombra de esos tímidos programas, las pandillas crecieron y se desarrollaron de manera lenta pero constante, pero los programas más sistemáticos de enfrentamiento de las pandillas, los de mano dura y cero tolerancia, que fueron desarrollados para su combate, parecen haber sido los que han estimulado un salto cualitativo del fenómeno a formas más organizadas de violencia juvenil.

#### ***4.3. La delincuencia de personas menores de edad en El Salvador.***

El fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad, entre estos los organizados en maras, ha sido objeto de abundantes análisis y estudios desde más de una década, período en el que se ha perfilado como uno de los problemas de seguridad más importantes<sup>192</sup>.

Las maras han seguido un claro proceso de complejidad y criminalización frente a la ausencia durante mucho tiempo de políticas de prevención y al excesivo énfasis en políticas de represión, las cuales fueron implementadas sin considerar la complejidad del fenómeno<sup>193</sup>.

Cuando se examinan las políticas públicas que han sido impulsadas para atender el problema de la violencia juvenil en El Salvador, difícilmente se encuentran políticas que hayan sido diseñadas y, sobre todo, implementadas para atender sus causas.

---

<sup>192</sup>Cruz, José Miguel, “Maras y Pandillas en Centroamérica: las respuestas de la sociedad civil organizada”, UCA Editores, 2006, pág. 40

<sup>193</sup> Informe anual sobre Justicia Penal Juvenil El Salvador 2005, FESPAD Ediciones, San Salvador 2006, Pág. 21.

#### **4.3.1. Situación actual**

La Delincuencia en El Salvador es un fenómeno que se ha proliferado en los últimos tiempos en un contexto posterior al Conflicto Armado, más concretamente, el surgimiento del fenómeno social de las pandillas conocidas comúnmente como maras (efecto de la transculturación) y que frecuentemente están conformadas por menores de edad que tienden a participar en hechos delictivos, lo cual genera un crecimiento de la inseguridad social y de la delincuencia en nuestro país.

La pobreza, el desempleo, la baja escolaridad, las agresiones sexuales, la desintegración familiar y el narcotráfico, son factores coincidentes en mayor o menor grado en la proliferación de la delincuencia de personas menores de edad. La conculcación de los derechos de la infancia y la ausencia de políticas sociales desde el Estado, son factores reiterados en el análisis del fenómeno.

La delincuencia de personas menores de edad en nuestro país se manifiesta en diferentes situaciones, la más evidente, es la participación activa de personas menores de edad en pandillas delincuenciales conocidas en nuestro país como Mara Salvatrucha y la Mara 18.

La utilización de personas menores de edad para el cometimiento de hechos delictivos, constituye otra de las manifestaciones en que se presenta la delincuencia cometida por personas menores de edad debido a que estos son tratados con menor rigor por los administradores de justicia. Fundamentalmente se utilizan para el delito de Extorsión evitando de esa forma los adultos miembros de grupos organizados delincuenciales y ser castigados de forma rigurosa.

Sumado a estas manifestaciones, la poca eficacia de la política criminal impulsada por el Estado agudiza la participación de personas menores de edad en hechos delictivos, debido a la criminalización constante de conductas que genera más tipos delictivos aumentando de esa forma el

fenómeno de la delincuencia cometida por personas menores de edad contrario a la creación de una solución eficaz.

Hasta ahora, los esfuerzos invertidos en atender esta problemática han sido mínimos, dispersos y en su mayoría orientados, no tanto a la prevención de la delincuencia de personas menores de edad, sino más bien a la retribución punitiva, expresada en una represión constante del Estado a través de sus cuerpos de seguridad pública que continuamente ponen de manifiesto la preponderancia de un derecho penal de autor hacia las personas menores de edad, pues por su simple apariencia o antecedentes, los estigmatizan, persiguiéndolos bajo un supuesto hecho delictivo.

La captura de líderes de “clikas”, realizadas en el marco de los planes de intervención policial, no necesariamente ha desarticulado la organización y el poder territorial de estos grupos, más bien ha diversificado el liderazgo de sus miembros, pues luego de la captura de sus líderes, otros pasan rápidamente a ocupar su lugar<sup>194</sup>.

En nuestro país es pertinente mencionar que entre los Delitos que con mayor frecuencia cometen los menores de edad, están: Desordenes Públicos, Tenencia Portación Conducción Ilegal o Irresponsable de Arma de fuego, Agrupaciones Ilícitas, Hurto, Daños, Robo, Robo Agravado, Lesiones, Posesión y Tenencia, entre otros.

Para el caso durante el año 2003<sup>195</sup>, de acuerdo a fuentes extraídas de la Fiscalía General de la República en el país, los casos contra menores de edad representan el 5.8% de los casos iniciados por dicha institución. Durante el año 2005, la Policía Nacional civil capturó a 5578 menores de edad como presuntos sospechosos de diferentes delitos, equivalente al

---

<sup>194</sup> Moro, Javier, “Juventudes, Violencia y Exclusión: Desafíos para las políticas públicas”, Magna Terra Editores, Guatemala 2005.

<sup>195</sup> Amaya Edgardo y Otros, “Propuesta de política criminal y seguridad Ciudadana para El Salvador”, FESPAD Ediciones, 1ª Edición, San Salvador, 2005, pág. 26.

8.38% del total de detenciones realizadas en dicho año por esa institución. Podemos observar en la tabla que se presenta a continuación una comparación entre la criminalidad atribuida a menores de edad con respecto a la criminalidad de adultos, según ingresos o procesos judiciales iniciados desde el año 2004 a marzo de 2006.

Tabla 2. Personas Privadas de Libertad

2004			2005			2006		
Adultos	Menores		Adultos	Menores		Adultos	Menores	
	Nº	%		Nº	%		Nº	%
<b>61,852</b>	3,474	5.62	<b>49,538</b>	3,028	6.11	<b>12,141</b>	819	6.7

Fuente: Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia<sup>196</sup>.

Aparentemente los datos reflejados representan un índice porcentual muy bajo en relación al 100% de capturas realizadas en los años en mención. Dicha tabla refleja que los índices de criminalidad de personas menores de edad en los últimos años, no ha presentado una variación sustancial, contrario a ello se ha mantenido en índices porcentuales constantes.

Al estimar el porcentaje de pandilleros asociados a la comisión de delitos, a partir de las estadísticas proporcionadas por los centros de reclusión de adultos y personas menores de edad a nivel nacional, este no sobrepasa el 30%. Sin embargo, en los centros de internamiento de menores, los datos proporcionados por el Instituto Salvadoreño para la protección Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA) muestran, con base a

<sup>196</sup> Cuadernos de Justicia juvenil, unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, año 1, abril 2007, pág. 7

la separación por pandillas con que funcionan los centros, que estos constituyen el 64.5% del total de jóvenes que cumplen medidas de internamiento, lo cual refleja que los pandilleros constituyen un importante grupo en el sistema de justicia penal juvenil<sup>197</sup>.

En lo relativo al sistema penitenciario de adultos, la Dirección General de Centros Penales reportó que, de un total de 12494 internos registrados hasta agosto del año 2005, el 26% pertenece a pandillas, lo cual evidencia que la población penitenciaria asociada a estos grupos no constituye la mayoría del universo de la población interna del país, en el caso de las personas menores de edad, los pandilleros constituyen más de la mitad de quienes están privados de libertad.

#### **4.3.2. A nivel local**

En nuestro país uno de los municipios más golpeados por la delincuencia es San Salvador, esto por la densidad poblacional, entre otros factores. Existe una alta concentración de personas jóvenes que se mueven en la capital aunque no necesariamente residan en ella, que se movilizan a diario a sus centros de estudio, que muchas veces se vuelven foco de atracción para vendedores de drogas incitando a los menores al consumo de estas\*, además, la proliferación de agrupaciones estudiantiles que generan violencia en las calles de la capital.

En San Salvador se identifican sectores urbano-marginales conocidos tradicionalmente como focos de peligrosidad y delincuencia en donde las condiciones socioeconómicas que generan ciertas condiciones de vulnerabilidad en las personas menores de edad incitándolos al consumo de drogas y a la actividad delincencial.

Los factores que inciden en la actividad delincencial de las personas menores de edad no se disgregan de la totalidad del país. Para el caso la desintegración familiar y por ende, la necesidad de un joven de ser aceptado

---

<sup>197</sup> Ib. Pág. 54

\* Diario El Mundo, 09/02/2006, Pág. 9

en un grupo social aumenta el número de personas menores de edad que potencialmente ingresan a pandillas delincuenciales; de igual manera, el factor anterior mas la influencia de los medios masivos de comunicación incita a las personas menores de edad al consumo de drogas, entre otros aspectos. Las condiciones de extrema pobreza en comunidades urbano-marginales del municipio de San Salvador y de municipios aledaños mueven a muchas personas menores de edad a cometer delitos en perjuicio del patrimonio individual, sumado a la poca accesibilidad de centros recreativos para jóvenes. Es digno de recalcar que el fenómeno de la delincuencia no es exclusivo de las áreas urbano-marginales puesto que es observable también en otros sectores sociales como clase media e incluso personas menores de edad que forman parte de la clase social dominante que por lo general no son incluidos en el proceso de estigmatización por la condición socio-económica que ostentan.

En la siguiente tabla puede observarse los delitos cometidos y el número de personas menores de edad, privados de libertad por la Delegación San Salvador Centro de la Policía Nacional Civil, durante el año 2007.

Tabla 3.  
**PERSONAS MENORES DE EDAD PRIVADAS DE LIBERTAD POR LA DELEGACION SAN SALVADOR CENTRO, AÑO 2007 Y 2008.**

<b>DELITO</b>	<b>AÑO</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
AGRUPACIONES ILICITAS		319	361
AMENAZAS		26	9
DAÑOS		30	28
DESORDENES PUBLICOS		75	34
EXTORSION		25	19
HURTO		74	70
LESIONES		48	80
POSESIÓN Y TENENCIA		56	26
PRIVACION DE LIBERTAD		3	2
RECEPTACIÓN		16	17
ROBO		233	243
ROBO AGRAVADO		46	55
TEN. PORTACION O COND. ILEGAL O IRRESP. DE ARMAS DE FUEGO.		40	52
FAB, IMP, EXP, COM, TEN O PORT DE ARMAS DE FUEGO DE FABRICACIÓN ARTESANAL		0	44
RESISTENCIA		31	14
HOMICIDIO AGRAVADO		24	6
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR		7	4
TRAFICO ILICITO		6	8
USO Y TENENCIA DE DOCUMENTOS FALSOS		0	1
HOMICIDIO TENTADO		3	5
HURTO AGRAVADO		5	8
VIOLACION		8	10
VIOLACION DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS		0	1
FALSIFICACION, TENENCIA O ALTERACION DE MONEDA		0	1
<b>TOTAL</b>		<b>1076</b>	<b>1098</b>

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos del Centro Nacional de Información Policial de la Policía Nacional Civil, al 31 de diciembre 2008.

Tabla 4.

**PERSONAS MENORES DE EDAD CLASIFICADAS POR EDAD,  
PRIVADAS DE LIBERTAD DURANTE EL 2007 Y 2008.**

<b>EDAD</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>12</b>	9	11
<b>13</b>	25	30
<b>14</b>	69	101
<b>15</b>	177	185
<b>16</b>	344	297
<b>17</b>	452	474
<b>TOTAL</b>	<b>1076</b>	<b>1098</b>

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos del Centro Nacional de Información Policial de la Policía Nacional Civil, al 31 de diciembre 2008.

No cabe duda que los delitos con mayor frecuencia cometidos por personas menores de edad giran alrededor de actividades que implican asociarse, en decir sentirse aceptados por un grupo como, la pertenencia a agrupaciones ilícitas. En orden descendente, los delitos que lesionan el patrimonio individual se ubican en segundo plano, por ejemplo, el robo, el hurto y daños. La posesión y tenencia de droga es otro delito muy frecuente, no obstante, debe tomarse en cuenta que las estadísticas no reflejan la cantidad exacta de personas menores de edad que consumen droga, pues se desconoce la totalidad real de sujetos inmersos en estos fenómenos.

Es necesario mencionar que frecuentemente grupos delincuenciales organizados utilizan a personas menores de edad para el cometimiento del delito de extorsión (en la tabla se presenta una cantidad considerable de menores detenidos por dicho delito) a empresarios de transporte y otros debido a que por ser personas menores de edad tienen menos posibilidades de ser castigados por el sistema penitenciario de nuestro país.

Los efectos de la delincuencia cometida por personas menores de edad que impactan en la sociedad salvadoreña son observables a partir de varias situaciones; una de ellas es la proliferación de la violencia juvenil en las calles que se presenta en la lucha constante por el control territorial entre pandillas rivales. Dicha situación ha propiciado un aumento de inseguridad social proliferando un temor generalizado de la población a ser víctima de hechos delictivos y de transitar por determinados lugares estigmatizados por su alto grado de peligrosidad.

Otro efecto que el fenómeno en estudio produce es el rechazo social a las personas menores de edad que integran grupos antisociales pues su apariencia física, sus modos de vestir, sus expresiones verbales y conductas mostradas son fuente de marginación social. Debe considerarse además, el consumo de drogas como efecto de la manifestación del problema a pesar de ser un delito en sí mismo constituye un efecto paralelo al problema.

Como forma de enfrentar a la delincuencia cometida por personas menores de edad se han creado nuevos tipos delictivos que pretenden minimizar el fenómeno, como el delito de agrupaciones ilícitas, entre otros.

#### ***4.4. Modelo de política criminal implementado por El Salvador.***

Previamente se ha caracterizado el fenómeno de la criminalidad en El Salvador, paso previo para delimitar el modelo de política criminal que el Estado implementa.

El Salvador, por ser un país subdesarrollado, o como las potencias económicas nos llaman pretendiendo ocultar lo visible “países en vías de desarrollo”, al igual que el resto de América Latina, ha importado modelos y teorías surgidas principalmente en Europa pretendiendo implementarlas en nuestra realidad sin muchas veces hacer al menos una adecuación de ellas. Más, en cuanto a política criminal aún persiste la presencia de corrientes sustentadas en escuelas criminológicas que han sido superadas.

Durante las décadas posteriores a la guerra civil en El Salvador, el fenómeno de la criminalidad tendió a aumentar paulatinamente hasta llegar a niveles insostenibles, fundamentalmente con el surgimiento de las pandillas como forma organizada de delincuencia. Fenómeno extendido a diferentes ámbitos sociales que involucra no solo a personas adultas sino que además incorporó en su evolución la participación de muchas personas menores de edad. Ante tal fenómeno y, en general para enfrentar la criminalidad, el Estado salvadoreño ha adoptado ciertas formas de combate que se estudiarán en este apartado.

Los gobiernos de turno durante la década de los años noventa y recientemente los gobiernos de Francisco Flores y Elías Antonio Saca se han caracterizado por implementar una política criminal represiva y reactiva. La tajante afirmación anterior puede sustentarse a partir de las acciones concretas del Estado por parte de las instituciones que lo conforman.

La política criminal del estado salvadoreño durante la administración del presidentes citados ha tenido como perfil principal la asistematicidad, puesto que no existe una política sistemática y coherente que muestre unicidad de criterio en todas las instituciones del Estado, como lo afirma el Licenciado Luis Enrique Salazar Flores, Procurador Adjunto de la Niñez y la Juventud, "Hay que partir de la idea que no hay, en estricto sentido, una política criminal porque incluso desapareció el área de política criminal de lo que fuera el ministerio de justicia. Hay mucha atomización de esfuerzos de política criminal (no se sabe si lo hace la policía, el consejo de seguridad pública), así el consejo de seguridad pública no tiene el mismo discurso del Ministerio de Gobernación, ni gobernación tiene el mismo discurso de la policía y si nos vamos al ámbito judicial es otro discurso"<sup>198</sup>, pese a que el artículo 127 de la ley Penal Juvenil estipula que "el Ministerio de Justicia,

---

<sup>198</sup> Entrevista a Licenciado Luis Enrique Salazar Flores, Procurador Adjunto de la Niñez y la Juventud

formulará la política criminal para la prevención de la delincuencia juvenil...”<sup>199</sup>.

Frente al fenómeno de la criminalidad incontrolable, interesa presentar al ciudadano una imagen de que se está haciendo “algo” para combatir la delincuencia a manera que el ciudadano aunque sienta inseguridad pública, percibe, con la ayuda de los medios de comunicación, que el gobierno de turno realmente tiene una lucha frontal contra el delincuente. Este denominado Derecho Simbólico, se refleja a partir de respuestas esporádicas a la criminalidad que únicamente enfrentan el fenómeno cuando aparece pero no es una política sistemática y permanente. Es decir solo reacciona ante un fenómeno específico en un momento determinado.

Un ejemplo concreto es la criminalización de una conducta de acuerdo a la presión que la sociedad ejerce frente al Estado como fue el caso de la Ley antimaras que solo respondió a la coyuntura sin tener efectividad en su ejecución ni voluntad del Estado para enfrentar debidamente el fenómeno de la criminalidad, tanto que el Licenciado Jaime Martínez, Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia, expresa que “la detención masiva siempre se ha hecho solo que se exacerbó con el llamado Plan Mano Dura que lanzó el ex presidente Francisco Flores, y que históricamente ya se demostró que eso no fue un Plan que buscara controlar el auge de las Pandillas”<sup>200</sup>.

De esta manera se crea la ilusión que el gobierno de turno realmente está trabajando por resolver el fenómeno de la criminalidad, aunque sea muchas veces una forma de ocultar su incapacidad para ello.

Es evidenciable que además de implementar un modelo de política criminal reactiva, también es de tipo autoritaria o represiva. Si bien es cierto

---

<sup>199</sup> Debido a la constante reestructuración del gabinete de gobierno el ministerio de Justicia fue eliminado durante la administración del Presidente Francisco Flores, no existiendo evidencia clara de una Institución estatal a quien se le haya conferido la competencia establecida en el artículo 127 de la Ley Penal juvenil.

<sup>200</sup> Entrevista al Licenciado Jaime Martínez, Coordinador de la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia.

no vivimos en una dictadura militar al estilo de la segunda mitad del siglo XX, las formas de combate de la criminalidad si son represivas. Es evidente que el Estado ve “enemigos” en todos aquellos sectores sociales que puedan de alguna manera desestabilizar el modelo económico, por ello ve como enemigo a todo aquel que de alguna manera salga de la legalidad. Es observable cuando el Estado criminaliza conductas que muchas veces infringen derechos humanos. El delito de agrupaciones ilícitas regulado en el art. 345 C. Pn., es una figura delictiva que los cuerpos represivos, específicamente la Policía Nacional Civil, utiliza para perseguir y reprimir a todo aquel individuo adulto o persona menor de edad por el simple hecho de estar reunidos con otras personas guiándose por la apariencia física: su forma de vestir, atuendos, o por simplemente considerar que se encuentran de manera “sospechosa” en un lugar determinado, aplicándose el derecho penal de autor. Los cuerpos de seguridad tienden a realizar detenciones masivas, sin tener bases sólidas para tal acción, con la finalidad de generar temor en aquellos que delinquen y mostrar a la sociedad que son un cuerpo eficiente y confiable.

Otro elemento característico de la política criminal impulsada, además de la criminalización constante e indiscriminada de conductas, es el endurecimiento de penas, pues dichos gobiernos consideran que de esa manera persuaden a todo aquel que realiza actos delictivos, para ya no realizarlos y además porque consideran que es una forma de retribuir el mal que causan a la sociedad.

#### **4.4.1. Planes ejecutados por el Estado salvadoreño en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad.**

##### **4.4.1.1. Manodurismo**

El “Manodurismo” tomó mayor vigor en el Estado Salvadoreño el 23 de julio de 2003, cuando el ex Presidente de la República, Francisco Flores,

lanzó el plan “Mano Dura” en la colonia Dina, al sur de San Salvador, con la intención de erradicar las pandillas que operaban en esa zona y en todo el país.

El plan se desarrollo entre julio de 2003 y agosto de 2004, en diferentes fases, las cuales comprendieron, el despliegue de Grupos de Tareas Antipandillas ( conformados por miembros de la Policía Nacional civil y miembros de la Fuerza Armada) en municipios considerados de alta presencia pandilleril. Durante este periodo, y amparadas en dos legislaciones especiales y temporales señaladas como inconstitucionales (Ley antimaras y Ley para el combate de las actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones ilícitas) que estuvieron dirigidas a penalizar la pertenencia a las pandillas, se realizaron un total de 19,275 capturas de personas acusadas de pertenecer a las pandillas. De ese total: 16, 191 (84%) fueron sobreseídos definitivamente; 1,349 (7%) sobreseídos provisionalmente; pendientes de audiencia estaban 771 equivalente al 4% y solo el 5% fueron encontrados culpables, no por pertenecer a pandillas sino que debido a otros delitos<sup>201</sup>. En estas capturas se detuvieron en varias oportunidades a los mismos jóvenes, debido a que muchos de ellos eran recapturados inmediatamente después de haber sido liberados por los jueces por la falta de pruebas que sustentaran las acusaciones<sup>202</sup>.

Durante la administración del presidente de Elías Antonio Saca, el 30 de agosto de 2004 se puso en marcha el Plan denominado “Súper Mano Dura” como parte de su plan de gobierno 2004 – 2009 “País Seguro”. Este plan ofreció como novedad el establecimiento de mesas de concertación sobre las pandillas a las que se convocó a diversas entidades de gobierno, sociedad civil, sectores religiosos y cooperación internacional dentro de un pretendido esquema de prevención social de la violencia. Sin embargo, la

---

<sup>201</sup> Martínez, Jaime. “Límites Democráticos al Poder Penal Reformas de la Seguridad Pública y la Justicia Penal”, FESPAD Ediciones, 2005, pág. 401.

<sup>202</sup> Cruz, José Miguel, “Maras y Pandillas en Centroamérica”, Volumen IV, UCA Editores, San Salvador 2006, pág. 60.

mayor parte de los recursos del plan fueron dirigidos a la represión policial, y dentro de ella, el esfuerzo principal se realizó en las detenciones sin que existiera un esfuerzo equivalente en la efectiva investigación criminal, lo que produjo que tan sólo una pequeña parte de los pandilleros detenidos sean encontrados culpables de algún delito.

Con el lanzamiento del Plan Súper Mano Dura, se evidenció que el énfasis estaba enfocado en la represión policial, ni siquiera en la efectiva investigación criminal que estableciera la individualización de responsabilidades para lograr procesos penales exitosos<sup>203</sup>.

Pero, pese a la persistente manipulación y distorsión de las estadísticas policiales con las que el Ejecutivo buscó presentar resultados exitosos, desde el plano estadístico de las propias cifras policiales y a la luz del propósito bajo el cual se ha justificado la medida que es la reducción de la violencia criminal en el país, el fracaso fue contundente<sup>204</sup>.

#### **4.4.1.2. Planes Mano Amiga y Mano Extendida**

De manera complementaria al “Manodurismo” el Estado salvadoreño propició tímidamente la creación de tratando de ofrecer respuestas al fenómeno de la criminalidad de personas menores de edad desde la lógica de la prevención de dicho fenómeno. En este sentido, el Plan Nacional de Juventud (2005-2015) incluye este tipo de enfoques, caracterizados a partir de las expresiones “Mano Amiga” y “Mano Extendida”, que son consideradas estrategias complementarias al “Manodurismo”<sup>205</sup>.

El Plan, Mano Amiga consiste en la intervención temprana de apoyo a jóvenes en riesgo, es decir, todos los programas y proyectos encaminados a prevenir que la juventud salvadoreña se involucre en actividades violentas o

---

<sup>203</sup> Martínez, Jaime. “Límites Democráticos al Poder Penal Reformas de la Seguridad Pública y la Justicia Penal”, FESPAD Ediciones, 2005, pág. 401.

<sup>204</sup> Aguilar, Jeannette. Metodologías para la cuantificación del delito. FESPAD Ediciones, 2002

<sup>205</sup> [http://www.joveneslac.org/portal/000/publicaciones/pais\\_mes/diciembre/15-Violencia\(II\).htm](http://www.joveneslac.org/portal/000/publicaciones/pais_mes/diciembre/15-Violencia(II).htm)

delictivas, ingrese a pandillas, deserte de sus centros educativos, se convierta en drogodependiente o indigente o padezca un embarazo precoz”.

El Plan Mano Amiga implica una articulación de esfuerzos entre la Secretaría de la Juventud, Ministerio de Gobernación, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Educación, Fuerza Armada, Procuraduría General de la República, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, Instituto Salvadoreño de la Mujer, Instituto Nacional de los Deportes, Consejo Nacional para la Cultura y el Arte, Instituto Salvadoreño de Formación Profesional, Banco Multisectorial de Inversiones, ONG's e Iglesias.

La ejecución del Plan Mano Amiga requería la articulación de todas las Instituciones previamente citadas, pero tal coordinación no fue realmente efectiva, pues no hubo una articulación real, ni una sistematización de proyectos que concretara dicho Plan; únicamente se percibió la ejecución esporádica, asistemática y dispersa de proyectos principalmente ejecutados por la Secretaria Nacional de la Juventud.

El Plan Mano Extendida o Programa de Rehabilitación y Reinserción de Jóvenes Pandilleros, es el componente que brinda una mano extendida a los jóvenes pandilleros, en conflicto con la ley, drogodependientes o indigentes. Los proyectos de rehabilitación re-educan e insertan social y laboralmente a estos jóvenes, aislándolos de comportamientos antisociales y ambientes riesgosos. El programa tiene componentes de valores cívicos, consejería, guía espiritual, atención psicológica, nivelación académica, formación vocacional, cultura, deporte, salud integral, vínculos familiares y mediación laboral o emprendedurismo.

En este marco, se promueven alternativas de inserción social para aquellos jóvenes que decidan abandonar las pandillas, procurando contar con centros de rehabilitación que acompañen y apoyen a estos jóvenes.

Para poner en marcha el Plan Mano Extendida, se han creado proyectos que se desarrollan en los denominados “Centros de Rescate Juvenil, CREJ”, y que en la actualidad únicamente funcionan dos, uno en la Colonia IVU en San Salvador y el otro en Quezaltepeque, en los cuales los beneficiarios reciben atención encaminadas a resolver situaciones psicosociales, conductas y comportamientos culturales, área espiritual, capacitación laboral, educación y deportes.

#### ***4.5. Roles de las institucionales involucradas en el combate de la delincuencia.***

Enfrentar el fenómeno de la criminalidad supone la articulación de distintas instituciones estatales que desde su función propia contribuyen en la solución del problema.

##### **4.5.1. Vice-Ministerio de Seguridad Pública.**

El Vice-Ministerio de Seguridad Pública por medio de la Dirección General de Seguridad Ciudadana es la entidad gubernamental promotora de la participación ciudadana en la prevención de la violencia y la delincuencia, impulsando diferentes acciones para generar mayor participación de la ciudadanía en la prevención de estos fenómenos.

La Dirección General de Seguridad Ciudadana en la prevención de la violencia y la delincuencia se guía por los siguientes objetivos, como metas a conseguir dentro de este proceso:

1. Promover la participación ciudadana en el fortalecimiento de la prevención temprana del comportamiento antisocial.
2. Orientar a la sociedad civil por medio de espacios de participación en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de los programas propuestos para mejorar la seguridad.

3. Promover la coordinación y mejora de las acciones de acercamiento a la comunidad y las autoridades municipales e instituciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, para incrementar la seguridad ciudadana.
4. Incorporar a la ciudadanía en la planeación y focalización de instrumentos que permitan medir la gestión antidelinquencial, de tal forma que tenga una participación activa y una apropiación real de metodología y prácticas preventivas.
5. Fomentar una cultura de denuncia para reducir los índices delinuenciales actuales.

#### **4.5.2. Fiscalía General de la República**

El art. 93, Ordinal 3° de la Constitución, prescribe que el Fiscal General de la República le compete “Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la forma que determine la ley”; esa cooperación no debe ser solo unidireccional, es decir de la Policía hacia la Fiscalía, sino de ésta hacia la primera y de ambas con los tribunales de justicia y otras instituciones, en virtud de lo dispuesto en el inciso 1° parte final, del Art. 86 de la Constitución que dice: “Las atribuciones de los órganos de gobierno son indelegables, pero éstos colaboraran entre si en el ejercicio de las funciones públicas.

En virtud de una reforma, de fecha 10 de diciembre de 1993<sup>206</sup>, el Art. 3 de la Ley del Ministerio Publico prescribe que al Fiscal General de la República le corresponde “Dirigir funcionalmente desde la etapa policial la investigación de los hechos criminales y la recabación de pruebas que han de someterse a la jurisdicción penal, a fin de velar por el estricto cumplimiento de los procedimientos legales. Esta dirección la ejercerá el

---

<sup>206</sup> Decreto Legislativo 741, de 10 de diciembre de 1993; Diario Oficial 2, Tomo 322, del 4 de enero de 1994.

Fiscal General de la República, personalmente o por medio de sus agentes auxiliares”.

El art. 2 del Reglamento relativo a la Dirección Funcional del Fiscal general de la República en la Policía Nacional Civil<sup>207</sup> define dicha dirección como “el ejercicio de las facultades que le correspondan al Fiscal General de la República orientadas a dirigir, promover, supervisar e intervenir en todas las actuaciones de investigación de los diferentes delitos y coordinar y decidir sobre la remisión de lo actuado a las autoridades judiciales”.

Dicho Reglamento le establece a la Policía, entre otras obligaciones relativas a la dependencia funcional, las de: informar al Fiscal General al inicio de cualquier obligación dirigida a esclarecer un delito; consultarle cualquier decisión que tenga relación con la privación de los derechos fundamentales, como la detención, el allanamiento y decomiso, y en caso de que no sea posible por las circunstancias del hecho investigado, informársele inmediatamente de la diligencia realizada.

#### **4.5.3. Policía Nacional Civil.**

El art. 159, inciso 3° de la Constitución de la República, dispone que la Policía Nacional civil tiene a su cargo “la colaboración en el procedimiento de investigación del delito (...) con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos”

De igual manera la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil establece en su Art. 1, inc. 2°, que la Policía tiene como objeto “la colaboración en el procedimiento para la investigación de los delitos (...) con estricto apego a los derechos humanos y más adelante en el Art. 11, inc. 2°, prescribe que “por naturaleza de las funciones que están a cargo de ciertas dependencias pertenecientes orgánicamente a la Policía Nacional Civil, éstas pueden quedar bajo la dirección funcional de otras autoridades”.

---

<sup>207</sup> Decreto Ejecutivo 31, de 21 de abril de 1994, D.O. 85, Tomo 323, de 9 de mayo de 1994.

Conforme al marco jurídico salvadoreño, la Policía Nacional Civil depende funcionalmente de la Fiscalía General de la República, lo que implica que la conducción de las investigaciones está en manos de la Fiscalía y a la Policía le corresponde la materialización de dichas investigaciones conforme al dominio de las técnicas y recursos que le son propias, por medio de sus instancias especializadas en dicha materia.

Además la Ley Orgánica de la Policía Nacional civil, en su Art. 4, numerales 3 y 4, respectivamente, establece que son funciones de la Policía Nacional Civil: mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública; prevenir y combatir toda clase de delitos con estricto apego a la ley. Legalmente se pueden distinguir entre las funciones preventivas y represivas de la Policía Nacional Civil, pero en la práctica esa distinción no es tan clara, ya que a determinadas acciones policiales se les denomina preventivas cuando en verdad podrían ser consideradas como represivas, tal es el caso de la vigilancia, persecución, requisas, acoso, fichajes y detenciones masivas de personas calificadas como sospechosas en determinados lugares de alta incidencia delictiva.

#### ***4.5.4. Gobierno local.***

Los gobiernos locales en El Salvador están limitados a las competencias estipuladas en el código Municipal, por lo que la seguridad pública no es una de sus funciones. Los gobiernos locales para enfrentar el fenómeno de la criminalidad pueden sustentarse en el artículo 4 numeral cuatro del Código Municipal, que literalmente dice “Compete a los Municipios: la promoción de la educación, la cultura, el deporte, la recreación, las ciencias y las artes. En consecuencia las municipalidades únicamente pueden llevar a cabo programas dirigidos a la prevención de la delincuencia que involucren a personas menores de edad. La Alcaldía Municipal de San Salvador a través de la Gerencia de servicios a los Ciudadanos y específicamente la Unidad Técnica de Niñez y Juventud, realiza acciones

para prevenir la delincuencia y en ese afán han desarrollado el programa "Esquina sin violencia" el cual es un concurso de diseño de murales donde participan estudiantes de los centros educativos.

Otras acciones realizadas para prevenir delincuencia, consiste en la instalación del Observatorio del delito, coordinado por el Comité de Prevención de la Violencia y Delincuencia, que tiene como finalidad proveer información de los lugares donde se realizan hechos delictivos, así como el establecimiento de estrategias para la prevención del delito.

En otras acciones, ha sido la realización del certamen cultural de pintura titulado "Yo pinto mis derechos". Los talleres artístico culturales que se imparten en la Casa Maya, es otra de las áreas ejecutadas, en donde se atienden niños, niñas, adolescentes y jóvenes en diversos cursos, como danza, música, dibujo pintura, cosmetología, inglés, computación, aeróbicos, karate y manualidades.

Además se imparte un diplomado de Cultura de paz, que ofrece técnicas de facilitación, equidad de género, derechos de las mujeres y de la niñez, prevención de la violencia intrafamiliar y construcción de vida comunitaria. También ha creado el programa de deportes que implementa la Comuna, a través de la escuela de fútbol participan niños, niñas y adolescentes.

## CAPITULO V

### ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS

**SUMARIO: 5.1. Resultados de la encuesta. 5.2. Tabulación de entrevista. 5.3. Verificación de hipótesis generales.**

La recolección de datos se realizó a partir de la aplicación de dos instrumentos de investigación que abarcan un amplio sector de las personas involucradas en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad.

El primer instrumento de investigación aplicado fue la Encuesta dirigida de forma separada a:

- Defensores Públicos, adscritos a la Unidad de Defensoría Pública de la Procuraduría General de la República. De una población de 60 defensores públicos involucrados en la defensa técnica de las personas menores de edad en el municipio de San Salvador, se tomó una muestra de 52 defensores para la aplicación de la encuesta; equivalente al 95% de certeza y cinco puntos porcentuales de margen de error.
- Fiscales Auxiliares, adscritos a la Unidad Penal Juvenil de la Fiscalía General de la República responsables de promover la acción en contra de las personas menores de edad que delinquen en el municipio de San Salvador. La totalidad de fiscales adscritos a esta Unidad es de 10, por lo que la aplicación de la Encuesta fue dirigida al 100% de los sujetos.

Dicho instrumento se realizó con el objeto de recopilar información sobre la contribución de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad en

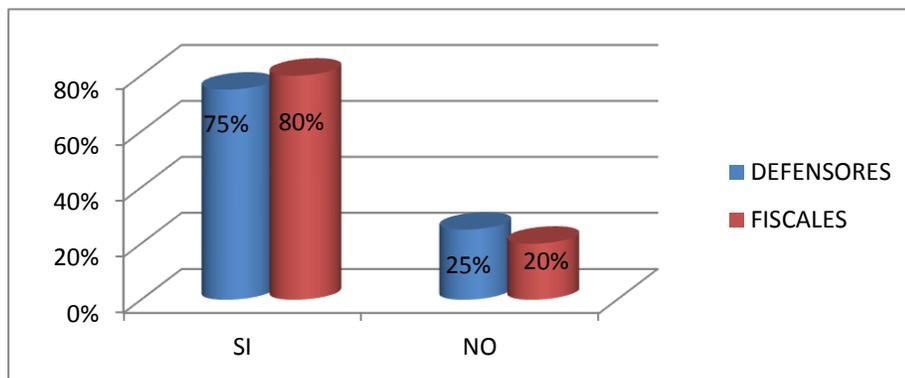
el municipio de San Salvador, desde la perspectiva de los sectores encuestados.

El segundo instrumento de investigación ejecutado fue la Entrevista aplicada con el objeto de obtener la opinión de personas expertas en la materia y que están involucradas en Instituciones públicas relacionadas con la prevención o combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad en el municipio de San Salvador.

### 5.1. Resultados de la Encuesta

La encuesta consta de 18 preguntas que fueron respondidas por defensores públicos y fiscales por lo que se presentan los resultados de forma comparativa en los gráficos correspondientes:

1. De acuerdo a su criterio, ¿Considera que la política criminal punitiva del Estado salvadoreño es de carácter represiva?

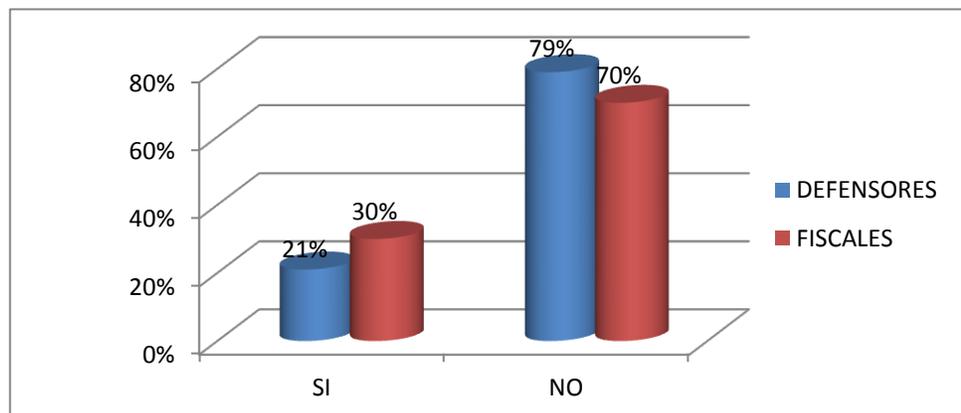


Al preguntar a los encuestados sobre el carácter represivo de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño, el 75% de los defensores públicos opina que la política criminal es de carácter represiva mientras que el restante 25% opina que no tiene un carácter represivo. De igual manera ante la misma interrogante el 80% de los fiscales auxiliares manifestaron que

la política criminal punitiva del Estado salvadoreño es represiva y únicamente el 20% restante considera que no tiene un carácter represivo.

Tales resultados nos indican que tanto defensores públicos como fiscales consideran que el Estado salvadoreño impulsa una política criminal punitiva de carácter represiva.

2. Si la alternativa que seleccionó en la pregunta anterior es afirmativa, ¿diga si una política criminal punitiva de carácter represiva es la manera efectiva en la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?



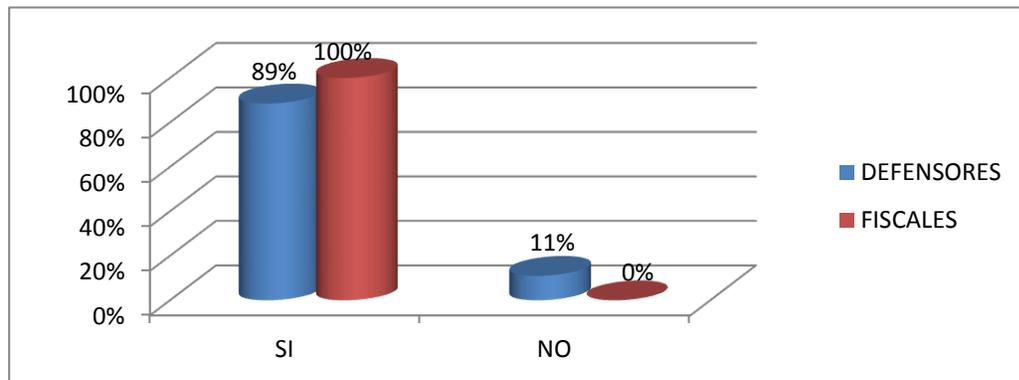
El 79% de los defensores públicos consideran que una política criminal punitiva de carácter represiva no es la manera efectiva en la prevención de la delincuencia cometida por personas menores de edad, mientras que el 21% opina que es una manera efectiva de prevenir tal fenómeno. En relación a las respuestas dadas por los fiscales, tenemos que el 70%, no considera que una política criminal punitiva de carácter represiva sea la manera efectiva para prevenir los delitos cometidos por personas menores de edad frente al 30% que consideran que si.

Ambos sectores encuestados expresan que la represión no es el método más idóneo para el combate de la delincuencia, puesto que esto no

resuelve el origen del problema, no logra disminuir los índices delincuenciales, no elimina las causas que originan tal fenómeno. Además, algunas circunstancias son utilizadas con fines propagandísticos.

Concretamente, se expresa que, una política criminal realmente efectiva no es aquella que reprime sino aquella que previene a partir de la creación de programas sociales, potenciación de la educación entre otros aspectos.

3. ¿Está condicionada la política criminal punitiva del Estado salvadoreño a factores coyunturales?

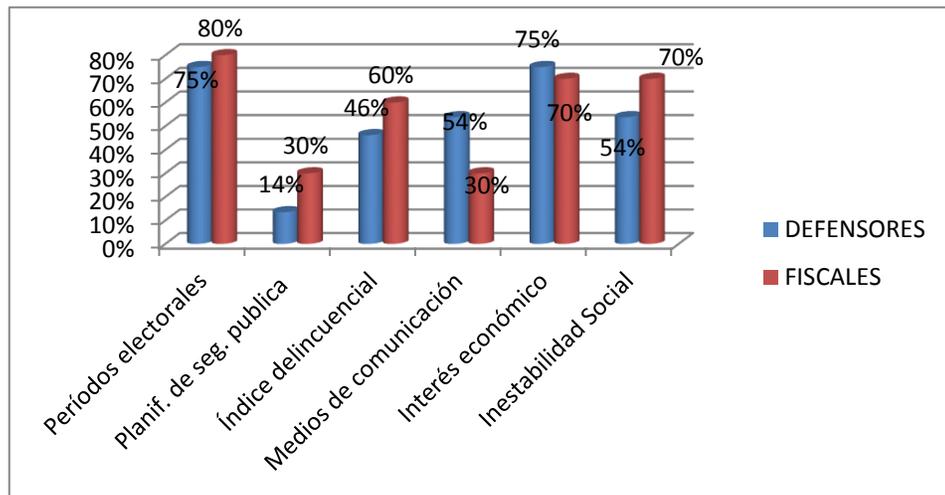


De acuerdo a los resultados de la encuesta el 89% de los defensores públicos respondieron que la política criminal punitiva de El Salvador respectivamente responde a factores coyunturales mientras que el 11% opinan que no. Los fiscales por su parte manifestaron en un 100% que la política criminal punitiva está condicionada a factores coyunturales.

Es evidente que los encuestados perciben que la política criminal responde únicamente a fenómenos sociales y políticos del momento y no es configurada de forma permanente.

4. ¿Qué factores condicionan la implementación de una política criminal punitiva en El Salvador? (puede marcar más de una opción).

- Períodos electorales
- Planificación estratégica de seguridad pública
- Índice delincencial
- Medios de comunicación
- Interés económico
- Inestabilidad Social



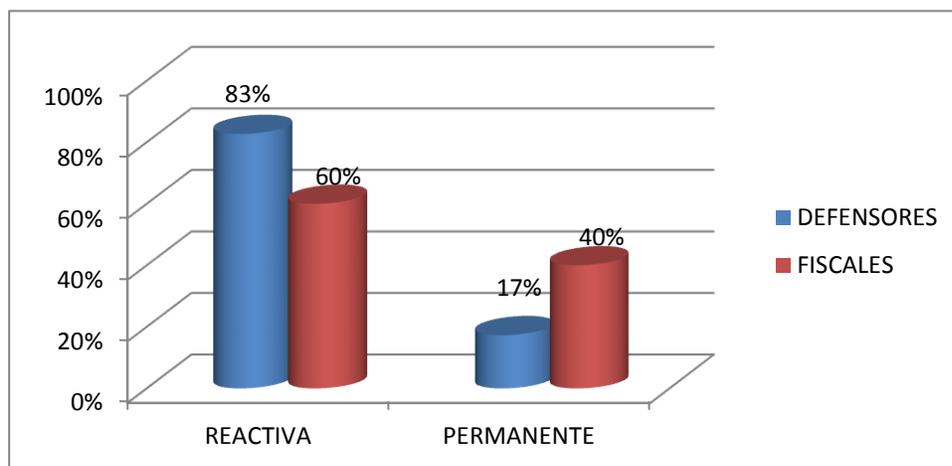
La grafica nos demuestra la preponderancia que los encuestados dan a varios factores que demuestran la reactividad de la política criminal del Estado salvadoreño. Para el caso, tanto defensores públicos y fiscales le dan una preponderancia mayor a los períodos electorales como factor que condiciona la implementación de una política criminal punitiva, con un 75% y un 80% respectivamente; los intereses económicos se constituyen en otro factor preponderante con un 75% en los defensores públicos y un 70% los fiscales, muy cercano a estos porcentajes encontramos la inestabilidad social con un 54% por parte de los defensores y un 70% de parte de la fiscalía; otros factores que de acuerdo a los resultados tienen menor envergadura lo constituyen los medios de comunicación con un 54% por parte de los

defensores públicos y un 30% por parte de los fiscales, dejando en un rango de menor importancia la planificación estratégica de seguridad pública con un 14% de los defensores públicos y un 30% de los fiscales.

Los datos anteriores confirman que los factores coyunturales como periodos electorales, intereses económicos e inestabilidad social son factores que inciden fuertemente y condicionan la implementación de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño.

5. De acuerdo a su criterio, la política criminal punitiva implementada en El Salvador se caracteriza por ser:

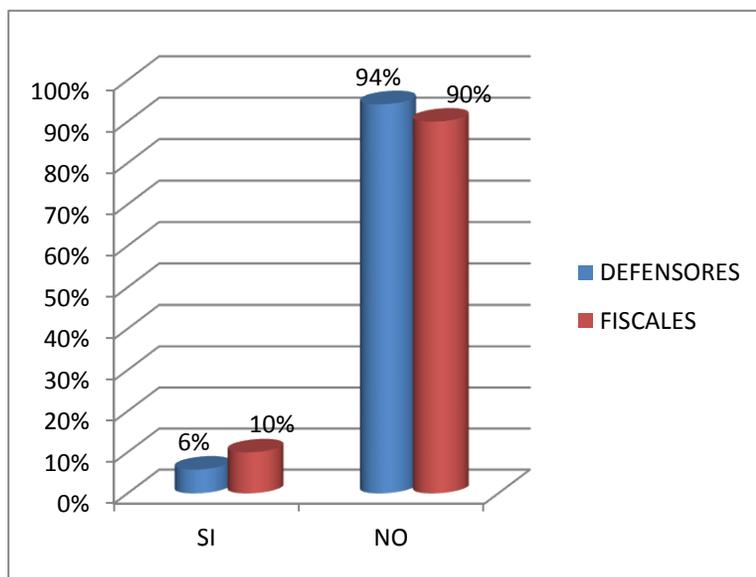
- Reactiva
- Permanente



La política criminal punitiva implementada en El Salvador se caracteriza según el 83% de los defensores públicos y el 60% de los fiscales, por ser eminentemente Reactiva, puesto que solamente se implementa cuando se presentan los fenómenos, no atacan la raíz del problema sino únicamente los efectos. Dicho de otra manera se le da tratamiento al problema cuando ya es imposible corregirlo y se encuentra en dependencia de la situación sociopolítica y económica.

Contrario a ello únicamente un 17% de los defensores públicos y un 40% de los fiscales consideran que la política criminal implementada por el Estado salvadoreño es de carácter permanente.

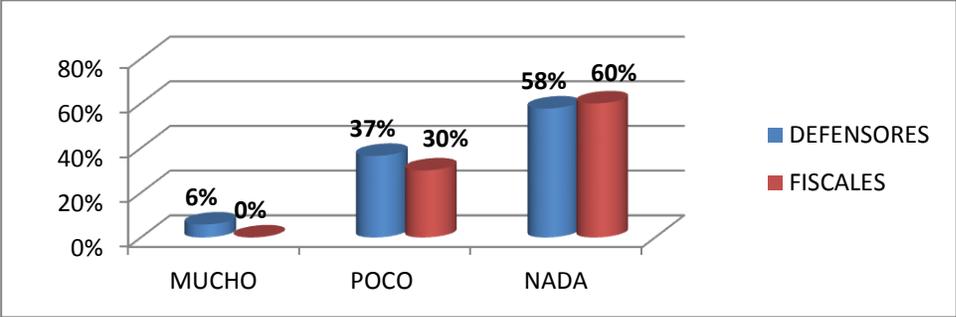
- De acuerdo a la ejecución de los planes Mano Dura y Súper Mano Dura, ¿considera usted que contribuyeron en la disminución la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?



Un 94% de los defensores públicos y un 90% de los fiscales opinan que los Planes Mano Dura y Súper Mano Dura no contribuyeron en la disminución de la delincuencia de las personas menores de edad en el municipio de San Salvador, mientras que el 6% de los defensores públicos y el 10% de los fiscales, son de la opinión que si contribuyeron dichos planes en la disminución del fenómeno.

- De acuerdo a su respuesta de la pregunta anterior, ¿Fueron eficaces los Planes Mano Dura y Súper Mano Dura como mecanismo de solución de

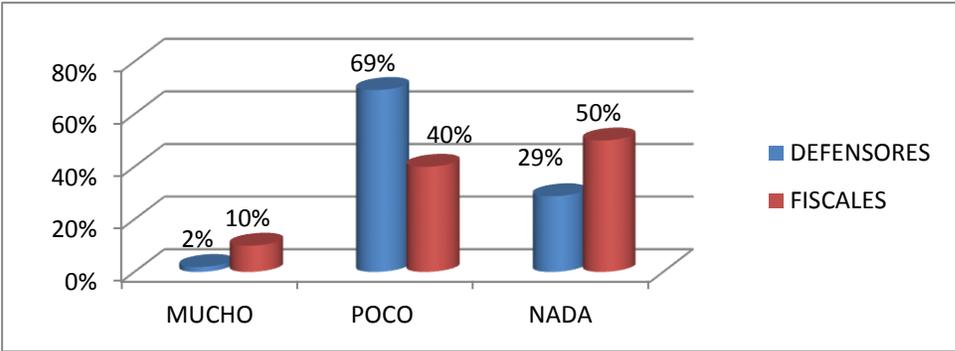
la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?



Como consecuencia de la pregunta anterior el 58% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales son de la opinión que los Planes Mano Dura y Súper Mano Dura no fueron eficaces como mecanismos de solución ante la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador. Un 36% de los defensores públicos y un 30% de los fiscales manifiestan que fue poca la eficacia de dichos planes y únicamente el 6% de los defensores públicos consideran que la implementación de los planes en mención tuvo mucha eficacia.

Se observa entonces, que la opinión más generalizada gira alrededor de la nula eficacia que tuvieron los Planes Mano Dura y Súper mano Dura.

8. ¿Considera Usted que El Salvador implementa sistemáticamente políticas Públicas para la atención de la niñez y adolescencia?

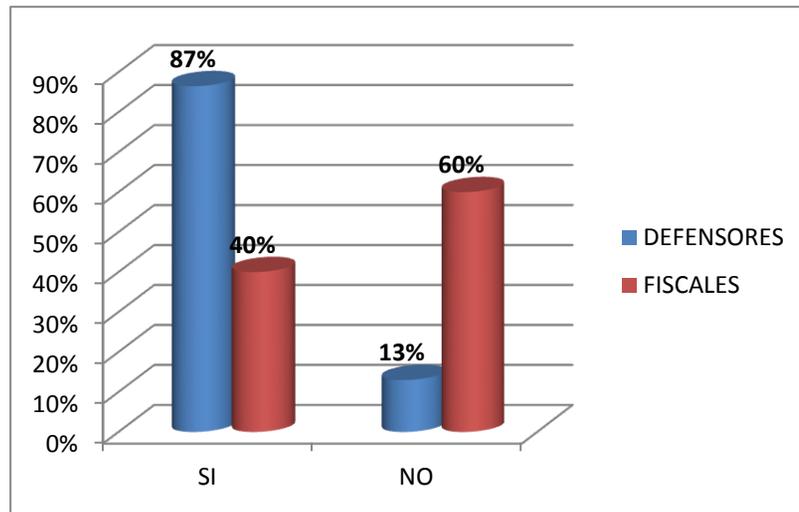


Al preguntar si se implementan en El Salvador sistemáticamente políticas públicas para la atención de la niñez y adolescencia, el 69% de los defensores públicos y un 40% de los fiscales opinan que “Poco” se hace al respecto.

Un 29% de defensores públicos y 50% de fiscales manifiestan que “Nada” se hace al respecto a la implementación de políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia; en cambio, un 2% de defensores públicos y un 10% de fiscales consideran que se hace “Mucho” respecto a estos tópicos.

Se observa una diferencia respecto a la selección de indicadores en las poblaciones encuestadas, puesto que los defensores públicos opinan en un alto porcentaje que el Estado salvadoreño implementa “Poco” las políticas públicas para la atención de la niñez y adolescencia en forma sistemática y los fiscales, en un considerable porcentaje, consideran que no hay implementación sistemática de políticas públicas en el país.

9. ¿Juzga usted que la ausencia de políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia influyen negativamente en la formulación de una política criminal punitiva del Estado salvadoreño para el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad?



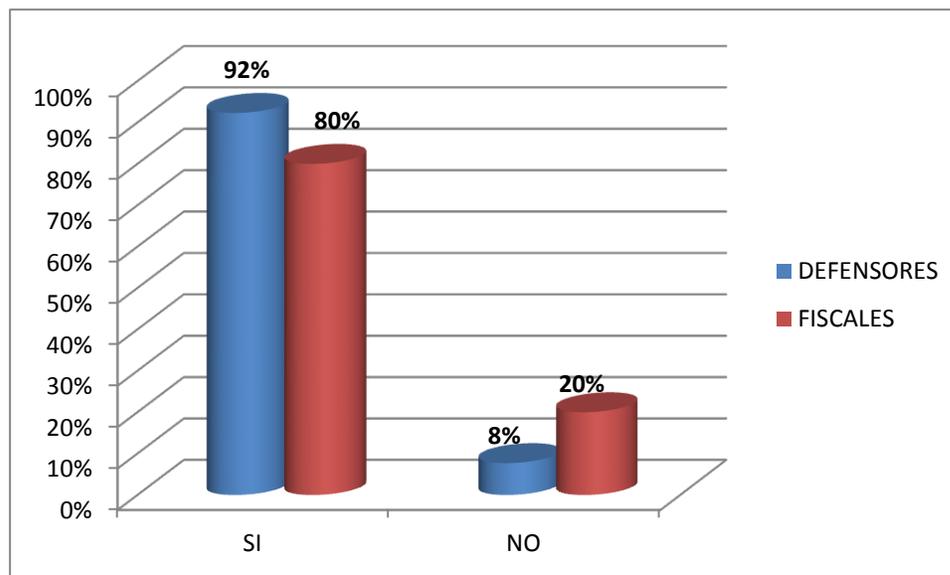
Los datos observados en la grafica nos demuestran que el 87% de los defensores públicos y el 40% de los fiscales consideran que la ausencia de políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia influye negativamente en la formulación de la política criminal punitiva por parte del Estado salvadoreño para el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad, frente al 13% de los defensores públicos y un 60% de fiscales, que expresan que tal ausencia de políticas públicas no influyen en dicha situación.

Es observable entonces, la percepción de los defensores públicos y fiscales ya que existe una contraposición en la selección de indicadores ya que los defensores públicos consideran que influye negativamente y los fiscales consideran que no.

El porcentaje de defensores públicos y fiscales que afirman que la ausencia de las políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia influye negativamente en la formulación de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño para el tratamiento de la delincuencia de las personas menores de edad, puesto que al no existir políticas públicas claras y definidas respecto a espacios recreativos, educación o dicho de otra manera

una política criminal integral las personas menores de edad tienden a dedicarse a otras actividades frecuentemente de carácter delictivo.

10. ¿Considera que los medios de comunicación influyen en la percepción del fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad?

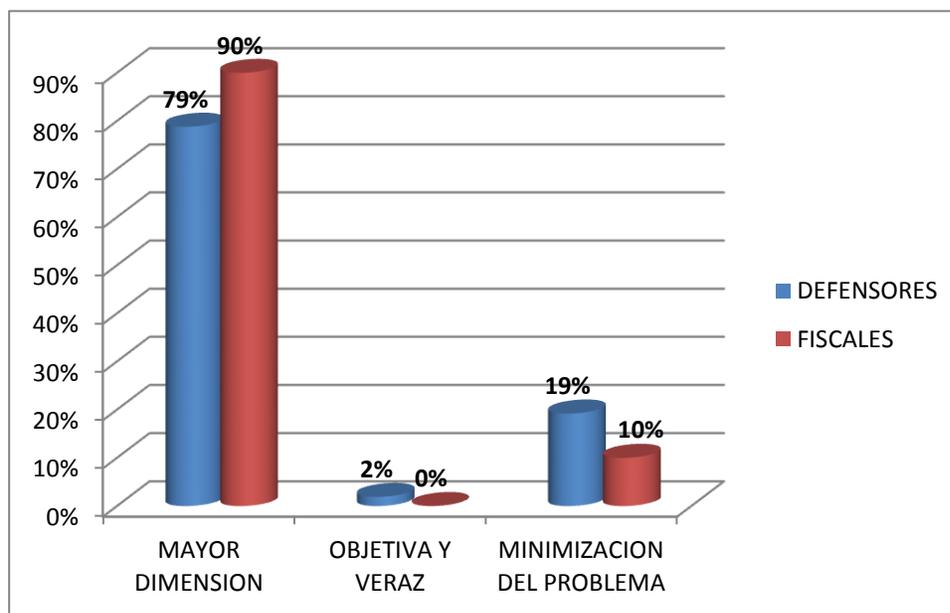


El 92% de los defensores públicos y el 80% de los fiscales afirman que los medios de comunicación influyen en la percepción del fenómeno presentándole al público el fenómeno de una manera diferente de la que en la realidad se da; y únicamente un 8% de los defensores públicos y un 20% de los fiscales son de la opinión que los medios de comunicación no influyen en la percepción que la población tiene respecto al fenómeno.

11. ¿Cuál es la percepción que los medios de comunicación producen en la población sobre el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad?

- Mayor dimensión del fenómeno

- Objetiva y veraz
- Minimización del problema



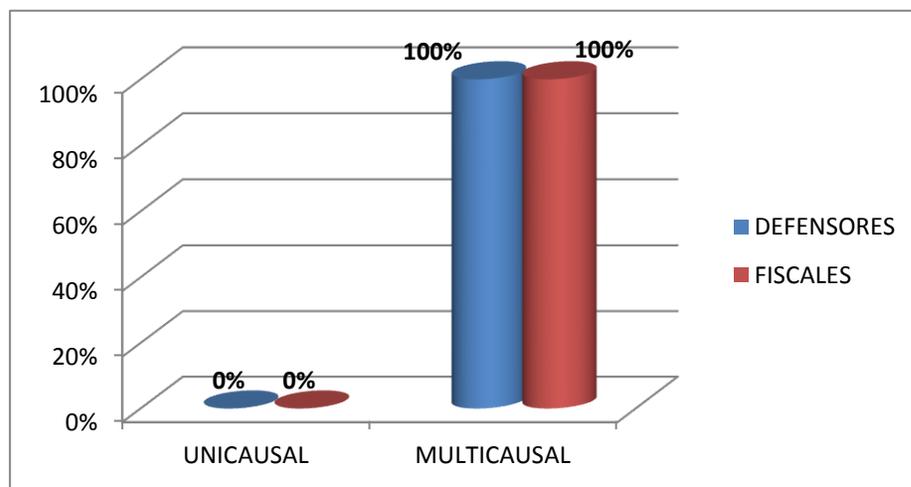
Al preguntar a los encuestados: ¿Cuál es la percepción que los medios de comunicación producen en la población sobre el fenómeno de la delincuencia cometida por personas menores de edad?, el 79% de los defensores públicos y el 90% de los fiscales consideran que éstos le dan una mayor dimensión al fenómeno, en cambio un 2% de los defensores públicos consideran que la percepción que los medios de comunicación es objetiva y veraz, y un 19% de los defensores públicos y un 10% de los fiscales opinan que los medios de comunicación minimizan la percepción que la población tiene acerca del fenómeno de la delincuencia cometida por personas menores de edad.

Evidenciamos con los resultados obtenidos que un alto porcentaje de sujetos encuestados opinan que el papel que juegan los medios de comunicación social en la presentación pública del fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad no presenta mayor grado de

veracidad ni objetividad, contrario a ello tienden a presentar una dimensión situacional exagerada del fenómeno.

12. El fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad tiene un origen:

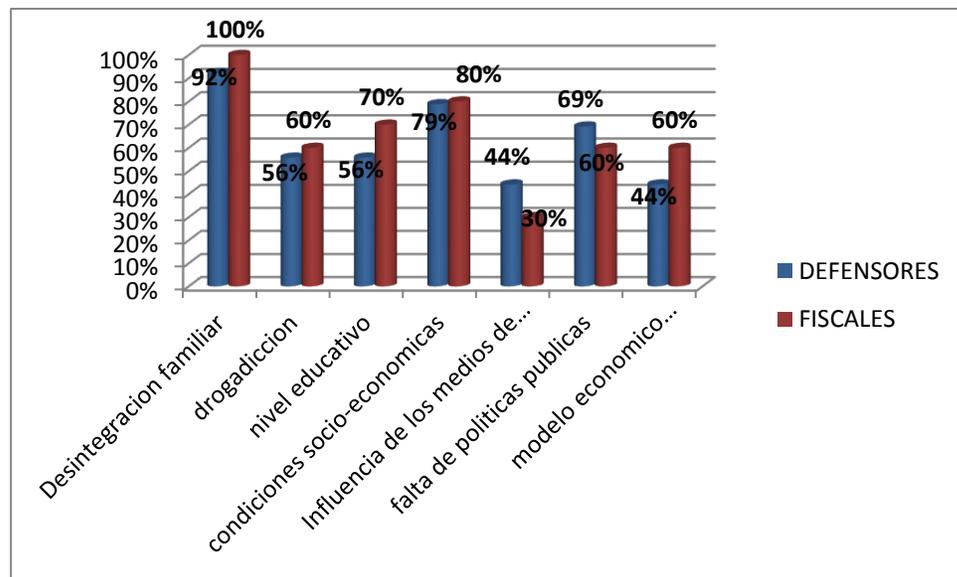
- Unicausal
- Multicausal



Tradicionalmente se ha manejado que la delincuencia cometida por personas menores de edad es generada por causas concretas y absolutas como: la pobreza, la baja escolaridad, la marginalidad entre otros, sin embargo las teorías van cambiando de tal forma que en la actualidad ya no es concebible que el fenómeno en estudio tenga su origen en una causa específica sino que por una diversidad de situaciones que se entrelazan y tienen una interdependencia entre sí a tal grado que el 100% de las dos poblaciones encuestadas consideran que el fenómeno de la delincuencia cometida por personas menores de edad tiene un origen multicausal.

13. ¿Cuáles factores, considera usted, que dan origen a la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

- Desintegración familiar
- Drogadicción
- Nivel Educativo
- Condiciones socio-económicas
- Influencia de los medios de comunicación Social
- Falta de políticas públicas de atención a la infancia.
- Modelo económico implementado

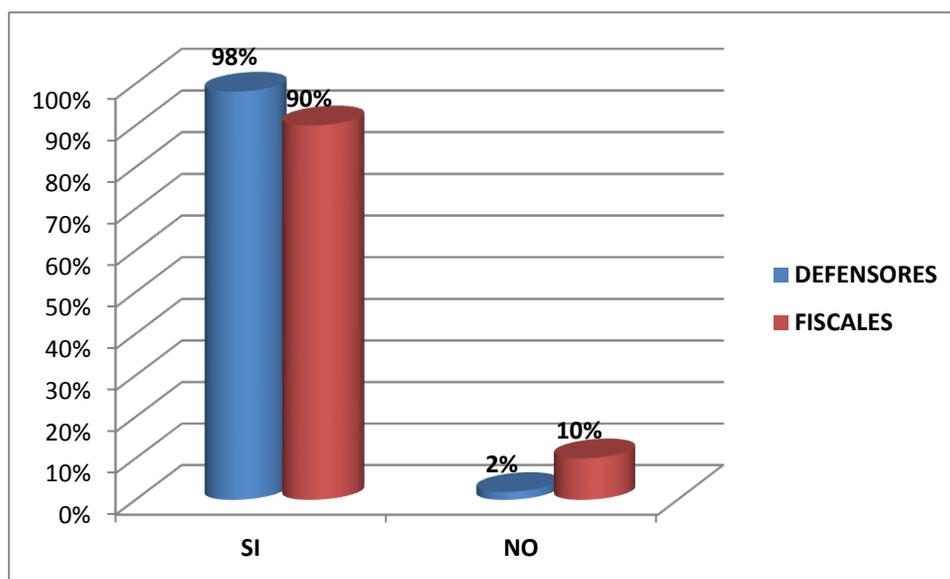


Al preguntar a los encuestados sobre las causas que dan origen a la delincuencia cometida por personas menores de edad, la desintegración familiar es la categoría que aparece con un mayor porcentaje teniendo un 92% de la totalidad de defensores públicos encuestados y un 100% de los fiscales; la segunda categoría que se ubica con mayor representatividad son las condiciones socioeconómicas, obteniendo un 79% y un 80% en ambas poblaciones encuestadas; continua en orden descendente de importancia la falta de políticas públicas de atención a la infancia con un 69% de los defensores públicos y un 60% de los fiscales. Así también, la drogadicción es

otro factor al cual se le da importancia teniendo un 56% entre los defensores públicos y un 60% entre los fiscales.

Debe entenderse que las causas sugeridas en el grafico no dan origen a la delincuencia cometida por personas menores de edad de forma independiente sino en una interrelación de las mismas, dicho de otra manera, en una persona menor de edad que cometa un hecho delictivo influye no solo una causa como la desintegración familiar, sino que influyen muchas de ellas y otras que no están representadas en el grafico.

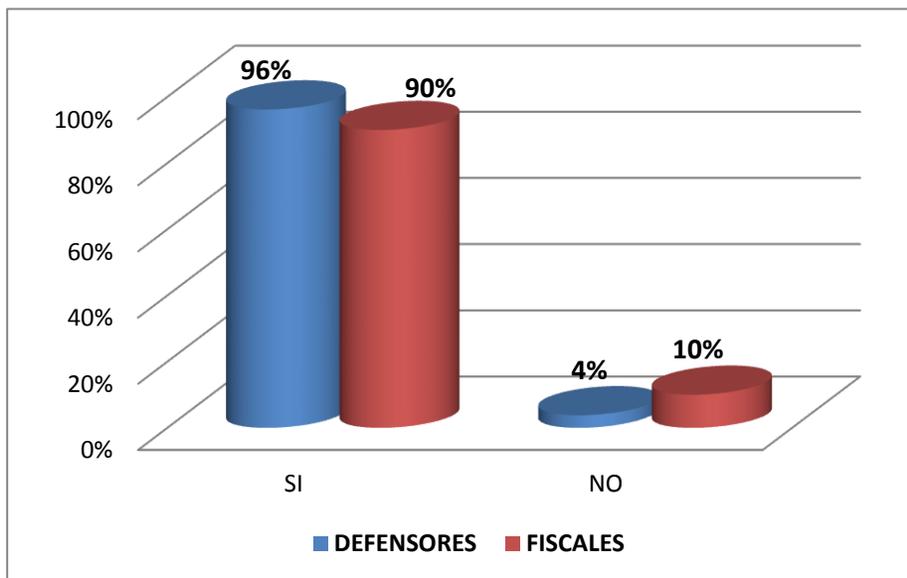
14. ¿Considera usted que existe irresponsabilidad de parte del Estado, la familia y la sociedad en el tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?



La grafica nos demuestra que un 98% de los defensores públicos y un 90% de los fiscales, consideran que existe irresponsabilidad de parte del Estado, la familia y la sociedad en el tratamiento preventivo de la delincuencia cometida por personas menores de edad, ya que son los entes que deben de velar por la protección integral de la infancia, adolescencia y

juventud. En contraposición al resultado anterior únicamente el 2% de los defensores públicos y el 10% de los fiscales opinan que las Instituciones mencionadas no tienen ninguna responsabilidad en el tratamiento preventivo de la delincuencia cometida por personas menores de edad en el municipio de san salvador.

15. Si su respuesta a la interrogante anterior es afirmativa, ¿considera que, la irresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad fomenta la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?



El 96% de los defensores públicos y el 90% de los fiscales son de la opinión que la delincuencia cometida por personas menores de edad es fomentada por la irresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

Del Estado, porque no impulsa políticas públicas de atención a la infancia, adolescencia y juventud, que vayan enfocadas a cubrir de forma

integral las necesidades educativas, además de una carencia de programas recreativos que permitan opciones distintas a la realización de un hecho delictivo.

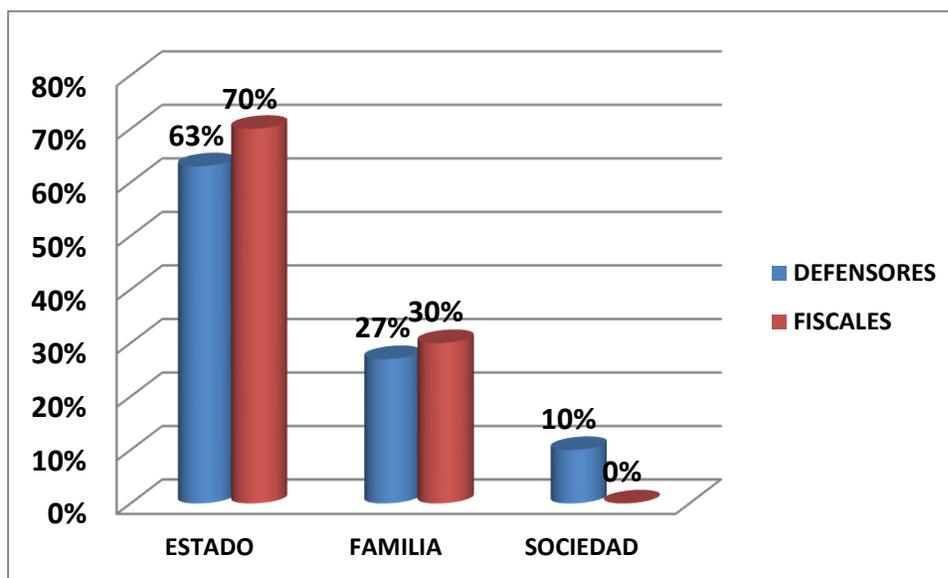
La irresponsabilidad de la familia incide en el fomento de la delincuencia cometida por personas menores de edad principalmente por la desintegración familiar y el no asumir los roles específicos dentro de la familia.

La sociedad, por otro lado, también coadyuve al fomento del fenómeno pues ésta en su generalidad tiene una pérdida acelerada de los valores propiciando un aumento de antivalores que no permiten una convivencia social armónica impulsado por los medios de comunicación social a partir de programas que generan violencia, puesto que ni el Estado, la familia y la sociedad ejercen un control efectivo sobre estos.

La responsabilidad de estos no es independiente sino que existe una responsabilidad compartida que en la práctica no se asume por lo que no existe una integración entre los sujetos mencionados para la prevención del delito.

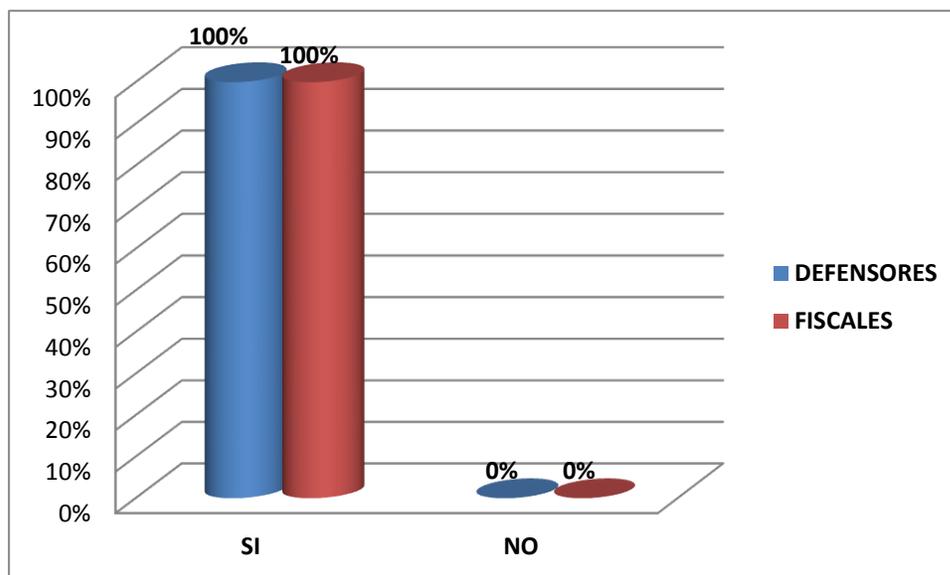
Por otra parte el 4% de los defensores públicos y el 10% de los fiscales son de la opinión que el Estado, la familia y la sociedad no fomentan la delincuencia cometida por personas menores de edad en el municipio de San Salvador.

16. ¿Qué sujeto tiene mayor responsabilidad en el tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad?



A pesar de que en la anterior interrogante se estableció que el Estado, la familia y la sociedad tienen una responsabilidad compartida en la prevención de la delincuencia cometida por personas menores de edad, puede individualizarse la responsabilidad de cada uno, de tal manera que el 63% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales consideran que es el Estado el que tiene “mayor responsabilidad” en el tratamiento preventivo de la delincuencia cometida por personas menores de edad; un 27% de los defensores públicos y un 30% de los fiscales opinan que esta responsabilidad le corresponde a la familia y solo el 10% de los defensores públicos consideran que la responsable es la sociedad.

17. ¿Según su opinión una adecuada política pública para la atención de la niñez y adolescencia es un elemento importante en la configuración de una política criminal integral para El Salvador?

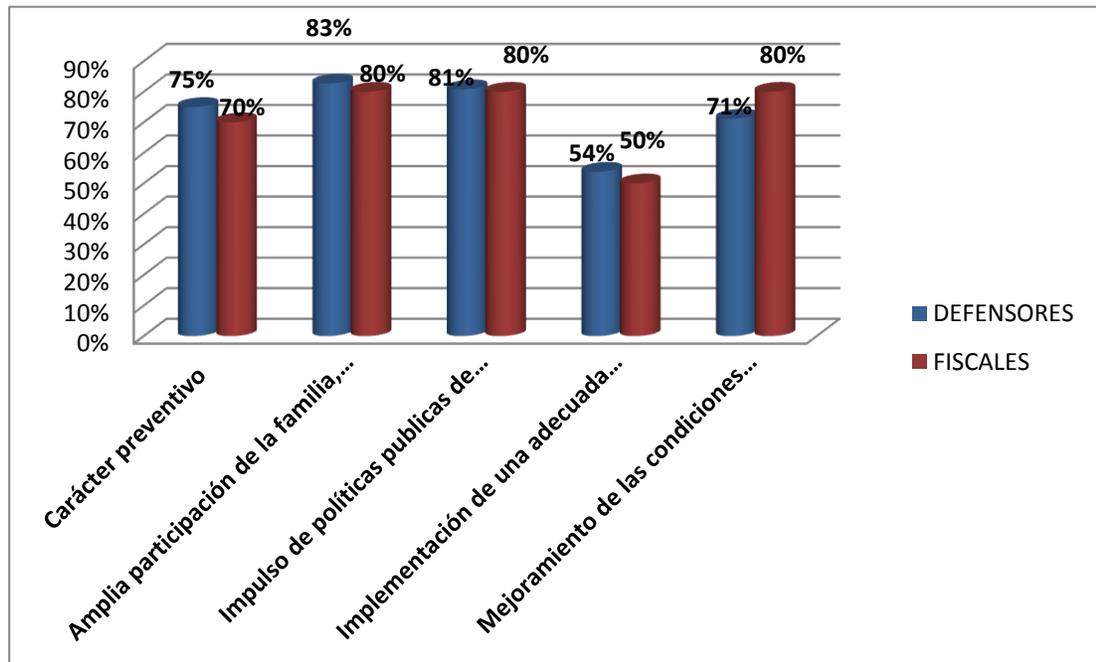


De acuerdo a los datos observados en la grafica, la totalidad de defensores públicos y fiscales encuestados opinaron que una adecuada política pública para la atención de la niñez y adolescencia es un elemento importante en la configuración de una política criminal integral para El Salvador; puesto que en la medida que se le va dando atención a la infancia y adolescencia a través de programas que promuevan su desarrollo integral es posible fomentar la prevención de la delincuencia cometida por personas menores de edad, ocupando su tiempo en actividades educativas, de formación, de recreación, fomento de valores, integración familiar, medio ambiente sano y que permitan el mejoramiento de sus condiciones de vida.

18. De acuerdo a su criterio, ¿Cuáles son los componentes que deben integrar una política criminal integral para la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?

- Carácter preventivo.
- Amplia participación de la familia, Comunidad, Medios de comunicación social y el Estado.

- Impulso de políticas públicas de atención a la infancia. (Acceso a la salud, educación, recreación entre otros)
- Implementación de una adecuada política social
- Mejoramiento de las condiciones socioeconómicas.



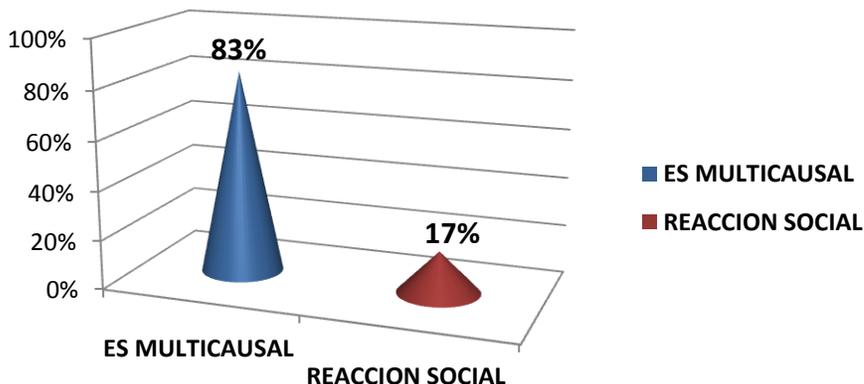
Mucho se ha discutido doctrinariamente sobre modelos de política criminal viables en los Estados Latinoamericanos sustentados por un enfoque del positivismo criminológico, modelo generalmente formulado con la intención de combatir la delincuencia, muy pocas veces los Estados formulan modelos de política criminal cuya finalidad sea la prevención. En este sentido, tratando de construir un modelo de política criminal integral para la prevención de los delitos cometidos por personas menores de edad, que se adecue a la realidad del Estado salvadoreño, se perfilan los componentes que deben integrarla.

- El 83% de los defensores públicos y el 80% de los fiscales consideran que la *amplia participación de la familia, la comunidad, medios de comunicación y el Estado*, es uno de los principales elementos que deben conformar una política criminal integral.
- Al mismo tiempo el 81% de los defensores públicos y 80% de los fiscales proponen que otro componente esencial es el *impulso de políticas públicas de atención a la infancia*, que permitan un verdadero acceso a la salud, educación, recreación, entre otros aspectos importantes.
- *El mejoramiento de las condiciones socioeconómicas*, es otro componente en la configuración de una política criminal integral preventiva, a tal grado que el 81% de los defensores públicos y el 80% de los fiscales le dan validez a este elemento.
- El 75% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales opinan que otro componente importante debe ser el *carácter preventivo*, de una política criminal evitando de esta manera la utilización exagerada de una política criminal punitiva propia de los modelos autoritarios.
- El 54% de los defensores públicos y el 50% de los fiscales son de la opinión que además de los elementos anteriores una política criminal para la prevención del delito debe ir aparejada de una adecuada política social.

## 5.2. Tabulación de Entrevista.

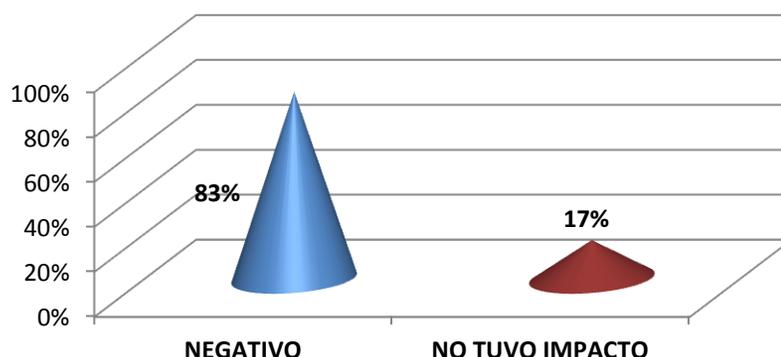
PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
1. Desde su experiencia, ¿Cuáles son las causas que generan la delincuencia en El Salvador'	Los entrevistados manifiestan que efectivamente las causas que generan la delincuencia en El Salvador, tienen una connotación Multicausal, ya que al fenómeno de la criminalidad no se le puede atribuir a una sola causa sino una serie de situaciones que la propician.	5	83
	Es necesario agregarle a la búsqueda de los factores que hacen que haya criminalidad en el país, el enfoque de la Reacción Social, ya que ésta se vuelve más compleja por la propia intervención de las Instituciones; por la manera como las instituciones encargadas de controlar o perseguir la delincuencia intervienen.	1	17

**1. Desde su experiencia, ¿Cuáles son las causas que generan la delincuencia en El Salvador?**



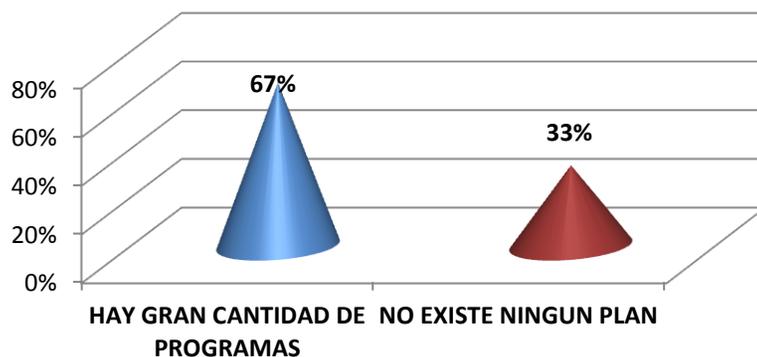
PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
2. ¿Cuál es el impacto, positivo y/o negativo, de los planes ejecutados por el Estado Salvadoreño para el combate de la delincuencia de personas menores de edad: plan mano dura y súper mano dura?	El impacto fue negativo, en virtud que el procesamiento que se hizo de personas que delinquieron fue muy poca; la ley fue declarada Inconstitucional y con eso es suficiente para saber que fue un fracaso. Además porque se elevaron las cifras de jóvenes detenidos.	5	83%
	Tuvo un efecto negativo porque no logró contrarrestar la delincuencia sino que la volvió más compleja y se incrementaron los delitos, contario a eso contribuyó políticamente al candidato del partido ARENA a ganar votos.	1	17%

**2. ¿Cuál es el impacto, positivo y/o negativo, de los planes ejecutados por el Estado Salvadoreño para el combate de la delincuencia de personas menores de edad: plan mano dura y súper mano dura?**



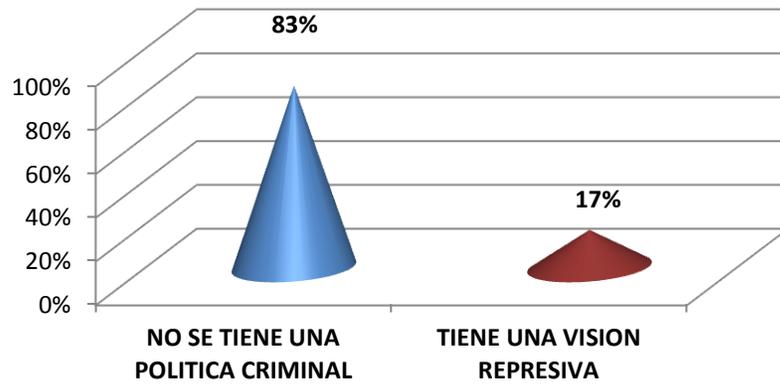
PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
3. Desde su punto de vista, ¿Considera usted que el Estado Salvadoreño ejecuta planes o programas encaminados a la prevención de la delincuencia de personas menores de edad? ¿Cuál es la efectividad de estos?	Si hay una gran cantidad de Programas, entre estos el Proyecto Pro Joven, también la Policía Nacional Civil a través de la División de Servicios Juveniles y la Secretaria de la Juventud. Aunque hace falta unificar criterios ampliarlos o multiplicarlos. Existen organizaciones No Gubernamentales, tales como: UNICEF, SAVE THE CHILDREN, que también contribuyen con programas enfocados en la prevención.	4	67%
	No, el Estado en materia de prevención no ha hecho nada, no existe ningún plan enfocado a la prevención.	2	33%

**3. Desde su punto de vista, ¿Considera usted que el Estado Salvadoreño ejecuta planes o programas encaminados a la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?  
¿Cual es la efectividad de estos?**

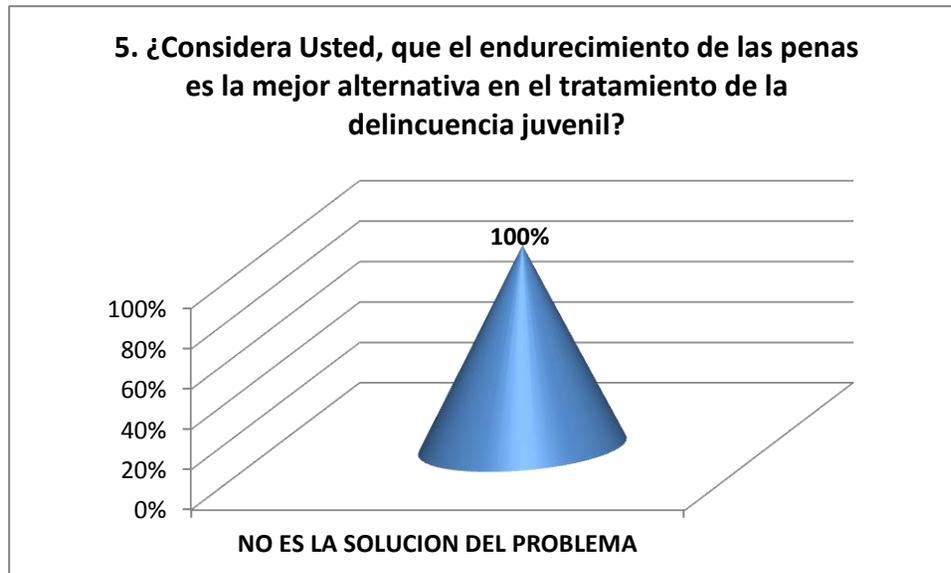


PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
4. ¿Cuál es el modelo de política criminal punitiva implementado por el Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad?	No se tiene una Política Criminal propiamente puntualizada, no se está siguiendo ningún modelo, porque la Política Criminal en El Salvador está bastante descuidada y hasta la fecha ha sido reactiva	5	83%
	La Política Criminal del Estado salvadoreño, ha estado fundamentada en la visión represiva.	1	17%

**4. ¿Cuál es el modelo de política criminal punitiva implementado por el Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad?**

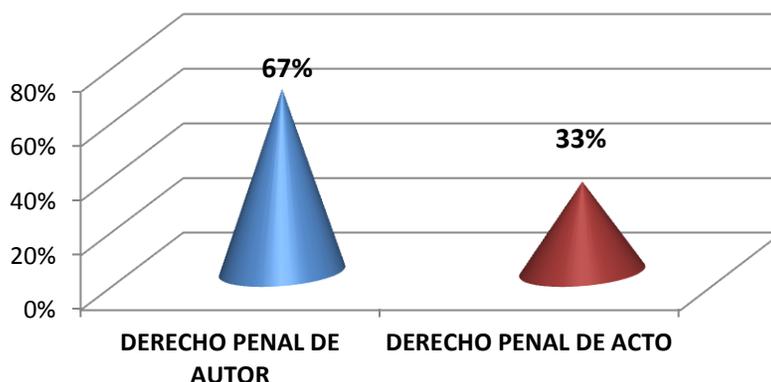


PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
5. ¿Considera Usted, que el endurecimiento de las penas es la mejor alternativa en el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad	No, se ha demostrado que el enfoque punitivo en lugar de contribuir, controlar o reducirla lo que ha hecho es incrementarla o volverla más compleja. Además porque no es la solución del problema delincriminal.	6	100%



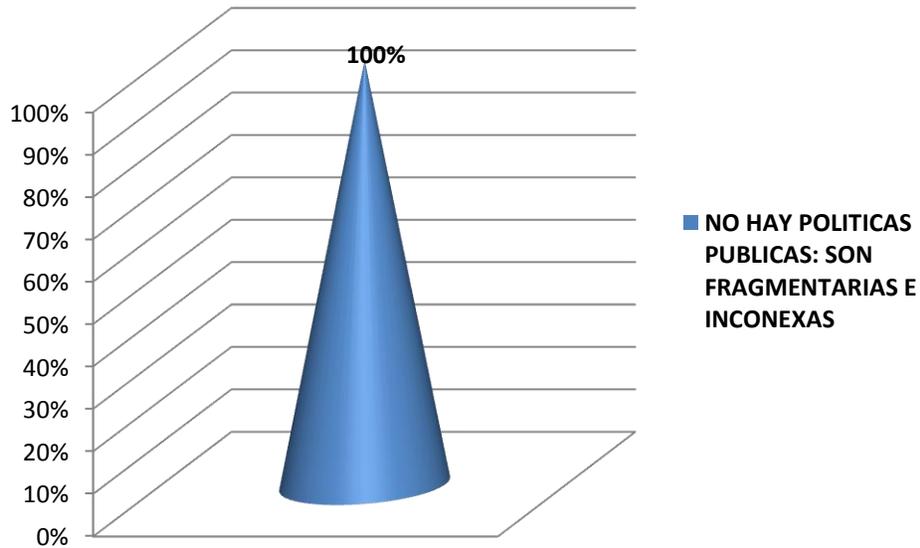
<b>PREGUNTA</b>	<b>RESPUESTAS</b>	<b>TOTAL DE ENTREVISTADOS</b>	<b>%</b>
6. La persecución de la Delincuencia de personas menores de edad en El Salvador se hace a partir del enfoque del Derecho Penal de Autor o Derecho penal de acto? ¿Por qué?	Se hace a partir del derecho penal de autor, ya que en los procedimientos de la policía y los planes que ejecuta son muestra claro de ello, es una exacerbación de ello; se juzga a un sector social por su apariencia o su forma de vestir	<b>4</b>	<b>67%</b>
	Se hace a partir del derecho penal de acto, ya que somos suscriptores de la Convención sobre los Derechos del Niño.	<b>2</b>	<b>33%</b>

**6. ¿La persecución de la Delincuencia Juvenil en El Salvador se hace a partir del enfoque del Derecho Penal de Autor o Derecho penal de acto? ¿Por qué?**



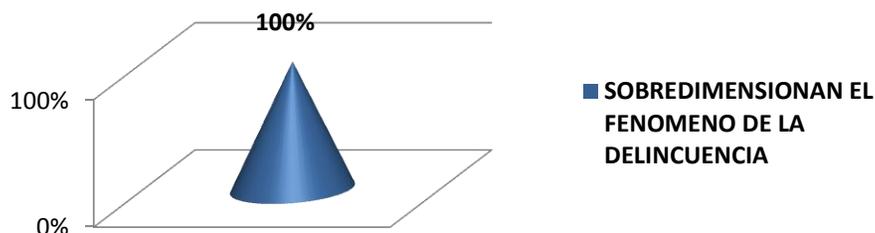
PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
7. ¿Cuáles son las políticas públicas impulsadas por el Estado Salvadoreño? (Derecho a la Salud, Educación, Recreación, Vivienda Digna)	El problema es que no hay políticas públicas, falta una visión de desarrollo del país, ya que no está clara la ruta que el país debe de recorrer. El Salvador sigue siendo uno de los países que en la región Latinoamérica invierte muy poco en las políticas sociales. Las políticas sociales son fragmentarias, inconexas y que en realidad solo son programas sociales de alivio a la pobreza.	6	100%

**7. Desde su punto de vista, ¿Cuáles son las políticas públicas impulsadas por El Estado salvadoreño?**



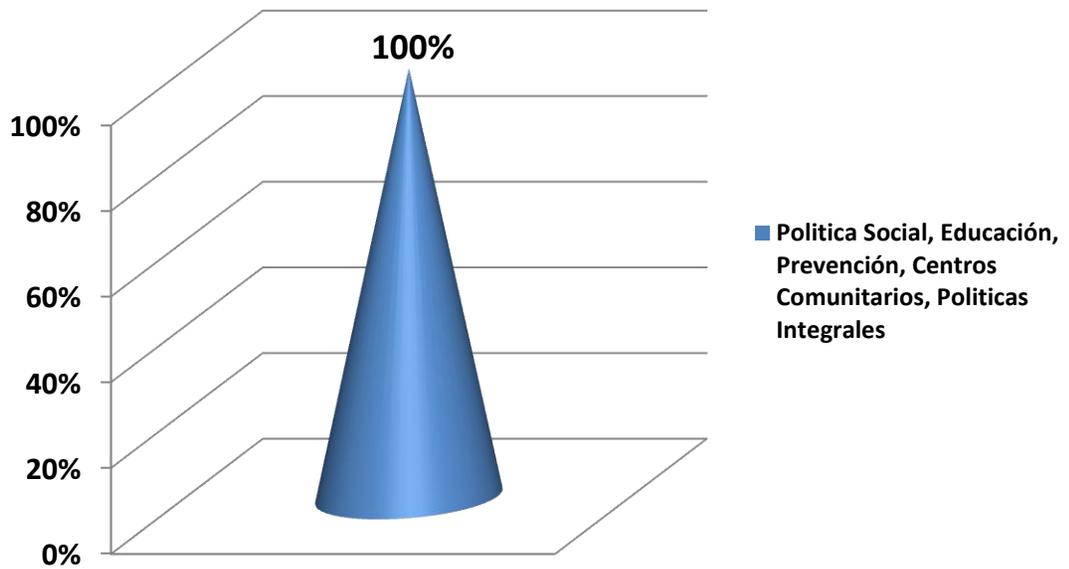
PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
8. ¿Considera usted que los medios de comunicación dan una mayor dimensión al fenómeno de la delincuencia de las personas menores de edad de la que se presenta en la realidad?	Es una sobredimensión que le dan, ellos se están aprovechando de la noticia, están incluso irrespetando los derechos que se tienen los jóvenes a quienes se les está imputando un delito. Contribuyen a prestar una imagen exagerada de la real dimensión de la criminalidad que se les pueda atribuir a las personas menores de edad.	6	100%

8. ¿Considera usted que los medios de comunicación dan una mayor dimensión al fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad de la que se presenta en la realidad?



PREGUNTA	RESPUESTAS	TOTAL DE ENTREVISTADOS	%
9. Tratando de construir una propuesta netamente salvadoreña, ¿Qué elementos considera usted, deben tomarse en cuenta en la formulación de una política criminal integral para la prevención de delincuencia de personas menores de edad?	Una buena política social	6	100%
	Debe contener elementos como educación.		
	Un componente preventivo.		
	Mayores espacios para jóvenes, con formación, laboral, salud, recreación.		
	Instauración de Centros comunitarios		
	Involucramiento de diferentes sectores		
	Políticas integrales que contengan la prevención de la delincuencia		
	Rehabilitación		
	Todo esto acompañado de un crecimiento económico con una distribución más aceptable de la riqueza.		

**9. ¿Qué elementos considera usted, deben tomarse en cuenta en la formulación de una política criminal integral para la prevención de delincuencia de personas menores de edad?**



### **5.3. Verificación de Hipótesis**

#### **5.3.1. Generales.**

De acuerdo a los datos recopilados a través de los instrumentos de investigación implementados, concretamente la encuesta aplicada a defensores públicos y a Fiscales Auxiliares, Así mismo, la entrevista, aplicada a personas expertas en la materia, pueden verificarse las Hipótesis planteadas en el Proyecto de investigación.

**Hipótesis General 1: A mayor implementación de una política criminal punitiva de carácter represivo menor contribución del Estado salvadoreño en el tratamiento efectivo de la delincuencia de personas menores de edad.**

La comprobación de la hipótesis general 1, se hizo a través de la pregunta N° 2 de la encuesta, en la que el 79% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales manifestaron que una política criminal de carácter represivo no contribuye en el tratamiento efectivo de la delincuencia cometida por personas menores de edad. De igual manera en la aplicación de la pregunta N° 2 de la entrevista el 100% de los sujetos coincide en que no es la mejor alternativa para contrarrestar el fenómeno criminógenos, pues consideran que el impacto que tienen los planes del Estado dirigidos a reprimir la delincuencia de personas menores de edad, como el “Manodurismo”, generó un impacto negativo que no logró contrarrestar la delincuencia, contrario a ello complejizo mucho más el fenómeno.

**Hipótesis General 2. La ausencia de políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia influyen negativamente en la formulación de una política criminal punitiva del Estado salvadoreño para el combate de la delincuencia de personas menores de edad.**

La comprobación de la hipótesis general N° 2, se hizo a través de las preguntas 8 y 9 de la encuesta; en relación a la respuesta de la pregunta N° 8 el 98% de los defensores públicos y el 90% de fiscales expresan que el Estado tiene “poca o nada”, una implementación sistemática de políticas públicas para la atención de la niñez y adolescencia; por lo que el 87% de los defensores públicos y el 40% de fiscales son de la opinión que la falta de políticas públicas de asistencia de la niñez y adolescencia influyen negativamente en la formulación de una política criminal para la prevención de la delincuencia cometida por personas menores de edad.

Por otra parte el 100% de las personas entrevistadas corroboran el planteamiento anterior ya que no hay políticas públicas claras, sino que únicamente existen políticas sociales fragmentarias e inconexas, reducidas a programas esporádicos y poco sistemáticos.

### **5.3.2. Específicas**

La hipótesis específica N° 1: **La percepción de la realidad de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal ha sido modificadas por los medios de comunicación social y el Estado Salvadoreño dándole una mayor dimensión al problema**, es validada a partir de las respuestas obtenidas en la pregunta N° 10 de la encuesta en la que el 92% de los defensores públicos y el 80% de los fiscales manifiestan que los medios de comunicación influyen en la percepción que la población tiene de la delincuencia cometida por personas menores de edad. También ayuda a verificar la certeza de la hipótesis la pregunta N° 12, en la que el 79% de los defensores públicos y un 90% de los fiscales consideran que el fenómeno de la criminalidad de personas menores de edad es sobredimensionado por los medios de comunicación, dicho de otra manera no presentan el fenómeno de forma objetiva y veraz. En relación a los resultado de la entrevista el 100% de entrevistados opinaron que,

efectivamente los medios de comunicación contribuyen a presentar una imagen exagerada de la dimensión de la criminalidad de personas menores de edad, sobredimensionando el fenómeno. Tal respuesta comprueba la certeza de la hipótesis.

La comprobación de la hipótesis específica 2: **La delincuencia de personas menores de edad en El Salvador es un fenómeno multicausal propiciado por la ausencia de una política criminal integral**, se logra a partir de las respuestas obtenidas de la encuesta, el 100% de los defensores públicos y fiscales, coinciden al afirmar que la delincuencia de personas menores de edad tiene un origen multicausal, eliminando la creencia de la Unicausalidad del fenómeno. Por otra parte la respuesta a la pregunta N° 13 de la encuesta contribuye a dar la hipótesis por aceptada, puesto que los encuestados identifican con un porcentaje mayor al 50% distintos factores que contribuyen a la generación de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador; entre otros factores, en orden ascendente encontramos, la desintegración familiar, las condiciones socioeconómicas, el nivel educativo, la falta de atención de políticas públicas de atención a la infancia, la drogadicción. Haciendo una síntesis de todos los factores enunciados puede concluirse entonces, que el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad en El Salvador; además de Multicausal es propiciado por la ausencia de una política criminal integral. De igual manera, la ejecución de la entrevista permitió comprobar la hipótesis planteada, ya que el 83% de los entrevistados son de la opinión que el fenómeno de la criminalidad de personas menores de edad tiene una connotación multicausal, ya que no puede atribuírsele una sola causa, sino una serie de causas que la propician.

La hipótesis específica N° 3: **Ante la irresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad mayor fomento de la delincuencia de personas menores de edad**, es validada a partir de las respuestas obtenidas en las

preguntas 14, 15 y 16 de la encuesta aplicada, para el caso, el 98% de los defensores públicos y el 90% de los fiscales, reconocen que existe irresponsabilidad del Estado, familia y sociedad en el tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador. Reforzando la respuesta anterior, un 96% de los defensores públicos encuestados y un 90% de los fiscales opinan que la responsabilidad de los sujetos anteriormente mencionados, fomenta la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador.

Sumado a lo anterior el 63% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales, coinciden que el Estado, es el sujeto que tiene mayor responsabilidad respecto al tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad, por ende puede darse por aceptada la hipótesis, puesto que se confirma que la irresponsabilidad de los sujetos antes mencionados al no tratar el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad permiten intrínsecamente que se fomente.

**Hipótesis específica N° 4: El Modelo de política criminal punitiva del Estado salvadoreño es fundamentalmente Reactivo-Represivo.**

Para comprobar esta hipótesis se parte de las respuestas a las preguntas N° 3,4 y 5 de la encuesta; en relación a la primer pregunta, el 89% de los defensores públicos y el 100% de los fiscales encuestados expresan que la política criminal en El Salvador está condicionada a factores coyunturales de los cuales pueden enunciarse, con más del 50% de aprobación, los periodos electorales, el interés económico, la inestabilidad social; estos factores dan pauta que el 83% de los defensores públicos y el 60% de los fiscales consideren que la política criminal punitiva implementada por el Estado salvadoreño se caracterice por ser Reactiva. De igual manera, los resultados de la entrevista, un 83% de los entrevistados manifiestan que la política criminal es Reactiva y que no se está siguiendo un modelo

concreto, pues consideran que no hay una política criminal propiamente dicha.

Al responde la pregunta 6, el 67% de los entrevistados opina que la persecución de la delincuencia de personas menores de edad se hace a partir del Derecho Penal de Autor, ya que el cuerpo de seguridad juzga a un sector social por su apariencia o su forma de vestir, entiéndase que, cuando la persecución del delito se hace desde el Derecho Penal de Autor es equivalente a la ejecución de un Modelo Autoritario o Represivo. En síntesis la hipótesis sugerida se da por aceptada y puede afirmarse que le modelo de política criminal implementado por el Estado salvadoreño es Reactivo-Represivo.

**Hipótesis específica 5: La política criminal con exceso de represión no contribuye de manera efectiva en la prevención de la delincuencia de personas menores de edad.**

La comprobación de esta hipótesis se hace a partir de las respuestas obtenidas de las preguntas N° 6 y 7 de la encuesta, en donde el 94% de los defensores públicos y el 90% de los fiscales manifestaron que los Planes Mano Dura y Súper Mano Dura, no contribuyeron en la disminución de la delincuencia de personas menores de edad, por lo tanto el 58% de los defensores públicos y el 70% de los fiscales consideran que dichos planes fueron ineficaces como mecanismo de solución del fenómeno criminológico analizado. Los resultados de la entrevista, de igual manera dan pauta para aceptar la hipótesis, puesto que el 100% de entrevistados consideran que el endurecimiento de penas no es la mayor alternativa en el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad, pues no ha logrado controlarla o reducirla, sino que contrario a ello se ha incrementado y se ha vuelto más compleja.

Hipótesis específica N° 6: **Una política criminal integral para la prevención de la delincuencia de personas menores de edad es aquella que impulsa una adecuada política pública.**

La verificación de esta hipótesis se hace a partir de las respuestas obtenidas de las preguntas N° 17 y 18. El 100% de los defensores públicos y de los fiscales coinciden en que una adecuada política pública para la atención de la niñez y adolescencia es un elemento importante en la configuración de una política criminal integral, considerando al mismo tiempo con porcentajes mayores al 50% que los componentes que deben integrar dicha política criminal integral que pretenda prevenir la delincuencia de personas menores de edad son: que debe poseer un carácter preventivo; partir de una amplia participación de la familia, medios de comunicación y el Estado; impulso de políticas públicas de atención a la infancia, mejoramiento de las condiciones socioeconómicas, implementación de una adecuada política social. Los resultados de la entrevista refuerzan la validez de la hipótesis ya que el 100% de los entrevistados consideran que una política criminal integral que prevenga la delincuencia de personas menores de edad debe ser integrada por una buena política social y contener elementos como, educación, salud, recreación, entre otros aspectos destinados a las personas menores de edad. Estos elementos constituyen políticas públicas del Estado, por lo que se da por aceptada la hipótesis planteada.

**CAPITULO VI**  
**ELEMENTOS BÁSICOS EN LA FORMULACIÓN DE UNA POLÍTICA**  
**CRIMINAL INTEGRAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA**  
**COMETIDA POR PERSONAS MENORES DE EDAD.**

**SUMARIO: 6.1. Política Criminal Preventiva. 6.1.1. Una adecuada política social. 6.1.2. Política de atención a la Niñez, Adolescencia y Juventud. 6.2. Política Criminal Punitiva. 6.2.1. Rechazo al Derecho Penal Simbólico y al Derecho Penal del Enemigo. 6.2.2. Utilización efectiva del Derecho Penal de Acto. 6.2.3. Descriminalización y Criminalización de conductas socialmente negativas. 6.2.4. Especialización del derecho penal. 6.3. Elemento Dinamizador.**

En América latina, y como parte de ella El Salvador, como resabio de la época colonial se ha acostumbrado trasladar doctrinas y modelos de política criminal sin mayor discusión, tratando de encajarlas en realidades distintas a las que se viven en los países desarrollados, donde fueron concebidas.

El contexto histórico que El Salvador vive en la actualidad, requiere romper con el paradigma de la importación de modelos que no encajan en nuestra realidad y que muchos a veces agudizan los problemas que pretende solucionar. Por lo tanto, para la formulación de un modelo de política criminal integral que de tratamiento al fenómeno de la criminalidad, debemos partir de ciertas premisas básicas:

- 1) partir de la realidad: es necesario partir de un análisis profundo de la situación económica, social, política y cultural que vive El Salvador y de la realidad específica de la niñez, adolescencia y juventud, pues el partir de estos elementos se pueden generar directrices para una política criminal integral

que de mejores resultados en relación a los modelos implementados al momento.

- 2) Esta premisa conlleva a cierta apertura en la formulación de las políticas de Estado en las que no solo el Estado es el actor principal sino que permita el involucramiento de la sociedad civil, que al ser participe en dicho proceso se apropiará de las ideas desarrolladas y contribuirá en la ejecución de las mismas.
- 3) Romper con la concepción tradicional de la niñez: en la sociedad salvadoreña persiste un tratamiento a la infancia desde la doctrina de la Situación Irregular: el marginal, el niño de la calle, el niño huérfano, etc. En la familia se continúa con la idea que la corrección de las niñas y niños se debe hacer a través del maltrato físico, entre otras. Las mismas instituciones del Estado deben transformar esa concepción en su labor diaria e incluso en la misma denominación de dichas instituciones.
- 4) Tener como fundamento el ordenamiento jurídico Internacional y Nacional, como la Convención de los Derechos del niño, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y otros instrumentos que conforman el sistema universal y regional de Derechos Humanos; la Constitución de la República y al mismo tiempo los aportes doctrinarios que por lo general van un paso adelante en la mejoría de las condiciones de niñez y adolescencia.

En capítulos anteriores, se ha establecido que la política criminal implementada por el Estado salvadoreño; además de autoritaria tiende a ser reactiva por lo que es necesario que un Modelo de política integral no se formule con la intención de reaccionar ante un fenómeno, para ello una política criminal integral debe ser:

- a) Permanente, es decir que debe estar presente dentro de las políticas del Estado como un componente esencial de ellos y no surgir esporádicamente para enfrentar fenómenos criminógenos coyunturales.
- b) Sistemático, porque tiene que ser formulado de manera ordenada y coherente, respetando los límites constitucionales y de Derechos Humanos, además de una constante y efectiva aplicación dentro de la sociedad salvadoreña.
- c) Coordinado, porque debe involucrar a todas las instituciones del Estado y de la sociedad civil.

La concepción de una política criminal, generalmente ha partido de la facultad que tiene el Estado de punir ciertas conductas socialmente negativas; pero una política criminal Integral no debe partir únicamente de la represión del delito sino que debe darle mayor preponderancia a la prevención de la delincuencia., por lo tanto un modelo de política criminal Integral viable a la realidad salvadoreña debe contener dos componentes: Una política criminal preventiva y una política criminal punitiva.

### **6.1. Política Criminal Preventiva.**

Una política criminal Preventiva debe concebirse como respuestas extrapunitivas que el Estado da antes del apareamiento de un fenómeno criminológico partiendo de programas de educación, de empleo, de

recreación, etc., encaminados al mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de la población. En otras palabras no debe ir dirigida exclusivamente al combate de la criminalidad de personas menores de edad sino al impulso de planes y programas que minimicen la posibilidad del surgimiento de fenómenos criminógenos.

Una política criminal preventiva tiene como elementos rectores:

#### **6.1.1. Una adecuada política social.**

Afirmando lo que dice Heinz Zipf: “la mejor política criminal es una adecuada política social”, de esta manera se contrarrestan ciertos factores que pueden dar pauta al auge del fenómeno de la delincuencia. Se hace necesario mejorar las relaciones de distribución de riqueza que permita una mejoría socioeconómica de las familias salvadoreñas; es decir, disminuir los niveles de pobreza.

#### **6.1.2. Política de atención a la Niñez, Adolescencia y Juventud.**

Respondiendo a las necesidades de atención de este sector vulnerable de la sociedad es necesario definir de manera clara las políticas orientadas al reconocimiento del estatus de persona a las personas menores de edad a manera que no se vulneren los derechos de estos, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e Internacional.

Estas políticas deben girar alrededor de:

##### ➤ Programas de Recreación

Implica no solo la promoción de programas recreativos suficientes que reorienten la utilización del tiempo libre de los niños, niñas y jóvenes, sino que además sean accesibles de acuerdo a las condiciones socioeconómicas de la población en términos de igualdad para la zona rural y urbana.

➤ Acceso a la Educación

El acceso a la educación no es sinónimo de construcción de innumerables centros educativos, sino la efectiva incorporación de las personas menores de edad al sistema educativo. En esencia es necesario propiciar las condiciones de acceso y permanencia a la escuela a partir de proporcionar todos los recursos elementales para tal labor, principalmente a grupos sociales con menores condiciones económicas, por ejemplo: útiles escolares, libros de texto, etc.

También se hace imprescindible actualizar los métodos de enseñanza-aprendizaje utilizando para tal fin recursos tecnológicos. La educación formal debe potenciar no solo el área cognitiva de los y las estudiantes sino que también, y preponderantemente, las áreas procedimentales-Aptitudinales y actitudinales, para el caso el sistema educativo formal debe incluir programas técnico-vocacionales, como talleres de música, dibujo y pintura, manualidades, sastrería, etc que le ofrezcan al estudiante alternativas distintas para hacer frente a la vida cotidiana.

➤ Acceso a la Salud.

Un efectivo y eficiente acceso a la salud que permita a la población gozar de mejores niveles de vida y al mismo tiempo que oriente sobre temas sensibles como la sexualidad precoz y los efectos de esta: embarazos en adolescentes y transmisión de enfermedades sexuales.

➤ Medio Ambiente Sano

El Estado debe velar por la conservación, protección y rescate del medio ambiente para que este permita a niños y niñas, adolescentes y jóvenes desenvolverse en un ambiente favorable a su desarrollo.

- Control efectivo de los espectáculos públicos.

Los medios masivos de comunicación deben, a partir de la toma de conciencia disminuir paulatinamente hasta llegar a eliminar de su programación diaria programas que potencian la proliferación de la violencia y sustituirlos por otros que fomenten la práctica de valores humanos.

- Respeto irrestricto a los derechos de la niñez.

Cualquier política estatal encaminada a la protección de la niñez debe sustentarse en el goce de sus derechos contemplados en la Constitución, Convención de los Derechos del Niño, leyes especiales y los principios rectores del Modelo de Protección Integral de las personas menores de edad.

## **6.2. Política Criminal Punitiva.**

El aspecto punitivo de la política criminal ha tenido una mayor preponderancia dentro del Estado salvadoreño que ha implementado modelos Autoritarios en el combate del fenómeno criminógenos. A pesar de que la intención en este Capítulo es hacer énfasis en un Modelo Preventivo la represión del delito no puede excluirse en su totalidad dentro de un modelo de política criminal integral, ya que esta debe tener como fundamento principal el principio de “Ultima Ratio”, dicho de otra manera el derecho penal debe ser utilizado como último recurso en la persecución del delito cometido por personas menores de edad.

La afirmación anterior conduce a una determinada corriente criminológica la cual repercute dentro de la política criminal integral: Minimalismo Penal o Derecho Penal mínimo, que implica sustentarse en varios elementos desarrollados a continuación.

### **6.2.1. Rechazo al Derecho Penal Simbólico y al Derecho Penal del Enemigo.**

El sistema de Justicia Penal, específicamente aquel dirigido a personas menores de edad, debe desprenderse de la implementación del Derecho Penal Simbólico, dicho de otra manera no se debe perseguir a las personas menores de edad ni estigmatizarlas de forma permanente. El Estado no debe permitir que los medios de comunicación creen una imagen exacerbada de la criminalidad, pues esto genera una sensación de inseguridad pública. De igual manera el Estado a través del sistema penal debe accionar de acuerdo a la dimensión real del fenómeno y no crear leyes de manera indiscriminada, proyectando la imagen de que se está haciendo algo para combatir la criminalidad ya que en la práctica este tipo de estrategia no da resultados positivos.

Una política criminal integral no debe ver enemigos en las capas sociales más vulnerables a las cuales hay que combatir sin que previamente hayan cometido un hecho delictivo por temor a la desestabilización del sistema; contrario a ello son los sectores a los que se les debe prestar mayor atención por ser las personas a los que se les han vulnerado los derechos con más frecuencia.

### **6.2.2. Utilización efectiva del Derecho Penal de Acto.**

El rechazo al derecho penal de autor conlleva a la aceptación tácita de un derecho penal de acto, es decir que la actuación de las instituciones que componen el sistema de justicia penal se debe basar exclusivamente en la comisión de una acción previamente especificada como delito en la ley penal y no actuar guiados por una caracterización estigmatizante de sujetos, en otras palabras un estereotipo de delincuente.

### **6.2.3. Descriminalización y Criminalización de conductas socialmente negativas.**

La criminalización de conductas no debe partir de una desigualdad social en la que únicamente se criminalicen conductas propias de los grupos sociales vulnerables, excluyendo de ese proceso a las clases que ostentan el poder dentro de la sociedad y que al mismo tiempo son las que criminalizan conductas. Un modelo de política criminal integral debe descriminalizar conductas socialmente negativas definidas como delitos por los poderosos y que no afectan bienes jurídicos fundamentales como los delitos considerados de bagatela: como la conducción temeraria, agrupaciones ilícitas, etc. Al mismo tiempo se deben criminalizar algunas conductas propias de las clases poderosas que han sido eliminadas del mundo jurídico y que afectan a las colectividades, tales como: los delitos de cuello blanco, la contaminación del medio ambiente, la corrupción en el Estado, etc.

### **6.2.4. Especialización del derecho penal**

El tratamiento penal de las personas menores de edad debe hacerse bajo una especialización del derecho penal en el área de personas menores de edad, a partir de la especialización de los sujetos que intervienen en el proceso penal tanto en el órgano judicial, fiscalía y defensoría pública para que se dediquen de manera exclusiva a la justicia penal de personas menores de edad.

### **6.3. Elemento Dinamizador.**

Una política criminal integral destinada a la niñez, adolescencia y juventud debe incorporar a los diferentes sectores, entre ellos el Estado a través de las instituciones que lo conforman, la sociedad civil y principalmente a quienes va dirigida dicha política: las personas menores de edad. Se convierten en elementos dinamizadores porque son los actores principales dentro de una política criminal integral; pues teorizar sobre un

determinado modelo no es la parte complicada sino la aplicación de dicho modelo para lo que se requiere el involucramiento directo de los sujetos mencionados.

- El Estado debe jugar un papel rector en el proceso de formulación y ejecución de una política criminal integral que propicie una amplia participación de sectores sociales alrededor de esta y disponga a todas las instituciones estatales en función de la consecuencia de los fines establecidos.
- La sociedad civil debe desempeñar un papel preponderante principalmente en la prevención del fenómeno criminológico propiciando una convivencia armónica, eliminación de la violencia como mecanismo de solución a los problemas, tener concordancia con las actuaciones del Estado y convirtiéndose en garante de la efectiva aplicación de la política criminal integral. La sociedad organizada (Organizaciones No Gubernamentales, Movimientos Sociales, etc.) la familia, la iglesia, la escuela, la comunidad, es decir todos lo que conforman el tejido social deben tomar una conciencia sobre la necesidad de formar un cambio generacional, es decir una concepción distinta de la niñez y adolescencia y, al mismo tiempo, debe asumir un compromiso real de este sector para disminuir el fenómeno de la criminalidad de las personas menores de edad.
- La niñez; para la creación de una política criminal integral destinada a personas menores de edad debe partirse de un fundamento básico: considerar los interés particulares del sector a que va dirigida dicha política criminal; es decir, las personas menores de edad, evitando de esa manera las prácticas adultocentristas que pretenden interpretar el mundo de la niñez y adolescencia desde su propia óptica sin tener en cuenta el sector involucrado.

## **CAPITULO VII**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**SUMARIO: 7.1. Conclusiones. 7.1.1. Generales. 7.1.2. Especificas. 7.2. Recomendaciones. 7.2.1. Al Estado Salvadoreño. 7.2.2. A los medios de comunicación Social. 7.2.3. A la Policía Nacional Civil. 7.2.4. Al Ministerio Público. 7.2.5. A la Universidad de El Salvador. 7.2.6. A la Sociedad en General.**

#### **7.1. Conclusiones.**

A partir de los resultados de la investigación de campo realizada se obtienen como conclusiones las siguientes:

##### **7.1.1. Generales.**

- La Política criminal impulsada por el Estado salvadoreño es eminentemente Reactiva-Represiva y no contribuye en el tratamiento efectivo de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador.
- En El Salvador no existen políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia que sean claras, permanentes y sistemáticas, sino que programas esporádicos y dispersos sin una coordinación entre las instituciones públicas.

##### **7.1.2. Especificas.**

- Las causas que dan origen al fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad no puede reducirse a una sola, ni individualizarse de acuerdo a cada sujeto sino que puede afirmarse que la delincuencia de personas menores de edad tiene una diversidad de causas que confluyen al mismo tiempo configurando el

fenómeno delincencial. Dicho de otra manera la delincuencia de personas menores de edad tiene un origen multicausal.

- La delincuencia de personas menores de edad no es exclusiva de las capas sociales más desprotegidas sino que se encuentra presente en todos los estratos que forman la sociedad sin importar la condición económica.
- El exceso de represión representado en los planes del “Manodurismo” no contribuyen a la disminución de la delincuencia de personas menores de edad, contrario a ello agudizó y complejizó el fenómeno.
- Las relaciones de distribución de la riqueza deterioran las condiciones socioeconómicas de la población determinado la poca efectividad de una política criminal que se ve reflejado en la desigualdad de la aplicación de la justicia.
- Los medios de comunicación social generan una dimensión mayor en la percepción de la criminalidad de personas menores de edad en la población que la que realmente existe, agudizando el proceso de construcción social y subjetiva del fenómeno delincencial.
- Los derechos de las personas menores de edad constantemente son vulnerados cuando se implementan modelos de corte autoritarios reflejados en las Planes “Manoduristas”, en las actuaciones desproporcionadas de los cuerpos de seguridad pública en la ejecución de dichos planes.
- La persistencia dentro de la sociedad y del Estado mismo de una concepción de la niñez negándole el estatus de persona

convirtiéndolos en objeto a disciplinar dentro de un enfoque adultocentristas.

- Los sujetos que intervienen en el proceso penal de personas menores de edad no cuentan con la suficiente especialización en la materia ya que la Unidad de Defensoría Pública de la Procuraduría General de la República no cuenta con unidades especializadas en el Derecho penal destinado a las personas menores de edad, de igual manera la Fiscalía General de la República únicamente cuenta con una unidad especializada en el departamento de San Salvador, no así en el resto del país.

## **7.2. Recomendaciones.**

### **7.2.1. Al Estado Salvadoreño.**

- Adoptar una política criminal integral permanente, sistemática y coordinada que incluya prioritariamente la prevención y como último recurso la utilización del poder punitivo abandonando el exceso de represión.
- La creación e implementación de políticas de atención a la niñez, adolescencia y juventud que sean coordinadas, centralizadas y permanentes y que contribuyan en la prevención de fenómenos criminológicos futuros.
- Superar el paradigma etiológico para la explicación del fenómeno de la criminalidad de personas menores de edad y utilizar enfoque de escuelas criminológicas más recientes y que analizan de manera

estructural el fenómeno, no solo haciendo hincapié a las causas que la originan.

- Que la persecución de conductas consideradas socialmente negativas no debe ser dirigida de manera exclusiva a aquellos sectores estigmatizados por los niveles de vulneración que presentan, sino que deben ir dirigidos a todo aquel que presenta conductas socialmente negativas independientemente de la capa social a que pertenezca.
- Eliminar de forma permanente cualquier mecanismo represivo y Planes de corte autoritario que pretendan combatir la delincuencia cometida por personas menores de edad, fundamentándose en el derecho penal del enemigo y el derecho penal de autor.
- Disminuir la desigualdad generada por la injusta relación de la distribución de la riqueza para evitar que se refleje en un sistema de justicia penal destinado a las personas menores de edad con un carácter excluyente.
- Aplicación real y efectiva de mecanismos de regulación que minimicen el impacto de los medios de comunicación social en cuanto a la percepción sobredimensionada del fenómeno de la delincuencia y además de la reproducción de esquemas de violencia en la sociedad.

### **7.2.2. A los medios de comunicación Social**

- Asumir con responsabilidad el papel que deben desempeñar los medios de comunicación social y no presentar una percepción distorsionada del fenómeno de la delincuencia y además de la reproducción de esquemas de violencia en la sociedad.

### **7.2.3. A la Policía Nacional Civil**

- Respeto irrestricto de los derechos humanos de la niñez y adolescencia erradicando mecanismos con excesiva represión al combate del fenómeno de la delincuencia, profundizando y mejorando la investigación criminal.

### **7.2.4. Al Ministerio Público**

- A la Fiscalía General de la República se le recomienda extender a todo el territorio nacional unidades especializadas en el tratamiento penal de las personas menores de edad.
- A la Procuraduría General de la República, se le recomienda la creación de unidades especializadas en el tratamiento penal de personas menores de edad en cada unidad de Defensoría Pública de sus Procuradurías Auxiliares.

### **7.2.5. A la Universidad de El Salvador**

- La creación de la Cátedra de Derecho penal relativa a las personas menores de edad, con la intención de formar profesionales del Derecho con cierto grado de especialización de la materia y suplir de esa manera la deficiencia de los estudiantes sobre esta área del Derecho.

### **7.2.6. A la Sociedad en General.**

- Adoptar una concepción de la niñez que permita darle el estatus de persona reivindicándole el respeto absoluto de sus derechos.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

- ABOSO, GUSTAVO EDUARDO **“El llamado Derecho Penal del Enemigo y el ocaso de la Política Criminal Racional: el caso argentino”**, tomado de: “Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión” , Coordinadores: Cancio Meliá y otro, volumen 1, editorial B de F, Buenos Aires, 2006.
- AEBI, MARCELO F.: **“Crítica de la Criminología Crítica: una lectura escéptica de Baratta”** Op. Cit., Pág. 17-56; Larrauri, Elena: “La Herencia de la Criminología Crítica”, 2ª edición, Siglo XXI Editores, España, 1992.
- ANIYAR DE CASTRO, LOLITA **“Los Retos de la Reforma Penal en América Latina, desde la Nueva Criminología”** tomado de “SERTA, in memoriam Alexandri Baratta”, Editor: Fernando Pérez Álvarez, ediciones Universidad Salamanca, 1ª edición, Salamanca; España, 2004
- BACIGALUPO, ENRIQUE: **“Derecho Penal (Parte General)”**, Tercera reimpresión, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- BARATTA, ALESSANDRO: **“Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídica-penal”**, 1º edición, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARATTA, ALESSANDRO: **“Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia”**, en La Niñez y Adolescencia en

Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador. 1995.

- BARATTA, ALESSANDRO: **“Enfoque Crítico del Sistema Penal y La Criminología en Europa” y “Derechos Humanos: Entre Violencia Estructural y Violencia Penal. Por la Pacificación de los Conflictos Violentos”** En Baratta, Alessandri: Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006
- BERGALLI, ROBERTO: **“Perspectiva sociológica: Estructura social”**, en Sociedad y Delito, revista de sociología, núm. 13, Pág. 49-96, Barcelona, España. 2004.
- BÍNDER ALBERTO, **“Introducción al Derecho Procesal Penal”**, 2ª edición, editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: **“Derechos de la persona reconocidos por las leyes y fuerzas de los y cuerpos de seguridad”**, en “Poder y Control”, Madrid, España, núm. 2, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: **“Hacia la Desmitificación de la Facultad en el Derecho de Menores: Por un Derecho Penal de Menores”**, en Bustos Ramírez, Juan (Director): “Un Derecho Penal del Menor”, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, **“Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”**, tomado de “Pena y Estado, función simbólica de la pena”, director: Juan Bustos Ramírez, editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1995

- CARLOS JULIO LASCANO: **“La Demonización del Enemigo y la Crítica al Derecho Penal Del Enemigo Basada en su Caracterización como Derecho Penal Autor”** en Canció Meliá y Gómez-jara Díez (coordinadores): **“DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”** Vol. 2, Editorial IBdelF, Buenos Aires, 2006.
- CHAN MORA, GUSTAVO: **“Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil”**, editorial investigaciones juritas S.A., San José, Costa Rica, 2007.
- CHUNGA LAMONJA, FERMÍN, **“Derecho de menores”**, 6ª. Edición, Editorial Jurídica Grijley, Lima Perú, 2002.
- CILLERO, MIGUEL, **“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”**, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA, Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998.
- CRUZ, JOSÉ MIGUEL, **“Maras y Pandillas en Centroamérica: las respuestas de la sociedad civil organizada”**, UCA Editores, 2006,
- DAVID , P. R .: **“Sociología Criminal Juvenil”** , Depalma , Buenos Aires , 1979.
- ELÍAS CARRANZA, RITA MAXERA: **“El control Social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina”**, en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, 1999.

- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: **“Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina”**, ser niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos. Buenos aires, argentina, 1991.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: **“Elementos para una historia del control social-penal de la infancia en América Latina”** en Bustos Ramírez, Juan (Director): **“Un Derecho Penal del Menor”**, Editorial jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: **“Elementos para una historia del control social-penal de la infancia en América Latina”** en Zaffaroni, Eugenio Raúl: **“El Sistema Penal Argentino”**, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: **“Legislación Infanto-Juvenil en América Latina”** en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, 1999.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, **“Derechos de la Infancia-adolescencia en América Latina”**, Edino, Guayaquil, 1994
- HORACIO VIÑAS, R.: **“Delincuencia juvenil y derecho penal de menores”**. Buenos Aires, 1983
- JESCHES, HANS-HEINRICH: **“Tratado de Derecho Penal, (Parte General) Volumen Primero”**, Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde , Bosch, Barcelona, 1981.

- LANGLE, EMILIO “**La Teoría de la Política Criminal**” Reus. Madrid. España. 1927.
- LARRAURI PIJOAN, ELENA “**Consideraciones sobre Política Criminal**”, Comisión coordinadora del sector de justicia, San Salvador, 2001.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO: “**¿Qué pasa en la Criminología Moderna?**”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- MIR PUG, SANTIAGO: “**Derecho Penal (Parte General)**”, 7ª Edición, Editorial IBdelf, Buenos Aires, 2005.
- MIR PUG, SANTIAGO: “**Introducción a las bases del Derecho Penal**”, Editorial IBdelf, Colección: Maestros Del Derecho Penal, nº 5, reimpresión 2003.
- MORO, JAVIER, “**Juventudes, Violencia y Exclusión: Desafíos para las políticas públicas**”, Magna Terra Editores, Guatemala 2005.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “**Derecho Penal (Parte General)**”, 2ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PALOMBA, FEDERICO: “**Tendencias Evolutivas en la Protección de los Menores de edad**”; en La Niñez y Adolescencia en Conflicto con Ley Penal, Ministerio de justicia y otros, San Salvador, 1999.
- PLATT, ANTHONY M., “**Los Salvadores del Niño. La invención de la delincuencia**”, Siglo veintiuno editores. México, 1988.

- QUINTANILLA MOLINA, SALVADOR ANTONIO: **“Introducción al Estudio del Derecho de Menores”**, 1ª Edición, Ediciones Último Decenio, publicación del Ministerio de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1996.
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO: **“Parte General del Derecho Penal”**, 1ª edición, Editorial Aranzandi S.A., Navarra, España, 2005.
- ROXÍN, CLAUS: **“Derecho Penal (Parte General)”** Tomo I, Traducción de la 2ª Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.
- ROXÍN, CLAUS Y OTROS, **“Política criminal y estructura del delito: elementos del delito a la política criminal”**, editorial PPU, 1ª edición, Barcelona, 1992.
- SAMOUR, HÉCTOR: **“Filosofía de Derecho”**, 2ª Edición, Editores UCA, San Salvador, El Salvador, 2003.
- TIFFER, CARLOS Y OTROS, **“Derecho Penal Juvenil”**, ILANUD, DAAD, San José, Costa Rica, 2002.
- TOCARA, FERNANDO, **“Política criminal en América Latina”**. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Bogotá. Colombia. 1990.
- TOCARA, FERNANDO, **“Política Criminal Contemporánea”**, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997

- TREJO ALBERTO, MIGUEL ESCOBAR: **“Curso de Derecho Penal Salvadoreño (Parte General). Volumen I: Nociones Fundamentales”**, 1ª Edición, Servicios Editoriales Triple “D”, San Salvador, El Salvador, 2002.
- TREJO ESCOBAR, MIGUEL ALBERTO: **“La Protección Integral de la Infancia Y la Adolescencia, y las Nuevas Medidas Complementarias en la Ley del Menor Infractor”**.2004.
- VIRGOLINI, JULIO E. S.: **“El control social y su articulación con el sistema penal”**; en Zaffaroni, Eugenio Raúl: **“El Sistema Penal Argentino”**, 1ª Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- WELASEL, HANS: **“El Nuevo Sistema De Derecho Penal”**, Editorial IBdeIF, Colección: Maestros Del Derecho Penal, nº 5, reimpresión 2003
- ZAFFARONI, EUGENIO: **“El Enemigo en el Derecho Penal”**, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

## REVISTAS

- AMAYA, EDGARDO Y OTROS, **“Propuesta de política criminal y seguridad Ciudadana para El Salvador”**, FESPAD Ediciones, 1ª Edición, San Salvador, 2005.
- BELOFF, MARY A.: **“De los delitos y de la infancia”**, Nueva Sociedad, Nro. 129, enero- febrero, 1994.

- COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR JUSTICIA: “**Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962**”, (primera parte), publicación de Unidad Técnica Ejecutoria U.T.E., Talleres Gráficos UCA, El Salvador, 1993.
- FERRAJOLI, LUIGI. “**La legalidad violenta**”. En: Cuadernos de Política Criminal, Nº 41, Edersa, Madrid, Pág. 306, 1990.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. “Justicia de menores y ejecución penal”: Revista Poder y Control, núm. O. Barcelona, 1986.
- FESPAD EDICIONES, “**Informe anual sobre Justicia Penal Juvenil El Salvador 2005**”, Pág. 21, San Salvador 2006.
- LA GRECA, J. “**Hacia una nueva Justicia para menores**”. Revista del Poder Judicial, núm. 14. Madrid, 1985.
- LARRANDART, LUCILA E., “Capítulo Criminológico”, Vol. 34, Nº 2 (Abril- Junio 2006).
- SÁNCHEZ, S. “**¿Estado de Bienestar?**” Revista de Treball Social, núm. 108. Barcelona, 1982.
- TEJEIRO LÓPEZ, CARLOS ENRIQUE, “**Teoría general de la niñez y adolescencia**”, pág. 65, editado por UNICEF, 1998.

## **LEGISLACION**

- Constitución de la República de El Salvador, Diario Oficial Número 234, Tomo 281 del 16 de Diciembre de 1983.

- Código Penal, Diario Oficial Número 105, Tomo 335 del 10 de Junio de 1997.
- Convención de los Derechos del Niño
- Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riadh)
- Diario Oficial Número 136, Tomo N° 212 del día lunes 25 de Julio del año 1966
- Diario Oficial Número 21 tomo N° 242, del 31 de enero de 1974.
- Ley Penal Juvenil, Diario Oficial. N° 126, Tomo 372, del 07 de julio del 2006
- Observación general 18, No discriminación – del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Programa de Acción Mundial para los Jóvenes, Organización de las Naciones Unidas, Informe sobre la juventud mundial 2005, Resolución A/RES/50/81.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidad para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing),
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

## TESIS

- GONZÁLEZ OVIEDO, MAURICIO: “**Derecho, Política y menorismo en América Latina**”, San José, Universidad de Costa Rica, tesis de maestría, 2007.

## JURISPRUDENCIA

- Inc. 3-91, Sentencia de 7-IX-1999, Considerando III 1 y 2).
- Inc. 8-97, Sentencia de 23-III-2001, Considerando IX 2).
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 52-2003/56-2003/57-2003, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro.

## PAGINAS ELECTRONICAS

- PHILIPPE ARIÈS, “**El niño y la vida familiar en el antiguo régimen**”, capítulo II: El descubrimiento de la Infancia, 1987.  
[www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%2015.pdf](http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%2015.pdf).

# **ANEXOS**

ANEXO 1: Cuestionario de encuesta



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**TEMA:** La contribución de la política criminal punitiva del Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad.

**OBJETIVO DE LA ENCUESTA:** Recopilar información sobre la contribución de la política criminal punitiva del Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador.

**DIRIGIDA A:** Fiscales auxiliares, Defensores Públicos

**Agradecemos de antemano su colaboración por brindarnos la información requerida.**

**INDICACIONES:** Marque con una “x” la opción que considere pertinente.

1. De acuerdo a su criterio, ¿Considera que la política criminal punitiva del Estado salvadoreño es de carácter represiva?

SI  NO

2. Si la alternativa que seleccionó en la pregunta anterior es afirmativa, ¿diga si una política criminal punitiva de carácter represiva es la manera efectiva en la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?

SI  NO

➤ Si su respuesta es negativa, explique por qué:

---

---

---

3. ¿Está condicionada la política criminal punitiva del Estado salvadoreño a factores coyunturales?

SI  NO

4. ¿Qué factores condicionan la implementación de una política criminal punitiva en El Salvador? (puede marcar más de una opción).

- Períodos electorales
- Planificación estratégica de seguridad pública
- Índice delincencial
- Medios de comunicación
- Interés económico
- Inestabilidad Social
- Ninguno de los anteriores

Otros: \_\_\_\_\_

5. De acuerdo a su criterio, la política criminal punitiva implementada en El Salvador se caracteriza por ser:

a) Reactiva  b) Permanente

Si su respuesta fue el literal "a" indique por qué:

---

---

6. De acuerdo a la ejecución de los planes Mano Dura y Súper Mano Dura, ¿considera usted que contribuyeron en la disminución la

delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

SI  NO

7. De acuerdo a su respuesta de la pregunta anterior, ¿Fueron eficaces los Planes Mano Dura y Súper Mano Dura como mecanismo de solución de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

a) Mucho  b) Poco  c) Nada

8. ¿Considera Usted que El Salvador implementa sistemáticamente políticas Públicas para la atención de la niñez y adolescencia?

a) Mucho  b) Poco  c) Nada

9. ¿Juzga usted que la ausencia de políticas públicas de atención a la niñez y adolescencia influyen negativamente en la formulación de una política criminal punitiva del Estado salvadoreño para el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad?

SI  NO

➤ En caso de ser su respuesta afirmativa explique por qué:

---

---

10. ¿Considera que los medios de comunicación influyen en la percepción del fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad?

SI  NO

11. ¿Cuál es la percepción que los medios de comunicación producen en la población sobre el fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad?

- Mayor dimensión del fenómeno
  - Objetiva y veraz
  - Minimización del problema
  - Otros
- 

12. El fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad tiene un origen:

Unicausal  multicausal

13. ¿Cuáles factores, considera usted, que dan origen a la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

- Desintegración familiar
- Drogadicción
- Nivel Educativo
- Condiciones socio-económicas
- Influencia de los medios de comunicación Social
- Falta de políticas públicas de atención a la infancia.
- Modelo económico implementado
- otros \_\_\_\_\_

14. ¿Considera usted que existe irresponsabilidad de parte del Estado, la familia y la sociedad en el tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

SI  NO

15. Si su respuesta a la interrogante anterior es afirmativa, ¿considera que, la irresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad fomenta la delincuencia de personas menores de edad en el municipio de San Salvador?

SI  NO

➤ Si su respuesta es afirmativa, explique por qué:

---

---

16. ¿Qué sujeto tiene mayor responsabilidad en el tratamiento preventivo de la delincuencia de personas menores de edad?

Estado  La familia  La Sociedad

17. ¿Según su opinión una adecuada política pública para la atención de la niñez y adolescencia es un elemento importante en la configuración de una política criminal integral para El Salvador?

SI  NO

18. De acuerdo a su criterio, ¿Cuáles son los componentes que deben integrar una política criminal integral para la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?

- Carácter preventivo.
- Amplia participación de la familia, Comunidad, Medios de comunicación social y el Estado.
- Impulso de políticas públicas de atención a la infancia. (Acceso a la salud, educación, recreación entre otros)
- Implementación de una adecuada política social
- Mejoramiento de las condiciones socioeconómicas.

Otros: \_\_\_\_\_

ANEXO 2: Guía de entrevista



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**TEMA: La contribución de la política criminal punitiva del Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia cometida por personas menores de edad.**

**OBJETIVO GENERAL:** Determinar el nivel de contribución de la política criminal punitiva del Estado salvadoreño en el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad.

**ENTREVISTADO:** \_\_\_\_\_

**INSTITUCION:** \_\_\_\_\_

**CARGO QUE DESEMPEÑA:** \_\_\_\_\_

**Preguntas:**

1. Desde su experiencia, ¿Cuáles son las causas que generan la delincuencia en El Salvador?
2. ¿Cuál es el impacto, positivo y/o negativo, de los planes ejecutados por el Estado Salvadoreño para el combate de la delincuencia de personas menores de edad: plan mano dura y súper mano dura?
3. Desde su punto de vista, ¿Considera usted que el Estado Salvadoreño ejecuta planes o programas encaminados a la prevención de la delincuencia de personas menores de edad? ¿Cuál es la efectividad de estos?
4. ¿Cuál es el modelo de política criminal punitiva implementado por el Estado Salvadoreño en el combate de la delincuencia de personas menores de edad?

5. ¿Considera Usted, que el endurecimiento de las penas es la mejor alternativa en el tratamiento de la delincuencia de personas menores de edad?
6. ¿La persecución de la Delincuencia de personas menores de edad en El Salvador se hace a partir del enfoque del Derecho Penal de Autor o Derecho penal de acto? ¿Por qué?
7. Desde su punto de vista, ¿Cuáles son las políticas públicas impulsadas por El Estado salvadoreño? (Derecho a la Salud, Educación, Recreación, Vivienda Digna)
8. ¿Considera usted que los medios de comunicación dan una mayor dimensión al fenómeno de la delincuencia de personas menores de edad de la que se presenta en la realidad?
9. Tratando de construir una propuesta netamente salvadoreña, ¿Qué elementos, considera usted, deben tomarse en cuenta en la formulación de una política criminal integral para la prevención de la delincuencia de personas menores de edad?