

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

**UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES
INTERNACIONALES**



***“BASES PARA UNA MODIFICACIÓN EN LA LEY PENAL
BOLIVIANA RESPECTO DE LA EDAD DE LA IMPUTACIÓN, Y EL
JUZGAMIENTO DE MENORES INIMPUTABLES”***

POSTULANTE : DR. VICTOR HUGO ESCOBAR GUZMAN

LA PAZ – BOLIVIA
2003



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA

PROCESO DE VIRTUALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE
LA BIBLIOTECA DE DERECHO
GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



**BASES PARA UNA MODIFICACIÓN EN LA LEY PENAL BOLIVIANA
RESPECTO DE LA EDAD DE LA IMPUTACIÓN, Y EL JUZGAMIENTO DE
MENORES INIMPUTABLES**

PARTE PRELIMINAR

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS	PAG.1
2. PROBLEMA	PAG. 3
3. OBJETIVOS	PÁG. 4
4. HIPÓTESIS	PÁG. 5
5. VARIABLES	PÁG. 6
6. POBLACIÓN Y MUESTRA	PÁG. 7
7. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	PÁG. 7
8. RESULTADOS ESPERADOS	PÁG. 7
9. CRONOGRAMA	PÁG. 8

PRIMERA PARTE

“ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DEL MENOR EN BOLIVIA DESDE LA ÉPOCA INCAICA HASTA NUESTROS TIEMPOS”

INTRODUCCIÓN	PÁG. 11
ANTECEDENTES HISTÓRICOS	PÁG. 16
EL IMPERIO DE LOS INCAS	PÁG. 16
LEGISLACIÓN INCAICA	PÁG. 16
BREVE DESCRIPCIÓN DEL DERECHO PENAL INCAICO.....	PÁG. 16
EL DERECHO DE MENORES EN EL INCARIO	PÁG. 22
HÁBITOS DESDE LA CUNA	PÁG. 22
EL DERECHO PENAL EN LA COLONIA	PÁG. 22
IMPOSICIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL DURANTE LA COLONIA	PÁG. 24
Imposición de derecho penal español durante la colonia	PÁG. 24
Las leyes de Indias	PÁG. 26
EL DERECHO DE MENORES EN BOLIVIA	PÁG. 30
DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	PÁG. 30
EVOLUCIÓN DEL SISTEMA LEGAL BOLIVIANO DE PROTECCIÓN	

DE NIÑOS	PÁG. 31
PRIMER PERIODO (Pre-codificadorio)	PÁG. 31
SEGUNDO PERIODO (Codificación)	PÁG. 31
CÓDIGO DEL MENOR	PÁG. 31
CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE	PÁG. 32
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA PENAL JUVENIL..	PÁG. 33
RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE POR INFRACCIONES.....	PÁG. 33

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD PENAL Y DEL MENOR
SUBJETIVA Y ADJETIVA DE BOLIVIA.

DELITO	PÁG. 36
INIMPUTABILIDAD	PÁG. 36
IMPUTABILIDAD	PÁG. 38
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	PÁG. 40
CÓDIGO PENAL VIGENTE	PÁG. 40
EL CÓDIGO NIÑA NIÑO ADOLESCENTE	PÁG. 40
DERECHO COMPARADO	PÁG. 41
INTRODUCCIÓN	PÁG. 41
SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS TRIBUNALES DE MENORES	PÁG. 41
CENTRO AMÉRICA	PÁG. 43
EL SALVADOR	PÁG. 43
HONDURAS	PÁG. 44
COSTA RICA	PÁG. 45
NICARAGUA	PÁG. 46
ESPAÑA	PÁG. 47
FRANCIA	PÁG. 48
ALEMANIA	PÁG. 49
ITALIA	PÁG. 53
INGLATERRA	PÁG. 55
ESTADOS UNIDOS	PÁG. 56

TERCERA PARTE

MODIFICACIONES A LAS LEYES PENALES VIGENTES, PARA EL
JUZGAMIENTO DE MENORES

MODIFICACIONES A LAS LEYES PENALES VIGENTES, PARA EL
JUZGAMIENTO DE MENORES PÁG. 61

ANEXOS PÁG. 65

BIBLIOGRAFÍA PÁG. 70

PARTE PRELIMINAR

BASES PARA UNA MODIFICACIÓN EN LA LEY PENAL BOLIVIANA
RESPECTO DE LA EDAD DE LA IMPUTACIÓN, Y EL JUZGAMIENTO DE
MENORES INIMPUTABLES

BASES PARA UNA MODIFICACIÓN EN LA LEY PENAL BOLIVIANA RESPECTO DE LA EDAD DE LA IMPUTACIÓN, Y EL JUZGAMIENTO DE MENORES INIMPUTABLES

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

La participación de jóvenes menores de edad en hechos de especial gravedad ha generado preocupación e inquietud, resultan necesarias, entonces, ciertas consideraciones con relación al sistema jurídico que rige la reacción del Estado frente a las infracciones juveniles a la ley penal. La reacción prevista en nuestro ordenamiento jurídico frente a estas infracciones, es sustancialmente la misma a la que existía antes de la vigencia del Código del Niño, Niña y Adolescente, pese a que responde a los principios de la protección integral.

El autor Alejandro Gómez Raby sostiene, que se parte de la convicción¹ de que el hecho delictivo de un menor de edad, tiene que ver con las necesidades psicológicas y/o sociales que el joven presenta y, por lo tanto, lo que corresponde hacer es intervenir para superar aquellas condiciones adversas. Esto implica por una parte, que la intervención judicial en la vida de un menor de edad no necesita como fundamento probar la imputación que recae sobre él, lo que sí se exige cuando un adulto es el inculpado; por otra, que la gravedad de la infracción no es relevante para la decisión que se adopte y, eventualmente, para el tiempo que un menor permanezca privado de libertad: así, no es extraño que un menor que ha cometido un hurto, sea privado de libertad por más tiempo que otro que comete un robo con intimidación.

¹ Alejandro Gómez Raby. Delincuencia Juvenil, Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Pag. WEB

Desde la óptica del sistema, se trata de un procedimiento técnico, sin forma de juicio, destinado a producir un bien en el niño o joven, que será ordenado por un juez que actúa como un buen padre de familia. No está contemplada la intervención de un abogado defensor, el menor es concebido como un objeto de protección y control y no como un sujeto derechos. Este proceso puede implicar privación de libertad y una clara irrupción en la intimidad y autonomía del menor, tratándose, entonces, de un sistema punitivo de control social, sistema que es informalmente punitivo, ya que el discurso de la ley no reconoce tal calidad. Correctamente se ha sostenido que se trata de un sistema penal reforzado, pues materialmente se pueden aplicar sanciones punitivas (aún cuando no se denominan así). Pero con la diferencia -en relación con los adultos- que los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad están fuera de todo el sistema de garantías procesales. Ya que estos, pese, a ser menores se encuentran juzgados por tribunales de adultos, ya que es un de la Instrucción Penal, quien debe conocer los casos de menores imputables, ya que el Código Penal en su Art. 5 señala "que la Ley Penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicaran a las personas que en el momento del hecho fueran mayores de dieciséis años"

En síntesis, se trata de un sistema que no satisface ni los intereses de seguridad ciudadana ni los derechos de toda persona inculpada de la comisión de un delito; al fundamentar la intervención del Estado para castigar al menor, pero vulnerando sus derechos y garantías constitucionales, ya que como se dijo anteriormente el Código Penal atenta contra el derecho del los menores al determinar que estos son imputables desde los 16 años y en consecuencia se encuentra sometidos al procedimiento penal, por lo que su intervención

como Estado Gendarme castigando a los menores infractores como adultos vulnera todos los pactos de los derechos humanos de los cuales Bolivia es parte , lo que claramente influirá negativamente en cualquier proceso de reintegración social, objetivo no solo deseable, sino que hoy obligatorio para el Estado en virtud de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este tema surge en base a un problema que se ha presentado en los últimos años en Bolivia, y se refiere concretamente a que existen un gran numero de adolescentes comprendidos entre los 14 y 16 años de edad, que cometen una serie de actos típicos y antijurídicos cuyo resultado ha sido deseado por este; pero lamentablemente ninguno de estos casos que se ha presentado ha merecido ningún tipo de sanción por el Juez del Niño Niña, Adolescente ; mas al contrario ante la ineficiencia del Código Niño, Niña Adolescente, es puesto en inmediata libertad, o remitido a un hogar sin que se de un seguimiento al caso denunciado, o lo que es peor, estos menores que comenten delitos, ni siquiera son puestos a disposición del Juez del Niño Niña Adolescente por falta de normatividad especial para estos casos.

La legislación nacional, respecto del menor se encuentra determinada por el Código del Niño, Niña y Adolescente, que en su Artículo 2 establece "Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos", sin embargo el Código Penal, establece que son imputables las personas que hayan cumplido los 16 años de edad, y ante la carencia de una legislación especializada para el juzgamiento de estos menores imputables son juzgados como adultos, creándose una franca contraposición entre el

Código Niña Niño y Adolescente y el Código Penal, que obliga a que los menores de edad sean juzgados como adultos.

2. PROBLEMA.- "Existe en Bolivia una reglamentación adecuada para juzgar a menores de edad, que cometen delitos, sin que se vulnere los principios y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y los tratados de derechos humanos de los cuales Bolivia forma parte con relación a los menores de edad"

Desde hace unos cinco años atrás en Bolivia los muchachos son aprehendidos y liberados cinco minutos después, para que vuelven a delinquir casi en las narices de las autoridades, sin que nadie pueda hacer nada para evitar que estos menores regresen a las calles. Esto se debe fundamentalmente a que Bolivia cuenta, con una legislación del menor que es netamente proteccionista, esta se encuentra claramente establecida en el Código del Niño, Niña y Adolescente, creando de este modo un grave problema social, porque los menores infractores son inmediatamente puestos en libertad porque la única normativa legal vigente para estos casos que es el Código del Niño Niña Adolescente es insuficiente ya que este, en la última parte habla muy levemente sobre el procedimiento a aplicar al menor que infringe la ley penal, es mas puedo afirmar que esta legislación entra en serias contradicciones cuando habla del juzgamiento a los menores, por lo que ante la falencia de esta norma legal, el gran aumento de la delincuencia de los adolescentes los mismos que se encuentran comprendidos entre los 14 y 16 años, es necesario hacer modificaciones tanto al Código Penal como al Procedimiento Penal, respecto de la edad en que pueden ser imputables los menores de 16 años sin que necesariamente sean sometidos a un procedimiento penal establecido netamente para

adultos, por lo que se hace imperiosa la necesidad de una legislación específica y adecuada sobre el tratamiento penal del menor.

El tratamiento jurídico diferenciado del menor infractor es un tema de vital importancia para Bolivia, donde como ya se ha dicho líneas arriba la creciente tasa de delincuencia juvenil ha motivado una discusión acerca de la conveniencia de aplicar de un sistema sancionador más estricto.

3. OBJETIVOS

Los objetivos que persigo con esta tesis es desarrollar la bases de una posible modificación en el Código Penal, referida a la edad de la imputación, la misma que deberá ser a los 14 años, además de crear también las bases para un juzgamiento de menores con un procedimiento propio que no sea el de los adultos, ya que esa norma es inconsistente en establecer una edad determinada, para dar lugar a la aplicación de un régimen penal que es exclusivamente de adultos, el mismo que no es pedagógico y reeducador.

El cambio de la edad de la imputación de los 16 años a los 14 años tiene su fundamento en la fijada por el Art. 54 del Código Civil, para establecer la categoría de menores impúberes como incapaces absolutos de obrar

Las bases para el juzgamiento de menores de edad, comprendidos entre los 14 y 18 años se funda en la necesidad de contar con un tribunal especializado que juzgue a estos menores de forma única, sin que existan diferencias de juzgamiento entre los menores de 16 años y los menores de 18 años, ya que la edad minoril es única, y este juzgamiento se debe realizar en base a los principios del debido proceso, para los jóvenes quien en la actualidad son juzgados con el procedimiento de adultos.

3.1 GENERAL "La necesidad de la modificación del Código Penal en su Art. 5 que textualmente dice - La ley penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de diez y seis años- y a la vez la creación de una ley específica para el juzgamiento de menores de 14 a 18 años de edad que es la mayoría de edad reconocida por la Constitución Política del Estado".

3.2.-ESPECÍFICOS

1. "El tratamiento jurídico diferenciado del menor infractor es un tema de vital importancia para Bolivia, donde como ya se ha dicho líneas arriba la creciente tasa de delincuencia juvenil ha motivado una discusión acerca de la conveniencia de aplicar de un sistema sancionador más estricto."
2. "Reconocer para los adolescentes todas las Garantías Penales y de un debido proceso. Esto implica establecer el principio de tipicidad, eliminándose la posibilidad de privar de libertad o de otras intervenciones punitivas respecto de niños y adolescentes no inculcados de delito."
3. "De la misma manera se debe justificar la existencia del delito y probar la participación imputada al joven. Por cierto que se debe garantizar el derecho a la defensa."
4. "La privación de libertad debe ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Es decir, esta extrema medida debe reservarse sólo para infracciones graves y nunca su aplicación debiera ser obligatoria. En la mayoría de los casos las medidas a aplicar como consecuencia de la declaración de

responsabilidad, deben ser el medio libre."

5. "El principio de oportunidad es básico en este sistema, de tal manera de que sea posible renunciar a la persecución de la responsabilidad, cada vez que ello sea más apropiado y deseable"

4. HIPÓTESIS

1. Bajar la edad de la imputabilidad a los 14 años, es una solución para que disminuya el índice de delincuencia juvenil.
2. La creación de una ley especial en relación con los adolescentes infractores de ley va a satisfacer tanto los intereses de seguridad ciudadana, como la necesidad de respetar los derechos humanos de todas las personas menores de 18 años.
3. Actualmente, los jóvenes comprendidos entre los 16 y 18 son sometidos al procedimiento de adultos, sin considerar que estos aún son considerados menores por el Código del Niño Niña Adolescente, por lo que la creación de un sistema de reacción frente a las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, que establezca un rango de responsabilidad especial entre los 14 y 18 años, va a paliar de algún modo la delincuencia juvenil estableciéndose, si es necesario, medidas sancionadoras, pero que respondan a las exigencias establecidas en la CPE, tendiendo, por consiguiente, a la reintegración social de los jóvenes.
4. Lo anterior implica, evidentemente, incorporar a los adolescentes al goce de un conjunto de garantías del que han sido excluidos, hasta el momento, por lo que el sistema al combinar adecuadamente severidad con justicia, va a obtener resultados más satisfactorios

para todas las partes involucradas en el problema de la delincuencia juvenil como se la ha venido llamando.

5.-VARIABLES.-

5.1 VARIABLES OPERACIONALES

Código Penal

Código del Menor

Juzgamiento de Menores

Delito Menor

Inmutabilidad

Inimputabilidad

Constitución Política del Estado

Principios fundamentales y garantías constitucionales

Convenios Pactos y Tratados de Derechos Humanos suscritos por Bolivia

Dependiente. -

Modificación de la ley penal para el juzgamiento de menores.

Independiente.

"Aprobación de la ley para la modificación de la edad de la imputabilidad". Juzgamiento de todos los menores de edad con una sola ley especial"

5.2 VARIABLES CONCEPTUALES

Concepto de Inimputabilidad.- Condición y estado del que no puede ser acusado, no tanto por su total inocencia, sino por carecer de los requisitos de libertad, inteligencia, voluntad y salud mental, aun siendo ejecutor material de alguna acción u omisión prevista y penada.

Concepto del Menor.- Persona que no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores.

Concepto de Delito. Los penalistas puros entre los que se puede citar a Beling definen al delito como una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad.

6. POBLACIÓN Y MUESTRA

El muestreo para el presente trabajo de investigación se va a realizar entre los operadores de justicia que trabajan en la ciudad de La Paz y Cochabamba, mas propiamente en los Juzgados de Instrucción del Nuevo Sistema, los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, en la Fiscalía y en la Policía Técnica Judicial.

6.1 Marco Espacial

Las encuestas para cada uno de los operadores de justicia, estará encaminada a obtener información sobre los pro y los contras de modificar la edad de la imputabilidad de 16 años a 14, pero con una ley específica para el tratamiento de menores, asimismo, esta investigación esta dirigida a determinar el numero de casos en lo que han intervenido menores de 16 años de edad.

6.2 Marco Temporal

El trabajo de investigación se va a realizar desde el año 2000 hasta el 2002., vale decir que se remonta a dos años atrás.

7. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Técnica.

Análisis y síntesis

Histórico y Lógico

Técnicas.

Cuestionario

Entrevista

Dirigida

No Dirigida

8. RESULTADOS ESPERADOS

El resultado esperado con la realización de esta tesis es sentar la bases para una legislación especial mas justa para los menores 14 a 18 anos, de acuerdo a las convenciones y tratados vigentes los cuales han sido suscritos por Bolivia, con el cual va ha existir una disminución de la criminalidad juvenil en nuestro país, generando satisfacción tanto para la sociedad en su conjunto así como en las partes que intervienen en el proceso.

9.- CRONOGRAMA

Diciembre del 2002, investigación de campo, mediante cuestionarios y entrevistas.

Desde el 10 de enero al 10 de marzo del 2003, realización del primer borrador de la tesis.

El 9 de junio de 2003 entrega de segunda versión corregida de la tesis.

El 14 de julio entrega definitiva de la tesis.

La primera parte de esta investigación comprende un análisis de la evolución del derecho penal y del menor en Bolivia

desde la época incaica hasta nuestros tiempos. Una segunda parte referida al análisis de la evolución de la normatividad subjetiva y adjetiva de Bolivia respecto de las materias relacionadas con la propuesta que se esta realizando, así como un análisis de las normas penales de los Estados citados anteriormente. Y la tercera y ultima parte referida a las modificaciones que se pretende introducir en la las leyes penales vigentes, para el Juzgamiento de Menores.

Cada una de las partes se encontrara dividida en capítulos para que de este modo, el presente trabajo sea más didáctico y de mas fácil comprensión.

ESQUEMA

BASES DE MODIFICACIÓN DE LA LEY PENAL VIGENTE PARA EL JUZGAMIENTO DE MENORES DE 14 A 18 AÑOS

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

EL IMPERIO DE LOS INCAS

LEGISLACIÓN INCAICA

- a) Breve descripción del derecho penal incaico
- b) El derecho de menores en el incario
- c) Hábitos desde la cuna

EL DERECHO PENAL EN LA COLONIA

- a) Imposición del derecho penal español durante la colonia
- b) Leyes de Indias

EL DERECHO DE MENORES EN BOLIVIA.

DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA LEGAL BOLIVIANO DE PROTECCIÓN DE NIÑOS

a) Primer periodo.- (Pre-codificadorio)

b) Segundo periodo.- (Codificación)

Código del menor.

Código del Niño, Niña y Adolescente

**DEFINICIÓN DEL DELITO DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD E
INIMPUTABILIDAD**

SEGUNDA PARTE

**ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS NACIONALES E
INTERNACIONALES QUE RIGEN LA MATERIA**

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

CÓDIGO PENAL

CÓDIGO DEL NIÑO NIÑA ADOLESCENTE

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA PENAL JUVENIL

RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE POR INFRACCIONES.

DERECHO COMPARADO

- a. Introducción
- b. Centro América
- c. España
- d. Francia
- e. Alemania
- f. Italia
- g. Inglaterra
- h. Estados Unidos
- i. Conclusiones

TERCERA PARTE

BASES PARA DESARROLLAR LA MODIFICACIÓN AL CÓDIGO PENAL EN LO
QUE SE REFIERE A LA EDAD DE LA IMPUTACIÓN, Y BASES PARA UNA

JUZGAMIENTO ADECUADO DE MENORES CONCLUSIONES ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

PRIMERA PARTE

"ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y DEL MENOR EN
BOLIVIA DESDE LA ÉPOCA INCAICA HASTA NUESTROS TIEMPOS"

INTRODUCCIÓN

Para este trabajo, es importante analizar la evolución del Derecho del Menor, para de esta manera, tener el panorama claro acerca del estado actual de esta disciplina jurídica, para posteriormente pasar a analizar la delincuencia juvenil y la aplicación del Derecho del Menor y la Ley Penal. En este análisis se va a utilizar la Convención sobre los Derechos del Niño como punto de referencia, ya que este instrumento del Derecho Internacional ha provocado la coyuntura que hoy vive el Derecho de Menores a nivel internacional.

En este sentido, se hace necesario distinguir dos fases dentro de la evolución histórica de esta rama del Derecho: Antes y Después de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La primera fase abarca desde el inicio de esta disciplina jurídica hasta la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año de 1989, manteniendo su influencia, incluso, durante la presente década. La segunda fase se inicia con la promulgación de la Convención, en las que se han generado importantes procesos de cambio, no solo en lo político-económico, sino también en lo jurídico.

Antes de la Convención de los Derechos del Niño. Fue el año de 1899 cuando, con la creación del primer Tribunal Juvenil en Chicago, Illinois², se empezó a comentar la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal. Con este objetivo, se inició la labor de creación de una jurisdicción

² DELINCUENCIA JUVENIL, SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS. Alejandro Gómez Raby, publicación de la OEA, pagina WEB

especializada, totalmente diferente a la concepción del Derecho Penal de adultos y con una marcada tendencia tutelar y proteccionista. Los menores de edad estaban fuera del derecho penal,- según opinión generalizada de doctrina tutelar. Este modelo tutelar se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores de Latinoamérica, empezando con la Ley Agote de 1919 en Argentina y continuando con las legislaciones del resto de países latinoamericanos, incluyendo a Costa Rica que, en 1963, emite la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores con el fin de adaptarse a la corriente vigente en aquella época. La gran mayoría de esas legislaciones se mantienen aún vigentes, a pesar de que contienen una estructura y una concepción totalmente incompatibles con los principios que se establecen en la Convención de los Derechos del Niño suscrita por la totalidad de países latinoamericanos. Aquel derecho de menores se fundamenta en la llamada "Doctrina de la Situación Irregular"³, según la cual, el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho. La figura del juez es una figura "paternalista", que debe buscar una solución para ese menor -objeto de protección- que se encuentra en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fin la recuperación social del menor. Es decir que el menor es un ser problemático que necesita ayuda para su reincorporación en la sociedad.

Después de la Convención sobre los Derechos del Niño surge la Concepción Punitivo-Garantista del Derecho Penal de Menores ya que se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores

³ ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE MENORES UN DESAFIO A LA CONTEMPORANEIDAD A lina Zaragoza Ramírez Bárbara Mirabent Garay.

productos de la concepción tutelar. Esta nueva concepción denominada "Doctrina de la Protección Integral"⁴ encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto, en un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.⁵

A nivel positivo, esta concepción ha quedado plasmada en diversos instrumentos internacionales, siendo el más importante de ellos la Convención de los Derechos del Niño, que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derechos.

En lo referente a los menores de edad que han infringido la ley penal los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponen la posibilidad de que sean sujetos de la ley penal, pero garantizando sus derechos fundamentales como personas y por su especial condición de ser menores de edad.

"Esta nueva concepción considera que el joven o adolescente está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo, sea éste social, psíquico o jurídico. En cuanto al Derecho Penal Juvenil, consecuencia de esta concepción se ha adoptado una concepción denominada como punitivo-garantista, debido a que se le atribuye al menor de edad una mayor responsabilidad, pero, a su vez, le son reconocidas una serie de garantías sustantivas y procesales

⁴ Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina, Mary Belfoff. Publicación realizada en la RED, en la página de la OEA

⁵ Valencia Cororriinas J., Derechos Humanos del Niño, Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos, 1990

que no eran siquiera pensadas dentro de la concepción tutelar."⁶

"Los rasgos más característicos de este nuevo modelo son el mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, se da un refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes y una mayor responsabilidad de los jóvenes y adolescentes por sus actos delictivos. Se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal y se establece una amplia gama de sanciones como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos y la reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad. Por otra parte se le da mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a la misma. Lo mismo que se busca la desjudicialización al máximo posible por medio de controles formales, como el principio de oportunidad, la conciliación entre el autor y la víctima, la suspensión del proceso a prueba y la condena de ejecución condicional sin limitaciones".⁷

La participación de jóvenes menores de edad en hechos de especial gravedad ha generado preocupación e inquietud, resultan necesarias, entonces, ciertas consideraciones con relación al sistema jurídico que rige la reacción del Estado frente a las infracciones juveniles a la ley penal. Es en ese sentido y en base a la doctrina de la "Protección Integral", al análisis del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Bolivia, y la realidad de los jóvenes en conflicto con la ley penal y la adecuación de la legislación nacional a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

⁶DELINCUENCIA JUVENIL. SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS. ALEJANDRO GÓMEZ RABY. PUBLICACIÓN WEB-

⁷Profesor Dr. Carlos Tiffer. Justicia Juvenil. UNICEF. México. Octubre de 2000

Niño, las Reglas de Tokio -Reglas de Pekín o Beijing-, las Recomendaciones de Riyadh - Reglas de RIAD-, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de menores bajo custodia que este trabajo pretende o crear un sistema especial de administración de justicia penal juvenil en Bolivia a través del diseño y de modificaciones a la ley penal vigente.

Cabe puntualizar además que en la actualidad la doctrina y el derecho comparado en materia de Justicia Penal Juvenil, haciendo eco de los repetidos alegatos en contra de la pena privativa de libertad, con una finalidad de prevención especial, que busca una individualización máxima de la sanción en razón de la edad del sujeto, las circunstancias del autor y del hecho, ha previsto una amplia gama de medidas alternativas que tratan de sustituir o evitar la prisión de los adolescentes que encuadran su conducta en una infracción penal. Pero lamentablemente Bolivia no cuenta con un sistema de procesamiento penal para menores, lo que hace que adolescentes que cometen delitos queden en la impunidad constituyendo una amenaza a la sociedad.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

EL IMPERIO DE LOS INCAS

LEGISLACIÓN INCAICA

a) Breve descripción del derecho penal incaico

El Imperio Incaico, cuyo origen fue la unión de diversos grupos asentados en la zona que hoy corresponde a los departamentos de Cuzco y Apurímac, fue organizado por los Quichuas, quienes sometieron mediante la guerra a las varias

culturas florecientes en las zonas andina y costeña. Su política no consistió en destrucción de esas culturas. Por el contrario, utilizaron y asimilaron muchas de sus manifestaciones. Es así como el ayllu, célula social pre-inca, se transformó en base del Estado inca y fue la trama con la que se tejió la red administrativa y tributaria. De este modo se logró sus fines de expansión y dominación (Basadre 1937: 105). Como dice Valcárcel (164:39), la duración del Imperio no puede ser calculada sólo "desde el tiempo de su culminación hasta el de su caída (de cien a doscientos años) sino que su proceso vital debe ser extendido a sus comienzos y lento desarrollo (alrededor de quinientos años en total); es decir, entre los siglos XI y XVI".⁸

Cuando los españoles llegaron a América en 1492, el Imperio de los Incas había alcanzado, pues, un gran desarrollo económico y cultural. Durante su larga evolución los pueblos de esta región habían logrado la "conformación de sólidos patrones culturales de comportamientos, de valores, de solidaridad, de legitimidad, de trabajo, de cooperación de adaptación a un medio vertical y su creatividad" (Matos Mar 1970: 21).⁹

Los incas no conocieron la escritura. Lo que sabemos de ellos se debe a los relatos que hicieron los cronistas españoles sobre su organización política, su cultura y su vida cotidiana. Las informaciones que ofrecen sobre el derecho inca son abundantes y permiten tener una idea de lo que fue su derecho penal. Este se caracterizó por ser monopolio del Estado. El Inca administraba justicia a través de sus funcionarios: curacas y jefes de aldea. La venganza privada

⁸ RAÚL PORRAS BERRENE. El imperio de los incas. Publicación WEB. Pagina OEA

"ÍDEM

⁹ IDEM

(individual o colectiva) no existía. Como todas las demás reglas, las penales eran consuetudinarias y se transmitían oralmente mediante refranes. Las penas consistían generalmente, en la eliminación del infractor. Existieron funcionarios encargados de ejecutar las penas y lugares de ejecución,

El Estado incaico tuvo como base a las comunidades agrarias, a los funcionarios y guerreros. Las primeras fueron el fundamento de la vida económica; los restantes, pilares de la vida política- Los Incas "concibieron al Estado en su moderno sentido de órgano divisor del trabajo, frente al cual tiene el individuo deberes ineludibles y exactos; pero del cual, a su vez, recibe beneficios y privilegios". Su Estado " no sólo fue... una mera entidad definidora del delito y repartidora de premios y castigos, sino, fue, además, protector de la vida y el bienestar relativo de sus subditos y regulador de la vida económica" (Basadre 1937). Pero, si bien los Incas se caracterizaron por el acentuado "racionalismo de su sistema financiero, en su política económica y en su jerarquía administrativa", las instituciones de índole penal" que ellos elaboraron no tuvieron, en cambio, idénticas características de simetría y de lógica" (Basadre 1937). La represión penal aparece varias veces impregnada, fuertemente, con ciertas creencias mágicas. Por ejemplo, la prolongación del castigo hasta los antepasados del culpable, mediante la destrucción de tumbas y momias. En el juzgamiento se aplicaron desde el juramento hasta el tormento y la interrogación a las huacas y oráculos. Además existieron verdaderos "juicios de Dios", consistentes en encerrar a los culpables en cárceles infrahumanas y absolverlos en caso de que sobreviviesen. El Carácter draconiano de las penas no tiene nada de excepcional, si se considera el nivel de evolución del

Imperio y el rol conquistador del Estado. (Vega Santa Gadea 1973: 166).¹⁰

Es necesario considerar asimismo que en el Estado Inca no se dio una especialización profesional de los funcionarios, por lo que no existió una organización judicial claramente distinta. La función de administrar justicia estuvo a cargo de miembros de la administración que desempeñaban, igualmente, otras funciones. Esto es notorio en la descripción que los cronistas hacen de los funcionarios del Imperio. En la versión de Guarnan Poma de Ayala, los *Tocricoc-michoc* eran los corregidores y jueces: tomaban rendición de cuentas a los funcionarios. En la opinión autorizada de Basadre (1937: 26; Alzamora 1945: 36; Vega Santa Gadea 1973: 165), faltaron las ideas de "apelación", "revisión", o "nueva instrucción" del proceso, salvo los casos de intervención del Inca. De las noticias que tenemos, sí se deduce que las diferentes competencias no sólo dependieron de la naturaleza y gravedad de los delitos sino también de la situación de las personas.

La antigua legislación incaica establecía un régimen muy duro que establecía «Mandamos que no haya ladrones en este reino, y que por la primera [vez], fuesen castigados a quinientos azotes, y por la segunda, que fuese apedreado y muerto, y que no entierren su cuerpo, sino que lo comiesen las zorras y cóndores» (*Nueva crónica* 187). El adulterio tiene pena de muerte (307), y también la fornicación puede tenerla: «doncellas y donceles» deben guardarse castos, pues si no el culpable es «colgado vivo de los cabellos de una peña llamada *arauay* [horca]. Allí penan hasta morir» (309). Está ordenado que quienes atenían contra el Inca o le traicionan «fuesen

¹⁰ RAUL PORRAS BARRENE. El imperio de los incas. Publicación WEB. Página OEA

hechos tambor de [la piel de la] persona, de los huesos flauta, de los dientes y muelas gargantilla, y de la cabeza mate de tener chicha» (187; +334). Esta pena es aplicada también a los prisioneros de guerra que no son perdonados a convertidos en *yanacima*. El aborto es duramente castigado: «Mandamos la mujer que moviese a su hijo, que muriese, y si es hija, que le castiguen doscientos azotes y destierren a ellas... Mandamos que la mujer que fuese puta, que fuese colgada de los cabellos o de las manos en una peña y que le dejen allí morir»... (188).¹¹

Las normas del Inca, al ser sagradas, eran muy estrictas, y estaban urgidas por un régimen penal extraordinariamente severo. Además de las penas ya aludidas, existían otras también terribles, como el «*zancay* debajo de la tierra, hecho bóveda muy oscura, y dentro serpientes, culebras ponzoñosas, animales de leones y tigre, oso, zorra, perros, gatos de monte, buitres, águila, lechuzas, sapo, lagartos. De estos animales tenía muy muchos para castigar a los bellacos y malhechores delincuentes». Allí eran arrojados «para que les comiesen vivos», y si alguno, «por milagro de Dios», sobrevivía a los dos días, entonces era liberado y recibía del Inca honras y privilegios. «Con este miedo no se alzaba la tierra, pues había señores descendientes de los reyes antiguos que eran más que el Inca- Con este miedo callaban» (303).¹²

Al parecer, el imperio de los incas, férreamente sujetado con normas y castigos, consiguió reducir el índice de delincuencia a un mínimo: «Y así andaba la tierra muy justa con temeridad de justicia y castigos y buenos ejemplos. Con

¹¹ RAÚL PORRAS BARRENE . El imperio de los incas. Publicación WEB. Pagina OEA

¹² IDEM

esto parece que eran obedientes a la justicia y al Inca, y no había matadores ni pleitos ni mentiras ni peticiones ni procuradores ni protector ni curador interesado ni ladrón, sino todo verdad y buena justicia y ley» (307). Guamán, sin poder evitarlo, recuerda aquellos tiempos, que él no conoció directamente, con una cierta nostalgia...

En el mundo antiguo pocos pueblos alcanzaron tal adelanto moral como el que lograron los hombres del Imperio Incaico. La sociedad incaica se distinguió por el espíritu laborioso de sus gentes, el respeto mutuo y el bienestar común, pese a que no contaban con una educación formalizada, lograron fortalecer sus normas morales y jurídicas, que consiguió establecer una disciplina férrea, dejando de lado el robo, los crímenes, la ociosidad, la mentira, la pobreza y la mendicidad.

El Inca era considerado como Juez Supremo, quien junto al Consejo Imperial eran los que se encargaban de dictar las leyes, y como el Emperador no podía ocuparse todo el tiempo de esta función tuvo que delegar su autoridad en numerosos funcionarios.

Dentro de la jerarquía administrativa del control judicial, los jefes de las aldeas, ejercían alguna potestad judicial pero en forma muy limitada. En los Ayllus la administración judicial recaía sobre los CURACAS, pero siempre con algunas restricciones. Los Curacas podían castigar el robo, el homicidio, la pereza, el adulterio, etc., pero siempre bajo la vigilancia de los TUCUYRICUS.

Dentro de la legislación incaica habían juicios especiales, en las que el Inca se encargaba de juzgar a los Curacas y Orejones, mientras el Sumo Sacerdote se encargaba en los casos de los Templos y Oráculos. El Código Moral de los Incas estuvo constituido por normas legales, las cuales eran

consideradas como mandatos divinos, cuyo cumplimiento era obligatorio en todo el Imperio.

Como leyes principales de cumplimiento, este código moral se resumía en lo siguiente:

- Ama Llulla (No seas mentiroso).
- Ama Sua (No seas ladrón).
- Ama Quella (No seas ocioso).

La desobediencia a estas leyes eran castigadas en algunos casos con sanciones demasiado severas en comparación con el delito cometido, sanciones que llegaban hasta la pena de muerte. Cuando alguien cometía un delito el castigo no solo lo recibía la persona que lo había hecho, sino también era extensivo a los parientes del delincuente. Habían cárceles que su mayor parte sirvieron para castigar a la Nobleza,

El Inca Garcilaso de la Vega, en sus crónicas nos menciona que las penas eran severas ya que en su mayoría consistía en la muerte del delincuente, por más ligera que haya sido la falta. La pena de muerte se aplicaba de diversas maneras. La forma más común era la horca y el apedreamiento. También había la muerte por arrastre (aplicada a asesinos de Curacas y Nobles). La muerte por descuartizamiento (aplicada a graves faltas militares o contra la Casa Real). De todos los tipos de muerte la más terrible era la muerte en la hoguera, la cual era aplicada en casos extremos de sacrilegio, que incluía atentados contra el Inca. La muerte por hoguera significaba la desaparición total de su ser para un hombre. No podía haber momia de su cuerpo. No podría vivir en el otro mundo.¹³

El estudioso Trimbom, ha podido distinguir y establecer los siguientes delitos;

¹³ EL IMPERIO DE LOS INCAS. Autor anonimo

DELITOS DE STATUS

- 1.- Alta traición a la patria
- 2.- Asesinato de un miembro de la Casa Real
- 3.- Desobediencia a los funcionarios
- 4.- Conspiraciones contra el poder
- 5.- Traición militar
- 6.- Deserción

DELITOS CONTRA EL INCA

- 1.- Violación de las normas de respeto y cortesía al Inca

DELITOS CONTRA EL CULTO Y LA RELIGIÓN

DELITOS CONTRA LAS ORDENES ADMINISTRATIVAS

- 1.- Cambiar el lugar de residencia
- 2.- Cambiar de vestido

DELITO CONTRA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN

- 1.- Abuso o descuido con las funciones. Remisión de datos falsos al Cusco.

DELITO CONTRA LA POLÍTICA DE TRIBUTOS

- 1.- Engaño o incumplimiento a los impuestos

DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA

- 1.- Matar animales hembras
- 2.- Pereza
- 3.- Vida desarraigada
- 4.- Cacería sin autorización
- 5.- Sacar metales finos del Cusco

DELITOS DE CARÁCTER PRIVADO

1.- Asesinatos, abortos, relaciones sexuales ilícitas, violencia física contra los familiares.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1.- No abundaban entre otras razones porque predominaba la propiedad colectiva pero se mencionan castigos contra el incendio y el robo.

Los españoles según los cronistas, quedaron impresionados del respeto a la propiedad y a la vida que tenían los habitantes del Imperio. Dentro de este contexto es fácil de explicar la no violencia en la vida comunal diaria.¹⁴

EL DERECHO DE MENORES EN EL INCARIO

Hábitos desde la cuna

El recién nacido no dormía con los padres. Lo hacía en una red colgada especialmente para él, fuertemente envuelto con las manos pegadas al cuerpo y era alimentado con leche materna sólo tres veces al día. En este proceso de alimentación la madre no tomaba al niño en brazos sino que acercaba el busto a la boca del niño. La razón para esto era evitar que el recién nacido se acostumbrara a estar en brazos- Al crecer el niño se le cavaba un hueco en el suelo donde se le tenía dándole algún juguete para su distracción. Durante la crianza de los hijos no les entregaban regalos y apenas el niño comenzaba a caminar se iniciaba un proceso de disciplina y de enseñanza que a diferencia de la que recibían los nobles era espontáneo y comunal y lo recibía en el seno de la familia y del Ayllu (grupo familiar unido por lazos de

¹⁴ EL IMPERIO DE LOS INCAS. Autor anónimo

sangre y religión que era la institución básica de la sociedad. Entre los 3 y 4 años el niño comenzaba a asumir responsabilidades en la actividades económicas de la familia, tales como pastorear y alimentar a los animales domésticos menores (llamas, alpacas, conejos, perros), más adelante aprendería los secretos del cultivo y crianza del ganado. Los padres seguían de cerca el proceso de crecimiento y maduración psicológica de sus hijos siendo condescendientes, por lo general, con las faltas menores (desobediencia a los padres, embriaguez, intromisión en propiedad ajena) que cometían en su época juvenil y con las faltas que violaban leyes expresas eran muy severos en sus castigos porque de acuerdo a las normas legales los padres eran corresponsables de las faltas que pudieran cometer sus hijos menores.

Esta formación que se daba a los incas desde la cuna, más las duras penas que se les imponía por la comisión de delitos, seguramente impidió que en el incario exista el juzgamiento a menores.

EL DERECHO PENAL EN LA COLONIA

b) Imposición del derecho penal español durante la colonia

El desarrollo independiente del Imperio Incaico fue quebrado por la irrupción de los españoles. La conquista fue el inicio de un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de los grupos unificados por la dominación inca constituían el Imperio y, al mismo tiempo, significó su reorientación conforme a los cánones europeos. La Colonia duró trescientos años y, durante este período, las estructuras y normas de conquistadores y conquistados se desarrollaron en un continuo proceso de interrelación y oposición recíproca. "El resultado final fue - anota Karen Spalding (1974: 22) - la organización interna del área andina como un sistema colonial basado en la sumisión de los miembros de la sociedad indígena hacia los de la sociedad europea, quienes a su vez se hallaban controlados y explotados por una metrópoli extranjera".¹⁵

La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también social, cultural (Wachtel 1973: 161; Mariátegui 1972: 56). La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo, no en el sentido de "integración social", significó la imposición de patrones sociales y culturales, lo que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. Junto a su lengua, religión, sistema económico y político, *los españoles trajeron e impusieron su derecho*.¹⁶

Como sucedió en todo caso de colonización, los conquistadores no suprimieron o ignoraron el derecho y, en general, la

¹⁵ "El Tragico Fin del Imperio Inca" - Prescott William H. - Editions De Cremilla, Geneve 1972.

¹⁶ IDEM

cultura del pueblo sometido. Ya hemos visto, líneas arriba, que se establece una interrelación entre ambos mundos. Los españoles reconocieron, en un inicio, la vigencia de todas las reglas que no contradijeran los principios básicos del orden jurídico español. Así lo dispuso el virrey Francisco de Toledo en ordenanza que fue confirmada por el Rey (Guarnan Poma de Ayala 1956: 137). En las Leyes de Indias, además, se llegó a reconocer cierta jurisdicción criminal a los caciques sobre asuntos de indios.

En el primer período de la colonia, si bien los indígenas sentían la enorme presión de las disposiciones coloniales, aún su conducta seguía orientada por normas y valores de la sociedad tradicional. Normas y valores que eran diversos, ya que los grupos sociales del incario no eran culturalmente uniformes.

Durante la colonia, la división básica de la sociedad se estableció entre colonizadores y colonizados. Pero, como dice Karen Spalding, esta distinción no se refería "a la diferencia entre personas de origen europeo y americano, una diferencia que a pesar de ser real, se hallaba claramente subordinada a una diferencia esencial, reforzada y subrayada por la ley; aquella existente entre dos culturas opuestas: la europea y la india. Los conquistadores eran aquellas personas que se consideraban a sí mismas y eran consideradas por otros miembros de la colonia, como descendientes de las sociedades indígenas que fueron sometidas al régimen español. Todos aquellos que remontaban su ascendencia hasta ancestros europeos, cualquiera que fuese su verdadero lugar de nacimiento, pertenecían a la sociedad dominante, por razones sociales y legales" (Spalding 1974:150).

De manera general, se puede decir que "a partir del virreinato de Toledo hasta el acceso de los Borbonés al

trono, se produce una organización social sistematizada y estatal que inserta las masa indias a la estructura total del país. Durante todo este proceso los españoles remodelan la "raza india" como "casta" perteneciente a la "cultura hispánica", pero sometida a los "blancos" en condiciones discriminatorias. En estas condiciones, la inserción de los "indios" a las estructuras coloniales se logra cada vez más, pero conservando siempre para ellos los caracteres y las prescripciones que impiden el paso desde la casta discriminada hacia otros grupos sociales". (Bravo Bresani 1970: 93).¹⁷

El correcto entendimiento de esta dicotomía y sus proyecciones en la historia de nuestro país, permite comprender muchas de las actitudes adoptadas por los descendientes de los colonizadores - que tomaron el poder luego de la independencia de la metrópoli- en el momento de elaborar las nuevas leyes de la República y en el tratamiento otorgado a los descendientes de los dominados. En relación del primer punto, tenemos, por ejemplo, la afirmación del legislador nacional al redactar la exposición de motivos del código penal de 1853, en el sentido que se había seguido muy de cerca al código penal español, porque estando las costumbres de los peruanos "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el proyecto de aquel modelo, en cuanto a lo segundo, resalta que se haya tratado de considerar a los indígenas como sujetos de capacidad disminuida.

Las primera leyes dictada por la corona española en los inicios de la conquista (en 1526, la posición sobre descubrimientos y, en 1542, las leyes nuevas de Carlos V, por

¹⁷ LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL UGARTE SALAZAR OLINTHO

ejemplo) no reflejaban aún la política de centralización que luego realizaría y que significó la fundación y el afianzamiento del Virreinato. En la conformación del orden jurídico de la colonia se debe distinguir dos aspectos, como muy bien lo señala Basadre (1937: 265); el primero concierne a la aplicación del derecho castellano, del cual Las Siete Partidas fueron, en la práctica, las más aplicadas; el segundo se refiere a la elaboración de un derecho especial para América.

Las leyes de Indias

Las Leyes de Indias fueron dictadas sin seguir un plan orgánico y se emitieron más bien de acuerdo a los problemas inmediatos que era necesario resolver. Ellas fueron reunidas en número de 6,377 en la Recopilación de 1680, que fue dividida en 218 títulos y en 9 libros. El libro sétimo reúne disposiciones de carácter penal y moral y, el quinto, reglas referentes a las jurisdicciones en general y a los funcionarios.

El mencionado libro VII estaba compuesto por ocho títulos y se ocupaba, preferentemente, de los delitos y de las penas. El título primero estaba consagrado a lo que ahora denominamos "instrucción" y recibió la denominación "De los pesquisidores y jueces de comisión". En el título segundo, "De los juegos y jugadores", se prohibía toda clase de juegos de azar cuyo valor superase los diez pesos oro. El aspecto penal es muy limitado en el título tercero, que regula "De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas". La situación y el tratamiento "De los vagabundos y gitanos" y "De los mulatos, negros, barberiscos e hijos de indios" fueron regulados en los títulos cuarto y quinto, respectivamente. Las

disposiciones de este último título se caracterizaban por su carácter severo e intimidatorio. En el título sexto se halla contenida una serie de normas que detallan la organización carcelaria y el tratamiento a que debían ser sometidos los detenidos. Se le denominó "De las cárceles y carceleros". Las reglas del título sexto complementan a las del título anterior pues se refieren a las ocasiones y a la forma en que se debería realizar el control de los establecimientos de detención. Por esto es que se le designó con la frase "De las visitas de cárcel". Por último, en el título octavo, "De los delitos y penas y su aplicación", se enumeran y describen, desordenadamente, los diferentes comportamientos punibles y las sanciones que se imponía a los responsables.¹⁸

Estas normas, como sucedió en forma más notoria con las referentes al denominado "derecho social indiano", no fueron cumplidas. Los funcionarios encargados de su aplicación no las acataron, en provecho de sí mismos, para lo cual muchas veces se apoyaron en la posibilidad que brindaba la misma legislación de no ser aplicada en caso que pudiera dar lugar a escándalo o daño irreparable. La separación abismal entre el derecho y la realidad se encuentra cristalizada en la fórmula "se acata pero no se cumple".

Tanto en relación con el derecho peninsular como con el derecho indiano, se trató de la imposición de un derecho. Los miembros de la sociedad aborígen constituyeron sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. No se trata, pues, de un caso de recepción de derecho español ya que éste fue impuesto mediante la fuerza y la destrucción.

¹⁸ GRANDEZA Y MISERIA DE LOS INCAS Jose Maria Iraburu

La legislación indiana no encontró posteriormente eco en la legislación de las repúblicas independientes. La impronta hispánica es el resultado de la imposición y aplicación del derecho castellano durante la Colonia. Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el traspaso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español en el Perú. Este amplio criterio (Kitagawa 1970: 19) no lo consideramos correcto porque nos impide comprender cabalmente el significado y la naturaleza de tal proceso histórico, y juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición de un Derecho. El primero se da -conforme distinguimos antes- cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su unilateralidad. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada" (Rheinstein 1974: 126, 127). La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de "importación" o "exportación" de derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora esquemáticamente y ya explicados anteriormente. Por esto Rheinstein (1974: 155) admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala de formas

intermediarias y combinaciones: "bilden die beiden Endpunkte einer breiten Skala von Zwischenformen und Kombinationen".

En el caso peruano, no podemos decir que se trata de un simple trasplante de derecho, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Mas tampoco puede hablarse de una recepción, porque los indígenas no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. Los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron para resolver sus diferendos. Simultáneamente, el Rey dictó reglas especiales para normar la conquista y la colonización. En esta etapa inicial, como hemos visto, sobrevivió el derecho indígena, aplicado por las autoridades autóctonas.

Como en otros procesos de colonización, pues, el derecho colonial en el Perú se limitaba, sobre todo, a regular las relaciones económicas mientras que, frente a la resistencia de las normas jurídicas autóctonas, el status personal continuó, en su primer momento, sometido a la costumbre. Sin embargo, en la realidad, la conquista fue lenta y violenta, culminando en el sometimiento de los nativos y la destrucción de su cultura. Los españoles impusieron su derecho. Los indios fueron perseguidos y juzgados conforme a las leyes hispánicas.

EL DERECHO DE MENORES EN BOLIVIA.

Para comprender a cabalidad lo que es el derecho de menores es necesario señalar que en Bolivia se considera menor de edad al ser humano desde que nace hasta que llega a su mayoría.

La minoridad está determinada por la naturaleza humana (su falta de madurez bio-psíquica).

El concepto de minoridad varía en cada sociedad y de acuerdo a los tiempos. Antiguamente se alcanzaba la mayoría a los 25 años- Luego se la fijó en 21 años- Hoy, gracias a la Convención Sobre Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 20 de octubre de 1989, se fija en 18 años, en Bolivia por Ley N° 2089 de 5 de mayo de 2000, se adquiere la mayoría de edad a los 18 años cumplidos.

El tema de los niños (antes llamados menores) es de reciente preocupación, antiguamente los niños estaban invisibilizados, concretamente en la Edad Media NO EXISTÍA

el criterio de infancia, se consideraba al niño como un "adulto en miniatura", por eso se le exigían trabajos superiores a su edad y se lo castigaba duramente por cualquier falta.

Gracias al avance de nuevas ciencias como la Pediatría, Pedagogía y la Psicología se llegó a considerar al niño como un ser

diferente y valioso. Esa toma de conciencia se fortificó en reuniones internacionales dando lugar a la aparición de una nueva rama del derecho: El Derecho del Menor, es a partir del Derecho de menor, los niño con familia estable, con derechos más o menos respetados y necesidades satisfechas, y los

menores que son excluidos de esos beneficios, son "objeto"
¹⁹ Martha Villazon. Código del Niño, Niña Adolescente de la ley de menores y sus medidas "tutelares".¹⁹

DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.-

El Derecho de la Niñez y Adolescencia es la disciplina jurídica que se ocupa de la protección integral de niños(as) y adolescentes, fijando derechos y deberes, las obligaciones de los adultos hacia éstos, la creación de organismos y procedimientos encargados de su cumplimiento.²⁰

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA LEGAL BOLIVIANO DE PROTECCIÓN DE NIÑOS.-

PRIMER PERIODO.- (Pre-codificatorio)

La ley más antigua en la materia fue la de 8 de marzo de 1.834 que crea EL PATRONATO NACIONAL DE HUÉRFANOS DE GUERRA, en respuesta a la tragedia del Chaco. Dependía del Ministerio de Defensa. Su objetivo era benéfico, sus normas y administración escasas y deficientes. En 1.937, amplía su acción a los niños y adolescentes pobres, pasó a depender del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, bajo el nombre de: PATRONATO DE MENORES, con sede en la ciudad de La Paz. Por D. S. 05436 de 21 de marzo de 1960 se crea EL CONSEJO BOLIVIANO DEL MENOR, de cobertura nacional y con una mejor estructura, ya atendía casos de abandono, migración, malos tratos, tenencias indebidas y otros casos afines.

SEGUNDO PERIODO - (Codificación)

CÓDIGO DEL MENOR- Se inicia con la promulgación del PRIMER CÓDIGO DEL MENOR, por D.S. 7760 de primero de agosto de 1966, que crea el CONAME (Consejo Nacional del Menor) para lo administrativo y el TRIBUNAL TUTELAR DEL MENOR para lo jurisdiccional.

²⁰ Martha Villazon. Código del Niño, Niña Adolescente

En 22 de diciembre de 1971 se crea la JUNTA NACIONAL DE ACCIÓN SOCIAL (JUNAS) Y CONAME pasa a depender de ella.

EL SEGUNDO CÓDIGO DEL MENOR surge por D.L. 12538 de 30 de mayo de 1975, crea el DÍÑAME (Dirección Nacional del Menor) que funcionaba en la ciudad de La Paz, DIRMES (Direcciones Regionales del Menor) en las otras ciudades y DIPROMES (Direcciones Provinciales) en las provincias. Esa cobertura nacional se debió a los muchos casos denunciados de salidas ilegales de niños al exterior.

Este segundo período tenía normas más completas, pero seguía bajo la influencia de la DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR DEL MENOR, que consideraba a niños y familias pobres como un peligro social, privilegiando la institucionalización o internamiento de los niños(as). Sus medidas eran meramente asistenciales cuando no represivas.

Al empuje de nuevas leyes como La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada y elevada a rango de ley nacional el año 1990, bajo la Ley 1152, SE PROMULGA UN NUEVO CÓDIGO DEL MENOR, por Ley 1408 de 18 de diciembre de 1992, bajo la DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, que toma la protección de los niños como responsabilidad estatal y social, establece políticas de prevención, protege desde la concepción hasta los 21 años, por primera vez habla de la familia de origen, crea familias sustituidas y sólo en último caso permite la institucionalización o bien la adopción. Lo más importante: crea la jurisdicción del Menor (Jueces de Partido del Menor) Dicho Código no pudo vencer del todo la influencia de la Doctrina de la situación irregular, en la parte procedimental adolecía de vacíos y hasta contradicciones, tal vez por su aprobación parlamentaria veloz, de ahí que surgió un nuevo proyecto que dio lugar al nuevo código, CÓDIGO DEL NIÑO NIÑA Y ADOLESCENTE.

b) CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.-

Por iniciativa y esfuerzo de Defensa de los Niños Internacional (DNI-Bolivia), el apoyo de UNICEF y el concurso entusiasta de instituciones y expertos en la temática, en fecha 27 de noviembre de 1.999 ha sido promulgado el CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, instrumento legal que tiene como objetivos: la protección integral de los derechos de la infanto-adolescencia, consolidar su cualidad de sujetos de derecho, asegurarles normas claras y definir la misión de los organismos creados. Pretende superar la ambigüedad en el tratamiento y procedimiento de varios institutos como ser, justicia para adolescentes infractores, medidas de protección jurídica, adopciones internacionales, entre otras.

Otra novedad que contiene es la creación de los EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS que funcionarán junto al juez de la Niñez para realizar trabajos de asesoramiento, apoyo, investigación de casos, y seguimiento de casos y de la ejecución de medidas socioeducativas que disponga el juzgador.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN MATERIA PENAL JUVENIL

Los Juzgados especializados en Niñez y adolescencia hicieron su aparición con la Ley 1403 de 18 de diciembre de 1.992 llamada Código del Menor.

La Reforma legal de 1.999 ha dado lugar a la promulgación del Código del Niño, Niña y Adolescente donde en forma más completa y precisa se fija la jurisdicción y competencia en materia de justicia penal de adolescentes.

Con sujeción al Art. 263 los Juzgados de la Niñez y Adolescencia tienen jurisdicción en el territorio de las capitales de departamento y en todo el territorio de la respectiva provincia.

RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE POR INFRACCIONES

El Código Niña Niño Adolescente, establece que "Se considera infracción a la conducta tipificada como delito en la Ley Penal, en la que incurre como autor o participe un adolescente y de la cual emerge una responsabilidad social".

"En caso de que el adolescente cumpla dieciocho años durante la ejecución de una sanción socio-educativa, continuará bajo la competencia del Juez de la Niñez y Adolescencia". Art. 221, 222 claramente determinan que "La responsabilidad social se aplicará a los adolescentes comprendidos desde los doce años hasta los dieciséis años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o Leyes Penales especiales siendo pasibles a las medidas socio-educativas señaladas en el presente Código. Art. 223 "Las niñas y niños que no hubieren cumplido los doce años de edad, están exentos de responsabilidad social quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será demandada ante los tribunales competentes".²¹

²¹ Código del Niño, Niña, adolescente.

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD PENAL Y DEL MENOR
SUBJETIVA Y ADJETIVA DE BOLIVIA

Es necesario comenzar este capítulo realizando una definición de delito, inimputabilidad e imputabilidad, ya que son términos que los vamos a utilizar durante toda la realización de esta tesis y nos va a ayudar a comprender mejor los motivos por los cuales se está planteado la presente tesis.

DELITO.- Recogiendo la definición de Jiménez de Asúa, se entiende por delito "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". En consecuencia, según ese mismo autor, las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Soler lo define como "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta", por lo cual sus elementos sustantivos son: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura. Para la definición de Carrara, en la cita de Soler, es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto extremo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, en todas esas definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualquiera que sea su gravedad. Mas el delito tiene en algunos códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención."²²

²² DICCIONARIO JURÍDICO. CABANELLAS.

INIMPUTABILIDAD.- Si se toma la definición semántica de imputabilidad como calidad de imputable, queda fuera de toda duda que la inimputabilidad habrá de ser la calidad de no imputable. De ahí que en la doctrina se haya discutido ampliamente si la inimputabilidad presenta un concepto autónomo dentro de la ciencia penal o si, por ser el aspecto negativo de la inimputabilidad, debe ser considerada juntamente con ésta. La tesis de la índole negativa de la inimputabilidad encuentra un fuerte apoyo en el presupuesto de que todo el mundo es inimputado mientras no sea objeto de imputación. Precisamente por eso, cuando se habla en Derecho de inimputabilidad, se está haciendo alusión a aquellas personas que, no obstante haber realizado un acto configurativo de delito, no puede hacérselas responsables de éste. Dicho de otro modo, la inimputabilidad es la situación en que se hallan las personas que, habiendo realizado un acto configurado como delito, quedan exentas de responsabilidad por motivos legalmente establecidos. Partiendo de los conceptos expuestos, Jiménez de Asúa expresa que, siendo el concepto de la inimputabilidad, en psicología, la facultad de comprender el bien, lo único que hay que hacer es conocer su aspecto negativo; o sea, los motivos de inimputabilidad, que pueden ser definidos como la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales, que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; o sea, aquellas causas en las que, sí bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró. De ahí que la inimputabilidad se relacione con la personalidad del autor del hecho delictivo y que se consideren inimputables quienes no se hallan capacitados para darse cuenta de la criminalidad del acto o para dirigir sus

acciones, lo que específicamente puede suceder por falta de desarrollo mental, por tener una edad que suele señalarse hasta los diez o los doce años, según las legislaciones, o hasta los catorce años y aun los dieciséis o los dieciocho en los códigos más avanzados, así como también por la sordomudez; por falta de salud mental, que, según los autores, puede tener causas biológicas o psiquiátricas puras, psicológicas o de origen mixto psiquiátrico - psicológico y jurídicas, y por trastorno mental transitorio, que puede estar producido por embriaguez o por fiebre y dolor. Una parte de la doctrina sostiene que, si la inimputabilidad es susceptible de diversos grados, también lo ha de ser la inimputabilidad, que viene a representar su contrapartida, y que eso sucedería cuando el agente, al cometer el delito, tuviese su capacidad no totalmente excluida, sino meramente restringida. Igualmente se ha discutido si la vejez y el sexo pueden ser causa de inimputabilidad por sí solos, lo que ha sido categóricamente negado, aun cuando pueda admitirse que constituyan circunstancias modificativas de la responsabilidad cuando la menstruación, el embarazo o la menopausia, en la mujer, y la evolución de la senectud sean causa de estados psicopáticos o Psicóticos (Jiménez de Asúa).²³

IMPUTABILIDAD.- Se dice que un individuo considerado como capaz ante la ley es imputable siempre que pueda probarse que obró con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias de éste. La penalidad que corresponde al delito es, en principio, un ente abstracto, que se concreta considerando en primer término la imputabilidad o responsabilidad del agente. Puede decirse, en síntesis, que

²³ DICCIONARIO JfúrTOICO. CABANELLAS

la imputabilidad es la norma, y la inimputabilidad, la excepción, resultante siempre de circunstancias especiales.²⁴ Ya teniendo conocimiento de las definiciones anteriores debemos señalar que la doctrina de la protección integral surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales que representan expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas -y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional-, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Además, la protección integral de los derechos de los niños representa una noción abierta, ya que cada Estado debe progresivamente asegurar nuevos y mejores niveles de reconocimiento y efectivización de derechos a sus niños y jóvenes, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia. Por ejemplo, en la medida en que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños al prever el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general.

Hay algunas cuestiones en las que la llamada doctrina de la protección integral indudablemente representa un cambio radical en la forma de entender a los niños, a los jóvenes y a sus derechos.

²⁴ DICCIONARIO JURÍDICO CABANELLAS

En un Código integral, -que es al que obedece nuestro actual ordenamiento jurídico sobre el menor- se definen al comienzo los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos cuanto judiciales. De este modo desaparecen las categorías de abandono, riesgo o peligro moral o material, situación irregular o las más modernas de vulnerabilidad, o disfunción familiar y los remedios reestablecen derechos, en lugar de vulnerarlos.

También en el caso de un Código integral, se distinguen claramente las políticas sociales de la política criminal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales entendidas como responsabilidad conjunta -en su diseño y ejecución- de la sociedad civil y del Estado. En general se abandona la denominación de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a definirse de manera afirmativa, como sujetos plenos.

En cuanto a la política criminal, se reconocen a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Es importante insistir en que en un modelo de protección integral la circunstancia de estar creciendo no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente por esa circunstancia cuentan con

algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

En un sistema de ese tipo, se establecen como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o internación. En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

EL Art. 41 de la Constitución Política del Estado Boliviano Vigente establece que "Son ciudadanos los bolivianos, varones y mujeres mayores de dieciocho años de edad, cualesquiera sean sus niveles de instrucción, ocupación o renta".

CÓDIGO PENAL VIGENTE

El Código Penal establece que "La ley penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de diez y seis años".

EL CÓDIGO NIÑA NIÑO ADOLESCENTE

Ya se ha hecho referencia en el capítulo anterior el surgimiento del Código Niña, Niño, adolescente por lo que acotando a este punto cabe decir que Bolivia cuenta, como la mayoría de las legislaciones Latinoamericanas, con un Derecho tutelar del menor de carácter proteccionista, inspirado en el llamado "modelo de bienestar" o *Wohlfahrtsmodell*. La legislación específica de menores se encuentra recogida en el

Código del Niño, Niña y Adolescente. Este Código contempla sólo vagamente el tratamiento del menor infractor de la ley penal, y más bien hace referencia a normas generales sobre el tratamiento jurídico del menor, sus derechos fundamentales, sus obligaciones, aspectos de la vida familiar, normas relativas a la adopción, etc. Conviene señalar que la legislación de menores vigente obedece a una mera adecuación formal a la Convención de los Derechos del Niño, que no cumple con el espíritu de este instrumento. La necesidad de una legislación específica y adecuada sobre el tratamiento penal del menor ha pasado hasta ahora inadvertida.

DERECHO COMPARADO

Introducción.

La doctrina unánime atribuye al menor edad la naturaleza de causa de exclusión de la culpabilidad debido a la ausencia de uno de sus elementos constitutivos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Sin embargo, la cuestión de la minoridad penal, puede tener otras consecuencias jurídico-penales al margen de la exclusión de la culpabilidad; Puede no afectar a la presencia de la responsabilidad penal, pero sí conectar a ésta a la imposición de sanciones específicas, o bien de sanciones ordinarias atenuadas; o puede ser tenida en cuenta en el ámbito penitenciario -por ejemplo, determinando la ejecución de la sanción penal en establecimientos especiales-; o ser considerada en el ámbito procesal, sometiendo al menor delincuente a un procedimiento penal específico conducido ante Tribunales especiales.

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS TRIBUNALES DE MENORES.

Carlos Tiffer Sotomayor, señala que el paso del Derecho Penal represivo del pasado siglo y principio de este al Derecho

protector en lo que a menores respecta, exigió la creación de una jurisdicción especial, dotada de un procedimiento peculiar y desempeñada por un órgano especializado que aplicara un tratamiento reformador y tutelar al menor delincuente o desamparado.

A esta exigencia respondió la creación de los Tribunales de Menores, quienes constituyeron la pieza fundamental del sistema tutelar de menores en todos los países del mundo. De estos Tribunales se ha dicho que son el mayor progreso en la historia del Derecho desde la Carta Magna.

Su origen se encuentra en los Estados Unidos de América, en 1899 se crea en Chicago el primer organismo de esta clase destinado a delincuentes jóvenes y con función educativa y correccional. Fue constituido por la Ley No 21 / 1899 sobre proyecto del juez Harwey B. Hurd que a su vez sirvió de modelo para el establecimiento en otros Estados y su rápida extensión por todo el país. De Norteamérica pasan a Europa en el primer cuarto de nuestro Siglo XX, siendo las primeras naciones que lo adoptan Bélgica, Francia, Suiza, Holanda, España e Italia. No tardó poco en aparecer en Iberoamérica. Para el año 1930 los Tribunales de Menores constituyen una realidad en un número considerable de países. En Inglaterra fueron creados en 1905, Alemania en 1908, Portugal en 1911, Hungría 1911, Francia 1912, España en 1918 y Japón en 1922. En América Latina por su parte fueron establecidos en 1919, en Argentina, 1923 en Brasil, 1928 en Chile y 1939 en Venezuela.

Según varios tratadistas el tratamiento diferenciado de la infancia-adolescencia desde el punto de vista jurídico, en América Latina se remonta a las primeras décadas del Siglo XX, hasta ese entonces la única diferenciación normativa existente se encontraba en los todavía vigentes Códigos

Retribucionistas del Siglo XIX, su especificidad se limitaba a reducir las penas en 1/3, tratándose de autores de delitos con edad inferior a los 18 años. Las penas a ellos impuestas casi siempre consistían en la privación de libertad, donde adultos y menores de edad eran alojados en las mismas instituciones penitenciarias sin atender a las más elementales normas de compartimentación, ello - manifiesta en forma unánime los investigadores- trajo por consecuencias un amplio movimiento de cambios que exigían dar un tratamiento diferenciador a la infancia transgresora de las leyes vigentes de cada nación, su resultado fue la instauración en América Latina por un período de veinte años de legislaciones de menores que batallaban la protección de la infancia supuestamente abandonada y delincuente, abriendo la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para disponer de aquellos menores moralmente abandonados, esta lucha comenzó en el año 1919 en Argentina y se extendió hasta Venezuela en 1939. Estas diferencias se advierten en la lucha entre una concepción tradicional que se resiste a romper de modo absoluto con el modelo de los Tribunales Ordinarios, y una tendencia innovadora que aspira a que el Tribunal de Menores sea una institución totalmente distinta a los organismos jurisdiccionales ordinarios. Por su parte los países escandinavos no han constituido Tribunales de Menores, sino Consejos de Asistencia y Comisiones de Protección en los que la función educativa es la primordial.

Los países de Europa Norte y Occidental han utilizado la tendencia social administrativa. (Suecia, Noruega y Finlandia). En vez de Tribunales de Menores tienen Comités de Protección de la Infancia integrados por expertos .en medicina, religión, educación, etc.

Entre las medidas ocupa un lugar preferente la libertad vigilada o probación (probation system) bajo la tutela de un agente que en ocasiones ha logrado convertir bandas de delincuentes en clubes sociales. Este método ha obtenido aceptación y elogio general. Los Centros de Reformas o Reformatorios se hayan en descrédito por achacárseles haber sido más coercitivos que educativos-

El Primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores realizado en París entre el 29 de Junio y el 1 de Julio de 1911, constituyó un momento en la tarea de reconstrucción histórica de la minoridad pues por primera vez se expusieron de forma sistemática todos aquellos temas que con pequeñas variaciones han llegado hasta hoy sobre el menor abandonado-delincuente.

Otros esfuerzos internacionales se han realizado como la Declaración de los Derechos del Niño 1959, la Convención de los Derechos del Niño 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o "Reglas de Beijing", 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 (Directrices de RIAD), todos sin lugar a dudas de tremenda dimensión e importancia en cuenta al tratamiento del menor infractor de la ley penal. Entre ellos emerge con singular distinción La Convención, a partir de la cual se abre una etapa superior en la difícil tarea de administrar justicia a niños y adolescentes.

CENTRO AMÉRICA

EL SALVADOR

La Ley del Menor Infractor entró en vigencia el 1° de octubre de 1994. En ella se crea un régimen jurídico especial para las personas menores de edad que cometan delitos o faltas.

Establece las garantías del debido proceso sustancial y formal. En este aspecto es importante destacar que se determina con precisión en el capítulo *Régimen de libertad* los casos excepcionales en que procede la privación de libertad (detención, la privación de libertad en flagrancia y la privación de libertad por orden judicial o sea la preventiva. Esta sólo puede decretarse cuando concurren todas las circunstancias enunciadas en la ley, o sea cuando la infracción penal que se le atribuye al adolescente estuviere sancionada con pena de prisión cuyo mínimo sea igual o superior a dos años, que se tengan suficientes indicios o evidencias sobre la autoría o participación del adolescente, tomando en cuenta las circunstancias en que ocurrió el hecho y el grado de responsabilidad y que existieren indicios de que el imputado pudiere evadir la justicia o entorpecer la investigación. Las medidas provisionales no podrán exceder de noventa días, concluido el término cesarán de pleno derecho si no se hubiere ordenado de manera definitiva salvo que el plazo de la investigación se hubiera ampliado por un plazo igual, o sea en total seis meses como máximo (art. 17 párrafo 5°). También incorpora garantías específicas de la condición de adolescente: la protección integral, el interés superior del niño, la formación integral, la reinserción en la familia y la sociedad, la prohibición de la publicación de datos que de manera directa o indirecta permitan identificar al adolescente, la finalidad educativa del proceso, la posibilidad de la presencia de los padres, tutores o

responsables desde el momento de la detención, la finalidad primordialmente educativa de las medidas a imponer, la prohibición de recluir a los adolescentes en lugares o centros de detención para personas sujetas a la legislación penal común, la presunción de minoridad, la garantía de discreción en las actuaciones judiciales y administrativas, el dictado de medidas de protección cuando se compruebe que al adolescente se le amenaza o vulnera algún derecho, el interés superior del niño como límite a la conciliación.

HONDURAS

La materia está regulada en el Código de la Niñez y la Adolescencia vigente desde el 5 de septiembre de 1996 en el Título denominado DE LOS NIÑOS INFRACTORES DE LA LEY. En él se indica que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común y sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en ese cuerpo normativo por las *acciones u omisiones ilícitas* que realicen. La legislación hondureña establece las garantías del debido proceso sustancial y formal. En la Sección Tercera titulada *De La Aprehensión* establece los supuestos en que procede la aprehensión de los niños. Detalla los derechos del niño en el momento de la aprehensión, establece las situaciones excepcionales en que pueden usarse medios físicos de contención en la aprehensión de un niño. También regula de manera específica la aprehensión de niños extranjeros y de niñas embarazadas. La aprehensión debe comunicarse, sin tardanza, a la Junta de Bienestar Social o al Ministerio Público. Las medidas cautelares aplicables durante el proceso son las mismas que las medidas definitivas. Serán impuestas excepcionalmente, mediante resolución judicial fundada, durarán el tiempo necesario para cumplir el trámite de que se

trate, deberán ser proporcionales a la infracción cometida y adecuadas a las circunstancias en que se encuentre el niño. Dictada una medida cautelar la investigación no pueden exceder de 30 días ampliables a 60 a solicitud del Ministerio Público. En cuanto a las garantías procesales el Código establece que todo niño infractor participará en el proceso si su grado de madurez lo aconseja. Incorpora garantías específicas de la condición de adolescente: la más importante contenida en la Parte General que establece que las disposiciones del Código se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección a los niños, que sus progenitores o representantes legales se encuentren presentes en las diversas etapas del procedimiento, salvo si esa presencia es perjudicial para el niño, que en la aplicación de las medidas se procure mantener la relación del niño con su familia, que las medidas se cumplan en centros especializados separados de los adultos, el derecho a continuar su desarrollo educativo y profesional, a permanecer separados de otros niños que puedan influir negativamente en su conducta y de mayores de dieciocho años que todavía se encuentren cumpliendo alguna medida. Que la audiencia del juicio sea reservada.

COSTA RICA

Un nuevo modelo de responsabilidad para los adolescentes fue instaurado en Costa Rica a partir de la puesta en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 1° de mayo de 1996.

Esta ley, aunque fundamentalmente procesal, contiene principios, sanciones y mecanismos de aplicación de las mismas que permiten construir, con base en el Código Penal de Adultos, un derecho penal mínimo para los adolescentes,

tomando en cuenta, la especificidad de la responsabilidad penal de las personas menores de edad mayores de 12 años.

Establece las garantías del debido proceso sustancial y formal (Art.10) en el capítulo denominado DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Introduce garantías específicas como el derecho a la privacidad (art. 20) y el principio de confidencialidad (art. 21). Establece el principio de *lesividad* que prohíbe sancionar a una persona menor de edad si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado (art. 14). Reconoce al adolescente el derecho a la inviolabilidad de la defensa (art.22) y el derecho de defensa en sí (art. 23).

NICARAGUA

Nicaragua aprueba el Código de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Ley 287 el 24 de marzo de 1998 y cuya vigencia fue prevista a partir de ciento ochenta días a partir de su publicación, la que se realizó el 1 ° de junio de ese año.

El Código dedica el Libro III SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA al tema de la justicia penal del adolescente.

Establece las garantías del debido proceso sustancial y formal en el capítulo II denominado DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES.

ESPAÑA.

La creación de los Tribunales de Menores fue hecha en 1918, a raíz del Decreto-Ley sobre creación y funcionamiento de los tribunales para niños.

En la actualidad se rigen por el texto refundido de la Ley de Tribunales de Menores del 11 de Junio de 1948 y el Reglamento para su ejecución de la misma fecha.

Existe un Tribunal en las capitales de provincias, a excepción de la jurisdicción de Madrid, para la que se prevé dos jueces unipersonales.

La competencia de estos Tribunales comprende tanto la facultad reformadora como la protectora.

En el caso de la Reforma conocen los delitos o faltas, de las infracciones consignadas en las leyes provinciales y municipales y de los fenómenos de corrupción (prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos) atribuidos a menores o realizados por ellos antes de cumplir los 16 años,

En uso de la facultad Protectora su competencia se extiende a conocer de los hechos realizados por mayores de 16 años que supongan abandono, corrupción o malos tratos a menores.

El ejercicio de esta facultad reformadora no tiene carácter represivo, sino educativo y tutelar.

El código Penal Español fijó como límite de la absoluta minoría penal los 16 años, en su artículo (8.2).

Señala que cuando el menor de esta edad ejecute un hecho castigado por la ley será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales de Menores.

Establece la responsabilidad atenuada para los mayores de 16 años de edad que no hayan cumplido los 18 años de edad.

En caso de enjuiciamiento de un menor de 18 años de edad y mayor de 16 y en atención a las características del sujeto y circunstancias del hecho, se puede sustituir la pena impuesta por el internamiento en una sustitución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable.

En cuanto al procedimiento establecido para corregir y proteger a menores se establece que las sesiones no serán públicas. El Tribunal de Menores es un tribunal de carácter tutelar y reformador aplicable por una jurisdicción especial,

no se someterá a las normas procesales de las demás jurisdicciones. Sus decisiones se llamarán acuerdos y los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales.

Recogen así la tendencia moderna de defender la jurisdicción de menores de la Ordinaria.

FRANCIA.

Legislación aplicable. El nuevo Código Penal Francés de 1 de marzo de 1994, en su artículo 122.8 se remite en lo que respecta a la responsabilidad penal de los menores, a la legislación especial en la materia, contenida en: Ordenanza N° 45-174, del 2 de febrero de 1945, complementada y modificada por la ley de 24 de marzo de 1951, las ordenanzas de 22 y 23 de diciembre de 1958 y la ley de 17 de julio de 1970.

El sistema francés inspirado por el pensamiento de la defensa social, establece un sistema de justicia de menores de carácter titular y asistencial. La mayoría de edad es mantenida en los dieciocho años, pero se suprime la cuestión del discernimiento. Por debajo de esa edad el menor es irresponsable penalmente y aparece sometido únicamente a *"medidas de protección, de asistencia, de vigilancia y de educación"*, desprovistas de carácter represivo [artículo 2(1)]. Sin embargo, este principio no es absoluto. Se distinguen dos categorías de menores, separados por la frontera de los trece años. Los menores de trece años no pueden ser penados en ningún caso, puede imponérseles sólo medidas educativas o protectoras apropiadas al caso particular (remisión a los padres o persona digna de confianza, internamiento en una institución de educación o formación profesional, internamiento en un establecimiento

médico o médico-pedagógico, remisión a los servicios de asistencia a la infancia, libertad vigilada, etc.).

Con respecto a los menores de edad comprendidos entre los trece y los dieciocho años aparecen previstas las mismas medidas del caso anterior, si bien pueden ser objeto de una sanción penal cuando lo exijan "*las circunstancias personales del menor*" [artículo 2. (2)], que puede ser combinada con una medida de libertad vigilada. Suprimido el criterio de discernimiento, se introduce un criterio de oportunidad que decide la elección entre la vía educativa y la vía penal. De escogerse la sanción penal, ésta se impone atenuada al reconocer la Ordenanza de 1945 una "*excusa atenuante de minoridad*" (se trata de una circunstancia atenuante) respecto de los menores de trece a dieciséis años de modo obligatorio, para aquellos de dieciséis a dieciocho años puede ser excluida por una decisión especialmente motivada del Tribunal [artículo 2 (3)].

ALEMANIA.

Legislación aplicable. Código Penal de 1974, párrafo 19 y la Ley de Tribunales Juveniles del 11 de diciembre de 1974, cuya última reforma data del 30 de agosto de 1990.

Se distinguen tres grupos, niños, jóvenes y jóvenes adultos, para los cuales se establece un tratamiento diferenciado desde la óptica del Derecho Penal. Sólo respecto de los dos primeros grupos, niños y jóvenes, aparece implicado el problema de la capacidad de culpabilidad. Respecto del joven adulto ésta no es, en principio, planteada, si bien el dato de la edad es tenido en cuenta en orden a la graduación de la sanción y, en casos excepcionales, para la aplicación de las sanciones previstas para los jóvenes.

Respecto a los menores de catorce años (niños) se sigue un método biológico puro en cuanto se declara su irresponsabilidad absoluta sin atención a valoración alguna de la madurez intelectual y moral. Así se establece en el citado párrafo 19 del Código Penal. Desde el punto de vista dogmático esta disposición es considerada causa de exclusión de la culpabilidad. Cuando un menor de catorce años delinque es posible únicamente la imposición de medidas por el Tribunal Tutelar. Este puede dictar medidas protectoras o acordar medidas educativas. Desde hace años, se discute en el seno de la doctrina alemana sobre la posible elevación de la minoría de edad penal hasta los dieciséis años.

La responsabilidad del "Joven", esto es, de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años, se encuentra condicionada por su madurez moral y mental. De acuerdo con el párrafo 3 de la Ley Penal Juvenil, sólo es responsable penalmente *"sí según su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar el injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión"*. Este criterio fue introducido por la Ley Penal Juvenil de 1923 y sustituye al anterior criterio del discernimiento, que atendía sólo a la capacidad de comprensión. En base a estudios de psicología se estimó que para enjuiciar la responsabilidad del joven debía atenderse también a la madurez moral y a la capacidad de formación de la voluntad. Esta Ley de 1923 introduce la exigencia de capacidad de formación de voluntad y formula negativamente la responsabilidad del joven. A partir de la Ley Penal Juvenil de 1943 la formulación es positiva, de modo que la responsabilidad penal surge sólo si es demostrada positivamente su capacidad. Respecto de los jóvenes no hay ningún indicio de culpabilidad, sino que ésta debe ser examinada y fundada en cada caso. La doctrina destaca el

paralelismo de la norma de la Ley Penal Juvenil con el párrafo 20 del Código Penal, donde se establece que *"actúa sin responsabilidad quien es incapaz de comprender lo injusto del hecho o actuar conforme a este entendimiento"*, si bien, frente a esta norma, se exige una comprobación positiva de las capacidades indicadas para afirmar la responsabilidad jurídico-penal.

El método seguido por el párrafo 3 de la Ley en la determinación de la imputabilidad es, como el formulado en el párrafo 20 del Código Penal, de carácter biológico-psicológico. Esto es, el desarrollo moral y espiritual es el fundamento biológico, y la falta de capacidad de comprensión o de acción la consecuencia psicológica exigida por la ley. El significado de estos conceptos, en función de los cuales se decide la capacidad de culpabilidad del joven cuya edad oscila entre los catorce y los dieciocho años, es objeto de amplia atención por parte de la doctrina penal y médico-forense.

Para algunos, el enjuiciamiento de la madurez ha de hacerse en función de criterios biológicos y socio-psicológicos. Para otros, la madurez a que se refiere la ley tiene cuatro fundamentos: ético, intelectual, emocional y volitivo. A este grado de madurez, que debe capacitar al joven para comprender el injusto del hecho y actuar según esa comprensión, lo denominan *"madurez social"*, concepto que definen como *"capacidad de comprensión del injusto por la formación social y, por motivo de esa formación social, de conformar su actuación conforme a Derecho"*.

Dentro de esta misma idea, la capacidad de entendimiento se refiere a la capacidad de comprensión del injusto material del hecho no únicamente de su carácter inmoral o contrario a las costumbres. Exige no sólo un determinado grado de

desarrollo intelectual, sino también de madurez moral. Presupone: a) un estado de desarrollo que hace al joven capaz de conocer que su acción es incompatible con la convivencia ordenada y pacífica de los hombres y por lo tanto, no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico; todo lo cual comprende no sólo una madurez intelectual, sino también una madurez ética, en el sentido de formación de las representaciones morales; b) la capacidad de reconocer el injusto material, que se diferencia del conocimiento de la norma legal o de la punibilidad del hecho, pero también de la mera capacidad de comprensión de lo inmoral o contrario a las costumbres. La capacidad intelectual ha de ser constatada no de un modo formal y abstracto, sino en relación al hecho concreto, si hay un concurso de delitos o de leyes, ha de averiguarse en relación a cada uno.

En segundo término, es necesaria, la capacidad de formación de la voluntad según esa comprensión, o capacidad de acción. En ocasiones está presente el primer elemento pero falta la capacidad de inhibición. Como la anterior, depende también del hecho concreto: puede un joven ser completamente responsable respecto de un hurto y no de un delito sexual, también puede variar de un tipo básico a uno cualificado. Aquí surgen los mismos problemas que en la determinación de la imputabilidad, cómo demostrar el poder de actuar de otro modo, y la aún no resuelta cuestión de la libertad del querer.

Estos dos elementos de la imputabilidad son independientes, de tal modo que puede concurrir el primero y no el segundo, si bien la doctrina entiende que no cabe la posibilidad inversa.

Desde el punto de vista dogmático, la declaración de ausencia de madurez en el sentido del párrafo 3 de la Ley Penal

Juvenil excluye la culpabilidad. Respecto del joven, el Juez de Menores puede acordar las mismas medidas educativas que el Juez Tutelar (párrafo 3, inciso 2°). Si, en cambio, es declarado capaz de culpabilidad y, en consecuencia, jurídicamente responsable, está sujeto a consecuencias especiales: medidas educativas, medios correctivos (amonestación, imposición de tareas y arresto juvenil -de tiempo libre, breve o prolongado-), y la pena juvenil. Solamente cuando las medidas educativas son insuficientes cabe recurrir a los otros dos tipos de reacciones previstas. Los medios correctivos proceden cuando, no correspondiendo la pena juvenil, deba hacerse comprender perentoriamente al joven que ha de responder por el injusto cometido. En ningún caso tendrán las consecuencias jurídicas de una pena,

La pena juvenil consiste en una privación de libertad en un establecimiento juvenil. Procede sólo en dos ocasiones: cuando en el hecho se manifiestan "tendencias dañosas" del joven y los medios anteriores, educativos y correctivos, son insuficientes, o cuando es necesaria en atención a la gravedad de la culpabilidad.

Para algunos tratadistas, en la formulación conjunta de estas alternativas está presente una contradicción interna entre presupuestos preventivo-especiales y retributivos. Si bien en la práctica ambos presupuestos suelen presentarse unidos: en la mayor parte de los casos, la presencia de una grave culpabilidad es síntoma de las tendencias criminales del autor. Para otros, se ofrecen los criterios de "educación" y "retribución" como alternativas al juez para legitimar la pena, de tal modo que "si no hay nada que educar", se puede imponer la pena retributiva al servicio puramente retrospectivo de compensación de la culpabilidad. Según esta opinión, el principio de culpabilidad actuaría como un "tipo

de recogida", que interviene, si bien como *ultima ratio*, cuando el juez crea que debe aplicar la retribución.

La duración de la pena puede oscilar entre un mínimo de seis meses hasta un máximo de cinco años. El límite máximo puede alargarse hasta los diez años cuando se trata de un delito grave castigado en el derecho penal de adultos con una pena de prisión superior a los diez años. Este límite máximo está vigente también en la hipótesis en que procede aplicar la legislación penal juvenil al joven adulto- Se contempla también la suspensión a prueba de la pena y la suspensión de la imposición de la pena.

Los jóvenes adultos, aquellos de edad comprendida entre los dieciocho y veintiún años, son, en principio, plenamente responsables jurídicos penalmente. Sin embargo, la Ley Penal Juvenil prevé una regulación especial de las consecuencias jurídico-penales aplicables a su conducta, en dos casos excepcionales: cuando el autor, según su desarrollo moral y mental al tiempo del hecho resulte todavía equiparable a un joven, o cuando se trate de una infracción juvenil, atendiendo a su clase, circunstancias y motivos. Fuera de estos procede aplicar el Derecho Penal de adultos, pero aún con una restricción: Que la pena de privación perpetua de libertad sea sustituida por una prisión de diez a quince años y prohíbe la medida de custodia de seguridad (una de las medidas de seguridad y corrección previstas en el Código Penal). Doctrina y jurisprudencia destacan la preferencia del Derecho Penal juvenil en caso de duda.

ITALIA

Legislación aplicable. Código Penal de 1930. Decreto del Presidente de la República N° 448, sobre el Proceso Penal de Menores, de 22 de septiembre de 1988.

El Código diferencia dos períodos: uno de irresponsabilidad absoluta y otro condicionada. Se establece una presunción absoluta de incapacidad con respecto de los menores de catorce años. Aquellos de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años son declarados imputables si poseen "*capacità di intendere e di volere*"-así se define la imputabilidad conforme al artículo 85, párrafo 2 del Código Penal- cuestión ésta a valorar por el juez. En caso afirmativo se les impone una pena atenuada (artículo 98 párrafo 2°). Las cuestiones relativas al enjuiciamiento de los menores delincuentes se encuentran reguladas en el Decreto del Presidente de la República sobre el proceso penal de menores, n° 448, de 22 de septiembre de 1988.

En los artículos 224 y 225 del Código Penal se determinan las medidas que el juez puede acordar respecto de los menores que delinquen y son peligrosos, distinguiendo entre los no imputables y los imputables. En cuanto al menor (de entre catorce y dieciocho años) reconocido como inimputable pero peligroso puede el juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia en que vive, internarlo en un reformatorio o ponerlo en libertad vigilada. Respecto al calificado de imputable el juez puede ordenar, después de la ejecución de la pena, su internamiento en un reformatorio o ponerlo en libertad vigilada si se dan las condiciones del artículo anterior. El internamiento en reformatorio procede cuando se trate de un menor de dieciocho años que sea delincuente habitual, profesional o por tendencia. La capacidad ni la incapacidad se presumen y ésta debe ser probada en cada caso.

Por otra parte, el Derecho italiano de menores conoce, una institución que ofrece amplias posibilidades de sustracción del menor del Derecho Penal, "el perdón judicial", en virtud

del cual el menor imputable declarado culpable puede ser "perdonado", siempre que se trate de delitos no graves y no sea reincidente.

La doctrina ha discutido ampliamente los criterios en función de los cuales ha de determinarse la capacidad de entender y querer. Para determinar la imputabilidad en la hipótesis del mayor de catorce años pero menor de dieciocho se ha introducido en la jurisprudencia y la medicina legal el concepto de "*maturitá*". Considerado por la doctrina, un concepto vago e impreciso, pero al menos más objetivo y científico que el de discernimiento. Se dice que el sujeto es imputable cuando el nivel de su capacidad de entender y querer es el normal en el joven medio de su edad. El concepto de *immaturitá*, del que la incapacidad depende, se estima que es; a) diverso del "*vizio di mente*" (el menor puede ser inmaduro pero sano de mente); b) global, en cuanto comprensivo del desarrollo no sólo de las facultades intelectivas, volitivas y afectivas, sino también de la capacidad de entender el significado ético-social de los actos propios y de otros; c) y relativo, pues ha de ser valorado con referencia al tipo concreto de delito cometido. Según el artículo 9 del Decreto N° 448, el juez debe verificar a estos efectos las condiciones y recursos personales, familiares, sociales y ambientales del menor.

INGLATERRA.

Legislación Aplicable. Children and Young Persons Act (CYPA) de 1933, 1963, 1969 y 1989.

Desde el punto de vista conceptual, la vigente legislación inglesa diferencia entre las categorías de *Child* (niño menor de catorce años) y *Young person* (joven, entre catorce y dieciocho). Existen también algunas disposiciones especiales

para los "semi-adultos", aquellos de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años. Aunque éstos son tratados procesalmente como adultos se dispone de algunas sanciones especiales para ellos.

La responsabilidad del niño se diversifica a su vez en dos escalones. "*Nadie es penalmente responsable por debajo de los diez años*", declara la *Children and Young Persons Act 1933*, sección 50, según la modificación operada por la CYP A de 1963, sección 16 que eleva dicho límite de ocho a diez años. Se entiende que es irresponsable en virtud de una presunción de carácter irrefutable de que el niño es incapaz de dolo. Puede ser sometido a procedimiento de cuidado y custodia - procedimiento de naturaleza civil- en la Corte Juvenil. Cabe hacer notar que, la opinión general en la doctrina es que esta edad debe ser elevada, como ya hizo la CYP A de 1969 sección 4 (a catorce años) que no llegó a entrar en vigor, si bien hoy resurgen tendencias represivas en la materia.

El mayor de diez años, pero menor de catorce, está exento de responsabilidad criminal si no se prueba, no sólo que cometió un *actus reus con mens rea*, sino también que lo hizo con "*a mischievous discretion*". El concepto equivale al latino de discernimiento y es caracterizado por la doctrina como capacidad de distinguir entre el bien y el mal. Es ésta, de acuerdo también con la doctrina, una presunción rebatible de que son incapaces de dolo. Desde el punto de vista dogmático, la minoría de edad es calificada de excusa dentro del género común de las "*defenses*" o causas de exclusión de la responsabilidad criminal (que incluye también a las "*justifications*" equivalentes a las causas de justificación). Por encima de los catorce años se presume que el joven es responsable, si bien se establece un tratamiento especial para los jóvenes delincuentes de entre catorce y dieciocho

años. Los procedimientos criminales han de llevarse a cabo ante un Tribunal especial, la Corte Juvenil. La tradicional excepción a esta norma, esto es, el supuesto en que el delito cometido es un homicidio, ha sido abolida por CYP A de 1989 (sección 90).

Las consecuencias del procedimiento tienen un carácter mixto, sancionatorio y de tratamiento, y pueden ser ambulatorias - pena de multa, prestación de servicios a la comunidad, supervisión del tiempo libre, etc.- o de internamiento: Penas privativas de libertad de corta o larga duración, o incluso de duración indeterminada o duración perpetua, Junto a las anteriores se contemplan otras posibilidades como 3a amonestación, la reparación del daño o la restitución de lo obtenido. Las sanciones de internamiento se contemplan para los delitos más graves. Existen también posibilidades de renuncia, condicional o incondicional a la pena.

ESTADOS UNIDOS.

La regulación de la minoridad penal en Estados Unidos efectuada inicialmente en el Common Law procede del Common Law inglés. En la actualidad la materia se encuentra regulada en el Derecho de cada Estado de modo diferente, sin embargo, se pueden distinguir dos grupos de sistemas.

El primero consiste en establecer una edad fija que funciona como presunción irrefragante de incapacidad. Este límite oscila entre los siete y los catorce, generalmente se ciñe a los trece años. En ocasiones se combina con un período en que la presunción es refutable, generalmente hasta los dieciséis o dieciocho años, en otras se establece un límite particular específico en relación a determinados crímenes, como por ejemplo, el homicidio, la violación (suele exigirse poseer una edad de catorce años) y otros delitos graves. La doctrina

fundamenta generalmente la presunción de incapacidad por razón de menor edad en que éste es incapaz de conocer las leyes que quebranta e incapaz de formar el estado mental que constituye uno de los elementos necesarios del delito, el dolo, conectado con la idea de la ausencia de capacidad de dolo a que aludía el Common Law.

El segundo sistema consiste en establecer una edad fija hasta la cual se otorga mandato exclusivo de jurisdicción a los Tribunales Juveniles. También aquí suele diferenciarse entre dos períodos, uno de jurisdicción exclusiva, habitualmente hasta los trece o quince años, y otro de jurisdicción discrecional, hasta los diecisiete o dieciocho años, que en muchos casos depende de la gravedad del delito cometido.

Por lo tanto, la *defense* de minoría de edad penal es definida en términos o bien de responsabilidad, o bien de jurisdicción. Los criterios en función de los cuales la presunción de incapacidad es rebatible en el primer sistema, o el Tribunal juvenil puede decidir la transferencia del caso al Tribunal ordinario en el segundo son variados. Se examina, en ocasiones, el grado de madurez o inmadurez del autor, en otras se atiende a la gravedad del delito cometido, finalmente, otros criterios aparecen informados por consideraciones de prevención especial o general.

El *Model Penal Code* (MPC) regula esta materia en el párrafo 4.10 cuyo contenido es el que sigue:

"(1) Una persona no será juzgada o declarada culpable de una ofensa si:

En el momento de la conducta imputada como delito tenía menos de dieciséis años (en cuyo caso el Tribunal Juvenil tendrá jurisdicción exclusiva.)

En el momento de la conducta imputada como delito tenía dieciséis o diecisiete años de edad, con la excepción de que:

El Tribunal Juvenil no tenga jurisdicción sobre él

El Tribunal Juvenil haya dictado una orden de transferencia de jurisdicción y consienta la iniciación de un procedimiento criminal contra él.

"(2) Ningún Tribunal tendrá jurisdicción para juzgar o declarar culpable a una persona de un delito si los procedimientos contra él son obstruidos por la Subsección I de esta sección. Cuando resulte que una persona acusada de la comisión de una ofensa puede ser de tal edad que los procedimientos criminales puedan ser obstruidos bajo la Subsección 1 de esta Sección, el Tribunal considerará además una audiencia, y la carga de establecer la satisfacción del Tribunal de que el procedimiento criminal no está obstruido bajo tales motivos recaerá en el fiscal. Si el Tribunal determina que el procedimiento está obstruido, la custodia de la persona acusada será entregada al Tribunal Juvenil, y en este caso, incluyendo además los documentos del proceso, será transferido".

De manera que, de acuerdo con esta disposición, si un menor de dieciséis años comete un delito no puede ser acusado del mismo o declarado culpable, sino que la jurisdicción exclusiva reside en el Tribunal Juvenil. Si tiene entre dieciséis y dieciocho años puede ser juzgado por el delito sólo si la Corte Juvenil carece de jurisdicción o la transfiere. No especifica el MPC en función de qué criterios debe decidirse cuando el Tribunal Juvenil tiene jurisdicción y cuando puede transferirla, dejando esta cuestión al arbitrio de cada Estado. En definitiva, el MPC regula el tratamiento del menor no en términos de capacidad de responsabilidad criminal sino de competencia jurisdiccional. Así el Model Penal Code, se pronuncia por uno de los dos modelos existentes, en el contexto de una situación legal

confusa. Esta se caracteriza porque a las previsiones estatutarias acerca de la responsabilidad penal de los menores -que en algunos casos siguen las reglas del Common Law (hasta los siete años, irresponsabilidad absoluta; de siete a catorce presunción de incapacidad rebatible si se prueba que el niño conocía la naturaleza e ilicitud de la conducta; por encima de los catorce tratado como plenamente responsable) y en otros establecen límites de edad nuevos- se han superpuesto en la mayoría de los Estados las previsiones de las Leyes de Tribunales Juveniles (*Juvenile Courts Act*). El sentido de estas últimas es generalmente el de establecer su competencia en función de unos límites máximos de edad superiores a los de incapacidad establecidos en la ley penal, que alcanzan incluso hasta los veintiún años haciendo innecesarias las previsiones de incapacidad de los estatutos, En algunos Estados se han revisado éstos últimos para acomodarlos a las previsiones sobre la jurisdicción de los Tribunales Juveniles.

Sin embargo, no se acoge en el MCP la propuesta de trece Estados de sustraer de la competencia de los Tribunales Juveniles a los menores acusados de cometer crímenes graves. En concreto, en estos Estados se excluye ya la jurisdicción juvenil cuando se trata de delitos graves (*felony*), como lo sería en caso de un delito castigado con la pena de muerte, o de prisión perpetua, o con un determinado número de años, o de asesinato, o de violación.

El sistema del MPC está recogido en los Estatutos de algunos Estados, con variantes en lo que se refiere a límites de edad. La edad de jurisdicción exclusiva nunca es superior a la de dieciséis años propuesta por el MPC. En lo relacionado al límite de edad en que la jurisdicción de la Corte Juvenil aparece condicionada por la transferencia en determinados

casos a la Corte Criminal, la mayoría fija la edad de dieciocho años propuesta por el MCP, aunque en algunos es de dieciséis o diecisiete años y en algunos se eleva hasta los diecinueve. Otros Estados se apartan de modo más significativo de la regulación del MPC estableciendo la transferencia obligatoria en los casos de delitos graves a la Corte Criminal, a veces incluso sin establecer una edad mínima por debajo de la cual ésta no es posible.

La mayoría de los Estados disponen de un Derecho juvenil especial que, entre otras cuestiones, tiene a la delincuencia juvenil como competencia. El menor de edad penal no puede ser responsable criminalmente por un delito, pero puede ser responsable como delincuente juvenil. Es precisamente en Estados Unidos donde se sitúa el nacimiento del Derecho Penal Juvenil. Este ha evolucionado desde un modelo de protección - caracterizado por un procedimiento informal, orientación al tratamiento y medidas indeterminadas-, a un modelo de justicia, donde se requiere un procedimiento garantista y sanciones determinadas y proporcionadas al delito.

TERCER PARTE
MODIFICACIONES A LAS LEYES PENALES VIGENTES, PARA EL
JUZGAMIENTO DE MENORES

Debemos reconocer que delito y delincuente son producto del entorno social y por tanto una nueva respuesta al delito debe estar dirigida a crear medidas preventivas y educativas al menor como a su ambiente de vida.

La situación de los menores frente al Sistema Penal puede llegar a situaciones más injustas que las que afronta un delincuente adulto al que formalmente lo amparan las garantías de un proceso liberal como los del debido proceso, el estado de inocencia, y el derecho incluso de un Habeas Corpus, Considero además que otro aspecto importante a tener en cuenta son las grandes diferencias en cuanto al límite de edad, al ámbito de aplicación según los sujetos de cada ley y la consideración de la mayoría de edad penal, en nuestro ordenamiento jurídico penal. Por otra parte cabe señalar que a pesar de que con la Convención Internacional de los Derechos del Niño se han abierto nuevos caminos en pro de una justicia de menores garantista, , aún queda mucho por definir y hacer, sobre todo porque aunque éste tenga garantizado entre otros principios el derecho al debido proceso, a la legitimidad, a la no divulgación en medios publicitarios y a la representación letrada.

Resulta contradictorio que nuevas leyes que no pueden dejar de llamarse progresistas, sobre todo en nuestra región aun carezcan de un juzgamiento especial para menores que cometen delitos.

El desafío que clama la justicia de menores de la contemporaneidad está en los desarrollos normativos y prácticos de esta nueva legalidad, en la creación de mecanismos eficaces de control y seguimiento de los derechos del niño como de la práctica de las instituciones encargadas de hacerlo efectivos, así como lograr que esta sea administrada por especialistas que tengan una adecuada

formación profesional tanto en ciencias jurídicas como en disciplinas psicosociales.

Por otra parte de las investigaciones hasta aquí realizadas entre una parte de la población conformado por Jueces, Fiscales y Policías, se ha determinado la necesidad de en Bolivia, es necesario bajar la edad de la responsabilidad penal hasta los 14, ya que de los datos adjuntos se tiene que son muchos los menores cuya edad oscilan entre los 14 y 16 años que cometen delitos, especialmente delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra la libertad sexual, delitos contra la propiedad (hurto y robo), hechos estos que nunca son vistos en tribunales por los jueces del Niño, Nina y Adolescente, quedando en consecuencia casos de mucha gravedad en la impunidad.

Por lo expuesto se tiene que es necesario modificar el Código Penal en su Art. 4 que se encuentra referido a la edad de la imputabilidad debiendo ser la nueva edad para que una persona sea perseguida penalmente los 14 años, pero además también se deberá crear una ley especial para el juzgamiento de menores de 14 a 18 años de edad, ya que las personas comprendidas entre los 16 y 18 años de edad que comenten delitos los cuales por mandato constitucional no han cumplido la mayoría de edad, son juzgados como adultos, y sometidos a las mismas reglas que los adultos, sin respetar los derechos establecidos por la Convención de los Derechos del Niño, que deben ser los siguientes:

1. Reconocer para los adolescentes todas las Garantías Penales y de un debido proceso. Esto implica establecer el principio de tipicidad, eliminándose la posibilidad de privar de libertad o de otras intervenciones punitivas respecto de niños y adolescentes no inculcados de delito.

2. Justificar la existencia del delito y probar la participación imputada al joven. Por cierto que se debe garantizar el derecho a la defensa.
3. La privación de libertad debe ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Es decir, esta extrema medida debe reservarse sólo para infracciones graves y nunca su aplicación debiera ser obligatoria. En la mayoría de los casos las medidas a aplicar como consecuencia de la declaración de responsabilidad, deben ser el medio libre.
4. El principio de oportunidad es básico en este sistema, de tal manera de que sea posible renunciar a la persecución de la responsabilidad, cada vez que ello sea más apropiado y deseable.
5. La ejecución de las medidas que se impongan debe ser controlada por el juez competente.
6. En el evento de cometerse un delito por alguna persona menor de la edad mínima fijada en la ley (14 ó 16 años), no debe haber reacción alguna, reconociendo la sociedad, en esos casos, que se trata de un fracaso del sistema familiar o educativo, del cual no es responsable el niño.

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores (1985).
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de RIAD).

Esto de forma indirecta también implica una derogación parcial del Código Niña Niño y Adolescente, porque con la ley especial para el juzgamiento de menores también se crearían tribunales especiales para el juzgamiento de estos.