

IMPORTANCIA DEL HECHO Y DE LA PARTICIPACION EN LA DETERMINACION DE LAS MEDIDAS O SANCIONES

Dr. Ricardo C. Pérez Manrique

“... SOLO LAS LEYES PUEDEN DECRETAR LAS PENAS DE LOS DELITOS Y ESTA AUTORIDAD DEBE RESIDIR EN EL LEGISLADOR, QUE REPRESENTA TODA LA SOCIEDAD UNIDA POR EL CONTRATO SOCIAL. NINGUN MAGISTRADO (QUE ES PARTE DE ELLA) PUEDE CON JUSTICIA DECRETAR A SU VOLUNTAD PENAS CONTRA OTRO INDIVIDUO DE LA MISMA SOCIEDAD”. LOS JUECES NO PUEDEN, CONSIGUIENTEMENTE, “AUMENTAR LA PENA ESTABLECIDA” POR LAS LEYES, NI SIQUIERA “BAJO PRETEXTO DE BIEN PUBLICO” (Beccaría, De los delitos y de las penas, pág. 29).

La cita del fundador del Derecho Penal liberal, viene a cuento respecto del tema que me corresponde desarrollar.

Ya los clásicos, y atendiendo al Derecho Penal en general, avizoraron la trascendencia de fijar límites precisos al ejercicio del *ius puniendi*.

También desde la perspectiva del derecho de los adolescentes en conflicto con la ley penal, sin duda alguna es uno de los temas más arduos, sobre el que poco se ha trabajado.

En pocos aspectos como en el de la determinación de las sanciones o medidas se plantea con tanta intensidad la dicotomía entre la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral y es, justamente, en este aspecto en el cual los riesgos de incurrir en contradicciones que desnaturalicen los postulados de la nueva doctrina son mayores y de trascendencia innegable.

Trataré a continuación de reflexionar este tema desde una perspectiva garantista, que permita delimitar el proceso silogístico por el cual el Juez determina la sanción a aplicar, a partir de la demanda formulada por el Ministerio Público y de la posición de la Defensa, todo contenido en el marco de un debido proceso legal.

Al respecto analizaré el problema atendiendo al derecho positivo y también desde la óptica doctrinaria, tratando de extraer conclusiones que operen como base de la discusión, para articular reglas orientadoras en el futuro accionar de los operadores del Derecho.

I - LAS PREVISIONES ESPECIFICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

El artículo 40 No. 4 de la Convención de los Derechos del Niño respecto de la reacción frente a la infracción penal establece:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde relación tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

A su vez, las “Reglas mínimas uniformes para la administración de la Justicia de Menores”, Reglas de Beijing, con el número 5 se determinan los “Objetivos de la Justicia de Menores:

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

La Regla No. 17 y bajo el título “ Principios rectores de la sentencia y la resolución”, establece:

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

- a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;**
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;**
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;**
- d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor...”**

En el respectivo comentario se establece: “El principal problema que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tal como las siguientes:

- a) Rehabilitación frente a justo merecido;

- b) Asistencia frente a represión y castigo;
- c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuestas en función de la protección de la sociedad en general;
- d) Disuasión de carácter general frente a la incapacitación individual -

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

A su vez, los principales instrumentos internacionales consagran la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.

Se encuentran presentes en las normas citadas dos elementos que sintetizan de alguna manera el punto central del tema a considerar; por un lado, la relación de la sanción con el hecho infraccional a la ley penal y por otro, los elementos que tienen que ver con los aspectos personales del adolescente que ha cometido tal infracción.

La forma cómo deberían articularse tales elementos en una decisión de naturaleza jurisdiccional, respetuosa de los derechos y garantías de los adolescentes, cuidadosa de no actuar como un mecanismo amplificador del control social contra la habitual clientela del sistema penal será el objetivo de las próximas páginas.

II. LA RESPONSABILIDAD COMO SOPORTE DE LA RESPUESTA SANCIONATORIA.

“La responsabilidad es un concepto irrenunciable de nuestra cultura y aún se puede afirmar que la *responsabilidad* – que no hay que confundir con la culpabilidad- *en cuanto a esquema regulador de interacciones de respuesta tendientes a desarrollar sentimiento de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, constituye un derecho inalienable de los jóvenes* “. ¹

Refiriéndose a los confines de la responsabilidad, Carlos González Zorrilla en “Los menores entre “Protección y justicia”. El debate sobre la responsabilidad” “...la respuesta responsabilizante habrá de hacer entrar en consideración los dos órdenes de factores a que antes hacíamos referencia: la entidad de la acción, la gravedad del daño producido, y el marco situacional en el que el individuo ha llevado dicha acción “. ²

Planteado así el tema de la responsabilidad del adolescente, no cabe duda que como primer requisito de la misma se encuentra la participación en un hecho descrito en la ley penal como delito, o sea la acción u omisión que se pueda atribuir a dicha persona.

Tal acto debe poder ser atribuido subjetivamente a dicha persona o sea debe existir un nexo subjetivo entre la acción u omisión y el resultado, identificándose tal elemento con la capacidad de querer el resultado, de ahí el requisito de una edad mínima para ser responsable.

[Finalmente debe afectarse algún bien jurídico protegido penalmente.

Configurados todos estos elementos como dice Fernando Amaral e Silva , la imputabilidad es la capacidad de la persona de recibir una sanción.

¹ Di Leo, Giovanni.: “Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile” en Ponti, G. Giovanni, “Responsabilità e giustizia”, Giuffrè, Milano, 1985

² Un Derecho Penal del Menor, Ed. ConoSur, Chile, 1992, pág. 49

Es por ello que el artículo 112 párrafo 1º. Del Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil se refiere a que:

“La medida aplicada al adolescente tendrá en cuenta su capacidad de cumplirla, las circunstancias y la gravedad de la infracción”.

Planteado así el marco dentro del cual el adolescente debe responder, que eso significa responsabilidad, debe analizarse de qué manera se ejerce el poder estatal de sancionar o “ius puniendi”.

III – LOS LIMITES DEL IUS PUNIENDI

Desde Beccaría en adelante, se han ido definiendo los límites dentro de los cuales se debe desempeñar tal actividad estatal, en salvaguarda de la propia vigencia del Estado de Derecho, de la sociedad democrática y atendiendo a las definiciones del Derecho Internacional de los Derechos humanos.

El poder del Estado, absoluto en otras épocas, reconoce como límites los derechos de las personas, veremos a continuación los principios de aplicación en esta línea:

- a) El principio de legalidad que se expresa en cuatro garantías específicas: 1) en cuanto a las conductas delictivas: “nulla poena sine lege” , estableciéndose que tal ley tiene que ser: previa al acto, scripta y stricta exigiéndose lo que Mir Puig llama “mandato de determinación”³ que se expresa en el principio de tipicidad tanto de las conductas como de las penas y en el del legalismo que constituye un límite infranqueable para el Juez; 2) penal, las penas tienen su origen en la ley ; 3) jurisdiccional sólo pueden ser impuestas por un Juez y 4) de ejecución en cuanto se ejecutan bajo control jurisdiccional y en los términos definidos por la ley.
- b) Prohibición de penas y tratos crueles inhumanos y degradantes, artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- c) El principio de proporcionalidad de las penas se entiende como la adecuación o correspondencia (proporción) que debe existir entre la gravedad del hecho – y la reacción penal que ella suscita. “Castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen, que es mayor cuanto más valor se atribuye al bien jurídico lesionado... es inadmisibile... , porque la pena – y esto reside en la naturaleza de las cosas- no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente: en otro caso se introduce el desconcierto en los mecanismos humanos de control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas...”⁴

³ Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, pág.78, Barcelona, 1996

⁴ Enrique Gibernat Ordeig ¿ Tiene un futuro la dogmática jurídico penal ?, en Estudios de Derecho Penal, 2ª. Edición, Civitas S.A., Madrid, España, 1981, pág. 119, citado Jorge Mera Figueroa en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, pág. 397, Cuadernos de Análisis Jurídico, Chile, 1996.

Este principio se expresa también en relación con la participación y con los avances de la punición al itinere delictivo, se afecta cuando se sanciona en determinadas figuras por ejemplo la etapa de conspiración o los actos preparatorios, lo que como veremos más adelante es trascendental en el área específica de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

- d) Igualdad de la ley penal que debe respetarse tanto al seleccionar las conductas que serán objeto de castigo, como en los criterios de aplicación que el sistema judicial y administrativo deberá aplicar al caso concreto.
- e) La responsabilidad penal no se puede presumir
- f) Principio de necesidad y de mínima intervención: el Derecho Penal como última ratio y de carácter subsidiario
- g) Derecho Penal de acto: “ El derecho penal en un Estado Democrático de derecho es de *acto*, lo que significa que la intervención penal sólo se justifica respecto de hechos concretos (acciones u omisiones) previamente tipificados que afectan los bienes jurídicos vitales. Se contraponen al *derecho penal de autor*, que floreció en la Alemania nazi, conforme con el cual cabe la sanción penal de la forma de vida de las personas y de estados o características suyas, demostrativas de su peligrosidad. El hecho delictivo concreto es concebido como un síntoma de la peligrosidad del autor pero no un requisito para la represión penal”.⁵
- h) Principio de lesividad: necesidad de que exista afectación real a un bien jurídico concreto protegido por la ley penal.
- i) Principio de culpabilidad que tiene que ver con la imputación personal del hecho al autor, con el elemento subjetivo del tipo – dolo o culpa- y con la personalidad de las penas.
- j) Principio resocializador de las penas como elemento teleológico de las penas, pero también en cuanto a considerar a quien ha infringido la ley penal como un sujeto de derechos, con el cual debe colaborar de éste aceptarlo, para habilitar la reinserción en la sociedad.

IV –DERECHO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA ¿ IUS PUNIENDI O IUS EDUCANDI?

Desarrollados los principios generales de limitación del ejercicio del ius puniendi en el marco de un Estado Democrático de Derecho, respetuoso de los derechos y dotado de las garantías necesarias para asegurar tales derechos, corresponde preguntarse cómo actúan tales principios en el Derecho de la Infancia Adolescencia.

Al transcribir las normas internacionales hemos apreciado que la Convención de los Derechos del Niño al referirse a las medidas establece respecto de las mismas que deben: a) buscarse alternativas a la privación de libertad, b) asegurar un trato adecuado para su bienestar (del adolescente) y c) guardar proporcionalidad con sus circunstancias (personales) tanto como con la infracción.

Las Reglas de Beijing reiteran estos conceptos y en ellas aparece lo educativo como contenido esencial de las medidas, que se llaman a su vez socio-educativas. Avanzando,

⁵ Mera Figueroa, op. cit. Pág. 424, Mir Puig, op. cit. Pág. 97 párr. 68.

reservan la privación de libertad a dos hipótesis: condena por un acto grave en que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada. (17.1 c)

Por otra parte la Justicia especializada tiene por finalidad el bienestar de los adolescentes y la regla de la proporcionalidad a las circunstancias y al delito (5.1)

¿ Cómo actuar en consecuencia sin vulnerar las garantías mínimas?

En el Derecho Alemán por ejemplo prima el principio educativo así: “La clara preeminencia de la función de educación, en todos los medios de relación adecuados al joven, determina también la relación entre ellos y el delito cometido por éste. Aquí la noción de culpabilidad en el hecho del derecho penal general retrocede a favor del derecho penal de autor, el cual adquiere su expresión no sólo con ocasión del ordenamiento de la medida de educación propiamente tal, sino también en todos los restantes medios de reacción, en cuanto el fin de educación orientado al complejo de la personalidad del joven determina la selección y medición de los medios de reacción... el hecho cometido se encuentra en una situación más relajada con respecto a la intervención judicial en el derecho penal general”.

Más adelante se justifica la aplicación de la llamada pena juvenil cuando concurren dos requisitos: a) las tendencias dañosas manifestadas en el hecho, que no pueden enfrentarse por otros medios de reacción y b) la necesidad de la misma debido a la gravedad de la culpabilidad juvenil.⁶

Como se puede apreciar, el componente educativo resulta esencial en el Derecho Alemán, actitud de cuyos peligros nos alertaba Luigi Ferraioli refiriéndose a la necesidad de limitar al máximo la intervención punitiva respecto de los adolescentes: “ se trata de una opción respetuosa, que contradice el conformismo dominante en Europa, donde continúan prevaleciendo modelos sustancialistas, “ pedagógicos” y subjetivistas de tratamiento de la desviación juvenil, que de hecho y en última instancia se convierten en formas de derecho penal máximo en cuanto máximamente represivos”.⁷

Justamente en oposición a esta línea de pensamiento, Juan Bustos Ramírez afirma que los principios generales del Derecho Penal se aplican en relación a la determinación de las penas a los adolescentes. “Pero – afirma- con ello no basta, pues simplemente se deja al menor en igual situación de garantía que al mayor; es necesario pues atender también a su especial favorecimiento garantista. Para ello es necesario concebir una amplia gama de sanciones, cuya finalidad, por una parte, debería ser evitar o dejar como último recurso la privación de libertad, dado los efectos negativos que esta tiene en todo caso, y por otra, no alterar o reforzar en lo posible el desarrollo de la personalidad del menor. Luego, en la determinación de la pena, si bien el hecho y la responsabilidad del menor marcan el límite máximo de la sanción, no debería haber mínimo, de modo que el juez, según las circunstancias, pudiese llegar hasta a prescindir de la sanción”.⁸

La respuesta a la pregunta inicial de este capítulo resulta claramente expresada en las expresiones del pedagogo Antonio Carlos Gomes Da Costa: “ ...Cuando, sin embargo, el adolescente transgrede las normas de la vida social más amplia, cometiendo un acto que, si fuese cometido por un adulto, sería delito o contravención, la respuesta social a ese acto

⁶ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gösel y Heinz Zipf, Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 914/915 y 934

⁷ Prefacio en Infancia, Ley y Democracia en América Latina págs. XIII y XIV.

⁸ Un Derecho Penal del Menor, pág.8, ConoSur, Chile, 1992.

se dará por el sistema de administración de la justicia juvenil... Terminado el proceso, admitiendo la hipótesis de que el adolescente sea considerado responsable por haber cometido el acto infractor en cuestión, no le será aplicada una pena del Código Penal de adultos, sino una medida socio-educativa ... ésta debe responder a dos órdenes de exigencias, o sea, debe ser una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por el adolescente y, al mismo tiempo, debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano”⁹.

En consecuencia se concluye que el Derecho de la Infancia y Adolescencia en materia de infracciones a la ley penal toma del Derecho Penal las figuras delictivas y las garantías, adopta sanciones que se denominan generalmente medidas y que solamente se justifican y adquieren legitimidad jurídica a partir de su contenido específico que es socio-educativo.

Más adelante se analizarán las consecuencias de tales conclusiones.

V – LA DETERMINACION DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO LATINOAMERICANO : INCIDENCIA DE LA GRAVEDAD Y DE LA PARTICIPACION

Tomaré solamente algunas de las legislaciones que han efectuado el proceso de adaptación a la Doctrina de la Protección Integral, utilizando como criterio de selección la ubicación de normativa específica sobre el tema central de esta ponencia.

Brasil

Comentando el artículo 112 párrafo 1 del Estatuto, Olimpo Sotto Maior afirma que tal párrafo “establece, inicialmente, que la medida aplicada al adolescente debe tener en cuenta su capacidad de cumplirla, o sea que presente condiciones de exigibilidad”. Aclarando que de otra forma se reforzaría el juicio negativo de incapacidad o inadaptación y que a su vez, la aplicación de una tal medida traería perjuicios a la formulación de la personalidad del adolescente.

Al referirse a la necesaria relación y proporcionalidad entre la medida aplicada y las circunstancias y gravedad de la infracción afirma: “La decisión desproporcionada o que no guarde relación con el acto infraccional practicado tenderá a perder contacto con el proceso educativo, que es su razón de existir, deviniendo, en este aspecto, inocua o injusta. En este sentido, al tratar los principios orientadores de la decisión judicial y de las medidas, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) afirman que “la respuesta a la infracción será siempre proporcional no sólo a las circunstancias y a la gravedad de la infracción sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” v. Regla 17.1, pues, según tal Carta internacional, la observancia de tales principios significará una importante

⁹ Pedagogía y Justicia en “Infancia, ley...” pág. 63

contribución a la protección de los derechos fundamentales de los adolescentes infractores, especialmente los pertinentes al desarrollo y a la educación y personalidad”.¹⁰

Chile (Proyecto de Ley)

El artículo 21 señala como objeto de las medidas “ fortalecer el respeto del joven por los derechos y libertades de las demás personas y promover su desarrollo personal, educación e integración social” . Tales medidas en ningún caso podrán afectar la dignidad del joven.

El artículo 24 a los efectos de determinar la medida y de fijar su extensión temporal o cuantía, establece que el Tribunal en conjunto deberá considerar los siguientes elementos:

--gravedad de la infracción

--edad del joven infractor

--el cumplimiento y mejor logro de las medidas según el art. 21

Todo ello sin perjuicio de los requisitos específicos de cada medida y entre medidas de igual entidad, deberá optarse por “ aquella que implique un menor grado de restricción de los derechos del joven infractor, conforme a las circunstancias personales y sociales del mismo “.

A su vez el artículo 25 establece los criterios de gravedad del hecho debiendo referirse en función de si es una infracción simple o una infracción grave, de acuerdo a la previsión del artículo 6°. La privación de libertad sólo procede en infracciones graves o ante el incumplimiento reiterado de otras medidas - art. 123 - teniendo como límites la solicitud y la extensión solicitadas por el Fiscal.

Como criterios genéricos se establecen: la pena prevista en el Código Penal para el mismo delito cometido por adultos; participación y grado de ejecución ; la concurrencia de circunstancias que agravan los tipos penales específicos y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de adultos, suprimiéndose la reincidencia por remisión al artículo 127.

Costa Rica

El artículo 25 de la Ley No. 7.576 de Justicia Penal Juvenil establece que las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o delito cometido.

A su vez, el artículo 26 prevé que: “No podrán imponerse, por ningún tipo de circunstancia, sanciones indeterminadas. Lo anterior no excluye que el menor de edad sea puesto en libertad antes de tiempo”.

Por el artículo 122 se definen los criterios a aplicar por el Juez para determinar la sanción: la vida del menor antes de la conducta punible, la comprobación del acto delictivo; la comprobación de la participación del menor en el hecho delictivo, la capacidad para cumplir la sanción, y la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de ésta; la edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales, y los esfuerzos que haya realizado para reparar los daños.

¹⁰ Estatuto Comentado, Malheiros Editores, San Pablo pág.341/342

El art. 123 determina que las sanciones “deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen”.

El Salvador

La Ley del Menor Infractor, decreto 863, en su artículo 9, señala la finalidad de las medidas como primordialmente educativa, que debe complementarse con la intervención de la familia y de los especialistas que el Juez determine.

A su vez, el artículo 95 dice que el Juez podrá: tratándose de un menor entre dieciséis y dieciocho años de edad “Declarar responsable al menor, aplicarle una o varias medidas con determinación específica de cada una de ellas, así como su duración, finalidad y las condiciones en que debe cumplirla - literal a) numeral 2-. Respecto de un menor entre doce y dieciséis años de edad podrá declarar que está establecida la conducta antisocial del menor, imponerle cualesquiera de las medidas establecidas en la ley el Instituto Salvadoreño de Protección del Menor, o alguna de las contempladas en esta ley, con determinación específica de cada una de ellas, así como de su duración, finalidad y las condiciones en que debe ser cumplida - literal b) numeral 2 -.

Es interesante observar de qué manera el legislador salvadoreño se ha esforzado por limitar la discrecionalidad judicial, acotando al máximo los poderes del Juez en cuanto a la determinación y característica de la medida.

Guatemala

El Código de la Niñez y Juventud, decreto 78 de setiembre de 1996, aún en suspenso, es exponente fiel de la evolución de la doctrina en la materia.

El artículo 184 establece los principios de racionalidad y de proporcionalidad de las medidas a la infracción o al delito cometido y el artículo 185 el principio de determinación de las medidas.

El artículo 198 además de los objetivos específicos de todo proceso penal asevera que el mismo también “buscará la reinserción del joven en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley”.

El art. 247 prevé un debate sobre la idoneidad de la medida, debiendo determinar el Juez el grado de exigibilidad de la misma y justificar el por qué de la selección. Paralelamente deberá determinar la finalidad, el tiempo de duración y las condiciones de cumplimiento de la medida, con asistencia de técnicos especializados.

El art. 249 identifica los principios rectores de la decisión judicial: a) proporcionalidad de la respuesta a circunstancias y gravedad del hecho, al grado de exigibilidad y a las circunstancias y necesidades del adolescente; b) deberán fundarse y reducirse al mínimo posible; c) respetar los derechos humanos, la formación integral, la inserción familiar y social y la identidad del adolescente; d) la privación de libertad será medida de último recurso, siempre que no existiere otra adecuada y en las hipótesis del art. 275 (grave amenaza o violencia contra las personas, delitos dolosos sancionados para el caso de mayores de edad con pena de prisión superior a seis años o ante incumplimiento injustificado de otras medidas).

A su vez el artículo 266 consagra criterios para determinar la medida en función de la comprobación del acto delictivo, de la participación del joven en el mismo, de los

principios generales ya vistos, de las características personales del joven y de su disposición a reparar los daños, y el 267 reitera la finalidad educativa, del apoyo familiar y de técnicos especializados.

VI. URUGUAY

El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia también distingue entre delitos en función de su gravedad. Solamente se admite la privación de libertad para los más graves.

Por su artículo 49 dispone el cese preceptivo de la medida cuando ésta ha cumplido su finalidad socio-educativa.

Un reciente estudio realizado por Carlos Gregorio encomendado por la Suprema Corte de Justicia y financiado por Unicef, consistente en un muestreo de casos con sentencia definitiva con relación a los delitos contra las personas consigna que un 22.48% de los casos se ha resuelto con privación de libertad mientras en un 75.88% se han aplicado otras medidas.

En caso de delitos contra la propiedad solamente un 2.18% de los casos se ha resuelto con privación de libertad, aplicándose otras medidas en un 91.24% de los casos.

Del total de infracciones cometidas por adolescentes con antecedentes un 71.54 % se resolvieron aplicando la privación de libertad y el 44.54 % se resolvieron sin internación.

En relación con jóvenes sin antecedentes: 28.46 % sufrieron privación de libertad y 55.46% otras medidas.

Teniendo en cuenta la situación familiar: si la familia tuvo una actitud positiva se internó en un 42,62 % de los casos y no se internó en un 75.20 % ; si la actitud de la familia fue indiferente se internó un 25.51 % de los casos y no se internó en un 9.03 % ; frente a una actitud negativa de la familia los guarismos pasan a un 27.87 % de internación y al 15.77 % sin internación.

Estos datos demuestran una sana tendencia en cuanto a la medida de privación de libertad, muy marcada en materia de delitos contra las personas - de cada 10 casos se interna con privación de libertad sólo en 2,2- y notable en otros delitos en que el guarismo para cada 10 casos es de 2,18 con privación de libertad y el resto con otras medidas.

Los antecedentes influyen moderadamente en los guarismos de privación de libertad, debiéndose cruzar tal variable con la gravedad de los delitos cometidos en segundo término, lo que no he podido realizar.

La medida de contención familiar influye como elemento que evita la privación de libertad, decreciendo los guarismos de la no internación a medida que la actitud familiar es más lata hacia el adolescente.

Precisamente el artículo 45 del Código penal uruguayo establece que: “Los jueces pueden prescindir de la aplicación de las medidas de seguridad tratándose de menores de 18 años, de buena conducta anterior, que hubieran cometido delitos castigados con prisión o multa, cuando sus padres o guardadores, ofrecieren, por sus antecedentes honorables, garantía suficiente de asistencia moral eficiente”.

VII - LA INFLUENCIA DEL HECHO Y DE LA PARTICIPACION EN LA DETERMINACION DE LAS MEDIDAS O SANCIONES

Justamente este es el punto de inflexión a partir del cual queremos elaborar las propuestas de esta ponencia.

En la Situación Irregular, los niños caían bajo el control social y la respuesta indefectiblemente era la privación de libertad, que se aplicaba en forma indeterminada, atendiendo a distintos elementos ajenos a las garantías del Derecho Penal clásico. La medida se aplicaba con la finalidad de tutela estatal, lo que convertía a los seres más vulnerables del punto de vista social en la clientela preferida del sistema. Obviamente, esa “protección”, para ser efectiva requería de la falta de límites en cuanto a su duración y a las formas de su cumplimiento.

Como se vio, la Doctrina de la Protección Integral erige un sistema de garantías imprescindible en un Estado Democrático de Derecho, toma del Derecho Penal las figuras delictivas, selecciona algunas de ellas, las erige en infracciones juveniles que se aplican con todas las garantías del sistema penal de mayores, con un plus por tratarse de personas en condición particular de desarrollo.

Por eso es necesario definir límites precisos a la acción jurisdiccional en el momento de la determinación de las medidas, hacer actuar dichas garantías en el concepto de Ferraioli como “vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”.¹¹

No cabe duda, que las legislaciones latinoamericanas significan un avance notorio en el plano de crear tales garantías, que como vimos tienen que ser mayores en función de la Protección Integral que para los adultos.

Se trata en definitiva de erigir como dice Eugenio Raúl Zaffaroni standards garantizadores o limitadores de la ilegítima, por definición, facultad de castigar, en concepto del autor, de efectuar un desarrollo superior de la culpabilidad de acto hacia un concepto más limitativo de la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial.¹²

El autor citado vincula a la culpabilidad con la vulnerabilidad y a partir de allí, elabora una propuesta limitadora en función de la actitud de cada sujeto insertándose mayormente en una situación de vulnerabilidad, lo que acotaría el margen criminalizante de la agencia judicial de manera sustancial.

Nuestra propuesta es que la Protección Integral exige que el factor vulnerabilidad o de otra forma, la situación personal del joven o de la joven sometida a este proceso especial no puede incidir sino de manera moderadora y limitativa de la responsabilidad.

Dar trascendencia decisiva a los aspectos vulnerables para agravar la responsabilidad sería regresar a la Situación Irregular en que lo único importante era justamente la vulnerabilidad, prescindiendo del hecho y lo más grave de todo que será una solución reforzadora de la incriminación a los más débiles que se haría por partida doble: se criminaliza por el hecho y se criminaliza por ser vulnerable, lo que es violatorio de los principios generales ya vistos.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay, refiriéndose a la intervención del Juez penal de adultos respecto a la individualización de la pena la ha descrito de la siguiente manera: “ Por ello, resultan de aplicación los conceptos ya vertidos por esta Corporación en S. No. 123/90, que se reitera: “... es facultad potestativa, aunque reglada del sentenciador, por cuanto la individualización debe hacerse dentro del máximo y el mínimo señalado en la ley para cada delito y teniendo en cuenta la peligrosidad, los antecedentes personales y las

¹¹ Lugi Ferraioli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta

¹² Zaffaroni “En busca de las penas perdidas, Afa Editores, Lima,Peru

circunstancias legales concurrentes (art. 86 Código Penal). Con estas limitaciones el Juez tiene libertad para individualizar la pena” (S. No. 42/60).¹³

El Juez de Adolescentes, por contraposición, deberá atender a:

- la gravedad del injusto, que deberá estar definida por la ley, efectuándose la selección de tipos penales propia de un Derecho Penal Mínimo
- la participación criminal deberá ser reglada de manera que sólo los partícipes directos y necesarios sean alcanzados por la intervención punitiva
- se deben aventar criterios peligrosistas y que tengan que ver con la personalidad del sujeto so pena de caer en un derecho penal de autor
- se deberá tener en cuenta la finalidad socio-educativa de la medida, de lo contrario se estaría en una responsabilidad por el puro acto propia del Derecho Penal de Adultos.
- no habrá mínimos en las sanciones, que son de por sí revocables en función del cumplimiento de la finalidad socio-educativa
- se podrá no sancionar cuando las circunstancias así lo indiquen, no existiendo medidas preceptivas.

Coincidimos con Mary Beloff en que “las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor solo pueden operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho... los fines de reintegración o integración social del joven declarado penalmente responsable no pueden anteponerse al reproche del hecho”.¹⁴

VIII. CONCLUSIONES

En el Derecho de la Infancia y Adolescencia la respuesta a la infracción a la ley penal, tiene un carácter dual, por eso las medidas están vinculadas en una relación de proporcionalidad a la gravedad de lo injusto y a la participación del adolescente en una relación de idoneidad a sus fines socio-educativos que las caracterizan y las definen por contraposición a la pena del Derecho Penal de adultos.

Esto tiene expresión en el binomio severidad con justicia. Severidad en cuanto a que efectivamente se sancionan aquellas conductas que afectan bienes jurídicos trascendentes para la sociedad y justicia que se expresa en aquella relación y en la consideración de los aspectos personales del adolescente.

Los componentes objetivos de la sanción juvenil están referidos a la gravedad del injusto, que como vimos debe ser definido por el legislador y la participación que debe ser necesaria y directa con el resultado delictivo, todo con un componente retributivo como soporte.

¹³ Suprema Corte de Justicia de Uruguay Sentencia 54 del 25.XI.1992

¹⁴ “Infancia, Ley...” pág. 106

Tales soluciones en aplicación del principio de legalidad deben ser definidas por el legislador y la aplicación estricta corresponderá al juez.

Los componentes subjetivos están referidos a la culpabilidad que debe encararse como la capacidad de respuesta real, la no exigibilidad de otra conducta y por ende la ampliación de las eximentes por falta de configuración del elemento subjetivo.

Es un principio de individualización propia de cada sujeto. Al respecto cabe señalar que el Derecho Alemán exige la demostración real de imputación del injusto al joven para activar sus mecanismos sancionatorios. Si el joven no está en condiciones de apreciar sus actos no podrá ser sancionado.

En cuanto a los mitigantes de responsabilidad deben manejarse con un criterio amplio en los términos de no exigibilidad de otra conducta enunciados.

También debe tenerse en cuenta la vulnerabilidad del sujeto, no como un elemento incriminador, sino como un mitigador de la responsabilidad.

Del balance de ambos elementos resultará la definición de la medida a aplicar que deberá ser idónea para alcanzar la finalidad educativa, proporcional a los hechos y determinada.

El principio de determinación tiene un doble contenido: uno referido a la selección de la medida, que debe establecerse claramente en el decisorio de la sentencia y otro en cuanto al máximo que debe estar claramente definido en la misma.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, formularé las siguientes reglas;

- 1.- La medida implica dos aspectos: uno retributivo y dos su finalidad socio-educativa.
- 2.- Es el legislador quien debe definir los criterios de gravedad de las conductas, ya sea en función de la entidad de las penas previstas para los adultos, de los bienes jurídicos afectados o de ambos criterios combinados.
- 3.- La medida debe seleccionarse teniendo en cuenta el principio de mínima aflicción o sea la que sea menos vulneradora de los derechos de los adolescentes.
- 4.- Partiendo de la relevancia óptica de la conducta y de la participación del adolescente se definirá el techo máximo de la medida a aplicar.
- 5.- Atendiendo a la personalidad del agente y a la finalidad socio-educativa actuarán criterios morigeradores que se expresan:
 - a) en la selección de la medida, con el principio de que la privación de libertad será en última ratio y para delitos graves;
 - b) la no determinación del mínimo;
 - c) la ilegitimidad de la medida que no cumple un fin socio-educativo, por ser en consecuencia pura retribución ajena al Derecho de la Infancia y Adolescencia ;
 - d) la posibilidad del Juez de moverse hacia abajo con total libertad, inclusive no sancionando en aras de la desjudicialización de conductas y de la mínima intervención.
- 6.- Es por ello que lo educativo se convierte en elemento determinante del cumplimiento de la medida, debiendo cesar la aplicación de la misma cuando la finalidad socio-educativa ha sido satisfecha conforme a los informes técnicos, previa audiencia de la Defensa y del Ministerio Público, prescindiéndose de la entidad del hecho.

Así lo establece el artículo 49 del Proyecto de Código del Uruguay, principio recogido de la Acordada No. 7.308 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 8 de noviembre de 1996, artículo 4º. Literal A): "...se deberá decretar el cese de la medida toda vez que resulte acreditado en autos que ésta ha cumplido su finalidad socio-educativa".

En el mismo sentido, es ilegal toda medida que no tenga una finalidad socio-educativa como objetivo, en mi país se declaró ilegal en aplicación de este principio la medida de presentación ante la autoridad policial, la que obviamente no tiene finalidad educativa.

7.- Por el contrario, la medida cumplido su límite máximo debe cesar indefectiblemente, no pudiéndose anteponer los fines resocializadores, dado que en tal circunstancia se estaría convirtiendo en responsabilidad de autor a la respuesta a la infracción del adolescente.