

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
IV SEMINARIO DE GRADUACIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR INFRACTOR A LA
LUZ DE LA TEORÍA DE LA PENA”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTADO POR:
CALERO SANTOS, CLAUDIA LISSETTE
PERDOMO ANZORA, GUILLERMO ANTONIO**

**ASESORA DE SEMINARIO:
LICDA. DORIS LUZ RIVAS GALINDO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2002

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARÍA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JOSÉ FRANCISCO MARROQUIN

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

LICDA. MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE-DECANO

LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO

LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

DIRECTORA DE SEMINARIO

LICDA. DORIS LUZ RIVAS GALINDO

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
- CAPITULO I	
“ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS MEDIDAS Y DE LA TEORIA DE LA PENA”	
1.1. Desarrollo Histórico de las Medidas de Seguridad.	1
1.2. Desarrollo Histórico de las Sanciones Penales Aplicadas al Menor de Edad	4
1.2.1. Edad Antigua	5
1.2.2. Edad Media	9
1.2.3. Edad Moderna	13
1.2.4. Edad Contemporánea	16
1.3. En el ámbito Internacional	22
1.4. En El Salvador	24
1.5. Desarrollo Histórico de la Teoría de la Pena	35
- CAPITULO II	
“INCIDENCIA DE LOS LINEAMIENTOS DE LA PENA Y SUS TEORIAS EN LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”	
2.1. Aspectos Generales de la Teoría de la Pena	40
2.1.1. Conceptualización de Pena	40
2.1.2. Principios Fundamentales de la Pena	44
2.1.3. Principios rectores del Proceso Penal de Menores	50
2.1.4. Principios y Garantías Procésales en el Proceso Penal	

de Menores.	51
2.2. Función de la Pena	66
2.3. Teorías de la Pena	68
2.3.1. Teorías Absolutas de la Pena	68
2.3.2. Teorías Relativas de la Pena	75
2.3.3. Teorías Mixtas, Eclécticas o de la Unión	83

- CAPITULO III

“ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS FINES QUE PERSIGUEN LAS PENAS, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL; Y SUS FORMAS DE APLICACIÓN”

3.1. Fundamentos de las Penas	101
3.2. Las Medidas de Seguridad	105
3.3. Fundamento de las Medidas Aplicadas al Menor en Conflicto con la Ley Penal.	107
3.4. Clases de penas.	109
3.5. Clases de Medidas de Seguridad.	110
3.6. Clases de Medidas o Sanciones Aplicadas al Menor en Conflicto con la Ley Penal.	116
3.7. Instituciones Aplicadoras de las sanciones Penales.	123
3.8. Instituciones Responsables de aplicar las Sanciones Penales.	127
3.9. Entidades Responsables de Aplicar las Medidas de Seguridad.	128
3.10. Entidades Responsables de Aplicar las Medidas al Menor en Conflicto con la Ley Penal	

- CAPITULO IV	
“ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO”	139
- CAPITULO V	
“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”	
5.1. Conclusiones	157
5.2. Recomendaciones	158
- BIBLIOGRAFÍA	160
- ANEXOS	164

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene los resultados del trabajo de investigación denominado “Análisis de las medidas aplicadas al menor infractor a la luz de la teoría de la pena”, con lo que se busca dar respuesta a las interrogantes que se plantearon en el diseño de investigación, en cuanto a considerar que las medidas que se le aplican al menor en conflicto con la ley penal son penas desde el punto de vista de las teorías que la fundamentan; ya que se restringen derechos del niño o adolescente buscando que este pague por el daño causado, y no permitiéndole que se reeduce. Esta investigación se ha profundizado, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, estableciendo en un primer lugar los objetivos que se pretenden cumplir en cuanto a identificar la evolución histórica de las medidas y de la teoría de la pena; así como tratar de cumplir con un objetivo general que trata de determinar si se puede hacer un análisis de las medidas aplicadas al menor en conflicto con la ley penal a la luz de la teoría de la pena, con lo cual se pretende además identificar su objetivo específico, que busca establecer que clase de teorías de la pena tienen incidencias dentro de las medidas que regula la ley de menor infractor. Además se pretende cumplir con las hipótesis planteadas, siendo la principal de estas, la hipótesis general que reza “La influencia que ocasiona la teoría de la pena y su contenido sancionador dentro de las medidas aplicadas al menor en conflicto con la ley penal, conllevan a determinar que la medida es una pena”, la cual se vera reflejada en la investigación de campo. Es de vital importancia hacer notar en el tema de investigación la conexión entre pena y la medida socioeducativa regulada en la ley del menor infractor, ya que partiendo de ello se refleja el problema de investigación.

Al momento de realizar la investigación surgieron inconvenientes, como es normal en un trabajo de esta índole, pero también se presentaron factores que facilitaron la labor investigativa; en un primer lugar la falta de cooperación

de los sectores involucrados, como lo son: Jueces de menores, fiscales y defensores con conocimiento en el área de menores, así como también la diversidad de instrumentos que no seguían la misma tendencia en cuanto a las teorías de las penas y a las medidas en general, pero que se lograron solventar.

En esta investigación básicamente se busca establecer que el termino “medidas”, son sanciones que se les imponen a los jóvenes sujetos a la ley del menor infractor, y que son impuestas por el Estado a través de un proceso penal, que aunque sea especial busca determinar quien cometió el hecho ilícito, para luego imponerle una “sanción”; con lo que nos llevaría a comprender que el termino medidas no es el adecuado en la ley del menor infractor.

Para comprender mejor estos aspectos y lograr una reflexión crítica del tema, el Capítulo I denominado “ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS Y DE LA TEORÍA DE LA PENA”, contiene la evolución y la consecución que con el correr de los años han ido teniendo las sanciones penales para adultos y las sanciones penales para personas menores de edad que conocemos como medidas socioeducativas, a quienes se les imponen como consecuencia jurídica del delito; así mismo el Capítulo II denominado “INCIDENCIA DE LOS LINEAMIENTO DE LAS PENAS Y SUS TEORÍAS EN LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL” , se desarrollan los aspectos generales de la teoría de la pena, los principios básicos y fundamentales que sustentan la aplicación de penas para los adultos y medidas para los niños y adolescentes; la función que la pena ejerce, y la exploración de las teorías que las sustentan, con el propósito de vincular las medidas socioeducativas a dichas teorías. En el Capítulo III denominado “ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS FINES QUE PERSIGUEN LAS PENAS, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, Y SUS FORMAS DE APLICACIÓN “; contiene el estudio del fundamento de las penas, las medidas de seguridad y las medidas aplicadas al menor en conflicto con la

ley penal; así mismo la clasificación que de la misma hacen las legislaciones pertinentes, y enunciando las distintas instituciones que se encargan de aplicarlas; pretendiendo analizar las medidas socioeducativas con la óptica de la teoría de la pena. El Capítulo IV denominado “ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO” plantea el enlace que se debe de hacer al aplicar la teoría a la realidad social, que es el escenario para la aplicación de sanciones, y que en gran medida ayudaron a confirmar o rechazar los objetivos y las hipótesis planteadas en el proyecto de investigación de los cuales hicimos referencia anteriormente; por lo que hacemos el estudio y el recuento de los aspectos teóricos básicos reobrados en la investigación bibliográfica, así como los aspectos empíricos y practico-jurídico que se logro obtener mediante la investigación de campo, dentro de la cual fueron señalados como unidades de análisis a Jueces de Menores de San Salvador, Soyapango, Santa Ana, Zacatecoluca y Nueva San Salvador, Fiscales de la Unidad de Menores de la Fiscalía General de la República con sede en San Salvador y Defensores públicos de la Procuraduría General de la Republica de San Salvador; y finalmente el Capítulo V denominado “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES” que reflejan nuestros aportes a partir de los resultados de la investigación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS Y DE LA TEORÍA DE LA PENA

1.1 Desarrollo Histórico de las Medidas de Seguridad

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el Derecho Penal atraviesa una crisis de crecimiento. Esta proviene de la aparición e integración de “Las Medidas de Seguridad” en nuestra disciplina, como medios de lucha contra el Delito;¹ en consecuencia la doctrina sugiere cambiar el nombre a esta rama del Derecho, sustituyendo el adjetivo penal por criminal, ya que la disciplina penal sigue regulando las consecuencias del Delito, pero estas no son únicamente las penas.² Maurach con respecto al Derecho Punitivo considera que era una denominación que partiera de los presupuestos, es decir, el derecho de reacción frente al Delito y no del de sus consecuencias jurídicas. De estas cuestiones terminológicas se puede hablar de un problema de fondo y que se refiere al fin del reinado de la pena como solución única para la lucha contra el delito. Es así como se puede apreciar dentro de la sociedad a un cierto sector de la delincuencia, como los menores, los mentalmente anormales y, que al no ser responsables según la corriente de la Escuela Clásica, este escapa del ámbito de la aplicación de la Pena, y por otro lado se demuestra la ineficacia de la pena frente a los delincuentes responsables más peligrosos, es decir, los habituales. De esta forma se hizo ver que el sistema clásico apoyado en la pena como único medio de lucha contra el delito no defiende convenientemente a la sociedad, permaneciendo en sí impunes los sujetos peligrosos e irresponsables, con lo que se evidenciaba la ineficacia de la pena en el ámbito de la delincuencia habitual, en ese clima de desconfianza hacia la

¹ ANTÓN ONECA: Derecho Penal I, Parte General, Pág. 4

pena y debido a las necesidades político-criminales que urgía resolver, se podía adoptar fundamentalmente dos posiciones:³ Desvirtuar la naturaleza de la pena convirtiéndola en un medio puramente preventivo o respetar el carácter retributivo de la pena e integrar el sistema penal como un mero recurso, cuyo fundamento no fuera la retribución y estuviese destinado específicamente a la prevención. Sostenido también por Muñoz Conde:⁴ “El derecho penal no solo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia” de esta postura, existen importantes defensores como San Carlos Stooss, que se inclina por la segunda posición, y Franz Von Litz, que se decide con su pena-fin por la primera posición.

Mientras se discutían las diferentes tendencias doctrinales de la época, acerca del sentido que debía tener la pena, se introducen las Medidas de Seguridad que tendrían una función preventiva y servirían para complementar la pena retributiva. De esta forma surge la solución dualista aportada por Stooss, autor del anteproyecto de 1893 del Código Penal Suizo de Pena-Medidas de Seguridad, como consecuencias jurídicas del delito⁵. A partir de estos momentos, el Derecho Penal luchó contra el delito, no solo con la pena retributiva cuyo presupuesto es la culpabilidad, sino también con las medidas de seguridad fundadas en la peligrosidad del sujeto.

Stooss sostenía que la pena tenía un carácter retributivo y por lo tanto no satisfacía las exigencias político-criminales, es por eso que plantea en su proyecto, las medidas de seguridad para realizar una lucha eficaz contra la delincuencia, de esta forma es como surge legislativamente el sistema Dualista. Ello significa que el dualismo es un producto necesario, tan necesario como el de castigar y prevenir. Es por ello que Stooss recogió sistemáticamente

² BARREIRO, AGUSTÍN JORGE: Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español, Pág.23

³ RODRÍGUEZ MOURULLO: Fundamento Etico de la Pena y de la Medida de Seguridad, Págs. 760 y 761.

⁴ MUÑOS CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal y Control Social, Pág. 39.

⁵ BARREIRO, AGUSTÍN JORGE: Ob. Cit. Pág. 24

dentro de la estructura de un Código Penal, un sistema orgánico y coordinado de medidas de seguridad, es decir que insertó diferentes medios de prevención contra el delito de una forma sistematizada que permitió fundamentar sus pretensiones de sustantividad al lado de la pena.

Además Stooss distinguió claramente los conceptos de pena y medidas de seguridad con base a los siguientes criterios:⁶

1. La pena se establece e impone al culpable a causa del delito cometido, mientras que las medidas de seguridad se imponen al estado de peligrosidad del sujeto.
2. La pena es un medio de producir un sufrimiento al culpable y las medidas de seguridad vienen a ser un medio asegurativo cuyo fin no es producir un sufrimiento al culpable.
3. La pena se determina conforme a la importancia del bien lesionado, en cambio las medidas de seguridad se determinan en la ley conforme a su fin.

Luego en Alemania y España se aprobaron leyes reguladoras de las medidas de seguridad; en 1933 una Ley contra Delincuentes Habituales Peligrosos se aprobó en Alemania. En España por el contrario se tomo en cuenta por primera vez las Medidas de Seguridad, en el Código Penal de 1928, y además ya existían antecedentes con respecto a estas, que eran aplicables a inimputables en textos legales de los años 1848, 1850 y 1870. También el 25 de abril de 1933, el Gobierno Español publicó en “La Gaceta” el proyecto de una Ley de Vagos y Maleantes, cuyo carácter era defensivo y que hablaba de problemas que preocupan hoy la atención social⁷. Poco a poco se han ido imponiendo e introduciendo en los códigos penales importantes modificaciones

⁶ Ibidem, Pág. 42 .

⁷ Ibidem, Pág. 52.

respecto a los modelos originarios, permitiendo la sustitución de la pena por la medida y ofreciendo en general un Sistema de Garantías parecidas a las que rigen la imposición de una pena. El nacimiento de las Medidas de Seguridad responde a coordenadas bien conocidas, ya que el positivismo científico penetra en la reflexión penal, imitando a dejar de lado las anteriormente extendidas consideraciones metafísicas ancladas en el Derecho Natural; se trata, entre otros objetivos, de volver al delincuente, como sujeto de determinadas características que el primer positivismo criminológico se encargó de estudiar con la libre clasificación propia de la época⁸ de esta forma surgen por primera vez las modernas medidas de seguridad agrupadas sistemáticamente en un Código Penal y con evidentes pretensiones de sustantividad.

1.2 Desarrollo Histórico de las Sanciones Penales Aplicadas al Menor de Edad.

Durante muchos siglos, a lo largo de la historia, los niños y adolescentes fueron un sector de la sociedad que careció de importancia, porque se consideraba que estos no podían asumir responsabilidades de un adulto, y debido al escaso conocimiento de los derechos y garantías que poseían los niños y adolescentes se vieron sometidos a sentencias injustas y duras sanciones.

Se le consideraba como seres sin valor autónomo, sin personalidad propia y de acuerdo al pensamiento de cómo valorarlo o tratarlo se llegó a causarle la muerte o castigos corporales crueles, y posteriormente por el contrario tener hacia ellos más actitud de indulgencia y sobreprotección.

Por lo que se puede decir que existía un atropello inconcebible y un irrespeto absoluto a los derechos que los niños y adolescentes tenían como

⁸ MAPELLI CAFFARENA, BORJA y Otro: Las consecuencias Jurídicas del Delito, Pág.199.

seres humanos, y solo se tomaba en cuenta que ellos no tenían la suficiente edad para defenderse, por lo tanto eran castigados cruelmente de manera tal que no se observaba ni siquiera la diferencia que este podía tener con un adulto en cuanto a su desarrollo físico e intelectual.

Con el paso del tiempo se puede observar la evolución positiva que esta área del derecho fue teniendo; ya que se logró, que la sociedad y el estado tomaran un papel más relevante para que existieran cambios sobre la protección y el tratamiento de los niños y adolescentes.

1.2.1 EDAD ANTIGUA

En la antigüedad se observaba que los adolescentes se debían someter absolutamente a los adultos. En las tribus Tamala de Madagascar la práctica del infanticidio surge del deseo de mantener el honor en la familia. En Tiro y en Sidón se sacrificaba a los niños con el objeto de calmar la ira de los Dioses. En Egipto, cada año se ahogaba en el Nilo a una jovencita para que el río desbordara y fertilizara las tierras. En el Antiguo Testamento se encuentran pasajes que describen la dureza en el trato para con los niños. El Talmud (Libro Hebreo) dulcificó dicho trato, no consintiendo que se les obligue a trabajar antes de cumplir los seis años, ni que se les impongan penas corporales antes de los once, aunque recomienda que sean tratados con disciplina. Esta época la podemos dividir de la siguiente manera:

A. Derecho Griego.

En las Repúblicas Griegas, los derechos individuales se subordinaron a los de Estado. En Esparta, cada recién nacido era sometido al juicio de la Asamblea de Ancianos; si se le juzgaba útil respetaban su vida, y, en caso contrario, era enviado al monte Taigeto y lanzado desde la cima. En Atenas la atención a la cultura física no se dirigió a favorecer la personalidad individual, sino que se subordinó a los fines de la Polis (Así se llamaba el Estado en la

antigua Grecia, Ciudad-Estado). Así mismo “la República” de Platón señala que se le negó el derecho a vivir a quienes nacían débiles y enfermos. Por su parte Aristóteles en “La Política” contempla los derechos del hombre, especialmente su educación; que luego vino a constituir uno de los principales derechos en la actualidad.

B. Derecho Romano

En la época de la antigua Roma la familia cobra gran importancia, pero el hijo queda sujeto al paterfamilia que es el símbolo de la negación de derechos a todos los miembros de su familia, ya que el padre queda investido de una soberanía familiar y poder ilimitado, era el administrador del patrimonio familiar y sacerdote del culto de su casa. Dispone del hijo de todas formas, incluso puede el padre desprenderse del hijo por enajenación o abandono cuando le resulta como carga pesada como lo puede hacer con un esclavo o una bestia. Respondía de las faltas cometidas por el hijo entregándolo al perjudicado, si no quería indemnizarlo de otra forma. Tenía la facultad de castigar corporalmente a su hijo.

En esta época se establecieron tres períodos de edad: la infancia, la impubertad y la pubertad; pero el calificativo de “menor” se aplicó exclusivamente al pupilo por su condición de sui juris; el hijo de familia, liberi, por su condición de abiene juris, al encontrarse sometido a la autoridad del paterfamilia, careció de autonomía. El período de la infancia duraba hasta el séptimo año, en este lapso no podía realizar actos jurídicos. La impubertad se extiende hasta los doce y catorce años, para las hembras y varones, respectivamente; luego de esta comienza la pubertad que comprende toda la vida y tiene plena capacidad de obrar esto se modifica con la promulgación de la “Lex Pleatoria de Circunscriptore Adulescentium”, que sirvió para los que no habían cumplido veinticinco años de edad; aquí aparece el concepto jurídico “menor de edad”, al subdividirse la pubertad en mayor y menor de edad. Los

púberes que no tenían veinticinco años de edad, tenían plena capacidad de obrar; pero si resultaban dañados se presumía que la otra parte había abusado de su inexperiencia y el magistrado, además de imponer las penas que establecía la “Lex Pleatoria” otorgaba a los menores la restitución de lo entregado⁹.

Con dicha distinción que se hacía entre púberes e impúberes se daba el caso de que en un hurto manifiesto se les aplicaba la Verberatio, que consistía en una amonestación, y en los delitos de hurto nocturno de mieses y pastoreo, que se les imponía la pena de muerte, los impúberes sufrían una castigatio por vía policial y se obligaban a resarcir el daño causado.¹⁰

C. El Cristianismo

Dentro de éste período se dio la primera transformación en el trato para con los niños, ya que el Nuevo Testamento puede ser considerado como la primera declaración de los derechos del niño, puesto que santificó el derecho fundamental de su libertad y su dignidad, al elegir el respeto debido a su persona. La familia se orienta desde ese momento hacia los hijos, reconociéndoles a ellos un valor y un enorme significado¹¹.

D. Derecho Justiniano

Se establecieron tres clases de menores: menores, impúberes e infantes. De los catorce años a los dieciocho y desde esas edades a los veinticinco se les reputa menores y se les sancionaba con menor rigor que a los adultos; quedando al arbitrio del juzgador su apreciación, cuando se evidenciaba el discernimiento en el menor se le imponía pena aunque atenuada. La infancia

⁹ QUINTANILLA MOLINA, SALVADOR ANTONIO: Introducción al Estudio del Derecho de Menores. Págs. 6-8

¹⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO DE ASIS: Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores, Pág. 42

¹¹ QUINTANILLA MOLINA, Ob. Cit, Pág. 8.

llegaba hasta los siete años, durante esa época el niño era completamente irresponsable y aun en el caso del delito más sancionado como el homicidio no era castigado.

E. Derecho Canónico

Las doctrinas romanas se reproducen en esta época, subsistiendo el problema de sí entre la infancia y la pubertad el menor es responsable. Algunos autores (Katz, Hollweck) sostienen que los impúberes eran imputables, aunque se les imponían penas atenuadas, con excepción de los delitos carnales, que eran los delitos motivados por sentimientos derivados de la pasión amorosa, sea espiritual o sexual. Otros piensan que había responsabilidad cuando existía discernimiento, imponiéndoseles penas atenuadas, que consistían en una especie de dulcificación de la penalidad, disminuirían la violencia y brutalidad con que se castigaba a los menores. La minoría de edad era considerada como circunstancia de exención o atenuación de la responsabilidad criminal. En las Decretales de Gregorio IX se establecía la responsabilidad de los menores que se encontraran entre la infancia y la pubertad, sin embargo, los castigos eran de menor rigor que en los adultos. Así los menores de siete años, denominados infantes, gozaban de una absoluta irresponsabilidad penal, pero desde los siete hasta los doce años en las hembras y hasta los catorce en los varones, la responsabilidad era dudosa, debiendo resolverse la cuestión a partir del discernimiento, se imponía penas más duras a los adultos que a los menores.

F. Derecho Germánico

En este Derecho al igual que ocurriera en el Derecho Nórdico, el límite estaba fijado en la etapa evolutiva de la pubertad y en concreto en los doce años. Y si un menor de edad está sometido a tutela y cometía un delito, el padre o tutor tenía la obligación de pagar una compensación económica. Las penas de muerte y mutilación no se aplicaban en ningún caso a los niños, éstas

eran sustituidas por castigos corporales efectuados en la piel, en el pelo y por el pago de una moneda fraccionaria u otros castigos dictados por el Juez según el caso.¹²

1.2.2 EDAD MEDIA

Se produce en esta época un cambio de mentalidad en cuanto al trato de los menores, los padres ya no pueden disponer del hijo a su antojo. Por lo que el primer derecho que se quitó al padre fue el de dar muerte a su hijo, ya que no puede destruir lo que Dios creó. A partir de los siglos XII y XIII, la Iglesia condena enérgicamente el abandono de los niños, el aborto y el infanticidio.

En la Edad Media se da la ausencia de un sentimiento de la infancia. No había conciencia del niño como un ser distinto al adulto. Era considerado como un adulto en pequeño, destinado a crecer en posiciones socialmente ya determinadas; aprendía las cosas que era necesario saber, ayudando a los mayores a realizar sus actividades. Para entender mejor el desarrollo histórico de las sanciones para los menores de edad, se desglosa esta época de la siguiente forma:

A. Derecho Español

En España la Ley de las siete partidas, expedidas en 1263, excluye de responsabilidad al menor de catorce años por delitos de adulterio y, en general de lujuria. Al menor de diez y medio años no se le podía acusar de ningún yerro o delito que cometiese, y no se le puede aplicar pena alguna, pero si fuese mayor de esa edad y menor de diecisiete años, se le aplicaba pena atenuada. Si el niño era de más de diez años y medio y menor de catorce años, y si cometía robo o matare o hiriere, la pena era atenuada hasta una mitad de

¹² SÁNCHEZ MARTINEZ: Ob. Cit.. Págs. 42-43.

ella.¹³

En una larga serie de leyes, ordenanzas y pragmáticas que siguieron a las Leyes de Partidas hasta la codificación penal de 1822, las disposiciones referentes a los menores tienen por objeto atenuar para éstos la dura y rigurosa penalidad reinante.

Se exceptuaba a los menores de doce años de las severas penas impuestas a los vagos; la misma medida apareció después repetidas veces en la Novísima recopilación. Así en una Pragmática de Don Carlos I y Doña Juana disponía que los ladrones menores de veinte años no fueren sometidos a la pena de galeras, sino conforme a las leyes comunes y eran castigados con penas leves. Se recrudecieron las penas para los niños por una Pragmática de 13 de febrero de 1734, que estableciendo una acentuación de la pena los castigaba con gran crueldad. Así se imponía la pena de muerte a los autores de robos cometidos dentro de la Corte y cinco leguas de su rastro y distrito, a los menores de diecisiete años y mayores de quince se les imponía la pena de doscientos azotes y diez años de galeras de las que no se podía salir sin el consentimiento real.

Al llegar el reinado de Carlos III se abre una nueva y diferente etapa, desapareciendo el espíritu que inspiró las penalidades del pasado sustituyendo a las antiguas penas por procedimientos tutelares de orientación moderna.

Se exceptuó de pena a los menores de dieciséis años, éstos si eran considerados como hijos de familia, se les quitaban a los padres que eran vagos y sin oficio, se les imponía que aprendieran uno, o se les destinaba a hospicios o escuelas.¹⁴

A partir de 1193 en Portugal se dictaron preceptos para no privar de la Paz a los menores de diecisiete años que hubieren cometido delitos, según lo

¹³ QUINTANILLA MOLINA: Ob. Cit. Págs. 10-13

¹⁴ SÁNCHEZ MARTINEZ: Ob. Cit. Pág. 47.

ordenaba el Foral de Fortaceda.

En 1337 Pedro IV de Aragón estableció en Valencia una Institución llamada “Padre de Huérfanos”, que posteriormente se extendió a toda España, con la que se protegería a los menores “delincuentes”, enjuiciándoseles por la colectividad y aplicándoseles medios educativos y de capacitación. Debido a protestas, esta institución se suprimió en 1793, por Real Orden de Carlos IV. Con el correr del tiempo esta institución revestida de autoridad y con jurisdicción tuvo como una de sus funciones reprimir las situaciones de vagabundeo, e incluso hechos delictivos cometidos por los niños.

En 1407 se creó el Juzgado de Huérfanos, consecuencia de las amplias facultades concedidas al Curador de Huérfanos por el Rey don Martín, donde se perseguían y castigaban los delitos de los huérfanos.

B. Derecho Francés

En 1268 San Luis Rey expidió una ordenanza en la cual consideraba a los niños menores de diez años como irresponsables de los delitos que cometieran, pero desde ésta edad hasta los catorce años debería dárseles una reprimenda o azotes. A partir de los catorce años quedaban sujetos a las personas comunes.¹⁵

Bajo el reinado de Francisco I, existió un movimiento dulcificador de las penas, quedando excluidos los menores de los castigos corporales, y se les volvió a ingresar a hospitales donde se les enseñaba oficios adecuados según sus aptitudes para recuperarlos socialmente; pero, al poco tiempo, en 1567 se volvió al régimen de represión severa, imponiéndoseles penas tan crueles como los azotes, las galeras y expulsión del territorio. Esta situación duró hasta finales del siglo XVII.

A finales del siglo XVIII el Código Penal francés de 6 de octubre de 1791

¹⁵ QUINTANILLA MOLINA: Ob. Cit. Págs. 13-14.

ordenó, para los niños la desaparición de las penas corporales creadas al efecto, todo ello en consecuencia con el movimiento inspirado y creado por Beccaría, que terminó con el espíritu represivo que había existido hasta el momento.

C. Derecho Inglés

En Inglaterra, durante el siglo XVIII, se trataba a los menores delincuentes con rigor inusitado, es decir que no se usaba mucho para esa época. Blackstone refiere que la pena de muerte se aplicaba a los niños de diez años. W. Clarke Hall cuenta que un niño de ocho años, que con malicia, por vergüenza y con astucia y disimulo, había puesto fuego a un pajar, fue sentenciado y condenado a muerte.

El mismo autor refiere que en 1833, un menor de nueve años no fue condenado a muerte por robar un objeto del valor de dos peniques, sentencia que afortunadamente no fue ejecutada.¹⁶

En 1629 fue colgado un niño de ocho años, por incendiar dos graneros. En 1784 fue condenado a muerte un niño de diez años por hurto de caballos. En 1801 fue colgado un niño de trece años por robar una cuchara. Aún en 1815 fue colgado un niño que no había cumplido todavía los catorce años, por hurto de pañuelos.

En el curso de los siglos se han pronunciado sentencias contra menores que hoy resultan inconcebibles. En 1555 fue decapitado un niño de once años de edad en Zosingen, porque había estrangulado a su compañero de juegos. En 1670 fue condenado en Dresde, a muerte por la espada, una envenenadora que todavía no había cumplido los catorce años.¹⁷ Afortunadamente y con el correr del tiempo éstas situaciones se han ido modificando y fueron tomando

¹⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ. Ob. Cit. Págs. 44-45

¹⁷ MIDDENDOFF, WOLF: Criminología de la Juventud. Págs. 242-243.

una forma más garantista y con mayor apego a los Derechos Humanos.

1.2.3 EDAD MODERNA

Durante este período se trataba de establecer si el menor poseía suficiente “discernimiento” para distinguir el bien del mal y cuando se constataba el discernimiento, el infante podía ser castigado con látigo o barillas. Tal ejecución era cumplida por los tribunales, en casos de delitos graves, y de lo contrario, por los padres o maestros. Los impúberes no eran penados, mientras que los púberes podían sufrir destierro, cárcel o penas corporales, dependiendo de la gravedad de los hechos que cometieran. Se reservaba la pena capital para casos de suma gravedad que el delincuente ejecutara con malicia, astucia, perfidia o mala fe, sin poderse abrigar esperanzas de enmienda o corrección. En general, a los menores se les imponía una pena extraordinaria, reduciéndosele si se constataba una magna estupidez en casos de ínfimas transgresiones, por considerar que no tenían mayor trascendencia legal.

El 23 de febrero de 1734 Felipe V dictó una Pragmática en que atenuaba la penalidad a los menores delincuentes de 15 a 17 años, y Carlos III, en su pragmática de fecha 19 de septiembre de 1788, ordenó se internara en una escuela o en un hospicio a los vagos menores de dieciocho años, para su educación y aprendizaje de un oficio.

La Novísima Recopilación, 2 de junio de 1805, ordena que si el delincuente es mayor de quince años y menor de diecisiete, no se le imponga pena de muerte, sino otra diferente; además, atenuaba las penas para menores de doce a veinte años y se prevenía la explotación de la infancia abandonada, indicando que los vagos menores de dieciséis años, debieran ser apartados de sus padres incompetentes para darles instrucciones; las cuales consistían en ayudarles a aprender un oficio, a inculcarles principios morales, religiosos y éticos, etc.; éstos constituyeron los antecedentes de las actuales limitaciones a

la patria potestad o Autoridad Parental.

En el siglo XIII, el Rey Eduardo I estableció que los niños menores de doce años de edad no serían condenados por delitos de robo. En el siglo XVI se sostuvo la irresponsabilidad penal absoluta de los niños hasta los siete años y uno de los orígenes de los Tribunales para Menores existentes puede buscarse en la “Chancery Court” o Tribunal de Equidad establecido por Enrique VIII como parte de la Common Law, pues consideraba que el Estado debe ser el último de los paréntesis del niño necesitado de protección, ya que el Rey es el Parens Patriae, es decir el Padre de la Patria, que debe cuidar el equilibrio de todos los intereses, y por tanto, tutelar a los menores. En caso de que un menor no tenga ninguna clase de bienes, el señor feudal debe hacerse cargo del huérfano. Todo esto contrasta con lo que sucedió a principio del siglo XIX en que algunos niños fueron condenados a muerte o a deportación por robar.

Esta época puede ser dividida así:

A. Derecho Noruego Medieval

Aquí el menor que cometía homicidio era entregado como pago al grupo familiar ofendido. Los máximos castigos que llegaron a realizarse contra los niños fueron azotes, marcas con hierro candente, corte del cabello u otros similares, a juicio del juez.¹⁸

En el siglo XVI, en Francia, el Rey Francisco I excluyó de responsabilidad a todos los menores de edad, y se estableció un criterio proteccionista. Hacia 1810, el Código Penal no admitía la irresponsabilidad de los niños, dando con ello varios pasos de retroceso.

En Alemania, durante los siglos XVII y XVIII todavía se aplicaba la pena de muerte a los menores de ocho años; a partir de los diez ya aplicaban la hoguera.

¹⁸ QUINTANILLA MOLINA: Ob. Cit. Pags. 14-16 y 18.

Bélgica, en su Código Penal de 1867 admitía la irresponsabilidad de los menores, pero si eran condenados por actos cometidos antes de dieciséis años, la condena quedaba sujeta a la prueba de que había obrado con discernimiento.

Hasta este momento se ha retomado los acontecimientos más importantes que con el tiempo fueron formando las sanciones penales para los jóvenes en conflicto con la ley penal, que conocemos a través de las épocas como en el Derecho Griego dentro del cual se manifestó los primeros brotes del sistema acusatorio, pasando por el Derecho Romano, el Cristianismo, el Derecho Justiniano, llegando al Derecho Canónico dentro del cual tomo forma el Sistema Inquisitivo en la época del Imperio en Roma en donde los actos procesales se volvieron escritos y secretos, existía la justicia delegada, en el cual se daba un proceso de oficio ya que el Juez tenía la función de buscar pruebas, de acusar, no existía la defensa para el imputado y por lo tanto no existía la contradicción, se concibió a este sistema como expresión del poder absolutista de los monarcas y con él a la crítica de la tortura, a la anulación del derecho de defensa, a los abusos dentro del proceso y en el sistema penitenciario. Políticamente se luchaba con las ideas de la Ilustración, por la implantación de un régimen democrático republicano que sustituyera las monarquías absolutistas. La expresión de esto en el plano jurídico procesal, se va a rebelar retomando al sistema acusatorio para rescatar algunos de sus rasgos más significativos.

Ahora bien a lo largo de todo este recorrido que se ha hecho por la historia penal juvenil, es importante señalar que el problema de sancionar a los jóvenes ha sido siempre, que adolece de un absoluto irrespeto al debido proceso que como derecho poseen, es decir que desde el principio incluso no se les daba importancia, no se les trataba como personas en pleno desarrollo no importaba si eran maltratados, torturados, e incluso asesinados; luego las sociedades fueron procurando separar los procedimientos para jóvenes y

adultos, pero continuaron las irregularidades y se trato de incentivar la protección restringiendo como siempre derechos a los jóvenes que por alguna razón se encontraban en conflicto con la ley penal.

Otro notable problema era que a los jóvenes delincuentes se les imponía penas, las cuales consistían en torturas, crueles castigos y malos tratos, acompañados de severas irregularidades en la aplicación de las mismas y de marcada ausencia de derechos y garantías como seres humanos y como imputados de una infracción de la ley.

1.2.4 EDAD CONTEMPORÁNEA

El Código Penal Español de 1822 declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años de edad; de los siete a los diecisiete habría que investigar su grado de discernimiento y, en caso de haber obrado sin él, serían devueltos a sus padres, si los acogían. En caso contrario serían internados en una casa de corrección y si hubieran obrado con discernimiento, se les aplicaría una pena atenuada. El Derecho Español se caracteriza por ser tutelar y pasó por una serie de mutaciones hasta llegar al Código Penal de 1932 que estableció la irresponsabilidad de los menores hasta los dieciséis años y, eliminado el criterio del discernimiento, estableció atenuaciones, por el solo efecto de la edad, entre los dieciséis a dieciocho años. Hasta los dieciséis años no importaba el alcance jurídico del acto cometido, por lo que sólo el criterio protector privaba en las etapas anteriores a dicha edad. El 4 de agosto se dio una Ley de Vagos y Maleantes.

En el siglo XX, como resultado de las obras de los pensadores del siglo anterior, se despertó cierta sensibilidad entre filósofos, pedagogos y penalistas que al describir la dolorosa vida de los huérfanos, reclamaron la intervención del Estado para la asistencia de la niñez desvalida. El Estado interviene, cada vez más para vigilar a los padres del menor desprotegido o delincuente. Al comprobarse una carencia paterna o materna, los sustituye; aparecen nuevos

personajes como el maestro, el juez de menores y el asistente social.

El tratamiento del menor, en general, cambió con el proceso de desarrollo del capitalismo. El nuevo orden social separó el ámbito del trabajo del de la unidad familiar; la familia perdió el control sobre el individuo. La familia extensa se dispersó, cediendo su lugar a la familia nuclear, lo que vino a transformar el concepto de “niñez”.

El Capitalismo trajo la división de funciones y la transformación de la situación del menor, puesto que el individualismo burgués conllevó a la individualización del niño. La educación fue redefinida, convirtiéndose la escuela moderna en la articulación del nuevo concepto de niñez. Al expandirse la educación, sale del hogar; la escuela se convierte en la institución de concentración de los niños y, por ende, de la educación colectiva e instrumento de iniciación social garantizadora del proceso infantil al adulto.¹⁹

Se consideraba que la “Norway’s Child Welfare Act”, aprobado en 1896 y puesta en vigor en 1900 constituye el documento jurídico más importante, puesto que contiene todas las características del actual Derecho de Menores. Las disposiciones jurídicas de carácter socio-penal contenidas en las políticas de reforma se refieren al aumento de la edad penal, sustrayendo a los niños completamente del sistema de los adultos y ala imposición de sanciones específicas para los niños “delincuentes”

Las políticas de segregación de los menores del sistema penal de adultos, a partir del siglo XIX, se legitiman por el cientificismo del positivismo criminológico y las teorías de la defensa social derivadas de éste.

El año de 1899 marcó un hito, un cambio fundamental, en el control penal de la niñez, es decir en la práctica socio-penales de “protección-segregación” de la infancia, puesto que por medio de la “Juvenile Court Act” de Illinois, se creó el primer tribunal de menores; no obstante, existe debate

¹⁹ Ibidem: Págs. 19 - 22.

respecto a ésta afirmación puesto que Massachuset y Nueva York aprobaron leyes, en 1874 y 1892 respectivamente, que disponen que los menores acusados de delitos fueron juzgados en forma diferente a la de los adultos. Pero se acepta que la ley de tribunales para menores aprobada por la legislación de Illinois fue la primera promulgación oficial de este tipo que serviría de modelo para otros Estados y países.²⁰

Un antecedente histórico que es importante hacer notar es en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos, reconocía el argumento Constitucional en 1967, al emitir su opinión sobre el Tribunal para Menores, en la causa de Gault decía el Juez Fortas que los menores tienen derecho a:

- 1- Notificación a su debido tiempo de las acusaciones concretas contra ellos
- 2- Notificación del derecho a ser representado por un abogado consultor en procedimiento que “pueden tener por resultado el envío a una institución donde se reduce la libertad del menor”
- 3- El Derecho al cargo y al interrogatorio cruzado de quejosos y otros testigos
- 4- Advertencia adecuada acerca del privilegio contra la autoincriminación y el derecho a permanecer callados.

El derecho de consultoría era la cuestión fundamental en Gault, porque el ejercicio del debido proceso asegura la regularidad del procedimiento y la aplicación de los principios afines. En Nueva York, la oficina del Defensor Público de Chicago asignaba un abogado de tiempo completo al tribunal para Menores en los primeros meses de 1966.

El sistema de Tribunales para Menores “personalizaba” la administración de justicia suprimiendo muchos aspectos de procedimiento legal y acercándose al menor “turbulento” en términos medicoterapéuticos. Los funcionarios del Tribunal para Menores tenían facultades para llegar hasta muchos más jóvenes

²⁰ PLATT, ANTHONY .: Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia, Págs. 36 y 37.

y enviarlos en creciente número a las instituciones penales. La flexibilidad y la informalidad de estos procedimientos fueron atacados por moralistas y constitucionalistas; los primeros se preocupaban porque la tolerancia y la ausencia de formalismos judiciales alentaría la falta de respeto por la Ley, y negaría las funciones ceremoniales de los juicios públicos; los segundo decían que los tribunales infligían castigos sin tomar en cuenta los procedimientos legales, ni los derechos del individuo. Las circunstancias en que eran detenidos los niños en Illinois, no habían cambiado mucho en los últimos sesenta años; tanto ahora, como antes, se puede criticar el hacinamiento, el mal personal técnico, las practicas discriminatorias, la brutalidad y la ineficiencia en muchos casos. La opinión en el caso Gault reconocía esas condiciones y proponía la “legalización” de la práctica de los tribunales para menores con el fin de proteger a los jóvenes de procedimientos arbitrarios y básicamente punitivos. El resultado practico de la causa Gault fue la introducción de os abogados en el foro para menores; lo que hoy se conoce como derecho de defensa, el debido proceso, derecho a ser escuchado (garantía de audiencia); etc.

La reforma de la justicia de menores era necesaria por las espantosas condiciones de vida en las cárceles, en las que los niños eran alojados en forma indiscriminada con los adultos y la formalidad e inflexibilidad de la ley penal, que obligaba a respetar los principios de legalidad y de determinación de la condena, impedían la tarea de represión y protección propia del derecho de menores.

La Ley de Tribunales para menores autorizaba específicamente las penas por comportamiento “predelincuente”. El Estado tiene que intervenir y ejercer tutela sobre un niño hallado en condiciones adversas, sociales o individuales, que lo conducirían a la delincuencia, esto como antecedente para los jóvenes en riesgo social, a quienes se les aplica medidas de protección.

El movimiento protribunales para menores fue más allá de un interés humanitario por el tratamiento especial de los menores, que habían violado la

ley, pues llevó al ámbito del control social, una serie de actividades juveniles que anteriormente habían sido pasadas por alto o manejadas informalmente, los jueces estaban autorizados a investigar el carácter y los antecedentes sociales de los niños “predelincuentes”, es decir, en casos donde no se hubiera cometido ningún delito.²¹

El movimiento social que provocó la primera gran ruptura en el campo de la política de la infancia es el llamado movimiento de los reformadores o “salvadores de los niños”; que denunciaron el alojamiento de los menores en forma indiscriminada en las cárceles de adultos, ausencia de normativas y procedimientos específicos y sentencias indeterminadas.

Mediante el sistema de reformatorio los “salvadores del niño” pretendían demostrar cómo los delincuentes eran susceptibles de ser convertidos en ciudadanos respetuosos en las Leyes. El reformatorio se creó en Estados Unidos hacia mitad del siglo XIX, como una forma especial de disciplina en reclusión para los adolescentes y los adultos jóvenes. El reformatorio se distinguía de la penitenciaría tradicional por una política de sentencia indeterminada, el sistema de “calificaciones” y la “persecución organizada” en lugar de la “restricción coercitiva”.

Los reformatorios deberían introducir, hasta donde fuera posible, las condiciones de vida en el hogar; no deberían ser castigados, sino educados para permitírseles ganarse honestamente la vida, ser útiles y no perjudiciales a la sociedad.

En los reformatorios deberían enseñarle a los niños moral, religión y trabajo. Se esperaba de los reformatorios que remediaron los descuidos y vicios de los padres, el fracaso de las escuelas públicas, de las misiones dominicales, y otras entidades morales del mundo exterior.

A diferencia de las penitenciarías y las cárceles, los reformatorios

²¹ Ibidem. Págs. 152 y 154.

repudiaban en teoría los castigos basados en la intimidación y la represión.

Aunque en teoría el reformatorio debía tomar una exención de la fuerza punitiva, en la práctica se caracterizaba por un régimen de coerción y represión. La nueva penología verificaba el estatus dependiente de los niños al desconocerles sus derechos jurídicos.

Aunque el plan de reformatorios estaba corrompido en la práctica por el hacinamiento, la mala gestión, la mordida, los insuficientes recursos económicos y los problemas para encontrar personal técnico, conviene entender que su ideología básica era dura e intransigente. La represión y la disciplina eran partes integrantes del programa.

Para 1886, en Illinois se proponía que la atención institucional se hiciera extensiva a esos y otros niños que ambulaban por las calles, se reunían en muelles y desembarcaderos y con seguridad sentían que su oficio sería la delincuencia. Idealmente, los salvadores del niño querían intervenir en la vida de los niños predelincuentes y tenerlos controlados hasta dejarlos inmunizados contra la delincuencia.

La preocupación esencial del movimiento salvador del niño era la identificación y el control del comportamiento juvenil discrepante. Los esfuerzos y la contribución más importante de los salvadores del niño fueron expresados institucionalmente en el tribunal para menores, que era una corte especial creada estatutariamente para determinar la categoría jurídica de los niños “problemas”.

La Administración de Justicia para los menores difería en muchos aspectos importantes del proceso en una Corte Criminal: No se acusaba a un niño de un delito sino que se le ofrecía ayuda y guía; se entendía que la intervención en su vida no le pondría el estigma de un antecedente penal; los expedientes judiciales no solían ponerse a la disposición de la prensa ni del público; y las audiencias se celebraban en un ambiente relativamente privado; los procedimientos eran informales y las salvaguardas del debido proceso eran

aplicables.

Para Anthony Platt los reformadores o salvadores del niño de finales del siglo pasado y principio del presente de ninguna manera deben ser considerados libertadores ni humanitarios, por lo siguiente: 1) Sus reformas no anunciaban un nuevo sistema de justicia sino más bien facilitaban las políticas tradicionales que habían ido desarrollándose informalmente en el siglo XIX; 2) Implícitamente asumían la dependencia “natural” de los adolescentes y creaban un tribunal especial para imponer sanciones a la independencia prematura y el comportamiento impropio de los menores; 3) Sus actitudes para con los jóvenes delincuentes eran en gran parte paternalista y románticas, pero sus decretos iban respaldados por la fuerza. Confiaban en la benevolencia del gobierno y suponían análogamente la armonía de interés entre los “delincuentes” y los organismos de control social; 4) Promovieron programas correccionales que requerían de largos períodos de encierro, largas jornadas de trabajo y una disciplina militar, así como la vinculación de valores de clase media y destrezas de clase baja.²²

1.3 En el Ámbito Internacional.

Es de vital importancia señalar las doctrinas existentes respecto al tema: “Doctrina de la Situación Irregular” y “Doctrina de la Protección Integral”.

La Doctrina de la Situación Irregular consiste en legitimar una potencial acción judicial indiscriminada, sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad, es decir en riesgo o desventaja; esta doctrina considera a los jóvenes como “Objeto de Protección” que significa: que en el modelo de la situación irregular, el fin que se persigue es proteger a toda costa al joven que infringe la ley; dicha doctrina viola y restringe derechos, para ella no importaba la opinión del joven, tendiendo a confundir lo asistencial con lo penal. Esta

²² QUINTANILA MOLINA: Ob. Cit. Págs. 28- 30, 32 - 33.

doctrina operaba antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A raíz de la aprobación de esta, el 20 de noviembre de 1989, El Salvador, en la Asamblea General de Las Naciones Unidas, adopta dicha convención la cual también suscribe el día 26 de enero de 1990, y que posteriormente la ratificaría el 27 de abril del mismo años, pasando a ser y convirtiéndose en Ley de la República, según el artículo 144 de la presente Constitución.

Posteriormente a la Convención sobre los Derechos del Niño, se produjo un cambio sustancial en materia de tratamiento a la Infancia; se supera la doctrina de la situación irregular, y se adopta la “Doctrina de la Protección Integral”, en la que se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional; que expresan un salto cualitativo y fundamental en la consideración social de la infancia, es decir, que se considera al niño y al adolescente como sujetos de derechos y de garantías penales. Los jóvenes no tenían un tratamiento especial, y fue a través de la Convención sobre los derechos del Niño que surge en la Organización de las Naciones Unidas, inspirada en la doctrina de la protección integral, como antes se expuso, la que incidió dentro de la legislación de menores.

La influencia que ocasiona la Doctrina de la Protección Integral reflejada en algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, evoluciona nuestra legislación en cuanto al tratamiento de estos jóvenes en alto riesgo, o que de alguna manera entran en conflicto con la ley penal, creando instituciones como el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor reguladores de estas situaciones aplicando en cierta forma la solución más idónea, sin menoscabo de los derechos que se tratan de proteger dentro de esta nueva doctrina.

Se podría decir que la legislación de menores, ya advertía los cambios en América Latina que se generarían con relación al menor de edad; por ello a

raíz de la convención surge en 1992, la reforma propiciada por el Ministerio de Justicia para implementar una moderna legislación para los menores infractores, y es en ese momento en el que comienza a cobrar mayor importancia y a tener más auge y difusión el nuevo Sistema Penal Juvenil en El Salvador.

1.4 En El Salvador.

El tratamiento jurídico especial para los jóvenes en conflicto con la ley penal, ha sido en El Salvador, desde hace varias décadas una situación preocupante que ha traído como consecuencia el reconocimiento de ello en la constitución. Comenzando con la de 1824, que en su Art. 76 reconoció a la familia como la base del Estado; luego la de 1860 igualmente lo establecía; y es hasta 1939 que la Constitución acoge a la familia y al trabajo, haciendo alusión a la maternidad y la infancia. Posteriormente la de 1944, legisla sobre los Menores en Situación Irregular.

Los jóvenes, además de ser considerados incapaces de ejercitar sus derechos por sí mismos, y por ende, de contraer y cumplir obligaciones jurídicas, han sido considerados incapaces para comprender y discernir sobre la ilicitud de sus actos. Son estas consideraciones las que han servido de parámetro para justificar la elaboración de un régimen jurídico especial para menores, que los protegiera, educara y tutelara.

En general, la sociedad salvadoreña constantemente ha venido manifestando a través de su historia una preocupación por los menores, especialmente, por los llamados de “conducta antisocial”, pero esta preocupación ha estado marcada por el criterio prevaleciente en la cultura nacional que los visualizó como seres incompletos, incapaces, dependientes y como objeto de una serie de medidas de protección para adaptarlos o

readaptarlos a la sociedad.²³

Se han establecido diversas Constituciones en diferentes momentos de la historia de El Salvador; nuestras Constituciones, específicamente la de 1945 en su artículo 153; la de 1959 en su artículo 180; y la de 1962 en su artículo 179, coincidentemente, las tres en su inciso segundo abren un espacio significativo reconociendo que: “La delincuencia de menores deberá estar sometida a un régimen jurídico especial”. Ya surgen los primeros indicios de tratamiento de jóvenes envueltos en problemas con la ley, se distingue el procedimiento especial de menores del procedimiento de adultos.

A finales del siglo XIX, El Salvador, da un paso importante en el tratamiento de la infancia; anteriormente se habían creado instituciones destinadas a la detención y protección de menores en situación de peligro social, que es lo que va creando en nuestro país las primeras raíces en esta área del derecho. Así mismo con la Declaración de Ginebra, en 1924, y la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en 1948, se abre la brecha hacia un mejor tratamiento y protección del niño.

Actualmente en la Constitución de la República de 1983 que se encuentra vigente en nuestros días modifica la frase “Delincuencia de Menores”, por la de “la conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial” que se encuentra regulado en el Artículo 35 inciso segundo de la Constitución vigente; entendiendo conducta antisocial como los comportamientos que los menores pueden mostrar que vayan en contra del orden legal, las buenas costumbres y la moral; y el régimen jurídico especial al que se refiere es el conformado por la Ley del Menor Infractor que es el principal instrumento legal que se encarga de esa conducta antisocial que los menores pueden mostrar, también lo conforman el Código de Familia, la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor y la

²³ BARATTA, ALESSANDRO: La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal. Pág. 3

Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor; dichos instrumentos legales han sido creados sobre la base de la doctrina de la protección integral que pretende reconocer al menor como sujeto de derechos.

En El Salvador siempre ha existido una legislación especial en forma precaria para los menores infractores, por ello en el siglo XIX los primeros índices de legislación dirigida a los menores la encontramos si nos remontamos al primer Código Penal de 1825, nuestro primer Código Penal- por cierto el primero en América- promulgado en su parte general el 18 de abril de 1825, y en su parte especial el 13 de abril de 1826, establecía que no podía ser considerado como delincuente el menor de ocho años. Los mayores de ocho años y menores de diecisiete que cometieran infracciones a la ley penal, estaban sometidos a un juicio para definir si había obrado o no con discernimiento y malicia, y en consecuencia imponerles o no la pena correspondiente.

El Segundo Código Penal fue decretado el 28 de septiembre de 1859, en su Art.9 declaraba exento de responsabilidad penal, al menor de ocho años, y en cuanto al mayor de esa edad y menor de quince, también quedaba fuera de la aplicación de la pena, a no ser que hubiera obrado con discernimiento, para lo cual el Tribunal debía hacer declaración expresa.

El Código de 1881, conserva la misma redacción del código precedente. En el Código penal de 1904 se establecía que el menor de diez años este exento de responsabilidad penal. Las penas que podían imponerse a los imputados mayores de diez años y menores de quince, que no estaban exentos de responsabilidad penal, se reducían a una tercera parte de las señaladas en la ley, según las circunstancias agravantes o atenuantes establecidas en general para todo imputado; y si era la pena de muerte se sustituía por la de doce años de prisión (Art. 58.) A los imputados mayores de quince años y menores de dieciocho se les aplicaba siempre con el aumento o disminución que correspondía a las circunstancias aludidas, las dos terceras partes de la

pena señalada por la ley; y cuando era de muerte se cambiaba por los dieciséis años de prisión.

Este Código fue derogado en 1974. Las normas sobre menores infractores ya habían sido derogadas al promulgarse La Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores en 1966.

Por su parte el Código de Instrucción Criminal de 1822, vigente hasta 1974, contenía en el Título XIX, bajo la denominación: “Modo de proceder cuando el reo es menor o demente”, la regulación para establecer si un menor sujeto a la ley penal, había obrado o no con discernimiento, en la perpetración del delito o falta.

El Art. 367, establecía que cuando el procesado era “un mayor de diez años y menor de quince”, el Juez debía declarar expresamente si había obrado o no con discernimiento en la comisión del hecho delictivo, previamente a la imposición de la pena respectiva. Para hacer la referida declaratoria, el Juez, según el Art. 368, “hacía reconocer en su presencia al menor por dos facultativos o personas inteligentes, en su defecto, que declaren que si creen que este obró o no con discernimiento, según el mayor o menor adelanto en la pubertad, y lo más o menos desarrollados que se hallen sus facultades intelectuales”.

Si se declaraba que el menor había obrado sin discernimiento, era sancionado en la forma que se dejó expuesta al tratar los preceptos del código penal de 1904. Desde luego dicho código, en el Art. 58, determinaba que para el cumplimiento de la pena el menor debía estar separado de los adultos.

Si resultaba que el menor no había obrado con discernimiento, era declarado irresponsable y se decretaba sobreseimiento a su favor; sin perjuicio de la acción civil reservada al ofendido. Se entregaba el menor a sus representantes legales para que lo corrigieran o cuidaran. Pero si el delito era grave, y los representantes del menor no podían cuidarlo o no le merecían confianza al Juez, este, a su prudente arbitrio, podía poner al menor, en poder

de otra persona competente o en una casa de corrección por el tiempo que considerara oportuno, hasta que cumpliera dieciocho años de edad.

Cuando había duda si el menor había obrado o no con discernimiento, en aplicación del principio “Indubio Pro Reo”, se declaraba que el menor había obrado sin discernimiento y desde luego se le declaraba irresponsable, con las demás consecuencias que se han expresado (Art. 371.)

Como puede observarse al Juez se le daban amplias facultades para decidir sobre el término del internamiento del menor en la llamada “Casa de Corrección”. Con lo cual, afirmamos que se violaba el principio de taxatividad y de legalidad. Además no se tomaba en cuenta la condición especial de minoridad del imputado y la protección que con relación a ello se le debía por parte del Estado y la Sociedad.²⁴

Así mismo, surge en nuestro país el 18 de julio de 1966 mediante el Decreto Legislativo número veinticinco del mismo mes la promulgación de la “Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores” refiriéndose a la atención que se estaba necesitando para los menores de dieciséis años de edad, que se encontraban en situación delictiva, riesgo o abandono. La atención que se proyectaba proporcionar era de carácter rehabilitadora, tendiente a considerar al menor de dieciséis años, una víctima del ambiente socio-familiar y no ser un culpable y responsable de sus actos.

La Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores se aplicaba si la conducta del joven constituía peligro social, cuando se hallare material o moralmente abandonado, pervertido o en posibilidades de serlo, cuando se encontrare en estado de riesgo que pueda causar su inadaptación social por negligencia de los padres y guardadores por sus propias condiciones de vida; la finalidad que dicha ley perseguía, era la corrección y readaptación de los jóvenes mediante tratamiento de carácter tutelar y educativo, y ésta se regía por un sistema

²⁴ Ibidem: Págs. 117-119.

inquisitivo considerando al joven como objeto de protección, tratándose de una protección que violaba y restringía sus derechos ya que a los jóvenes se les consideraba como incapaces y no tenía importancia la opinión de éstos; también existía una jurisdicción especial para la aplicación de la ley que estaba a cargo de un tribunal de menores, ejecutada por el Juez de Menores que lo que hacía era llevar a cabo una política social o asistencial, él debía ser considerado como un buen padre de familia, era una persona con facultades omnímodas; por ello se consideraba que esta ley estaba inspirada en la doctrina tutelar paternalista y de defensa social que trataban a los jóvenes como objeto de protección y no como persona sujeta de derechos y obligaciones, con responsabilidad especial de acuerdo a su edad. Bajo esta doctrina se responsabilizaba de acuerdo al Derecho Penal de Autor, es decir que por la forma de pensar, de vestir y de acuerdo a la apariencia del menor se le tomaba como responsable de un hecho delictivo.

Esta ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, en su artículo 23 anunciaba sus medidas, las cuales perseguían los fines de creación y adaptación; dichas medidas son: a) La amonestación, b) El reintegro al hogar; c) La colocación en hogar ajeno; d) El internamiento en escuela hogar; e) El internamiento en instituto curativo o en reformatorio de menores. Nótese a manera de ejemplo que las últimas tres medidas de las mencionadas anteriormente promulgaban y promovían prácticamente el internamiento, sea éste en Escuela hogar, Instituto Curativo o Reformatorio de Menores, al analizar nos damos cuenta que lo que se buscaba mantener era un control social sobre los jóvenes, o bien aparentemente darles una oportunidad a través de la reinserción social; la cual no produjo el resultado esperado en función de que éstas se aplicaran de una forma indefinida; se imponían éstas medidas por tiempo indeterminado; teniendo como regla general la privación de libertad.

Algunos organismos como la Asociación Nacional Pro-Infancia en su Quinto Congreso del Niño en 1972, recomendaban la creación de una

institución que dedicara la política de atención del menor y que se constituyera en el sector de protección al mismo. Esta recomendación fue acogida, y se derogó la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, siendo sustituida por el Código de Menores a partir del 1º de julio de 1974, obligando este a la creación del Consejo Salvadoreño de Menores que fue inaugurado en enero de 1975, con una pequeña autonomía y dependiente del Ministerio de Justicia, se transforma y se crea en julio de 1980 la Dirección General de Protección al Menor, como resultante de funcionar dos de sus ramas: Departamento Tutelar de Menores y el Cuerpo de Protección al Menor.

El Código de Menores, inicialmente fijaba los dieciocho años para considerar menor a una persona. Posteriormente del 1º de julio de 1974, mediante reforma legislativa del 20 de octubre de 1977, se cambió esa edad para los menores infractores, hasta los dieciséis años de edad.

Dicho Código, establecía en su artículo 100, cinco medidas, las cuales se les aplicaría a los jóvenes denominados de conducta irregular, siendo éstas: a) Amonestación; b) Reintegro al hogar con o sin libertad vigilada; c) Colocación en hogar sustituto; d) Colocación en hogar-escuela; e) Colocación en instituto curativo; y f) Colocación en cualquier otro centro de protección o readaptación; nótese entonces, que la medida de internamiento ha disminuido considerablemente. Este Código de Menores no tenía el tratamiento especial para “menores delincuentes” exigido desde la Constitución de 1950, es decir que no había un respeto y total apego a la Constitución en cuanto a la imposición de las medidas, ya que ésta ya regulaba un trato mucho más especializado para los jóvenes.

Este Código se basaba en la doctrina de la “Situación Irregular” porque no tenía garantías sustantivas, procesales y de ejecución de medidas y además porque siempre desarrolló políticas orientadas al internamiento; se aplicaba por dos importantes razones:

- a) Consideraba al menor como objeto de protección social.

- b) Consideraba la infracción penal como un síntoma de una enfermedad, por lo tanto el menor debía ser apartado de la sociedad e internado para su curación y readaptación. Se aplicaba además para asegurar el control por parte del Estado.

El primero de octubre de 1994, significa un paso muy importante para el Derecho, ya que entro en vigencia el Código de Familia, y en su Capítulo I del Libro V, expresa los principios rectores, derechos fundamentales y deberes de los menores, así en el Art. 351, N° 10. Protege contra “sanciones o penas crueles, inhumanas o degradantes”; el N° 19. Se refiere al amparo de las leyes, tribunales, autoridades e instituciones especiales que implique su protección; y el N° 20. A no ser privado de su libertad en forma ilegal o arbitraria, a puesto inmediatamente a disposición de la autoridad judicial competente, y en caso de ser internado en establecimiento o locales destinados a procesados o penados mayores de edad, a estar separados de ellos.

Posteriormente a la firma de los Acuerdos de Paz, se inicia un proceso de transformación legal y en ese marco surge la jurisdicción especial que origino la separación de competencias en cuanto al tratamiento de jóvenes, y fue en 1993, que se creó el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, con competencia administrativa, a cargo de los jóvenes que no han cumplido sus doce años y que se encuentran en riesgo social. Este lleva a cabo programas de Atención Preventiva como: Reinserción Social de Jóvenes en conflicto con la Ley; recuperación de los Jóvenes Integrados a Maras, y así una serie de programas en beneficio de estos jóvenes. Dicho instituto surge con el nacimiento de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, de fecha 1º de mayo de 1993, se continúa el avance del derecho de menores en nuestro país, ya que ésta ley incorpora medidas innovadoras que llevan la finalidad socio-educadora y rehabilitadora del menor, por ello, en su Art. 45, se ven plasmadas las siguientes medidas: a) Orientación y Apoyo Socio-Familiar; b) Amonestación; c) Reintegro al hogar con o sin supervisión; d) Colocación

Familiar; e) Colocación en hogar sustituto; f) Colocación Institucional. Como podemos ver no se menciona la figura del internamiento, ya que se pretende dar una visión reeducadora porque se aplican a los menores que están en riesgo social, es decir, a jóvenes que no tienen hogar, ni tienen personas que velen por su bienestar, porque la medida del internamiento se aplica en última instancia, únicamente a los jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal. Al mismo tiempo es creada la Política Nacional de Atención al Menor, la cual pretende realizar acciones a favor de la niñez, con el apoyo multisectorial para su mejor aplicación; de acuerdo a lo que establece el Art. 2 de la L.I.S.P.M., donde ordena que corresponde a este instituto ejecutar y vigilar el cumplimiento de dicha política; la cual consiste en un conjunto de medidas que pretenden velar por la protección integral y el cumplimiento de programas de apoyo y tratamiento a la niñez.

Finalmente a este proceso de reforma se da un agigantado paso abriéndose una etapa en nuestro marco jurídico vigente cuando por medio del Decreto Legislativo número 863, del veintisiete de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial número 106, Tomo 323 de fecha ocho de junio del mismo año, se dictó la Ley del Menor Infractor, la cual entraría en vigencia el primero de octubre de 1994, pero debido a que las instituciones como lo son los Tribunales de Menores, Centro de Internamiento, lo mismo Jueces de Menores y de Ejecución de Medidas involucrados para la aplicación y ejecución de la misma, no estaban debidamente capacitados, preparados para asegurar una eficaz aplicación de la nueva ley, razón por la cual se decide retardar el inicio de su vigencia el día primero de marzo de 1995; incorporando una serie de medidas con una filosofía diferente tal como la organización y capacitación de operadores del sistema de menores; el objeto primordial de dicha ley es lograr la reinserción del menor infractor a la sociedad, con medidas de carácter socio-educativas, las cuales las recoge en su artículo 8, y que dice concretamente: “El menor que cometiera un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la

legislación penal, solo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y Apoyo socio familiar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicio a la Comunidad; e) Libertad Asistida y f) Internamiento.

Nos podemos dar cuenta hoy, sin temor a equivocarnos, que con anterioridad la pena privativa de libertad era sin lugar a dudas la regla general, en la actualidad con las medidas contempladas en el artículo 8 de la Ley del Menor Infractor, formalmente se considera por su carácter de ley socio-educadora; el internamiento es la excepción en su aplicación, pues tenemos en el momento actual medidas que reflejan un verdadero avance innovador que busca fortalecer una efectiva reinserción del menor, considerado delincuente. Este conjunto de reformas que hemos establecido anteriormente ha venido marcando una serie de cambios que buscan fortalecer a nuestra sociedad futura, a través de nuestra juventud en sus aspiraciones, y abre una puerta inmensa de oportunidades a nuestros niños adolescentes para que éstos tengan una vida más digna, segura y provechosa en el futuro, todo esto como producto de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño y su doctrina de la protección integral.

La Ley del Menor Infractor representa la primera reforma que se limitó al tema de las personas menores de dieciocho años, imputados de una infracción penal dirigida a adecuar el derecho interno del país a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; dicha ley constituye el régimen jurídico especial para “menores de conducta antisocial”; tiene los principios modernos del Derecho Penal para menores contenidos en los Tratados Internacionales. Esta ley es aplicable sólo a los mayores de doce años y menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal; y los menores de doce años son protegidos por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (ISPM.)

Ya en el nuevo marco de reforma haremos énfasis en algunos aspectos que trascendieron en la Ley del Menor Infractor, que contiene principios

modernos de tratamiento y aplicación de la Doctrina de la Protección Integral contenidos en los tratados Internacionales, que antes de la Constitución de 1950 exigía incorporar, porque considera al menor como sujeto de derechos y deberes; reconoce mayores garantías sustantivas, procesales y de ejecución de medidas que las del Derecho Penal para adultos; además considera la infracción penal como una forma de ser educado con responsabilidad, sin tener que ser segregado de la sociedad. Tratando así de no continuar influenciado por la “Doctrina de la Situación Irregular”, teniendo todo esto como antecedente el Movimiento de los Salvadores del Niño, donde a través de los reformatorios (ahora centros de internamiento), se podía convertir a los jóvenes en ciudadanos respetuosos.

Posterior a la Ley del Menor Infractor fue creada la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor, el día 29 de junio de 1995, la cual vendría a regular las actuaciones de los Jueces de los Tribunales de ejecución de Medidas al Menor Infractor, quienes tendrían a su cargo la vigilancia y control de las medidas aplicadas a los menores infractores.

Con este recorrido a la legislación de menores se puede señalar que históricamente, El Salvador ha establecido una regulación especial para los jóvenes en conflicto con la ley; aun así la doctrina de la situación irregular era la directriz de dichas normas, en donde el joven gozaba de algunos derechos procesales que ya existían en el proceso penal para adultos; pero no con la debida y correcta aplicación, porque lo que hacia era ejercitar el proceso penal de manera inquisitiva, sin tomar en cuenta la opinión del joven y restringiendo de gran manera el derecho a la libertad, ya que la tutela y la protección eran los elementos predominantes.

Afortunadamente, las sociedades tomaron conciencia del papel importante que tienen de crear y formar a los futuros ciudadanos, y así optar por instrumentos que dieran mayores y mejores resultados.

1.5 Desarrollo Histórico de la Teoría de la Pena

Donde exista un grupo organizado de hombres, resultan necesarias las normas para la convivencia. Desde la célula social constituida por la familia hasta las organizaciones formadas por el Estado, tienen necesidad de imponer a sus miembros la voluntad que dicta el ordenamiento conveniente al logro de los fines perseguidos. Un derecho que no pudiera aplicar sanciones a los individuos que violen la ley, resultaría puramente lírico; por eso todos los Estados utilizan la pena como mecanismo sancionatorio.

Cuando un hecho es delito, encontramos que lo único que nos da la nota diferencial precisa es la existencia o inexistencia de una amenaza de pena para el caso. Este elemento solo se tiene después de sancionada la ley y durante su vigencia.²⁵

Comúnmente se concibe a la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se le considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad, constituyendo al decir de Maggiore, la sanción característica de aquella transgresión que se llama delito. Este concepto era ya conocido en la época de Ulpiano, para quien “la pena es la venganza de un delito”. Tal concepto con ligeras variantes, siguió siendo compartido entre otros, por Muyart de Vouglans, Rossi, Pessgina, Garud y Von Liszt. Este último define la pena como el mal que el Juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor.

Por su parte Giuseppe Maggiore, después de expresar que el Principio de Retribución es el que mejor refleja el contenido y la naturaleza de la pena, la define como “un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales como retribución del mal del delito para reintegrar el orden jurídico injuriado”.

Para la Escuela Clásica en general, la pena encierra un concepto moral;

²⁵ FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Pág. 193.

es la retribución del Estado hacia el delincuente por el mal que este ha causado a la sociedad. La pena tiene que ser absolutamente determinada y debe existir una proporcionalidad cualitativa y cuantitativa entre ella y el mal causado. Carrara le asigna, además la función de un medio de tutela jurídica.

Dentro de la concepción Carrariana, la pena debe obedecer a ciertas condiciones, parte de las cuales se derivan de su fundamento (tutela jurídica), y parte de su límite (justicia). Del primer criterio nacen los requisitos para que la pena sea eficaz, es decir, que sea aflictiva, ejemplar, cierta, rápida, pública y de tal naturaleza que no permita al reo readaptarse. Del segundo, que sea legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable.

La Escuela Positiva, partiendo del principio de que debe evitarse la comisión del delito más bien que reprimirlo, no ve en la pena una retribución sino una medida de prevención. Ella no debe tener un contenido dolorífico, sino que ha de servir para la reeducación y readaptación del delincuente a la vida social.

La Pena no es para los orientados de esta tendencia, un mal o un sufrimiento que el orden jurídico impone a quien ha delinquido; su fin es la resocialización del individuo inadaptado, y su función la de un medio de defensa social. Por eso la palabra pena repugna al positivismo, ya que ella encierra la idea de castigo, y se reemplaza por la expresión genérica sanciones, comprensiva de todas las medidas que el derecho penal aplicaba al delincuente.

Siguiendo esta tendencia, Grispigni ve en la pena la disminución de uno o más bienes jurídicos, infligido al autor de un ilícito jurídico por órganos jurisdiccionales adecuados, disminución que no consiste jamás en la ejecución coactiva del precepto primario de la norma, siendo en cambio el medio con el cual se combate el peligro de nuevas infracciones, tanto de parte de la

generalidad de los súbditos como por parte del autor del ilícito.²⁶

Las teorías que sobre la pena tomaron forma tienen sus comienzos en la época de la Ilustración²⁷, es entonces cuando surge el movimiento iluminista que con sus postulados críticos respecto a los principios consagrados en la justicia criminal del siglo XVIII, imprime un cambio radical en la política de lucha contra el delito. Los reformistas pretenden corregir los abusos derivados de las penas rigurosas, demostrando la ineficiencia del exceso de la crueldad para los efectos de la prevención general. Con tal finalidad proponen dos elementos moderados: 1) La legalidad de los delitos y de las penas frente al desmedido arbitrio judicial; y 2) La proporcionalidad entre los castigos y las infracciones en oposición a la crueldad innecesaria. Es por ello que los penalistas de la Ilustración sitúan en primer plano la problemática del preventismo penal. Predomina también la idea de pena con fines de utilidad, corrección o aseguramiento. El lema primordial a seguir para la lucha contra la delincuencia dice así: “Es mejor prevenir los delitos que punirlos”²⁸. Luego surgió la teoría correccionalista, que tiene su origen en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX. Según cierto sector doctrinal el nacimiento de la escuela correccionalista data de 1839, que es cuando Röder publica su “Comenlatio an poena malum esse debeat”, exponiendo lo que iba a ser la nueva doctrina penal. Ello hace que el correccionalismo, fiel reflejo de la doctrina Krausista, se convierta en una teoría Moralista.

Con la teoría correccionalista el Derecho Penal comienza a mirar al hombre-delincuente y no, preponderantemente, al hecho – delito; la pena se dirige al hombre real, vivo y efectivo, es decir, a su total individualidad. La pena correccionalista es fundamentalmente un bien para el delincuente y para el Estado ya que su contenido moral la caracterizaba. Esta teoría tuvo gran

²⁶ Ibidem.: Págs. 239-241.

²⁷ ANTÓN ONECA: Los Fines de las Penas Según los Penalistas de la Ilustración, Pág. 415

²⁸ BECCARIA, CESAR: De los Delitos y la Penas, Pág. 180

repercusión en España, ya que fundaron sus concepciones, en que la corrección es el fin más importante de la pena, pero no el único.²⁹ Surgieron también las teorías relativas, abriendo así la nueva clasificación en cuanto a las teorías de la pena, su principal autor fue Fran Von Liszt, quien encaminaba estas teorías a justificar la pena por su fin, es decir que su teoría incluía un concepto utilitario de la pena.

Eduardo A. Rabossi estableció dos teorías básicas con respecto a la Teoría de la Pena las cuáles eran la concepción Retribucionista y la concepción Utilitarista. La primera, centrada en el hecho de que una persona cometa intencionalmente una ofensa, constituye una razón suficiente para que se imponga un castigo y que solo está justificado por la culpa del ofensor o la producción de la ofensa. Para los utilitaristas, en cambio el castigo solo puede justificarse por el valor que cabe atribuirle a sus consecuencias, es decir, los hechos desleales que se puedan producir como consecuencia de su aplicación al ofensor.

Eugenio Raúl Zaffaroni, sostuvo que la pena era una privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito y que tiene por objeto resocializarla para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados.³⁰

Claus Roxin señaló que las teorías penales en sus más variadas combinaciones podrían agruparse en 3 concepciones:

1. Teoría de la Retribución (Teoría de la justicia y de la expiación)
2. Teoría de la Prevención Especial
3. Teoría de la Prevención General

Encuadrando así, la primera como una teoría absoluta y las otras dos denominadas relativas. De lo cual hizo un planteamiento dialéctico,

²⁹ BARREIRO: Ob. Cit. Pág. 31

³⁰ JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO: Teoría de la Pena y Derechos Humanos, Pág. 225.

argumentando que el derecho penal actúa a través de la pena en diferentes momentos: primero se da la amenaza penal, es decir que se identifica la prevención general, cuando el legislador prohíbe determinada conducta; luego, si a pesar de la amenaza alguien delinque, se le impone al autor una pena ya antes prevista, podemos decir que este es el momento retributivo, y finalmente, si al ejecutarse la pena impuesta ésta fuere privativa de libertad surge la prevención especial que pretende la resocialización del delincuente.³¹

Manuel de Rivacoba y Rivacoba sostuvo la clasificación de Antón Baver (1722 – 1943) en Teorías Absolutas, Relativas y Mixtas, al contrario Benthan (1748- 1832) en Prevención General y Especial.

Es así como las Teorías Absolutas surgieron en el Siglo XIX y se consideran la concepción más tradicional de la pena, sosteniendo que su sentido reside en la retribución que la justicia exige ante la comisión de un delito. Esta teoría como fundamento jurídico de la retribución se debe a una proporción de Hegel y su gran aporte es el de haberse preocupado porque las penas fuesen más justas y guardando relación con el daño causado por el delito al bien jurídico que el derecho protege. Es así como éstas han venido evolucionando de acuerdo a la concepción de la pena tratando de adaptar la necesidad que esta tiene en la sociedad dependiendo de su fundamento y fin.

³¹TREJO, MIGUEL ALBERTO Y OTROS, Manual de Derecho Penal Parte General, Pág. 58.

CAPÍTULO II

“INCIDENCIA DE LOS LINEAMIENTOS DE LA PENA Y SUS TEORÍAS EN LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL”

2.1 ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA DE LA PENA

2.1.1 Conceptualización de la Pena:

La rama de las ciencias penales que se ocupa del estudio de la pena, desde Francis Luber (1800-1872), recibe la denominación de Penología, disciplina autónoma de la Criminología, como sostienen los autores europeos.

Se ha dicho con razón, que la pena tiene una existencia universal, y es exacto; de la concepción tradicional que de esta se tiene, bien en sus expresiones punitivas de venganza privada o de sangre, pérdida de la paz; en su forma proporcional de Talión (ojo por ojo y diente por diente), o revestida de las características del castigo estatal público, todos los derechos punitivos conocen y necesitan para la ordenada convivencia la reacción social contra el delincuente; aunque no han faltado tesis negadoras y aún abolicionistas del sistema penal, como la de Hulsman en 1982 que versaba sobre las penas perdidas, es decir que no tenía ningún caso aplicarlas³².

La pena concebida modernamente posee una serie de características pero las que más se pueden hacer notar son dos: primero que se encuentre establecida en la ley, es decir, que se encuentre tipificada y determinada de acuerdo al delito de que se trate, y segundo que tenga como presupuesto la culpabilidad del sujeto, es decir que anticipadamente se haya comprobado que

³² GARCÍA VALDES, CARLOS. Teoría de la Pena. Editorial Tecnos. Madrid, 1985. Págs. 11 y 12.

el individuo a quien se le impone una pena es el responsable del hecho del cual se le imputa.

La pena debe ser entendida como la consecuencia jurídica del delito, entendida como el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho; según esta definición la pena es retribución, en otras palabras es un precio que el individuo paga por el delito cometido; se aplica un castigo porque se ha delinquido, es lo que se dice una respuesta penal por la realización de un delito o un mal³³.

Cualquiera que haya sido la finalidad política que se le haya asignado al Derecho Penal, la pena históricamente ha consistido siempre en la pérdida de un bien del delincuente. La pérdida de bienes es jurídicamente un mal, porque significa restricción de la libertad, implica la privación a la persona de algo de lo que gozaba o la imposición de una carga personal que no tenía la obligación jurídica de soportar; entran en este concepto tanto la pérdida de la vida, la libertad, la propiedad, la fama y derechos o facultades, como la imposición de ciertas cargas penales, según son el trabajo y otras obligaciones. Esa pérdida de bienes como retribución por el mal causado por el delito cometido se manifiesta a través de la imposición de una pena que representa la pérdida de un valor jurídico; esa pérdida también puede experimentarse por responsabilidades que no se asientan en la idea de una retribución por el mal causado, sino en la de su reparación mediante la restauración real o aparente de las cosas al estado anterior a la infracción, de acuerdo a esto se trae a cuenta la resocialización, ya que el Estado debe colaborar con todo aquel sujeto que se encuentre condenado a una pena sobre todo, cuando este se encuentra sometido a una pena de privación de libertad, a que no sea aislado totalmente

³³ COBO DEL ROSAL, MANUEL Y OTRO, T.S. Derecho Penal. Parte General. Valencia, 1991. Pág. 145.

de la sociedad, a que se le proporcione los medios adecuados para que pueda ser incorporado de nuevo a la sociedad. Debe entenderse la resocialización no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal³⁴.

Lo que se pretende lograr con la imposición de una pena es encarrilar la conducta del que cometió el delito, es decir que ésta no tiene como objeto reparar el mal que causa el delito, sino que se encarga de ADECUAR LA CONDUCTA DEL INDIVIDUO A LA SOCIEDAD. Con esto afirmamos que la función del Estado es la retribución, la cual se logra a través de la imposición de una pena porque con ella la sociedad y el Estado mismo responden a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales y sociales; la pena entonces es esa retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad y por consiguiente es intransferible, es decir que una vez impuesta a determinado individuo no se le puede imponer o aplicar a otro.³⁵

Para Hobbes la pena es un mal infligido por la autoridad pública, a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de la ley; a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.³⁶

El autor Alf Ross sostiene además que se consigna que la pena o la reacción penal expresa una desaprobación de la violación y, por consiguiente, un reproche hacia su autor; se debe tomar muy en cuenta que hacemos referencia a la reprobación de la violación expresada en la pena y al

³⁴ MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal Parte General. Barcelona. P.P.U., 1990, Pág. 112

³⁵ NÚÑEZ, RICARDO . Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Marcos Lemer Editora. Córdoba. Págs. 329 a 331.

³⁶ COBO DEL ROSAL, MANUEL Y Otro. Ob. Cit. Pág. 172.

consiguiente reproche dirigido al autor de la misma. La reprobación jurídica y el reproche que de ella dimanar son distintos de la reprobación y el reproche moral. Tienen su fundamento en el carácter obligatorio de la norma violada y se apoyan en el sentimiento de respeto a la ley, que es básico para la subsistencia del orden jurídico. La pena es concreta y expresa esa reprobación y ese reproche, y en consecuencia, el mal en que consiste se infringe como castigo por el hecho injusto culpablemente realizado, el cual repite constantemente el Código Penal, al usar la expresión “será(n) sancionado(s)”.

No debemos olvidar además que nos regimos por un Derecho Penal de Acto, es decir que se le dará trámite a una acción que según la ley represente una infracción a las normas que el Código Penal establece, con su consecuente pena que ha de consistir necesariamente en la aplicación de un mal. Se ha dicho que la pena es un bien, o al menos que debería serlo ya que con ella se pretende además de retribuir el daño causado, también se busca resocializar y reinsertar al individuo; aparentemente esto es así pero se torna muy difícil tratar de comprender que queremos hacer un bien a través de un castigo.

“Acercas de este extremo es preciso distinguir entre las consideraciones de tipo ideal que pudieran hacerse en torno a la pena y su carácter real o material. Desde el punto de vista ideal, puesto que la pena puede, sin duda producir una serie de bienes, cabe considerarla como un bien. Pero, desde un punto de vista material, considerada en sí misma, la pena ha de consistir en una privación de bienes y, por lo tanto se cifra y concreta en un mal”. Esto es así porque al final siempre existe lo que llamamos al fenómeno de la reincidencia; si nos vamos a la prisión en el caso de los adultos y al internamiento en el caso de los menores que incurrir en conflictos con la ley penal, podemos notar que en la mayoría de los casos, provoca más males, ya que por ejemplo los que entraron por un robo o un hurto, salen expertos en homicidios, en contrabando, en pandillas, etc. Y observando desde el punto de vista ideal no se puede decir que la pena produzca un bien y que por lo tanto

deba de ser considerada como bien, ya que aunque se trate de la pena o la sanción más leve, siempre implica una privación de derechos de todo tipo en mayor o menor escala, con lo cual se reafirma que el mal en que la pena consiste es la privación de un derecho, esto es, de un bien jurídico, y ese mal ha de ser impuesto a causa de una infracción de la ley, y precisamente a la persona que aparezca como responsable de la misma, por ello la pena ha de ser administrada por las autoridades constituidas por la ley en virtud de un proceso legal.³⁷

Entonces se establece que la pena es un mecanismo de control o de defensa que el Estado posee para hacer efectiva su autoridad sobre los miembros de la sociedad que tiene un objetivo individual y un objetivo general, es decir que pretende castigar y recompensar al autor de una infracción penal, para incitarlo a no cometerla de nuevo, y al mismo tiempo está cumpliendo con el objetivo general haciendo comprender al resto de los miembros de la sociedad que si ellos hacen lo mismo caerán en las mismas consecuencias (prevención especial y prevención general respectivamente). La pena es el medio por el cual el Estado hace efectiva su actividad punitiva o de castigo, que tiene la obligación de imponer a determinado individuo cuando este infrinja las normas que el mismo Estado ha dictado para la convivencia social pacífica; en consecuencia es un castigo al sujeto autor de una infracción penal que puede ser un delito o una falta, y su aplicación implica la privación y la restricción de derechos fundamentales del individuo.

2.1.2 Principios Fundamentales de la Pena.

La actividad punitiva del Estado es ejercida fundamentalmente a través de la pena y a través de las instituciones y órganos creados especialmente para tal fin, dicha actividad debe regirse por determinadas bases y lineamientos

³⁷ Ibidem. Pág. 123.

jurídicos que operan en beneficio de las garantías, derechos y deberes que poseen los individuos miembros de la sociedad, por lo tanto deben ser reconocidos por la legislación pertinente, la cual los nombra principios fundamentales de la pena y que son necesarios abordar para un mejor entendimiento.

Principios con relación al Procedimiento:

✓ PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

Es el que se conoce más y el que más se menciona en todo tipo de acontecimiento jurídico, de controversia o conflicto legal, esto es así por el amplio contenido que posee, este principio garantiza que todo tipo de actividad del Estado, de las instituciones y de los organismos encargados de impartir justicia esté de acuerdo a la ley, en estricto apego a las normas jurídicas que determinarán de forma clara en la ley penal las infracciones que constituyen delitos y faltas, y al mismo tiempo señala las sanciones y medidas de seguridad que se aplican en cada caso de violación a una norma.

Dicho principio se encuentra regulado en la Constitución de la República y en el Código Penal de la siguiente manera:

Art. 8Cn. : Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

Art. 15 Cn. : Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.

Art. 21Cn. : Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público.

Art. 1 CPn. : Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión

que la ley penal no haya descrito en forma previa, e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

✓ PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN:

El ejercicio de la actividad punitiva del Estado encuentra su control y sus límites dentro de este principio el cual establece que la intervención o control que el Estado tiene sólo podrá ser aplicado contra acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes, dejando que dicha intervención se manifieste por otras vías, es decir por reglas de otras ramas del Derecho, los otros casos de comportamientos que transgreden el ordenamiento jurídico.

La idea que se maneja en este caso es la adopción de un Minimalismo Penal, que indica que la protección de los bienes jurídicos de la sociedad no necesariamente le corresponde al Derecho Penal, sino que puede ser suficiente la aplicación de una medida administrativa sin necesidad de recurrir a la imposición de una sanción penal.

✓ PRINCIPIO DE LESIVIDAD DEL BIEN JURÍDICO:

Los bienes jurídicos son los presupuestos que una persona necesita para su autorrealización en la vida social, los que corresponden exclusivamente al Estado, proteger y ampararlos a través de las normas jurídicas que él dicta, que interviene cuando se realizan acciones penalmente relevantes y que lesionen esos bienes jurídicos que la ley penal prevé, este principio se encuentra regulado en el Artículo 3 del Código Penal que dice así: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la ley penal”.

Principios con relación a las Penas:

✓ PRINCIPIO DE HUMANIDAD:

Este principio hace una seria aclaración al reconocer que un individuo que haya transgredido la norma penal, en ningún momento ha dejado de considerarse como un ser humano ni siquiera en el momento de cometer la acción delictiva; y por lo tanto la sanción penal a imponer no debe ir en menoscabo de su dignidad y de su integridad física y no deben implicar castigos físicos ni degradantes. De esto nos habla el Artículo 2 del Código Penal haciendo alusión a la dignidad humana, el cual literalmente dice así:

Art. 2 CPn. : Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes.

✓ PRINCIPIO DE NECESIDAD:

Es breve y claro al establecer que las penas o sanciones penales se impondrán en la medida de la necesidad que así lo amerite, que se aplica de forma precisa y forzosamente de acuerdo a la situación y a las condiciones del individuo o autor del delito, tal como lo establece el Artículo 5 del Código Penal que literalmente dice así: “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado” (inciso primero)

✓ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

Al establecer una pena se debe tomar muy en cuenta la tipificación y la gravedad del hecho cometido, para determinar una pena que sea justa y acorde al daño causado. La pena debe estar conforme y en relación con lo perjudicial de la acción u omisión, y debe estar en total correspondencia con

el autor del hecho, esto también lo establece el Artículo 5 en el primer inciso del Código Penal del cual ya hicimos mención.

✓ PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN:

La resocialización es uno de los fines primordiales que persigue y que rige la imposición de una pena, ya que en este caso el Estado adquiere un nuevo compromiso con el individuo el cual es el de proporcionarle los medios adecuados para reincorporarse a la sociedad, aunque en nuestro medio el sistema de corrección y readaptación no funciona como debería de ser; sin embargo la Constitución de la República deja muy claro dicho principio en su Artículo 27 inciso tercero que dice así: “El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”.

Principios con relación al destinatario de la Pena:

✓ PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD:

Este principio hace referencia a lo que conocemos como Derecho Penal de Acto, es decir que una persona será responsable sólo por el acto delictivo que cometió, por lo tanto se debe adherir la sanción a lo que el tipo penal establece. Este principio se encuentra regulado en el Artículo 4 del Código Penal que dice: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”.

✓ PRINCIPIO DE PERSONALIDAD:

Establece que un individuo no puede ser castigado por un hecho que él no ha cometido, es decir que responderá únicamente el autor del delito por la acción u omisión en que incurrió y no puede ser castigado por su

carácter o por su forma de ser; confirmando así el principio de responsabilidad.

✓ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD:

Este principio establece que para que a una persona se le imponga una pena debe haber sido declarada culpable para que responda penalmente, por lo cual debe haber tenido capacidad para motivarse conforme a la norma y haber realizado el acto que ésta describe y sanciona, lo cual debe cometer con dolo o intención de realizarla o con culpa, imprudencia, negligencia o descuido. Sobre esto nos habla el segundo inciso del artículo 4 del Código Penal que establece: “La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión”.

Luego de agrupar los Principios básicos de la aplicación de una sanción penal a un adulto, es fácil visualizar la relación con los principios que sustentan el proceso penal de menores en todas sus formas, porque este último proceso al que nos referimos, es el que consiste en la recopilación de todos los lineamientos y garantías existentes de forma especial y adecuada a la necesidad del joven envuelto en conflicto con la ley penal. Lo que se trata de identificar en este caso, es que de acuerdo a la edad de una persona se le aplicará el procedimiento correspondiente y que se adapte al caso, los principios generales de una sanción penal se ven totalmente identificados y llegan a su más alta y clara expresión en el ejercicio del proceso penal para los jóvenes menores de dieciocho años, por tratarse de una jurisdicción especialísima.

Por todo el auge que con el tiempo fue tomando la idea de organizar la justicia pena juvenil y de reconocer mayormente y de forma transparente los derechos y las garantías que los jóvenes tienen ante la Ley, los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, decidieron adoptar la

Convención sobre los Derechos del Niño.

Firmando dicha Convención, los países se comprometen a no discriminar niños. Es decir que son conscientes de que los niños son un sector de la sociedad que se encuentran vulnerados en sus derechos, por lo que es necesario crear mecanismos con base a los principios que inspiran dicha Convención, en la cual se tome en cuenta de que los niños son personas con derechos y que solamente es cuestión de orientar su conducta ante los valores y principios que un ser humano debe tener. Sin embargo, hacen leyes que mantienen a los privilegiados como niños y a los desprotegidos como menores. A los primeros se les garantiza la autoridad parental de padre y madre, y el derecho de convivencia familiar y comunitaria, a los segundos se les amenaza y se viola esos derechos con la intervención de la burocracia estatal que va en contra de la Convención, que dice en su artículo 16: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Los signatarios de la Convención se comprometen a crear condiciones sociales para hacer efectivos los derechos. Es decir que a través de esta, los países se comprometen a modernizar sus legislaciones, consiguiendo así una mayor legalidad en los procesos. En las sociedades que son organizadas, la participación social en la creación de normas y en el control del cumplimiento de las mismas es un hecho fundamental, es la primera de tales condiciones.

Se debe promover en la práctica un Derecho justo para el adolescente y el niño, la Convención procura equilibrar los intereses en la población infanto-juvenil con los intereses de los demás ciudadanos.

2.1.3 Los principios Rectores relativos al proceso penal de menores (Artículo 3 L.M.I.)

- ✓ Principio de la Protección Integral del Menor.

- ✓ Principio del Interés Superior del Menor.
- ✓ Principio del Respeto a los Derechos Humanos del Menor.
- ✓ Principio de la Formación Integral del Menor.
- ✓ Principio de la Reinserción en su Familia y en la Sociedad.

La Ley del Menor Infractor también tiene garantías sustantivas que regulan el correcto apego de la ley al proceso penal de los menores en conflicto con la ley penal, tales como: el Principio de Culpabilidad (nulla poena sine culpa), el Principio de Humanidad que lo encontramos regulado en el artículo 5 literal “A” de la LMI, y PRIMORDIALMENTE el Principio de Legalidad; teniendo como base los principios básicos que rigen al Derecho en general, como lo establece el Artículo 4 de la LMI.

2.1.4 Principios y garantías procesales en el Proceso Penal de Menores

1. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO:

Este principio se fundamenta en cuatro pilares:

- 1.1 La idea de un juez natural, debe tratarse de jueces especializados, pues se trata de evitar que una controversia sea sometida a un órgano diferente del que sería competente, debe actuar como “tercero” respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario de la misma.
- 1.2 La idea del juicio previo, debe existir un procedimiento preestablecido con formas predeterminadas, encaminando a asegurar que el cumplimiento de los intereses tutelados se realice exactamente en razón y en la medida de la protección integral, por lo que nadie puede ser privado de un derecho si no es a través de un proceso judicial legalmente establecido.
- 1.3 Legalidad del proceso, las leyes que rigen cualquier proceso deben haber sido promulgadas, publicadas y estar en vigencia con

anterioridad al hecho que se juzga, y el juez deberá observar los trámites y forma determinados.

- 1.4 La idea de garantía de Audiencia, supone que ninguna persona puede ser privada de un derecho sin antes haber sido oída y vencida en el juicio que contra ella se desarrolla a efecto de asegurar su defensa.

2. PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO:

El proceso es una relación contradictoria, donde deben estar claramente definidos los distintos roles procesales, y que permita tanto al que pretende la satisfacción de un interés propio como protegido por el derecho, como a aquel contra el cual se invoca la protección, hacer valer las propias razones, a fin de que la acción del Órgano Jurisdiccional quede en todo conforme al derecho objetivo. En el proceso de menores este principio se garantiza en el derecho a ser oído, a aportar pruebas e interrogar personalmente a los testigos, y a refutar argumentos contrarios.

3. PRINCIPIO DE ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN PROCESAL: (Artículo 5 literal “C” LMI)

La Inmediación Procesal se refiere a las relaciones de tiempo y lugar en que se agrupan en el proceso los actos procesales de los sujetos que intervienen en el mismo; los actos procesales de las partes y del Juez se desarrollan simultáneamente y entre presentes, de forma tal que cada uno de ellos perciba directamente y con los propios sentidos lo que hacen o dicen los otros sujetos participantes en el proceso.

La oralidad permite que las fases del proceso se desarrollen de forma dialogada, permite que se pueda oír a las partes para garantizar de mejor manera las garantías de defensa.

La concentración Procesal es el carácter que el proceso asume

cuando los actos procesales que conforman la serie, se aproximan en espacio o tiempo, de modo que suceden en forma ininterrumpida y continua. Al carácter opuesto se puede llamar desconcentración.

4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (Artículo 5 literal “B” y Artículo 25 LMI):

Debe entenderse este principio como la posibilidad de tener acceso a las actuaciones judiciales por parte de los sujetos procesales, así la sociedad cuenta con un mecanismo que le permita controlar la actividad que realiza el juez en esa audiencia.

En materia de menores no es recomendable la publicidad, por las consecuencias estigmatizantes y negativas que puede significar para éstos.

5. PRINCIPIO DEL DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: (Artículo 5 literal “H” LMI)

Este principio significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad del sujeto, y es contrario a un derecho penal de autor. Es una de las garantías básicas del Estado de Derecho consagrada por los instrumentos internacionales en la Constitución de la República.

La peligrosidad como fundamento de la pena o la medida desconoce el principio de culpabilidad por el hecho, y en consecuencia el principio de presunción de inocencia. En el caso de menores se da hasta que se compruebe su responsabilidad.

6. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (NULLA POENA SINE CULPA):

Este principio significa que la pena debe fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. De ahí que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, y que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

7. PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA:

(Artículo 5 literal “H” LMI)

Este principio está en íntima relación con el principio del contradictorio, establece que es esencial la presencia del defensor en todos los actos procesales desde el mismo momento en que al sujeto se le imputa la comisión de una infracción, a fin de garantizar el respeto a sus derechos; a la presencia de sus padres, quienes deben ser informados desde el momento de la detención durante todo el proceso; aportar pruebas, a ser escuchado, apelar las decisiones de los jueces y a solicitar la revisión de las medidas.

8. PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN:

(Artículo 5 literal “N” LMI)

Este principio significa que todo acto del Juez, ya sean interlocutorias, de impulso o de decisión, será impugnabile, es decir que haya una posibilidad de recurrir ante un órgano superior. Además, habilitar el Habeas Corpus u otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privación de libertad o su prolongación.

9. PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA:

Implica que las garantías al menor en el sistema penal (policía, procesal y ejecución de medidas) deben respetarse. Prohíbe medidas restrictivas o derechos en reglamentos y en la praxis de las instituciones policiales, judiciales, administrativas y de ejecución de medidas.

10. PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD:

(Artículo 5 literal “F” LMI)

En todo Estado de Derecho se da la unidad de la Jurisdicción. La

jurisdicción especial de menores debe estar adscrita al Órgano Judicial por lo que la jurisdicción de menores está regida por los principios de juez natural, independencia e imparcialidad.

11. PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN:

(Artículo 5 literal “D”, “E”, “I” LMI)

La detención provisional o definitiva debe ser el último recurso cuando no es posible imponer otras medidas alternativas y debe definirse la duración de la misma.

12. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS:

Se deben crear y desarrollar mecanismos de control judicial de las medidas privativas y no privativa de libertad impuestas a los menores, garantizar el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales de los menores privados de libertad, garantizar el debido proceso para la aplicación de las sanciones disciplinarias al interior de los regímenes de internamiento.

13. PRINCIPIO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD:

(Artículo 5 literal “L” LMI)

Este principio no implica someter a los menores a la jurisdicción penal de adultos, sino que reconoce que la reinserción social depende de la conquista de la identidad personal y social de éste a través de la recepción de la autoestima. El menor debe ser ayudado a conquistar autónomamente la salida del circuito penal fortaleciendo así su autoestima, ésta es la mejor prevención de las reglas sociales antes que la represión o la protección.

13.1 RESPONSABILIDAD POR EL HECHO:

(Artículo 5 literal “C” LMI)

Se rechaza toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal de acto. No es posible derivar responsabilidad de las características personales, sino únicamente de las características del acto. El menor sólo debe ser sometido a medidas previamente establecidas por la ley y por hechos constitutivos de delito y falta, previamente definidas como tales en la legislación penal.

13.2 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:

Ausencia de intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor hagan innecesarias o perjudicial para su desarrollo psicoeducativo la adopción de cualquier sanción. Se debe eliminar del proceso todos los casos que no tengan relevancia social. Si procede, el juez debe aplicar medidas alternativas al internamiento.

13.3 PRINCIPIO DE ADECUACIÓN DE LA RESPUESTA A LA PERSONALIDAD DEL MENOR:

(Artículo 5 literal “C” LMI)

La adecuación de la respuesta penal a la fase evolutiva del menor implica tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, las condiciones familiares, personales y sociales del menor por lo que se debe aplicar amplias y flexibles medidas educativas y susceptibles de ser llevada a cabo en el propio ambiente del menor. Por lo que debe promover la participación social y familiar en la selección y ejecución de la medida.

13.4 PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA:

(Artículo 5 literal “K” LMI)

Deben establecerse relaciones entre el menor con la víctima y con el daño causado, que permite la responsabilidad del menor a restituir y

compensar el daño social o individual. La restitución, la conciliación es un mecanismo establecido en la ley con esta finalidad.

14. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA FINALIDAD DEL PROCESO Y A LA FINALIDAD DE LAS MEDIDAS:

Conociendo la finalidad del proceso y de las medidas se permite realizar su control y seguimiento continuo, evaluando la calidad y eficacia de los resultados de las medidas y del proceso mismo.

14.1 PRINCIPIO DE ADECUACIÓN DE LA MEDIDA:

Además de adecuarse la medida a la personalidad del menor, reconoce el establecimiento de mecanismos de control y seguimiento a los resultados de la medida, que permiten la revisión y el cambio de las medidas por el no-cumplimiento de la finalidad propuesta o por ser contrario al proceso de reinserción social del menor.

Se garantiza al menor la información necesaria sobre el trámite procesal y la imposición de la medida para que éste comprenda el proceso. Supone, también, la no-interrupción de los procesos educativos en que se encuentra.

14.2 PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN EDUCATIVA DEL PROCESO:

(Artículo 5 literal “G” y “M” LMI)

El proceso penal de menores tiene una finalidad educativa. El menor debe ser informado sobre el significado de cada una de las acciones judiciales, incluyendo la explicación y el sentido de cada resolución jurídica.

Se tratará que las medidas sean tomadas en cooperación y consentimiento del menor.

14.3 PRINCIPIO EDUCATIVO DE LA RESPONSABILIDAD:

La medida a imponer es socioeducativa por lo tanto se debe educar en base a responsabilidad, es decir haciéndole ver al menor el daño que ocasiono, para luego imponerle una medida, tratando de que esta le ayude para reinsertarse a la sociedad.

14.4 PRINCIPIO DE MÍNIMA OFENSIVIDAD DEL PROCESO:

Se establece un procedimiento rápido. Limita el tiempo establecido entre la comisión de la infracción y la elección de la medida al más corto tiempo posible. La indagación preliminar y de investigación han sido limitados.

Se consagra la posibilidad de extinguir la acción y terminar el proceso por el éxito de la medida. Se han diseñado alternativas a evitar los efectos de una sentencia condenatoria.

14.5 PRINCIPIO DE NO ESTIGMATIZACIÓN:

Se prohíbe publicar datos relacionados a la identidad del menor, la no-publicidad de las audiencias y el no registro de antecedentes judiciales.

14.6 PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:

La Justicia para menores debe ser ejercida por magistrados especializados:

El Juez, los Fiscales, Procuradores y Operadores Judiciales debe tratarse de personas especializadas. Debe procurarse una formación profesional tanto en Derecho como en disciplinas psicosociales.

El Artículo 40 con sus respectivos literales de la Convención sobre los Derechos del Niño hace alusión a todo este tipo de principios y garantías.

14.7 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

(Reglas Mínimas de las Naciones para la Administración de Justicia de Menores-Reglas de Beijing No. 5.1)

Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. Las respuestas a los jóvenes delincuentes no sólo deberán basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Este principio se sustenta sobre la base de que toda medida o sanción que se imponga debe ir en armonía y de acuerdo a la dimensión de delito cometido; la acción u omisión debe corresponder a la sanción que se ha de imponer.

Luego de haber hecho un recuento y de mencionar alguna reseña, tanto de los principios de las penas, como de los principios que la Ley del Menor Infractor establece, se torna más fácil entender la relación que éstas dos áreas de la ciencia penal tienen; ya que los principios de la pena los establece el Código Penal que es el medio de tipificar el Derecho Penal lo que se convierte en la base o el fundamento de lo que establece la Ley del Menor Infractor donde se incluyen las garantías y principios para regir las infracciones que los menores de edad cometen; entonces es claro observar que el proceso penal de menores al imponer las medidas socioeducativas lo que hace es retomar los principios, bases y garantías que el proceso penal de adultos tiene para la imposición de las sanciones penales; y entonces, a su vez la Ley del Menor Infractor los moldea y adapta al proceso penal creado para los menores, por tratarse de una rama del derecho penal especialísima, es decir que en este proceso se toman en cuenta todo el cúmulo de garantías y principios ya anotados con mayor y estricto apego a la ley porque está en juego la formación de la futura figura adulta.

Todos estos principios fundamentales que implican el involucramiento de un menor en un proceso penal se han regulado así porque sobrevienen también de la legislación internacional, es decir que todo tiene su estricto apego a los ordenamientos legales que la comunidad internacional adopta para una correcta y justa convivencia de la sociedad en el ámbito mundial. Así por ejemplo podemos mencionar que sobre dichos principios la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 establece muy claramente en sus Artículos. 37, 39 y 40, en donde elabora una recopilación de derechos y garantías que el menor debe ejercitar al tener un conflicto con la ley penal.

Así mismo podemos referirnos a la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A, de 10 de diciembre de 1940, que en sus artículos 5, 9, 10 y 11 hacen referencia a éstos principios básicos.

En cuanto a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing) éstas se pronuncian sobre los principios siguientes:

La Regla 7 habla de los Derechos de los Menores, la Regla 8 de la protección de la intimidad, la Regla 10 hace alusión a la investigación y Procedimiento, la Regla 15.1 sobre el Asesoramiento Jurídico y Derechos de los Padres y Tutores.

Respecto al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de Diciembre de 1966 se pronuncia al respecto en los artículos y párrafo 3, 10, 14 y 15 entre otras disposiciones que se han vuelto de vital importancia en la legislación minoril salvadoreña, debido a que se ha reconocido en la actualidad.

En las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD), las reglas 52, 53 y 54 establecen que en los Estados donde se conozcan éstas directrices haya una legislación especial que proteja y garantice el derecho minoril, creando medidas que

favorezcan el desarrollo integral del menor que garantice el respeto a sus derechos fundamentales y a que se juzgue en condiciones acordes a su desarrollo social, así como también que se le reconozca y fomente su formación y protección integral.

En éste sentido también la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, (San José, Costa Rica 1969) establece que según el artículo 15 numeral 5 y el artículo 19 han dado lugar a la creación de tribunales especiales para menores; separación de los menores infractores de los menores adultos; todo menor tiene derecho a ser protegido aunque éste entre en conflicto con la ley; y que todo menor tiene derecho a la aplicación de medidas de protección que su condición demande.

Con estos principios, podemos percibir más fácilmente la conexión y el enlace entre los dos tipos de sanciones penales, ya que la pena le da a la medida los lineamientos y los parámetros básicos sobre los cuales ésta debe aplicarse, éstos lineamientos son garantistas y pretenden que los procesos se ventilen de acuerdo y con estricto apego a la ley; entonces es importante dar por sentado que en éste caso tanto penas como medidas socioeducativas no presentan diferenciación, por el contrario las garantías de la Ley del Menor Infractor se equiparan en la medida de la legalidad a las garantías que establece el Código Penal. Es de considerar que los principios fundamentales de la pena son totalmente válidos para las medidas socioeducativas, y ésta validez se ve aumentada y mayormente visible en el especial proceso penal de menores, para el cual por tratarse de personas que están sufriendo una interrupción en su desarrollo social deben ser más específicas y especiales con lo que se pretende un mayor aprovechamiento de la intervención judicial para lograr reubicar y resocializar a un joven que infringe la ley penal en la sociedad. Además de determinar esta conexión entre la pena y medida, podemos también encontrar principios que se tornan diferentes o específicos cuando se está hablando de un joven, ya que se trata de proteger a este en su desarrollo

integral, haciendo necesario ciertos principios que logren garantizar el objetivo regulado en el artículo 3 de la Ley del Menor Infractor, tal es el caso del principio de No Estigmatización que lo podemos ver reflejado en el artículo 5, literal “b” el cual pretende que el menor no sea Etiquetado como un delincuente más, sino que al contrario evitar que la sociedad lo Estigmatice quitándole así las oportunidades de superación que este pueda logra; además este principio prohíbe el archivo de antecedentes en cuanto a las infracciones penales que cometan los menores, regulado en el artículo 30 L.M.I. y que al contrario del sistema penal de adultos que si se mantiene un control en cuanto a las infracciones que este ha cometido o no, privándole así de oportunidades, porque al poder buscar un trabajo y solicitar si tiene o no antecedentes penales, están determinando que el sujeto puede ser un peligro para ellos; evitando con ello para el menor este tipo de situaciones.

Existen así una serie de principios que pretenden garantizar el desarrollo integral del menor, considerándolo como un sujeto que está en pleno desarrollo de sus capacidades físicas y psíquicas, y por el contrario no considerarlo como un sujeto el cual al cometer una infracción es merecedor de un castigo para hacerle ver el mal ocasionado, sin buscar con ello su desarrollo integral dentro de la sociedad.

Ahora bien la aplicación de una medida socio-educativa a un joven en conflicto con la ley penal acompañada de todos los principios anteriormente mencionados tiene como fin primordial la educación, ya que se pretende educar en responsabilidad, objetivo que no necesariamente se debe lograr a través de una vía judicial, pero que se maneja así porque se comete un delito, es decir se infringe la ley. Se le pretende responsabilizar al joven a través de la educación porque en la mayor parte de éstos casos son por falta de ésta que se cometen dichas infracciones; y al mismo tiempo, porque es uno de los principales y básicos derechos, y una garantía mínima de la cual gozan todas las personas sin ningún tipo de distinción; además la educación es un mecanismo a través

del cual un joven puede tener un mejoramiento en su desarrollo y un más amplio acceso a la sociedad, por medio de conocimientos de determinada área o asignatura para lograr obtener un buen empleo y poder ocupar un importante lugar en la sociedad.

A continuación haremos alusión al proceso de aplicación de las medidas aplicadas al joven en conflicto con la ley penal; que la Ley del Menor Infractor prescribe, haciendo una breve reseña de ello:

El proceso de menores tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, su autor o partícipe, y ordenar la medida correspondiente. La investigación consiste en realizar todas las diligencias para fundamentar los cargos por parte del Fiscal y preparar el ejercicio de la acción. Además, como ya lo decíamos, el procedimiento tiene como finalidad educar al menor con responsabilidad sobre su comportamiento (Art. 22 LMI.)

El proceso es oral, en forma sencilla y breve basado en los principios del sistema acusatorio, permitiendo los principios del contradictorio, intermediación y concentración. Los Tribunales cuentan con personal multidisciplinario encargado de realizar el estudio sicosocial del joven, base para que el Juez imponga la medida, de acuerdo a la personalidad y medio social del joven a fin de lograr su educación en personalidad y su reinserción en la familia, escuela y comunidad.-

En la vista de la causa, todos los indicios y evidencias recabadas durante la investigación del hecho delictivo son presentadas en ella, para que adquieran la calidad de prueba. Con la salvedad de la prueba anticipada y que sirve de fundamento para la resolución del juzgador.

Las actuaciones en contravención a lo dispuesto serán nulas; pero durante el procedimiento se puede dejar constancia escrita de todo lo que la Ley expresamente señala; como sería el caso del acta de conciliación o del resumen del acta de celebración de la vista de la causa.

El proceso respeta la vida privada del joven, sancionando a las personas

que divulguen los hechos en que se involucre a menores de edad, especialmente a los funcionarios y a los responsables de los medios de comunicación.

La ausencia del joven en el proceso seguido en su contra, produce el efecto de suspenderlo, pues no tiene objeto su continuación, al no poder determinar que la medida cumpla su finalidad educativa, pero realizarán todas las diligencias necesarias para su localización determinando su domicilio y su residencia (Art. 27 LMI.)

Es prohibido a los organismos administrativos con funciones policiales, conservar antecedentes de jóvenes en éstas instituciones (Art. 30 LMI.)

El joven no podrá ser obligado a declarar, ni hacerlo contra sí mismo, ni ser sujeto de interrogatorio sobre su participación en los hechos por autoridad policiales. Deberá declarar ante Juez o Fiscal con la presencia del defensor particular o procurador de menores y el Fiscal, en el primer caso (Art. 31 LMI.)

Se debe realizar un estudio sicosocial del joven en todo procedimiento, que se tendrá en cuenta por el Juez al dictar la resolución, pero en ningún caso es vinculante (Art. 32 LMI.)

En el proceso de menores son admisibles los medios probatorios del Código Procesal Penal, y la valoración de las pruebas, se harán con las reglas de la sana crítica (Art. 33 y 41 LMI.)

La Ley establece medios ágiles para la satisfacción de los intereses de la víctima u ofendido: la conciliación, la exigencia de reparación del daño causado como presupuesto indispensable para la renuncia de la acción por la Fiscalía General de la República o la remisión. Todas sus causales de terminación anticipadas del proceso. (Art. 36-38, 59-65 LMI.)

La ley faculta a la Fiscalía General de la República para terminar anormalmente el proceso con criterios de oportunidad tendientes a facilitar la adecuada reinserción social del menor y a evitar el perjuicio que genera la estigmatización del proceso judicial; y permite un amplio desarrollo del principio

de necesidad de la Medida.

La conciliación es una aplicación del criterio de oportunidad, que permite que las partes solucionen pacíficamente el conflicto. Son conciliables todos los delitos y faltas, excepto aquellos que afecten intereses difusos de la sociedad. Se respeta tanto el interés superior del menor, como los derechos de la víctima u ofendido. Al cumplirse lo acordado conlleva a la finalización del procedimiento civil y penal, se puede celebrar ante la Fiscalía General de la República y el Tribunal de Menores. El Fiscal y el Juez intervienen en el proceso como terceros imparciales que orientan a las partes, pudiendo proponer fórmulas de arreglo, pero no imponerlas.

La conciliación es una renuncia a la investigación penal y trae beneficio para ambas partes. Al menor le implica la conclusión del proceso y la víctima recibe inmediatamente la reparación del daño causado. Se fundamenta en la responsabilidad del primero y el consentimiento del segundo. Se pretende únicamente reparar el daño.

La renuncia de la acción es otro criterio de oportunidad. La Fiscalía General de La República se abstiene de formular cargos contra el menor, cuya pena mínima no exceda de tres años; para ello se tomará en cuenta las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron y la reparación del daño causado si es parcial, pero es obligatorio la renuncia de la acción si la reparación del daño es total.

Otra terminación anormal es la remisión (otro criterio de oportunidad) y faculta al Juez no continuar el proceso si el delito se sanciona con pena cuyo mínimo no exceda de tres años. Su valoración es sobre la base de la sana crítica, el grado de responsabilidad del menor y la reparación del daño causado. Pero es necesario el acuerdo de las partes, permite que la comunidad se involucren activamente en la solución de la problemática de los niños.

La cesación del proceso puede decretarse sobre la base de que se compruebe la existencia de cualquier excluyente de responsabilidad; si se

tratare de delitos privados o perseguibles sólo a instancia de parte y que opere el desistimiento del ofendido que impida la continuación del proceso; y cuando la acción no debía haberse iniciado o no deba proseguir por cualquier causa legal.

2.2 FUNCIÓN DE LA PENA

Santiago Mir Puig afirma que el Derecho Penal es un Estado Social y democrático de Derecho que debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, mediante la prevención de delitos, con arreglo a los principios de exclusiva protección de los bienes jurídicos y de proporcionalidad. La pena, que en ningún caso podría responder a una concepción retributiva, ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social, asegurando su buen funcionamiento a través de la prevención de hechos que atenten a los bienes fundamentales de los ciudadanos. En definitiva, una interpretación que aunque no desconoce los límites propios del Estado de Derecho, se apoya sobre todo en la componente social.

La función de la pena puede ser mejor ilustrada en el artículo 27 inciso 3 de la Constitución de la República que literalmente dice: “El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”.

Hay quienes le asignan una función resocializadora a las penas como ha observado Octavio de Toledo, que la resocialización sea un derecho y no una obligación no impide mantener que las penas se prevean, se impongan y se ejecuten teniendo en cuenta la eventualidad de su posible ejercicio por parte del penado; que se aluda sólo a las privativas de libertad se explica así mismo si se considera que éstas son las que están en mejores condiciones para cumplir una auténtica función resocializadora; que nada significa, a éstos efectos, que la misma finalidad se reconozca a las medidas de seguridad; en fin que el

reconocimiento del principio de legalidad no impida la vocación resocializadora de las penas privativas de libertad, pues precisamente por ser una “orientación”, no exige la indeterminación de la pena, este autor al mismo tiempo considera que no puede considerarse que la resocialización se entiende como concepto de relación entre sociedad e individuo, se concreta en la recuperación de las reales posibilidades de participación en la vida social del individuo condenado.

Al hablar de retribución, se hace referencia a una noción “Desmoralizada” del término que es casi como el intercambio “moralmente no valorado” de equivalentes, que se anuncia para la realización de un comportamiento y que habrá que “pagar” si llegado el caso resulta descubierto y condenado su autor. El hecho de que la pena sea un mal que se impone como consecuencia de la previa realización del comportamiento a que aparecía conectada, pone claramente de manifiesto que se trata de una consecuencia jurídica que encuentra en el delito su antecedente necesario, en este sentido, la retribución es su carácter básico pues constituye una relación lógica ineliminable del concepto de pena. Pero la retribución es esto y algo más. Un algo más que parece vinculado a la idea de castigo que la pena conlleva. Y es que no puede olvidarse que la pena cumple también una función de satisfacción psicológico-social con relación a la víctima y sus allegados y los ciudadanos en general, sin que se vea la razón de que no se tenga en cuenta tal efecto, llámesele retribución o como se quiera, junto a otras eventuales funciones.

Pero la pena, siendo retribución en el sentido expuesto, se aplica para cumplir unos determinados fines. No se castiga para realizar ninguna justicia mística, ni para satisfacer un ideal superior y absoluto, sino porque hay una política criminal que ejecutar, que deberá asegurar un orden social que se quiere mantener; sin perder nunca de vista que se trata de una “amarga necesidad” en una sociedad de hombres imperfectos. El matiz posiblemente pueda estar en el hecho de que dentro de los objetivos de esa política criminal racional que debe realizarse, el castigo de los comportamientos delictivos es

uno de los objetivos que deben perseguirse; por lo que la retribución no sólo que no es incompatible con las finalidades preventivas, sino, por el contrario, algo necesario para su logro; en definitiva la llamada prevención “compensadora”, “integradora” o “estabilizadora” de la conciencia jurídica general³⁸.

A continuación estudiaremos las Teoría de la pena que explican e ilustran de mejor manera los fines que ésta persigue.

2.3 TEORÍAS DE LA PENA

2.3.1 TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA:

Estas teorías tal y como su nombre lo establece son categóricas y definitivas en sostener que la pena es la medida que corresponde al delito y que quien ha violado la ley debe ser castigado. De acuerdo a los lineamientos de las teorías absolutas cabe recordar que consideran a la pena como un fundamento justificado del castigo que radica este en la condigna retribución de la violación del derecho cometida por el delincuente. Se aceptan sólo razones de tipo retributivo y la idea de retribución presenta tantas variantes como cuantas concepciones existen acerca de la naturaleza de la obligación violada por el delincuente.

A éstas teorías también se les llama teorías clásicas, no tanto por su antigüedad, sino porque de un modo especialmente claro y contundente fueron formuladas por los más ilustres representantes del idealismo alemán Kant y Hegel. Esta teoría entiende que la pena se impone “porque se ha delinquido” (quia peccatum est) y en consecuencia atiende al pasado.

Estas teorías son aquellas para las que la pena es la medida que

³⁸ GONZÁLEZ RUZ, JUAN JOSÉ. Teoría de la Pena y Constitución” Estudios penales y civiles VII, Santiago de Chile 1984. Págs. 261 262, 265, 266 y 268.

corresponde al delito. Quien ha violado la ley, debe ser castigado.

Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios religiosos, morales y jurídicos.

A) RETRIBUCIÓN DIVINA:

La relación delito-pena está dada por Stahl, por el orden moral de las cosas, merced al gobierno divino del mundo. Para este autor, el Estado no es una creación humana, sino la realización temporal de la voluntad divina. La pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema.

B) RETRIBUCIÓN MORAL:

Sostienen sus partidarios la existencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa.

Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de Kant, quien da como fundamento del derecho de reprimir el imperativo categórico del deber. Es exigencia indispensable de la ley la necesidad absoluta de razón.

Kant se niega a aceptar que la pena pueda perseguir un beneficio para la sociedad o para el delincuente: “debe aplicarse siempre por la sola razón de que se ha delinquido”. La justicia es lo único que da valor a la vida humana sobre la tierra –dice Kant-, por lo cual, si una sociedad se disolviera por el común acuerdo de sus miembros el último asesino que quede en una cárcel deberá ser ejecutado para que cada cual lleve la pena de su delito, y ésta no caiga sobre el pueblo que olvidó aplicar la pena merecida, “porque en este caso podría ser considerado como un cómplice de semejante violación de la ley”.

Para Kant lo esencial en la pena es la justicia, entendida como exacta retribución del mal causado; por eso afirma que cualquier mal inmerecido que a otro se haga, es como hacérselo a sí mismo: “Si robas, te robas. Si golpeas, te

golpeas. Si matas, te matas.” Es el juego de la absoluta retribución Talional.

C) RETRIBUCIÓN JURÍDICA:

Es Hegel quien formula esta doctrina, con estructura de sistema, Para este autor, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una aparente destrucción del derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica. El derecho es invulnerable; el delito no puede llegar a destruirlo, pues cuando tal cosa se intenta, atacando los derechos de los demás mediante la violencia, se provoca la violencia en la ley, y el delincuente sucumbe en ella.

El hecho del delincuente se vuelve contra él a través de la pena; por eso, cuando realiza el delito por su propia voluntad, quiere la violación del derecho, que es tanto como si quisiera la pena³⁹.

La norma es para Hegel que la propia conducta ha de aplicarse al autor de un delito, sin que tenga, por consiguiente, motivo alguno para quejarse.

Vuelve Kant y dice que la pena jurídica no puede jamás ser considerada simplemente como medio para realizar otro fin; sea para el propio infractor o para la sociedad civil, sino que debe serle infligida solamente porque él ha cometido un crimen. La pena justa será aquella que produzca un mal sensible igual al causado por el delito.

La formulación de Hegel difiere de la de Kant considerablemente. Para Hegel la consideración del delito y de la pena como sendos males sensibles es puramente superficial: desde este punto de vista nos dice, se puede ciertamente, juzgar con irracional querer un mal meramente porque ya existe otro mal; y esa consideración superficial del mal en que la pena consiste y del bien que se pretende alcanzar con ella (prevención, intimidación, escarmiento,

³⁹ FONTÁN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Parte General, 2ª Edición corregida y actualizada, Segunda Reimpresión. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Págs. 194-195.

corrección, etc.) es, según Hegel, improcedente pues “no se trata meramente ni del mal, ni de éste o aquel bien, sino claramente de lo injusto y de la Justicia”

Las diversas consideraciones que corresponden a la pena como apariencia y a su relación con la conciencia particular y que tienen en cuenta las consecuencias sobre la representación (intimidar, mejorar, etc.) son ciertamente de esencial consideración sólo respecto a la modalidad de la pena; Pero presuponen la fundamentación de que él oponerla es justo en sí y por sí”.

La retribución constituye el fundamento justificativo único, tanto del castigo en general, cuanto de la pena particular impuesta al delincuente concreto. Los fines de la pena sólo podrían determinar la clase de mal sensible a través de la cual haya de materializarse un castigo valorativamente igual a la ofensa⁴⁰.

Hegel dijo en apoyo de su concepción que la pena es “negación de la negación del derecho”, negándose con ella la “voluntad general del ordenamiento jurídico. Esto significa que el Estado le niega derechos al individuo como: salud, trabajo, educación, vivienda, etc. y cuando como consecuencia de ello delinque, le atribuye y le sigue negando derechos, por ello Hegel dice que la pena es negación de la negación del derecho.

Ahora bien ésta teoría absoluta excluye cualquier finalidad del concepto de pena pública de allí deriva su nombre, y tiene además un carácter represivo en la medida que se limita a compensar o retribuir el hecho ilícito cometido. Su sentido reside en el restablecimiento del ordenamiento jurídico, en la realización de la justicia. Se considera que una teoría de esta clase es ajena, a las necesidades del mundo actual y negadora de la condición de ser humano. Conforme a las teorías absolutas, la pena pública impone intencionalmente un mal lo cual aplicado a la realidad así viene a constituirse; sin poder justificar si este mal favorece a alguien, al condenado, a la sociedad o la víctima, esta

⁴⁰ ARRIETA GALLEGOS, MANUEL. Lecciones de Derecho Penal. Pág. 69

teoría lo que pretende conseguir es una negación de la justicia, no acarrea interés para el condenado, a la sociedad o la víctima, esta teoría lo que pretende conseguir es una negación de la justicia, no acarrea interés para el condenado, es una teoría fuera de forma que no le trae ningún beneficio al hombre.

Los textos de Kant y Hegel, deben entenderse como productos de la polémica que dichos filósofos mantenían contra la concepción relativista de la pena que dominaba en su época, a la que Hegel reprochaba porque trataba al condenado como un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y libertad. También Kant criticaba que el condenado pudiera ser utilizado como un simple medio de las intenciones de otros.

Las teorías absolutas, por lo menos tal como se han planteado en este siglo, no han sido tan absolutas como sus textos dan a entender; ciertamente han mantenido la negación del delito y la realización de la justicia como fines de la pena, pero con matizaciones muy próximas a las modernas teorías funcionalistas tales como la teoría del Garantismo penal de Luigi Ferrajoli, la teoría sistemática de la integración-prevención de Jacobs. Precisamente, con la realización de la justicia la pena pretende alcanzar el respeto general de la ley, fortalecer el sentimiento de autoresponsabilidad o profundizar las concepciones morales de la sociedad, pues la realización de la justicia se funcionaliza vinculándose a fines sociales.

Estas teorías digamos que parten de un mal, pero no sin fundamento, Maurach sostiene que es un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento de un derecho. El mal de la pena recompensa en virtud de una disminución del derecho, la usurpación del derecho origen propio del delito. Toda pena es por esencia retribución.

Atendiendo a lo anterior la finalidad principal de la pena se acepta en el castigo del hecho cometido. Kant concibió la pena como imperativo categórico que son categorías abstractas y filosóficas creadas y asumidas por la sociedad

ya que se considera que la norma penal es un imperativo del legislador, expresión de la voluntad del Estado que ordena e impone, por ello es un mandato e imperativo categórico y como tal una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria. La pena no se justifica porque sirve a la sociedad, y el castigo del individuo, que es fin en sí mismo.

Para Hegel el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la voluntad general representada por el orden jurídico con la voluntad especial del delincuente, concordancia quebrantada por el delito. Ello se consigue negando con la pena la previa negación de la voluntad general causada por la voluntad especial del delincuente⁴¹

De acuerdo con lo anterior la pena posee una reacción hacia el pasado, es decir a la acción delictiva cometida y no tiene una visión posterior; es lo que considera que realmente debiera ser; ya que el hecho ocurrió y ya hay un daño y un responsable que como consecuencia de aquel hecho se ha hecho acreedor a una pena, entonces deberá regir hacia el futuro, para reinsertarlo y resocializarlo de nuevo.

Por otra parte ningún sentido tiene añadir al mal del delito el mal de la pena, es muy debilitada la fundamentación de la pena en la retribución, ya que no tiene sentido retribuir, mediante el castigo, un comportamiento de la persona que responde a factores que ésta no puede controlar como lo son por ejemplo educación, salud, problemas económicos, desempleo, etc. Y una serie de problemas sociales por los cuales muchas personas se ven obligadas a cometer infracciones; entonces el Estado impone las penas y también este debe cumplir con todo lo que establece la Ley Primaria en cuanto a proveer acciones específicas para evitar retribuir a través de un castigo.

Considerando especialmente su expresión retribucionista, por ser más

⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, BORJA Y Otro. Las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Civitas, S.A. Tratados y Manuales 3ª Edición Madrid, España, 1996. Págs. 34 a 44.

moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del Derecho. Ahora bien, cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, esto es, implican una afección de bienes jurídicos y sobre esa base es que se plantea la posibilidad de adecuación relativamente precisa entre la medida de un mal y otro. A la intensidad de una afección de bien jurídico protegido por el derecho se responde mediante la afección en medida similar sobre lo que el sujeto requiere, para no ser expresión de puro autoritarismo, una justificación subjetiva, esto es, necesariamente hay que partir de un sujeto libre, capaz de decidirse entre el bien o el mal, o bien de reconocer el valor. Si la pena no ha de ser expresión del puro autoritarismo o de la pura fuerza del Estado, sino expresión del derecho, entonces el derecho ha de poder vincular obligatoriamente el comportamiento del individuo, lo que supone su libertad, su capacidad de reconocer el valor. Hay una clara correspondencia entre las teorías retribucionistas y las teorías imperativas de la norma.

El aspecto positivo de éstas teorías absolutas es su preocupación por la justicia, y por tanto la pena justa, tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad sólo se responde por el hecho y en cuanto el sujeto sea culpable.⁴²

Con todo lo anterior y observando a las medidas socioeducativas que la Ley del Menor Infractor contiene a la luz de las Teorías Absolutas de la Pena, damos por entendido que dichas medidas socioeducativas no cumplen el fin retributivo de estas teorías absolutas, es decir que todos los lineamientos y parámetros con los que se pretenden explicar las penas a través de este tipo de teorías no se observa reflejado en las medidas socioeducativas, ya que de acuerdo a las mencionadas teorías, las penas se deben imponer como castigo,

⁴² BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición aumentada y corregida y puesta al día. Págs.21 a 34.

como una retribución para hacer justicia a través de la imposición de un castigo, para hacer pagar al autor por el hecho ilícito que ha cometido.

Estas Teorías no se adaptan ni se equiparan al modelo de justicia penal juvenil que se está manejando en el ámbito internacional y a escala nacional, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que el fin de las medidas de la Ley del Menor Infractor es impuesta con fines socioeducativos, es decir de educar socialmente, ofrecerle al joven un ambiente de confianza, de formación adecuada para sus necesidades; el joven debe estar separado de las influencias nocivas de los adultos.

2.3.2 TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA:

Estas teorías pretenden dar una explicación de los fines de la pena mucho más distinto a la de las teorías absolutas ya que estas justifican el castigo por su utilidad, esto es, por los objetivos de prevención a los que debe estar dirigido, pretende evitar e impedir que una acción delictiva se cometa, por ello su fórmula es “porque no se delinca” (sed ne peccetur) ya que su visión está proyectada hacia el futuro, es por eso que son las que más se ejercitan en la actualidad, sus metas son las mejorías del delincuente (resocialización, prevención individual) o la intimidación de los potenciales delincuentes (prevención intimidatoria negativa), por citar algunos ejemplos.

Actualmente predominan tanto en la práctica como en teoría. Son además las que mejor se adaptan y son más aceptables en cuanto el paradigma de prevención. Por otra parte, tienen la ventaja de que incluyen la pena en el conjunto de los demás instrumentos del Estado que pretenden la defensa o el bienestar de los ciudadanos, dando así lugar a una concepción funcional del derecho penal.

La pena tiene capacidad para adaptarse y si se comete un delito se impone una pena para que vuelva a su estado anterior, bajo este criterio el sustento ideológico es que el Estado debe proteger al individuo o a la sociedad,

por lo tanto los fines de la pena deben estar previamente establecidos.

La finalidad específica de las teorías relativas es la prevención, se encuentra plasmada en el Artículo 27 inciso 3º de la Constitución de la República que dice así: “El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos”.

En cuanto a los fines de la pena, las posiciones teóricas fundamentales mantenidas en los dos últimos siglos, y todavía compartidas por amplios sectores de la doctrina, pueden agruparse en torno a la idea de retribución, de prevención o de la unión de ambas.⁴³

Estas teorías fundamentan la pena en su utilidad, e incluso en la necesidad de aplicarla para la subsistencia de la sociedad. La pena no tiende a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos. Las dos corrientes en que estas teorías se manifiestan son: prevención general y prevención especial.

La prevención general, defendida en su sentido moderno por Feuerbach, Filangieri y Bentham, supone como dice Antón, “la actuación de la pena frente a la colectividad”, es decir cómo se manifiesta la pena ante todos los miembros de una sociedad. La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan; en otra palabra opera como una coacción psicológica en el momento abstracto de la tipificación legal.

La prevención especial sostiene que el fin de la pena es como dice Antón, “la lucha contra el delito mediante la actuación sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir”, esta prevención está dirigida a un individuo en particular, pretende influir en él para que sepa el riesgo que corre y de lo que se hará acreedor si vuelve a cometer un delito.

⁴³ HASSEMER, WINFRED Y Otro. “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Páginas 151, 152 y 153.

Las teorías relativas se ven envueltas en consideraciones críticas. En cuanto a la prevención general, se dice que sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, puede llevar a extremos inadmisibles. La creencia de una política criminal y aún social adecuada, tendería a ser suplida por una exasperación del rigor penal, que podría acabar transformándose en auténtico error penal.

Contra la prevención especial, por su parte, se suele argumentar, que por sí sola, llevaría al intolerable resultado de impunidad, incluso de delitos muy graves, cuando el delincuente no precise ser intimidado, reeducado o convertido en un ser inofensivo, pues en éstos casos dejan de existir los peligros de reincidencia, la prevención especial obligaría a una inadmisibile inofensividad perpetua.

No obstante las anteriores críticas, se toman en mayor consideración a las teorías relativas independientemente de cómo operarían, ya que se hace notar que tienen una visión más realista y más acertada porque le dan un sentido de evitar y prevenir nuevas acciones delictivas, poniendo de manifiesto las penas a las que las personas que infrinjan la ley se harán acreedores; es decir que éstas teorías representan cierto grado de utilidad, ya que rigen hacia el futuro, dicho de otra forma con la pena según éstas teorías pretenden impedir nuevos hechos delictivos; Las cuales pueden ser efectivas si se maneja una política criminal acertada y adecuada para la situación de cada sociedad de determinado país.⁴⁴

La pena ha de ser racional, que es lo propio de los hombres, y por tanto perseguir que otros hombres no delincan, o la enmienda del sujeto al cual se aplica. Las teorías relativas o de prevención no se preocupan entonces del fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena?. En forma amplia se puede decir que dos son las corrientes principales: la prevención general, que

⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, BORJA .Ob. Cit. Pág.38

como señala Antón Oneca es una “advertencia a todos para que se abstengan de delinquir”, en el fondo un “escarmiento en cabeza ajena”, y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.⁴⁵

Se preocupan por el fin que con la pena se persigue; no consideran su fundamento, sino para qué sirve la pena; es decir, le otorgan una función utilitaria y sostienen que la pena es necesaria para preservar ciertos fines sociales. A diferencia de las retribuciones, éstas no ven en la pena un castigo por el delito cometido, sino un instrumento que sirve para prevenir delitos futuros.

Las tesis retribucionistas entiende que la pena se impone “porque se ha delinquido” (quia peccatum est) y en consecuencia, atiende al pasado. La teoría de la prevención mira al futuro: “para que no se delinca” (sed ne peccetur) será su fórmula.

La prevención se divide en dos clases, según el objeto principal al que se destine la pena: prevención especial, si se ocupa del delincuente que en concreto ha cometido la infracción criminal, posibilitándose se reforma posterior; y general si se dirige a la sociedad en su conjunto, por un lado advirtiéndola con el castigo a los infractores que esta no tiene sino el reproche legal (prevención general específica), y por otro, creando en ella la confianza en el ordenamiento jurídico punitivo y su consolidación (preventivo general genérico).⁴⁶

Las teorías relativas se denominan así, tomando en cuenta su finalidad de prevención que es relativa, a diferencia de la justicia, considerada como absoluta.

⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ. Ob. Cit. Pág. 160

⁴⁶ GARCÍA VALDES, CARLOS, Ob. Cit. Pág. 25

- PREVENCIÓN GENERAL

Bentham dice que lo que justifica la pena es su utilidad, mejor dicho, su necesidad. La utilidad de la pena deriva de su actitud como instrumento de prevención general, que se realiza tanto a través de la amenaza de la pena, cuanto por medio de su efectiva ejecución. La prevención general es el fin principal de las penas; es también su razón justificativa.⁴⁷ Esta prevención es el efecto disuasorio respecto a la comisión de los delitos que la pena ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos, tiene lugar por medio de dos mecanismos fundamentales: la intimidación que el mal de la pena representa sobre la conciencia de los miembros de la sociedad, se impone la pena con una finalidad y a partir de allí lo que se hace es disuadir a delincuentes y se dan en una teoría de coacción psicológica que quiere decir que hay que condenar (prevención general intimidatoria o negativa); y la educación, dado que la reprobación y el reproche de las violaciones del derecho expresado en la pena pueden penetrar en la conciencia ciudadana, reforzando al respeto el ordenamiento jurídico; aquí lo que se pretende es robustecer la prevención general positiva de las normas jurídicas, en la conciencia social a través del veredicto manifestado por la pena (prevención general integradora o positiva)⁴⁸. En este planteamiento está ausente todo límite del *ius puniendi* esta circunstancia se torna sumamente peligrosa al respecto de los derechos ciudadanos en un Estado de Derecho. El mensaje que se envía a la sociedad es que el sistema es positivo que sí trabaja y que si un individuo delinque será sancionado.

La prevención general es efecto de la imposición de la pena y de su aplicación, la que según la expresión común y justa, sirve de eje; porque la pena padecida por el delincuente ofrece a los demás un ejemplo de lo que

⁴⁷ Ibidem: Pág. 30

⁴⁸ Ibidem: Pág. 41

sufrirían si cometiesen el mismo delito.

No considerando el delito pasado, sino como un hecho aislado que no puede ocurrir de nuevo, la pena sería inútil porque sólo serviría para añadir un mal a otro; pero cuando se considera que un delito no castigado abriría la puerta no sólo al mismo delincuente, sino a todos los que tuviesen el mismo motivo y ocasión para cometerlo, se conoce que la pena aplicada a un individuo sirve de salvaguardia universal. La pena que como vil en sí misma repugna a todos los sentimientos generosos, se eleva a la primera clase de servicios públicos cuando se mira no sólo como un acto de ira o de venganza, contra un criminal, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general.⁴⁹

La prevención general ejercida por la pena, actúa sobre la generalidad de las personas, para que éstas se abstengan de delinquir; es decir, constituyen una suerte de amenazas de parte de la ley. Y para que esa prevención no se convierta en un terror penal, la amenaza está limitada por una serie de principios que restringen el poder penal y hacen que la pena sea razonable y proporcional al delito cometido.

Se critica a esta prevención el hecho de que para mantener controlada a la sociedad utiliza el miedo; de esta forma, no elimina el hecho ya producido, ni tampoco puede impedir que en el futuro se den otros.

- PREVENCIÓN ESPECIAL:

Von Liszt califica su propia doctrina como ecléctica. Él sustenta un concepto retributivo de pena y por otra parte, reprocha a las teorías puramente relativas su unilateralidad. Para este autor “la pena correcta o justa es la pena necesaria”; y necesaria es la “pena-fin” o “pena-defensa”, orientada a la tutela de bienes jurídicos. Pero la necesidad de la pena se mide por Von Liszt con criterios de prevención especial, según los cuales han de imponerse para

⁴⁹ BENTHAM. JEREMIAS. “Teoría de la Pena y de las recompensas”.

resocializar al delincuente necesitado y susceptible de reeducación, para intimidar a aquellos en que no concurra dicha necesidad y para neutralizar a los incorregibles.⁵⁰

La prevención especial consiste en impedir u obstaculizar la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió y respecto al que por lo tanto, no fueron suficientes los mecanismos preventivo-generales. Tal clase de prevención se halla fundamentalmente ligada a la fase ejecutiva de la pena y tienen lugar a través de la intimidación o escarmiento resultante de la ejecución de la pena, de la educación o corrección del delincuente, para adaptarse a una vida social respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico.

La prevención especial por medio de la corrección establece reeducación y reinserción social. Pero si se da una coacción física (prisión) que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos hechos delictivos; hay un criterio preventivo llamado: Prevención especial positiva, que es la remoción de la disposición psíquica que no conduce a la delincuencia es decir, por un lado nos protegemos porque lo recluimos en prisión, pero por otro lado se le induce a que no debe cometer más delitos.

A ésta se debe una serie de instrucciones que posibilitan la no-ejecución de la pena, en forma total o parcial, en el caso de delitos considerados de menor gravedad, siempre que las características del delincuente lo permitan.

A ésta forma de prevención responde la idea de que las prisiones deben tener una función de resocialización, se encuentra presente en la legislación salvadoreña, aunque en la práctica tal propósito no llegue a hacerse realidad por diferentes razones.

La prevención especial es muy criticada por diversos autores los cuales sostienen que, en algunos casos, la pena no es necesaria, y en otros se vuelve imposible: incluso en los Estados democráticos puede llegar a ser ilícita, ya que

⁵⁰ ARRIETA GALLEGOS, MANUEL. Ob. Cit. Pág. 90.

a ningún sujeto que haya sido penado se le pueden imponer medidas resocializadoras en contra de su voluntad. Ello no impide que quien haya delinquido reciba su castigo ya que el derecho penal tiene por finalidad general la convivencia humana y específicamente la protección de bienes jurídicos.⁵¹

Con lo planteado hasta éste momento sobre las Teorías Relativas de la Pena nos acercamos de forma más correcta y acertada a las medidas socioeducativas de la Ley del Menor Infractor, ya que éstas teorías desarrollan un mejor papel en el amplio ámbito de la aplicación de las sanciones penales, son las que de mejor manera se pueden adaptar a las legislaciones penales actuales, porque van de la mano con los nuevos modelos y las expectativas de buscar un más correcto y acertado sistema penal. Dichas teorías como se explican anteriormente, difunden la idea de prevención, es decir de preparación y precaución para evitar el surgimiento de futuros hechos delictivos, o de futuros individuos infractores de la Ley.

Dejaremos bien establecido que las medidas socioeducativas que la Ley del Menor Infractor contempla, se ajustan y se acomodan en la idea de prevención, tanto general como especial, porque las medidas socioeducativas al igual que las penas, persiguen sancionar y dar un escarmiento al individuo que cometió u omitió el hecho delictivo, persuadiendo a los demás jóvenes a no atreverse a infringir la ley, porque de ese modo serán igualmente sancionados.

En este caso de la prevención general hay un especial y particular apartado que la Ley del Menor Infractor desarrolla, que es el de la Prevención General Positiva, porque las medidas pretenden enviar un aviso a la sociedad haciéndole saber que el Estado esta proveído de los mecanismos legales necesarios para protegerla, y que el sistema penal bajo el cual éstos funcionan es real, seguro y auténtico; y que si un joven comete un hecho infractor de la ley, se le impondrán a través de un procedimiento legal medidas

⁵¹ TREJO, MIGUEL ALBERTO. Ob. Cit. Pág. 57

socioeducativas que puedan resocializar su comportamiento.

En cuanto a la prevención especial es muy notorio también el equiparamiento y la comparación con las medidas socioeducativas ya que éstas procuran prevenir de manera individualizada y específica que un joven que se encuentra en conflicto con la ley penal y que se halla cumpliendo una medida vuelva a convertirse en un infractor de la ley, es decir que procura que éste joven no vuelva a ser punto de aplicación de la ley penal.

2.3.3 TEORÍAS MIXTAS, ECLECTICAS O DE LA UNION:

La lucha de las teorías anteriores dió como resultado una dirección ecléctica iniciada por Merkel, y que en esencia, admite la retribución, pero dirigida al objetivo de proteger a la sociedad, si bien pone el acento en aquella, en detrimento de los fines. Si en éste punto todas las teorías mixtas coinciden, las discrepancias nacen a la hora de precisar por una parte, a la relación entre la proporcionalidad y necesidades de prevención y, por otra, la importancia respectiva que corresponde, dentro de la prevención, a la general y a la especial. En cuanto a la primera cuestión, se tiende a asignar al derecho penal una función de protección, a la que el principio retributivo pondría los límites.

Mucho más compleja es la relación recíproca entre la prevención general-especial. La orientación doctrinal que defiende la doble función retributiva y preventiva del derecho penal actúa el papel de aquella por entender que ésta se deriva necesaria y lógicamente de la pena justa que brindan los principios retribucionistas. La prevención especial, en cambio, es reivindicada por los sectores preocupados no sólo por la protección de bienes jurídicos, idea propia de toda posición preventivista, sino también por la preocupación de la recuperación del delincuente.

Así mismo se dan las aportaciones de Schmidhauser y de Roxin que son las teorías de la “diferenciación” y “dialéctica de la unión” que respectivamente han elaborado, tienen en común la contemplación de los fines de la pena a

través de las diversas personas e instituciones que intervienen en su administración o a través de sus sucesivas fases: conminación, imposición y ejecución.

Estas pretenden unir a las teorías absolutas con las teorías relativas para darles una mejor respuesta; trata de conciliarlas pero en base a la objeción de Roxin de establecer que los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican, lo cual es muy cierto ya que ambas teorías poseen planteamientos diferentes que por sí solos cada uno provocan problemas o no dan mayor aporte; con mayor razón se agrandan más esos problemas al poner de manifiesto los errores en que caen.⁵²

Al respecto se sostienen posiciones superadoras que son:

- a. La prevención general positiva o bien integradora (Hassemer).
- b. Prevención especial democrática (Bacigalupo).
- c. Prevención general democrática (positiva limitadora) (Mir Puig).
- d. El interaccionismo de Callies (Callies).
- e. El planteamiento dialéctico de Roxin. (Roxin).

Las teorías eclécticas o de la unión, pretende unificar las teorías absolutas y las teorías relativas y justificar la pena tanto por su función retributiva como preventiva. Estas teorías sostienen que la pena es legítima siempre que sea justo y útil. Así, Roxin hace un planteamiento dialéctico, argumentando que el derecho penal actúa a través de la pena en diferentes momentos: primero se da la amenaza penal (prevención general, cuando el legislador prohíbe determinada conducta); luego, si a pesar de ellas alguien delinque, se le impone al autor una pena ya antes prevista (este es el momento retributivo); y, finalmente, si al ejecutarse la pena impuesta esta fuere privativa

⁵² BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Ob. Cit. Pág. 31.

de libertad surge la prevención especial que pretende la resocialización del delincuente.⁵³

Lo que las teorías eclécticas o de la unión establecen sobre los fines de la pena es correcto, es muy acertado su planteamiento en cuanto a que éstas atienden a una integración de las otras dos y retoman el planteamiento de cada una de ellas, conformando en sí los fines que la pena posee en las diferentes fases de su manifestación; En otras palabras incluye en su lugar lo que cada teoría propone y pretende dar una respuesta mucho más comprensible y más completa.

Con el correr del tiempo y desde sus inicios la teoría de la pena ha ido dejando a su paso una serie de concepciones y puntos de vista en los conocedores a ciencia cierta del Derecho, dichas concepciones y fundamentos tienden a ir retomándose conforme sean las exigencias de la sociedad dentro de la cual se ponen en práctica estas teorías que fueron creadas para explicar y esquematizar mejor la pena.

De acuerdo a lo anterior para efectos del desarrollo del presente capítulo se tiene como fin primordial hacer un enfoque de la pena y sus teorías y analizar las medidas aplicadas al menor en conformidad con la ley penal a la luz de la teoría de la pena; es decir, que se va a tratar de encajar a las mencionadas medidas dentro de la teoría de la pena de manera general.

Los autores anteriormente mencionados que con sus conocimientos dieron paso a las teorías fueron sabios al establecer dos posiciones extremas, y una intermedia que trata de conciliar esas dos posiciones; con esto nos referimos a que se establece la existencia de una posición o teoría absoluta; una posición o teoría relativa y una posición o teoría mixta; claro está que la pena como tal al establecer su existencia pone de manifiesto las teorías absolutas con matices de las teorías relativas. Se observa claramente que en

⁵³ TREJO, MIGUEL ALBERTO. Y OTROS, Op. Cit., Pág. 58

la aplicación de las medidas que se han de aplicar a los menores que se encuentran en conflicto con la ley penal, encajan perfectamente en lo que son las teorías relativas de la pena como se dijo anteriormente, ya que éstas primordialmente pretenden anticipar y preparar para evitar que se cometan futuros hechos delictivos, de manera generalizada, como ya se ha hablado de eso se puede observar en la imposición de una pena a un adulto y en éste caso, en la imposición de una medida a un menor en conflicto con la ley penal, con lo que se pretende que los demás menores de edad puedan ser estimulados a través de dicha imposición con lo que no se verían movidos a cometer una infracción penal; al mismo tiempo la prevención trabaja de manera personal, es decir mucho más específica visualizada en un solo individuo, es decir en el adulto a quien se le impuso una pena y al joven en conflicto con la ley penal a quien se le estableció una medida socioeducativa; Este tipo de prevención en cuanto a nuestra realidad es mucho más observado y común ya que se pretende evitar la reincidencia; en otras palabras pretende hacerle ver al joven que si vuelve a cometer una acción tipificada como delito se volverá a hacer acreedor de una medida establecida en la Ley del Menor Infractor; con lo cual hace saber a los demás jóvenes de edad que si ellos cometen una acción delictiva les ocurrirá lo mismo; no olvidando claro está uno de los principios básicos que sustentan al derecho penal estableciendo que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa.

Luego de explicar el enlace y la conexión de éstas teorías que explican la pena; es necesario hacerse una importante pregunta, si existe tal similitud y enlace de dichas medidas en las teorías de la pena, por qué aquellas son llamadas medidas y no penas? La respuesta acertada es que se les adhiere la palabra medidas “socioeducativas” y que por ser para menores de edad son más leves.

Habrá que traer a cuenta la caracterización de la pena que según el

autor HART, considera pertinente:

- ❖ Debe ser impuesta a causa de una violación de la ley.

Establece el Artículo 22 de la Ley del Menor Infractor en su primer inciso: “El proceso de menores tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, determinar quien es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas que correspondan”. Según lo que dice el inciso de este artículo es difícil intentar separar los lineamientos de las penas con los de las medidas socioeducativas ya que debe haber como presupuesto el cometimiento de un acto delictivo para efectuar la imposición de la pena en el caso de adultos y de las medidas en el caso de los menores.

- ❖ Debe ser aplicada al presunto o actual violador de la ley a causa de la violación.

Anteriormente cuando la legislación minoril se encontraba sujeta a la doctrina de la situación irregular, modelo anterior a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que coincidía en su aplicación con el modelo inquisitivo el derecho penal que se tomaba en cuenta para sancionar era el de autor es decir, que de acuerdo al menor, de acuerdo a sus rasgos físicos a su forma de vestir y a su comportamiento era privado de su libertad; actualmente y desde la entrada en vigencia de dicha Convención se impulsó el modelo de la protección integral dentro del cual se contempla y se toma más en cuenta el reconocimiento de todas las garantías para los menores y se imponen las medidas al igual que se imponen las penas de acuerdo a un derecho penal de acto, es decir que se pretende hacer responsable al menor sólo de acuerdo a la acción delictiva que cometa, al hallarlo responsable se impone la medida que esté acorde con el delito que cometió como lo establece la Ley del Menor Infractor en su Artículo 2: “Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho años”. Los menores de edad que se encuentran comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad que se les compruebe responsabilidad de la comisión de una infracción penal se le

aplican las medidas que establece la Ley del Menor Infractor. Para la conducta antisocial de los menores que se encuentran entre la franja de doce a dieciséis años de edad que constituya delito o falta se les procesará de acuerdo a dicha ley, y el Juez de menores le aplicará las medidas que establece la Ley del Menor Infractor o la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, siempre que vayan en beneficio para el menor con un fin educativo. En tanto los menores que no han cumplido los doce años de edad y presenten una conducta antisocial no están sujetos a ningún régimen penal, están exentos de responsabilidad y sino se dará aviso al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

❖ Debe ser administrada conscientemente por personas distintas del reo.

Desde luego esta caracterización se encuentra plasmada tanto dentro de las penas como de las medidas ya que las penas administran su cumplimiento los jueces de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena; y en la aplicación de las medidas de internamiento el que se encarga de vigilar que se ejecuten de acuerdo a la ley es el juez de ejecución de medidas al menor.

❖ Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida según el sistema legal contra el que se realizó la transgresión.

En el caso de la imposición de la pena para los adultos, la autoridad legal encargada de imponerlas es el tribunal de sentencia o el tribunal de conciencia (jurado), según el caso; y en la imposición de las medidas el encargado de aplicarla es el juez de Menores.

De acuerdo a lo anterior, se puede determinar que se torna sumamente difícil tener un criterio de diferenciación entre las penas y las medidas, que se imponen a los menores en conflicto con la ley penal; ya que las dos buscan resocializar a un individuo, independientemente de los medios utilizados.

La pena según las diferentes teorías, tiene que ver siempre con el individuo que la comete y de que manera afecta la sociedad; pero dentro de las

medidas si verdaderamente tienen un fin educativo y entonces, por qué razón debe privarse de ciertos derechos al menor.

En consideración es lógico que una persona que comete una infracción penal debe de ser sancionado con fines de readaptación y retribución al daño causado; pero dentro de la legislación de menores ¿porque se considera llamarle medidas sanciones a las medidas y no penas? Esto tiene que ver con los principios y garantías que los menores tienen o por que al llamárseles penas no perseguirían la finalidad de la doctrina de la protección integral.

Las diferentes teorías de la pena tienden a identificarse dentro de éstas medidas impuestas al menor y como ejemplo podemos hablar de la medida de internamiento que tal como lo dispone el Artículo 15 de la LMI ésta constituye una privación de libertad, entonces podemos identificar dentro de las teorías absolutas desde el punto de vista de la retribución, ya que según el daño causado, así se aplicará, aunque el citado artículo diga que excepcionalmente; y así podemos identificar las finalidades que persiguen las medidas descritas en el Artículo 8 LMI con respecto a las teorías de la pena pero lo que interesa es identificar el por qué se consideran medidas y no penas. Puede ser porque la pena es una sanción con un fin de reinserción social, al contrario las medidas, éstas buscan un fin educacional hacia los menores porque puede ser difícil mezclar la reinserción social dentro de la legislación de menores, porque éstos talvez no cuenten con los recursos o medios necesarios para poder hablar de relación social, es por ello que existen instituciones que al no contar con un método o recurso adecuado no ayudan al menor a desarrollar su salud física, mental y moral, es por ello que es necesario que existan instituciones especializadas de tratamiento para los menores, individualizando el fenómeno que lo afecta, sin necesidad de que sea tratado como un delincuente en potencia.

Entonces la razón de ser de las medidas, tendría que ir encaminada a la prevención especial, y al tratamiento de conductas irregulares del menor en

conflicto con la ley penal; Determinar él por qué actúa de cierta forma, identificar los problemas emocionales y sociales que éste tenga, para así darle un tratamiento dependiendo la infracción cometida; al contrario si se impone una medida al menor por el hecho de haber cometido una infracción penal y lo que se pretende es proporcionarle una sanción para reeducarlo y proteger a la sociedad, estaría identificando teorías de la pena dentro de ésta; es por eso que es necesario interpretar el fundamento que las medidas buscan dentro de la LMI porque sino se estaría confundiendo ésta con la pena; identificando así las diferentes teorías que la explican.

Nuestra legislación de menores siempre se ha caracterizado por llamar a las sanciones que se imponen a los menores de edad, que se encuentran en conflicto con la ley penal con el termino Medidas, que no son más que eso, sanciones penales para personas de menor edad; según la caracterización que estudiamos anteriormente no hay ninguna duda porque sirven para sancionar con un fin socioeducativo, para hacer pagar al joven por lo que hizo, se debe cumplir con lo que la ley dice, que si se comete una infracción a la ley será sancionado, pretendiendo con dicha sanción que el individuo tenga algún tipo de resocialización y reinserción con dicha sanción; cuando en realidad lo que se está haciendo y lo que se está logrando es sacarlo de la sociedad, lo estamos aislando refiriéndonos al especial caso del internamiento, le estamos acortando esa posibilidad de que se incorpore a la sociedad, como también sucede en el caso de la libertad vigilada y la imposición de reglas de conducta, se trata de resocializar y de educar a través de la restricción de derechos a una persona que está en proceso de todo tipo de formación como lo es la formación de su personalidad, formación educativa, formación moral, formación espiritual, religiosa, etc.; y con la imposición de una sanción mal llamada “Medida” se le está interrumpiendo dicha formación. Pero esta medida debe ser proporcional al delito y a la necesidad de la imposición de la medida según lo establece la Regla de Beijing número 5.1.

Con el desarrollo de la civilización, se reflexionó sobre los límites éticos de esa reacción al mal infringido por los violadores de la ciudadanía. Esta es la pregunta fundamental: ¿Es justo reaccionar al mal con el mal? ¿Es posible, conveniente y eficaz adoptar otra reacción que no sea desagradable, que no sea en sí misma una circunstancia mala para quien la recibe, como lo es el caso de la pena?

La Ley del Tali3n es muy antigua, viene de antes de los tiempos, b3blicos. M3s recientemente se invent3 la “privaci3n de la libertad” (prisi3n) como reacci3n principal a la acci3n de los infractores de la ley criminal. Se mantiene privado de libertad al infractor de valores muy importantes para la comunidad, entendi3ndose que esa privaci3n de libertad es una forma adecuada de reacci3n al acto que infringe la ley criminal.

Hoy, la privaci3n de libertad (prisi3n) ya es considerada la reacci3n menos eficaz contra el crimen y la de mayor costo social para la ciudadanía. Como regla general, la prisi3n no altera la conducta del infractor (muchas veces altera para peor) y es muy cara. Sin embargo, todos los pa3ses del mundo la adoptan.

La discusi3n en torno a la reacci3n social ante el crimen y en torno a la propia idea de crimen se ampl3a a medida que el sistema carcelario de todos los pa3ses del mundo se infla y va consumiendo las energ3as humanas que pueden ser mejor canalizadas para la construcci3n de la ciudadanía, considerada 3sta como la convivencia solidaria entre los seres humanos.

La respuesta a la desviaci3n juvenil, en algunos casos presentados como un instrumento de protecci3n en otros casos como mecanismo de represi3n, ha sido tradicionalmente el internamiento. Se ha comprobado con la experiencia que el internamiento va de la mano con la ineficacia en la represi3n del delito y en la reinserci3n de los j3venes. La desviaci3n juvenil en lugar de disminuir aumenta.

El internamiento es una respuesta simple a un problema complejo.

Además de no romper el círculo de la violencia, de no controlar la delincuencia juvenil, afecta negativamente la vida social y jurídica.

Privar de libertad se ha convertido en un instrumento que oculta los problemas sociales, facilitando el surgimiento de una forma de vivir y gobernar con la no-resolución de los conflictos. En este sentido el aumento de la criminalidad puede ser también resultado de la acumulación de problemas sociales no resueltos.

También es un mecanismo que contribuye a la impunidad. Si la respuesta a los problemas sociales se reduce a aumentar la privación de libertad y a agravar las penas y procedimientos se dificulta la posibilidad de recuperar la verdad en un proceso judicial. Cuando el arte de litigar se reduce a la construcción de la verdad procesal de forma arbitraria y tendencialmente ajena a la realidad de los hechos objeto de investigación penal se limita la posibilidad de establecer la responsabilidad y se aumentan los riesgos para que aparezca la inseguridad y consecuentemente la violencia.

Quizá una de las características de la respuesta al delito es que ha sido formulado predominantemente en lógica represiva. Incluso, cuando se siente que la delincuencia aumenta la respuesta casi siempre consiste en agravar las penas y los procedimientos; si a la violencia del delito sólo se responde en forma represiva se reproduce el círculo de la violencia y no hay espacio para reducir la criminalidad.

Respecto a esto la Regla de Beijing número 13 y 17.1 habla de la prisión preventiva⁵⁴.

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de prescindir, o no, de un derecho penal para jóvenes. Es indiscutible que nuestra postura no es la de creer que el Derecho Penal puede arreglar todo aquello que la sociedad no ha

⁵⁴ SEDA, EDSON. La Protección Integral. Un relato sobre el Cumplimiento del Nuevo Derecho del Niño y del Adolescente en América Latina. Edición Adés. Brasil, 1995. Pág. 108.

sido capaz de hacer. Prescindir de una intervención penal para los jóvenes, nos parece la mejor solución político criminal. Es decir que el Estado debe poseer mecanismos supletorios en cuanto a la aplicación de regímenes disciplinarios para aquellos menores que se encuentren en conflicto con la ley penal, ya que se vuelve innecesario la aplicación del derecho penal, cuando a su vez existen mecanismos que puedan solucionar determinada situación, tal es el caso de programas de aprendizaje, o de programas de desintoxicación para aquellos menores que son adictos a algún tipo de droga, por lo cual se vuelve innecesario el uso del derecho penal pudiendo solucionarlo de otra forma.

Ahora bien, ¿hasta qué edad está dispuesta la sociedad a prescindir de intervención en los jóvenes?

En el tema de los menores, las posturas siguen siendo enormemente ambiguas, se afirma, como ha dicho Vives Antón⁵⁵ “... que podría diseñarse un elenco de medidas correctoras que, en su definición legislativa y en ejecución práctica, no comparten para los menores de 16 años ni privaciones de derechos que puedan interpretarse como castigos, ni reproches, ni estigmas...”

En principio, desde un punto de vista ideológico ningún inconveniente, el problema viene cuando empiezo a imaginarme estas medidas correctivas y qué sucede si el menor no está de acuerdo. Hasta una cierta edad, creo que se podría obtener un relativo consenso, y que bajo ningún concepto la medida llevará una sanción encubierta. Pero, ¿qué sucede por ejemplo, con los jóvenes de 14 ó 15 años que sistemáticamente por las noches abren los coches o realizan actos de vandalismo? Pueden no aceptar la medida correctora que se les proponga, y si se les impone contra su voluntad, ¿no estamos acaso ante privación o restricciones de derechos? ¿Esa respuesta, aunque se le llama de otra manera, no tiene un cierto carácter sancionador?. Desde luego que sí.

⁵⁵ VIVES ANTÓN. Constitución y Derecho Penal de Menores, en Poder Judicial, Número 21. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1991. Pág. 91.

No se trata, como ha dicho Vives Antón "... que si durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de 16 años, ahora tengamos que hacerlo..." En primer lugar, como he dicho al principio, las denominadas medidas educativas y correctoras pueden llegar a ser tan duras como las penas, pero sin ninguna garantía, y en segundo lugar, si creemos que es posible una solución no penal para los menores de 16 años, hagámoslo con todas sus consecuencias, y desjudicialicemos las respuestas. Si consideramos que los problemas de la delincuencia de menores son problemas motivados por el fracaso educativo, en el que no debe exigírseles responsabilidad alguna, la respuesta debe ser exclusivamente educativa y no hay por qué aplicárseles a través de un sistema judicial. Si es una respuesta educativa, debe venir por los canales normalizados, a través de la escuela o de los servicios sociales, pero no a través de la Justicia; sólo así el menor estará fuera del derecho penal.

¿Está la sociedad dispuesta a prescindir de cualquier reacción punitiva contra los jóvenes, y aceptar que es solamente un fracaso del sistema educativo, y que bajo ningún concepto, se impondrán medidas contra su voluntad?

Parece ser que no, ya que subyace en éste sistema un trasfondo de castigo y represión, desde el momento en que se utilizan medidas coercitivas y respuestas privativas de libertad⁵⁶.

Todo aquello que la doctrina de la situación irregular veía desde su óptica como necesidades básicas, la nueva doctrina de la protección integral percibe como derechos.

Los niños y adolescentes son seres dotados de capacidad de vivir, tener salud, educación, convivencia familiar, dignidad, libertad, etc. que debe ser incluidos en el mundo de los sujetos de derechos que es el mundo de la

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Un Derecho Penal del Menor. Editorial ConoSur Ltda.. Págs. 19, 20 y 46.

capacidad jurídica, el mundo de la ciudadanía social.

Se decía que por ser menor de edad, un niño no es sujeto de derechos, sólo se veía a los niños como objeto, sin capacidad de acción y sin presencia reconocida en el mundo de los derechos que no pueden ser violados. Ahora estamos cambiando la visión de un mundo jurídico habitado por niños y adolescentes.

Aunque se considere a los niños de la calle, sin familia, sin educación y sin morada en situación irregular, los nuevos juristas con la Convención de las Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, vemos que es la política pública la que está en situación irregular.

Para corregir a un menor de edad no es necesario recurrir a un “proceso legal”, si nos referimos a ellos como seres más vulnerables, más sensibles por la etapa de su desarrollo y por la edad, precisamente por ello no es conveniente marcarlo con la implicación en un conflicto con la ley; Porque desde ese momento que se está haciendo referencia a dicho “proceso legal” de acuerdo a la “Ley del Menor Infractor”, es decir que de antemano se asegura que es un infractor de la ley, ni siquiera la legislación para adultos tiene un nombre que se le parezca, pero de acuerdo a lo anterior según los ordenamientos jurídicos y legales que hace alusión al régimen penal juvenil mantienen la idea de determinar que las medidas son más flexibles y moderadas en su aplicación y en su ejecución; pero es allí concretamente donde está esa íntima relación con la aplicación y la ejecución de una pena, lo que se hace en materia de menores es utilizar los términos: Especiales y educativos; pero con ello también se está pensando se están privando de derechos a los menores. Si en este campo del régimen jurídico juvenil se habla de mayor control en la jurisdiccionalidad, en el cumplimiento y en la excepcionalidad y que todo es con fines estrictamente socio-educativos, entonces porque ha de recurrirse a través de una vía penal, si claramente se observa que el cumplimiento de las medidas aplicadas a los menores en conflicto con la ley penal está a cargo de la sociedad en sí, de la

familia como principal elemento, la escuela, los entes encargados de proveer de las necesidades básicas a los ciudadanos como el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Trabajo, etc.

En general el régimen penal juvenil lo que está aplicando es un Código Penal para menores, tomando como base el Código Penal de Adultos, ya que se toman en cuenta los principios y garantías básicas del proceso penal común.

Los criterios y parámetros tomados en cuenta para comparar las penas para los adultos y las medidas para los menores son, jurisdiccionalidad, aplicación y cumplimiento, excepcionalidad, la denominación y la proporcionalidad.

En cuanto a la Jurisdiccionalidad; sabemos que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Básicamente se integra de tres elementos:

- a) En primer lugar, supone una actividad encaminada a la resolución de conflictos surgidos entre individuos o grupos por un tercero ajeno al conflicto.
- b) En segundo, término la acción de juzgar consiste en la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto. La misma palabra “jurisdicción” (del latín *ius-dicere* = decir el Derecho) da idea de ello.
- c) Por último, la actividad de juzgar se produce en el ejercicio de una potestad legal, es decir la potestad jurisdiccional, de éste se deriva el acto de autoridad que es el rasgo definitorio de la función de juzgar.

A la vista de todas las anteriores consideraciones puede considerarse a la jurisdiccionalidad como un criterio importante de comparación ya que el

elemento subjetivo es necesario a la hora de saber a qué tipo de jurisdicción y competencia pertenece el conflicto a tratar, se crearon tribunales especiales para el tratamiento de los menores en conflicto con la ley penal que son las personas o instituciones designadas y especializadas para aplicar las medidas socioeducativas, y en este caso nos referimos, al otro criterio de comparación y diferenciación ya que el núcleo principal en éste caso no está en reconocer que un menor tiene los mismos derechos y garantías que los adultos, sino en el tipo de respuesta que se da a la comisión de un delito que aunque se le llame medida no deja de ser una sanción penal, con lo que se logra un mayor acercamiento a la justicia penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales con lo que se refuerza la posición legal y la responsabilidad de los menores; y nótese que al igual que penas existe una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos, y por supuesto reduciendo al mínimo las sanciones privativas de libertad; entrando en juego en éste momento el criterio de excepcionalidad que como lo dice el Artículo 15 inciso primero de la Ley del Menor Infractor en el caso del Internamiento que dice así: “El internamiento constituye una privación de libertad, que el juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurren las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración será por el menor tiempo posible”. Mientras que en el caso de adultos, las penas privativas de libertad se han vuelto la regla general.

En el criterio de cumplimiento en el caso de las penas se cumplen estando a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, el caso de la formación de las personas que intervienen en los procesos de menores es muy especial; la justicia de menores se distingue de la de los adultos, no solamente por su acento particular en el aspecto educativo de las medidas, sino también, por una serie de situaciones jurídicas y prácticas específicas. Por ello, es de especial importancia que todas las personas que

intervienen en el proceso (policías, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales, educadores, etc.), tengan una formación especializada que asegure sus conocimientos, tanto desde el punto de vista criminológico de la delincuencia juvenil, como desde el conocimiento de todas aquellas disposiciones específicas del derecho penal de menores.

Es necesario que las medidas sean aplicadas en su medio natural, y en lo posible sin interrumpir el proceso educativo. Respetar fundamentalmente su personalidad, el derecho a la educación, y sobre todo, no ensombrecer o esconder la personalidad del menor, sino todo lo contrario, favorecer el desarrollo de sus cualidades y aptitudes de manera que pueda integrarse plenamente en la sociedad.

Con relación al criterio de la denominación que sabemos que a las respuestas jurídicas que se dan a la comisión u omisión de un hecho delictivo para adultos se les llama Penas, a los mecanismos para contrarrestar la peligrosidad de los individuos se les hace llamar Medidas de Seguridad; y a los medios que el Estado utiliza para responder jurídicamente a los hechos delictivos cometidos u omitidos por un menor de edad son denominados: Medidas Socioeducativas, los cuales al final siempre se vienen a constituir de acuerdo a su caracterización como sanciones penales.

Respecto al criterio de proporcionalidad que es muy significativo tanto para el Derecho Penal de Adultos como para el Derecho penal de Menores, se debe considerar que las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del delincuente (menor o adulto) pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales de éste. En éste aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Regla de Beijing) en su número 5 establecen dicho principio de proporcionalidad que exige que la respuesta en los casos concretos

de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos que para su idóneo y total desarrollo físico, social, mental, familiar, etc.

CAPITULO III:
**“ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS FINES QUE PERSIGUEN
LAS PENAS, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS
ATRIBUIDAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL;
Y SUS FORMAS DE APLICACIÓN”.**

Al referirnos al tema de las penas y medidas en general estamos hablando de un Sistema Binarista o Dualista que tuvo su origen desde la elaboración del Código Penal Suizo de 1893; y que la mayoría de las legislaciones penales acogieron como mecanismo punitivo estatal. La imposición de penas y medidas de seguridad cubría perfectamente las necesidades de defensa social, respondiendo así las penas a las exigencias retribucionistas, y las medidas de seguridad cubrían el campo preventivo, en el sentido que la pena no podía intervenir por supuestos de inimputabilidad, es decir que desde entonces se daban situaciones dentro de las cuales la pena no se podía aplicar porque a los destinatarios de ésta no se les podía atribuir un castigo o sanción. Con este seguimiento de medidas de seguridad, la pena adquirió un tinte preventivista poniendo así de manifiesto su impotencia para solucionar determinadas situaciones que respondieran a nuevas necesidades; por lo que con el correr del tiempo existieron polémicas en cuanto a la imposición de penas y medidas de seguridad, problemas que se plantean en la posición única de uno u otro tipo de sanción o castigo.

Dado que el Sistema Binarista o Dualista era rígido en cuanto a determinar la imposición de pena y medida de seguridad surgió un nuevo sistema caracterizado por su flexibilidad en cuanto a la ejecución de ambos, denominada Vicarial; este nuevo sistema tiene como objetivo fundamental: la búsqueda de un castigo único apareciendo así la situación de compromiso entre el dualista y el monista, manteniendo los presupuestos de pena y medida,

culpabilidad y peligrosidad; pretendiendo mantener las garantías jurídicas-penales que rigen un Estado de Derecho.

Sus principales principios fueron:

- Imposición de pena y medida de seguridad privativa de libertad.
- La ejecución anticipada de la medida.
- Abono del tiempo del cumplimiento de la medida a la pena.
- Posibilidad de sustituir la pena por la ejecución de la medida.

Dentro de estos principios es necesario hacer un énfasis en cuanto a la imposición conjunta de pena y medida, ya que este es un punto de partida para poder determinar el fin de las Medidas dentro de la Ley del Menor Infractor. Esta antimonía dualista corresponde a que las medidas de seguridad tiene un carácter preventivo desarrollado junto a la pena, ya que ciertas medidas se imponen a sujetos imputables en situaciones de una pena. Es notable que las medidas tienen un carácter de aseguramiento ante posibles infracciones de sujetos peligrosos, exigiendo con ello la corrección y por ende la mejoría del sujeto.

3.1 FUNDAMENTO DE LAS PENAS

En este tema desarrollaremos un asunto muy importante dentro del contexto del Derecho Penal, el cual es acerca del fundamento de la pena; exponiendo así las diversas teorías y planteamientos que la doctrina ha ido elaborando, y es como se concibe a la pena con aspecto central, ya que de ello depende su orientación y su eficacia, es por ello que la regulación de toda la sociedad, exige un sistema de reacción frente a aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan y perturban la convivencia social, buscando así justificar

moralmente el castigo como un mal y una forma de hacer sufrir⁵⁷. Es por ello que podemos hacer alusión a dos teorías básicas con respecto al castigo: La Concepción Retribucionista y la Concepción Utilitarista. El punto central de la primera es que el hecho de que una persona cometa intencionalmente una ofensa constituye una razón suficiente para que se imponga un castigo, y que sólo esta justificado por la culpa del ofensor o la producción de la ofensa. Para la segunda teoría, en cambio el castigo sólo puede justificarse por el valor que cabe atribuir a su consecuencia, es decir que con la aplicación del castigo, cual serían las consecuencias de este con respecto al ofensor.

Al analizar estas concepciones podemos determinar que la diferencia entre ambas es de carácter metodológico ya que la corriente retribucionista trata de explicar el significado de la palabra “castigo” y los utilitaristas intentan justificar el castigo ya que son quienes buscan encontrar en las sanciones el provecho o el beneficio existente con sus aplicaciones. Se vuelve necesario determinar el efecto o reacción que la sociedad tiene cuando se le está infligiendo un mal, por lo que la ley establece que con la realización de un delito, se está aplicando una pena⁵⁸. Igualmente “el autor chileno Juan Bustos Ramírez advierte la existencia de dos posibilidades en cuanto a la interrogante del fundamento y fines de la pena”. La primera concepción, como ya se dijo, es una concepción retribucionista de la pena, en la cual considera que esta no juega ningún rol con respecto a la norma y al sistema jurídico y el hombre se motiva por el libre albedrío, planteamiento con tendencia ética dentro del delito y el Derecho Penal, es decir que la persona que elige cometer un delito, está predispuesto a la imposición de una pena; teniendo así una corriente utilitarista.

Como podemos ver, este autor se asemeja con las anteriores concepciones respecto al castigo, ya que él busca explicar que con la

⁵⁷ RABOSI, EDUARDO. “Sobre la Justificación Moral del Castigo”, Pág. 185.

⁵⁸ *Ibidem*: Págs. 186-187.

imposición de la pena se podrían dar dos situaciones, que son las que buscan esas dos corrientes: una es la retribucionista en la que sólo interesa la imposición de una pena por una infracción penal cometida, mientras que la segunda es utilitarista, que significa que ve la finalidad o utilidad que la pena podría tener con respecto al sujeto que cometió la infracción, y los beneficios que el Estado persigue con su aplicación.

Podemos también mencionar a Roxin, que establece que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, propiciando así el desarrollo del individuo y el mantenimiento del orden social, determinando qué tipo de conductas puede ser amenazadas con una pena y cómo ésta debe de actuar para cumplir su misión; Es decir que el Derecho Penal viene a constituir un mecanismo de control social de tipo legal y coactivo que pretende proteger la armoniosa convivencia social. En términos generales, para determinar en sí cual es el fundamento de la pena es necesario recurrir a una definición, dada por Roxin, la cual nos puede guiar más concretamente a su entendimiento. PENA: “Es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”⁵⁹.

De esta definición podemos ofrecer varias nociones en cuanto a sus componentes:

1. La pena es un mal, haciendo referencia a que ésta constituye una probación o restricción de bienes jurídicos, aunque ésta probación o restricción no significa la anulación de derechos fundamentales del condenado, ya que el derecho a la educación, a recibir una formación profesional o laboral, a obtener beneficios penitenciarios, son plenamente compatibles con el cumplimiento de la pena como puede ser

⁵⁹ SIERRA LOPEZ, MARIA DEL VALLE. “Las medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal”. Tirant Monografías. Valencia, 1997. pag.32.

la privación de libertad al mismo tiempo.

2. La imposición de la pena ha de estar sometida al principio de legalidad, es decir que ésta debe imponerse si se encuentra previamente establecida en una normativa penal, con respecto a la infracción cometida, ya que no se puede inventar una pena por un hecho que no esté establecido en la Ley, lo que significa que la pena debe ir acorde con el delito, que debe ser una conducta típica descrita en la ley penal.
3. La aplicación de una pena ha de estar sometida al principio de jurisdiccionalidad en el ámbito de la ejecución; que consiste en la garantía que el ciudadano tiene con respecto a los órganos que están autorizados para ejercer dicha competencia, pues es necesario un procedimiento, la imposición y la ejecución de la sanción; por lo tanto no cualquier órgano tiene ésta función si no está previamente asignado.
4. El último elemento hace referencia a aspectos subjetivos, es decir que la pena sólo se impondrá al culpable de una infracción penal. Tomando como parámetro el grado de culpabilidad para la imposición de una pena, con respecto al autor a quien se le imputa el hecho.

Ante estas características podemos establecer que la pena requiere un fundamento punitivo y una legitimación en cuanto a su aplicación; por lo que se hace imprescindible determinar que fines deben perseguir el Derecho Penal para que su intervención esté justificada, en cuanto a lo que se persigue con la privación de libertad o de otros bienes jurídicos. Como afirma Rodríguez Devesa: “La importancia que la pena tiene no sólo jurídico sino emocionalmente, ha llevado a muchos escritores a homologar o a coincidir sus problemas con los del fundamento filosófico de Derecho Penal”, pero, sigue dicho autor, citando a M.E. Mayer identificar el fundamento del Derecho Penal con el fundamento de la pena es reducirlo a la mitad, ya que las escuelas o tendencias penales rebasan la teoría de la pena porque toman posición sobre

otros muchos problemas, como el método o la esencia de la imputabilidad.

El fundamento de la pena dependerá de la concepción o postura que se adopte con relación a la pregunta: ¿Cuál es la finalidad que el Estado persigue con la imposición de la pena?. En términos generales, puede afirmarse que el fundamento de la pena no es otro que el de impedir la realización de determinadas conductas descritas por el legislador penal para la salvaguarda del mínimo ético indispensable para la convivencia en sociedad⁶⁰

Esto nos lleva a comprender y a asimilar que al Estado le corresponde velar porque los derechos del individuo en sociedad se cumplan en todo momento, pero que al mismo tiempo si éste infringe la ley, se le priva de esos derechos por parte del mismo Estado, y entonces con las penas o sanciones lo que se pretende es evitar que se den ese tipo de situaciones a futuro, a la vez que está castigando o retribuyendo una política preventiva.

3.2 CLASES DE PENAS:

La clasificación de las Penas que el Código Penal Vigente establece en su Artículo 44 es:

- a) Penas Principales, y
- b) Penas Accesorias.

En cuanto a las penas principales, el Artículo 45 del mismo Código establece las siguientes:

1. La Pena de Prisión.
2. La Pena de arresto de Fin de Semana.
3. La Pena de arresto Domiciliario
4. La Pena de Multa.
5. La Pena de prestación de trabajo de utilidad Pública.

⁶⁰ ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO Y OTRO. "Manual de Derecho Penal". La Pena. Editorial Arazandi, S.A. 1986, Pág. 77

Al respecto de las Penas Accesorias, el Artículo 46 del mismo Código Penal establece las siguientes:

1. La pena de Inhabilitación Absoluta
2. La Pena de Inhabilitación Especial
3. La Pena de Expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
4. La Pena de Privación del derecho de conducir vehículos de motor.

En el caso del régimen penal de adultos, es de hacer notar que la pena privativa de libertad o la pena de prisión que es la más común y utilizada a pesar de que es una de las penas que le ocasiona al Estado más gastos que las demás penas designadas por el legislador; es decir, que es la principal y esencial manera que el sistema penal tiene de hacer cumplir la ley y de sancionar a quienes la infringen; y al mismo tiempo y de acuerdo al tipo de delito cometido u omitido se hará acompañar de una pena accesoria, es decir de otra sanción más leve que complementa el castigo. Mientras que en el caso del régimen penal de menores se visualiza al contrario, se procura imponer las demás medidas socioeducativa y se deja como última instancia o último recurso lo que es en la medida privativa de libertad que es el internamiento mientras que la medida en libertad es Preima Facie.

En este caso debemos referirnos al Principio de Excepcionalidad que opera en éstas situaciones y consiste en que la pena de prisión debe ser impuesta como especial excepción o particularidad, ya que esta puede llamarle pena de mayor gravedad; Antes se deben aplicar las otras medidas; Si las circunstancias y las necesidades del caso amerita que se imponga, se aplicará tal y como lo establece la ley con la concurrencia de todos los requisitos preestablecidos. La pena de prisión tiene como consecuencias inevitables la desigualdad, la estigmatización, la marginación, el aislamiento de la sociedad y crea sub-culturas carcelarias, ya que priva el derecho a la libertad ambulatoria

que toda persona tiene.

3.3 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En cuanto a las Medidas de Seguridad es necesario determinar cómo ésta fue definida, según Petrocelli, estas se definen en un sentido amplio como: un medio coactivo mediante el cual, el ordenamiento jurídico consigue la sujeción de un interés, para tutelar otros, a los fines de una ordenada convivencia social, ofreciendo así una función tutelar preventiva y no represiva. Esta definición fue criticada por diversos autores porque se desvía del tema dirigiendo su atención hacia aspectos secundarios y pasando por alto la esencia de la medida de seguridad. Es por ello que ofrecieron un concepto de las mismas:

“Son medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico aplicado por los órganos jurisdiccionales al temor de la ley, a las personas tendientes a peligrosidad delictual para lograr la prevención especial”.

Esta definición se justifica en virtud de que adquiere la esencia de la medida, es decir, que es la “ASISTENCIAL”. No haciendo referencia así a su aspecto accidental en cuanto a la privación de bienes jurídicos excluyendo así la peligrosidad social. El problema de la determinación del concepto de medidas de seguridad se encuentra en la proliferación de definiciones, ofrecidas y la variedad de tales sanciones.

Pero apuntamos dos ideas claras:

1. Que las medidas miren al futuro
2. Que tienden a cumplir objetivos preventivos especiales.

Partiendo de estas ideas podemos considerar que una de las definiciones más completas es la de Káiser, la que dice que “las medidas de seguridad son sanciones penales que no deben tener un carácter de pena. Ellas privan o limitan la libertad del condenado debiendo buscar proteger a la

sociedad del condenado durante un tiempo limitado”.

De esta definición podemos deducir que la medida de seguridad:

1. Es una privación de bienes jurídicos, ya que en la mayoría de los casos existe un ataque a la libertad del sujeto sin olvidar que el bienestar del delincuente no puede ser justificado a través de una medida, mientras no se haya puesto en peligro los intereses de la sociedad. Por lo tanto cuando se interviene la libertad personal sólo se debe dar en el caso que se haya lesionado un bien jurídico.
2. Tiene que ser impuesto por los órganos jurisdiccionales, derivándose del principio de legalidad, ya que no se puede imponer sino existe un órgano previo para su ejecución.
3. Su finalidad es preventiva y no retribuye, es decir, que las medidas de seguridad tratan de mejorar al delincuente o en dado caso protegerse de él. Desde esta perspectiva las medidas persiguen fines preventivos-especiales y generales.
4. Se imponen como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo.

Como podemos ver, la ejecución de las medidas constituye un medio de tutela jurídica, y más exactamente de tutela preventiva. La ejecución de medidas es un punto no tan complejo; pero cuando se hace alusión a las que se imponen en un régimen penal de adultos si, ya que aquí las medidas de seguridad juegan un papel muy importante porque se aplican a ciertas personas que están exentas de responsabilidad penal. Se dice que el fundamento de las medidas de seguridad se encuentra en la peligrosidad criminal definiéndose esta según Morenilla Rodríguez: “Es un estado de inadaptación social de un individuo, exteriorizado por conductas contrarias a la ordenada convivencia tipificada como delictivas o antisociales, del que se deriva la relevante probabilidad de que continuará realizando acciones dañosas para la sociedad”.

Para Petrocelli “Es un complejo de condiciones subjetivas y objetivas

bajo la acción de las cuales es probable que un individuo cometa un acto socialmente dañoso o peligroso”. Partiendo de estas definiciones podemos extraer que la peligrosidad puede ser pre-delictual y post-delictual. La primera es aquella que no necesita la previa comisión de un delito para establecer su existencia, la segunda sí necesita o requiere la comisión previa de un hecho delictivo. A su vez se puede distinguir entre la peligrosidad social y peligrosidad criminal.

La peligrosidad social es la cualidad que ha de tener una persona por la que se aprecia la probabilidad de que cometa una acción dañosa. Si ésta es constitutiva de delito, la peligrosidad se volverá criminal. Entonces podemos decir que la peligrosidad social lleva inmersa una cuota de Derecho Penal de Autor, ya sea por las características de las personas o por su apariencia personal; mientras que la peligrosidad criminal presupone que haya una conducta delictiva dándole a éste otro tipo de respuesta a la acción que ha cometido siempre y cuando no sea un sujeto imputable de una sanción penal. Por lo cual podemos decir que la medida de seguridad contiene un fin preventivo, existiendo una lucha contra la comisión de nuevos delitos.

3.4 CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

La clasificación que la legislación penal común hace de la Medidas de Seguridad la establece el artículo 93 del Código Penal que dice: “Las medidas de seguridad serán, según corresponda a la situación del sujeto, de internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia.

La internación consistirá en la aplicación de un régimen especial de privación de libertad y se cumplirá en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos similares, o en secciones destinadas para tal objeto en los centros penales. El tratamiento médico ambulatorio consiste en la obligación de la persona de someterse a tratamiento terapéutico de carácter psiquiátrico o psicológico, sin que se requiera internación en ningún centro

especial. La vigilancia podrá comprender restricción domiciliaria, fijación de reglas de conducta o controles periódicos a juicio del juez de vigilancia correspondiente.”

3.5 FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.

Con respecto a las medidas contempladas en la Ley del Menor Infractor, tenemos que establecer que aunque se utilice este mismo término o categoría de medidas, no se puede afirmar que tienen la misma finalidad que tendrían las medidas de seguridad, ya que para la aplicación de las Medidas de Seguridad se debe seguir un procedimiento especial; en el caso de los adultos se debe determinar que sea merecedor de una sanción penal, pero que al no poderla cumplir por ser un sujeto inimputable, es decir, que no reúna las características para reprocharle su culpabilidad, se le brinde un tratamiento especial a través de una medida de seguridad; Por el contrario en la aplicación de una medida socioeducativa se tiene que tomar en cuenta el grado de participación que el joven a tenido en la comisión de la infracción penal, haciéndole ver el daño causado; pero teniendo que ser una persona capaz de comprender lo malo de su actuar, independientemente que sea un niño o adolescente, tomando en cuenta que esta normativa especial, funciona inspirada en principios rectores como lo son:

- a) La protección integral, que comprende la protección jurídica y la protección social del menor.
- b) El interés superior del menor que consiste en la consideración primordial en la aplicación de las medidas que le conciernen y en la aplicación e interpretación de la ley.
- c) El respeto a sus Derechos Humanos, para el logro de un mejor desenvolvimiento como ser humano.
- d) Su formación integral, que busca su pleno desarrollo físico, su educación

y su socialización

- e) La reinserción en su familia y en la sociedad; tal y como lo establece muy claramente el Artículo 3 de la Ley del Menor Infractor; así mismo esta ley en su Artículo 22 establece el objeto que persigue el proceso penal de menores que es el de establecer la existencia de un hecho delictivo y encontrar a su autor o partícipe.

Con ello se tiene al menor como un sujeto imputable, a quien se le puede declarar culpable y responsable, educándolo en base a esa responsabilidad, tomando en cuenta que el joven en conflicto con la ley penal no debe excluirse de su responsabilidad penal ya que le producirá más daño por el contrario, lo que se tiene que hacer es ofrecerle más oportunidades para su desarrollo, enfrentando las reglas que imponen la sociedad y cumpliendo programas educativos que le ayuden a asumir un rol constructivo de responsabilidad en la sociedad. (Artículo 40 convención sobre los Derechos del Niño.) La adopción y ejecución de las medidas aplicadas al menor en conflicto con la ley penal, deben cumplir con los derechos que este tiene, los cuales se relacionan con su formación integral, con su condición de procesado, con su carácter de miembro de una familia y como persona humana; por lo tanto es un abuso de autoridad aplicar una medida o tolerar su ejecución, cuando ello implica violación a estos derechos, como lo son derecho de presunción de inocencia, de inviolabilidad de la defensa, derecho al juicio previo, etc.

Una medida que no representa una contribución a la formación educativa del menor, o que viole los derechos y garantías procesales que se reconocen a todo procesado adulto o menor, o que interrumpa o limite, con justa causa, las relaciones del menor con su familia, o que se ejecute desconociendo elementales consideraciones con la persona humana y especialmente la minoría de edad, es abusiva, contraproducente y coloca al Juez y a sus ejecutores al margen de la ley.

El régimen jurídico especial de los menores se debe regir por diversas garantías substantivas y procesales como son:

- a) Derecho a su dignidad, integridad e intimidad personal.
- b) El principio de jurisdiccionalidad que implica un juez natural independiente e imparcial; y un proceso justo, oral, reservado, ágil y fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto.
- c) Derecho a no ser privado de su libertad en forma ilegal o arbitraria.
- d) Derecho a que se respete el principio de legalidad sustantiva y procesal, lo que presupone que el procedimiento sea fijado por la Ley y que no puede quedar a la discrecionalidad del juez.
- e) Derecho a no ser ingresado institucionalmente sino en forma excepcional, por el menor tiempo posible, como último recurso y por orden escrita del juez competente.
- f) Derecho a la inviolabilidad de la defensa, que implica la presencia de un defensor desde el momento en que al menor se le atribuya la comisión de un hecho delictivo; y que sea considerado inocente hasta que no se compruebe su responsabilidad.
- g) Derecho a no prestar testimonio y a no ser obligado a declararse culpable.
- h) Derecho a un arreglo conciliatorio.
- i) El proceso debe regirse por el principio de culpabilidad por el acto y no por el autor.
- j) Derecho a que se le informe el motivo de su detención y a solicitar la presencia de sus padres, tutores y otras personas responsables de él.
- k) El principio de humanidad, que garantiza el respeto a los derechos humanos incluso para los declarados responsables.
- l) Derecho de impugnación de las resoluciones a través de recursos ante un órgano superior y revisión de las medidas.
- m) Obligación de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos

Humanos, de velar por el cumplimiento de los procedimientos a fin de respetar los derechos fundamentales del Niño.

- n) A no ser declarado autor o partícipe de una conducta atípica; a ser declarado libre de responsabilidad por no haber cometido el delito y que se le reconozcan los excluyentes de responsabilidad penal.
- o) Toda medida impuesta debe tener como fin su educación.
- p) Derecho a recibir información clara y precisa del Tribunal de Menores, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollan con su presencia, su contenido y razones.

Estas garantías son básicas y muy importantes, ya que la finalidad de la creación de las leyes es para que todo se haga en forma correcta y sin atropello de derechos, es decir que rigen las normas que dictan obligaciones y deberes con los correspondientes derechos; ya que dentro de un Estado de Derecho y siguiendo las garantías que exigen el cumplimiento de un debido proceso, lo que se pretende es velar por el fiel cumplimiento de los Derechos de la Niñez que son los derechos humanos más importantes, y estos deben respetarse y defenderse en todos los países del mundo, porque protegen la vida y la dignidad de los más indefensos y vulnerables.

Proteger a los menores de edad en una sociedad es garantizar el pleno desarrollo de la misma. Con ello, no sólo se busca el futuro de la sociedad, sino que se garantice el presente, porque brindando a los jóvenes por ejemplo, el alimento seguro, la educación, el techo, la recreación y los servicios médicos adecuados, una familia estable y el respeto de todos sus derechos, se puede lograr un desarrollo armonioso de su personalidad.

Es importante hacer notar que el Estado debe procurar que los jóvenes gocen como mínimo de los siguientes derechos:

1. Derecho a la Educación.
2. Derecho a la Igualdad.
3. Derecho a participar en la religión.

4. Derecho a la protección de parte de los padres.
5. Derecho de protección contra la violencia sexual.
6. Derecho a la Salud.
7. Derecho a un medio ambiente sano.
8. Derecho a la vida.
9. Derecho a la protección en las guerras o conflictos armados.
10. Derecho a la recreación, a la diversión, el deporte y el descanso.
11. Derecho de protección a las niñas y niños enfermos inválidos o discapacitados.
12. Derecho de protección contra los abusos en el trabajo.

En esta caso, la protección de derechos y garantías que poseen los menores, son el fundamento del procedimiento de la imposición de MEDIDAS SOCIO-EDUCATIVAS que establece la Ley del Menor Infractor para los menores que se encuentran en conflicto con la Ley Penal; Dicho procedimiento de imposición de medidas, tiene que ser con el fiel cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos de forma universal por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Artículo 37 y 40.)

En todo proceso de Menores se persigue que este se eduque con responsabilidad, ya que las medidas reguladas en la Ley del Menor Infractor son de carácter punitivo, porque se incorporan y se adecuan a una sanción penal; estas pretenden educar al menor con responsabilidad en su medio natural; siempre y cuando se den las condiciones adecuadas para su desarrollo integral, a través de programas de reinserción social con lo que se pretende que el Menor sé resocialize en forma adecuada a la Sociedad. El modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo, “educar en la responsabilidad” que significa que toda medida que se le imponga a un joven que ha infringido la ley, se le cumplirá educándolo, es decir, que a través de la educación se ejecuta su responsabilidad.

Las medidas socioeducativas en cuanto a su aplicación es un tanto

complejo determinar el funcionamiento que estos tienen porque al hablar de medidas pareciera que los menores son sujetos que necesitan un tratamiento especial, pero desde un punto de vista de protección integral al menor, se establece que el funcionamiento que estas medidas tienen es por un lado de tipo preventivo, es decir, que con la imposición de estas, se pretende evitar que otros menores cometan nuevos hechos delictivos; y se propague aún más el fenómeno delincencial juvenil y por otro lado se fundamentan en la educación y reinserción que los menores involucrados deben obtener tanto en su familia como en la sociedad. Así mismo, pretende que la respuesta jurídica que el Estado proporciona al menor que inflige la ley, sea meramente socioeducativa para mejorar las expectativas de futuro que el joven tiene; además como se ha dicho la preocupación por los derechos y garantías que los menores tienen ha hecho que se les apliquen a ellos también pero con mayor estricto apego a la ley, como sujeto de derechos que es considerado según la nueva doctrina de la protección integral.

Dichas medidas sobrevienen cuando previamente y adecuado a un procedimiento legal se determinó que existía Culpabilidad por el hecho que el menor cometió; y por lo tanto trajo consigo la responsabilidad; pero para poder considerar al menor responsable por la infracción cometida tiene que reunir los requisitos que la legislación penal común establece para que un individuo sea considerado culpable igual que en adultos, es decir, determinando si el menor reúne las características de ser menor de edad en la franja de doce a dieciséis años de edad para poder atribuirle el hecho cometido pudiendo así determinar el grado de responsabilidad que este tendría; pero es el caso como sabemos que el menor se le trata de educar.

Esta educación consiste en desarrollar y ampliar las facultades intelectuales, físicas y morales del joven; para comprender y asimilar de mejor manera las consecuencias del hecho que cometió, asimismo instarlo a no volver a cometer un delito. Se educa al menor con base a responsabilidad que a

través del proceso legal se determinó su culpabilidad, pero que pasaría si el menor no es sujeto a quien se le puede atribuir o imputar su culpabilidad por la infracción cometida ya sea porque posee deficiencias que alteren su desarrollo integral o psicosocial, y es aquí donde no podemos atribuir el grado de culpabilidad que este tuvo en la comisión de un hecho ilícito, ya que al poseer estas deficiencias no se pueden determinar si en realidad él está consciente de su forma de actuar; Pero es en este caso que se vuelve complejo hablar del desarrollo integral del menor, porque es este el momento en el cual él está adquiriendo un desarrollo emocional y psicosocial que le permitan darse cuenta de que su forma de pensar es lícita o ilícita, pero se da el caso de aquellos menores que realmente tienen deficiencias físicas o mentales que al cometer un hecho no les permiten asimilar que es un agravio de un bien jurídico tutelado.

3.6 CLASES DE MEDIDAS O SANCIONES APLICADAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.

Con todo lo dicho anteriormente acerca de medidas y penas en general, corresponde en este momento plantear críticamente que el uso del término “Medida” en el caso de menores en conflicto con la ley penal, es totalmente inadecuado e inadaptado al proceso penal de menores; ya que una “medida” lo que indica es para moderar o prevenir, significa que se dispone de ella para tomar precaución sobre determinada situación, pero en este caso se encuentra mal empleado dicho término porque se designa con la palabra “medida” a una sanción penal, con todas las características que debe reunir como son privación de derechos, se impone por la vía judicial a través de un órgano especializado, en un proceso penal establecido por una ley especial para el caso, se impone como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, concurren todos los principios, garantías y lineamientos básicos y procesales de la legislación penal común. Entonces las medidas son sanciones penales; lo único que se justifica para utilizar dicho término de “medidas” es porque es para

ser aplicadas a personas menores de 18 años de edad.

Las medidas socioeducativas que al respecto enumera el Art. 8 de la Ley del Menor Infractor, son las siguientes:

a) **ORIENTACIÓN Y APOYO SOCIO FAMILIAR:**

Consiste en que el menor debe tener una base de convivencia con su familia y dentro de su comunidad, haciéndole ver también a los padres que ellos tienen que colaborar para que el menor cumpla con el proceso de reinserción social.

b) **AMONESTACIÓN:**

Es el llamado de atención que el Juez hace oralmente al menor, para que éste quede advertido en cuanto a que su conducta sea corregida y cumplir con las normas y límites que la sociedad impone.

c) **IMPOSICIÓN DE REGLAS DE CONDUCTA:**

Aquí se toma en cuenta la edad del menor que es de doce años a dieciocho años, porque se determina la obligación y prohibición que el Juez ordena al menor que debe cumplir dependiendo de cada caso en concreto en el que se encuentre el menor.

d) **LIBERTAD ASISTIDA:**

Es la reorientación del derecho a la libertad del menor, otorgándole la libertad al menor, obligándole a cumplir programas educativos y de formación vocacional, a recibir orientación y apoyo a través de especialistas en el tratamiento de menores, cuando el caso lo amerite; y el sometimiento a tratamientos específicos que el menor necesite. Es una medida muy efectiva; en cuanto al tratamiento del menor para su reinserción social.

e) **INTERNAMIENTO:**

Consiste en la privación de libertad, que en forma excepcional y como última medida se aplica al menor y para decretarla se debe cumplir con los requisitos regulados en el Art.54 de la Ley del Menor Infractor. Estas medidas pueden ser impuestas en forma simultanea, sucesiva o alternativa;

así como también pueden ser revocadas, sustituidas, por lo que es necesario un control y seguimiento de dichas medidas.

La regla de Beijing 18.1 hace alusión a la pluralidad de medidas resolutorias.

En cuanto a las medidas anteriores, la prevención juega un papel muy importante, ya que a través de ella se evita que la delincuencia juvenil siga propagándose. Por lo tanto tratándose de menores en conflicto con la Ley Penal, toda medida lleva implícita un propósito educativo y preventivo brindándole al menor la oportunidad de capacitarse a través de instituciones con programas formativos y educativos. La Ley del Menor Infractor que también se ha cuestionado porque en una primera instancia se busca ante todo la integración y reinserción del menor en la sociedad; pero en realidad podemos decir que siempre se busca sancionar al menor, es decir aplicando una sanción por la conducta ilícita que cometió, ya que para lograr una función re-socializadora y educativa, para que el menor tome conciencia de su responsabilidad, no es necesario que a este se le prive de ciertos derechos que son necesarios para su integración, por lo que estamos en presencia de una Ley sancionadora y penal totalmente, partiendo de su denominación “Ley del Menor Infractor”; con ello ya se esta asegurando que el menor infringió la ley, sin haberse comprobado o no.

Cuando un menor de edad comete una infracción penal y se quiere re-socializar, o como lo establece la Ley del Menor Infractor se quiere reinsertar a la familia y a la sociedad, no es indispensable que se haga por la vía judicial y a través de un proceso penal de menores, que aunque contenga todas las garantías substantivas y procesales y tenga un carácter especialísimo, garantista y educativo, jamás va a dejar de ser penal y sancionador; No es esa la vía mas adecuada para lograr los objetivos y las metas trazadas, no sólo por la Ley del Menor Infractor, sino también en el ámbito internacional con la

Convención sobre los Derechos del Niño. Conviene hablar en éste caso de facilitar una vía administrativa, familiar, educativa, para que realmente este joven en el futuro no caiga en la reincidencia y para evitar que a su corta edad quede etiquetado y se estigmatice su forma de vida, y lo que en el futuro podrá ser como sujeto de derechos y ciudadano provechoso para la sociedad.

Pero sin importar que la Ley del Menor Infractor junto con las medidas que esta regula, tengan un fin sancionador; siempre se pretende al igual que las penas impuestas a los adultos, RE-SOCIALIZAR al individuo que ha cometido una infracción penal, ya que si lo vemos desde el punto de vista de las medidas de seguridad, tendrían un carácter de Tratamiento Preventivo en cuanto al grado de imputabilidad de la persona que ha cometido la infracción, es decir, que si es capaz de atribuírsele una sanción penal. Pero como bien sabemos, el menor, de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral, es considerado como sujeto de derechos en vía de desarrollo psicológico, social, educativo, cultural, social, etc.

Igualmente para la Ley del Menor Infractor, las medidas de protección que regula la Ley del Instituto Salvadoreño de protección al menor vienen a ser las medidas de seguridad, que pretenden prevenir las acciones delictivas futuras que los menores que se encuentran en peligro social puedan cometer, de acuerdo al grado de imputabilidad que estos tengan, ya que como sabemos los menores que no hubieran cumplido los doce años de edad no serán sometidos a procedimiento judicial, ni policial, incluso cuando se trate de delitos graves; en el caso que al menor se le vulnere o amenaza algún derecho está exentos de responsabilidad y se informará al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor.

La resocialización es el proceso mediante el cual un individuo a quien se le excluyó de la sociedad por un acto que constituye delito; se vuelve a incorporar y a integrar al grupo social a través de la aplicación de una pena, cuyo objetivo es el de lograr a través de programas vocacionales, educativos y

correccionales que el individuo pueda formar parte activa de la sociedad. La idea de re-socialización dentro del Sistema Penal, significa que al sujeto se le impuso una sanción, no se le está eliminando de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella, aunque sometido a un régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Entonces podemos establecer que si existe diferencia entre pena y medida de seguridad; pero no existe diferencia entre las penas y las medidas aplicadas al menor en conflicto con la Ley Penal, salvo en el aspecto de la prevención especial que es lo que persiste en la Ley del Menor Infractor; aunque si las podemos diferenciar con respecto a las medidas de seguridad, ya que éstas son una forma de tratamiento que puede ser educativo, curativo o de internamiento dependiendo al sujeto que se le imponga; pero encaminado a que el sujeto tenga la posibilidad de gozar de los beneficios de establecer una relación social adecuada, de acuerdo a sus limitaciones. En determinado punto siempre estaríamos en la situación de preguntarnos ¿porqué se les llamó MEDIDAS y no PENAS? Y estaremos respondiendo siempre, que es porque aún en nuestro país, no existe aún una verdadera reforma que asegure un real y adecuado procedimiento para los jóvenes que están en conflicto con la ley.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad de un menor que ha infringido la ley, haremos alusión a dos tipos de Derecho Penal: con anterioridad y durante la aplicación de las legislaciones penales procedentes, se daba lo que se llama Derecho Penal de Autor, que consistía en que al momento de imponerle una sanción al individuo, su responsabilidad se basaba tomando en cuanto a su apariencia física, su forma de vestir, su comportamiento, su forma de pensar; es decir, la forma en que el imputado luciera era primordial para imponerle la sanción; era una cuestión totalmente arbitraria e ilegal, ya que con el correr del tiempo y los avances en materia penal, se llegó a considerar el Derecho Penal de la responsabilidad por el acto, que es el que actualmente se

aplica, y es el que consiste en que para considerar responsable a una persona de un hecho delictivo se debe tomar en cuenta, precisamente el acto, la acción cometida se va a responsabilidad por la levedad o gravedad del hecho, no por su apariencia, que es absurdo porque, se violenta el derecho a la propia imagen; además el Derecho Penal de Acto está establecido expresamente en el Art. 5 literal "C" de la Ley del Menor Infractor.

Podemos decir que basándose en que las medidas en su criterio amplio buscaban dentro del ordenamiento jurídico, la tutela de derechos de la persona que cometió una infracción; pero vista desde el punto de aquellos sujetos que no se consideraban aptos para cumplir una sanción penal común sin el debido tratamiento específico, en el cual este se encontraba; es decir, si en realidad eran sujetos con influencias psicológicas y físicas, que incidían en su comportamiento. Pero hoy en día a un menor no se le considera inimputable, sino que al contrario es considerado como sujeto de protección de sus derechos por los riesgos sociales a los cuales se pueda ver sometido, aunque como bien es difícil creer que una medida impuesta a un menor no tenga el mismo fin que una pena, ya que como se puede hablar de educación, si al menor se le priva de su libertad o de sus derechos y garantías que le son necesarios para su autorrealización.

Con respecto a la regulación de las Medidas de Seguridad para adultos se encuentra en el Artículo 93 y siguientes del Código Penal Vigente, las cuales corresponden a aquellas personas que se consideran exentas de responsabilidad penal, que de ser contrario se le impondría una pena. En cuanto al procedimiento que el Código Procesal Penal requiere para la aplicación de Medidas de Seguridad para los Adultos, lo establece claramente los artículos 397, 398 y 399 de dicho código; y con ello se determina el juicio para la aplicación exclusiva de Medidas de Seguridad que se ejercita por el fiscal o el querellante con la previa existencia de la inimputabilidad y la solicitud que ellos presenten para este juicio contendrá en lo pertinente, los requisitos de

la acusación.

Por la singularidad de este caso, existen para este juicio determinadas reglas especiales que enumera el artículo 398 del Código Procesal Penal que literalmente dice así: “El procedimiento se regirá por las reglas comunes, salvo las establecidas a continuación”:

1. Cuando el imputable sea incapaz, sus derechos serán ejercidos por el tutor, o, en su defecto, por quien designe el tribunal, sin perjuicio de aquellos que pueda ejercer el imputable por si mismo el tutor informará sobre el inimputable inmediatamente después de la discusión final.
2. Este juicio no se realizará simultáneamente con otro de trámite ordinario.
3. El juicio se realizará a puerta cerrada, sin la presencia del inimputable cuando a causa de su estado imposibilite la audiencia.
4. La sentencia absolverá u ordenará una medida de seguridad, y en su caso resolverá sobre la responsabilidad civil.
5. No regirán las normas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión condicional del procedimiento.

Al referirnos a las medidas de Seguridad dentro del régimen especial de los menores; no lo encontramos regulado específicamente, sin embargo el Artículo 16 de la Ley del Menor Infractor regula que si un menor adolece de deficiencia mental o física, el juez ordenará que se le brinde protección integral o que reciba un tratamiento en un establecimiento adecuado; estas medidas no tienen un procedimiento específico, ya que así se regula como aplicación especial de manera conjunta a las medidas socioeducativas; pero que tan cierto es que existen los elementos y recursos necesarios para su cumplimiento y su efectividad, porque es el caso de aquellos menores que adolecen de enfermedad mental y en nuestro medio no existen instituciones específicas que le den tratamiento sólo a los menores, sino que es una forma de aplicación general; y no prestándole así la atención debida que se le proporcione como lo establece el Artículo 16 de dicha ley, pudiendo así observar que existen

limitaciones o vacíos que no son atendidos como debiera ser, o tal y como lo establece la ley.

3.7 MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Se dan este tipo de mecanismos para ayudar, auxiliar y proteger al menor por supuesto, porque estas medidas son adoptadas en consecuencia de actos que amenazan o violan los derechos del menor de edad, este será sometido a una o varias medidas de protección que le brinden condiciones para cambiar su patrón de conducta según sea el caso.

Las medidas de protección y las medidas socioeducativas de la Ley del Menor Infractor, tienen una clara diferencia que consiste en que las primeras son aplicadas a los menores de edad por vía administrativa por parte del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, según el procedimiento que la ley de dicho instituto establece, para el caso de que este tenga conocimiento de que un menor se encuentra amenazado o violado en sus derechos o en situación de orfandad; mientras que las medidas socioeducativas se aplican también a menores de dieciocho años de edad, pero a través de la vía judicial por parte del Juez de Menores, según el procedimiento que establece expresamente la Ley del Menor Infractor, como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. La diferencia principal, radica en que las medidas de protección se aplican para proteger y prevenir, y las medidas socioeducativas para sancionar al menor.

Los menores responderán bajo la responsabilidad por el acto delictivo ante el Juez de Menores y la reacción de la sociedad a esa práctica será a través de medidas oficiales denominadas medidas socioeducativas, quien pasará por un proceso a través del cual las personas construyen hábitos, usos y costumbres compatibles con el respeto a la ciudadanía, a la solidaridad social, a los intereses y a los derechos ajenos. Esto por un lado, y por el otro se da las medidas de protección que según el Art.33 del Instituto Salvadoreño de

Protección al Menor (ISPM) que dice: “siempre que el instituto tuviere conocimiento por cualquier medio, que algún menor de dieciocho años de edad se encuentra amenazado o violado en sus derechos o en situación de orfandad, el Jefe de la División de Admisión Evaluación y Diagnóstico, abrirá de inmediato la investigación, practicará las diligencias previas que sean necesarias a fin de presumir tales hechos y adoptará en forma provisional, las medidas adecuadas para su protección”. Lo más importante en estos casos es que se apliquen para la situación de desprotección en que se encuentre el menor. El artículo 45 de la Ley del Menor Infractor, establece la colaboración y auxilio que debe existir para el cumplimiento de los fines de dicha ley por parte de toda autoridad y funcionario.

Es muy acertada la creación de este tipo de leyes para regular los procedimientos de las políticas de atención al menor y también crear a las instituciones y a los organismos idóneos para ejercitar dicha política (Art. 10 literal a) de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor.)

Esto es muy significativo para el desenvolvimiento de nuestros jóvenes, como lo establece muy bien el Art.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: “Los estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que disponga y, cuando sea necesario, dentro de la cooperación internacional”.

Las medidas de protección que según la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor son de acuerdo al Artículo 45 las siguientes:

a) Orientación y apoyo sociofamiliar:

Es la que se da cuando la amenaza de violación de los derechos del menor provenga de sus padres, tutores o personas responsables de él o del medio social, el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor dará orientación y

apoyo sociofamiliar por el tiempo que estime necesario, a fin de que el menor reciba la atención y protección integral, en el seno de su hogar y medio natural (Artículo 46 LISPM.)

b) Amonestación:

Es la llamada de atención que se hace a los padres, tutores o personas responsables del menor y a este, cuando se estime conveniente, para corregir o evitar la amenaza o violación a sus derechos y en general para exigir a dichas personas, el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en la protección del menor (Art. 47 LISPM.)

c) Reintegro al Hogar con o sin supervisión:

Es la entrega del menor a sus padres, tutores o personas bajo cuyo cuidado ha estado al menor, siempre que las condiciones morales, psico-sociales, garanticen la protección y educación del menor (Art. 48 LISPM.)

d) Colocación familiar:

Consiste en la entrega del menor a parientes o familiares cercanos, cuando faltaren los padres, tutores o responsables o cuando estos no dieran suficientes garantías de cuidado y protección. La misma regla se aplicará cuando la amenaza o violación de los derechos del menor sea grave y causada por quien lo tuviere bajo su cuidado (Art. 49 LISPM.)

e) Colocación en Hogar sustituto:

Consiste en la entrega del menor a una familia que se compromete a brindarle protección integral, esta medida se aplica especialmente a los menores huérfanos carentes de familia y a los que teniéndola, sus padres o parientes no dieran suficientes garantías de cuidado y protección (Art. 50 LISPM.)

f) Colocación Institucional:

Es la medida de protección que excepcionalmente, efectúa el Instituto, ubicando al menor en un centro de protección apropiado según su edad, personalidad y sexo, con el propósito de que realice sus estudios, aprenda

un arte u oficio, reciba atención especializada para su rehabilitación, garantizando su protección integral (Art. 51 LISPM.)

Hacemos una consideración crítica en cuanto a lo establecido por el Artículo 95 de la Ley del Menor Infractor, ya que es un error que esta faculte al Juez de Menores para aplicar medidas de protección tienen un carácter administrativo que no puede ser impuestas por órganos que se encarguen de aplicar la ley penal. Ahora bien, luego de mencionar las medidas de protección y determinar las bases legales de cada una de ellas, establecemos que los programas de protección son responsabilidad del poder público, que se canalizan a través de servicios organizados en el ámbito gubernamental para niños y adolescentes, a través de diversas instituciones como lo son las municipalidades, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, etc; así como también la empresa privada de entidades particulares, hace sentir el apoyo a la política de ayuda y protección para menores de edad.

En síntesis, con todo lo mencionado anteriormente se puede observar que el régimen jurídico para los menores es muy amplio, pero en éste caso de protección vemos que continuamos siendo presa fácil de los lineamientos que en su momento dictara la Doctrina de la Situación Irregular, y observando todo ese legajo de leyes garantistas y significativas, a través de otra óptica crítica, notamos que aún se ejercitan rasgos de dicha doctrina que pretendía a toda costa considerar al menor como sujeto de protección.

3.8 INSTITUCIONES RESPONSABLES DE APLICAR LAS SANCIONES PENALES:

El Estado es el ente encargado de ejecutar las acciones y de llevar a cabo las políticas y mecanismos legales para la salvaguarda de los intereses de la sociedad, ello lo logra a través de sus ramos, instituciones y organismos especializados para lograrlo de acuerdo al ámbito de que se trate. En este caso las instituciones creadas para tales fines en el área penal de adultos son para

determinar los casos, según los delitos de que se trate, aplicarán las sanciones penales dos tipos de grupos: 1) El tribunal del Jurado (Art. 52 del Código Penal) que está integrado a su vez por cinco personas sorteadas de la nómina del Registro Electoral (Art. 366 y siguientes del Código Penal); 2) El Tribunal de Sentencia (Art. 53 del Código Penal): que está integrado a su vez por lo que son tres Jueces de Primera Instancia. Estos tribunales aplican e imponen las penas a los adultos que infringen la ley penal, de que sobre la base de la culpabilidad se compruebe la responsabilidad que tienen.

Respecto a la ejecución de la pena que ha sido aplicada por los anteriores tribunales corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, llevar a cabo la función de vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Les corresponde asimismo vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de su libertad por cualquier causa; todo esto de acuerdo al Artículo 35 de la Ley Penitenciaria.

3.9 ENTIDADES RESPONSABLES DE APLICAR LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD:

En cuanto a las instituciones que aplican y las ejecutan; para aplicarlas se debe dictaminar por un perito calificado en el caso que sea determinado inimputable el individuo, es decir, que por padecimientos psicológicos; entonces el Tribunal de Sentencia será el encargado de imponerla y también en el caso que dichas medidas vayan conjuntas a la pena como lo establece el Artículo 95 de Código Penal y de acuerdo al procedimiento que establece el Artículo 397 al 399 del Código Procesal Penal. Al igual que en la vigilancia y la ejecución le corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la Pena como lo establece el Artículo 35 ya mencionado de la Ley Penitenciaria; y además es una de las atribuciones que éstos jueces poseen tal y como lo establece el Art. 37 numeral 1 de la Ley Penitenciaria.

3.10 ENTIDADES RESPONSABLES DE APLICAR LAS MEDIDAS AL MENOR EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL.

De acuerdo al Art. 22 de la Ley del Menor Infractor el proceso de menores tiene por objeto establecer la existencia de una infracción penal, determinar quien es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas que corresponden, es decir, que éstas se aplican en forma provisional o definitiva, con un fin primordialmente educativo, pueden ser suspendidas, revocadas o sustituidas por otras, el juez puede ordenar que éstas se apliquen en forma sucesiva, simultánea o alternativa, todo esto de conformidad a lo establecido en el Art. 9 de la Ley del Menor Infractor.

Según el Art. 42 de la Ley del Menor Infractor los jueces de Menores tienen competencia para:

- a) Conocer de las infracciones tipificadas como delitos o faltas por la legislación penal, atribuidas al menor sujeto a esta ley.
- b) Procurar la conciliación.
- c) Decretar las medidas conducentes a la formación integral del menor, a la reinserción en su familia y a la sociedad; y
- d) Conocer de otros aspectos, que éstas y otras leyes le fijen.

Con la aplicación de la Ley del Menor Infractor se trata de establecer las condiciones en presencia de las cuales un menor de edad puede ser declarado penalmente responsable. Sin embargo, y haciendo notar el enlace con la legislación penal común, tal como lo consagra el derecho penal de adultos, no es posible derivar responsabilidad penal de las características personales sino únicamente de las características del acto realizado. Así por ejemplo, no se puede responsabilizar a un joven por su apariencia o por lo que piensa; solamente puede hacerse responsable por sus actos. Ya que el Derecho Penal de Autor donde se tomaban en cuenta las características personales del

individuo se empleaba antes para responsabilizarlo; ahora se toman en cuenta las características del acto realizado que es lo que pregona el Derecho Penal de Acto.

Tampoco es factible derivar tal responsabilidad si no es con fundamento en la investigación de la verdad sobre los hechos que se le atribuyen. Al igual que en el sistema penal de adultos, acto y verdad son también los presupuestos de la responsabilidad penal de un menor de edad. Como un juicio de tal naturaleza es altamente delicado, debe reconocérsele al joven todos los derechos y garantías que para determinar el acto e investigar la verdad ha establecido el derecho penal⁶¹

El personal del Tribunal debe ser especialmente calificado y contará por lo menos con un psicólogo, un trabajador social y un pedagogo, auxiliándose de los especialistas del Instituto de Medicina legal y del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (Art. 44 LMI). Los sujetos procesales son: El menor Infractor, los representantes del menor, el Defensor Particular, el Ministerio Público: Fiscalía General de la República y la procuraduría General de la República, la víctima u ofendido (Art. 46 al 51 LMI.) La ley contempla un procedimiento en dos etapas: la preparatoria por parte de la Fiscalía (Investigación) del Art. 66 al 72 LMI y el trámite judicial (Juez de Menores) del Art. 73 al 82 LMI y el juicio propiamente dicho del artículo 83 al 96 LMI.

Luego de la aplicación e imposición de medidas socioeducativas por parte del juez de menores, la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor determina el actuar y forma de proceder del Juez de Ejecución de Medidas al Menor, en cuanto a la vigilancia y control de ejecución de las medidas contempladas en el Art. 8 de la Ley del Menor Infractor, con lo cual se interrelaciona para darle seguimiento al proceso de reinserción social,

⁶¹ DIAZ, ARONETTE. "La Nueva Justicia Penal Juvenil". La experiencia de El Salvador. Págs. 17 y 18.

aplicado al menor en conflicto con la Ley, el punto de enlace entre éstas dos leyes es el Art. 125 de la Ley del Menor Infractor donde establece que la vigilancia y control de las medidas señaladas en dicha ley es ejercida por el Juez de Ejecución de Medidas al Menor.

Entre otras atribuciones que tiene el Juez de Ejecución de Medidas al menor están: vigilar que se vulneren los derechos del menor durante el cumplimiento de las medidas, especialmente el caso del internamiento; Que las medidas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto en la resolución que las ordena, revisar las medidas para modificarlas o sustituirlas cuando no cumplan con los objetivos por los que fueran impuestos, o por ser contrarios al proceso de reinserción social del menor, decretar la cesación de las medidas, y las demás atribuciones que establezcan estas y otras leyes.

EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS

Son los grupos constituidos por profesionales en disciplinas afines a la actividad judicial por aplicar hacia niños y adolescentes, auxiliando y complementando los conocimientos del Juez de Menores, para que este tenga una visión más amplia de la situación jurídica u social del niño o adolescente.

Los organismos técnicos auxiliares poseen independencia funcional respecto del tribunal y cumplen una tarea que no participa de la eminentemente jurisdiccional. Su labor, si bien de alcances trascendentes, no es vinculante para el juez, puesto que las opiniones y conclusiones de los servicios técnicos no obligan al juez en sus decisiones, pudiendo apartarse de lo dictaminado u opinado por aquellos cuerpos técnicos. Estos organismos técnicos deben de actuar conforme a la ley, y los especialistas que los conforman deben respetar la dimensión jurídica de cada caso en particular y según la situación del menor lo amerite, en sus funciones debe existir un total y estricto apego a las garantías y principios que la ley establece como la aplicación de las garantías sustantivas y procesales, y los principios generales del Derecho Penal.

Sobre este caso podemos encontrar su regulación internacional en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) número 14.1, 16.1 y 22.1. En las funciones que desempeñan los miembros del equipo multidisciplinario debe haber una limitación en cuanto a que solamente pueden sugerir la medida socioeducativa con base al estudio realizado por ellos, cumpliendo así con la característica del debido proceso. Y para que esto se produzca deben concurrir circunstancias de especiales características; indudablemente el juez tendrá siempre muy en cuenta lo manifestado por sus auxiliares técnicos y generalmente sus resoluciones guardarán estrecha relación con las conclusiones de tales servicios. La fundamentación de la decisión, en caso de no seguir el dictamen de los auxiliares, deberá ser cuidadosamente concretada por el órgano jurisdiccional, especificando las razones que lo inducen a no seguir el temperamento propuesto por los auxiliares especializados (Art. 32 Ley del Menor Infractor.) Ahora bien, es necesario que los equipos multidisciplinarios recomienden medidas al Juez porque de acuerdo a su especialidad han conocido de cerca las necesidades y la situación en la que se encuentra el joven; Pero no es vinculante para el juez coincidir con dichas medidas porque él las impondrá de acuerdo a sus conocimientos jurídicos y con base a su sana crítica (inciso 3 de dicho artículo.)

En lo que atañe a la organización judicial, se exige que la potestad jurisdiccional se encuentre reservada a los jueces idóneos y especializados; además en la medida de lo posible, sobre esos conocimientos del Derecho que ya poseen, pueden obtener mayor noción y especialización en el área de menores para lograr mejores resultados judiciales. Es decir que existiría un mejor tratamiento que cumpliría con los principios rectores que el proceso de menores exige.

Las principales instituciones que intervienen en el proceso penal de menores son:

La Fiscalía General de la República (FGR), la Procuraduría General de la República (PGR), el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (ISPM), los Centros de Internamiento, la Policía Nacional Civil (PNC); y equipos multidisciplinarios (integrados principalmente por psicólogos, educadores y trabajadores sociales) que constituyen un valioso aporte a cada institución. Pero en el área judicial, la falta de comunicación y entendimiento entre estos equipos y los jueces ha llevado a una duplicación de esfuerzos, ya que no todos los jueces se apoyan en las recomendaciones de sus equipos multidisciplinarios para tomar decisiones.

En la Corte Suprema de Justicia se creó una oficina coordinadora de equipos multidisciplinarios, que antes se llamaba OCEM y era la encargada de apoyar y coordinar técnicamente a todos los equipos adscritos a los diferentes tribunales. Esta oficina elaboró el perfil y determinó las funciones de cada uno de los profesionales que integrarían dichos equipos, pero en la práctica las actividades se han determinado más que por dichos lineamientos, por las iniciativas de los equipos en cada tribunal, y por la relación de éstos con los respectivos jueces”⁶²

ROL DE LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS ADSCRITOS A LOS JUZGADOS DE MENORES.

La labor de cada uno de los miembros (profesionales de diferentes disciplinas) de los equipos, es y si no, lo debe ser eminentemente investigadora y verificadora de quien es el menor, donde, vive, y con quien o de quienes se rodea, en que ambiente se desarrolla, es decir, investigación real, profunda y objetiva sobre su situación socio-familiar, educativa y además información colateral sobre el ambiente donde se desenvuelve una investigación conciente

⁶² FERRAJOLI, LUIGI: (Emilio García Méndez y Mary Beloff). “Infancia, ley y democracia en América Latina”. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Por Miguel Sillero Bruñol. Págs. 696 y 700.

que busque y encuentre los verdaderos motivos del porque el menor entró en conflicto con la Ley del Menor Infractor, se concretiza la creación de los tribunales de menores con sus respectivos equipos.

Básicamente al Juez de Menores le corresponde administrar justicia; Pero la Ley le proporciona la facultad de auxiliarse de la multidisciplina repartida en profesionales idóneos que componen dichos equipos multidisciplinarios, a quienes les corresponde diversas funciones como las de revisar y justificar la existencia de delitos, averiguar sobre las razones o motivos que el adolescente tuvo para delinquir, conocer sobre su forma de vida, etc.

Es importante hacer notar que la Ley del Menor Infractor, regula el estudio sicosocial que debe existir por parte de los equipos multidisciplinarios, el cual lo encontramos en el Art. 32, y establece que en todo procedimiento se ordenara dicho estudio, y que se tendrá en cuenta al dictar la resolución por parte del Juez de Menores, buscando así una medida socioeducativa que sea la mas conveniente para el adolescente. Además el inc. 3° del mismo articulo, establece que el Juez de menores al momento de dictar su resolución puede prescindir de las recomendaciones hechas en el estudio sicosocial; Este articulo no esta en total armonía con la Legislación Internacional de Menores, ya que la Regla de Beijing número 16, establece que se hará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del adolescente, y además sobre las circunstancias en las que se hubiese cometido el delito, solo que se trate de delitos de menor gravedad; Y la Ley del Menor Infractor establece que en todo procedimiento, asimismo permite que el Juez de Menores se aparte de las recomendaciones y falle de manera diferente, lo cual quiere decir que si nuestra ley se apegara al ordenamiento internacional, se constituirían los equipos multidisciplinarios, solo en situaciones de delitos de menor gravedad.

FUNCIONES DEL PSICÓLOGO:

Dirige sus funciones y acciones hacia una evaluación y diagnóstico, coordinación, orientación terapéutica e investigación. Inicia su trabajo con la evaluación del funcionamiento intra psíquico del menor y su interacción con el medio, obtiene la estructuración dinámica de la personalidad del menor en los diferentes medios sociales en que se desarrolla. Para ello utiliza técnicas como OBSERVACIÓN DIRECTA, SU AUTOBIOGRAFÍA, ENTREVISTAS, PRUEBAS PSICOLÓGICAS, todo ello para formular un diagnóstico de evaluación de las relaciones del menor con las figuras parentales, de sí tiene o no disfunciones en su personalidad que le proporcionen una conducta antisocial, si tiene falta de capacidad para reflexionar sobre la acción cometida y las consecuencias de las mismas; cuando inició la práctica delictiva, si hubo o no amenazas a la víctima, si es reincidente, grado de estructuración de sus manifestaciones violentas, explorar sus recursos intelectuales, la imposición o no de límites por parte del responsable y el grado de aceptación de sus límites; adaptación al hogar, escuela, comunidad y trabajo, y la capacidad de mantener sus relaciones afectivas. Esta evaluación diagnóstica lleva al psicólogo a formular un pronóstico de la situación real del menor.

El psicólogo realiza sesiones individuales y grupales con menores y su grupo familiar o con jóvenes que tienen las mismas necesidades de orientación, también utiliza técnicas breves de tratamiento, siendo una de las más importantes la intervención de su problema.

FUNCIONES DEL TRABAJADOR SOCIAL:

La primera entrevista aplica técnicas propias del trabajo social individual, como son: la observación, visita domiciliaria, consulta a fuentes colaterales de información, investigación del entorno social de la estructura familiar y cultural, ocupación, ingreso económico y otros medios de subsistencia; investiga además aspectos relativos a la vivienda, salud física, redes sociales, vínculos

familiares, actitudes del menor frente a su problemática, antecedentes delictivos tanto del menor como del grupo familiar; si existen problemas de alcoholismo, drogas, prostitución y violencia intrafamiliar. Esto ayuda a comprender mejor la problemática socioeconómica del menor y su grupo familiar.

FUNCIONES DEL EDUCADOR:

Es quien orienta al menor sobre sus obligaciones y derechos fundamentales, garantiza la parte educativa y formativa del menor durante el proceso judicial, trabaja en la elaboración y actualización del banco de instituciones gubernamentales y no gubernamentales o privadas que se constituyen en recursos para que el menor pueda ser referido al cumplimiento de medidas; conduce su accionar hacia la escuela y la comunidad; realiza contactos necesarios para que el menor se identifique con el proceso socializador.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA:

En el artículo 49 de la Ley del Menor Infractor, encontramos la función de esta institución que dice que a esta le corresponde velar por el interés del menor, con las siguientes atribuciones:

- a) Asumir la defensa del menor, cuando este no tuviere defensor particular;
- b) Solicitar y aportar pruebas, participar en su producción, solicitar la conciliación, pedir en su caso, la cesación o modificación de las medidas decretadas e interponer recursos; y
- c) Las demás que esta y otras leyes le fijen.

En cada tribunal de menores habrá un Procurador de Menores.

FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA:

El papel de la fiscalía ha sido decisivo en el nuevo sistema acusatorio y en el desarrollo del proceso, conforme al procedimiento establecido en la nueva

normativa, a esta institución le compete un segundo nivel de selección de los hechos que serán remitidos a los tribunales. Dicha selección se funda, entre otras razones, en la gravedad de los delitos, en el hecho de haberse reparado o no el daño causado y en consecuencia por la realización o no del arreglo conciliatorio⁶³

El artículo 50 de la LMI establece que corresponde a esta institución la investigación de las infracciones penales atribuidas al menor sujeto a esta ley; y sus atribuciones son:

- a) Velar por el cumplimiento de la Ley;
- b) Procurar la conciliación;
- c) Promover la acción penal o abstenerse de ello;
- d) Solicitar y aportar pruebas, participar en su producción, pedir en su caso la cesación, modificación o sustitución de las medidas decretadas o interponer recursos; y
- e) Las demás que esta y las demás leyes le fijen.

En cada tribunal de menores habrá un Fiscal de Menores.

INSTITUTO SALVADOREÑO DE PROTECCIÓN AL MENOR

Todo accionar sobre la persona del menor posee finalidades proteccionales y pedagógicas extrañas al afán represivo o vindicativo. Existen modos y posibilidades de intervención de los organismos que habitualmente se ocupan de la tarea proteccional, según las variantes de prevención indicadas. En la especie que se cataloga como prevención general, la función de los organismos proteccionales de la minoridad aparecerá conjuntamente ejercida con la de otros entes y servicios pertenecientes primordialmente al ámbito del bienestar social.

En la prevención general corresponde al sector técnico administrativo o

⁶³ Ibídem: Pág. 698.

ejecutivo una intervención trascendente, sobre todo en lo que atañe al cumplimiento de programas que se encaren en relación con el grupo familiar y tiendan a lograr la cohesión y estabilización del mismo, mediante tareas conciliatorias o tratamientos grupales para superar situaciones afligentes para la personalidad del menor. Por la naturaleza de esta institución de protección y por la especialización de sus componentes, se hallan en favorables condiciones para aportar su positiva cooperación a los programas de prevención especial sobre familia y menor en estado de abandono.

EL ISPM, ES AL QUE LE CORRESPONDE EJECUTAR Y VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LA POLÍTICA NACIONAL DE ATENCIÓN AL MENOR Y BRINDAR PROTECCIÓN AL MENOR, según lo establece el Art. 2 de la ley que rige a dicho instituto; también es responsable de la ejecución y supervisión de las medidas impuestas por los tribunales.

Para finalizar hemos hecho el recuento de las instituciones que se encargan de controlar, ejecutar y aplicar las Medidas Socioeducativas que contempla la Ley del Menor Infractor; es muy ardua la labor que realizan; Sin embargo no son suficientes los esfuerzos para la gran demanda de atención y cuidado que tienen los menores de edad, ya que las soluciones a su problemática no deben ser canalizados hacia ellos sólo a través de mecanismos legales, sino también por medios sociales, educativos, familiares, etc. que pueda llegar a ellos, sin necesidad de que a su corta edad, ya se encuentren implicados en un proceso penal que marcará sus vidas y sus futuros comportamientos.

Siempre todas las actividades de políticas de atención a la niñez y de tratamiento infantil, atraen a la sociedad, y todos estamos conscientes de las necesidades de los jóvenes, en teoría; pero prácticamente nadie opta por un verdadero rol activo y participativo, que acabe o que por lo menos disminuya la barbaridad de atropellos y menoscabo de derechos que estos reciben desde

que nacen, en la mayoría de los casos; La niñez es un grupo de la sociedad muy vulnerable y propenso para ser objeto de abusos y malos tratos; ya es tiempo que con avances de la sociedad y las reformas jurídicas existentes se realicen tales atropellos, abusos y malos tratos para con los niños y adolescentes que tanto lo necesitan.

CAPITULO IV.

“ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO”.

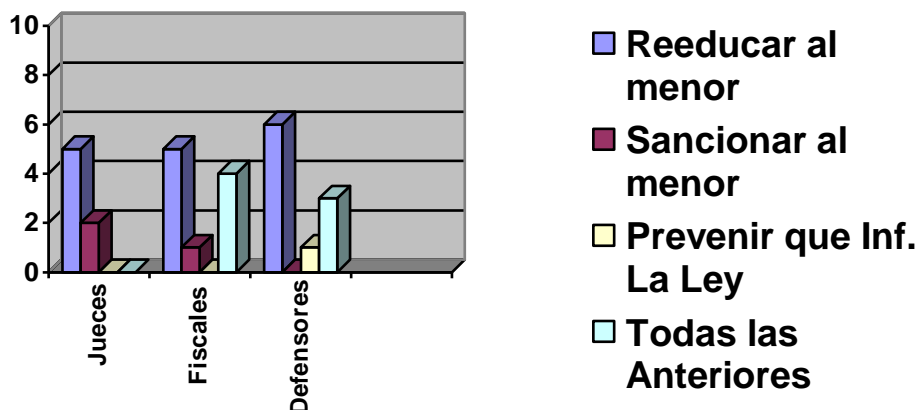
Para el desarrollo de la parte empírica de la investigación se toma en cuenta como Unidad de Análisis a:

Jueces de menores, Fiscales y Defensores con conocimiento en la rama minoril. Se escogieron estas unidades por considerarlas idóneas, ya que su actividad esta íntimamente ligada al tema de investigación. La Guía de entrevista consta de 15 interrogantes las cuales iban encaminadas a determinar hasta que punto las unidades se encontraban familiarizadas al problema de investigación, tratando en cierta forma de que las interrogantes fueran breves, facilitando así la respuesta del entrevistado, y la tabulación de las mismas.

La muestra tomada fue de 7 Jueces de menores, 10 Fiscales y 10 Defensores, haciendo un total de 27 entrevistados; para facilitar el procedimiento para la presentación de la información creemos conveniente en primer lugar de plantear la interrogante aunque al final se anexe la Guía de Entrevista, luego esquematizar a través de tablas y gráficos el resultado el resultado porcentual, y luego hacer el análisis respectivo de la misma; cabe aclarar que las preguntas cerradas, pero con oportunidad para fundamentar su respuesta es decir él ¿porque? De ella, no se esquematizo en tablas y gráficos, por considerar un poco complejo hacer la tabulación de las mismas, tal como sé vera a continuación.

1. ¿Cuál considera Usted que es el Fin de las Medidas que se encuentran reguladas en la Ley del Menor Infractor?

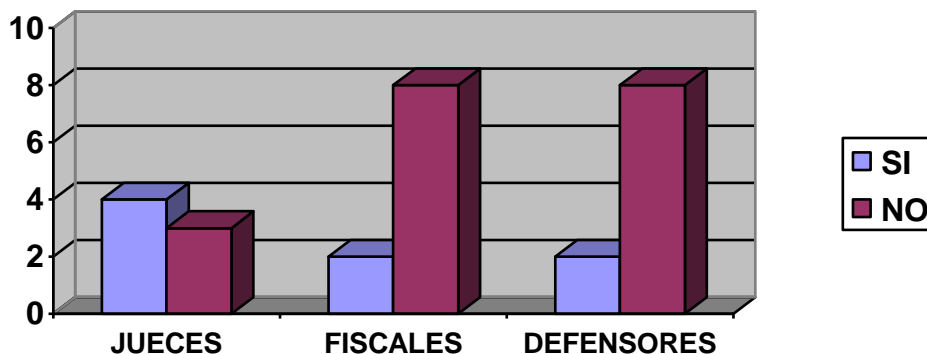
Fin de las Medidas	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
a. Reeducar al menor	5	71.43 %	5	50%	6	60%	16
b. Sancionar al menor	2	28.57	1	10%			3
c. Prevenir que Inf. la Ley					1	10%	1
d. Todas las Anteriores			4	40%	3	30%	7
Total	7	100.0%	10	60%	10	100%	27



Esta pregunta de Selección múltiple, es como una apertura para tener claro cual es el fin de las medidas, para así luego determinar si existe confusión entre la finalidad de esta y el de la pena aplicada a los adultos. El resultado porcentual como se observa en el grafico 1, refleja tanto los jueces, fiscales y defensores se inclinan por la opinión primera, determinando así que la medida aplicada al menor, es reeducativa.

2. ¿Considera Usted que la imposición de las Medidas aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal Controlan el Fenómeno delincencial?.

Las medidas contenidas en el fenómeno delincencial	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	4	57.14%	2	20%	2	20%	8
No	3	42.86%	8	80%	8	80%	19
Total	7	100.00%	10	100.0%	10	100%	27



Cómo podemos observar tanto el 80% de los Fiscales y Defensores respondió que no se controla el Fenómeno delincencial con la imposición de Medidas a menores, ¿Por qué la razón?. Por que consideran que el Fenómeno delincencial tiene sus raíces en la Familia, es decir en la desintegración que existe en ella; además porque el Estado no cuenta con los recursos necesarios, para poder prevenirla a través de proyectos o programas; aunque en las respuestas de algunos defensores, a pesar de que su fin es buscar que el menor no entre en conflicto con la Ley Penal, manifestaron que las medidas no se aplican con rigor, por lo que los menores siguen delinquiendo.

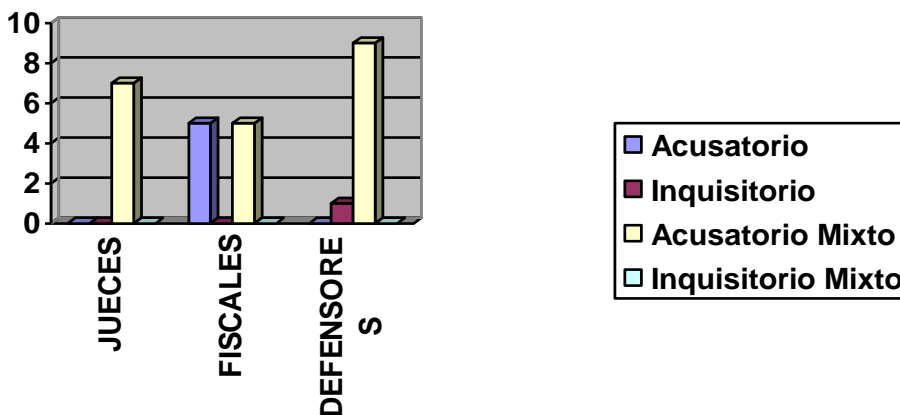
Con respecto a los Jueces de Menores el 57.14% plantea que si se

controla el Fenómeno delincencial, porque existe un seguimiento en la aplicación de una medida, es decir que buscan que el menor se mantenga ocupado en alguna actividad, tanto educacional como de aprendizaje de algún oficio, para que este luego se beneficie de lo que aprendió.

Nosotros consideramos que las Medidas hasta cierto punto tratan de controlar el Fenómeno delincencial, ya que aunque las medidas busquen reeducar al menor, es lógico que se previene que se sigan cometiendo más hechos delictivos.

3. ¿Qué tipo de Sistema Penal rige el proceso de Menores según su criterio?.

Sistema Penal	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
a Acusatorio			5	50%			5
b Inquisitorio					1	10%	1
c Acusatorio Mixto	7	100%	5	50%	9	90%	21
d Inquisitorio Mixto							
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

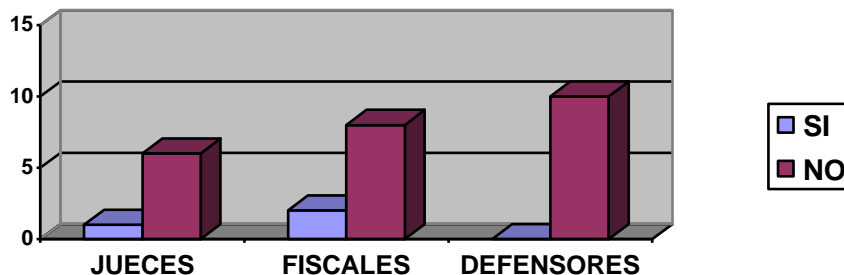


En este caso se le dieron cuatro opciones al entrevistado, para que determinara el Sistema que sigue el proceso de menores; como se muestra en el grafico el 100% de los Jueces de menores y el 90% de los Defensores se inclino por el Acusatorio Mixto, pensamos que se dividió su resultado por ser ellos los que dan inicio a la acción penal.

Es de hacer notar que consideran que el Sistema Acusatorio mixto rige el Proceso de menores, ya que aunque el Fiscal de inicio a la acción penal, El Juez de menores siempre controla determinadas funciones que el Fiscal tiene que respetar.

4. ¿Considera que la Categoría “Medidas” que se utiliza en la Ley del Menor Infractor significa un retroceso hacia la doctrina de la Situación Irregular?

“Medidas” son un retroceso para la Doc. de la situación Irregular.	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	1	14.29%	2	20%	0		3
No	6	85.71%	8	80%	10	100%	24
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

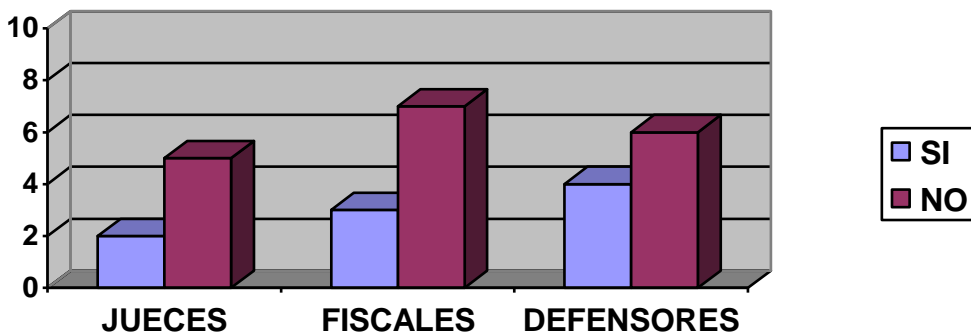


En primer lugar es necesario aclarar que en esta interrogante, tanto los Fiscales como Defensores, no tenían claro en que consistía la Doctrina de la

Situación Irregular, ya que al contestar porque, sus ideas no eran claras en cuanto a la finalidad que estas tienen. Pero como se muestra en el grafico, el mayor porcentaje se inclino en que no es un retroceso hacia la doctrina de la Situación Irregular; Los Jueces de Menores tenían más conocimiento por lo que manifestaron que las medidas buscan reeducar y reinserir al adolescente, y no solamente aplicarle una sanción, haciendo así un claro conocimiento de las garantías que el menor tiene como sujeto vías de desarrollo físico y sicológico.

- ¿Considera que sé esta desarrollando la Prevención General en la aplicación de Medidas Socioeducativas a los menores en conflicto con la Ley?

"Prevención General dentro de las Medidas Educativas	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Sí	2	28.57	3	30%	4	40%	9
No	5	71.43%	7	70%	6	60%	18
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

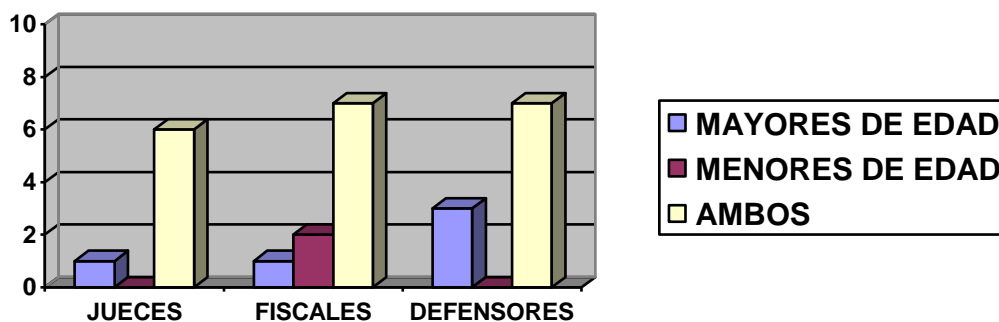


Esta pregunta la podemos relacionar con la pregunta número dos, y se puede determinar un tanto la confusión en la respuesta de los Jueces de Menores; ya que en primer lugar ellos manifestaron que la imposición de

medidas controlaba el fenómeno delincencial, pero en esta pregunta consideran que no se desarrolla la prevención general, que es la que conlleva un control en la comisión de nuevos hechos delictivos. Al contrario los Fiscales y Defensores, como se muestra en la grafica, mantienen que en la aplicación de una medida socioeducativa no se desarrolla la prevención general, por lo que no se esta controlando el fenómeno delincencial.

6. ¿Cuál es su opinión acerca de a quienes se les aplica las Medidas de Seguridad?

A quienes se les aplica la medida de seguridad	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Mayores de edad	1	14.29%	1	10%	3	30%	5
Menores de edad			2	20%	0		2
Ambos	6	85.71%	7	70%	7	70%	20
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

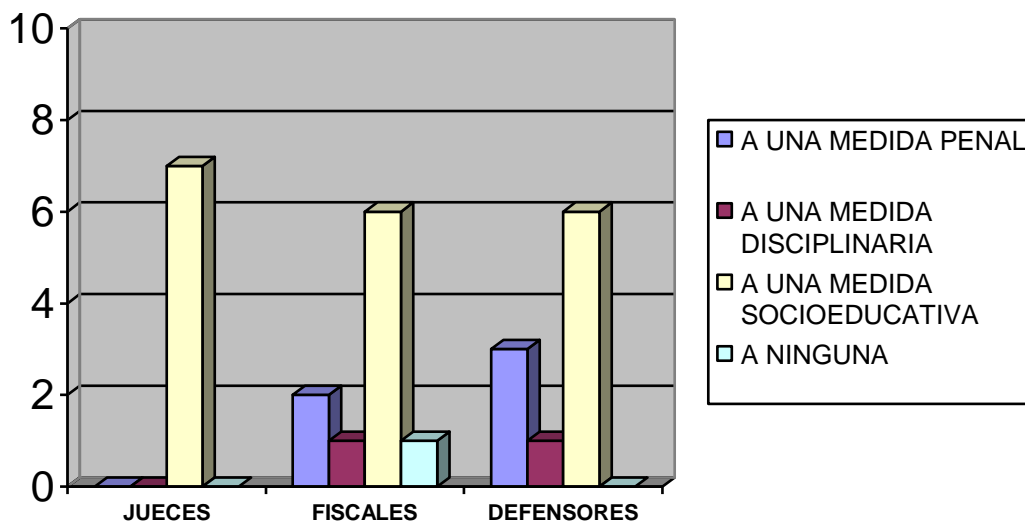


Los entrevistados coincidieron porcentualmente ya que consideran, que estas se aplican a ambos, aunque es necesario hacer una observación ya que la mayoría de entrevistados en primer lugar no ubicaba la pregunta, por no tener claro en que consistían las Medidas de Seguridad, haciéndoles alusión

que estos pueden ser impuestas a aquellos sujetos que no son merecedores de una Sanción Penal o una medida, por ser Sujetos que actúan impulsados fuera de su voluntad, o ser Sujetos Inimputables.

7. ¿A que considera que corresponde el termino de “Medidas” en la Ley del Menor Infractor?.

“Medidas” responden a:	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
A una sanción Penal	0		2	20%	3	30%	5
A una Medida Disciplinaria	0		1	10%	1	10%	2
A una Medida Socioeducativa	7	100%	6	60%	6	60%	19
A ninguna	0		1	10%	0		1
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

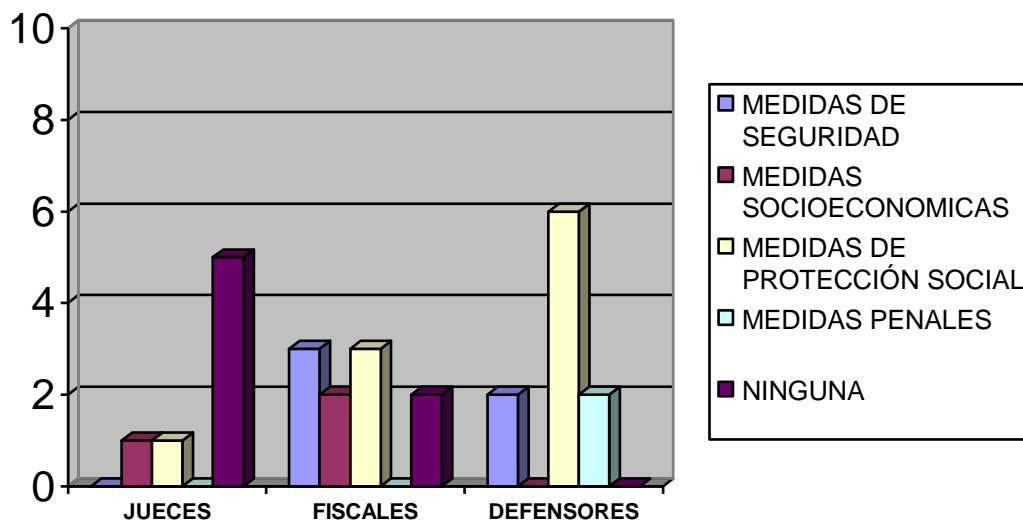


En esta pregunta la respuesta de los Jueces fue taxativa, al manifestar que el termino “medidas” corresponde a una medida socioeducativas. Aunque también el 60% de los fiscales y defensores se inclinó por la misma opción.

Es lógico notar que sus respuestas se inclinaron por la opción tercera, ya que ellos familiarizan a las medidas con un fin socioeducativos, que buscan que el menor se reeduce y se reinserte a la sociedad.

8. ¿Cuál es la respuesta que el Estado le da a los niños y jóvenes que se encuentran vulnerados en sus derechos?

Respuesta para los Niños de parte del Estado.	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Medidas de Seguridad	0		3	30%	2	20%	5
Medidas Socioeducativas	1	14.29%	2	20%	0		3
Medidas de Protección Social	1	14.29%	3	30%	6	60%	10
Sanciones Penales	0		0		2	20%	2
Ninguna	5	71.42%	2	20%	0		7
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

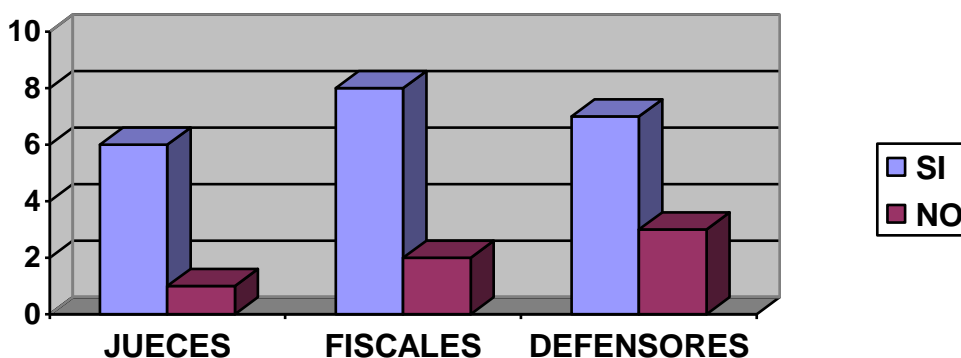


Aquí surgió una nueva opción para responder esta pregunta, ya que el 71.42% de los Jueces, y el 20% de los Fiscales manifestaron que el Estado no tiene ninguna respuesta para aquellos niños y Jóvenes que no tienen las mismas oportunidades que los demás, y porque el Estado no cuenta con programas para ayudarlos. Por el contrario los defensores manifestaron que son medidas de protección social las respuestas que el Estado da a los niños y jóvenes vulnerados en sus derechos, siendo acertada en cuanto a las medidas que regula la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (Art. 45).

Para aclarar los niños y los Jóvenes que se encuentran vulnerados en sus Derechos son aquellos que sufren de la Desintegración Familiar; adicción, falta de educación, vivienda, es decir que no poseen ningún tipo de apoyo.

9. ¿Cree que existen diferencias entre las Medidas aplicadas al menor en conflicto con la Ley Penal y las Sanciones penales aplicadas a los adultos.

Diferencias entre Medidas y Sanciones Penales	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	6	85.71%	8	80%	7	70%	21
No	1	14.29%	2	20%	3	30%	6
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

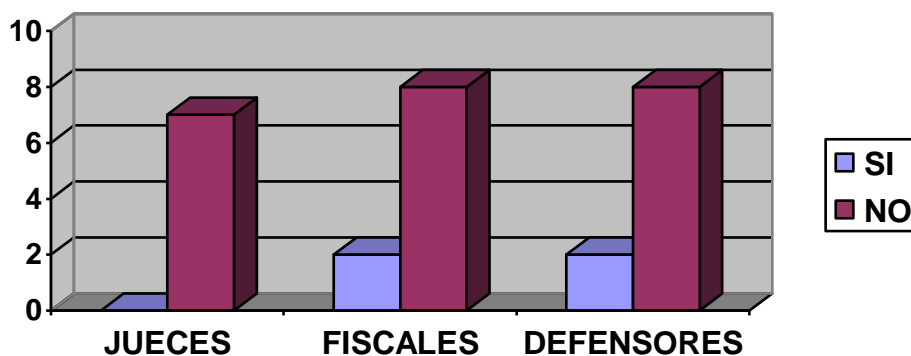


En esta interrogante el 85% de los Jueces, el 80% de los Fiscales y el 70% de los Defensores contestaron que si existen diferencias, mencionando en el primer lugar la forma de Cumplirla, ya que a los menores se les exige que estudien, aprendan un oficio, mientras que para el adulto es opcional; además manifestaron que las medidas son más atenuadas, mientras que las sanciones penales son más duras.

Las respuestas de los Jueces se enmarco en que la diferencia estriba que cuando se le aplica una Medida a un menor intervienen una serie de Factores y de personas, para imponerle la Medida que ellos consideran conveniente, tal es el caso de los Equipos Multidisciplinarios; además porque se le da un seguimiento más intenso, contrario con la imposición de una pena a un adulto, en este caso lo que interesa es hacer ver la Responsabilidad del Sujeto que Infringió la Ley, para luego imponerle una Sanción.

10. ¿Cree que existe congruencia entre los Fines de las Medidas aplicadas a los menores en Conflicto con la Ley Penal y lo que el Estado establece para cumplir esos fines?

Fines del Estado con respecto a las Medidas	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	0		2	20%	2	20%	4
No	7	100%	8	80%	8	80%	23
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

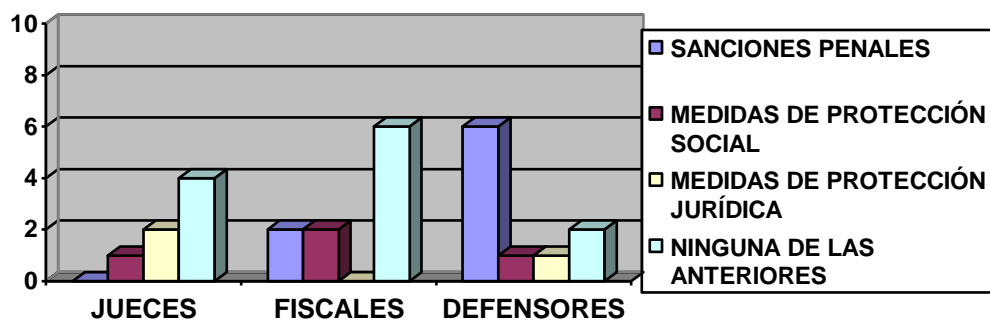


En esta pregunta todos coincidieron, aunque no íntegramente como muestra la grafica; el porcentaje más alto se inclino en que no hay congruencia por que el Estado no cuenta con recursos necesarios para poder establecer programas o mecanismos permanentes que contribuyan a la correcta y adecuada aplicación de una Medida.

Como podemos observar esta pregunta podemos relacionarla con la número 5, ya que la Prevención General requiere de recursos para poder hacerla efectiva.

11. ¿Cómo considera que Seria la Categoría más adecuada para denominar a las Medidas que se le aplican a los Menores en conflicto con la Ley Penal.

Denominación	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Sanciones Penales	0		2	20%	6	60%	8
Medidas de Protección Social	1	14.29%	2	20%	1	10%	4
Medidas de Protección Jurídica	2	28.57%	0		1	10%	3
Ninguna de las anteriores	4	57.14%	6	60%	2	20%	12
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

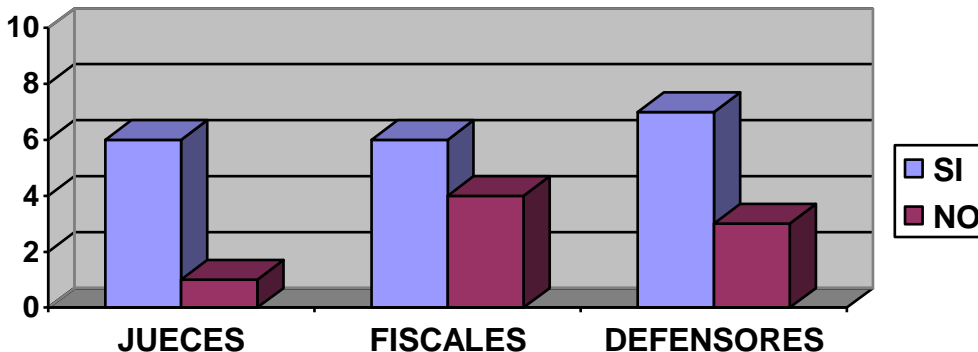


Podemos notar la relación que esta pregunta tiene con la número siete, aunque en este caso solo cambiaron las categorías, pero como se muestra en el grafico el 57.14% de los Jueces, y el 60% de los Fiscales decidió optar por no dar ninguna respuesta, al contrario los Defensores con el 60% optaron por denominar a las Medidas como Sanciones penales; pudiendo así constar que

existe duda en cuanto a saber en si cual es la Finalidad de estas.

12. A su criterio. ¿Hay Similitud en el objetivo que persigue el proceso penal de Adultos y el objeto que persigue el proceso penal de Menores?

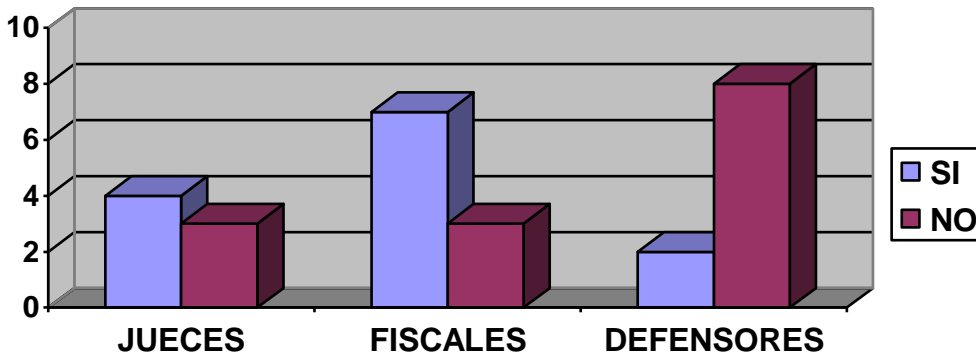
Similitud entre el Proceso Penal Adulto y Proceso Penal de Menores	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	6	85.71%	6	60%	7	70%	19
No	1	14.29%	4	40%	3	30%	8
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27



Los encuestados como se muestra en la Gráfica decidieron mayormente por decir que si existe similitud en ambos procesos; porque lo que se pretende es determinar si existe un hecho delictivo, para luego buscar al responsable y hacerle merecedor de una sanción penal o una Medida, independientemente de cual sea la finalidad que esta conlleva.

13. ¿Cree que se puede advertir la presencia de la Prevención General y la Prevención Especial en la aplicación de las medidas que establece la Ley del Menor Infractor?.

Prevención General y Prevención Especial	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	4	57.14%	7	70%	2	20%	13
No	3	42.86%	3	30%	8	80%	14
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27

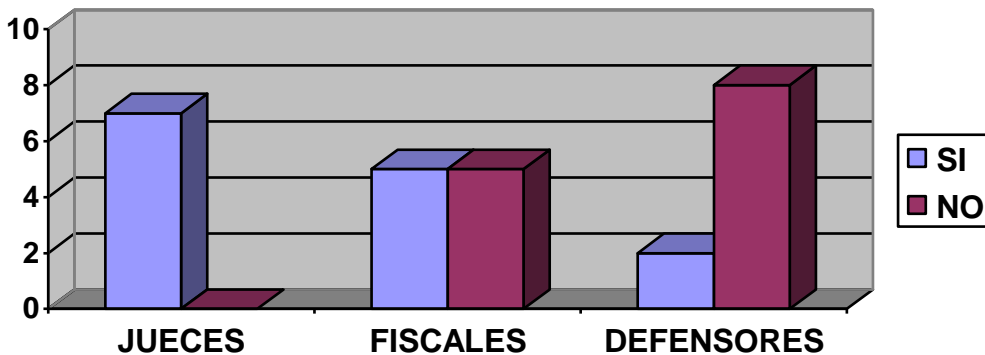


En esta pregunta hubo deficiencia por parte de los Fiscales y Defensores al contestarla, ya que no tenían claro cual era la diferencia entre la prevención general y prevención especial. Se puede determinar que la tendencia de los defensores, en cuanto a la comisión de nuevos hechos delictivos es la misma que la pregunta numero 2 y 5, ya que consideran que la prevención general y la prevención especial no se logra con la imposición de una medida socioeducativa.

En cuanto a los Jueces de Menores se puede determinar la incongruencia en cuanto a la verdadera finalidad de las medidas socioeducativas, por que no es la misma línea que siguen con la pregunta 2 y 5.

14. ¿Considera que los objetivos que persiguen las penas son los mismos objetivos que pretenden alcanzar las Medidas Aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal?

Objetivos	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	7	100%	5	50%	2	20%	14
No	0		5	50%	8	80%	13
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27



La respuesta de los Jueces en esta pregunta es incongruente con las demás respuestas que han dado, ya que el 100% dijo que si persiguen los mismos objetivos las penas y las medidas socioeducativas, por que tanto al adulto como al adolescente se le impone una sanción independientemente que sea llamada medida o pena, con el único fin de castigar, previniendo así la comisión de nuevos hechos delictivos, haciendo énfasis en cuanto a que los menores se les facilitan los medios para su cumplimiento.

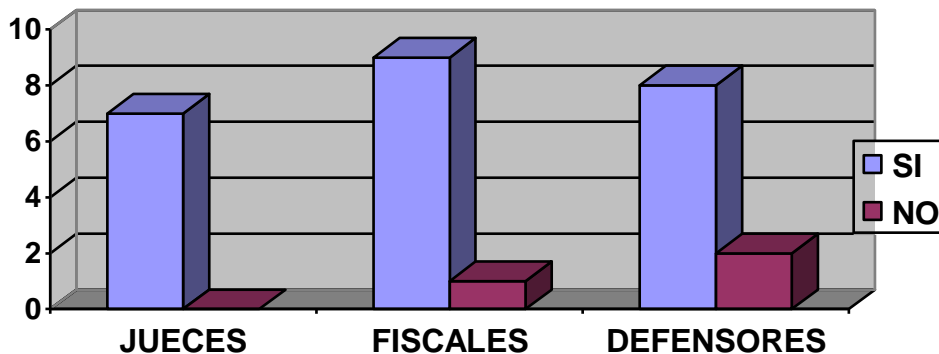
Por el contrario las respuestas de los Fiscales se dividieron

porcentualmente ya que un 50% dijo que si son los mismos objetivos los de las penas y las medidas socioeducativas; y el otro 50% opto por decir que no tienen los mismos objetivos. Al contestar por que manifestaron que si persiguen el mismo objetivo por que buscan sancionar a las personas que cometió una infracción penal, mientras los que contestaron que no, es por que consideran que las medidas tienen una finalidad orientada hacia la educación del adolescente, por lo que su aplicación estriba en la necesidad del menor de reeducarse.

En cuanto a los Defensores el 80% manifestó que no persiguen el mismo objetivo, por que las medidas tienen un tratamiento especial y buscan reeducar al adolescente, mientras que las penas solo castigan.

15. ¿Cree que existen diferencias entre la Medidas de Seguridad y las Medidas aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal.

Existen Diferencias	Jueces		Fiscales		Defensores		Total
	Fr	Fr%	Fr	Fr%	Fr	Fr%	
Si	7	100%	9	90%	8	80%	24
No	0		1	10%	2	20%	3
Total	7	100%	10	100%	10	100%	27



Como podemos observar en el grafico, el mayor porcentaje de los

entrevistados se inclino es decir que si existe diferencia entre las medidas de seguridad y las medidas aplicadas a los menores en conflicto con la ley penal; aunque en un primer momento no tenían en claro en que consistían, ni donde se encontraban reguladas las medidas de seguridad, pero que respondieron que estas se aplican a aquellos sujetos que no están concientes de su actuar, pero que son merecedores de una sanción penal, no aplicándosele la pena correspondiente al hecho cometido sino brindándole un tratamiento especial. Por el contrario las medidas aplicadas al menor en conflicto con la ley penal se aplican a este cuando son conscientes de su actuar aunque no con la capacidad de un adulto, y por el contrario se pretende educarlo haciéndole ver el daño causado.

CAPITULO V

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

5.1 Conclusiones

- El niño o adolescente involucrado en un proceso penal de menores que no contribuya a su proceso de resocialización o reinserción social.
- La falta de una política de prevención por parte del Estado, no soluciona la delincuencia juvenil que podría tener esta a través de mecanismos alternos.
- La doctrina de la situación irregular todavía esta latente dentro del sistema penal minoril, ya que por protegerlo le violentan sus derechos.
- El proceso establecido en la Ley del Menor Infractor es un proceso penal y sus medidas son sanciones penales aunque con un tratamiento diferente.
- La delincuencia juvenil no se lograra prevenir a través de medidas o sanciones que se le impongan a los niños o adolescentes, sino que se puede lograr con la participación activa de la familia, escuela y la sociedad.
- Con la medida de privación de libertad se le restringen derechos al niño o adolescentes evitando así su reeducación.
- Con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, no se ha logrado íntegramente una concientización social y jurídica del fenómeno delincencial juvenil.
- Al judicializar las medidas de protección reguladas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, se esta violentando el principio de legalidad, ya que estas solo se deben de aplicar cuando se infrinja la ley.
- Al analizar la finalidad de las medidas reguladas en la Ley del Menor Infractor, se determino que estas buscan desarrollar la prevención general y la prevención especial, con lo cual se identifico las teorías relativas dentro de las medidas socioeducativas.

- Al no existir un procedimiento regulado en la Ley de Menor Infractor para la aplicación exclusiva de las medidas de seguridad a niños y adolescentes, se esta violentando el debido proceso dentro del régimen penal minoril.
- Los fines que persiguen las medidas socioeducativas no se cumplen ya que el Estado no cuenta con los recursos necesarios para establecer programas que contribuyan a la correcta y adecuada aplicación de las medidas socioeducativas.
- Las personas que intervienen en el proceso penal de menores no están claras en cuanto a la finalidad de las medidas reguladas en la Ley del Menor Infractor por lo que se violentan los derechos y garantías de los niños y adolescentes.
- Existen medidas socioeducativas reguladas en la Ley del Menor Infractor, que podrían ser tratadas vía administrativas, tal es el caso de la amonestación y la orientación y el apoyo sociofamiliar, buscando así cumplir con el principio de mínima intervención.

5.2 Recomendaciones

- Desarrollar una política de prevención de la delincuencia juvenil, para que el sistema penal de menores cuente con mecanismos alternos para el tratamiento de niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal.
- Reorientar a través de capacitaciones la finalidad que deben de tener las medidas socioeducativas, para que se tenga claro cual es el objetivo que se persigue con la imposición de esta.
- Que los equipos multidisciplinario intervengan, nada más en aquellos casos cuando el proceso penal de menores que se sigue sea de delitos de menor gravedad.
- Desjudicializar las medidas reguladas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, ya que su finalidad es netamente administrativa.

- Que se de una reforma para que en la Ley del Menor Infractor exista un procedimiento especial para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, tal como se regula en la legislación penal de adultos.
- Que los centros de internamientos sean instituciones en las cuales el joven que cometió una infracción penal se reeduce, y no que sea un centro donde se cumpla con la finalidad de retribuir por el daño causado, evitando así que se conviertan en delincuentes con más experiencia.
- Integrar la legislación de familia dentro de la legislación penal de menores para que sean reconocidos integralmente los derechos y garantías que los niños poseen dentro de la sociedad.
- Que el Juez de Menores sea idóneo y especializado en cuanto al área de derecho penal de menores, para que exista un tratamiento mas efectivo dentro del proceso de menores, cumpliendo así con la finalidad de reeducar al joven.
- Que el Estado cree instituciones especializada para el tratamiento de aquellos adolescentes que cometieron una infracción penal, pero que no se les puede imponer una medida socioeducativa por ser personas que no están conscientes de su forma de actuar.

BIBLIOGRAFÍA

- **Antón Oneca, José** “Derecho Penal”, Editorial Reus, Madrid, 1929.

- **Antón Oneca, José**, “Los Fines de las Penas según los Penalistas de la Ilustración”, Primera Edición, Monografía del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, 1922.

- **Arrieta Gallegos, Manuel**, “Lecciones de Derecho Penal, Parte General”, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1972.

- **Arrollo de Las Heras, Alfonso y Otro**, “Manual de Derecho Penal”, Editorial Arazandi, Pamplona, España, 1986.

- **Baratta, Alessandro**, “Elementos de Nuevo Derecho para la Infancia y Adolescencia” en La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la Ley Penal, Segunda Edición, Editorial Ultimo Decenio, Ministerio de Justicia San Salvador. 1996.

- **Barreiro, Agustín Jorge**. “Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español” Primera Edición, Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1976.

- **Beccaria, Cesar**, “De los Delitos y las Penas”, Editorial Alianza, Madrid, 1968.

- **Benthan, Jeremías**. “Teoría de la Pena y de las Recompensas”, Tercera Edición, Editorial Masson e Hijo, 1826.

- **Bustos Ramírez, Juan.** “Manual de Derecho Penal”. Parte General, Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- **Bustos Ramírez Juan.** “Un Derecho Penal del Menor”. Editorial Jurídica ConoSur Lda, Santiago de Chile, 1992.
- **Cobo Del Rosal, Manuel,** “Derecho Penal” Parte General, Editorial Universidad de Valencia, Valencia.1991.
- **Díaz, Aronette,** “Ley del Menor Infractor, rompiendo paradigmas en la Administración de Justicia” Primera Edición. San Salvador. Publicación conjunta del Ministerio de Justicia de El Salvador, UNICEF y PNUD. 1997
- **Ferrajoli, Luigi,** “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Buenos Aires.1998.
- **Fontan Balestra, Carlos,** “Tratado de Derecho Penal” Tomo I, Parte General, Segunda Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.
- **García Valdés, Carlos.** “Teoría de la Pena”. Tercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- **González Ruz, Juan José.** “Teoría de la Pena y Constitución”, Estudios Penales y Civiles VII, Santiago de Chile, 1984.
- **Hassemer, Winfred y Otro,** “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, Primera Edición, Editorial Bosh, Barcelona, 1984.

- **Jiménez, Eduardo Pablo y Otro.** “Teoría de la Pena y Derechos Humanos”, Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- **Mapelli Caffarena, Borja y Otro.** “Las Consecuencias Jurídicas del Delito”, Tercera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.
- **Middendoff, Wolf.** “Criminología de la Juventud”, Ediciones Ariel, S.A. Barcelona. 1970
- **Mir Puig, Santiago,** “Derecho Penal” Parte General, Tercera Edición, Editorial P.P.U. Barcelona. 1990.
- **Muñoz Conde, Francisco.** “Derecho Penal y Control Social”, Segunda Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1999.
- **Núñez Ricardo.** “Manual de Derecho Penal” Parte General. Tercera Edición, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1987
- **Platt, Anthony.** “Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia”, Primera Edición, Editorial Siglo XXI, México. 1982.
- **Quintanilla Molina, Salvador Antonio.** “Introducción al Estudio del Derecho de Menores”, Primera Edición, Ministerio de Justicia, Editorial Ultimo Decenio, San Salvador, 1996.
- **Rabossi, Eduardo,** “Sobre la Justificación Moral del Castigo”, Editorial Pannedille, Buenos Aires. 1970.

- **Rodríguez, Mourullo**, “Significado Político y Fundamento Ético de la Pena y de la Medida de Seguridad”, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978.

- **Sánchez Martínez, Francisco de Asís**. “Antecedentes y Nuevo Enjuiciamiento de Menores”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.

- **Seda, Edson**, “La Protección Integral”, Un relato sobre el cumplimiento del Nuevo Derecho del Niño y del Adolescente en América Latina, Tercera Edición, Editorial Ades, Sao Paulo, Brasil, 1995.

- **Sierra López, María del Valle**. “Las Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal”, Editorial Tirant, Valencia, 1997.

- **Trejo, Miguel Alberto y Otros**. “Manual de Derecho Penal”, Primera Edición, Editado por Centro de Investigación y Capacitaciones, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992.

- **Vivez, Antón**, “Constitución y Derecho Penal de Menores en Poder Judicial”. Número 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN JURIDICA

GUIA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A RESPETABLES JUECES,
DEFENSORES Y FISCALES

Estimados Profesionales del Derecho:

Nosotros Bachilleres Claudia Lisete Calero Santos CS-95019 y Guillermo Antonio Perdomo Anzora PA-94045, estudiantes de Derecho de la Universidad de El Salvador, nos dirigimos a ustedes con el objetivo de obtener su colaboración para la contestación de esta guía de entrevista como parte de nuestro trabajo de investigación para obtener el título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, en espera de su atención y su comprensión, les agradecemos de antemano.

1. ¿Cuál considera Usted que es el Fin de las Medidas que se encuentran reguladas en la Ley del Menor Infractor?
 - a) Reeducar al menor.
 - b) Sancionar al menor.
 - c) Prevenir que infrinjan la ley.
 - d) Todas las anteriores.

2. ¿Considera Usted que la imposición de las Medidas aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal Controlan el Fenómeno delincencial?.

Sí _____ No _____ Porqué?

3. ¿Qué tipo de Sistema Penal rige el proceso de Menores según su criterio?.

- a) Acusatorio
- b) Inquisitorio
- c) Acusatorio Mixto
- d) Inquisitivo Mixto

4. ¿Considera que la Categoría “Medidas” que se utiliza en la Ley del Menor Infractor significa un retroceso hacia la doctrina de la Situación Irregular?

Sí _____ No _____ Porqué?

5. ¿Considera que se está desarrollando la Prevención General en la aplicación de Medidas Socioeducativas a los menores en conflicto con la Ley?

Sí _____ No _____ Porqué?

6. ¿Cuál es su opinión acerca de a quienes se les aplica las Medidas de Seguridad?

- Mayores de edad.
- Menores de Edad
- Ambos

7. ¿A que considera que corresponde el termino de “Medidas” en la Ley del Menor Infractor?.

- A una sanción penal
- A una medida disciplinaria.
- A una medida socioeducativa
- A ninguna

8. ¿Cuál es la respuesta que el Estado le da a los niños y jóvenes que se encuentran vulnerados en sus derechos?

- Medidas de Seguridad.
- Medidas socioeducativas.
- Medidas de Protección Social.
- Sanciones Penales

9. ¿Cree que existen diferencias entre las Medidas aplicadas al menor en conflicto con la Ley Penal y las Sanciones penales aplicadas a los adultos.

Sí _____ No _____

Si su respuesta es Sí, menciónelas: _____

10. ¿Cree que existe congruencia entre los Fines de las Medidas aplicadas a los menores en Conflicto con la Ley Penal y lo que el Estado establece para cumplir esos fines?

Sí _____ No _____ Porqué?

11. ¿Cómo considera que Seria la Categoría más adecuada para denominar a las Medidas que se le aplican a los Menores en conflicto con la Ley Penal.

- Sanciones Penales.
- Medidas de protección social.
- Medidas de Protección Jurídica.
- Ninguna de las anteriores.

12. A su criterio. ¿Hay Similitud en el objetivo que persigue el proceso penal de Adultos y el objeto que persigue el proceso penal de Menores?

Sí _____ No _____ Porqué?

13. ¿Cree que se puede advertir la presencia de la Prevención General y la Prevención Especial en la aplicación de las medidas que establece la Ley del Menor Infractor?.

Sí _____ No _____ Porqué?

14. ¿Considera que los objetivos que persiguen las penas son los mismos objetivos que pretenden alcanzar las Medidas Aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal?

Sí _____ No _____ Porqué?

15. ¿Cree que existen diferencias entre la Medidas de Seguridad y las Medidas aplicadas a los Menores en conflicto con la Ley Penal.

Sí _____ No _____ Porqué?