

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993



TEMA:
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN
LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN LOS
JUZGADOS DE MENORES DE SAN SALVADOR

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:
KARLA RENEE GUERRA ROMERO
EMILIA IRENE STEFFANIE QUIJADA RIVAS

LICENCIADO LADISLAO GILBERTO GONZALEZ BARAHONA
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE 2013.
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOBER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICO

LICENCIADO SALVADOR CASTILLOS
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIADO JOSE REINERIO CARRANZA
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO LADISLAO GILBERTO GONZALEZ BARAHONA
DIRECTOR DE SEMINARIO

DEDICATORIA DE KARLA RENEE GUERRA ROMERO

A DIOS: Por darme seguridad, fuerza, y valentía en mi carrera.

A MI FAMILIA: Quienes me han motivado y son la fuente de inspiración para luchar cada día.

DEDICATORIA DE EMILIA IRENE STEFFANIE QUIJADA RIVAS

A DIOS: Por su amor y sabiduría y permitirme culminar una etapa más de mi vida.

A MI FAMILIA: Les agradezco por su apoyo y por su amor incondicional; especialmente a mi esposo Alejandro por su amor incondicional y a mis hermosos hijos

INDICE

INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION	
1.1.1. Objetivos	6
1.1.2. Hipótesis	7
CAPITULO II	
MARCO DOCTRINARIO-HISTORICO CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO	
2.1. Interés Superior Del Menor	
2.1.1. Doctrina De La Situación Irregular	8
2.1.2. Doctrina De La Protección Integral	
2.1.3. De La Situación Irregular A La Doctrina De La Protección Integral	11
2.1.4. Definición Del Principio Del Interés Superior Del Menor	14
2.2. Medida De Internamiento	15
2.2.1. Ley De Jurisdicción Tutelar De Menores	18
2.2.2. Código De Menores	19
2.2.3. Ley De Menor Infractor	23
2.2.4. Ley Penal Juvenil	
2.2.5. Definición De La Medida De Internamiento	24
2.2.1.1. Naturaleza Y Características De La Medida De Internamiento	
CAPITULO III	
MARCO JURIDICO	
3.1. Legislación Internacional	
3.1.1. Declaración Universal De Los Derechos Del Niño	26
3.1.2. Convención Americana Sobre Derechos Humanos	27
3.1.3. Convención Sobre Los Derechos Del Niño	
3.1.4. Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia De Menores (Reglas De Beijing)	29
3.1.5. Directrices De Las Naciones Unidas Para La Prevención De La Delincuencia Juvenil (Directrices De Riad)	30
3.1.6. Legislación Nacional	
3.1.6.1. Constitución De La Republica	
3.1.6.2. Ley Penal Juvenil	
3.2. Determinación De La Pena, Funciones Y Fines Según El Código Procesal	

Penal Y Su Adecuación A La Medida De Internamiento En El Proceso De Menores	32
3.2.1. Teoría De La Pena Y Culpabilidad En El Proceso Común: Caracterización Del Principio De Culpabilidad	
3.2.2. Principio De Personalidad	34
3.2.3. Grados De Partición	35
3.2.4. Principio De Responsabilidad Por El Acto	37
3.2.5. Principio De Proporcionalidad	38
3.2.6. Culpabilidad Y Responsabilidad	42
3.2.7. Valoración De Agravantes Y Atenuantes	43
3.3. Determinación De La Medida De Intercambio En Caso De Existencia De Concursos De Delito En La Ley Penal Juvenil	
3.3.1. Concurso Real	
3.3.2. Concurso Ideal	44
3.3.3. Delito Continuado	
3.4. Supletoriedad De La Ley Penal Juvenil Con El Código Procesal Penal En Cuanto A La Determinación De La Medida De Intercambio	45
3.5. Estructura Del Proceso Penal Juvenil Salvadoreño	48
3.5.1. Fase De Investigación O Preparatoria	
3.5.2. Fase Intermedia: Audiencia Preparatoria	50
3.5.3. Fase De La Vista De La Causa	54
3.5.4. Fase De Impugnación	58
3.5.5. Fase De Ejecución De La Medida	59
3.6. Estructura Del Procedimiento Común En El Proceso De Menores	
3.6.1. Diferencias Y Semejanzas Entre El Proceso Penal Común Y El Proceso Penal Juvenil	60
3.6.2. Internamiento Como Última Ratio	63
3.7. Criterios De La Determinación De La Pena, Según Artículo 63 Del Código Penal Asociado Con La Determinación De La Medida De Internamiento En El Proceso De Menores	65
3.8. Necesidad De Un Límite Normativo – Critico Al Artículo 62 Del Código Penal	66

CAPITULO IV

RESULTADO DE INVESTIGACION

4.1. Resultado De La Investigación De Campo	71
4.1.1 Análisis De Entrevistas Y Sentencias	
4.1.2. Resultado De Las Sentencias Analizadas	74
4.1.3. Estudio Psicosocial	81

4.1.3.1. Conclusiones Del Estudio Psicosocial	
4.1.4. Valoración Jurídica De Las Sentencias Analizadas	83
4.1.4.1. Violación En Menor Incapaz	
4.1.4.2. Portación Ilegal De Armas De Fuego Caseros Artesanales	86
4.1.4.3. Homicidio Agravado	89
4.1.4.4. Tenencia, Portación o Conducción De Arma De Fuego	91
4.1.4.5. Extorsión	93
4.1.4.6. Posesión Y Tenencia De Drogas	94
4.1.4.7. Robo Agravado	96
4.1.4.8. Posesión Y Tenencia Ilícita De Droga	99
4.1.5. Análisis De Los Principios Aplicados En Las Sentencias	101
Conclusiones	104
Recomendaciones	
Bibliografía	108

INTRODUCCION

El reconocimiento de los derechos de los menores de edad, ha sido un proceso gradual desde la primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales de los padres. Los intereses de los niños eran de asunto privado, lo que los dejaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

En un principio el derecho consuetudinario solo reconocía al menor como instrumento de sus padres, luego con el surgimiento del Derecho de Equidad se reconoce que los menores de edad también tienen intereses jurídicamente protegidos.

De aquí en adelante el estado podía asumir, en ciertos casos la tutela del menor o impartir órdenes para su educación, es decir que los intereses de los menores de edad pasaron a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se dejó ver con la aparición del Derecho de Familia, con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo. El principio del interés superior del menor fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de protección menor como un interés que debía ser públicamente y por consecuencia jurídicamente protegido.

El interés superior del menor constituye un principio de aplicación obligatoria para todos los organismos públicos y privados y para cualquier tipo de autoridad que interviene en aquellos asuntos en los que se discuten los intereses jurídicos de los menores de edad. En ese sentido constituye, también, en conjunto con otros principios, un punto de referencia esencial en la aplicación de medidas a los adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal. No obstante que se

trata de un principio de observancia obligatoria para los operadores jurídicos cuya función es resolver los conflictos en los que se ven involucrados los intereses de los menores, para su aplicación en los casos concretos no es la adecuada. Circunstancia motivada fundamentalmente, aunque no exclusivamente, por la imprecisión en el contenido de dicho principio.

Conforme a ello el análisis profundo y, en especial, el conocimiento del contenido del principio del interés superior del menor es una obligación para el encargado de la impartición de justicia de menores.

El desconocimiento de ese principio genera la emisión de acuerdos infundados y con ello resoluciones que trastocan los derechos humanos de menores.

En la práctica judicial penal juvenil la emisión de sentencias impositivas de medidas, sin atender al contenido de dicho principio, es una constante en nuestro sistema.

La simple enunciación del mismo sin su adecuado desarrollo genera resoluciones definitivas inmotivadas que a nadie convencen y que inciden en serios agravios a los intereses de los menores, generando incertidumbre, violación de los derechos de los menores e inseguridad jurídica.

Lo anterior constituye un problema que debe ser resuelto y que constituye el objeto del presente trabajo. El trabajo que se expone se divide en cuatro partes:

En el PRIMER CAPITULO se hace referencia al planteamiento del problema, objetivos de la investigación, hipótesis y la metodología a seguir, en el SEGUNDO CAPITULO se detalla la doctrina, la historia y conceptos del principio del interés superior del menor y de la medida de internamiento; el TERCER CAPITULO detalla los inicios de esta figura en el marco jurídico internacional y luego su inmersión en las legislaciones nacionales que lo han adoptado y así mencionamos cinco instrumentos

básicos internacionales y la historia jurídica salvadoreña, el CUARTO CAPITULO es el resultado de nuestra investigación de campo, la cual consiste en entrevista realizadas a personas involucradas en la aplicación del principio los cuales son Jueces de Menores de San Salvador, de las valoraciones que de ellos obtuvimos, se inicia una serie de tabulaciones las cuales han servido para ver las aproximaciones de nuestras hipótesis a la realidad, en el mismo capítulo se añade los resultados obtenidos respecto al análisis y estudio de las sentencias que han dictado los Jueces de Menores de San Salvador.

La investigación y el trabajo incluye una serie de conclusiones, las cuales constituyen valoraciones personales de la investigación y así mismo se hacen una serie de recomendaciones a los jueces encargados del tema, profesionales del derecho y demás personas como miembros de los equipos especialistas del centro donde se encuentren los menores o los equipos adscritos a los juzgados que asisten cada caso, con la finalidad de mejorar la aplicación y reconocimiento del principio del interés superior.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

El problema reside en investigar: ¿Cuáles son los factores que inciden en la aplicación del principio del interés superior del menor al momento de imponer la medida de internamiento, por los Tribunales de San Salvador durante el periodo 2005-2010?, respondiendo así a una serie de interrogantes relacionados como los son:

El desarrollo del Principio del Interés Superior del Menor desde su perspectiva jurídica, como lo interpretan cada uno de los jueces, que necesitan para interpretar y si cuentan o no con los recursos para hacerlo.

Se analizan los criterios que utiliza el juez para aplicar la medida de internamiento y si utilizan o no los expuestos por el Código Penal en su artículo 63, si efectivamente se toma en cuenta la existencia del daño y del peligro efectivo provocados, la calidad de los motivos que impulsaron el hecho, la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho, las circunstancias que rodean el hecho y en especial las circunstancias económicas, sociales y culturales, y las circunstancias atenuantes o agravantes, o si por el otro extremo se valoran nada más las circunstancias particulares del procesado, o simplemente por el hecho de haber cometido un delito se les impone una medida de seguridad siendo en este caso la medida de internamiento, incluyendo en este aspecto la incidencia que provoca el estudio de los expertos para sustentar la resolución, ¿la toman en cuenta los jueces al momento de decidir la medida a imponer?

Nos conduce a considerar si los jueces de menores emiten o no resoluciones motivadas como lo establece el artículo 95 de la ley penal juvenil y 62 del código

penal, estableciendo las disposiciones de las legislaciones aplicadas así como los fines que se persiguen con la imposición de la medida impuesta.

En efecto, se analizarán sentencias en materia de menores, con relación al citado principio para determinar si existe la uniformidad de criterios comunes entre los jueces, siendo esto importante ya que de no ser así, conllevaría a una grave afectación a los intereses del menor y a la seguridad jurídica.

OBJETIVOS

General

Presentar un estudio jurídico, sobre la forma en que los jueces aplican el Principio del Interés Superior del Menor con respecto a la imposición judicial de la medida de internamiento

Específicos

Formular un marco histórico jurídico de la aplicación del Principio del Interés Superior del Menor.

Identificar los criterios utilizados por los jueces para la aplicación del Principio del Interés Superior del Menor en la medida de internamiento, fundamentación jurídica y valoración de los hechos.

Recopilar información con la población involucrada, mediante entrevistas a jueces de menores y equipo técnico.

HIPOTESIS

General

La indebida aplicación del Principio del Interés Superior del Menor perjudica en la individualización de la medida de internamiento, generando inseguridad jurídica.

Específicos

La variedad de resoluciones judiciales en cuanto a la aplicación del Principio del Interés Superior del Menor promueve la incertidumbre y violenta los derechos de los menores.

La no existencia de criterios comunes en la aplicación del Principio del Interés Superior del Menor perjudica la individualización de la medida de internamiento al momento de dictar sentencia.

La única motivación que el juez tiene para explicar la imposición de la medida de internamiento se encuentra en las características del hecho cometido, como por ejemplo la existencia del daño y del peligro efectivo provocados, las circunstancias que rodean el hecho y en especial las circunstancias económicas, sociales y culturales, y las circunstancias atenuantes o agravantes, sin importar los demás derechos a los que se puede ver afectado el menor.

CAPITULO II

MARCO DOCTRINARIO-HISTORICO CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO

Es necesario hablar acerca de dos doctrinas fundamentales que constituyen los antecedentes básicos y primordiales del principio que hoy nos ocupa, estos son, la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral.

DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Constituye la base del modelo tutelar según Alessandro Baratta¹. La doctrina de la "Situación Irregular" era una herencia del positivismo criminológico², tenían una doble aplicación para el poder inquisitivo del Estado ya que se aplicó a los menores transgresores de la ley y al mismo tiempo a aquellos que por encontrarse en una situación de vagabundez, orfandad y por provenir de familias desintegradas. Teniendo tendencias de cometer algunos delitos por su misma situación de vulneración, etiquetándolos como objetos de protección y por lo tanto eran apartados de este medio pues el mismo era considerado como el generador de sus problemas conductuales. Ya cuando eran apartados de su medio, los menores eran

¹Alessandro Baratta "Infancia, Ley y Democracia una cuestión de Justicia". 1996, pg.56, Según el autor, la Doctrina de la Situación Irregular del Menor, trata de una doctrina en la que la situación del abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y de los adolescentes, y la trasgresión de las normas penales se sobreponían, creando una situación proyectiva y punitiva, en realidad muy discriminante para el menor considerado objeto de compasión y represión al mismo tiempo.

² Positivismo Criminológico, es por sí solo una reafirmación de la predisposición del hombre respecto a sus características inherentes como humano, basándose en la complejión, sexo, estatura, etc.; de esta manera si el individuo es corpulento está predispuesto a cometer delitos como violaciones u homicidio culposo, si es delgado a cometer crímenes pasionales o delitos relacionados a los bienes, por ejemplo. Su gran dependencia de la Medicina para la explicación de las causas delincuenciales es evidente, como en su tiempo lo fue la Frenología. Resulta necesario aclarar que este tipo de criminología está descartada desde finales de los 90's por su falta de pruebas contundentes como una "ciencia" viable en la explicación de la comisión de delitos. Jorge López Vergara, "Introducción al estudio de la conducta antisocial", Instituto técnico y de estudios superiores de occidente)ITESO=, Tlaquepaque, Jalisco, México, C.P. 45090, pág. 56

resguardados en reformatorios o correccionales, a fin de ser curados de su enfermedad sin importar los medios a utilizar cumpliendo así la doble finalidad de este sistema que era reeducarlos y ayudarlos a adaptarse al prototipo social de la infancia producto de la política económica resaltante e instaurada en esa época. Con base en lo anterior, el estado aplicando el Derecho Penal de Autor³ imperante en esta época, y que su doctrina se aplico en distintos países, incluyendo el nuestro, aplica la Doctrina de la Situación Irregular, reprendiendo a todos aquellos menores que se encontraban en condiciones vulnerables, no importando si habían delinquido o no; la vulnerabilidad recaía en características físicas, condiciones personales como no asistir a la escuela y así mismo las condiciones familiares como abandono y o separación de los padres, la desintegración familiar, o haber pertenecido al grupo de personas que ingieren bebidas alcohólicas o drogas, ya que bastaban sus condiciones y características personales y no el hecho cometido o tipificado como delito, para ser objetos de un derecho penal que se sobrepone en brindarles ayuda y que prefería internarlos incluso con los menores que verdaderamente habían infringido la Ley Penal.

El Estado justificaba su hacer protectivo-punitivo en las condiciones y características personales de dichos menores dejando de lado el verdadero fin del Derecho Penal; siendo el Derecho Penal Juvenil de aplicación general no era necesario la

³La noción de Derecho Penal de Autor deviene de antigua data, Roxin ha definido a este concepto, clarificando que existe *“Cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal”*.

En resumen, para esta concepción positivista-criminológica, se hace un estudio minucioso, en la cual la calidad o personalidad del autor constituye un elemento tipificante de la acción jurídicamente reprobada, es decir que se hacia la valoración de características físicas y no precisamente el cometimiento del hecho delictivo. Implica todo esto una perspectiva determinista de las personas, en las cuales se afirma su inexorable destino delictivo prescindiendo de su propia voluntad, basado en las características del sujeto, existiendo así el Derecho penal de autor y no el derecho penal de acto. Lo cual no respeta garantías procesales o inherentes a la persona que cometió o no cometió delito Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, 2º Ed., 1999, pág. 176.

observancia de las garantías procesales ya que los menores por ser considerados responsables, las decisiones de su libertad no tenían como base el hecho atribuido por lo que la actuación del Juez de Menores como conocedor del derecho no eran indispensable, no se requería de conocimientos técnicos para ejercer dicho cargo bastaba con que fuera un buen padre de familia; razón por la cual era el educador y el trabajador social los encargados de determinar el tratamiento a implementar, optando en su mayoría por las medidas privativas de libertad es decir el internamiento.

El modelo Protector o tutelar con el objeto de prestar ayuda a los menores, independientemente si se encontraban estos en conflicto con la ley penal o no; los menores eran alejados de su familia e internados en reformatorios y mediante la reeducación se buscaba la cura a su supuesta enfermedad.

Es importante resaltar, que no obstante de haberse creado tribunales especiales para ayudar a estos menores, el proceso judicial no era importante porque una de las características de la situación irregular es que: no se aplica el Derecho Penal ni el Derecho Procesal Penal, porque esta solo ve la personalidad del menor y no atiende a garantizar sus derechos y deberes, pues para esta doctrina, la parte más importante era la sanción misma sin importar verdaderamente el proceso en sí.

El modelo tutelar, entró en crisis aproximadamente entre mil novecientos sesenta y mil novecientos noventa y cinco debido a que no podía solucionar los problemas de los menores a quienes se les atribuía la comisión de una infracción penal, coincidiendo esto además a que se empezaba a buscar la creación de un verdadero sistema de justicia de menores, dando paso a un modelo educativo y permisivo. Este modelo procuraba el evitar al máximo el ingreso de los menores al sistema judicial. La finalidad es la intervención en el mínimo de casos posibles.

DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Esta doctrina surge del modelo de responsabilidad o de justicia en la cual se reconoce todas las garantías fundamentales de los menores en conflicto con la ley penal y que son considerados como personas en desarrollo y sujetos de derecho, dichos postulados que se derivan de la doctrina en mención fueron recogidos por este modelo. La principal característica de esta doctrina es el cambio de la concepción de cómo se considera a los menores, ya que se deja de lado la idea que estos son objetos de protección, por la de ser tomados en cuenta como sujetos de derecho y de responsabilidades.

En consecuencia los problemas sociales de la infancia y la adolescencia tales como el abandono, riesgo o peligro moral o material, etc. dejan de formar parte de la esfera judicial, dando paso a la adopción de un derecho penal de acto⁴ en el cual las condiciones de vida y características personales de los menores ya no son importantes para determinar su responsabilidad, tomando estrictamente como base el hecho cometido, de esta forma se interviene mínimamente en la vida de los menores revistiendo las garantías en el proceso, incluyendo en ellas el principio de legalidad y proporcionalidad; puesto que las medidas dejan de ser indeterminadas y se imponen en proporción a la infracción atribuida.

DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL:

Estas doctrinas presentan rasgos característicos y propios pero las disposiciones que adopto la doctrina de la situación irregular, presenta las siguientes características:

⁴Derecho Penal de Acto: El delito no es más que *un* conflicto que produce una lesión jurídica. Este conflicto es provocado por un acto humano nacido a raíz de una decisión propia y autónoma. Las características personales del autor sólo entran en consideración en forma secundaria, es decir que carecen de entidad por sí solas para dar por cumplidos los *presupuestos* para la aplicación de una pena. Zaffaroni, Publicado el abril 14, 2013 por mantif, Derecho Penal y Procesal Penal, Teoría de la Pena

Refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principio de este en esta concepción positivista se da un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a los infractores (o potenciales infractores) es aquí donde en la Ley Penal se dan las ideas del tratamiento, la resocialización o neutralización en su caso y finalmente de la defensa de la sociedad frente a los peligros.

Hay teorías de castigo que justifican una prevención especial dando el paso de penas por el cambio a medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares para los menores en situación irregular o en estado de abandono, riesgo, peligro moral o material.

- 1- La Doctrina de Situación Irregular es el argumento del Modelo Tutelar de Menores, donde es posible obviar dos cuestiones: en primer lugar todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los menores.
- 2- En segundo lugar las circunstancias reales de que concebir al menor solo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención protectora del estado.

Esto demuestra que la Situación Irregular explica y justifica la abolición del Principio de Legalidad que es el principio fundamental en todas las ramas del derecho, en especial en el del derecho penal. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento para menores que cometen delitos, así también para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (tales como; derecho a la familia, la alimentación, la salud, educación etc.). Otra característica encontrada fue que estas leyes tienen una singular función atribuida al juez de menores quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales.

Es decir apegado más al momento socio-político de la época que al rol de impartir justicia. Los Jueces de Menores en la lógica de la situación irregular, tuvieron gran acogida en América Latina y se adaptaron a los sistemas procesales inquisitivos de la región, al concebirlos como objeto pero no como sujetos de derechos.

La oficiosidad en la situación judicial moral y religiosa como base de las decisiones penales, como la privación de libertad como regla, bajo el nombre de medida de internamiento. La Doctrina de la Situación Irregular entró en crisis con la adopción de los tratados internacionales, en la década de los sesenta en los Estados Unidos y en los ochenta a nivel internacional, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en mil novecientos ochenta y nueve. Por otro lado, la Doctrina de la Protección Integral está compuesta por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y por otros instrumentos internacionales, tales como:

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Conocidas como Reglas del Beijing aprobadas por La Asamblea General, cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil conocidas como directrices de RIAD. Las cuales en nuestra legislación tienen acogida en el artículo 144 de la Constitución de la república. La Doctrina de la Protección Integral tiene como idea central proteger el interés superior del niño pese a que esta ha sido criticada por su variedad y también por ser un principio de tipo garantista y aunque signifique esta la satisfacción de los Derechos del Niño. Por lo tanto la protección integral es sinónimo de Protección de Derechos e Interés Superior del Niño. El cambio de doctrina se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países

DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor se impone a los intereses de otros sujetos cuando el primero represente un beneficio para él. Asimismo, el interés del menor no es absoluto, sino relativo y limitado por los intereses de la familia, la sociedad y el Estado; pero este hace un reconocimiento de manera especial al interés del menor al establecer un régimen jurídico especial que le favorezca.

Puede definirse como todo aquello que favorece su desarrollo físico, psicológico y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.⁵

El interés superior del menor es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos. Todo "Interés Superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "Declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior.

Diversos juristas presentan definiciones acerca del principio del interés superior; y este puede definirse como "Aquella situación determinada de aprovechamiento o perjuicio que dicho sujeto especial tiene de manera predominante o dominante y limitado en relación a ciertos intereses"⁶.

Roca Trias define el interés superior como "la seguridad de la protección de los derechos fundamentales"⁷.

Borrás, nos dice que, el interés del menor significa englobar todas aquellas instituciones que, bajo cualquier forma, pretenden dar respuesta a su protección en

⁵ Tesis sobre la doctrina de la situación irregular del menor, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Pág. 42.

⁶Rackley, Sarah, Analista Estadounidense, quien está involucrada en los procesos de investigaciones relacionado con menores en El Salvador. Centro de resguardo de menores de edad en El Salvador. FESPAD, El Salvador, 2003, pág. 4.

⁷ Roca Trias., Jurista Español, El interés del menor como factor de progreso y unificación académica de jurisprudencia y legislación de Cataluña. Barcelona 1993, pág. 28.

sentido total desde el punto de vista del Derecho internacional, con independencia de cuál sea la situación familiar o personal del menor.⁸

Joyal, define, a grandes rasgos, el interés superior como la unión entre sus necesidades y derechos, por lo que la noción de interés debe asociarse, en cuanto a los Derechos del menor, como principio de interpretación de la ley.⁹

El interés superior del menor exige que se respeten los derechos humanos del menor en el proceso y que se persiga con ocasión de la imposición de una medida al mismo, su formación integral y su reinserción en su propia familia en la sociedad.

MEDIDA DE INTERNAMIENTO

Las leyes que en su conjunto han llegado a significar el origen de la legislación salvadoreña de menores, con el devenir del tiempo ha venido sufriendo una serie de cambios en su evolución histórica, a continuación se desarrollara como llego a configurarse lo que hoy en día es Ley Penal Juvenil:

Los primeros inicios de disposiciones sobre los menores los encontramos en nuestro primer Código Penal¹⁰, y en el Art. 26 se refería que ningún menor de ocho años podía ser considerado como delincuente ni culpable. Si fuese mayor pero menor de diecisiete y cometiere alguna acción que tenga el carácter de delito o culpa, se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado con discernimiento y malicia...”, luego en el Art. 27 estipulaba que si se declarare que obró sin discernimiento y malicia, no se le impondrá ninguna pena reintegrándolo a sus padres o familiares; pero si no pudieren hacerlo o no merecieren la confianza del

⁸BorrásAlegria, Jurista y Catedrática Española. El interés superior del menor, editorial jurídica de Mallorca, España, 1996 p.17.

⁹Joyal René. Noción del interés del menor, Editorial la Plata, Buenos Aires Argentina, 1998 p. 10

¹⁰Promulgado en su parte general el 18 de abril de 1825 y en su parte especial correspondiente a delitos, el 13 de abril de 1826.

juez, o la gravedad del caso requiriera otra medida al prudente juicio del juez, podrá éste ponerlo en una casa de corrección por el tiempo que crea conveniente, con tal que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad.

Pero si declarase culpable de haber obrado con discernimiento y malicia, se le castigará con la tercera parte a la mitad de la pena señalada al delito respectivo, según lo prescribían los Arts. 69 y 70

En estas disposiciones parafraseadas, se encuentran algunos elementos dignos de comentar o considerar:

- a) La edad para considerar la culpabilidad o no desde los 8 hasta los 17 años
- b) .Su culpabilidad era determinada en un juicio.
- c) Se determinaba (en este) si obraba con discernimiento y malicia o no.
- d) Se le podría entregar a sus padres, si lo hubieren.
- e) O, aplicar otra medida a prudente juicio del juez.
- f) Colocándolo en casa de corrección.

Si resultare que obró con discernimiento y malicia: Se le castigará con una pena. Existiendo claramente un control social siendo la respuesta desde entonces a problemas de conducta, el INTERNAMIENTO, lo que es lo mismo, privación de libertad. En todo caso, había una judicialización de la causa.

En el segundo Código Penal¹¹, en el Art. 9, prácticamente se replicaban las mismas disposiciones del Código anterior, agregando como agravante que la responsabilidad penal se bajaba de los 17 a 15 años; los menores de esa edad, desde los ocho años hasta los quince quedaban fuera de la aplicación de la pena, a no ser que hubiera

¹¹Decretado el 28 de septiembre de 1859, con la Administración de G. Barrios.

obrado con discernimiento, imponiéndole entonces una pena, o declararlo irresponsable. El tercer Código Penal, decretado el 19 de diciembre de 1881, mantenía la misma posición del anterior ordenamiento, o sea que en el Art. 9, referente a las circunstancias que eximían de responsabilidad criminal, consideraba como no delincuentes a los menores de ocho años y a los mayores de ocho años y menores de quince, cuando no actuaban con discernimiento. En el cuarto Código Penal, decretado el ocho de octubre de 1906, se declaraba, en el Art. 8 numeral 2, Exento de responsabilidad penal al menor de diez años; y en el numeral tercero del mismo artículo, al menor de diez años o más y menor de quince, “a no ser que haya obrado con discernimiento”.

En ambos casos indicaba la misma disposición que “cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a una casa de huérfanos, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos. A falta de casa de huérfanos, el tribunal dispondrá lo conveniente”.

De todo lo anteriormente señalado puede concluirse lo siguiente: a) Que efectivamente desde el primer código penal se establecieron normas para el control social de los menores. b) Se manejaban desde esa época medidas educativas que privaban de libertad a los menores, ya sea en casa de corrección, o en centros penales, puesto que para ese tiempo, no existían todavía los Centros de Observación de Menores. Incluso llama poderosamente la atención, cómo un menor ubicado en una casa para huérfanos¹²... “no podrá salir sino al tiempo y con las condiciones

¹²En los periodos donde funciono la Casa, Capilla e Iglesia del Patrocinio-primer hospital general de la ciudad, fundado en 1806 por el filántropo español Fernando Antonio Escobar (1725-1807) se convirtió luego en balcones enrejados del bello edificio de casa para Huérfanos. Semi destruido por el terremoto

prescritas”. c) Un Derecho así, no es un derecho tutelar, es un derecho penal y sin garantías, a la buena fe del funcionario. d) Es un derecho penal porque tiene una concepción sobre el delincuente, la pena y el delito. Este derecho no cuestiona el delito, lo acepta. Se preocupa más por el menor como delincuente que por la causa que produce el delito. Se dicta una medida de tratamiento a través del internamiento, que siempre quiere decir privación de libertad. e) Es un derecho penal, en donde los jueces estaban especializados en buenas intenciones, se ignoraba todo el Derecho y perdía la razón de ser de la justicia.

LEY DE JURISDICCION TUTELAR DE MENORES

Esta ley entró en vigencia el uno de enero de 1967. Antes de esta ley, únicamente los jóvenes llamados abandonados habrán obtenido una respuesta para ayudarles. Para ellos se habían creado desde antes de 1917, los diferentes hospicios¹³. Las disposiciones de esta ley, analizadas anteriormente consideraban al menor que cometía delito al igual que el adulto para efectos de culpabilidad, enjuiciamiento y ejecución de la pena. Esta ley deroga las disposiciones del Código Penal.

Constituye también esta ley, la figura del internamiento como respuesta que el Estado ha dado desde esa época al problema de niños y niñas de la calle. Siendo este internamiento el modo ideal e inicial del control social. El Art. 1 fija la edad límite hasta la cual el menor es inimputable y dice: “Esta ley se aplicará a los menores cuya edad no exceda de dieciséis años y a quienes se atribuya una infracción calificada en la legislación como delito o falta”.

de 1917, en la actualidad su predio es ocupado por el mercado municipal “Sagrado Corazón” y su guardería infantil, que se encuentra alojada en el sector sur de lámina y hierro del antiguo Hospicio.

¹³Cfr. D.O. Tomo 83, 30-junio 1917. en este Diario se encuentra que para esa época habían ya 5 hospicios y dos salas cunas. En los primeros hasta esa época se habían atendido, en San Salvador 2534 internos; el de Nueva San Salvador 1351; el de Sonsonete 3,885; el de Santa Ana 1,661; y el de San Miguel 130

La menor edad, representa una causa o elemento que configura la inimputabilidad “por falta de desarrollo mental” o “por exclusión del dolo”, según los tratadistas. Con esta ley se crearon los Centros de Observación de Menores y los Reformatorios y las Escuela-Hogar.¹⁴

CODIGO DE MENORES

En el año de 1974, entró en vigencia el Código de Menores, en su artículo primero establece que reconoce y regula los derechos que tienen los menores desde su gestación, a nacer y vivir en condiciones familiares y ambientales que les permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social. Si bien este principio es de carácter general, en el artículo tercero determina, quienes son los menores sujetos a este Código. Refiriéndose entonces, a los “menores cuya edad no exceda de dieciocho años, en estado de abandono material o moral, o en estado de peligro o riesgo; y también los de dieciséis años o menor de conducta irregular, que hubiesen cometido infracciones consideradas como delitos o faltas por la legislación penal”.

¹⁴A finales del siglo pasado surgen los hospicios y orfanatos, para el internamiento de los menores, donde permanecían hasta cumplir su mayoría de edad.

De acuerdo a la fecha de fundación se tienen los centros siguientes:

1. Hogar del niño (San Salvador) 1859.
2. Hospicio “Fray Felipe de Jesús Moraga” (Santa Ana) 1865.
3. Casa Nacional del Niño, antes Hospicio de Niños (San Salvador) 1876.
4. Hospicio de la Niña de Sonsonate, 1892.
5. Hospicio “Dolores Souza” (San Miguel) 1895.
6. Hospicio “Adalberto Guirola”, (Santa Tecla) 1903.
7. Hospicio La Niña “San José” (Ahuachapán) 1908.
8. Instituto Emiliani (San Salvador) 1921.
9. Obra del Buen Pastor (San Salvador) 1924.
10. Escuela Correccional (Santa Ana) 1935, en 1951 por Decreto Legislativo se le cambia el nombre y objetivos, se le denominó La Ciudad de los Niños.
11. Hospicio de Varones “Dr. Gustavo Magaña Menéndez” (Ahuachapán) 1951.

La atención de la problemática del menor interno en estos centros era responsabilidad de los fundadores, con la ayuda de la comunidad, sin embargo, con el aumento de la demanda de atención se hizo necesaria la intervención del Estado, quien a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social se va responsabilizando de la administración de dichos centros. Tesis “El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil” Universidad de El Salvador, San Salvador, Octubre de 1994.

Antes, en el Art. 2 se extiende la protección “de manera especial a los huérfanos, los inadaptados, los débiles mentales, los de conducta irregular, los física o fisiológicamente anormales, los que se hallen en estado de abandono o estado de peligro y los de escasos recursos económicos.”

Como puede verse se delimita en ambos artículos a quienes se aplica la protección, dando la impresión que los demás no están protegidos. Esta contradicción es aparente puesto que, aquellos que no padezcan o sufran o caigan en algunas de estas categorías son los realmente protegidos, los demás no. Para estos últimos entonces es que se desarrolla este Código. A lo largo de éste el concepto de protección está desarrollado y referido como institucionalización. Que en el fondo significa privación de libertad.

Para ello, el Art. 28 del Código enumera los Centros donde se prestarán los servicios de protección, los cuales se brindan a través de guarderías, hogares infantiles, Centros de rehabilitación y educación especial, Centros de Reeducción, Villas Infantiles, Centros de Recreación, Centros de Orientación, y demás centros que se funden para ello.

Así, a excepción de la primera categoría, las Guarderías Infantiles, los demás en los artículos subsiguientes, del 30 al 34 se refieren a internamiento, y se utilizan conceptos de la doctrina positivista, al considerar los problemas de los menores como enfermedades, puesto que “se les dará tratamiento a los que tienen problemas de formación de su personalidad”, o se manejan estos como: rehabilitación integral, tratamiento, readaptación social y familiar. Como si ser pobre, abandonado, discapacitada tuviere su origen en su personalidad, cuando ésta apenas comienza a conformarse en los primeros años de la vida.

El capítulo VIII, se refiere a la “Protección a Menores en situación Irregular”.

Este capítulo, se refiere exclusivamente a la jurisdicción especial, la competencia privativa de los Tribunales Tutelares de Menores. Se establece en el Art. 67, los Tribunales Tutelares de Menores tienen competencia privativa.

1. Para conocer de las infracciones que son consideradas como delitos o faltas, por la legislación común, y atribuidos a menores cuya edad no exceda de dieciséis años.
2. Para conocer de la situación de los menores cuya edad no exceda de 18 años, en estado de abandono material o moral, o de peligro.
3. Adoptar las medidas convenientes al tratamiento, curación, colocación, vigilancia y educación de los menores sometidos a dicho Código.

Llama la atención como las medidas a adoptar resaltan el lenguaje del positivismo. Así se habla de tratamiento, curación; y por otro lado para complementar las medidas se utilizaban otros más, tales como: colocación, vigilancia, sometidos, etcétera.

Esto es claro en el “Internamiento”. Un menor puede estar internado en las mismas condiciones tanto por haber cometido un delito como por andar con el cabello largo, vender periódicos o por haber sido víctima de abuso. A las falacias señaladas del Derecho Tutelar hay que agregar que este derecho criminaliza diferencialmente a un sector bien definido entre los menores.

Ahora bien, de acuerdo al Art. 68 del Código, al conocerse de las infracciones no habrá carácter represivo, sino educativo y tutelar, y las resoluciones tendrán carácter esencialmente preventivo. Asimismo, según el Art. 69, el Juez tiene amplio arbitrio para investigar las acciones u omisiones, que por su naturaleza revisten caracteres de hechos punibles y que se imputen a menores, sin someterse a las reglas procesales comunes, sobre todo atenderá a la naturaleza del acto ejecutado y

a la observación del menor en sus aspectos social, médico, psicológico, psiquiátrico y pedagógico a fin de establecer sus condiciones físicas y mentales, su instrucción y educación y el estado de abandono físico o moral, para fijar en cada caso las medidas adecuadas para su enmienda y adaptación. Las medidas que el Juez Tutelar de Menores puede acordar de conformidad al Art. 82 de la Ley Penal Juvenil, son:

- 1) Amonestación;
- 2) Reintegración al hogar, con o sin libertad vigilada;
- 3) Colocación en hogar sustituto;
- 4) Colocación en Escuela Hogar;
- 5) Colocación en Instituto Curativo; y
- 6) Colocación en Centros de Readaptación.

Llama poderosamente la atención que, el Juez antes de tomar una resolución, o medida, aplique lo que estipula el Art. 81, el cual se refiere al término de investigación de personalidad. El Art. 88 del Código de Menores contempla las medidas para mayores de diez años y hasta dieciséis años, y son: el reintegro al hogar; la colocación en escuela-hogar o en centro de readaptación. Tomando como base las circunstancias siguientes:

- 1) La mayor o menor gravedad del hecho que se les atribuya y que se repute punible para personas mayores.
- 2) La conducta antisocial;
- 3) Las condiciones morales de su familia; y
- 4) La personalidad de los menores. Se establece que cuando se acuerde el reintegro, será bajo libertad vigilada por un trabajador social.

Hasta antes del 30 de abril de 1993, bastaba ser abandonado o estar en peligro, para estar a la orden de un Juez, para ser judicializado. Para ser protegido. La respuesta

que siempre se dio como protección indistintamente de la causa fue y es todavía en la mayoría de los casos, el internamiento.

LEY DEL MENOR INFRACTOR

Su vigencia fue a partir del primero de marzo de mil novecientos noventa y cinco donde comienza una diferente etapa en lo que a la justicia de menores concierne.

La vigencia de la convención, comenzó a alterar sensiblemente el panorama legislativo latinoamericano no solo porque esta ley era aplicable únicamente a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, por el contenido de esta.

En efecto, aquellos menores que no habían infringido la ley penal y cuyos derechos eran vulnerados y amenazados debían ser protegidos por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (I.S.P.M.) creado el once de marzo de mil novecientos noventa y tres , ahora conocido como El Instituto para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, (I.S.N.A.).¹⁵

LEY PENAL JUVENIL

Entra en vigencia el primero de marzo de mil novecientos noventa y cinco; de acuerdo al Decreto Legislativo número ochocientos sesenta y tres, por la Asamblea Legislativa como una obligación del Estado contenida en la Constitución de la República de El Salvador, el cual debe garantizar al menor su desarrollo integral; cabe resaltar que esta sufrió solo el cambio de su nombre ya que antes era conocida como Ley del Menor Infractor.

¹⁵Concluida la investigación por el ISNA y probada la amenaza o violación de los derechos del menor, se acordará según sea el caso, las medidas siguientes: a) Orientación y apoyo socio familiar; b) Amonestación; c) Reintegro al hogar con o sin supervisión; ch) Colocación familiar; d) Colocación en hogar sustituto; y e) Colocación Institucional. Todo esto con apoyo del Grupo Técnico Especialista.

DEFINICIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO

Por internamiento en centro especializado se entiende toda forma de privación de libertad ambulatoria en establecimiento Público o privado del que no se permite salir a la persona menor de edad por su propia voluntad, sin que sea ordenado por autoridad administrativa o judicial.

NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO

Esta sanción reviste un carácter excepcional, es decir, el Juez siempre debe completar la posibilidad de ampliar cualquier otro tipo de sanción menos drástica antes de disponer de esta.

Es importante considerar que la imposición de la sanción de internamiento en centro especializado no debe darse en forma automática, es decir, tan solo con que se cumplan los presupuestos objetivos antes enumerados.

Por el carácter excepcional de esta medida, el juez está obligado a justificar su imposición; además, ha de sustentarse en los fines educativos que se buscan al imponer esta sanción extrema. Esta medida posee rasgos especiales que la diferencian de la tradicional sanción de prisión del derecho penal de adultos.

No se debe homologar o confundir con la pena de prisión establecida para adultos, ya que responde a otras necesidades, presupuestos y fines muy diferentes de los señalados por el Código Penal para adultos. Debe existir por lo menos un centro especializado para atender a los jóvenes varones y otro para las mujeres. Cada centro debe mantener una sección para los jóvenes entre los 12 y menos 15 años de edad y otra sección para los jóvenes entre los 16 y menos 18 años de edad. Por último, debe mantenerse en recintos separados a los jóvenes detenidos provisionalmente de aquellos que se encuentran cumpliendo una condena.

En segundo lugar, la sanción de internamiento en centro especializado se caracteriza porque debe cumplir los fines, o sea, procurar la protección integral y el interés superior del niño, así como los fines de prevención especial.

En tercer lugar, durante el cumplimiento de la medida de internamiento se debe garantizar que el joven disfrute de todos sus otros derechos, excepto los restringidos en la sentencia.

Asimismo por su especial condición de sujeto en formación, el joven mantiene además de todos los derechos de que disfrutaban los adultos, derechos especiales, los cuales deben ser respetados aun cuando esté cumpliendo una sanción de esta índole.

El internamiento deberá de cumplirse en centros que funcionen en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal, los cuales deben de cumplir con las condiciones mínimas que permitan asegurar el respeto a la dignidad humana, es necesario también la clasificación de estos y para ello deben de atenderse algunos criterios, como por ejemplo: clasificarlos por la clase de medida que están cumpliendo, ya sea internamiento o libertad asistida, también deben de clasificar a la población por edad, sexo, condición de cumplimiento de la medida.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO

El marco referencial jurídico de este Principio Constitucional parte con el derecho internacional y dentro de este, debemos centrarnos en su antecedente directo el cual es la “Declaración Universal de los Derechos del Niño”, y se condensa en cinco instrumentos básicos, a saber, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD).

Todos estos instrumentos están encaminados a brindar las disposiciones idóneas y suficientes que permitan construir un nuevo derecho penal juvenil y así propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del menor a una consideración estructural del problema.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Con anterioridad a la Declaración de 1959 y de la Convención en 1989, los derechos del niño estaban englobados en los documentos internacionales referidos a los derechos de la persona humana, o del hombre en general. La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros documentos internacionales, recoge y a la vez define este principio de manera indudable cuando, en su artículo 3.1 afirma que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

El principio del interés superior del niño se convierte así en una norma rectora en la resolución de conflictos entre derechos. Esto significa que el interés del niño goza siempre de primacía en caso de surgir intereses contrapuestos y se hace necesario armonizar varios derechos.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH. Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del Sistema interamericano. En su artículo 19, nos expresa que, todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Con la aprobación en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) se culmina un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que fue desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los menores y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los menores, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados al amparo general de los derechos humanos. La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los menores, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. El

concepto del interés superior del menor fue recogido del Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959¹⁶.

La Convención ha elevado el interés superior del menor al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, asimismo, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)

Fueron aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985. Las Reglas no son vinculantes, sino que constituyen recomendaciones no obstante algunos de sus principios se encuentran incluidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el cual si es un tratado universal y vinculante para todos los Estados que la ratificaron.

Las Reglas se deberían interpretar y aplicar a la luz de otros textos relativos a derechos humanos existentes.

El objeto de estas Reglas es procurar el bienestar del menor, evitando, en lo posible, su paso por el sistema de justicia de menores y procurando que si se tiene que acudir a él, lo sea de la manera menos perjudicial, fomentando dicho bienestar. Entre sus principios fundamentales están; que los procedimientos ante cualquier

16 Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959. La Declaración dispone que el interés superior del niño debe ser “la consideración fundamental” únicamente en cuanto a “la promulgación de leyes” destinadas a la protección y bienestar del niño. La Convención amplía el alcance de este principio que, a tenor del artículo 3, debe inspirar no solo a la legislación sino también a “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas”. Declaración a la cual fue suscrito nuestro país. Y por ende es obligación determinante obedecer y cumplir con cada uno de los artículos incluidos.

autoridad se llevarán a cabo de conformidad con el mejor interés de los menores y deberá permitírsele participar y expresarse libremente, la privación de libertad sólo se impondrá tras haber sopesado cuidadosamente la situación, durante el período más breve posible y sólo en caso de delitos graves y que la reclusión del menor sólo debería intervenir tras haber considerado otras alternativas.

REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD

En cuanto a sus perspectivas fundamentales, estas reglas nos dicen que el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental.

Además, el internamiento deberá utilizarse como último recurso y ajustarse a los principios y procedimientos establecidos en las Reglas, así como en las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores, y tener la duración mínima necesaria. La duración de la sanción deberá ser determinada por la autoridad judicial, sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de que se cumpla el plazo.

En las mismas reglas se establece que se presume que son inocentes los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio ("prisión preventiva") y deberán ser tratados con equidad. La prisión preventiva debe evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales. Deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la prisión preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación atribuirán la máxima prioridad a la rápida tramitación de estos casos, a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores en situación de prisión preventiva deberán estar separados de los menores condenados.

DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD)

Fue adoptada y proclamada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1990. En estas directrices, existe un apartado titulado legislación y administración de la justicia de menores en el cual los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes, así mismo deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los menores , así como su utilización para actividades delictivas y ningún menor deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República

La carta magna indica en los artículos¹⁷ 34 y 35, que se protegen especialmente a los menores de cualquier clase de abuso a los derechos que como tales les corresponde y que el Estado tiene la obligación de velar por que estos no sean violentados.

Ley Penal Juvenil

La Ley Penal Juvenil está compuesta por normas de carácter material, formal y de ejecución. Para definir la orientación de esas normas la Ley desarrolla una serie de principios generales.

¹⁷Artículo 34 y 35 Constitución de la República de El Salvador, D.L. N° 38, D.O. N° 234, 1983 “Todo menor tiene Derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del estado y creara las instituciones para la protección de la maternidad y la infancia” Artículo 35 “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho a estos a la educación y a la asistencia...”

La Ley se apoya en un nuevo modelo, diferente a la tradicional concepción tutelar, denominado modelo Punitivo Garantista o de Responsabilidad. Este nuevo modelo de justicia juvenil les atribuye a los menores delincuentes una responsabilidad en relación a sus actos, pero a la vez, les reconoce las garantías de juzgamiento de los adultos, así como otras consideradas especiales por su condición de menores de edad tal y como lo expresa su artículo 3¹⁸.

El principio de Justicia especializada¹⁹ constituye uno de los fundamentos que contempla la Ley. Se ha propuesto una justicia especializada, es decir, una jurisdicción penal juvenil, compuesta por Juzgados Penales Juveniles y un Tribunal Superior Penal Juvenil. Se crean con la Ley un cuerpo de fiscales y abogados defensores especializados en materia penal juvenil. Así mismo, en la etapa de ejecución, se crea el Juzgado de Ejecución de Medidas.

Por último, la Ley se orienta bajo la concepción de la intervención mínima, es decir solo se aplica cuando resulte necesaria la intervención judicial.

Esto se refleja en la previsión de formas anticipadas para la terminación del proceso como la conciliación y la suspensión del proceso prueba.

También se manifiesta en la amplia variedad de medidas que se contemplan en la Ley. Esto permite que la sanción privativa de libertad en un centro especializado se fije solo con carácter excepcional y como último recurso para casos graves.

18 Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004 artículo 3. Regula el principio del interés superior, expresando que la protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad, son los principios rectores de la presente Ley.

19La justicia especializada busca evitar al máximo las consecuencias estigmatizantes y negativas de la justicia penal de adultos. Además, se apoya en los conocimientos de la psicología del desarrollo, sobre la necesidad de experimentar de los adolescentes y jóvenes, con los límites de las normas morales, religiosas, sociales y desde luego jurídicas, que deberían ser suficiente fundamento para una justicia especializada, con mayor tolerancia y mínima intervención judicial

Prevalen las medidas socioeducativas, como por ejemplo la amonestación, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad o la reparación de los daños a la víctima, por encima de las medidas que prohíben la libertad ambulatoria.

La ley tiene por objeto regular los derechos del menor a quien se le atribuyere o declarare ser autor o partícipe de la comisión de una infracción penal siguiendo las condiciones para juzgar a cada menor según la Ley Penal Juvenil y el Código Penal, así como establecer los principios rectores que orienten la aplicación e interpretación de la misma y de los desarrollos normativos e institucionales que se creen para darle cumplimiento y determinar las medidas que deben aplicarse al menor que cometiere una infracción. Esta Ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho, los cuales haya cometido una infracción penal, regulada en el ordenamiento jurídico para adultos, y será sancionado bajo la reglas establecidas en la Ley especial de menores en cada caso particular, atendiendo a las necesidades de cada menor.

DETERMINACIÓN DE LA PENA, FUNCIONES Y FINES SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y SU ADECUACIÓN A LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN EL PROCESO DE MENORES.

Si bien es cierto hay una Ley especial de menores, sin embargo, esta tiene que ir apoyada en la Ley Penal de adultos. De ahí la importancia de hacer una comparación entre ambos procesos; ya que la misma Ley Especial de Menores, expresa de forma literal que en caso de que el dicha ley no regule ciertos parámetros estos serán .

Teoría de la Pena y Culpabilidad en el Proceso Común: Caracterización del Principio de Culpabilidad

Para que un acto, ya se trate de una acción o de una omisión, típica antijurídico e imputable a un sujeto capaz, sea constitutivo de delito y que por ende la ley penal

deba señalarle la correspondiente sanción, es indispensable el elemento denominado culpabilidad.

Esto significa que a nadie se le puede imponer una pena por un delito sin culpabilidad, y si es responsable debe respetarse la gradualidad de la misma.

Así, el principio de culpabilidad incorpora un área importante en cuanto a limitación del poder penal, que frenan un uso arbitrario de la función punitiva, la cual es: No es posible imponer una sanción penal a quien actúe sin culpabilidad.²⁰

El principio de culpabilidad se encuentra regulado con categoría de norma primaria en el art. 12 de la Constitución²¹, por lo tanto no podría imponerse una pena en base a criterios de responsabilidad objetiva. De igual manera en el ámbito de la doctrina se ha afirmado el principio de culpabilidad está vinculado estrechamente al principio de presunción de inocencia en una relación de complementariedad, pues la presunción de inocencia constituye una manifestación de garantía de la culpabilidad; además, ambos están reconocidos en la misma norma constitucional.

Respecto a la culpabilidad en nuestra normativa penal, el art. 4 C.Pn.²², nos explica que ésta lleva consigo derechos que deben respetarse durante el proceso a seguir para determinar la responsabilidad de un sujeto por una acción u omisión. En el caso

²⁰Arrieta Gallegos, Manuel. Lecciones de Derecho Penal, Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, 1997, Pág. 251. “Las sanciones que se impongan no deben sobrepasar la medida de la culpabilidad, debiéndose respetar como límite máximo la medida de la misma“

²¹Constitución de la República de El Salvador, D.L. N° 38, D.O. N° 234, 1983, Artículo 12 , el cual literalmente manifiesta que “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”

²²Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997, Artículo 4, manifiesta que “la culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión” o sea que para que un hecho sea típico, debe haber la realización de la acción u omisión de un hecho que este descrito en la ley, y este sea sancionado por el legislador con una pena, y en el caso de los menores de edad, sea sancionado con una medida de internamiento, que en última instancia, se debería de aplicar la medida de internamiento.

de los adultos a los cuales se les aplica el CPn., al hallárseles responsables penalmente se les considera “culpables”. Este concepto cambia en materia de menores, ya que a éstos no puede considerárseles culpables sino que se les otorga la calidad de “responsables” de una conducta antisocial (art. 95 LPJ)²³, aunque el proceso que se sigue para esto conlleve todas las consideraciones (derechos y principios) que se aplican a un adulto.

Principio de Personalidad

El fundamento esencial de este principio es que la culpabilidad es personalísima, es decir, la misma no es transmisible a ninguna otra persona que no sea el culpable, y ello también debe manifestarse en las consecuencias jurídicas del delito –penas o medidas– las cuales esencialmente en su contenido restrictivo de derechos fundamentales no deben resultar transmisibles más allá de la persona declarada culpable y sujeta a pena, o cuando corresponda a una medida de seguridad. En resumen, culpabilidad, sanción y en caso de menores la responsabilidad, son intransferibles de la persona del acusado y ello debe reflejarse no sólo en materia de sistemática penal, sino en el área del proceso penal y en el ámbito de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad. En cuanto a las penas, estas restringen derechos fundamentales y la pena de prisión por su naturaleza lo es aún más, y debemos reconocer que la misma, en cuanto sus efectos no sólo afectan al declarado culpable y responsable del delito, sino que también extiende sus efectos hacia otras personas que constituyen el entorno social cercano del acusado, como lo es su familia. Esa situación, es importante tenerla presente al momento de

²³Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004, Artículo 95, “Declarar responsable al menor, aplicarle una o varias medidas con determinación específica de cada una de ellas, así como su duración, finalidad y las condiciones en que debe ser cumplida”, todas estas deben ser valoradas y determinadas según la ley especial. Y deben ser valorados según cada caso en específico, es decir, haciendo una individualización.

criminalizar conductas y fijar sanciones penales en abstracto y en concreto, pues debe procurarse el que la pena sea el menor tiempo posible para beneficio no sólo del condenado, sino también de su grupo familiar y social, transfiriendo los efectos de la sanción a terceros. Las penas excesivas en cuanto su dureza por el límite de tiempo que fijan sólo permite agudizar este problema, aun si entendemos necesario el derecho penal en su consideración de instrumento de última ratio.

Grados de Participación

Este concepto puede definirse, basados en la infracción de una acción regulada por la norma. específicamente para cada sujeto como “la capacidad individual del sujeto para observar el cuidado objetivamente debido en los hechos que le competen y advertir la presencia del bien jurídico, lo que conlleva que el grado de imprudencia se defina para cada causante del hecho y puede predicarse una valoración distinta para los distintos intervinientes en su producción”²⁴

El Código Penal, a partir del art. 32 al art. 36, establece los diferentes grados de participación que un sujeto puede alcanzar al cometer un delito. Es importante dejar sentado que estas condiciones se aplican tanto a los adultos como a los menores que han infringido la ley, esto debido a la supletoriedad con la cual la Ley Penal Juvenil se remite al Código Penal. (Art. 41 LPJ)²⁵. El art. 32 CPn., clasifica como autores, instigadores y cómplices a todo aquel sujeto que haya incurrido en responsabilidad penal. A su vez hace una diferenciación respecto de los autores al

²⁴Moreno Carrasco, Código Penal Comentado, Tomo I, Pág. 226, “la capacidad individual del sujeto para observar el cuidado objetivamente debido en los hechos que le competen y advertir la presencia del bien jurídico, lo que comporta que el grado de imprudencia se defina para cada causante del hecho y puede predicarse una valoración distinta para los distintos intervinientes en su producción”

²⁵Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004. Artículo 41, En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicarán supletoriamente la Legislación Penal y el Código Procesal Penal; también se aplicarán supletoriamente las Leyes referentes a la familia y el Código de Procedimientos Civiles.

señalar que estos pueden ser directos o mediatos. Respecto de los delitos culposos expresa que estos responden cada uno por su propia acción.

De lo anterior, “puede ocurrir que un sujeto contribuya materialmente a la acción de otro sin intención de ayudarlo, que un sujeto induzca a otro a realizar un delito pero sin ayudarlo materialmente o que varios sujetos se concierten en la ejecución de una acción delictiva, bien realizando todos la acción típica, ayudando en ello, de forma necesaria o de forma secundaria”.

Según el art. 33 CPn.,²⁶ respecto de la autoría, puede decirse que es quien realiza por sí mismo la totalidad del hecho típico, en cambio en la coautoría se relacionan acciones diferentes de sujetos distintos concertados, de tal forma que cada uno de ellos forma parte del hecho total.

Para los autores mediatos según el art. 34 CPn.²⁷ lo esencial es que el autor mediato domine el hecho, es decir, que es él quien maneja el curso de la ejecución, por lo cual el otro sujeto es un mero instrumento. Esta condición puede significar que “el sujeto utilizado es irresponsable, bien por falta de acción, por no concurrir en él las condiciones requeridas por el delito, por falta de culpabilidad, por obrar amparado por una causa de justificación, sin que nada de ello se extienda al autor mediato quien lo instrumenta para sus fines”.

Al hablar de instigadores según el Art. 35 CPn.²⁸, se puede traducir en que un sujeto influya psíquicamente en otro con el fin de que sea éste quien realice el hecho delictivo, sin que antes haya estado resuelto a ejecutarlo. El que induce crea y desea

²⁶ Artículo 33 Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997 establece que “son *autores directos* los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito”.

²⁷ Artículo 34 Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997. Los *autores mediatos* son aquellos que “cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento”

²⁸ Artículo 35 Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997 Se consideran *instigadores* los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito.

alcanzar el delito, pero pretende que sea otro quien materialmente lo lleve a cabo, actuando éste autónomamente una vez que ha sido persuadido.

Respecto de los cómplices, se hace una diferenciación de ellos, ya que su cooperación puede manifestarse de dos formas: 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito y; 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél. (Art. 36 inc. 1º, núm. 1 y 2 CPn.)

Principio de responsabilidad por el acto

Esta consecuencia del principio de culpabilidad, descansa sobre la base de que la culpabilidad y por ende la pena y/o responsabilidad en el caso de los menores, tiene como fundamento los hechos que el sujeto activo del delito ha cometido y no su personalidad.

Así, el cimiento de la culpabilidad se centra en las acciones u omisiones del sujeto en relación con la conducta delictiva, es decir, el reproche viene dado por los hechos realizados (culpabilidad de acto), y no obedece a las características personales del autor (culpabilidad de autor).

Cuando se alude a la culpabilidad por hechos y no a la culpabilidad de autor no se pretende objetivizar de manera absoluta el contenido de este elemento.

La culpabilidad si bien es cierto es parte de los hechos, se dirige a la persona que cometió esos hechos, pero en relación con los mismos, y sin aludir a la personalidad del sujeto para instituir su culpabilidad; al respecto Cury Arzua manifiesta “La culpabilidad así estructurada, es reproche por el acto cometido que se dirige a la persona del autor, pero no se funda en ella. Se reprueba el haber incurrido en un

homicidio, hurto, violación, o delito tributario, pero no se admite juicio alguno sobre la personalidad total del autor”²⁹

En tal sentido, se reconoce ampliamente la culpabilidad fundada sobre un derecho penal de acto y no de un derecho penal de autor. Ciertamente, la culpabilidad tiene como objeto de reproche acciones u omisiones, y respecto a la culpabilidad por el acto, los hechos imputables a la persona como autora de los mismos se centran en la conducta que la persona ha ejecutado (acción), o por las que debió haber realizado (omisión), razón por la cual debe rechazarse los criterios que señalan la peligrosidad de la personalidad del sujeto y que sirvan de base para fundar en su perjuicio la culpabilidad.

Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad no sólo constituye un principio mediante el cual se efectúa la medición concreta de la pena (conforme a la magnitud del injusto o al grado de culpabilidad), sino que su objeto también se proyectará a la propia selección de los bienes jurídicos cuya lesión sea admisible criminalizar, del mismo modo que jugará un papel trascendente respecto de la delimitación del propio daño jurídico penalmente relevante.

El primer significado del principio de proporcionalidad es que nunca, bajo ninguna circunstancia, la reacción punitiva puede causar más daño que el acto al cual responde”. Del mismo modo: “proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena, es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de

²⁹Cury Urzua Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985, Pág. 23. “La culpabilidad así estructurada, es reproche por el acto cometido que se dirige a la persona del autor, pero no se funda en ella. Se reprueba el haber incurrido en un homicidio, hurto, violación, o delito tributario, pero no se admite juicio alguno sobre la personalidad total del autor”

respuesta". En este sentido, es de hacer notar la relevancia que aquí adquiere el principio constitucional de lesividad, dado que su irrestricta admisión, además de posibilitar un ejercicio amplio de libertad, torna inviable la reducción del ilícito entendido como una pura desobediencia a la norma, al soberano o al poder estatal en general.

Alberto Bovino afirma que "el principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados".³⁰

La proporcionalidad entre los hechos y las sanciones, aplicables al Derecho Penal de menores, no sigue el rigor exigido para el de adultos, en el que se conjugan fundamentalmente dos parámetros: más-menos gravedad del hecho, más-menos gravedad de la pena. En el proceso de menores la Ley conjuga además de los dos mencionados, el de tratarse de menores y la edad del menor, distinguiendo en algún supuesto los tramos entre mayor de doce años y menor de dieciséis y los mayores de dieciséis años.

No obstante, se puede hablar de otro parámetro que se debe conjugar con los anteriores, y que no es otro que el exigido al Juez para la elección de las medidas, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés superior del menor", añadiendo si fuera posible "las circunstancias personales del menor" que pese a lo que se pueda pensar no se encuentran integradas en las otras circunstancias mencionadas.

³⁰Alberto Bovino "Pena y Culpabilidad" Parte "Legislación de Menores en el Siglo XXI y Análisis de Derecho Comparado", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999 "el principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados"

En este último sentido la Reglas de Beijing, concretamente la 17.1, literal a. establece que la respuesta que se dé al delito será también proporcionada a las circunstancias y necesidades del menor³¹. Estas reglas deben inspirar la acción de nuestro poder público, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley.

Las que si vinculan a los operadores jurídicos son las contenidas en la Convención de Derechos del Niño, que establece en su art. 40.4 que se dispondrá de diversas medidas,³² asegurándose de que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con las circunstancias como con el delito".

El fin es evitar la exagerada desproporcionalidad entre el hecho y la sanción, la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase, en lugar de establecerlo sólo para las medidas privativas de libertad.

La imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase, en cuanto a no imponer un mínimo sólo se establece límites superiores a las medidas a imponer, esto daría como respuesta en primer lugar no sería posible por la distinta naturaleza de las penas con algunas medidas; en segundo lugar porque las medidas aplicables a los menores no es tan gravosa, es más benévola que las penas aplicables a los

³¹Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, 1985. Aplicada por la Convención de los Derechos del niño 17.1. "La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad".

³² Convención de los Derechos del Niño 1989. Ratificada en 1990. Artículo 40.40 "se dispondrán de diversas medidas tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción con sus circunstancias como con la infracción.

adultos y en tercer lugar al consistir el Derecho penal de menores un régimen "diferencial" del de adultos con fundamento en un principio de igualdad real y efectiva, cualquier igualdad en la proporcionalidad entre el hecho y la pena entre el régimen aplicable a los menores del aplicable a los adultos se convertiría en una quiebra del principio de igualdad.

El único criterio que existe para establecer esa medida, al igual que ocurre en el Derecho Penal de adultos es la gravedad del hecho.

La mayor o menor gravedad de la medida sancionadora-educativa, deberá ser proporcional, fundamentalmente, con los siguientes parámetros:

1. Gravedad y naturaleza de los hechos. Dependiendo de la gravedad de los hechos, podemos establecer los siguientes escalones: Faltas y Delitos:
2. Acciones u omisiones imprudentes.
3. Que no se haya empleado violencia ni intimidación en la personas, ni se haya actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
4. Que sí se haya empleado violencia o intimidación en la personas, o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.
5. Que no revistieran extrema gravedad
6. Que revistan extrema gravedad.

A medida que aumenta la gravedad del hecho, el legislador va reglando más el principio de proporcionalidad, aproximándose más al de adultos.

Así en el supuesto de un delito en que se haya empleado violencia o intimidación en la personas, o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, ya establece una diferencia, marcando dos límites máximos de duración de la medida.

Siendo así que el Juez al momento de dar su sentencia definitiva tiene que valorar todos estos aspectos, es decir, los criterios establecidos en el art. 63 del C. Pn. aplicado válidamente por la supletoriedad del art. 41 de la LPJ³³ y no aplicar penas máximas sino tener un plano más consiente a todos estos aspectos y no usar la aritmética penal ya que se está hablando de menores y de fines tan diferentes al derecho penal de adultos.

Culpabilidad y Responsabilidad

La responsabilidad por el hecho y culpabilidad, parten de que la culpabilidad es la posibilidad de actuar de otra manera: decidirse a favor del ilícito. Todos los demás casos son casos de falta de responsabilidad por el hecho (nivel que antecede al de la culpabilidad), y en el que no se toma en cuenta la capacidad individual, sino que se presume el poder de actuar promedio. Pero la capacidad individual tampoco se tiene en cuenta en la medida en que esta no resulta comprobable.

Solo la teoría de los fines de la pena permite explicar situaciones en las que existe la posibilidad de actuar de otra manera, y en este sentido, hay culpabilidad, al renunciar a la aplicación de una pena, el legislador lo hace parcialmente, como ocurre en el estado de necesidad disculpante³⁴.

El artículo 62 y 63 del C. Pn. Aplicados en materia penal de menores por el artículo 41 de la LPJ no significando que el menor por ser inimputable este no sea

³³ Ley penal Juvenil. D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004. Artículo 41 En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicarán supletoriamente la Legislación Penal y el Código Procesal Penal; también se aplicarán supletoriamente las Leyes referentes a la familia y el Código de Procedimientos Civiles.

³⁴ Es necesario definir Estado de necesidad y nos referimos a aquella situación o actuación que hace una persona para evitar un daño o una lesión superior o igual, es decir que en el estado se va a sacrificar un bien jurídico para proteger a otro bien jurídico de igual o superior valor a aquel. En el Estado de necesidad disculpante existe el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto, por lo que se dice que se excluye la culpabilidad y no la antijuricidad, pese al desvalor de resultado que existe por el daño de bienes de valores importantes.

responsable de acuerdo a la LPJ porque es el régimen que lo hace actuar en su manera especial con aplicación a lo mejor en proteger derechos y garantías con todo un régimen internacional

Valoración de agravantes y atenuantes

El juez o tribunal apreciará las circunstancias atenuantes o agravantes tomando en cuenta su número, intensidad e importancia, estas circunstancias no se compensarán entre sí en forma matemática. Cuando concurren alguna de estas en un mismo hecho punible, el juez o tribunal valorará unas y otras, a fin de establecer la justa proporción de la pena que deba imponer.

Determinación de la medida de internamiento en caso de existencia de concursos de delito en la Ley Penal Juvenil. Ante la realidad, en la cual existen diferentes actos y distintos resultados, es que existe la moderna teoría del concurso, en el proceso penal. El punto de partida no es otro que el de la acumulación material de las penas previstas para distintas infracciones. La ley penal no regula dicha situación, pero ante el principio de supletoriedad que rige la Ley

Penal Juvenil con el Código Penal, los Jueces de Menores se ven obligados a examinar este tipo de figuras dentro del proceso juvenil, que no es más que la simple suma aritmética de las mismas, impediría su cumplimiento. Para evitar lo anterior, existen reglas como la de la absorción y exasperación de penas:

Concurso Real

Distintas acciones, que originan diversos delitos independientes desde el punto de vista jurídico. El principio establecido en el artículo 71 del Código Penal, establece el principio de acumulación material, con el límite máximo de 75 años (límite criticable a todas luces, lo cual no se referirá en este apartado por rebasar la finalidad de la

presente tesis), refiriéndose a todas las penas que no admiten su cumplimiento simultáneo.

Concurso Ideal

Un solo hecho o acto, constituye dos o más infracciones. En estos casos se aplicará al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte. Art. 70 del Código Penal. En el caso que los delitos estuviesen conminados con la misma pena máxima, el Tribunal determinará el que a su juicio merezca mayor pena y la aumentará hasta la tercera parte. Esto supone el sistema de exasperación. Deberán considerarse las penas que en concreto se determinen penando separadamente las infracciones. Si la pena resultante fuera menor, o en caso más favorable al reo, la regla enunciada deja de tener aplicación y se regirá por el del acumulación.

Delito Continuado

El delito continuado es un supuesto de concurso real de delitos. Basándose en la ejecución de un plan o aprovechando idéntica ocasión; Todo guiado por un elemento subjetivo: El plan preconcebido.

El Código ha optado por la absorción, sancionándose por un único delito, con el máximo de la pena prevista para este. En materia de menores la valoración de un concurso de delitos no está contemplada, por tanto frente a la tipificación de una de estas figuras el Juez se ve en la necesidad de valorar estos nuevos límites, que exceden los límites máximos impuestos en la Ley Penal Juvenil.

El Juzgador se ve obligado a hacer la operación matemática de estos concursos y en la mayoría de casos, sino es que en todos, el Juez deja a un lado las circunstancias que rodearon los hechos y dicta una resolución, que cuando existen los méritos

suficientes y se dicta sentencia condenatoria, casi siempre será el límite máximo permitido por la LPJ siete años de internamiento, siendo esta la última opción que tiene el juzgador al momento de imponer la medida de internamiento, ya que para ello ha sido dotado con una gama de opciones tendientes a sancionar al menor sin que para ello se le prive de su libertad ambulatoria, como es el caso de la orientación y apoyo socio familiar.

Es opinión de algunos aplicadores del derecho, no hacer esta tipicidad en materia de menores, ya que por la mismas reformas sufridas al Código Penal, las sanciones rebasan los límites máximos establecidos en la Ley Penal Juvenil para imponer una medida de internamiento, según estos se hace un desgaste de la función jurisdiccional pues la sanción a imponer ya está establecida, por tanto ya no toman en cuenta las condiciones del menor o las circunstancias, basta entonces hacer una simple operación, y para juicio de algunos juzgadores los menores hasta quedarían “debiendo” con la medida impuesta.

SUPLETORIEDAD DE LA LEY PENAL JUVENIL CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

En cuanto a la aplicación supletoria de las leyes penales de adultos se iniciara avocando al código Penal ya que la ley adjetiva que regula los hechos calificados como infracciones penales por tanto el Código Penal le da la pauta a la LPJ para poder procesar a todo menor que cometa una acción que se encuentre dentro de los supuestos contenidos en este y basándose en el art. 1 del C. Pn. que regula lo referente al Principio de Legalidad del Proceso.³⁵ Es así que se presentan ejemplos de la aplicación supletoria del C. Pn. Por el art. 41 de la LPJ, cuando la situación

³⁵ Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997. Artículo 1, Nadie podrá ser sancionado por alguna acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

determinada no esté regulada en esta última, pero si en el C. Pn y haciéndose uso de la Interpretación Constitucional es menester aplicar la que más garantice o proteja sus derechos, así como Art. 3, 34 35 CN, estableciendo el principio de igualdad, las obligaciones del Estado respecto de los menores, y en este caso las disposiciones que se encuentran reguladas en el Código Penal.

Pero la aplicación supletoria de la legislación que se señalan en este artículo será aplicable siempre y cuando se den tres requisitos:

- a) Que la LPJ no haya regulado el Instituto jurídico de que se trata, a contrario sensu si la LPJ lo regulo expresamente, no debe aplicarse otra legislación en forma supletoria.
- b) Que la norma supletoria a aplicar no se oponga a la naturaleza y postulados fundamentales de la Ley Penal Juvenil, y no se oponga a la naturaleza y características del proceso de menores.
- c) Que la legislación que se va aplicar en forma supletoria no se oponga a la finalidad de la LPJ, lo cual implica que debe determinarse, antes de aplicarla, que no se opone o no obstaculiza el objetivo de la educación de responsabilidad del menor y que además respeta el interés superior del menor.

Para aplicar supletoriamente una disposición en el procedimiento seguido al menor en conflicto con la ley penal se hace necesario que el aplicador realice un juicio de valor para determinar que se den los requisitos antes señalados y en caso necesario debe fundamentar las razones en que se basa la aplicación supletoria. De esta manera es necesario aplicar el artículo 62 y 63 del Código Penal, ya que es el Juez determina la medida que corresponda al caso concreto, dentro de los límites que la ley fija; siendo esta en atención a la gravedad del delito o la conducta antisocial

cometida y de la culpabilidad o responsabilidad de su autor, atendándose al criterio de individualización cuando se adecua a la personalidad del menor en conflicto con la ley penal.

Ya declarada la culpabilidad esta debe graduarse para imponer la pena o en el caso de los menores la medida de responsabilidad que corresponda, para lo que debe apreciarse no solo el desvalor del hecho, sino también el grado de culpabilidad, siempre conforme al art. 63 del Código Penal. Que sienta su base sobre el principio de culpabilidad, debiendo de ser proporcional al grado de culpabilidad o de responsabilidad cuando se trata de un menor sin poder rebasar esos límites.

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL JUVENIL SALVADOREÑO

Es necesario relacionarlo la estructura del proceso penal de menores, con la estructura del proceso penal ordinario, que está basado en el Sistema Penal Acusatorio. Este sistema plantea cinco fases en las que se desarrolla el proceso penal de menores, las cuales son una Fase Preparatoria (Art. 66-82 LPJ), Fase Intermedia (Art. 83-96 LPJ); Fase de la Vista de la Causa (art.83 LPJ), Fase de Impugnación (Art. 97-113 LPJ), y la Fase de la Ejecución de la Medida (Art. 118LPJ). Es importante aclarar que dentro de estas fases se desarrollan las cinco fases que conforman el Proceso Penal de Adultos.

El procedimiento establecido por el Legislador en la Ley Penal Juvenil no puede visualizarse de forma expresa en virtud de la redacción de la misma, razón por la cual debe remitirse a los orígenes constitucionales del proceso penal acusatorio con las variantes respectivas por ser un proceso especial, es importante tener en cuenta que como se dijo es importante remitirse tanto al C. Pn. Y C. Pr. Pn. Pero esto lo podemos hacer porque en la LPJ se encuentra regulado el art. 41 que es el de la supletoriedad y lo podemos observar cuando se dan situaciones determinadas que

no están reguladas en la Ley especial, pero solo se aplicara si se dan determinados requisitos como: que la Ley Penal Juvenil no se encuentre regulados algunos institutos jurídicos; que la norma aplicada no se oponga a la naturaleza y postulados fundamentales de la Ley Penal Juvenil y sobre todo a la naturaleza y características del proceso en menores, finalmente que no se oponga a la finalidad de la LPJ, que es la educación en responsabilidad del menor y se respete su interés superior, por ello es que veremos cómo durante todo el proceso se observan muchos articulo tanto del C. Pn como del C. Pr. Pn.

Así mismo es de hacer notar que adquiere una gran importancia para esta investigación ya que la determinación de la pena se encuentra establecidos en los arts. 62 y 63 del C. Pn. (más adelante se ampliara sobre este tema).

Fase de investigación o preparatoria

Su asidero legal se encuentra en el Capítulo I, en el Art. 22 inc.2 LPJ, que de manera expresa señala que *“La investigación tiene por objeto realizar todas las diligencias que permitan fundamentar los cargos por parte del fiscal y preparar el ejercicio de la acción”*. Dicha disposición nos remite al Art. 67 LPJ, que establece que es la Fiscalía General de la República (FGR), a quien se debe informar sobre la comisión de una infracción penal y que constitucionalmente le corresponde el ejercicio de la acción penal, según el Art. 193 Cn. De acuerdo al Art. 66 LPJ, la investigación puede ser iniciada de oficio o por denuncia. Respecto del término y las diligencias de investigación, se cuenta con 60 días dentro de los cuales debe investigarse tanto lo favorable como lo desfavorable al menor; según lo regulado en los Arts. 68 y 69 LPJ. Se establece además que la FGR, al ordenar la apertura de la investigación deberá practicar de forma inmediata la comprobación de la edad del presunto menor e informar a éste, a sus padres o responsables y al Procurador General de la

República, la existencia de la investigación y los cargos que se le imputan al menor, para que ejerza el derecho de defensa y cuando éste se encontrare privado de su libertad, se debe ordenar que se le practique el estudio psicosocial. En ese mismo orden, se decretará de oficio o a petición de parte, la práctica de ciertas diligencias que permitan establecer las circunstancias del hecho y si existen indicios o evidencias de la participación del menor y así promover la acción penal en su caso.

Al agotar la investigación, la fase preparatoria puede concluir con la resolución de la FGR, la cual puede ser en varios sentidos, de acuerdo a lo regulado en el Art. 70 y 71 LPJ:

1. Renuncia a la acción por no haber mérito para promoverla por tratarse de un hecho no tipificado como infracción penal.
2. No hay mérito para promover la acción por no existir indicios sobre la autoría o participación.
3. Hay mérito para promover la acción por existir evidencias suficientes de la existencia del hecho o indicios suficientes de la autoría o participación del menor.

Con base en lo anterior, las resoluciones que el Juez de Menores puede emitir son variadas; en cuanto al literal a) y b) de los artículos antes citados, el juez al advertir que la persona ofendida no ha sido notificada, puede devolver las diligencias a fin de que se notifique tal decisión; por el contrario, si está conforme con el fallo puede resolver que se archiven las diligencias de la investigación, por el cumplimiento de las obligaciones no patrimoniales por la vía de la conciliación o, por la remisión o prescripción de la acción.

Si la FGR promueve la acción penal, el Juez de Menores puede resolver de dos maneras:

- 1) Si considera que la fundamentación de la acción penal no es suficiente para iniciar el trámite, la devuelve a la FGR para que la amplíe en un plazo no mayor de 30 días;
- 2) Si resuelve iniciar el trámite judicial, el Juez debe realizar ciertas diligencias requeridas. Tales diligencias consisten en la ordenación de realizar el estudio sicosocial, así como también citar a conciliación, solicitar información a otros tribunales, o si es procedente aplicar una de las formas anticipadas de terminación del proceso, ordenando su cesación y archivando las diligencias de investigación (art. 73 inc. 2 LPJ).

El Juez de Menores debe resolver sobre la aplicación o no de alguna medida cautelar de forma provisional si es necesario, según lo disponen los Arts. 75 y 76 LPJ. Los momentos en que pueden aplicarse medidas de forma provisional son cuando el menor ha sido detenido en flagrancia y el Juez de Menores debe resolver sobre su libertad y; cuando en base a los resultados de las diligencias de investigación y previa declaración del menor, el juzgador considera necesario la aplicación de una medida de manera provisional. El trámite que procede es que el Juez de Menores convoque a la Audiencia Preparatoria, resolución que finaliza la primera fase y da lugar a la segunda fase.

Fase intermedia: Audiencia Preparatoria

Según lo dispone el Art. 80 LPJ, si de la resolución dictada por el Juez no se interpusiera recurso alguno, el mismo señalará día y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, teniendo como objeto principal que las partes se manifiesten sobre los siguientes puntos:

1. Que la representación fiscal pueda ratificar, modificar o retirar los cargos en contra del menor acusado.

2. Que indiquen las personas cuya presencia solicitan y el lugar donde pueden ser citadas.
3. Ofrecer las pruebas que se presentarán en la Vista de la Causa.

Si la FGR ampliare los cargos, se cumplirá con lo dispuesto en el Art. 85 LPJ, concluida la audiencia preparatoria, el Juez de Menores emitirá el Auto de Mérito si fuere procedente, en el que señalará día y hora para la celebración de la Vista de la Causa, la que se realizará en un plazo no menor a 5 días ni mayor a 10 días, previa citación de las partes (Art. 81 LPJ). Al analizar esta disposición surge una contradicción, ya que en la Audiencia Preparatoria no es conveniente emitir el Auto de Mérito, pues si se señala día y hora para la celebración de la Vista de la Causa cabe el inconveniente que una de las partes pueda recurrir este fallo, lo que provoca que la etapa de la Vista de la causa se atrase y entonces se estaría faltando al día y hora establecida con anterioridad. Lo más conveniente es esperar tres días después de celebrada la Audiencia Preparatoria para emitir el Auto de Mérito y señalar fecha y hora para llevar a cabo la siguiente etapa del proceso.

Lo anterior puede explicarse de la siguiente forma: En la Etapa Preparatoria se contempla el Auto de Merito en los art. 80 inc. 3º y el art. 81 inc. 1º, observemos que el primer artículo citado regula que “En la misma audiencia el Juez señalará día y hora para la celebración de la vista de la causa, la que se efectuará en un plazo no inferior a cinco días, ni superior a diez y en el acto quedarán notificadas las partes para ese efecto”, lo que indica que es en la audiencia preparatoria donde se establece la fecha y hora exacta en la que debe llevarse a cabo la vista de la causa.

Pero el art. 81 inc 1º LPJ, manifiesta que “Concluida la audiencia preparatoria, si fuere procedente, el Juez emitirá el Auto de Mérito, en el cual señalará el día y la hora para la celebración de la Vista de la Causa, la que se celebrará en un plazo no

inferior a cinco días ni superior a diez de emitido dicho auto, previa citación a las partes”. Al analizar ambas normativas puede advertirse que la contradicción nace del hecho de la fecha en la que se manifiesta que se llevará a cabo la Vista de la Causa, ya que en la primera se manifiesta que el Juez debe emitirla en la audiencia preparatoria, mientras que en la segunda es distinta, pues al concluir dicha audiencia el Juez debe emitir el Auto de Mérito y lo hace en una fecha diferente, previa citación de las partes.

Otro punto importante a destacar es que en materia penal de adultos el Auto de Apertura a juicio no es recurrible (art. 322 C.Pr.Pn.) y se dicta en la misma Audiencia Preliminar sin necesidad de citar a las partes pues ya están presentes (art. 320 C.Pr.Pn.). En materia de menores el proceder es diferente, ya que para dictar el Auto de Mérito las partes deben ser citadas previamente (art. 81 LPJ); además, el auto de Mérito es apelable, tal como lo dispone el art. 103 literal g) LPJ, el cual dice que “El recurso de apelación especial procede contra las siguientes resoluciones dictadas por el Juez de Menores: g) La que ordene que hay mérito o deniegue la celebración de la vista de la causa”.

Lo anterior indica que si una de las partes hace uso de este recurso, la fecha y hora de la Vista de la Causa no será la misma que la señalada en la audiencia preparatoria o en el Auto de Mérito, sino que se prorroga. En conclusión, puede señalarse que no es conveniente que se señale en el auto de Mérito el día y hora de la Vista de la Causa, sino hasta tres días después de la notificación del mismo, en espera que las partes hagan uso o no de su oportunidad de apelar. Otra contradicción que se visualiza dentro del proceso de menores, es en el art. 73 inc 2º LPJ³⁶. Al analizar e interpretar esta disposición, podemos advertir que el Juez de Menores al resolver

³⁶ Ley penal Juvenil. D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004. Artículo 73 inc. 2, establece que si el Juez “resuelve iniciar el trámite judicial ordenará el estudio sicosocial y podrá citar a conciliación”

iniciar el trámite judicial, antes de convocar a Audiencia Preparatoria debe agotar todas las posibilidades existentes para cesar el proceso de forma anticipada, evitando así que el menor en conflicto con la ley atraviese la difícil situación que supone un proceso de carácter penal. Este proceder es sustentado por la CDN en su art. 40 núm. 3, lit. b), al señalar que “siempre que sea apropiado y deseable, la medida para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Pero el art. 80 inc 1º LPJ,³⁷ nos señala lo contrario; entendiéndose como tal que el Juez de Menores al resolver iniciar el trámite judicial inmediatamente señalará sin más demora la audiencia preparatoria, no dando lugar a que se recurra a los mecanismos de extinción del proceso de forma anticipada, resultando esto totalmente discordante dentro del proceso y contrariando por completo lo que señala el art. 73 inc.2º LPJ, el cual sería el proceder más conveniente para el menor y su situación. Si la FGR ampliare los cargos, se cumplirá con lo dispuesto en el Art. 85 LPJ. Es de llamar la atención en cuanto al art. 80 en su inciso final establece que la inasistencia de una de las partes a la Audiencia Preparatoria, no impedirá el señalamiento para la celebración de la Vista de la Causa; su cumplimiento se vuelve un tanto atentatorio ya que, en el caso de que falte la representación fiscal, quedarían desprotegidos los intereses del Estado; lo que da como resultado generar un tanto de impunidad, porque la oportunidad de ofrecer la prueba para demostrar los extremos procesales de la acción penal, es en la audiencia preparatoria y una vez celebrada esta, precluye, como el efecto del criterio de oportunidad, es decir, ya no habría oportunidad para que en el juicio sobre vida el contradictorio, principios que son básicos en el procedimiento de corte acusatorio.

³⁷ Ley penal Juvenil. D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004. Artículo 80 inc.1, establece que “Iniciado el trámite judicial se convocará a una audiencia preparatoria, la cual tendrá el objeto...”

Así mismo sucedería si hubiere inasistencia de la defensa o procurador de la República, se atentaría contra el derecho de defensa inculcado por los mismos motivos ya señalados, pues en ambos casos no sería prudente señalar para la audiencia de juicio y celebrarlo, cuando el mismo Juez con antelación puede prever el resultado del mismo lleva ya la opinión o la decisión a la audiencia, lo cual atenta con la economía procesal ya que el Estado es el que mueve todo el sistema para que cada etapa procesal se vaya realizando, por lo que para garantizar el derecho y garantías que tienen ambas partes y así no violentar el principio de igualdad jurídica se suspende la audiencia preparatoria. Con la audiencia preparatoria concluye la segunda fase del proceso penal de menores.

Fase de la Vista de la Causa

La audiencia del juicio o de la Vista de la Causa se lleva a cabo en diferentes momentos, teniendo como objetivo principal del proceso penal el encuentro de la unidad real o material. La audiencia de la Vista de la Causa se desarrolla de la siguiente manera:

1. Apertura de la audiencia, deben garantizarse todas las solemnidades que sean necesarias, en ese sentido debe guardarse el debido respeto a la misma.
2. Instaladas las partes necesarias, el Secretario procede a verificar la presencia de las partes.
3. El Juez debe instruir al menor sobre la importancia y el significado de la audiencia y procederá a ordenar la lectura de los cargos, siendo necesario que el Juez se los explique de manera sencilla y clara.
4. Procede la declaración del menor (Art. 84 LPJ), se le debe advertir su derecho a no declarar y que la audiencia seguirá aún sin su testimonio.

5. Si el menor da su declaración, luego puede ser interrogado por el fiscal, el defensor, el procurador y por el Juez. En el caso de ser varios los menores acusados

El Art. 84 LPJ, faculta al Juez para que pueda ordenar el retiro de los que no declaran y cuando ingresen de nuevo a la sala, deberá informarles lo que sucedió durante su ausencia.

6. El Art. 85 LPJ, dispone que el fiscal debe expresar si existe una nueva circunstancia para ampliar la acusación o si se trata de un delito continuado. Si hay ampliación se oye nuevamente al menor acusado y se informa a las partes que tienen derecho a solicitar la suspensión de la Vista de la Causa para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La continuación de la audiencia no debe exceder de 10 días.
7. Recepción de pruebas, el Art. 87 LPJ, establece que toda prueba se producirá en la Vista de la Causa y será inadmisibles aquella que se pretenda introducir mediante lectura.
8. Por establecer la claridad de los hechos, puede acordarse de que se inicie con la declaración de los ofendidos, luego con la prueba pericial; luego se continuará con la prueba testimonial debiéndose llamar por separado a cada testigo, quienes deben ser identificados, tomárseles juramento; se debe llamar primero a los testigos de la Fiscalía, luego los del defensor particular y después los de la Procuraduría.
9. Decisión final y cierre, Art. 93 LPJ. Terminada la recepción de las pruebas, el Juez ordena la lectura de las conclusiones y dictámenes de los especialistas que realizaron el estudio psicosocial del menor.
10. Además el Juez concederá sucesivamente la palabra por un término máximo de 20 minutos a cada uno, al fiscal, al defensor y al procurador para que emitan sus conclusiones, según lo dispone el Art. 93 LPJ.

El Juez de Menores declara finalizada la Vista de la Causa y dictará resolución definitiva, la que deberá estar fundamentada en los hechos probados, en la existencia del hecho, la autoría o participación del menor, en la existencia o inexistencia de excluyentes de responsabilidad, en las circunstancias o gravedad del hecho y en el grado de responsabilidad. (Art. 95 LPJ). Es importante resaltar que la sentencia emitida por el Juez de Menores debe ser razonada, motivada todo esto haciendo uso de todo el conjunto de legislación nacional e internacional, haciendo prevalecer el principio del interés superior del menor y debe tener como base principios como de responsabilidad por el hecho, lesividad, culpabilidad y legalidad, esto con el fin que su resolución y la determinación de la medida a imponer sea conforme a derecho.

En el proceso se tiene que descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que el de la prueba en virtud de ello el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación, la prueba va impactando en su conciencia, generando distintos estados de conocimiento, cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances: la verdad, la certeza, la duda y la probabilidad.

Por todo lo anterior el Juez o Jueza está sometido a la ley (principio de legalidad), también a la Constitución (principio constitucional) y ello significa que debe hacer una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, es decir debe considerar junto a las razones de Ley.

Debiendo de motivar al momento de dictar sentencia, es decir, debe explicar las razones por las que se ha llegado a una determinada conclusión de hecho o derecho en la sentencia o resolución que se trate y, en consecuencia establecer porque se ha adoptado la resolución.

La obligación de motivar las resoluciones judiciales se impone con carácter general del Código Procesal Penal en el artículo 130³⁸ cuando el propio precepto explica en qué consiste la motivación al indicar que la fundamentación expresara con precisión de los motivos del hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación de la del valor que se le otorga a los medios de prueba.

El artículo 62 del Código Penal obliga al juez, a costa de incurrir en responsabilidad en otro caso, a razonar los motivos que lleguen a justificar la medida de la sanción impuesta, esto es motivar la pena, el análisis que tiene que hacer el juez para determinar si el acto cometido por el menor es una conducta antisocial, inmoral o dañosa y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o el individuo.

Luego determinar si esa conducta es reprochable y si incurre en responsabilidad, manifestando el poder de coerción, debiéndose tomar en cuenta que la medida cautelar ordenada en el proceso de menores lograr la vinculación del inculcado al proceso, atenuando o eliminando el riesgo de la evasión de aquel o limitando la posibilidad que se interfiera en la investigación que se realiza, en ese sentido, al estar inspirada la Ley Penal Juvenil en el modelo de educación en responsabilidad, mal se haría que un Juez o Jueza de menores pretenda aplicar una medida que no esté fundada en una persecución penal o apartarse de los fines propios de una medida provisional, ya que ello implicaría ignorar la esencia penal del proceso de menores, en virtud de lo cual, una medida con los fines referidos al artículo 9 de la Ley Penal Juvenil, sólo tendrá validez si es la respuesta dada ante un ilícito penal concreto, pues si estos fines son adelantados al momento de ordenar en forma provisional, además de retomarse a modelos de justicia juvenil ya superados, se violentaría la presunción de inocencia y la garantía de un juicio previo.

³⁸Código Procesal Penal, Artículo 130, dispone que “es obligación del juzgador o del tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameritan”.

Una vez que se tienen los estados intelectuales que el juez debe tener respecto de la verdad, tiene que establecer las reglas de la sana crítica (lógica, experiencia y psicología), se debe aplicar el derecho para resolver la cuestión central, se deben de identificar el (o los) enunciados normativos que constituyen una parte fundamental del conjunto de premisas del argumento central, y en muchos de los casos los Jueces solo nombran la norma que emplean (citando la ley o el número del artículo), pero cuando están reconstruyendo su argumentación deben de valerse de una formulación completa del enunciado normativo que se nombra en la sentencia, ya que cumple la función de premisa, de ello no debe de faltar la premisa fáctica que es el argumento central en la que se describen los hechos relevantes del caso, brindándonos cierta información relevante para contextualizar la decisión que se expresa.

Es por ello que se exige que el juez después de hacer ese análisis, tenga en cuenta que realmente se acredite la existencia de un hecho punible que cumpla con la proporcionalidad de una medida en razón del delito por el que se impone, y no solo se quede con un simple análisis aritmético al momento de determinarla, sino que pase por todos estos estadios para lograr ser justos, todo ello en razón del interés superior del menor ya que se debe procurar causar un menor impacto en la vida del mismo, ya analizando sobre todo los criterios que establecen el Código Penal en el artículo 63, para que no se vean vulnerados principios como el de igualdad y proporcionalidad .

Fase de Impugnación

Después de dictada la sentencia por el Juez de Menores, las partes tienen la oportunidad de recurrir. Para impugnar la resolución, si esta afecta sus intereses, entonces proceden los recursos de revocatoria, apelación especial de forma

subsidiaria y revisión (Art. 101 LPJ). Todo esto cuando el juez haya tomado la decisión en cualquier auto resolutivo.

Fase de ejecución de la medida

La fase de ejecución es donde se debe lograr concretizar el objetivo de la reinserción social del menor a su familia y a la sociedad, por medio del tratamiento educativo y responsabilizador que se le brinde al menor durante el cumplimiento de la medida. En ese sentido, la Ley Penal Juvenil ha previsto que se realice un control de la legalidad en la fase de ejecución, porque se le respeten los derechos al menor y porque la medida cumpla los objetivos para los que fue impuesta. Esta debe ejecutarla el Juez de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas, quien es el responsable de velar porque esto se lleve a cabo (Art. 125 LPJ). Si la medida decretada es la de internamiento, el Juez de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas velará porque se cumplan los derechos del menor mientras se encuentre en el Centro de Internamiento. (Art. 118 LPJ). Del Art. 119-124 LPJ, tratan de los Centros de Internamiento de Menores, los requisitos mínimos para su funcionamiento y los aspectos indispensables que debe contener el reglamento interno de dichos centros. Con base a estos artículos se ha desarrollado el Reglamento General de los Centros de Internamiento para Menores Infractores, ampliando y desarrollando específicamente los aspectos establecidos para que la medida de internamiento pueda cumplirse en una forma que garantice los derechos del menor y que además le posibilite su educación y capacitación para su desenvolvimiento en la sociedad.

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO COMÚN EN EL PROCESO DE MENORES

Es necesario hacer la subsunción del procedimiento de menores a el proceso de adultos, debido a la materia especial que se trata.

Diferencias y semejanzas entre el proceso penal común y el proceso penal juvenil

El Derecho Penal de Menores es considerado un Derecho Penal Especial, por su semejanza con el Derecho Penal de adultos en sus aspectos: sustantivo, procesal y de ejecución, concediendo así a los menores mayores garantías, las que surgen del principio de igualdad, dado que se encuentran en una situación jurídica social diferente a la de los mayores de edad, y por el principio de protección, porque el Estado tiene deberes especiales a su respecto, que se deben tomar en cuenta al utilizar el poder coercitivo; el menor siempre tiene que quedar en mejores condiciones que un mayor en relación a situaciones jurídicas análogas.

La Constitución en el Artículo 35 establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantiza el derecho de estos a la educación y a la asistencia, así mismo la conducta antisocial de los menores que constituya delito estará sujeta a un régimen jurídico especial.

Como consecuencia de una conducta antisocial, medidas de carácter educativo, las cuales conllevan restricciones a los derechos de los menores. Partiendo del supuesto del menor como sujeto de derechos nunca un objeto del derecho, los criterios ideológicos que deban inspirar el régimen penal de los menores debe contener todas las garantías sustantivas y procesales establecidas en el programa penal de la Constitución, acoplándose a las características especiales que lo diferencien sustancialmente del proceso penal ordinario, pretendiendo con ello la sustracción de cierto grupo de sujetos del ámbito general debe estar plenamente justificado, siendo que constituye un tratamiento diferenciado.

En cuanto a los sujetos intervinientes de la Ley Penal Juvenil, está dirigida a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho, el Art. 2 LPJ establece un rango de edades, dividiéndolos en dos grupos, los de 12 y 15 años de

edad, a los que se les aplicara directamente las medidas que la Ley establece, y los que se encuentran entre los 12 y 16 años de edad, para los cuales el Juez resolverá aplicarle las medidas establecidas en la Ley Penal Juvenil o las del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia.

El fin de la medida en el derecho penal juvenil es de reeducación o resocialización en responsabilidad, por lo que son consideradas como sanciones negativas impuestas a los menores en conflicto con la ley como consecuencia de la realización de un hecho delictivo, y en el derecho penal son penas las que se imponen cuyo fin es lograr la reinserción en la sociedad; en cuanto a la imposición de la Medidas existe una intervención especial, que es la del Equipo Multidisciplinario, que hace un serie de consideraciones en el proceso, pasa un informe al Juez según lo observado y estudiado, el cual emite un dictamen sobre cual debería de ser la medida a imponer, con ello el Juez tiene una opinión especializada para emitir su decisión.

Las medidas pretenden que los mecanismos de responsabilidad de sus actos, eduquen al menor y confronte las reglas sociales a las que son sometidos todos los miembros de una sociedad y prevenir en el futuro la repetición de estas conductas, la finalidad primordial es educativa y protectora a los(as) adolescentes, reconociendo que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno familiar como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño. A diferencia del derecho penal de adultos, las penas están concebidas como una retribución por el mal causado. El ejercicio del poder punitivo del Estado necesariamente tiene que ser controlado y limitado si se desea gozar de un sistema penal justo y equitativo, libre de todo despotismo y arbitrariedad. Una de las limitaciones es la que impone el Principio de Mínima Intervención, el cual establece que ese poder de intervención solo podrá ser aplicado contra las acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes, dejando a otras ramas

del derecho los casos más leves de comportamiento que perturben o transgredan el ordenamiento jurídico.

Pese a la autonomía del Derecho Penal, los bienes jurídicos no deben de ser protegidos en forma exclusiva por él, pues cuando el ordenamiento jurídico es transgredido, muchas veces es suficiente aplicar una medida administrativa de menor gravedad sin tener que recurrir a la imposición de una sanción penal, debe de considerarse de mayor gravedad para hacerlo.

Ahora bien, a este principio de la Mínima Intervención corresponde el carácter fragmentario del Derecho Penal, pues este no protege todos los bienes jurídicos ni tampoco regula todas las acciones de dichos bienes, ya que como antes expresamos, su finalidad es siempre castigar aquellas acciones consideradas más graves. Así, el Derecho Penal en relación a todos los bienes jurídicos se ocupa únicamente de una parte, o sea de fragmentos donde se deriva este carácter penal de los bienes jurídicos de mayor entidad. El Principio de Mínima Intervención se refleja en el modelo de responsabilidad desde la fase de la denuncia y la investigación.

El derecho penal juvenil debe tener un carácter subsidiario y sus aspiraciones deben ser modestas, especialmente en la intervención y en la imposición de medidas, debido a que las infracciones o delitos cometidos por la mayoría de los jóvenes son en muchos casos “episodios” de una delincuencia juvenil y corresponden a conductas generalmente insignificantes o de pequeña y mediana criminalidad.

Los principios que rigen al derecho penal de adulto son los de Oficialidad, Oficiosidad, Legalidad, Verdad real o material, Inviolabilidad de la defensa, etc., afirmamos que estos mismos principios son los que fundamentan la Ley Penal Juvenil. Ambos procedimientos poseen tres etapas a desarrollar aunque con diferente nombre: Actos Iniciales – Instrucción y Sentencia, en Menores las etapas

son Fase Preparatoria – Fase Intermedia y el Juicio después de la cual en ambos procede la fase impugnativa y luego la ejecución de la sentencia.

Veamos que La Fiscalía General de la República es indicada, en ambos casos, para iniciar la acción, aunque en el caso de los adultos no es la única, puede iniciarse a instancia particular. Los dos procesos están revestidos de garantías, pues tienen que nivelar al imputado con la fuerza punitiva del Estado.

Internamiento como Última Ratio

La privación de libertad, ya sea como pena de prisión para un adulto o como medida de internamiento para un menor en conflicto con la ley, supone la cesación de algunos derechos, entre ellos el de la libertad de movimiento. Pero la trascendencia que se le otorga en ambos hace diferencia importante.

En el caso de los adultos la pena de prisión es una pena de carácter principal, tal como lo establece el art. 45 núm. 1 CPn.; es decir, que su aplicación es casi indistinta en los diferentes delitos siempre y cuando el acusado sea encontrado culpable del hecho que se le imputa. Esta pena puede oscilar de seis meses hasta los setenta y cinco años. El art. 47 CPn., define a la pena de prisión como “una limitación a la libertad ambulatoria de la persona, cuya magnitud dependerá del régimen de cumplimiento”. En el caso del Derecho de Menores es distinto, ya que el art. 8 LPJ,³⁹ establece una diversidad de medidas que pueden ser aplicadas a los menores en conflicto con la ley, las cuales poseen un fin socioeducativo y el Juez debe aplicar la que considere más adecuada y oportuna para beneficio del menor.

³⁹ Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004 – Artículo 8 “El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y apoyo socio familiar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento”-

Estas medidas son sanciones restrictivas de derechos que el Estado aplica en forma coactiva por lo que se permite ubicarlos dentro del derecho penal; pero su contenido, carácter y finalidad es distinto a las la privación de libertad, ya sea como pena de prisión para un adulto o como medida de internamiento para un menor en conflicto con la ley, supone la cesación de algunos derechos, entre ellos el de la libertad de movimiento. Podemos mencionarlas de la siguiente forma:

- a) Orientación y apoyo socio familiar;
- b) Amonestación;
- c) Imposición de reglas de conducta;
- d) Servicios a la comunidad;
- e) Libertad asistida;
- f) Internamiento.

Es así que bajo esta concepción, no se habla de penas, pero sí de sanciones o también medidas de responsabilidad, que a la larga son el constitutivo de una pena, con la variante de que llevan implícito un fin puramente reeducativo o resocializante, desarrollando el sentido de responsabilidad, por lo que son consideradas como sanciones negativas impuestas a los menores infractores como consecuencia de la realización de un hecho delictivo, con diferente contenido, carácter y finalidad de las sanciones penales establecidas para adultos”⁴⁰

Dentro de esta variedad de medidas se encuentra la de internamiento, la cual es una medida de aplicación excepcional debido a que posee de manera inherente a ella el

⁴⁰Campos Ventura, Oscar Alirio y otros. “Justicia Penal de Menores”, San Salvador, Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, 1998, pág. 153. bajo esta concepción, no se habla de sanciones, pero sí de medidas de responsabilidad, que a la larga son el constitutivo de una sanción, con la variante de que llevan implícito un fin puramente reeducativo o resocializante, desarrollando el sentido de responsabilidad, por lo que son consideradas como sanciones negativas impuestas a los menores infractores

carácter de “ultima ratio”; es decir, que su aplicación se realiza como última medida y por el menor tiempo posible.

La característica de “última ratio” de la medida de internamiento en materia de menores es tan importante y fundamental que se encuentra contemplada no sólo en los cuerpos normativos nacionales, sino también en los internacionales.

CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA, SEGÚN ARTÍCULO 63 DEL CÓDIGO PENAL ASOCIADO CON LA DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN EL PROCESO DE MENORES

La necesidad de la individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de discrecionalidad del Juez, sino que es la aplicación del derecho, esto significa que este fundamentada en criterios racionales y explícitos. El Juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor sino que los parámetros que utilice deben de ser elaborados del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias a partir de la interpretación sistemática.

El deber del Juez de fundamentar la sentencia alcanza no solo la imputación del hecho, sino también a la pena, existe un cierto acuerdo en cuanto a que el Juez debe de dar las razones que a afirmar la necesidad de una determinada pena (Art. 95 LPJ)⁴¹. Sin embargo los alcances de este deber de fundamentación, no se encuentran

⁴¹ Artículo 94 y 95 de la Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004.- Concluida la vista de la causa, con base en los hechos probados, en la existencia del hecho o en su atipicidad, en la auditoría o participación del menor, en la existencia o inexistencia de causales excluyentes de responsabilidad, en las circunstancias y gravedad del hecho y en el grado de responsabilidad, el Juez en forma breve y motivada deberá resolver según el caso:

a) Si se tratare de un menor cuya edad se encontrare comprendida entre los dieciséis y dieciocho años :
1° Declarar absuelto al menor, dejar sin efecto la medida provisional impuesta y archivar definitivamente el expediente;
2° Declarar responsable al menor, aplicarle una o varias medidas con determinación específica de cada una de ellas, así como su duración, finalidad y las condiciones en que debe ser cumplida; y,

nada claros, y los requisitos no aparecen ser demasiados estrictos; los criterios utilizados para decidir la pena suelen ser descritos en sentencias en forma vaga con escasa referencia al caso concreto y en algunos casos se considera suficiente la mera afirmación de haber tomado en cuenta las pautas establecidas en los Art. 62 y 63 del Código Penal Salvadoreño. No pocas veces queda sin aclarar cómo influyen algunos de los factores en los que se apoya la pena; de la lectura de la sentencia no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena.

NECESIDAD DE UN LÍMITE NORMATIVO – CRITICO AL ARTÍCULO 62 DEL CÓDIGO PENAL

En el ámbito del Derecho Penal, resulta esencial la necesidad de un límite normativo respecto a la determinación de la pena y/o medida, es decir, que la ley expresamente establezca la pena a imponer a un delito y un límite mínimo y máximo para la misma; esto con la finalidad de no violentar principios como el de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, pues de lo contrario se estarían irrespetando los derechos consagrados en los cuerpos legales que les son inherentes a las personas condenadas por un delito o falta y/o medida. La regulación de un límite mínimo y máximo de la pena al declarar a una persona culpable de un hecho delictivo lo encontramos en el art. 62 CPn.,⁴² ; el contenido del artículo antes citado

b) Si se tratare de un menor cuya edad se encontrare comprendida entre los doce y dieciséis años de edad:

1° Declarar que no está establecida la conducta antisocial del menor, dejar sin efecto las medidas provisionales impuestas si las hubiere y archivar definitivamente el expediente; o,

2° Declarar que está establecida la conducta antisocial del menor, imponerle cualesquiera de las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o algunas de las contempladas en esta Ley, con determinación específica de cada una de ellas, así como de su duración, finalidad y las condiciones en que debe ser cumplida.

⁴² Artículo 63 Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997. Son punibles los delitos consumados y en grado de tentativa. Las faltas sólo serán sancionadas si son consumadas. El juez fijará la medida de la pena que debe imponerse, sin pasar de los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para

está en armonía con los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución y los instrumentos legales nacionales e internacionales, pues clasifica la calidad de los delitos (consumados y en grado de tentativa); manda al juez a fijar la pena a imponerse pero a su vez lo limita de forma clara a no sobrepasar los techos mínimos y máximos señalados para cada delito, respetando así el principio de proporcionalidad. Respecto de la sentencia, al sugerir que ésta sea razonada y motivada se está cumpliendo con el principio de proporcionalidad, legalidad y necesidad de la pena; por último, el no sobrepasar el límite máximo de la pena de prisión que establece la ley, esto es referente a la posibilidad de que concurran los concursos de delitos, con los cuales la pena aumenta o disminuye, según el caso.

Es por todo lo anterior que más que una crítica al contenido del art. 62 CPn., debe hacerse una crítica a la interpretación y aplicación que se hace de dicha disposición, especialmente en materia de menores, debido al principio de supletoriedad que en esta materia se hace del Código Penal.

En el caso de los adultos “por imperativo de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, para el juez están previamente determinados en la mayoría de los casos la clase y cuantía de la pena, para después llevar a cabo una individualización judicial dentro de unos límites legales resultantes de cada hecho y sujeto concretos, pero considerando que el arbitrio judicial se ejerce teniendo en cuenta criterios que el propio legislador señala”. En este sentido al juez no le resulta un problema o posibilidad de equívoco al interpretar y aplicar esta disposición, ya

cada delito y, al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la sanción impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad.

En los casos expresamente previstos en este Código, podrán excederse los límites de la pena fijada por la ley para cada delito. En ningún caso podrá sobrepasar el máximo de la pena de prisión que la ley determina”.

que la misma normativa penal desde cierta óptica le simplifica el trabajo al indicarle de forma expresa la penalidad y el quantum mínimo y máximo de cada delito, proporcionándole así un “espacio limitado de juego” para determinar la pena de acuerdo a la individualización y principio de proporcionalidad, ayudado también por los criterios para la determinación de la misma (art. 63 CPn.).

La situación de los menores en conflicto con la ley frente a las disposiciones contenidas en la Ley Penal Juvenil y el Código Penal por aplicación supletoria es distinta respecto a la individualización judicial de las medidas decretadas a los menores que han cometido delitos; esto es “a la actividad que realiza el Juez de Menores para determinar cuál medida impondrá y por cuánto tiempo”⁴³.

La aplicación del art. 62 CPn., es totalmente diferente en el caso de menores pues es el Juez de Menores el encargado de determinar la medida y existe un límite máximo pero no un límite mínimo para la misma, especialmente en la aplicación de la medida de internamiento, surgiendo así un problema en la individualización de la misma.

Las disposiciones en cuestión son el art. 17 inc 1 LPJ⁴⁴ y el art.15 inc. 4 LPJ⁴⁵; Estas dos normas a simple vista pueden parecer contradictorias, pero no lo son, pues el punto es que no se analiza con detenimiento su contenido, lo que lleva al Juez de

⁴³Trejo Escobar, Miguel Alberto. Separata “Aproximación a la dogmática de la individualización judicial

de la medida de internamiento”, pág. 1. “...me parece confuso, por no decir arbitrario, en su aplicación práctica. Tal confusión obedece al empleo unidireccional de un criterio interpretativo estrictamente legalista que reina en la praxis de esta especial parcela de la jurisdicción”.

⁴⁴ Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004, Artículo 17 inc. 1 “La duración de las medidas no excederá de cinco años, salvo lo dispuesto para los menores que hubieran cumplido dieciséis años al momento de la comisión del hecho”.

⁴⁵ Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004 Artículo 15 inc. 4 “Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. En ningún caso la medida podrá exceder de siete años”.

Menores a aplicarlas literalmente sin darse cuenta de la discrecionalidad de actuación que ellas le proporcionan en dos momentos importantes al dictar sentencia a los menores:

- 1) El momento de la individualización judicial de la medida y;
- 2) El tiempo de duración de ésta, basado en la culpabilidad y proporcionalidad del delito cometido y en los límites mínimos y máximo dentro de los cuales puede moverse.

Respecto del primer punto, la individualización judicial se refiere a que “es el Juez quien asume la tarea de fijar la medida de la sanción que impondrá en el caso concreto, en base al desvalor del hecho realizado por el autor y en proporción a su culpabilidad”. Esto hace alusión al hecho de que el Juez de Menores es el responsable de aplicar la medida que considere más adecuada a un menor que ha sido declarado responsable penalmente (arts. 8, 9, 42 lit. c) y 95 LPJ), es decir, que se refiere a la “elección de índole cualitativa sobre la base de la necesidad e idoneidad de la medida”, que debe hacer el Juez y es aquí donde puede observarse la discrecionalidad de que goza éste para imponer la medida.

Si el Juez de Menores establece – basado en los criterios para la determinación de la pena (art. 63 CPN.), en los principios consagrados en otros instrumentos legales y toma en cuenta aspectos como los grados de participación, por ejemplo- que el menor es responsable (culpabilidad) de un delito y que la medida más oportuna es el internamiento, es aquí donde entra en discusión la duración de ésta, la cual debe ser por el menor tiempo posible.

Ahora, el segundo momento es el de la “delimitación cuantitativa”, es decir, determinar el *quantum* de la medida de manera proporcional a la culpabilidad del menor dentro de los límites establecidos por la ley. Pero es el caso que la LPJ

establece límites máximos pero no mínimos, esto dependiendo de la disposición que se aplique y que puede explicarse así: El art. 17 inc. 1 LPJ, establece que cualquiera que sea la medida impuesta a un menor no puede exceder los cinco años, incluso el internamiento; pero este límite sólo se aplica a aquellos jóvenes que al momento de cometer el delito fueran menores de dieciséis años. Diferente es lo que rige el art. 15 inc. 4 LPJ, al hacer referencia únicamente a la medida de internamiento para los jóvenes mayores de dieciséis años, cambiando su límite máximo a siete años; ofreciendo además una operación aritmética basada en los límites mínimos y máximos establecidos en la legislación penal para cada delito (Art. 62 CPn.). De todo lo anterior podemos observar que ninguna de las dos disposiciones establece o siquiera menciona un límite mínimo preciso, y es en este punto donde la discrecionalidad del Juez de Menores puede marcar la diferencia, pues “el sistema adoptado por la LPJ en cuanto a la imposición de las medidas es el del “libre espacio de juego”, pues, como se ha visto, no existe un límite mínimo aunque si un máximo”. En este punto de la actividad judicial, la “cómoda” aplicación de la operación aritmética y la falta de aplicación por parte de los Jueces de Menores, provocan que surja una complicación mayor: *Que el límite máximo se convierte en mínimo y el límite mínimo desaparece.* Esto debido a que el Juez al realizar la operación aritmética, su resultado “...o lo deja en el límite máximo de la medida de internamiento a imponer (siete años) o lo supera”, provocando con ello que aplique casi por regla general y sin distinción alguna el límite máximo, quebrantando por completo el principio de proporcionalidad, violentando los derechos que protegen a los menores en conflicto con la ley y, porque no señalarlo, entorpeciendo su futuro.

CAPITULO IV

RESULTADO DE LA INVESTIGACION DE CAMPO

ANÁLISIS DE ENTREVISTAS Y SENTENCIAS

Parte importante de la indagación sobre el tema es la investigación de campo, pues se logra recopilar además de información, importantes opiniones y experiencias en el diario actuar de los involucrados en el proceso de menores, tales como, los Jueces de Menores de San Salvador, quienes son los encargados de darle validez al principio en cuestión que se dedican especialmente en esta área.

Esta muestra de la población se ha tomado tratando de recoger puntos de vista de la Justicia Penal Juvenil. La parte más importante a la que fue dirigida esta investigación de campo fue a los y las Juezas de los Juzgados de Menores de San Salvador.

En este municipio se cuentan con cuatro Juzgados de Menores, de los cuales solo pudimos acceder a la opinión e información de tres de ellas, pues según las políticas administrativas del Juzgado Segundo de Menores, no brindan información, no contestan ningún tipo de encuesta, o reciben entrevistas bajo ninguna circunstancia, (por lo menos, no por razones didácticas o de investigación). El objetivo de dirigir una entrevista a las aplicadores del derecho de menores, era obtener información veraz acerca de los criterios que cada uno utiliza en sus Juzgados al momento de impartir justicia, por lo que en principio preguntamos cuáles eran los criterios más generales que utilizan al momento de imponer una medida, los Juzgadores concordaron que es necesario tomar en cuenta la penalidad y gravedad del delito, así como la necesidad de la medida y la proporcionalidad, aduciendo que cada uno de estos parámetros debe de ir de la mano al momento de determinar una medida en cada caso en específico.

Para ellos es muy importante resaltar el papel del Principio de Proporcionalidad al momento de imponer una medida, ya que es éste el que consideramos que más se vulnera al momento de imponer una medida. Según los entrevistados ciertamente juega un papel determinante pues coinciden en que es un principio de carácter universal, pues éste consagra que la medida debe de ser acorde a la gravedad del hecho cometido, la necesidad de la sociedad y del menor en conflicto con la ley penal; que como ellos opinan, es un principio que está regulado en las normativas internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, y no así en las normativas salvadoreñas.

Al mismo tiempo se realizan entrevistas a los Juzgadores sobre cuáles eran los criterios que utilizan al imponer una medida, y si utilizaban los que brinda el Código Penal en su Art. 63, que son los criterios mínimos a tomar en cuenta según los legisladores, a lo cual obtuvimos respuestas diferentes.

Uno respondió que efectivamente toma en cuenta la existencia del daño y del peligro efectivo provocados; la calidad de los motivos que impulsaron el hecho; la mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho; la circunstancias que rodean el hecho y en especial, las económicas, sociales y culturales; y las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales; todo y cada uno de ellos los valora en conjunto, en cambio, en el otro extremo de la entrevista respondieron que no valoran ninguno de ellos, lo que valoran son los *“criterios asociados a las circunstancias particulares del procesado”*, de los cual podemos concluir que el Juzgador valora otras circunstancias que no están en la ley, porque nos queda la duda de cuáles son los criterios a valorar y cuál es la base jurídica que los sustenta. Es importante establecer entonces cuales son los aspectos personales del menor que toman en cuenta al momento de establecer una medida, por lo que uno de ellos

respondió que lo que toma en cuenta es si pertenece a pandillas, si es adicto a drogas, si realiza o no a alguna actividad laboral, que nivel de escolaridad tiene, si abandonó la escuela o si continua sus estudios; mientras que el otro respondió que valora *“las circunstancias más integrales que aborda el estudio psicosocial”*, que según la opinión de este juzgador, es necesario evaluar muchos aspectos y se necesita tener la opinión de expertos para sustentar la resolución.

Respecto de la legislación que aplican al momento de imponer la medida, los Juzgadores coincidieron en que aplican la Ley Penal Juvenil y el Código Penal y en otros, la Convención de los Derechos del Niño; a diferencia de una de ellas que aplica las Reglas de Beijing.

Otra de las interrogantes planteadas es acerca de los factores determinantes al momento de imponer el quantum de la medida y sobre los grados de responsabilidad que valoran, siendo que todos los juzgadores creen importante tomar en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes según el caso que estén conociendo, en cuanto a los grados de responsabilidad uno de ellos contestó que debe esclarecer que clase de autor es, si es directo o si es coautor, mientras que la otra contestó que *“no son circunstancias a valorar para imponer el límite máximo de la medida”*.

En cuanto a los límites mínimos y máximos de las medidas, todos están de acuerdo en que se debe de revisar la Ley Penal Juvenil, uno de ellos se extiende un poco más y cree que el quantum está determinado por las circunstancias en que se realizó el hecho y las circunstancias personales del menor.

Por tanto, preguntamos que si de alguna manera las reformas hechas al Código Penal afectaban el establecimiento del quantum de la medida y ambos estuvieron de acuerdo en que muy poco. En la misma entrevista les pedimos que nos

proporcionaran una propuesta para evitar que el techo máximo de las medidas se convierta en uno sólo, y que el techo mínimo desaparezca. Uno de los Juzgadores sugirió que deberían de establecerse penas específicas para menores en los diferentes delitos, además de ello, debería de existir a su juicio uniformidad en criterios de los Jueces y Juezas para imponer la medida de internamiento. La otra Juez fue un poco más conservadora, ya que lo que ella sugiere es que se reforme el Art. 15 de la Ley Penal Juvenil, en el *“sentido que desaparezca el techo máximo y las penas sean reducidas a la mitad de las que se les impone a los adultos”*. Haciendo una recopilación objetiva de toda la información, podemos observar cómo es que los Juzgadores del derecho de menores tienen diferentes puntos de vista para aplicar el derecho.

RESULTADO DE LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

En el estudio de las sentencias, los resultados obtenidos respecto al análisis que realizan los Juzgadores de Menores de los límites mínimos y máximos de las medidas que imponen, estos fueron los siguientes:

Máximo	0
Minino	0
Sólo máximo	3
Ambos	7
TOTALES	10

A tres de los menores procesados se les impuso el techo máximo, es decir, 7 años de internamiento (lo que concuerda con las respuestas emitidas por las población entrevistada), esto porque cometieron delitos que en nuestro Código Penal son

castigados con penas considerablemente altas, como por ejemplo, el homicidio agravado, que es sancionado de 30 a 50 años de prisión. En materia de menores, al hacer uso de la aritmética penal, el tiempo oscilaría entre la mitad del máximo y la mitad del mínimo de la pena establecida en el C. Pn., dando como resultado de 15 a 25 años de internamiento. Pero es en este punto donde la legislación ha limitado el que se impongan este tipo de sanciones, estableciendo como techo máximo los 7 años para la medida de internamiento, que en el caso expuesto, el límite mínimo son 15 años, sobrepasando el límite máximo permitido en menores, convirtiéndose así, en techo mínimo.

Esto nos da como resultado que el límite mínimo desaparece a causa de la ya mencionada aritmética penal. De igual forma sucede con los menores que son declarados de conducta antisocial, a los que se les impone la pena máxima que son 5 años. Al resto de menores se les imponen diversos rangos de tiempos variados, entre los que encontramos medidas de internamiento que oscilan entre los 6 meses y los 6 años. Ahora, en relación a la legislación Nacional que toma en cuenta el Juez o Jueza de Menores para imponer la Medida de Internamiento, el análisis de las sentencias obtenidas y analizadas de la de nuestro Órgano Judicial se observación las siguientes características:

LPJ	0
C. Pr. Pn.	0
C. Pn.	0
Todas las anteriores	4
Todas las anteriores y otras	6
TOTALES	10

Este tema adquiere un gran valor, ya que el Juez o Jueza al emitir su sentencia, que es donde establece la medida de internamiento, debería de motivarla (art. 95 de LPJ)

La normativa aplicada que se menciona en todas las sentencias es la Ley Penal Juvenil, el Código Procesal Penal y el Código Penal, pero es de hacer notar que de ellas sólo se limitan a mencionar artículos, sin hacer un esfuerzo por explicar por qué razón se está aplicando cada una de ellas.

Pero no sólo las normativas anteriores son las que se aplican, ya que en algunas de las sentencia se mencionan otros cuerpos legales, como por ejemplo, la Constitución, La Convención de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, Código de Familia, entre otras; pero igual que las anteriores, solo se hace mención de las disposiciones sin explicarlas. Esto contradice la opinión emitida en la entrevista, ya que para ellos la LPJ es la normativa aplicada exclusivamente.

Al respecto hay que destacar que consideramos que lo ideal sería que aplicaran en mayor número de sentencias los tratados y leyes internacionales sobre menores, ya que establecen los principios y derechos que los protegen y sugieren los procedimientos a seguir cuando se impone la medida de internamiento a los menores.

También, se consideró preguntar a los Jueces y las Juezas de Menores si emiten resoluciones motivadas como lo establece el artículo 95 de la ley Penal Juvenil y el 62 del Código Penal, ya que la motivación de la medida en casi todas las sentencias analizadas se limita a únicamente mencionar las disposiciones de las legislaciones aplicadas, así como los fines que se persiguen con tal medida, que en su mayoría están dirigidos a la atención psicológica, escolar y vocacional y de orientación familiar.

Esto ayuda a concluir que las sentencias carecen de una verdadera explicación del porqué se decreta tal o cual medida, siendo que, es una obligación del Juzgador el fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, ya que ésta debe ser motivada según el art. 95 LPJ, y supletoriamente se puede retomar el art. 357 C. Pr. Pn., el cual enumera los requisitos que debe cumplir toda sentencia de carácter penal.

Ninguno de los juzgadores fundamenta la resolución amparándose o no en el principio del interés superior del menor, como debiera ser.

Otros aspectos analizados en la sentencia son:

Procedencia de las sentencias de los Juzgados de Menores de San Salvador

Juzgado de Menores	Total de Sentencias
1° de Menores	3
2° de Menores	3
3° de Menores	3
4° de Menores	1
Totales	Totales 10

De todas las sentencias analizadas tenemos un total de 10 menores procesados.

Generalidades de los menores en conflicto con la ley penal

Sexo

Masculino	10
Femenino	0

Edad

14	0
15	3
16	5
17	2
Total	10

Escolaridad

Primer Ciclo (1°, 2° y 3° grado)	0
Segundo Ciclo (4°, 5° y 6° grado)	10
Tercer ciclo (7°, 8° y 9° grado)	0
Bachillerato	0
nunca asistieron a la escuela	0
No consta en sentencia	0
TOTALES	10

Se analizaron sentencias de los diferentes Juzgados de Menores de San Salvador, tal como se refleja en el primer cuadro. De los 10 menores procesados en dichas sentencias, éstos son todos de sexo masculino, así mismo, éstos comprenden las edades entre los 15 a los 17 años al momento de cometer el hecho tipificado como delito. En lo que concierne a la escolaridad de los menores, la mayoría de ellos refleja un proceso escolar deficiente y con falta de continuidad, ya que de los 10 menores, llegaron hasta sexto grado máximo; lo que indica que sus conocimientos

básicos son limitados en relación a su edad cronológica. Otro aspecto a destacar es que no sólo no asisten a un centro educativo, sino que la mayoría de ellos no tiene un trabajo estable y pocos son los que se dedican a realizar algún tipo de actividad como labores agrícolas, ventas ambulantes, jornaleros etc.

Clase de delito	Cantidad
Extorsión	1
Homicidio agravado	3
Portación ilegal de arma de fuego casera o artesanal	1
Tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego	1
Violación en menor o incapaz	1
Robo agravado	1
Posesión y tenencia de drogas	2
TOTAL	10

Generalidad de los delitos

Tipo de hecho	Cantidad
Consumado	10
Imperfecto o tentado	0
Total	10

Grados de responsabilidad

Autor directo	6
Coautor	3
Autor indirecto	0
Instigadores	0
Cómplice necesario	0
Cómplice no necesario	1
Total	10

Circunstancias que Modifican la responsabilidad penal

Agravantes	4
Atenuantes	0
Excluyentes de Responsabilidad	0
No se modifica la responsabilidad penal	0
Total	10

En lo que se refiere a los delitos cometidos por los menores, existe una alta tendencia a aquellos que implican la lesión del bien jurídico de la vida, ya que el delito de homicidio agravado fue el que en su mayoría llevaron a cabo los menores con un total de 3 casos.

Asimismo, podemos observar que el grado de participación de los menores en la comisión de los ilícitos es en calidad de autor directo, con un número de 6 menores procesados. Sólo 3 de ellos participaron en los hechos en calidad de coautores y cómplices no necesarios uno.

Es importante señalar que en ningún caso se presentaron atenuantes que valorar.

ESTUDIO PSICOSOCIAL

Conclusiones del Estudio Psicosocial

Las conclusiones generales que expresan los estudios psicosociales, se refieren en su mayoría a las condiciones y ambientes familiares en las que se han desarrollado los menores, por ejemplo, si existe ausencia de los padres, quien es su responsable, que la mayoría de las familias son disfuncionales, el estado en el que se encuentran las relaciones familiares, etc.

Asimismo evalúan las conductas personales de los menores en su entorno, los cuales con frecuencia presentan caracteres agresivos, impulsivos, con baja autoestima, no reconocen figuras de autoridad, etc., influyendo esto en la deserción escolar de la mayoría de ellos.

En casos particulares, y en ciertos delitos como por ejemplo el de violaciones, se evalúan las conductas sexuales que presentan los menores, concluyendo que no poseen o no han desarrollado una madurez sexual.

Determinación de la Medida recomendada por el Estudio psicosocial

Orientación y apoyo socio familiar	0
Amonestación	0
Imposición de reglas de conducta	1
Servicio de la comunidad	0
Libertad asistida	1
Internamiento	8
Otras	0
No sugiere ninguna medida	1
TOTAL	10

En la mayoría de casos, no se dan recomendaciones o sugerencias que puedan ayudar al mejoramiento de la conducta del menor, por el contrario sólo se establece que tipo de medida se le debe imponer. En los pocos casos en que si se recomiendan actividades que ayuden al menor a rectificar su comportamiento, se sugirió que sus responsables enfrenten problemas con drogas y que se informe al Juzgado sobre la condición del menor; asimismo que éste aprenda un oficio continuando con sus estudios y, aunado a ello, que se brinde atención psicológica.

Dentro de las medidas recomendadas por el estudio psicosocial, tenemos que en mayor escala se sugiere el internamiento, En conclusión, se ha observado que en

casi todos los estudios psicosociales no recomiendan ninguna medida a imponer al menor y si la recomiendan, es la medida de internamiento.

VALORACION JURIDICA DE LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

La valoración jurídica implica que se analice las normas jurídicas con los hechos formalmente probados, es decir hay que subsumir el hecho acreditado a la norma sustantiva que se considera aplicable o manifestando la negativa y además, según el caso indicado, la medida a imponer.

VIOLACION EN MENOR E INCAPAZ.

Antecedentes: Menor de 17 años

Delito de violación en menor o incapaz tipificado y sancionado en el artículo 159 del código penal.

“El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de diez a catorce años. Quien mediante engaño coloque en estado de inconciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero”

En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Reconocimiento de genitales del menor:
2. Peritaje psicológico practicado al niño víctima.
3. Certificación de partida de nacimiento.
4. Peritaje social practicado al niño víctima.

5. Declaración del niño víctima.
6. Prueba testimonial de cargo
7. Croquis del lugar y álbum fotográfico.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

1. No prueba de descargo.

Los elementos del tipo son:

Elemento subjetivo como lo es el Dolo, o más bien que el inculpado o agente activo posea la conciencia y voluntad de tener el acceso carnal y tener la capacidad de conocer cuáles son las consecuencias de su acto.

Elementos objetivos: Que se haya realizado acceso carnal por vía vaginal o anal, o sea realizar penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona ya sea hombre o mujer, ya sea por vía vaginal o anal, y

Que la víctima sea menor de doce años de edad, o se aproveche el sujeto activo de la enajenación mental de la víctima o de su estado de inconciencia o de la capacidad de resistir. Siempre y cuando se encuentre bajo cualquiera de los estados antes descritos.

De la prueba inmediada por la Juzgadora, esta considera que efectivamente se cuentan con los elementos y medios de prueba suficientes para tener por establecido el ilícito penal de Violación en menor o incapaz, en virtud que al determinarse en el dictamen forense de genitales, que la Laceración y equimosis que el niño presenta en la mucosa anal, es reciente y que pudo haber producida por un objeto contuso entre los que podría contemplarse un pene en erección, aunado a ello de forma lógica y congruente con dicha pericia, la declaración del niño víctima, le introdujo el pene en la parte de atrás refiriéndose al ano; así mismo con el

peritaje psicológico practicado al niño víctima, efectivamente ha determinado que el presenta las características de un niño víctima de abuso sexual que por la coincidencia entre lo dicho por este y su comportamiento, puede determinar que su dicho es confiable, aunado al peritaje social practicado, el cual permite establecer el ámbito social donde se ha desarrollado el niño víctima, así como también se ha incluido la certificación de su partida de nacimiento del menor.

En cuanto al elemento subjetivo, el juez valoro que por cómo sucedieron los hechos y las circunstancias, el hechor ha tenido conocimiento del ilícito penal así también de las consecuencias jurídicas del mismo, evidenciándose así el dolo.

La participación del inculpado en la actividad ilícita se hace mediante la prueba testimonial de cargo, de varias personas si bien es cierto no presenciaron directamente el cometimiento del hecho, vinculan al inculpado con el mismo, en cuanto a tiempo, lugar y circunstancia. De tal manera que prevé partir de un hecho conocido que es el señalamiento que hace el niño víctima en dicha sentencia en la cual, el expresa de que el joven" _____"lo llevo hacia la bajada del rio o de la quebrada y ahí cometió el ilícito en cuestión.

La valoración de la prueba testimonial por parte de la juzgadora es lo que determina la responsabilidad del menor inculpado en el cometimiento del ilícito, ya que la jueza reconoce lo reprochable en que convierte esta clase de hechos. En dicha sentencia no todo es prueba directa, pero es necesario notar que el niño víctima fue presentado en calidad de víctima, la juzgadora también hizo uso del principio de libertad probatoria en cuando a hacer uso de la prueba indirecta para llegar a la verdad procesal, es de considerar también que por el tipo de delito es difícil exigir prueba directa ya que el agente activo del delito no va a buscar.

La jueza hizo uso de conceptos y definiciones para establecer la amplitud del término de abuso sexual, usando la información de la organización mundial de la salud. En dicha sentencia, no se brindó la explicación punto por punto o de forma detallada en cuanto al cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, simplemente fue una explicación vaga de ello, tampoco hubo valoración en cuanto a grado de ejecución, grado de participación, o si existían o no excluyentes de responsabilidad ni circunstancias agravantes o atenuantes. No hay agravantes más que las mismas del tipo, es decir que sea cometido en una persona menor de doce años, tampoco hay atenuantes de responsabilidad. En cuanto al estudio psicosocial, solamente se remite a hacer recomendaciones en cuanto a reglas de conducta para el menor y asistencia social para él.

La jueza al final resuelve declarando responsable al joven por el delito de violación a menor o incapaz. Haciendo uso de la aritmética jurídica en cuanto a que el delito para adultos es sancionado de 10 a 14 años de prisión, y de conformidad a la normativa de menores tendría un mínimo de 5 años y un máximo de 7.

Por lo que la jueza impone 2 años de internamiento y 2 años de libertad asistida y de orientación y apoyo socio familiar.

PORTACION ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO CASEROS O ARTESANALES.

Antecedentes:

Menor de 15 años

Delito de Portación ilegal de armas de fuego caseros o artesanales que está tipificado y sancionado en el artículo 346-A del Código Penal, en contra de la Paz Pública. “El que de manera ilegítima fabricare, portare, tuviere o comerciare armas de fuego o explosivos caseros o artesanales tales como tabucos, escopetas o

aquellas que mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central impulsen proyectiles a través de un cañón de lámina lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de material explosivos, sólidos, pólvora u otro material inflamable contenido en los cartuchos será sancionado con prisión de cuatro a ocho años”

Es la seguridad colectiva la que es puesta en peligro cuando los instrumentos aquí mencionados que tienen la específica finalidad de herir o matar, están en poder de personas al margen de la regulación o control estatal. En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal que desfiló en la audiencia tenemos:

1. Experticia técnico en explosivos
2. Declaración de testigos.\ testigo ocular

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

1. No prueba de descargo.

Los elementos del tipo:

Subjetivos: Dolo o la intención de realizar la acción; que consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo el delito, que la portación de tal objeto no está permitida, y aun así querer portar aquel objeto.

Objetivos: El hecho de portar ilegalmente un arma de fuego, y a esto aunarle el hecho que sea de fabricación artesanal.

En dicha sentencia se analizaron ambos elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo penal, tenemos en primer lugar que en cuanto a la portación, basándose en la prueba testimonial, quedó comprobado para el juez que al momento de suceder

los hechos el menor portaba el arma, y que cuando vio la presencia policial, trato de huir y aventó el arma. , lo cual fue corroborado con los testigos, además esa portación debe ser ilegal, y en el caso concreto, esta arma no estaba autorizada por la ley, y por último es necesario que el arma haya sido laborado de forma artesanal, o casera lo cual quedo demostrado en la experticia practicada; y en cuanto al elemento subjetivo del dolo, en este caso, el menor tenía conocimiento del tipo de arma que portaba prohibido por la ley. En cuanto al elemento ilegal, se explicó que obviamente no está autorizada por la ley, y es porque la portación de tales armas es prohibido lógicamente por el peligro que representa.

De igual forma, quedo demostrado en la experticia que el arma usada en este hecho es de fabricación artesanal, incluso pueden causar la muerte. El dolo por consiguiente, consistió en el conocimiento por parte del menor o sujeto activo del delito, que la portación de tal objeto no está permitida, y aun así la portaba. La existencia de la infracción penal por parte de la juzgadora queda totalmente acreditada con la ratificación de la experticia realizada por el técnico en explosivos, el cual indica, la formación, utilización y funcionamiento del arma casera.

Incluso el juez hizo uso de la doctrina para apoyarse en cuanto a la figura de la tenencia y tener o dejar más en claro que no es necesaria la figura de la tenencia en sentido estricto, o que se llegue a ocupar el arma, sino que basta con que porte el arma que sea idónea para disparar, no importando si se disparo o no. En la sentencia se tomó en cuenta la gravedad de los hechos y la excluyente de responsabilidad, explicando que el delito es grave por ser sancionado con más de tres años porque atenta contra la paz pública, y aunque en el presente caso el arma no fue disparada por el menor, pero si la portaba, y eso ocasiona un peligro latente, pues cualquier persona reacciona con temor al ver a otra persona que manipula esta clase de objetos.

Agregando a esto que dicha arma, según estudio realizado también podía causar la muerte, por lo que al portarla el menor no solo estaba poniendo en peligro la vida de los demás sino también la de él.

En cuanto a la participación o autoría del menor en dicha sentencia, solamente se consideró que según la prueba vertida con cada uno de los testimonios ofrecidos por la fiscalía, dejó sin duda al juez en cuanto a que el autor material y directo del ilícito penal es el menor. Si es importante destacar que en un apartado amplio se justificó la medida a imponer, justificando dicha decisión en el principio del interés superior del menor y considerando las recomendaciones hechas por los especialistas del juzgado, donde se observaron características conductuales del menor. Incluso en este apartado se hizo uso de la doctrina para justificar la medida de libertad asistida, como una de las mejores medidas para la solución de la mayoría de menores que infringen la ley penal. No hubo valoración directa en cuanto del grado de ejecución ni a excluyentes de responsabilidad. En cuanto al estudio del equipo técnico, este valoró las circunstancias del menor en su ámbito social y su desarrollo en su psicológico y carácter, recomendando la medida de libertad asistida. La jueza al final resuelve declarando conducta antisocial al joven por el delito de portación ilegal de armas de fuego caseros o artesanales no haciendo uso de la aritmética jurídica en cuanto al máximo o mínimo de la sanción para el delito de adultos, sin embargo, se le impuso las medidas definitivas de libertad asistida y reglas de conducta por un año.

HOMICIDIO AGRAVADO

Antecedentes. Menor de 17 años de edad

El Homicidio Agravado está tipificado en los artículos 128 y 129 del Código Penal. “El que matare a otro será sancionado con prisión de 10 a 20 años.”

Art. 129 “se considera homicidio agravado el cometido por algunas de las circunstancias siguientes:

Numeral 7) por motivos abyectos o fútiles.

En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Prueba testimonial.
2. Pericial, reconocimiento médico legal
3. Resultado de autopsia.
4. Documental\inspección ocular del cadáver
5. Acta de reconocimiento de rueda de personas
6. Certificado de partida de defunción
7. Álbum fotográfico.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

1. Testigo.

En cuanto a la participación del menor, el juez baso sus razonamientos en las pruebas aportadas y en el reconocimiento en rueda de personas. En cuanto a causas que justifiquen la acción no se estableció ninguna en la sentencia, solo se mencionó que no se estableció en la sentencia. El elemento subjetivo es: Dolo o la intención de realizar la acción; las acciones típicas de portar o tener, requiere del sujeto activo que este tenga tanto el conocimiento El elemento objetivo es específicamente Matar a otra persona, no importando si lo lleva a cabo por acción u omisión, lo que interesa es el resultado, siempre que se compruebe el nexo de causalidad entre la acción u omisión con el resultado el cual consiste en la muerte de otra persona. Ambos elementos se probaron con la prueba de cargo ofrecida por la fiscalía. Y valorada en su conjunto por el juez.

Se hizo una valoración en cuanto a la agravante de artículo 129 numeral séptimo, ya que según la declaración de uno de los testigos, el motivo que impulso al sujeto activo para cometer un delito, fue la simple sospecha de que la víctima había llamado a la policía por lo cual habían sido detenidos unos amigos de aquel. , es decir que el motivo que indujo al homicida a realizar su acción, es lo que se califica de poca importancia o de nula entidad, que puede encuadrarse en motivos abyectos o fútiles.

El grado de responsabilidad y la gravedad del hecho En cuanto al estudio psicosocial, se recomendó la medida de internamiento.

La jueza al final resuelve declarando responsable al joven por el delito de homicidio agravado no haciendo uso de la aritmética jurídica en cuanto al máximo o mínimo de la sanción para el delito de adultos, sin embargo, se le impuso la medida de internamiento por 7 años, basándose en la gravedad del delito y las circunstancias en que se cometió.

TENENCIA, PORTACION O CONDUCCION DE ARMA DE FUEGO

Antecedentes: Menor 17 años de edad.

Delito tipificado y sancionado en el artículo 346-B del código penal.

“El que de manera ilegítima fabricare, portare, tuviere o comerciare armas de fuego o explosivos caseros o artesanales tales como tabucos, escopetas o aquellas que mediante el uso de cartuchos de percusión anular o central impulsen proyectiles a través de un cañón de lámina lisa o rayada, mediante la expansión de gases producidos por la combustión de material explosivos, sólidos, pólvora u otro material inflamable contenido en los cartuchos será sancionado con prisión de cuatro a ocho años”. En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Análisis balístico.
2. Declaración de los agentes.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

- Ninguna

Los elementos del tipo: Subjetivos: Dolo o la intención de realizar la acción; que consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo el delito, que la portación de tal objeto no está permitida, y aun así querer portar aquel objeto.

Objetivos: uno de los elementos es el de la portación, es decir que el sujeto debe andar bajo su dominio el arma, también se necesita que esta arma sea ilegal, obviamente que no se tenga el permiso de portarla.

En dicha sentencia no hubo una valoración de los elementos del tipo, ni objetivos ni subjetivos, solamente se logra establecer la existencia del delito mediante el análisis balístico practicado al decomiso incautado al menor, quien es su estudio, concluyo que el revolver se encuentra en buen estado, apto para efectuar disparos..

No se estudiaron los elementos del tipo penal, tampoco se valoró la gravedad del delito, tampoco si existía o no excluyentes de responsabilidad. Y para establecer la participación del menor en el hecho se basaron en la declaración que hicieron los agentes, quienes para la valoración del juez, fueron concordantes en su declaración en cuanto a tiempo, lugar y modo en que realizaron los hechos. En cuanto al estudio psicosocial, se recomendó la medida de internamiento, atendiendo a que el menor, presenta rasgos negativos en cuanto a carácter y desarrollo social y psicológico. En la sentencia el juez tomo en cuenta la aritmética penal. En cuanto a que el delito tiene una sanción d tres a cinco años por lo que en este caso al menor se le podría imponer la medida que oscilaría entre un año a seis meses a dos años seis meses.

Por tanto el juez falla declarando responsable al menor, imponiéndosele la medida de internamiento por seis meses y la medida de libertad asistida por un periodo de un año.

EXTORSION

Antecedentes: Menor de 16 años

Delito sancionado y tipificado el artículo 214 del código penal. “El que obligare o indujere a otro contra su voluntad a otro a realizar, tolerar u omitir, un acto o negocio en perjuicio de su patrimonio, actividad profesional o económica o de un tercero, independientemente del monto o perjuicio ocasionado, con el propósito de obtener provecho, utilidad, beneficio o ventaja para sí o para un tercero, será sancionado con prisión de diez a quince años”

En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Denuncia interpuesta por la víctima.
2. Declaración del testigo y ofendido

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa: Ninguna. Para establecer la participación del menor en los hechos se tomó en cuenta la declaración de cada uno de los testigos. Para establecer la existencia del ilícito penal atribuido al menor, se tomó en cuenta la denuncia interpuesta por la victima donde relata los hechos. Elementos del tipo: En cuanto al elemento subjetivo; la ley exige el dolo y además que concurra el ánimo de lucro. En cuanto a los elementos objetivos del tipo; que se obligue al sujeto pasivo a actuar de manera no querida por el, es decir que el sujeto pasivo no realizaría la acción sino fuera por esa intimidación. También que sea consumado, es decir que el sujeto pasivo realice la acción en cuanto a su disposición patrimonial, debe cumplirse también la realización de un acto o negocio jurídico y

este debe ser un negocio de carácter patrimonial, pudiendo ser tanto bienes muebles así como también pueden ser bienes inmuebles. Y en esta sentencia no se valoro ninguno de los elementos del tipo penal, ni objetivos ni subjetivos, sino más bien se tomó en cuenta la prueba vertida que hicieron cada uno de los testigos y la declaración de la víctima, estos elementos de prueba fueron los únicos que llevaron al juez a concluir que efectivamente el menor tenía conocimiento del hecho que se estaba realizando en contra de la víctima, y q además, según las declaraciones, el menor participo en labores de vigilancia en el momento exacto de la entrega y recolección del dinero producto de la extorsión, de allí que el juez toma en cuenta el grado de participación del menor, como cómplice no necesario, puesto q la ayuda que el brindo era prescindible y su falta de colaboración no hubiera incidido en la no realización del ilícito. Por lo tanto, al estar establecidos estos extremos, el juez procede a un juicio de reproche en contra del joven procesado, materializando este en la imposición de una medida. No tomando en cuenta, cada uno de los elementos del tipo, tampoco la antijuricidad, no mencionando la consumación del delito, agravantes o atenuantes, ni excluyentes de responsabilidad en el caso. El estudio psicosocial presento un estudio negativo de menor, el cual presenta conductas inadecuadas, y por sus condiciones desfavorables, hicieron al juez concluir al juez, que no es posible que el proceso reeducativo del joven se logre con medidas en medio abierto. Por lo tanto tomando en cuenta lo dicho por el estudio psicosocial el juez fallo, declarar responsable al menor como cómplice no necesario por el delito de extorsión por un periodo de dos años, no tomando en cuenta o mencionando la aritmética que debe aplicarse en materia de menores.

POSESION Y TENENCIA DE DROGAS

Antecedentes: Menor de 15 años. Delito tipificado y sancionado en el artículo 34 inciso segundo de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas. “El que

sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florescencia, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas, en cantidades menores de dos gramos, a que se refiera la ley, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si la posesión o tenencia fuere en cantidad de dos gramos o mayores a esta cantidad, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de tres a seis años. En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Decomiso incautado, dando como resultado: marihuana.
2. Declaración de agentes policiales.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

- Ninguna

En cuanto a los elementos del tipo:

- El elemento subjetivo es el dolo o la intención de realizar la acción; que consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo del delito, que la portación y tenencia de tales sustancias no está permitida, y aun así querer portarla.

En cuanto al elemento objetivo, que la sustancia, semilla o planta que se posea sea sin autorización legal, que sea semillas, hojas, florescencia, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas, y que según el inciso dos del artículo esta tenencia fuere en cantidad de dos gramos o mayores a esta cantidad. Ninguno de estos elementos fueron estudiados en dicha sentencia, ni mucho menos mencionados, solamente formaron parte de los datos recopilados en cada una de las declaraciones aportadas como prueba en el proceso, ya que se estableció la existencia del hecho con el decomiso respectivo efectuado al menor procesado, el cual dio positivo al análisis a marihuana, por lo tanto es un uso prohibido, adecuándose la conducta del menor a

lo establecido en artículo en comento de la infracción penal, para el caso el juez logro determinar la posesión y tenencia , ya que la declaración rendida por los agentes captores, donde se desprende que efectivamente e menor procesado ejerció actos de disposición sobre dicha sustancia, pues la llevaba en el zapato izquierdo. Por lo tanto con base nada más a estos elementos establecidos, el juez considera procedente emitir el juicio de reproche en contra del menor procesado, materializado a través de una medida definitiva.

En dicha sentencia se toma en cuenta que el delito por el cual está procesado el menor está sancionado con pena de tres a cinco años de prisión, por lo que al menor procesado podría corresponderle entre un año seis meses a tres años de internamiento. En cuanto al estudio proporcionado por el equipo especializado se consideró que el menor pertenecía a pandillas, y no se encontraron aspectos positivos en cuando a su carácter, personalidad y desarrollo psicológico, recomendando directamente la medida de internamiento. Tomando en cuenta nada más lo anterior, el juez falla declarar responsable al menor por el delito de tenencia de droga con la medida de internamiento por un periodo de seis meses y la medida de libertad asistida.

ROBO AGRAVADO

Antecedentes. Menor de 14 años de edad. Delito sanción en el artículo 212 n relación al artículo 213 numero 2) y 33 pn:“El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, se apoderare de cosa mueble, total o parcialmente ajena, sustrayéndola de quien la tuviere, mediante violencia en la persona, será sancionado con prisión de seis a diez años. “La violencia puede tener lugar antes del hecho para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o inmediatamente después para lograr el fin propuesto o la impunidad.”

En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal y que desfilo en la vista a causa tenemos:

1. Declaración del ofendido
2. Declaración de testigos.

En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

- Ninguna

En cuanto a los elementos del tipo: Los elementos objetivos son: el apoderarse de una cosa mueble, es decir, tomar un objeto de otra persona en forma ilegítima para tomar posesión de la misma como propietaria y por tanto ejercer la libre disposición del objeto. Segundo elemento, que la cosa sea total o parcialmente ajena, esto significa que el que sustrae la cosa mueble objeto del delito, no tiene la facultad de apoderarse de la misma por carecer de derecho, como el d propiedad sobre el objeto. Y como tercer elemento es la sustracción de los objetos de quien los tenga en su poder, y por último, el cuarto elemento es la violencia.

Como elementos subjetivos encontramos el ánimo de lucro que consiste en la intención de obtener la utilidad económica con sustracción y apoderamiento del objeto del delito, ya sea para el autor directo o para otra persona. Y el otro elemento es el dolo, ósea el conocimiento y la voluntad de realizarlo.

En esta sentencia se valoró cada uno de los elementos del tipo, explicando el juez y apoyándose en ocasiones en lo que la doctrina explica sobre estas situaciones, en cuanto a lo de apoderarse de una cosa mueble, la cual quedo establecida con la declaración del ofendido, en cuanto a que el sujeto mayor que participo en el delito, le pidió el reloj en primera instancia y posteriormente llevo el menor y se lo arrebató, así como también la cadena. En cuanto a que la cosa sea total o

parcialmente ajena, se demostró que la víctima si era dueño de los objetos pues las llevaba consigo; en cuanto a la sustracción de los objetos de quien lo tenga en su poder, es un elemento que se ve reflejado cuando la víctima de este hecho fue despojado de sus prendas por parte del sujeto mayor y del menor; en cuanto a la violencia, esta se utilizó en el momento de la ejecución del hecho de forma o de tipo penal, ya que el menor amenazo a la víctima que si no le daba los objetos lo iba a golpear.

Y así mismo en dicha sentencia el juez haciendo uso de la lógica, la experiencia y psicología, se determinó que hubo tanto ánimo de lucro, ya que esta clase de delitos, constituye una presunción, la cual en ningún momento fue desvirtuada por la defensa. Al igual que el dolo. También en la sentencia, se comento acerca de la no existencia de causales de excluyentes de responsabilidad, sino que al contrario es responsable como coautor del hecho ya que juntamente con otro sujeto, sustrajeron los objetos pertenecientes a la víctima.

El juez en esta sentencia insiste en tomar en cuenta la declaración de cada testigo, ya que concordaron en sus manifestaciones y o fueron coincidentes. Luego de haber valorado los elementos objetivos y subjetivos del tipo, se destaca el grado de ejecución del delito, siendo este la coautoría, donde el juez hizo uso hasta de la doctrina para explicar tal decisión, concluyendo que en la coautoría se manifiesta cuando varias personas se ponen de acuerdo para realizar un hecho mancomunadamente, la cual se basa también en el dominio del hecho, el condominio en nuestro código penal, en el artículo 33 exige que los coautores una ejecución común del hecho.

Por lo que en base a los hechos probados el juez llevo a la certeza que el actuar del menor, cumple con cumple con los requisitos para ser coautor del ilícito del

atribuido puesto que, si no hubiera intervenido el menor arrebatando el reloj a la víctima, ante el hecho que el menor no lo había logrado, no se hubiera podido efectuar el delito.

En cuanto a la parte del estudio psicosocial elaborada por el equipo técnico, se fundamentó básicamente en que el menor no ofrece ni la más mínima condición para su reinserción social inmediata, por los pocos valores que posee, recomendando la medida de internamiento.

En base a lo anterior, el juez fallo declara responsable al menor como coautor en la comisión de la infracción penal de la medida de internamiento por un periodo de cuatro años, no tomando en cuenta el techo máximo o mínimo , es decir la aritmética penal para aplicar la medida en cuando a la sanción del mismo para un adulto.

POSESION Y TENENCIA ILICITA DE DROGA

Antecedentes: Menor de 15 años de edad; Delito sancionado y tipificado en el artículo 37 de la ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.

“El que a sabiendas a cualquier título facilite, proporcione, use o destine un inmueble, local o establecimiento para la fabricación, elaboración, extracción, almacenamiento, cultivo, venta, suministro, consumo de drogas, almacenamiento de equipo, materiales o sustancias utilizadas para facilitar el tráfico de drogas será sancionado con prisión de cinco a quince.”

En cuanto a la prueba ofrecida por la parte fiscal tenemos:

1. Declaración del menor.
2. Declaración de agentes de la policía.

3. Experticia.

4. En cuanto a la prueba ofrecida por la defensa:

Elementos del tipo penal: En cuanto al elemento objetivo: es que el sujeto activo facilite, proporcione, use o destine un inmueble, local o establecimiento para la fabricación, elaboración, extracción, almacenamiento, cultivo, venta, suministro, consumo de drogas, almacenamiento de equipo, materiales o sustancias. Y en cuanto al elemento subjetivo, radica en que el sujeto activo sepa que la cosa que posee ya sea materiales o sustancias utilizadas sea para facilitar el tráfico de drogas.

Si se valoró en la sentencia los elementos del tipo como lo son la tenencia y la posesión ilícita de droga, pero no se logró comprobar la autoría del menor en ambos delitos, porque para que se configure la infracción penal de posesión ilícita de drogas, es necesario que el joven inculpado haya tenido la droga bajo algún título o que tenga algún derecho sobre la misma como sería ser el propietario o para el caso de esta sentencia, el poseedor, de dicha droga porque podría venderla o ejercer cualquier otro acto de comercio con ella. Se logró, con el desfile de pruebas acreditar que el menor tenía en su poder dicha sustancia.

Otro elemento importante del tipo es que sea droga, , para ello el juez se basó en definiciones dadas por juristas reconocidos, en la sentencia que nos ocupa, se logró comprobar que efectivamente era droga por la experticia practicada, la cual arribó a la única conclusión que efectivamente la sustancia que el menor tenía era droga. Con la declaración de los hechos se logró establecer que el grado de participación del menor, siendo este la coautoría, ya que en el relato de los hechos, se esclareció que al menor le fue entregada la droga en un bolso tipo canguro, y este al ver la presencia policial huyó. En cuanto a la gravedad del hecho si se hizo mención en cuanto a que por ser sancionado con más de tres años es un delito grave ya que

atenta contra la salud no de una persona en particular, sino de los habitantes de la república.

Se menciona también que no se había cumplido ninguna circunstancia excluyente de responsabilidad penal. En cuanto al estudio practicado por el equipo técnico, recomiendan libertad asistida, ya que el menor, ya que posee un poco grado de desórdenes conductuales.

En cuanto a la justificación de la medida a imponer, el juez se apoyó en la doctrina citando el tema referido a la libertad asistida, como una de las más importantes para el derecho de menores. También hizo énfasis al estudio practicado por el estudio psicosocial, haciendo énfasis en que el menor no poseía tatuajes ni pertenecía a pandillas. El juez falla declarando conducta antisocial del menor imponiendo libertad asistida y regla de conducta por un año.

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS APLICADOS EN LAS SENTENCIAS

Respecto de los principios aplicados, tanto sustantivos como procesales, en las sentencias analizadas puede observarse que no se explica ni siquiera uno de ellos; por lo que éstas carecen de herramientas que permitan una interpretación más clara y objetiva. Aunque ninguna de las sentencias manifiesta principios explicados, algunas si mencionan ciertos principios aplicados al momento de emitir un fallo, siendo los más frecuentes el de culpabilidad, responsabilidad e interés superior del menor y comunidad y libertad de prueba. Por tanto, se puede concluir que la situación más común que se presenta en las sentencias es que sólo se señalan artículos de diversos cuerpos legales, siendo los más frecuentes los nacionales y algunas veces los internacionales, en los cuales se establecen los principios sustantivos y procesales, pero no se manifiesta con exactitud cuáles de ellos se están aplicando.

RESOLUCIÓN DEFINITIVA

Internamiento	6
Medida en libertad	2
Internamiento y medida en libertad	2
Total	10

MEDIDA APLICADA

Declaración responsable (16 a 18 años)	2
Conducta antisocial (12 a 16 años)	8
Absueltos	0
Total	10

De los 10 menores procesados en los diferentes delitos, a 2 de ellos se les declaró responsables de los delitos cometidos, esto debido a que son menores que al momento de realizar la infracción sus edades oscilaban entre los 16 y 17 años cumplidos; mientras que a 8 menores se les estableció la conducta antisocial, pues sus edades comprendían los 12 a 15 años cumplidos al momento de infringir la ley; según lo establece los arts. 2 inc 2 y 3, y 95 lit. a) y b) LPJ. Sólo dos de ellos fueron declarados absueltos.

En lo que concierne a las medidas aplicadas a los menores en conflicto con la ley penal, es importante señalar que a 6 de ellos les fue impuesta la medida de

internamiento; a 2 menores se les decretó más de una medida, cumpliendo primero con la medida de internamiento y posteriormente la de libertad asistida. Sólo a 2 menores se le decretó medida en libertad. De lo observado, podemos concluir que los Jueces de Menores aplican en la mayoría de casos la medida de internamiento, sin distinguir el bien jurídico protegido, cuando ésta debería de ser ordenada de forma excepcional, tal como lo establece la legislación nacional e internacional en materia de menores.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La respuesta estatal frente a menores que hayan sido declarados responsables a través de un proceso de justicia juvenil debe responder a los derechos específicos de esos menores así como a las protecciones particulares que les corresponden por ser personas menores de edad.

De conformidad con las normas y estándares internacionales sobre la materia, los Estados deben reservar el uso de la privación de la libertad como un último recurso, y tener a disposición medidas alternativas a la privación de libertad. El sistema de justicia juvenil debe además tener consideración especial con respecto a la proporcionalidad y la duración de las penas, sean éstas privativas o no privativas de libertad. Más aún, las penas que constituyen tratos crueles e inhumanos, particularmente las que incluyen castigos corporales, resultan inadmisibles a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho a la libertad personal conlleva importantes particularidades en el caso de menores de dieciocho años. Como ha expresado la Corte Interamericana, el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del menor, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. Las medidas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad son justamente una manera de salvaguardar los derechos de los menores en los casos en que hayan infringido las leyes penales.

Así, a fin de cumplir con el principio de excepcionalidad, que impone restringir la libertad de los niños como medida de último recurso, los Estados tienen la obligación de establecer alternativas a la privación de la libertad como sanción para

los menores declarados culpables de infringir las leyes penales. Dicha obligación está claramente prevista en el artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con el cual: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Asimismo, el uso de medidas alternativas a la privación de libertad en el caso de menores no sólo garantiza adecuadamente su derecho a la libertad personal, sino que además sirve para proteger los derechos de los mismos menores a la vida, a la integridad personal, al desarrollo, a la vida familiar, entre otros. Hay que resaltar que, con miras a evitar algunas de las consecuencias negativas del encarcelamiento, las medidas alternativas a la privación de libertad deben procurar facilitar la continuidad de la educación de los menores, mantener y fortalecer las relaciones familiares apoyando a quienes están a su cuidado y conectar a los menores con los recursos comunitarios, para posibilitar su reintegración a la vida en comunidad.

Al mismo tiempo, hay que observar que algunas formas de estas medidas podrían generar violaciones de los principios de legalidad, proporcionalidad de la pena e intervención mínima, además de poner en riesgo el derecho del menor al debido proceso, por lo que es necesario analizar cuidadosamente la forma en la que están siendo aplicadas en nuestro país. De la información recabada, se ha observado con preocupación que a pesar de la existencia de medidas alternativas, la medida por excelencia aplicada con respecto a los menores continúa siendo la privación de libertad.

En gran medida la falta de contenido específico del principio del interés superior del menor descrito en los ordenamientos internacionales, constitucionales y legales, y que constituyen el soporte jurídico de las resoluciones judiciales en nuestro sistema, ha generado un deficiente manejo de ese principio al momento de resolver una causa penal de menores, lo que se manifiesta ante la simple enunciación del concepto en las resoluciones judiciales pero sin que exista un desarrollo adecuado de su contenido ante la imprecisión del citado principio, o bien se interprete de forma tal que resulten decisiones judiciales incongruentes. En efecto, al analizar las resoluciones judiciales definitivas en materia penal de menores, con relación al citado principio, se aprecia que no existe uniformidad de criterios lo que se traduce en grave afectación a los intereses de los adolescentes y en inseguridad jurídica.

Con relación al principio del interés superior del menor en cada uno de las sentencias, sólo se enunció y se expresaron los ordenamientos que lo describen y, por separado, se mencionó que la medida de internamiento se considera racional y acorde a las necesidades de reintegración social y familiar del adolescente, ya que será un medio propicio para que reflexione sobre la gravedad de la conducta tipificada como delito que desplegó. Del contenido de las resoluciones puede observarse la diversidad de criterios que existe al referirse los jueces al principio del interés superior del menor.

Del análisis profundo de las resoluciones puede apreciarse la diversidad de opiniones para ubicar dicho principio y sobre todo de darle el contenido correcto de acuerdo a las circunstancias del caso. Como debe mencionarse que resulta inexplicable como es que a un menor que se desenvuelve en un medio familiar, social, educativo, económico y psicológico adecuados se decida aplicar una medida de internamiento bajo la idea de que es en beneficio de su interés, ello no obstante que un cuerpo colegiado especializado haya recomendado no imponer medida

alguna atendiendo a las características personales de dicho adolescente. Sin duda la única motivación que el juzgador tiene para explicar esa imposición se encuentra en las características del hecho delictuoso cometido. Sin embargo, aceptar ese criterio implica imponer como dogma que en todos los casos de comisión de un hecho grave se someta a internamiento a una persona, sin importar sus intereses personales. Tal situación sólo se sostiene en un sistema donde la retribución estatal impera sobre los derechos individuales. En todo caso la discusión sobre la pertinencia de la medida de internamiento sobre un adolescente que socialmente resulta un modelo a seguir, sería sostenible en cuanto se discutieran las razones de la aplicación de esa medida frente al interés superior del adolescente. Esto es, en cuanto el juzgador desarrolle el contenido de ese principio en el caso concreto, llegando a concluir porqué la medida de internamiento se impone conforme a ese interés superior, se estaría en posibilidad de discutir lo acertado de la medida. Sin duda imponer la medida de internamiento como un medio propicio de la reflexión del menor sentenciado no es argumento suficiente que inspire a la discusión.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALBERTO BOVINO "Pena y Culpabilidad" Parte "Legislación de Menores en el Siglo XXI y Análisis de Derecho Comparado", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999

ARRIETA GALLEGOS, Manuel. Lecciones de Derecho Penal, Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, 1997

BARATTA Alessandro "Infancia, Ley y Democracia una cuestión de Justicia". 1996.

BORRÁS ALEGRIA. El interés superior del menor, editorial jurídica de Mallorca, España, 1996

CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio y otros. "Justicia Penal de Menores", San Salvador, Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia, 1998

CURY URZUA Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1985

JOYAL René. Noción del interés del menor, Editorial la Plata, Buenos Aires Argentina, 1998

RACKLEY, Sarah, Centro de resguardo de menores de edad en El Salvador. FESPAD, El Salvador, 2003.

ROCA Trías, El interés del menor como factor de progreso y unificación académica de jurisprudencia y legislación de Cataluña. Barcelona 1993.

TESIS

Roony, Patricia y otros. "Doctrina de la Situación Irregular del menor", Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

LEGISLACIÓN

Código Penal Comentado, Tomo I, Moreno Carrasco.

Código Penal D.L. N° 1030, D.O. N° 105, 1997

Código Procesal Penal D.L. N° 904, D.O. N° 11, 1997

Constitución de la Republica de El Salvador, D.L. N° 38, D.O. N° 234, 1983.

Convención Americana sobre Derecho Humanos, 1948. Ratificada en 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Ratificada en 1990.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, 1959. Ratificada en 1978.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, 1990.

Ley Penal Juvenil D.L. N° 395, D.O. N° 143 tomo N° 364. 2004

Reglas de la Naciones para la Protección de los menores Privados de Libertad, 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, 1985.