



Estado Constitucional de Derechos y Acción Paradójica:

Política pública para adolescentes en conflicto con la Ley Penal

Fernando López Milán*

Resumen

El ejercicio del poder en un Estado de Derecho se encuentra limitado por la ley y los derechos constitucionales de los individuos. Cuando se rompe este equilibrio, el Estado comienza a actuar en contra de sus fines declarados, y se convierte en un Estado paradójico, es decir, en un Estado que se subvierte a sí mismo. Se rompe, de esta manera, el principio de transferencia, según el cual son los derechos humanos los que dotan de contenido a la ley y a la política. El método de acción de un Estado paradójico es la acción paradójica, acción que, muchas veces, coloca, de manera discrecional, unos derechos sobre otros o ciertos valores sobre los derechos fundamentales. El uso de la acción paradójica como principal mecanismo de la acción estatal es cada vez más notorio en el gobierno de Rafael Correa, especialmente, en lo relativo al uso del sistema penal para frenar los delitos cometidos por los adolescentes. El uso de la acción paradójica, en este campo, se expresa en la adopción de una propuesta puramente represiva, que no considera que el procesamiento del delito debe exceder el sistema penal, cuya respuesta es puramente casuística, y llegar al ámbito de la política económica y de la política social, desde donde el delito puede, realmente, constituirse en un asunto público y las respuestas tienen la posibilidad de ir más allá de los casos individuales, para centrarse en las condiciones que generan el desafío social expresado en el delito.

* **Fernando López Milán**, realizó estudios de doctorado en Ciencias Sociales y Salud en la Universidad de Barcelona – España; es Licenciado en Sociología y Ciencias Políticas por la Universidad Central del Ecuador. Es y ha sido docente de varios centros universitario del Ecuador. Desde el año 1995 trabaja en Defensa de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, participó en el proceso de construcción del “Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia” y es miembro, en representación de la sociedad civil, del “Consejo Metropolitano de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia” de Quito. Ha sido consultor de entidades nacionales e internacionales en temáticas relacionadas con su especialidad como trabajo infantil y adolescentes en conflicto con la ley penal. Textos suyos sobre derechos de la niñez y adolescencia han sido publicados tanto en el país como en el exterior. En la actualidad, es director ejecutivo de “Defensa de los Niños Internacional Sección Ecuador”, docente de la Facultad de Comunicación Social de la Universidad Central y miembro del comité editorial de dicha institución. Ha publicado varias obras entre ellas: La edición bilingüe, francés-español, del libro “Los animales y sus hombres. Los hombres y sus animales”, de Paul Eluard, bajo el sello de la FACSO; “El Buscador de Oro: fábulas y poemas” (Quito, 2009); y “Del Amor y la Muerte” (Quito, 2011). Preparó la edición –con un estudio introductorio de su autoría– de la obra reunida del autor riobambeño Miguel Ángel León.

Palabras clave

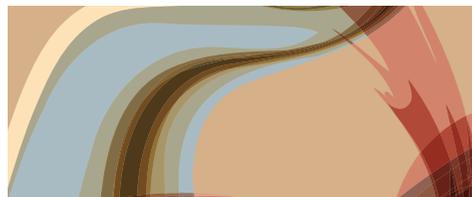
Estado constitucional de derechos, estado paradójico, acción paradójica, adolescentes en conflicto con la ley penal, encuentro público.

Abstract

The exercise of power in a Rule of Law is limited by the law and the constitutional rights of the individuals. When this balance is broken, the state starts to act against its stated purposes and becomes in a paradoxical state therefore the state itself is subverted. In this way the transfer principle is broken according to which are the human rights the ones that provide contents to the law and the politics. The mode of action in a paradoxical state is paradoxical that sometimes placed, at its discretion, or other rights over certain values on fundamental rights. The use of the paradoxical action as main mechanism of state is becoming increasingly apparent in the government of Rafael Correa, particularly in the relative to the penal system use to stop crimes committed by teens. The use of the paradoxical action in this sphere is expressed by the adoption of a proposal repressive, that doesn't consider that the process of the crime must exceed the penal system whose response is purely casuistic and reach the field of economic policy and social policy, where the offense can really become a public issue and the answers have the potential to go beyond individual cases, to focus on the conditions that generate the social challenge expressed in the crime.

Keywords

Constitutional state rights, paradoxical action, paradoxical action, adolescents in conflict with the law, public meeting.



El Estado Constitucional de Derechos tiene como finalidad garantizar el ejercicio efectivo de los derechos ciudadanos. Es decir, crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral de los individuos.

Para Norberto Bobbio (2010), el ejercicio del poder en un Estado de Derecho se encuentra limitado por la ley y los derechos constitucionales de los individuos. Partiendo de esta idea, es posible afirmar que, en un Estado de Derecho, hay una tensión constante entre la ley (o las leyes) y los derechos fundamentales. Con frecuencia, la tensión entre ley y derecho llega a tal punto que el equilibrio –precario– entre ambos términos se rompe. Y esta ruptura se hace a expensas de los derechos. La norma, en este caso, ya no limita la acción del Estado en concordancia con los derechos, sino que, por el contrario, fundamenta y legitima su extralimitación. Y lo que ocurre con la ley, ocurre con la política pública.

En una democracia, el juego entre la ley y los derechos fundamentales opera, o debe operar, según el “principio de transferencia” (López, 2012), que consiste en que el “espíritu” de los derechos da contenido a la ley. Cuando este principio se rompe, la ley puede obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos.

Así, en circunstancias de conflicto social, causadas por la incapacidad del Estado para cumplir sus fines declarados, este recurre a la acción paradójica; entendida como aquella que produce efectos contrarios a los que produciría el cumplimiento cabal de dichos fines. La acción paradójica se da en distintos ámbitos: normativo, programático, institucional, financiero y operativo. Cuando la acción paradójica se convierte en la norma de la política y el quehacer estatal, el Estado se convierte en un Estado paradójico; por lo tanto, en un Estado fracasado. En estas circunstancias, el Estado deja de actuar en función de sus fines (aunque los mantenga declarativamente), para hacerlo en contra de ellos. La

acción paradójica, en consecuencia, es transgresión. El Estado paradójico es, en términos jurídicos, un Estado transgresor (auto-subversivo). Y la transgresión conduce al autoritarismo.

Se entiende, desde la doctrina de derechos humanos, que los derechos son interdependientes, es decir, que configuran un sistema. La acción paradójica rompe el carácter sistémico de los derechos humanos en el ámbito conceptual y en la práctica. Esta ruptura se produce por dos medios: 1) la jerarquización arbitraria de derechos y 2) la sustitución, como principios de actuación, de derechos por valores. La acción paradójica se justifica, entonces, como una acción que, para proteger ciertos fines superiores (en un Estado de Derechos, los derechos se convierten en fines) desde el punto de vista de quienes ejercen el poder político, niega, viola o amenaza el ejercicio de otros derechos. Esta arbitraria jerarquización se ha efectuado, a veces, a costa de los derechos de libertad y, otras, en perjuicio de los derechos de igualdad. Uno de los ejemplos más frecuentes es la adopción de medidas dirigidas a proteger el derecho a la seguridad a costa del derecho a la libertad (mayor control y punición); o la adopción de políticas económicas de tinte neoliberal, que, a pretexto de garantizar la libertad económica, conspiran contra el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Puede privilegiarse, así mismo, la protección de ciertos valores, también asumidos discrecionalmente, en detrimento de la garantía de ciertos derechos. Un ejemplo de esto último es la adopción de acciones que buscan mantener la “paz social” a costa del ejercicio del derecho a la protesta. El extremo paradójico es aquella situación, derivada de la aplicación de la acción paradójica, en la que los efectos de la actuación del Estado son totalmente contrarios a los efectos que el cumplimiento de los fines declarados produciría.

El uso de la acción paradójica se ha tornado muy frecuente en el gobierno de Rafael Correa. Los ejemplos son varios. Pero destacan los relativos a la reforma penal y al repunte de una política económica neo-extractivista. En relación con el primer ejemplo, que es materia de este artículo, es necesario partir de un acercamiento al concepto de delito.

El delito es, en términos jurídicos, una ruptura de la ley penal; en términos socio-políticos, en cambio, puede ser visto como un conflicto (contraposición de intereses) entre el individuo (o los individuos) y el Estado. Hay, de acuerdo con el tipo de conflicto, tres clases de delito: El delito de cuello blanco, el delito común y el delito producto del crimen organizado.

En el primer caso, el delito adquiere un carácter no confrontativo. El delincuente no se enfrenta con el Estado sino que lo utiliza como un medio para la consecución de sus fines, generalmente, de enriquecimiento. El fraude, el peculado, son algunas de las formas jurídicas que asume el delito de cuello blanco.

En el caso del delito común, la confrontación se expresa como desafío. Aunque la conducta delictiva se realice contra particula-

res es, en el fondo, una protesta contra la incapacidad del Estado para generar mecanismos de inclusión social.

El delito producto del crimen organizado tiene un carácter mixto: combina la utilización del aparato del Estado y la confrontación directa. El crimen organizado, a través de la infiltración, el cohecho, la extorsión, instrumentaliza al Estado a su favor; pero, además, establece territorios propios y una institucionalidad paralela. En el nivel más alto de confrontación, el crimen organizado se alza como una alternativa al Estado, especialmente, en aquellos espacios en los que la presencia de este es muy débil; pues no cumple, ni de manera simbólica, su papel de garante de los derechos ciudadanos; pensemos si no en las ya famosas favelas brasileñas controladas por las mafias del narcotráfico.

Cada tipo de delito requiere de políticas específicas; sin embargo, todas ellas implican el fortalecimiento de la presencia del Estado en los distintos territorios y el fortalecimiento, también, de su papel de garante del cumplimiento de los derechos ciudadanos. Este fortalecimiento no equivale solo a control sino, especialmente, a la dotación de servicios y a la generación de posibilidades de desarrollo personal, entre las cuales destaca el fomento del empleo digno.

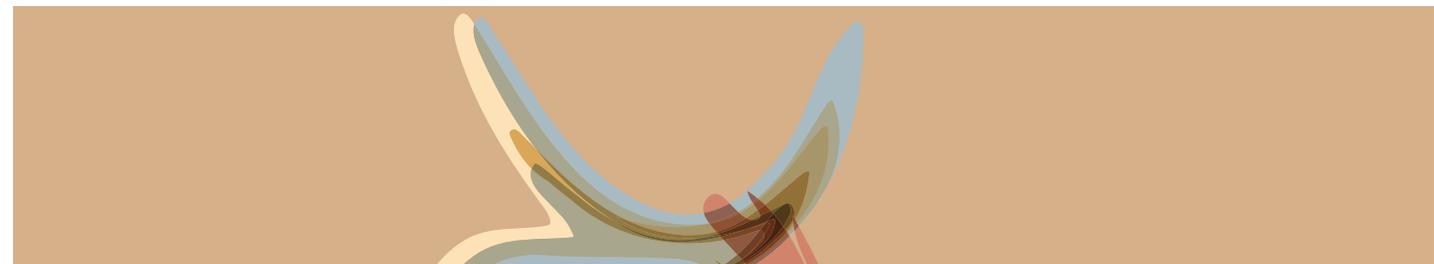
Sin embargo, en las sociedades actuales, el control se ha convertido en la

respuesta casi única que el Estado da al delito. Esta es la respuesta que se privilegia para enfrentar el delito común, que es el tipo de delito que, por lo general, cometen los adolescentes; sin olvidar, claro está, su utilización creciente por el crimen organizado.

Desafío y control: estos, los términos de la relación entre el delincuente y el Estado, entre el delito y la política. El resultado de la suma de estos factores no puede ser otro que la violencia, una violencia que, dado que ninguno de los términos implicados en la relación se modifica, tiende a aumentar y a perpetuarse. Quien delinque cuestiona las posibilidades que el Estado le ofrece para realizarse como individuo. Y, a veces, ni siquiera tanto, sino las posibilidades para subsistir y acceder a los ideales de consumo que impone el mercado.

Al desafiar al Estado, el delincuente cuestiona su legitimidad como regulador de la vida social y, de esta manera, asume la transgresión como el único modo de acción posible.

Al desafiar al Estado, el delincuente cuestiona su legitimidad como regulador de la vida social y, de esta manera, asume la transgresión como el único modo de acción posible. El desafío conduce a la transgresión y esta se lleva a cabo por medio de la violencia: la cual es un acto no solo contra la ley sino contra los derechos de otras personas, cuya esfera privada invade. El delito común es, en este plano, invasión de la privacidad del otro. Y toda invasión, aunque mínima, constituye un ejercicio de violencia. A la violencia en acto, el Estado responde con más violencia. Su



respuesta es reactiva, su propia política es reactiva. Así, el Estado limita sus opciones de actuación a una disyuntiva cuya resolución es siempre dañosa: impunidad o violencia.

El desafío social es la expresión de un conflicto social no resuelto y la búsqueda de una vía unilateral de solución. La represión estatal es, también, una respuesta unilateral de solución. Se considera, por ambos bandos, que no hay otra salida posible: que la única manera de acceder a un mínimo de bienestar es el delito y que la única respuesta adecuada al delito son el control y la represión. El delito echa por tierra la noción de que el orden democrático es producto de un contrato, de un acuerdo social. En verdad, ese contrato nunca ha existido. Y las hipótesis que sustentan esta idea no han pasado de ser eso, meras hipótesis, ideales de concreción siempre en suspenso. El delito y la represión estatal como medios de resolución del conflicto social socavan la democracia, porque la democracia es un orden en el que los medios cuentan tanto o más que los fines. Los derechos son la formalización de las vías para obtener el bienestar de los ciudadanos. No otra cosa busca la persona que delinque; pues, si bien la ejecución de un delito contraría la ley, le proporciona los medios para obtener el bienestar que unas condiciones sociales específicas le niegan. Y la respuesta represiva no contribuye a la generación de las condiciones para que el bienestar sea posible.

Pero si las soluciones que se dan al conflicto social son unilaterales y antagónicas: delito y represión, ¿es posible hallar una solución de encuentro? Y de ser así, ¿qué entenderíamos por encuentro? En el ámbito penal contamos, para los casos individuales, con salidas negociadas; pero, aunque el sistema penal representa al Estado, el “encuentro público” no puede darse a través de este sistema. ¿Cómo, entonces? A través de la política pública, pero una política pública que garantice, realmente, las condiciones necesarias para la realización plena de los individuos. Solo aquí, en la relación entre política pública y derechos humanos, el “encuentro público” es posible. El procesamiento del delito, por tanto, debe exceder el sistema penal, cuya respuesta es puramente casuística, y llegar al ámbito de la política económica y de la política social, desde donde el delito puede, realmente, constituirse en un asunto público y las respuestas tienen la posibilidad de ir más allá de los casos individuales, para centrarse en las condiciones que generan el desafío social expresado en el delito.

De otro modo, como sucede en América Latina, la respuesta penal, a través del sistema de privación de la libertad, se convierte en la respuesta dominante a problemas de inequidad social no resueltos. Según el estudio “Derechos humanos en los sistemas de justicia penal juvenil”, realizado por DNI Américas, con la participación del autor del presente artículo², “...los delitos contra la propiedad son, en la generalidad de los países de la región, los delitos que, con mayor frecuencia, procesa el sistema de justicia especializada en adolescentes. De entre estos delitos, el hurto aparece como el principal motivo de privación de la liber-

2 Las citas del estudio de DNI Américas que se incluyen en el texto fueron elaboradas, para dicha publicación, por el autor del presente artículo.



tad y, en este sentido, revela que los sistemas penales juveniles actúan en contra de la normativa y los estándares internacionales prevalecientes en el tema” (DNI Américas, 2011).

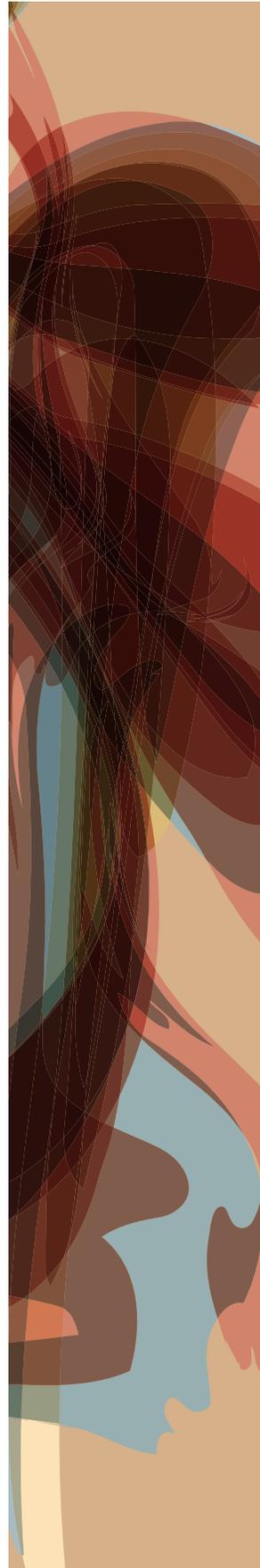
La respuesta penal, además, refuerza la tendencia del sistema de privación de la libertad a auto-reproducirse, independientemente de sus efectos en la solución del conflicto social que lo puso en movimiento. En realidad, toda respuesta centrada en la represión perpetúa el conflicto y amplía constantemente la institucionalidad represiva. Hay, en América Latina, una tendencia a la ampliación de las entidades de privación de la libertad (y a la adopción de la privación de la libertad como medida de primera instancia incluso en delitos menores como el hurto) y a la limitación de opciones no privativas de la libertad.

Una vez que la respuesta del sistema penal se decanta por la privación de la libertad, se da una contradicción fuerte entre los objetivos de reproducción institucional y el respeto de los derechos de las personas privadas de la libertad. Esto lleva a la adopción de prácticas que violan la intimidad del adolescente y hacen del tiempo de privación de la libertad un tiempo continuo, en virtud de la reducción de la vida de los jóvenes a un espacio lineal, sin bifurcaciones ni desvíos, en el que distintas actividades se ejecutan como fases de una actividad única o, más bien, se desarrollan como sucesos continuos de una situación única: la privación de la libertad (DNI Américas, 2011).

Y la privación de la libertad adquiere, en los adolescentes, el carácter de una conciencia extrema de los límites. O, lo que es lo mismo, una conciencia de invariabilidad, de imposibilidad de cambio. A la indiferenciación de tiempos y espacios, que tiene una finalidad castigadora, se suma la exposición pública de la intimidad. Así, la conciencia extrema de los límites externos (institucionales) se combina con la conciencia, aguda, de la fragilidad y “transgresibilidad” de los límites individuales, sobre todo, corporales. La conciencia de fragilidad se sustenta, como dijimos, en prácticas de exposición de la intimidad, y la exposición obligada de la intimidad es lo que podría denominarse, en el lenguaje jurídico, “trato degradante”. La degradación es, siempre, un mecanismo de “cosificación”. La subjetividad del adolescente se “objetiva” y, de esta manera, el control puede realizarse de manera más fácil, sin las restricciones que implica una relación entre sujeto y sujeto. Uno de los justificativos de la “objetivación” es la presunción de peligrosidad que pesa sobre el adolescente infractor (DNI Américas, 2011).

Siendo estos, como hemos visto, los efectos de la utilización del sistema penal y, de manera específica, de la privación de la libertad para resolver el conflicto social expresado en el delito, nada podemos conseguir en términos de re-integración social de los adolescentes ni de disminución de las conductas delictivas. La utilización desmedida del sistema penal separa, excluye, limita. Y, de esta manera, hace imposible que el encuentro social necesario para superar el delito se realice.

La Constitución ecuatoriana, de otro lado, determina que el sistema de ejecución de penas tiene como finalidad la rehabilitación y reinserción social de los individuos que han sido a él sometidos. Esto, tanto en el caso de los adultos como en el de los adolescentes. Sin embargo, y en contra de estas finalidades, la acción del sistema de justicia para adolescentes (no solo del de ejecución de penas) conspi-



ra en contra de la consecución de los fines establecidos en la Constitución. Así, a contramano de lo que establece la normativa nacional e internacional sobre el tema, el Estado ecuatoriano ha optado por la privación de la libertad como medida de primera instancia ante la comisión, por parte de los adolescentes, de infracciones de la ley penal, cuando, tanto el Código de la Niñez y Adolescencia como la Convención de los Derechos del Niño (y otros instrumentos internacionales), determinan que esta debe ser adoptada como medida de última ratio (Acción paradójica en los ámbitos normativo y operativo).

Al mismo tiempo, el Estado se ha desentendido del desarrollo de programas que permitan la aplicación de las medidas no privativas de la libertad (o de régimen semi-abierto) establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia. En la actualidad, solo en Quito se desarrolla una de las medidas establecidas en el Código de la Niñez (Semilibertad) y, la Dirección de Centros de Adolescentes Infractores (CAI), apenas a inicios de año ha logrado constituir un equipo técnico para coordinar la ejecución de estas medidas. Sin que, hasta ahora, sin embargo, se haya desarrollado ningún programa específico (Acción paradójica en los ámbitos institucional y operativo). Al privilegiar la privación de la libertad como medida de primera instancia, el Estado ecuatoriano somete a más de 600 adolescentes a un modo de vida, el de los centros de internamiento, caracterizado por la violencia oficial y extra-oficial. Los chicos, en estos centros, están sometidos de manera sistemática a la violencia sexual, la extorsión, el maltrato físico y psicológico, y, en este sentido, son forzados a adoptar y reforzar conductas contrarias a las finalidades de rehabilitación y reinserción social proclamadas en la Carta Política (Acción paradójica en los ámbitos institucional y operativo). Además, las condiciones de vida en estos centros son muy deficientes en términos de alimentación, salud, infraestructura, etc. A lo cual debe sumarse la incapacidad financiera de los centros para realizar las mejoras necesarias (Acción paradójica en los ámbitos institucional, operativo y financiero).

El Estado ecuatoriano, como se ve, pretende incluir socialmente a los adolescentes infractores a través de la exclusión penal (exclusión que, sumada a la exclusión social pre-existente, configura una doble exclusión). Pretende, asimismo, generar conductas positivas sometiendo a los adolescentes, de manera sistemática, a un modo de vida en el que las experiencias negativas son la norma. Y, como síntesis de todo lo dicho –manifestación cabal del extremo paradójico-, termina convirtiendo a los adolescentes infractores en NO adolescentes. Mientras se elaboraba el presente artículo estaba por entrar a primer debate en la Asamblea Nacional el proyecto de Código Integral Penal. La rebaja de la edad de imputabilidad penal para los adolescentes así como el aumento de penas son dos de las propuestas que constan en el proyecto enviado por el ejecutivo a la Asamblea Nacional. De aprobarse las propuestas presentadas, no solo que se habría afirmado la aplicación de la acción paradójica como método de la administración del poder público sino que, además, se habría alterado el equilibrio entre la ley y los derechos fundamentales: base de la convivencia en un Estado Constitucional de Derechos.