



## **ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

PRINCIPIOS FILOSÓFICOS SOBRE LA SANCIÓN Y LA JUSTICIA PENAL  
JUVENIL RESTAURATIVA EN EL PERÚ. AÑOS 2006-2010 DISTRITO DE EL  
AGUSTINO

**Línea de investigación:**

**Procesos jurídicos y resolución de conflictos**

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

### **Autor**

López Figueroa, Mario Luis

### **Asesor**

Quevedo Pereyra, Gaston Jorge

ORCID: 0000-0002-7912-9872

### **Jurado**

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Vigil Farias, José

Ambrosio Bengarano, Hugo Ramiro

**Lima - Perú**

**2025**

## Document Information

|                   |                                                               |
|-------------------|---------------------------------------------------------------|
| Analyzed document | 1A_LOPEZ_FIGUEROA_MARIO_LUIS_DOCTORADO_2023.docx (D158188617) |
| Submitted         | 2023-02-08 21:08:00 UTC+01:00                                 |
| Submitted by      | Johnny                                                        |
| Submitter email   | jastete@unfv.edu.pe                                           |
| Similarity        | 21%                                                           |
| Analysis address  | jastete.unfv@analysis.orkund.com                              |

## Sources included in the report

|          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                       |    |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>W</b> | URL: <a href="https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1171/Gonzales_bm%282%29.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y">https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1171/Gonzales_bm%282%29.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y</a><br>Fetched: 2022-04-10 19:45:29                                                                                             |    | 3  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7362/BC-275%20AMEGHINO%20BAUTISTA.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y">https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7362/BC-275%20AMEGHINO%20BAUTISTA.pdf?sequence=1&amp;isAllowed=y</a><br>Fetched: 2021-11-13 04:42:28                                                                       |  | 25 |
| <b>W</b> | URL: <a href="http://ri.ues.edu.sv/6147/1/AN%C3%81LISIS%20DE%20LAS%20MEDIDAS%20APLICADAS%20AL%20MENOR%20INFRACTOR%20A%20LA%20LUZ%20DE%20LA%20TEOR%C3%8DA%20DE%20LA%20PENAL.pdf">http://ri.ues.edu.sv/6147/1/AN%C3%81LISIS%20DE%20LAS%20MEDIDAS%20APLICADAS%20AL%20MENOR%20INFRACTOR%20A%20LA%20LUZ%20DE%20LA%20TEOR%C3%8DA%20DE%20LA%20PENAL.pdf</a><br>Fetched: 2021-10-06 23:31:10     |  | 3  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://www.unicef.org/costarica/media/1731/file/De%20la%20Arbitrariedad%20a%20la%20Justicia:%20Adolescentes%20y%20responsabilidad%20Penal%20en%20Costa%20Rica.pdf">https://www.unicef.org/costarica/media/1731/file/De%20la%20Arbitrariedad%20a%20la%20Justicia:%20Adolescentes%20y%20responsabilidad%20Penal%20en%20Costa%20Rica.pdf</a><br>Fetched: 2020-07-06 03:44:50 |  | 4  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2021/09/Herramienta_63_4.pdf">https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2021/09/Herramienta_63_4.pdf</a><br>Fetched: 2021-10-31 16:16:02                                                                                                                                                                                           |  | 6  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1216/Hernandez_ac.pdf?sequence=1">https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1216/Hernandez_ac.pdf?sequence=1</a><br>Fetched: 2022-12-13 17:05:53                                                                                                                                         |  | 1  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://dnicostarica.org/wp-content/uploads/2019/12/MANUAL-JPJ-web.pdf">https://dnicostarica.org/wp-content/uploads/2019/12/MANUAL-JPJ-web.pdf</a><br>Fetched: 2022-03-16 21:52:39                                                                                                                                                                                         |  | 1  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://derecho.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/05/SISTEMA_DE_CONTROL_DE_LA_INFRACCION_PENAL_POR PARTE_D E_ADOLESCENTES_EN_EL_PERU.pdf">https://derecho.usmp.edu.pe/wp-content/uploads/2022/05/SISTEMA_DE_CONTROL_DE_LA_INFRACCION_PENAL_POR PARTE_D E_ADOLESCENTES_EN_EL_PERU.pdf</a><br>Fetched: 2022-08-26 01:42:31                                                 |  | 8  |
| <b>W</b> | URL: <a href="https://www.docsity.com/es/apuntes-de-derecho-penal-parte-general-de-1o-de-derecho-de-la-ucm/8541621/">https://www.docsity.com/es/apuntes-de-derecho-penal-parte-general-de-1o-de-derecho-de-la-ucm/8541621/</a><br>Fetched: 2022-05-19 16:18:56                                                                                                                           |  | 2  |
| <b>W</b> | URL: <a href="http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-14.pdf">http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-14.pdf</a><br>Fetched: 2021-01-19 22:03:31                                                                                                                                                                                                                                       |  | 4  |



**ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO**

**PRINCIPIOS FILOSÓFICOS SOBRE LA SANCIÓN Y LA JUSTICIA PENAL JUVENIL  
RESTAURATIVA EN EL PERÚ. AÑOS 2006 – 2010 DISTRITO DE EL AGUSTINO**

Línea de Investigación

Procesos jurídicos y resolución de conflictos

Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho

Autor

López Figueroa, Mario Luis

Asesor

Quevedo Pereyra, Gaston Jorge

ORCID: 0000-0002-7912-9872

Jurado

Jiménez Herrera, Juan Carlos

Vigil Farias, José

Ambrosio Bengarano, Hugo Ramiro

Lima – Perú

2025

**AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA**

- A Dios.
- Agradecimiento especial a mis padres, a mi familia por la confianza constante hacia mí.
- A Jackeline por el apoyo mostrando a lo largo de esta investigación y su insistencia en lograr este grado académico.

#### REFLEXIÓN

No hay un principio materialista de los jueces y normas, sino principio restaurativo como tarea del Estado.

## ÍNDICE

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| Resumen .....                                                         | vi  |
| Abstract .....                                                        | vii |
| I. INTRODUCCIÓN.....                                                  | 1   |
| I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....                                    | 5   |
| 1.1. Descripción del problema .....                                   | 5   |
| 1.2. Formulación del problema .....                                   | 6   |
| 1.2.1. <i>Problema general</i> .....                                  | 6   |
| 1.2.2. <i>Problemas específicos</i> .....                             | 6   |
| 1.3. Antecedentes.....                                                | 6   |
| 1.4. Justificación de la investigación .....                          | 27  |
| 1.5. Limitaciones de la investigación.....                            | 29  |
| 1.6. Objetivos de la investigación .....                              | 29  |
| 1.6.1. <i>Objetivo general</i> .....                                  | 29  |
| 1.6.2. <i>Objetivos específicos</i> .....                             | 29  |
| 1.7. Hipótesis .....                                                  | 30  |
| 1.7.1. <i>Hipótesis general</i> .....                                 | 30  |
| 1.7.2. <i>Hipótesis Específicas</i> .....                             | 30  |
| II. MARCO TEÓRICO .....                                               | 31  |
| 2.1. Bases Teóricas .....                                             | 31  |
| 2.1.1. Teorías Generales Relacionadas al Tema de la Pena .....        | 31  |
| 2.1.2. <i>Definición de Sanción</i> .....                             | 38  |
| 2.1.3. <i>Definición de Justicia Penal Juvenil Restaurativa</i> ..... | 40  |
| 2.1.4. <i>Teorías pertinentes de la investigación</i> .....           | 43  |
| 2.2. Marco conceptual.....                                            | 48  |
| 2.3. Marco filosófico.....                                            | 90  |
| 2.4. Marco individual.....                                            | 138 |
| III. MÉTODO .....                                                     | 139 |
| 3.1. Tipo de investigación.....                                       | 139 |
| 3.1.1. <i>Tipo de investigación</i> .....                             | 139 |
| 3.1.2. <i>Nivel de investigación</i> .....                            | 141 |
| 3.1.3. <i>Diseño de la investigación</i> .....                        | 142 |
| 3.2. Población y muestra.....                                         | 143 |
| 3.2.1. <i>Unidad muestral</i> .....                                   | 143 |

|        |                                       |     |
|--------|---------------------------------------|-----|
| 3.2.2. | <i>Universo</i> .....                 | 144 |
| 3.2.3. | <i>Muestra</i> .....                  | 145 |
| 3.3.   | Operacionalización de variables ..... | 146 |
| 3.4.   | Instrumentos.....                     | 146 |
| IV.    | RESULTADOS .....                      | 148 |
| 4.1.   | Desarrollo del Resultado .....        | 148 |
| 4.2.   | Análisis de Interpretación .....      | 149 |
| 4.3.   | Preguntas.....                        | 149 |
| 4.4.   | Encuestas.....                        | 150 |
| V.     | DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....         | 152 |
| VI.    | CONCLUSIONES.....                     | 154 |
| VII.   | RECOMENDACIONES .....                 | 156 |
| VIII.  | REFERENCIAS .....                     | 159 |
| IX.    | ANEXOS.....                           | 163 |

## ÍNDICE DE TABLAS

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabla 1 ¿Conoce Ud., como operador de justicia que existe, el programa de justicia penal juvenil restaurativa con un fin rehabilitador y preventivo? .....     | 150 |
| Tabla 2 ¿Estima Ud. que debe ser más eficaz la justicia penal juvenil restaurativa y difundirse como una práctica preventiva? .....                            | 150 |
| Tabla 3 ¿Estima que el Estado debe de implementar la justicia penal juvenil restaurativa como pena alternativa a la sanción y se aplicaría con justicia? ..... | 151 |



## Resumen

El motivo de la presente investigación doctoral, es por razones teóricas; así como también, prácticas, abordando las infracciones de menores en conflicto con la Ley penal y, los programas restauradores así como con qué filosofía y, sobre qué principio de justicia y pena, aplican los jueces y fiscales estos programas. Así también conocer si se dan con principios filosóficos de la pena en cuanto a la filosofía moderna de la misma, hoy en día. Vale decir, si a la hora de la aplicación de la sanción o determinación de las medidas alternativas se tiene presente los paradigmas filosóficos de lo que es la justicia, la pena y el valor de la sanción. Así también como restaura, al menor, los métodos con el fin de que el menor no vuelva entrar en conflicto con la Ley penal. Así se hacen también comparaciones con otras legislaciones, que se aplican y con eficacia, en la justicia penal juvenil restaurativa. En la presente investigación se analiza más, la filosofía de la pena, la prevención y la sanción y si con este programa, y si procesalmente son aplicadas en su paradigma filosófico y justo. Como sabemos el derecho está en un constante avance y dinamismo, por estar dentro de las ciencias sociales y permite cambios, a través de nuevos paradigmas y desarrollar determinadas investigaciones, tales como la nueva teoría de la pena, de la justicia, así como los fines de la sanción o qué busca la pena, y fines de esta.

***Palabras Claves:*** Justicia, pena, penal, prevención, juvenil, sanción, filosofía, moral, derechos, víctimas, fundamentales, rescate, DD.HH, social, adolescente, medidas, restaurativas.

## **Abstract**

The reason for this doctoral research is for theoretical reasons. As well as practices addressing the infractions of minors in conflict with the Criminal Law and restorative programs, as well as with what philosophy and on the principle of justice and punishment, judges and prosecutors apply. These programs, and if they are given with philosophical principles, are worth it in terms of modern philosophy of it, today. That is to say, if at the time of the application of the sanction or determination of the alternative measures the philosophical paradigms of what is justice, the sentence and the value of the sanction are kept in mind. As well as how it restores, to the minor, the methods so that the minor does not return to conflict with the Criminal Law. Thus, comparisons are also made with other legislation, which is applied and effectively, in restorative juvenile criminal justice. In the present investigation, the philosophy of punishment, prevention and sanction is analyzed more, and if with this program, and if they are applied procedurally, in their philosophical and fair paradigm. As we know, the law is in constant progress and dynamism, because it is within the social sciences and allows changes, through new paradigms and to develop certain investigations, such as the new theory of punishment, of justice, as well as the ends of the sanction or that seeks the penalty, and purposes of this.

**Keywords:** Justice, penalty, criminal, prevention, juvenile, sanction, philosophy, moral, rights, victims, fundamental, rescue, DD.HH, social, adolescent, measures, restorative

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia y sus principios, así como la sanción tienen su base en el Jus-Naturalismo, por ello a través del derecho positivo o Jus Positivismo se recoge ello, así se entiende el estudio, con una justificación de carácter científico, social, de dogmática penal y doctrinaria, dentro de lo que es la aplicación de la sanción y la justicia.

Desde el punto de vista filosófico y el valor que se le ha dado en función a la que se le ha dado en función a la teoría de la penal y la sanción.

Vemos que con el devenir del tiempo y con el justificante de un control social eficaz, no se aplican realmente con valores filosóficos la sanción con un plano de justicia, más aún tratándose de menores de edad.

El derecho busca la paz social pero dentro de ciertos valores y patrones “La tarea del derecho penal se sitúa en la protección de la libertad y la seguridad social del individuo así como las condiciones de existencia social”. (Claux Roxin) así como también manifiestan que “La virtud social es la justicia y todas las demás vienen necesariamente después de ella y como una consecuencia” (Aristóteles en la Política).

La filosofía de la sanción, es la presión o reprimir, pero hoy es el de la reeducación a los sancionados con estricto cumplimiento de la lista de sus derechos.

Respecto a las normas de convivencia social, la tendencia es la prevención de nuevos delitos tanto por los sancionados como por otras personas. Si vamos a los tiempos de hoy sería una justicia restauradora. En defensa de los derechos humanos ya que al educar se debe hacer con una rehabilitación, con honestidad, con el respeto de los derechos fundamentales, teniendo como base la dignidad del ser humano, ya que nacen con el hombre, y con el también una

postura ética frente a la vida, tomando importancia en esta primera etapa, la defensa del ser humano a partir del Siglo XVIII.

Por lo tanto la presente investigación versa, si es que al momento de la aplicación de la pena o sanción, por parte de los jueces de familia, ellos actúan y lo hace con los paradigmas filosóficos actuales o los tradicionales, justamente la justicia penal juvenil restaurativa es una forma de entender y afrontar los conflictos, la violencia a las infracciones penales de baja intensidad, que involucran adolescentes, víctimas, y a la comunidad promoviéndose la participación activa de los involucrados en conflicto procurándose la reparación emocional, material y simbólica del daño y restablecimiento de las relaciones humanas a través de procesos y prácticas restaurativas.

Por consiguiente, hoy la medida socio educativa o encierro, no es la única medida dentro de una filosofía reparadora o restaurativa, de la sanción o pena, y más bien desarrollase una filosofía de la libertad, derechos humanos y rehabilitación, y no el viejo paradigma del castigo sino dentro de lo que busca la pena, una rentabilidad social

Ya en la edad media se dijo y siguiendo la Santo Tomas y Aristóteles, se mencionó:

“Una justicia distributiva que regula la relación entre la colectividad y sus miembros, una justicia conmutativa entre los miembros entre si y una justicia legal o general, que establece el marco global de las relaciones de los miembros de una colectividad” (Santo Tomas de Aquino, 1225-1274)

Así también el representante de la Escolástica y mayor exponente de la teología sistémica. Sabiamente en su suma teológica nos menciona “para aquellos jóvenes que merced a un natural bondadoso o la buena educación o tal vez con mayor verdad aun en el cielo se sienten, propensos a los actos de virtud, bastará la disciplina paterna, a base de amonestaciones.

Pero para aquellos otros que son de un natural protervo, que propenden a los vicios, para quienes resulta ineficaz la persuasión y buen consejo, se hace necesaria la coacción y la amenaza de castigo para que cesen en la práctica del mal” (Santo Tomas de Aquino).

Significa que la coacción se aplicará ante hechos graves cometidos por el menor tendiente a la maldad, pero ante un hecho de menor envergadura solo bastaba la amonestación y el buen consejo, con disciplina y fin restaurador.

Hechos estas reflexiones la situación de los niños, niñas y adolescentes debe ser una prioridad para el Estado.

En ese contexto estamos convencidos de que una responsabilidad ineludible del Estado es contar con políticas de prevención y prácticas restauradoras, para evitar el incremento, de las infracciones penales, cometidas por adolescentes.

Según El Centro Juvenil de Maranga, Oficina de Planificación y Control (2011), dice lo siguiente: “Ello requiere los recursos suficientes, para lograr un tratamiento de calidad, en los centros juveniles la baja reincidencia delictiva de los jóvenes adolescentes, egresados de los centros juveniles, pone en evidencia que el camino de la rehabilitación debe ser fortalecido, para evitar que desarrollen una carrera criminal. Así mismo la prevención de las infracciones básicas como la escuela y la familia, sin dejar de participar el Estado”.

Por ello se hace importante las prácticas restaurativas, en infracciones penales de menor envergadura y, con ello impidiendo que en un centro aprendan nuevas y mayores prácticas delictivas y, que no se genere innecesariamente un hacinamiento penitenciario.

Haciéndose importantes las prácticas restaurativas con un sentido, filosófico moderno de lo que es la justicia, y la sanción, en su real sentido filosófico.

La ciencia penal ha evolucionado, quedando atrás teorías penales y criminológicas clásicas como el “Mal por mal” o “Teoría de hombre delincuente”

La Ley penal debe acomodarse al Siglo XXI con nuevas prácticas nuevos modelos, ante nuevas infracciones a la Ley penal, cometidas mayormente por menores de 14 a 17 años.

En Constitución Política (1993), solo un nuevo modelo penal es la respuesta, a un espacio, tiempo e histórico de hoy, que vivimos por lo que proclamamos con nuestra teoría la defensa de la vida de los Derechos Humanos, el interés superior del niño. Pero con orden social y sustentamos que los jóvenes son rescatables a partir de los 15 a 16 años ya que poseen plena convicción jurídica de sus actos por ello debe tenerse una política estatal de prevención y prácticas restauradoras por último la tarea del Estado peruano de acuerdo al artículo cuarto de la Constitución Política señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”

Siendo protector del niño y del adolescente: Las consecuencias sociales y jurídicas al haberse aplicado penas, por la acción y por simple aplicación de la norma omitiéndose de lo que es el principio filosófico que lo que es y para qué sirve la pena, la sanción dentro de un marco de justicia restauradora y responsable.

La omisión a esto trajo mayores casuísticas, en materia de infracción de menores en conflicto con la Ley penal. Es más, el derecho a cautelar la libertad, la dignidad, y esto busca estas prácticas restaurativas cuyo fin es la paz social.

## **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El cual es determinar siendo el objetivo si en realidad se aplica la justicia penal juvenil restaurativa como alternativa y si ha sido un aporte en la prevención de infracciones penales, recurrimos pues a los antecedentes, orígenes, estudios doctrinarios, normas internacionales, y lo más importante la defensa de los derechos humanos y si se aplica la sanción dentro de la filosofía que busca la misma, por parte de los jueces.

Dentro de un sentido de justicia, con respeto al ordenamiento jurídico constitucional, como forma de entender y afrontar los conflictos con la Ley Penal por los adolescentes.

Procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño, a través de prácticas restaurativas, vemos que la constitución política, no menciona la justicia penal juvenil restaurativa en su Capítulo VIII, desde el Art. 138 al 149 y solo se limita en el artículo 4 capítulo II como protección del niño y del Adolescente, por tanto, es un mero carácter declarativo.

Y solo el artículo 139 inc. 21 y 22 habla de un régimen penitenciario debiéndose entender que se incluye a los menores en centros de rehabilitación, siendo también meramente declarativo, sin tener en cuenta que los menores son un caso muy especial.

### **1.1. Descripción del problema**

Los antecedentes de la investigación de la justicia penal juvenil restaurativa esta es un modelo de justicia garantista, aquí en este punto vemos que inspiran a la justicia penal juvenil restaurativa.

Investigaciones internacionales, políticas públicas, política penitenciaria, marco filosófico, de lo que es la sanción en tiempos modernos el derecho y sus teorías, y la reflexión de lo que es la justicia según filósofos de la edad antigua y moderna, y la hipótesis.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema general**

Pregunta principal

¿Los Jueces aplican las sanciones y penas a los menores infractores a la Ley penal bajo principios filosóficos de justicia y bajo teorías modernas, teniendo en cuenta que existen alternativas preventivas como la justicia penal juvenil restaurativa?

### **1.2.2. Problemas específicos**

Preguntas específicas

- ¿Cuáles serán las causas por la cual, los adolescentes cometen infracciones a la Ley penal?
- ¿Por qué no se realizan prácticas restaurativas, como alternativas a las infracciones penales?
- ¿Qué es la justicia restaurativa?
- ¿Es un nuevo paradigma en la administración de justicia en menores y/o adolescentes?

## **1.3. Antecedentes**

En el Perú al igual que otros países desde la década de los noventa se cuenta con un derecho sustantivo y procesal relativo a los menores de edad que se encuentran en conflicto con la ley penal, el mismo que es de carácter singular en razón de las marcadas diferencias que



existen con respecto a la racionalidad que posee un adolescente, la cual no puede ser equiparada a la de un adulto por su falta de madurez física y mental, lo cual redundaría en la comprensión diferenciada que posee de un injusto penal.

Así pues, en nuestro país, durante la vigencia del Código de Menores de 1962 se mantuvo la denominada Doctrina de la Situación Irregular y no es hasta cuando se produce la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño el 03 de agosto de 1990, mediante Resolución Legislativa N° 25178 y, posteriormente es con la puesta en vigencia del Código de los Niños y Adolescentes en junio de 1993 que logra establecerse finalmente la “Doctrina de la Protección Integral considerando al niño y al adolescente como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección”. Este Código fue derogado por la Ley N° 27337 publicada el 7 de agosto del 200, que puso en vigencia el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, recientemente modificado por el Decreto Legislativo N° 1204, publicado el 23 de setiembre de 2015, manteniéndose orientado en los lineamientos fijados por la referida Convención.

### **Los modelos que han originado los sistemas de justicia penal juvenil**

A lo largo de la historia de los Estados han ido desarrollando distintos modelos de control hacia las conductas de los niños adolescentes en conflicto con la ley penal reflejados en sus sistemas de justicia penal juvenil. “Para Emilio García Méndez, estos modelos responden a etapas históricas por las que han transitado los países latinoamericanos”. Una primera etapa de carácter penal indiferenciado, “que se extiende desde el nacimiento de los códigos penales de corte netamente retribucionista del siglo XIX hasta 1919”. Una segunda etapa de carácter tutelar, originada en los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, EE.UU.) de fines del siglo XIX, siguiendo en Inglaterra en 1905, consecuencia de las condiciones carcelarias de los menores en coexistencia con los adultos, que da lugar a leyes e instituciones (cárceles,

tribunales) especializadas. Por influencia europea este sistema se extendió a Latinoamérica a partir de 1919, y hasta 1989, con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN). Por último, la tercera etapa la denomina de “responsabilidad penal de los adolescentes” (contenida en los artículos 37 y 40 de la CDN), que se inaugura en la región en Brasil con el Estatuto del niño y el Adolescente de 1990 y el 2016 nada se hizo.

Así, recientemente, se han introducido modelos y teorías más complejos, que reflejan variaciones en la forma en que los países han puesto en práctica los enfoques anteriores. Los modelos incluyen enfatizar la rendición de cuentas a través del castigo y la protección de la sociedad; en la justicia restaurativa; y en la preferencia por los programas de cumplimiento de penas alternativos (educación, capacitación).

### **El modelo penal o penal indiferenciado**

Este modelo, como su nombre mismo lo sugiere, se traduce en la aplicación a la conducta infractora de un adolescente de penas y procedimientos penales pensados para los adultos con algunas atenuaciones, según sea el caso en particular.

Este modelo posee las siguientes características:

- No se diferencia ni reconoce la especialidad de la justicia penal juvenil.
- Se privilegia la sanción privativa de libertad.

### **El modelo tutelar o asistencialista**

Es también llamado modelo tutelar, asistencialista, o paternalista, el mismo que está centrado en la "Doctrina de la Situación Irregular", de acuerdo a la cual el menor de edad es considerado objeto de derecho e inimputable; toda vez que los niños son vistos como seres y/o

agentes carentes de racionalidad, por ende, no puede atribuírsele responsabilidad penal ni tampoco se le reconocen las garantías procesales como se hace cuando se trata de un adulto. A consecuencia de ello, cualquier acción penal que éstos cometan se atribuirá a los elementos disfuncionales de su entorno o medio social; debiendo limitarse a identificar las causas sociales de su comportamiento para tratarlas y posteriormente lograr que éstas se superen, primando el aspecto criminológico.

El Juez especializado es el que determina que se entiende por "situación irregular de un menor". Por ejemplo, según Juan Carlos Cervantes Gómez, serían situaciones irregulares las siguientes:

- Si el menor se encuentra en estado de abandono.
- Si es adicto a las drogas
- Si el menor es dependiente o incapaz, etc.

### **El modelo de justicia o garantista**

También llamado "responsabilidad penal de los adolescentes", señalado en el Código del Niño y del Adolescente - Perú (2016), y surge con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante (1989), pasando de la doctrina de la situación, irregular a la de protección integral del niño o niña, otorgándoles carácter de sujetos de derecho y obligando a los Estados partes a reconocer todos los derechos y las garantías procesales que como tal les corresponden, imponiéndoles la obligación de adecuar sus legislaciones internas. Aquí se puede observar que se refuerza la idea de que los jóvenes si pueden ser sujetos de responsabilidad penal por sus actos.

Las características de este modelo son las siguientes:

- Garantiza una descripción detallada de los derechos constitucionales de los menores en un proceso limpio y transparente, limitándose al mínimo posible la intervención de la justicia penal.
- El derecho penal juvenil es autónomo, respecto al derecho penal de adultos, particularmente en cuanto al sistema sancionatorio, por lo que contempla una jurisdicción especializada para el juzgamiento de delitos cometidos por menores de edad.
- Se establece una amplia gama de sanciones, privilegiando las sanciones no privativas de libertad, basadas en principios educativos.
- Sin embargo, la sanción mantiene una connotación negativa, pues el menor tiene que cargar con las consecuencias de su comportamiento.

### **Características del sistema penal juvenil**

En principio, conviene hacer alusión al Sistema de Responsabilidad de las Personas Adolescentes que han realizado conductas tipificadas como delitos o contravenciones (faltas), que los países ratificantes a la Convención de los Derechos del Niño han adoptado en sus nuevas legislaciones tiene las siguientes características:

- Reconoce que las personas menores de edad, a partir de determinada edad, se hacen responsables frente al sistema penal de distinta manera que los adultos, mediante una normativa específica.
- Trata de evitar el procesamiento o el enjuiciamiento de los adolescentes, y prevé opciones para no iniciarlo, suspenderlo a finalizarlo anticipadamente.
- Establece una gama de sanciones, de carácter socioeducativas, entre las cuales la privativa de libertad adquiere el carácter de excepcional reservada para los delitos más graves y siempre que no sea posible aplicar una sanción diferente.

- Establece las garantías del debido proceso sustancial y formal de los adultos, más las garantías específicas para los adolescentes.
- Crea una nueva justicia especializada en la materia.
- Permite la participación de la víctima en el proceso.

Así pues, el proceso de desarrollo y personalidad de un menor de edad lo justifica para la aplicación de un sistema de administración de justicia especial, diferente al aplicable a los adultos, así lo establece la regla 4 de las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores.

La diferencia entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el sistema penal de adultos radica esencialmente en sus fines; el sistema de responsabilidad penal juvenil enfatiza sobre todo la educación y rescate social del menor infractor, desterrar la teoría absoluta de la pena o retributiva el mal por mal (prevención especial), estableciendo para ello procesos rápidos, ágiles y un amplio abanico de medidas socio-educativas que permitan cumplir con esa finalidad.

### **Principios que inspiran el sistema penal juvenil**

La adolescencia, sin lugar a dudas, constituye una etapa en el desarrollo humano de excesiva permeabilidad, en donde se comienza a trabajar la identidad del sujeto; una etapa en donde el menor, busca proyectarse en la vida de/ adulto; donde hay inmediatez en la exigencia, y en la cual también existen situaciones de incertidumbre con relación a su futuro.

Por lo investigado, los principios más importantes que estructuran la teoría procesal penal de menores, podemos agruparlas en los siguientes puntos:

- En cuanto a las reglas de la hermenéutica jurídica Este principio se encuentra referido a la actividad de interpretación que debe realizar. todas las autoridades, especialmente los operadores jurídicos en todo acto procedimental referido a resolver la situación jurídica de un menor en conflicto con la ley penal, debiendo prevalecer su interés superior, aplicársele la legislación pertinente a él y en caso de conflicto de disposiciones aplicables al caso concreto considerársele la que más le resulte favorable, y aún por analogía los principios especiales del derecho de menores.
- En cuanto a la constitución de organismos jurisdiccionales Debe existir un órgano jurisdiccional especializado en resolver casos de familia.

### **Principio del interés superior de los niños, niñas, y de los adolescentes**

El principio bajo comentario resulta ser un estándar jurídico de observación obligatoria y rector del derecho penal juvenil el mismo que deberá orientar a los operadores jurídicos al momento de adoptar decisiones relacionadas con los niños, niñas; y adolescentes, implicando la satisfacción integral de sus derechos e intereses, entre éstas por citar algunos ejemplos evaluar la situación jurídica<sup>^</sup> de un menor de edad retenido, la determinación de la participación o responsabilidad de un menor de edad frente a un acto infractor o [a imposición de una medida socio- educativa.

Sentencia del "Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC]" ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña, y adolescente,, cuenta con contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, por cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)" Dicho contenido es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990, luego del término de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se desarrolló durante el siglo C. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante N.° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente internacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño”. Posteriormente en la Ley N° 27337 "Código de los Niños y Adolescentes", publicada con fecha 07 de agosto de 2000, se recogió también este principio en el artículo IX de su Título Preliminar prescribiendo que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones.

A mayor abundamiento, el Comité de los Derechos del Niño subrayó el 29 de mayo de 2013 a través de la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), que el interés superior del niño es un concepto triple, el cual debe ser analizado como 1) Un derecho sustantivo, 2) Un principio jurídico interpretativo fundamental y 3) Una norma de procedimiento", debiendo tener presente que ante cualquier caso de conflictos de intereses en las que se encuentre inmerso un menor de edad, atendiendo a su situación de vulnerabilidad y dependencia, debe priorizarse su interés moral y material que tiene valor superior al de los padres, sociedad y Estado mismo, basándose en los principios filosóficos y procesales tales como:

### **Principio de inmediación**

Debe mantener de manera constante comunicación y contacto con el menor en conflicto con la ley penal.

### **Principio de Contradictorio**

Dentro de un proceso penal debe existir siempre igualdad entre las partes que intervengan en éste o igualdad de las armas.

### **El respeto al Debido Proceso.**

Es común denominador que los instrumentos normativos internacionales referidos a los Derechos Humanos recojan al Debido proceso como una garantía procesal, entre éstos tenemos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 10, 11), La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 18 y 26), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4,14 y 15), La Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8, 9,10 y 27). Es en los artículos 37° y 40° de la Convención de los Derechos del Niño que es regulado este derecho.

### **Principio de Legalidad**

Al igual que a los adultos, la justicia de menores no es retroactiva pues la regla que nadie debe ser declarado culpable por la comisión de delitos por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran delictivos según las leyes nacionales o internacionales.

### **Principio de Igualdad y No discriminación**

Este Principio representa el trato igual que deben recibir todos los niños y adolescentes que entren en conflicto con la ley penal sin importar la condición racial, sexual, cultural o social a la que pertenezcan; de modo que, el sistema de administración de justicia se encuentra en el deber de desarrollar acciones tendientes a tutelar a ciertos grupos aún más vulnerables, como por ejemplo los niños de la calle, los niños con distinta condición étnica, racial y lingüística,



las niñas y niños que presente algún tipo de discapacidad y los niños que tienen constantes conflictos con la justicia (reincidente).

### **Principio de intervención Mínima o (última ratio)**

Los artículos 37.b, 40.3.b) y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño hacen eco de este principio, refiriéndose que la privación de libertad a un niño o adolescente debe ser una medida de último recurso.

### **Principio de Presunción de inocencia**

La presunción de inocencia constituye también un derecho de carácter subjetivo consagrado en el artículo 2°.24 de nuestra Carta Constitucional, fundamental para la protección de los derechos humanos del niño o adolescente en conflicto con la ley penal, lo cual significa que la carga probatoria sobre las imputaciones realizadas en su contra recaer en la acusación que realice el titular del Ministerio Público.

### **Principio de respeto a la opinión del niño y del adolescente**

No cabe duda que, constituye un derecho de todo niño o adolescente, a quien se le impute la comisión de un acto infractor, a ser escuchado en todas las etapas del proceso penal por las autoridades que intervengan en éste, como la policía, fiscal y juez especializado; asistiéndole también el derecho a mantenerse en silencio como sucede en caso de los adultos.

Esta garantía se desprende de la Convención de los Derechos del Niño (art. 12°, inc 2); las Reglas de Beijing (N° 7.1) y el artículo 85° del Código de los Niños y de los Adolescentes.

### **El Derecho a la vida, la Supervivencia y el Desarrollo**

Este principio obliga al Estado a establecer políticas de prevención de delincuencia juvenil de restauración y parar la reincidencia asegurando el desarrollo integral del niño y

adolescente, enfocadas en socializar e integrar a los niños con sus familias, con su colegio y comunidad.

### **Principio de la doble garantía**

El artículo 192° del Código de los Niños y de los Adolescentes prescribe que en los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetarán las garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú.

### **Principio de dignidad de niño y adolescente**

El principio-derecho dignidad del niño, en materia de justicia juvenil, está compuesta por los siguientes elementos: (i) un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño; (ii) un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades de terceros; (iii) un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad; y (iv) el respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia.

### **Principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos**

El Principio de Progresividad y No Regresividad se traduce en la obligación que tienen los Estados para adoptar acciones o políticas tendientes a mejorar el alcance de los derechos humanos, estando impedidos de retroceder a los estándares de protección internacional ya alcanzados y reconocidos que los ciudadanos gozan pues éstos adquieren la condición de irreversibles, salvo que se opte por denunciar el tratado u otro instrumento internacional referidos entre otros a los principios de los Derechos Humanos.

### **La justicia restaurativa**

La legitimación de las medidas que adopte el Estado para dar tratamiento al fenómeno de los adolescentes en conflicto con la ley penal, dependerá de su respeto a los derechos y garantías que favorecen a aquellos. De este modo, la legislación nacional especializada y su aplicación deberán adecuarse a las normas internacionales de la materia. O como un instrumento que define Ferreiros (2011): La mediación penal, como principal y más extendido instrumento de la Justicia Restaurativa, se encuentra definida como todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente acceden, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con ayuda de un tercero independiente, el mediador. Esta herramienta, gobernada por principios propios tales como la voluntariedad, confidencialidad o autonomía con respecto al sistema de justicia penal, entre otros, debe articularse en cada Estado en base a los principios de la jurisdicción penal del mismo.

Bernuz (2014) lo define como: "cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia".(p.20)

Hemos podido constatar, que hay tres actores claves en la justicia penal juvenil (el que cometió el delito, la víctima y la comunidad) cuyo rol cambia totalmente entre los modelos de justicia tradicional (rehabilitador-retributivo y la justicia restaurativa).

El resultado: una filosofía "holística" que integra tres dimensiones, que la doctrina resume en las tres "R": Responsabilidad del autor, Restauración de la víctima y Reintegración del infractor en la comunidad.

## Principios de la justicia restaurativa

¿Qué fines persigue la Justicia Restaurativa?

Los especialistas han sistematizado ciertos principios-fines que persigue la Justicia Restaurativa:

- Apoyo y recuperación de la víctima como prioridad. - El sistema tradicional está centrado en el imputado, la justicia restaurativa se centra en la víctima, en el proceso de sus derechos, se concentra en la satisfacción de sus necesidades y en el valor que ella tiene para la solución del conflicto.

Como opina Bañol (2006): "Hemos visto que practicas restaurativas han existido en muchas partes del mundo, pero la doctrina señala a Kitchener Ontario, Canadá como el lugar donde inició en 1974 el primer programa de justicia restaurativa, llamado "Programa de reconciliación entre víctimas y ofensores", el cual fue impulsado por Mark Yantzi, miembro de un grupo religioso, luego del éxito que tuvo la investigación restaurativa frente a dos jóvenes a quienes en vez de ser castigado se les ordeno buscar a los 22 propietarios de los automóviles que dañaron, negociar con ellos la reparación y cumplir su compromiso, efectuando un informe al juez de su experiencia".

- Esto promueve la participación activa/ de quien ha cometido el ilícito, la víctima y la comunidad, para hacerse cargo de lo que ha pasado.

- El que ha cometido ilícito debe asumir en forma directa y completa la responsabilidad de lo que ha hecho. Asumir que lo que hizo estuvo mal, es el primer paso y el más importante en la justicia restaurativa (reparación simbólica), el siguiente es el compromiso o acto de reparación frente a la víctima o frente a la comunidad (reparación material directa o indirecta). Según Llobet (2010): " En la justicia restaurativa se tiende

a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente".

- Propicia el encuentro, diálogo y reconciliación del infractor con la víctima y la reintegración de ambos a la comunidad, evitando que los roles (etiquetas) perduren luego de efectuada la reparación.

- El compromiso comunitario para disminuir las causas del ilícito, por ejemplo ayudar al autor a superar el problema de drogas y evitar la reincidencia por medio de actividades preventivas realizadas por las distintas organizaciones de la comunidad.

Investigaciones internacionales recientes (libros, tesis, monografías y artículos)

- Estudios realizados por las Naciones Unidas en la región latinoamericana Perú-Ecuador los años 2009-2010 sobre Justicia Penal Restaurativa.

- A lo largo de la investigación, hemos podido ver que la Justicia Penal Juvenil Restaurativa, no tiene, ni se le da, una categoría de política pública en nuestro país, y solamente es un programa implementado por el Ministerio Público y Poder Judicial, siendo su inversión económica mínima o casi nada.

- Estudio realizado por la doctora Claudia Moran Vicenzi, sobre Justicia Penal Juvenil en el Perú - 2016.

- Justicia Penal Juvenil, principios que inspiran al sistema penal juvenil. Publicación realizada por los Jueces de Familia de la Corte Superior de Lima - 2017.

### **¿Política Pública?**

Debemos abordar primero en su concepto, que es una política pública, estas son acciones de gobierno con un objetivo, e interés público, pero basado en tres elementos fundamentales:

a) Diagnóstico; b) Análisis y c) Factibilidad.

“Ello es para la atención efectiva de un problema público específico, buscándose como respuesta a la demanda de la población, siendo el uso estratégico de recursos para aliviar problemas nacionales” Citado en: Chandler Introducción a la Ciencia Política (2007).

Por lo que reiteramos, que en América Latina y en el Perú, no existe una política pública de justicia penal restaurativa, sólo

### **Política Penitenciaria**

En ésta sección de nuestra investigación no deja de ser importante la política penitenciaria, hemos querido dar una aproximación a la política pública penitenciaria, el cumplimiento de los fines de la pena y los derechos humanos de la población privada de la libertad, y vemos que la Justicia Penal Juvenil Restaurativa, no está considerada en el sistema penitenciario peruano ni latinoamericano, en más, en cuanto al Perú, no existen políticas penitenciarias en cuanto a los adultos, sólo programas.

Por lo que la autoridad penitenciaria, deberá crear una nueva especialidad en cuanto al control, tratamiento y seguridad en relación al menor infractor, y proyectarse al llamado rescate social del menor, amparado en el último objetivo que es la Justicia Penal Juvenil Restaurativa, ya que la política penitenciaria es un instrumento del Sistema Penitenciario.

La política social del sistema en cuestión se ha mantenido en esta vía, es decir, dentro de la lógica asistencial, brindando precisamente elementos que si bien garantizan el mínimo vital, no garantizan la calidad de vida, la inclusión real, la participación y toma de decisiones, ni la

posibilidad de gozar de espacios sanos y seguros, condiciones todas que en su ausencia abonan el campo para la aparición de formas alternativas de participación y supervivencia, a través de la violencia y las actividades ilegales, y en el acceso a la justicia, representando para los centros penitenciarios de menores en riesgo a la seguridad pública e integridad de los menores funcionarios y visitantes, ya que el Estado no ejerce su autoridad de manera adecuada y el sistema judicial criminal es muy débil para afrontar la situación de violencia, en la cual se encuentran los menores, por lo que no debe estar los centros de rehabilitación de menores administrados por el Sistema Judicial, si no por una institución encargada del estudio y tratamiento de conductas antisociales.

En los planes estudiados por este, destaca el PND 2006-2010, hacía un estado comunitario, por cuanto propone un cambio en la "cultura carcelaria", que implica el replanteamiento integral y del marco normativo de las políticas, con el fin de hacerlas coherentes, también propone las reformas normativas.

Para Wilches y Álvarez (2011), la deprimente cotidianidad de la población reclusa, restricciones en la prestación de los servicios básicos, mínimos programas en atención integral de internos y condiciones que vulneren la dignidad tanto del personal de reclusos como de quienes administran, vigilan y orientan los servicios penitenciarios y carcelarios. (p. 154).

"En este sentido, la insostenibilidad del sistema penitenciario se refuerza con el déficit financiero de los programas al menor, y como también a los adultos, y la inoperancia de las actividades de resocialización, con la constante violación de derechos humanos a la población reclusa como consecuencia del hacinamiento carcelatorio. (Instituto Rosarista de Acción Social, 2011)

Para Wilches y Álvarez (2011) “Todos estos factores refuerzan la priorización de la represión, ante la prevención y la resocialización, y el interés por aumentar y hacer las penas más rígidas, lo que además contrasta con otras decisiones, como la formulación e implementación de la Ley de Justicia y Paz. (p.158)

### **Filosofía Penitenciaria**

No podemos desestimar las tendencias doctrinarias de la Ciencia Penitenciaria de los fundamentos o bases filosóficas subyacentes que le sirven de sustento. Entre filosofía penitenciaria y la doctrina penitenciaria asumida en una realidad hay una relación de confluencia, dice Jean GRAVEN citando a Soldano: "todo cuerpo de doctrina tiene necesidad de un alma filosófica". El problema penitenciario no está desligado de la cuestión penal relativa a la sanción, entre el castigo y expiación del delincuente o su readaptación y ayuda hacia su rehabilitación. Los fines de la Ciencia Penitenciaria, en su sentido genérico directriz asumen una concepción de este ser humano, según sus posibilidades o no de readaptación, y su valor o no como persona humana. Roberto PATTIANTO, dice algo que es congruente con estas ideas: "Los principios finalísticos que deben presidir toda actividad penitenciaria, pueden sintetizarse: 1) como el reconocimiento pleno de la humanidad en el hombre que ha delinquido, 2) su consideración con miras a un tratamiento viendo en él valores potenciales de futuro. Su readaptación social y su dignificación como finalidad primordial de lo penitenciario".

La atención, mayoritaria que guía los fines generales de la Penología, tienen como fuentes inspiradoras el humanismo y la modificabilidad del ser humano. Como dice: Zafaroni (2003}9: "En este cuadro de determinación de principios y fin de la disciplina penitenciaria, así como la adecuación de los recursos a los objetivos propuestos, corresponde a un plano superior al científico y experimental y, por consiguiente, al plano filosófico...". Al respecto Julio Altmann decía que "todo sistema penitenciario, pues, debe hallarse orientado por



determinados principios rectores, que algunos tratadistas denominan "filosofía penitenciaria fundamental".

Si tratamos de visualizar los principios filosóficos del sistema penitenciario peruano, señalados grandes lineamientos: a) Uno relativo a un principio humanista al reconocer los derechos humanos del interno. "El derecho, de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes, b) Otro principio referente al propósito de readaptar al recluso. "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad...".

El logro del objetivo de la Ciencia Penitenciaria, cual es el de la readaptación o resocialización del recluso, presupone delimitar claramente lineamientos de Política Penitenciaria que precisamente propicien la consecución de tal finalidad de cada país, plantea a su vez la necesidad de delimitar una política penológica acorde a cada contexto social. Toda política penitenciaria debe pues tomar como referencia básica los principios filosóficos rectores del sistema, y el conocimiento previo o diagnóstico de la realidad penitenciaria correspondiente, para delinear las recomendaciones más adecuadas, que respondan a los requerimientos prioritarios que plantea la situación social vigente.

Al lado del hecho concreto de cada medio social en el que se ha implantado o existe un sistema penitenciario, debemos considerar que el propósito de la readaptación del delincuente no puede ser enfocado solamente desde una óptica penitenciaria, ya que este cuadro de determinación de principios y fin de la disciplina penitenciaria, así como la adecuación de los recursos a los objetivos propuestos, corresponde a un plano superior al científico y experimental y, por consiguiente, al plano filosófico...". Al respecto Julio Altmann decía: que

"todo sistema penitenciario, pues, debe hallarse orientado por determinados principios rectores, que algunos tratadistas denominan "filosofía penitenciaria fundamental".

Si tratamos de visualizar los principios filosóficos del sistema penitenciario peruano, señalados hay grandes lineamientos: a) Uno relativo a un principio humanista al reconocer los derechos humanos del interno. "El derecho, de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes, b) Otro principio referente al propósito de readaptar al recluso. "El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad...".

El logro del objetivo de la Ciencia Penitenciaria, cual es el de la readaptación o resocialización del recluso, presupone delimitar claramente lineamientos de Política Penitenciaria que precisamente propicien la consecución de tal finalidad de cada país, plantea a su vez la necesidad de delimitar una política penológica acorde a cada contexto social. Toda política penitenciaria debe pues tomar como referencia básica los principios filosóficos rectores del sistema, y el conocimiento previo o diagnóstico de la realidad penitenciaria correspondiente, para delinear las recomendaciones más adecuadas, que respondan a los requerimientos prioritarios que plantea la situación social vigente.

Al lado del hecho concreto de cada medio social en el que se ha implantado o existe un sistema penitenciario, debemos considerar que el propósito de la readaptación del delincuente no puede ser enfocado solamente desde una óptica penitenciaria, ya que este problema tiene también aspectos jurídico-penales y de índole social, es por ello que dentro de los planeamientos de una política penitenciaria es importante considerar también objetivos o lineamientos de tipo social como jurídico-penales, además de los estrictamente penitenciarios.

## **El sistema penitenciario brasileño**

Es el más crítico lamentablemente. Esta cruda situación se ve claramente en Brasil, el cual ha logrado recientemente la desafortunada distinción de tener la cuarta tasa de encarcelamiento más alta del mundo. En los últimos 15 años, la tasa de encarcelamiento del país aumento un 7 por ciento anualmente, siendo diez veces más rápido que su crecimiento demográfico. En los últimos 25 años, la población carcelaria de Brasil aumentó de 90,000 a más de 600,000. Esta población está proyectada a aumentar a 1.9 millones en el 2030, si las tasas actuales persisten.

Este aumento masivo está asociado con dos tendencias interrelacionadas de la década pasada. En primer lugar, la expansión del uso de la detención preventiva, más frecuentemente asociada con la segunda tendencia—arrestos por posesión de drogas, a pesar de un cambio al código penal en el 2006 que despenalizó la posesión de pequeñas cantidades de marihuana para el uso personal. Un estudio realizado en el 2014 por el Centro de Estudios de Criminología y Ciudadanía (Centro de Estudios de Seguranga e Cidadania, CESeC) señala que el 40 por ciento de la población carcelaria en Brasil está esperando juicio. La cifra sólo para Río de Janeiro es del 39 por ciento, o 11,000 personas. En los estados del noreste de Piauí y Maranhão, estas tasas alcanzan el 60 por ciento.

En consonancia con la tendencia carcelaria en los Estados Unidos, la mayoría de los encarcelados en Brasil son jóvenes varones entre los 18 y 29 años de edad. De ellos, el 61.6 por ciento son afro descendientes. De la creciente población carcelaria en Brasil, el segmento que ha crecido más rápidamente es el de las mujeres, un fenómeno consistente con tendencias similares en la mayoría de los países latinoamericanos. Entre 2005 y 2014, la tasa de encarcelamiento femenino aumentó un 10.7 por ciento anualmente, de 12,925 a 33,793

personas durante el período de nueve años. El tráfico de drogas fue la causa de las condenas de culpabilidad para el 64 por ciento de las mujeres encarceladas. (Fuente: Sistema Penitenciario Brasileño Desafíos y Posibilidades de Reforma).

Al igual que muchas de las provisiones constitucionales y leyes adoptadas en Brasil, la ley aprobada en el 2011 (Leídas Medidas Cautelares), la más reciente de varias leyes sobre sentencias alternativas para delitos no violentos, rara vez se aplica. Un estudio en Río en el 2011 mostró que la prisión preventiva aún se aplica el 73.3 por ciento de los casos, mientras que el pago de una fianza, el monitoreo electrónico u otras alternativas a la prisión antes de ir a juicio son ignoradas por la gran mayoría de jueces.

#### "Soluciones" al encarcelamiento masivo y las condiciones inhumanas

Ningún grupo de la comunidad de justicia penal duda de las estadísticas, las proyecciones del crecimiento de la población carcelaria o la realidad de los abusos de los derechos humanos. Sin embargo, las formas de abordar el dilema varían ampliamente dependiendo de quién está proponiendo la solución.

Privatización de las prisiones: Sin filosofía alguna de la pena, sólo costo-beneficio. Ya sea que el modelo incluya subcontratar la administración y/o los servicios penitenciarios o crear asociaciones público-privadas, el modelo de privatización se ha vuelto cada vez más atractivo para varios gobiernos estatales. Al contrario, de la tendencia en Estados Unidos y Europa para eliminar la privatización de las prisiones, siete estados brasileños tienen ahora un total de veintidós prisiones privatizadas. Proponen como un medio de encarcelamiento más humano y económicamente más eficiente, argumentan que las cárceles privadas ofrecen condiciones más limpias, mejores servicios de salud y educación y "oportunidades de empleo", es decir, mano

de obra barata para las instalaciones de fabricación dentro de las cárceles. Mientras que la Constitución establece que ningún trabajador debe ganar menos del salario mínimo, los trabajadores penitenciarios ganan menos, no reciben beneficios y generalmente cuestan 54 por ciento menos que un trabajador no encarcelado. Los presos son seleccionados para cárceles privadas debido a su buen comportamiento y no conexión con facciones criminales para evitar actos de violencia generada por facciones criminales, (ONG Juízes para a Democracia, s.f.), consideran estas cárceles inconstitucionales, señalando que el sector privado no está interesado en procesos efectivos de rehabilitación, sino más bien en generar ganancias económicas. . El eslogan de una prisión recientemente inaugurada en el área metropolitana de Belo Horizonte es "Menos costo y mayor eficiencia".

#### **1.4. Justificación de la investigación**

La investigación se justifica, ya que el sistema procesal actual en todo momento recurre a la medida socio educativo, sin tomar en cuenta que hay sistemas alternativos restauradores.

El sistema de control de infracciones penales cometidas por adolescentes en el Perú se muestra ineficiente. Por otro lado, la violencia juvenil es un fenómeno expandido que sirve de permanente plataforma a la delincuencia adulta, además de permanecer aislada en investigaciones públicas y rigurosas.

Por otro lado, no se observa un modelo de justicia oficial que aborde exclusivamente esta problemática junto a sus implicancias normativas e institucionales. De igual forma, el sistema de reinserción del adolescente tiene dificultades de tratamiento y no muestra las condiciones adecuadas para ejecutar las medidas correspondientes. Donde debe existir elementos “según Malvárez Para que pueda llevarse a cabo una reparación del daño, se requieren los siguientes

elementos: a) La destrucción, mal, degradación, menoscabo, ofensa o dolor provocado a una cosa, persona o moral de alguien, b) Que el daño sea realizado sin mediar derecho alguno para ello, c) El daño proviene de la acción del hombre, es decir, de un acto o hecho humano y d) Es independiente de la intención del responsable. Al efectuarse un perjuicio, el victimario está obligado a indemnizar, ya que el efecto jurídico de la reparación del daño es precisamente la indemnización o resarcimiento".

Según, Periodismo de La República (2017), el reciente estudio “Cómo son los adolescentes infractores en el Perú”, (Observatorio Nacional de Política Criminal de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia), reveló que 4 de cada 10 menores infractores (40%) tiene un familiar en prisión y que en muchos de los casos se trata del padre.

El censo realizado en los Centros Juveniles de Diagnóstico y Rehabilitación, arrojó además que el 40% de menores varones recluidos abandonó su hogar entre los 12 y 15 años, pero otros incluso lo hicieron entre los 7 y los 12 años. En el caso de las mujeres, una de cada 2 se fue de casa antes de los 15 años.

Esto quiere decir que podemos hacer más sitios de rehabilitación con oportunidades para jóvenes con empeño. Pero a la vez se necesita ampliar más apoyo psicológico a los padres para que así estas criaturas no se vayan a realizar actos delictivos. Por ello según Figueroa: "El enfoque de Justicia Juvenil Restaurativa ha sido un gran aporte en ese sentido, pues ha permitido enriquecer nuestras prácticas y la visión de justicia a la que todos aspiramos; una que busque recuperar las relaciones sociales dañadas y que aspire a tomar en cuenta de manera justa a todas las partes afectadas, involucrándolas activamente en la resolución del conflicto cuando

haya disposición para ello; y atendiendo preventivamente, las causas circunstanciales y si es posible estructurales que llevaron al adolescente a transgredir la ley".

### **1.5. Limitaciones de la investigación**

Como sabemos, este es un tema nuevo, por lo que tiene muchos límites y fronteras en la presente investigación, el límite que se ha encontrado es por la veracidad y fidelidad lo resumimos en dos:

Los datos son subjetivos pero no dejan de ser importantes ni bastos en la investigación.  
A) Falta de cooperación en los actores de la investigación B) Poco recurso al sistema penal C) Otra limitación son en cuanto a mayores, espacios de investigación.

### **1.6. Objetivos de la investigación**

#### ***1.6.1. Objetivo general***

El programa de sistema de justicia juvenil con un enfoque restaurativo tiene como horizonte de sentido una sociedad justa, democrática y cohesionada que garantiza la convivencia social, pacífica, armoniosa y segura, sobre la base del respeto de los derechos humanos, aplicándose las sanciones con un valor principista y filosófico de la pena, lo cual este es la razón de nuestra investigación, si es que realmente se aplica en la práctica desde el punto de vista filosófico, lo cual desde hasta la fecha no es así, sino que se aplica con un carácter meramente funcionalista.

#### ***1.6.2. Objetivos específicos***

Los objetivos de una política de justicia referida a los adolescentes en conflicto con la ley penal deben contemplar tanto los aspectos preventivos anteriores al delito, como la debida

regulación de los mecanismos de reacción posteriores a aquel, en el sentido de su racionalidad y proporcionalidad, tendientes a evitar nuevas comisiones de delitos.

Unidad de análisis. Módulo básico de justicia del Poder Judicial, el Ministerio Público, Comisarías del distrito de El Agustino

## **1.7. Hipótesis**

### ***1.7.1. Hipótesis general***

El funcionamiento de la reinserción, Planteamos una hipótesis con respecto a la justicia penal restaurativa en menores infractores del distrito de El Agustino, Lima, en la cual buscamos saber si en Lima realmente es de ayuda correcta y su es la forma de aplicación la sanción de justicia penal restaurativa en adolescentes infractores y si se basan en principios filosóficos.

### ***1.7.2. Hipótesis específicas***

En los últimos años el Estado peruano ha carecido enormemente la falta de precisión a la hora de aplicar la justicia penal para el adolescente infractor.

Esto se ve demostrado por los altos índices donde los adolescentes que salen a reinsertarse a la sociedad una vez cumplido la sanción impuesta por el Estado vuelven a reincidir en los mismos u otras faltas, no resultando el encierro.

Es por ello que creemos que una medida de solución es dar mayor enfoque a los métodos empleados para la resocialización en la inserción de los menores



## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Bases teóricas

#### 2.1.1. *Teorías generales relacionadas al tema de la pena*

- **Teoría de la Pena**

La teoría de la pena está vinculada a la función que corresponde al derecho penal dentro de la sociedad. Analizando la misión que se le asigna a la pena, descubriremos la función del derecho penal. La justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente es un ambiente de paz social. Aplicar una pena a una persona es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso puede haber casos en que se la anule totalmente. Esto nos hace pensar que la pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre –su libertad- pero, esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.

La pena al igual que el derecho penal depende del rol que le quiera dar el Estado dentro del cual se desenvuelva. Por ejemplo, conforme el Art. 43° el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, por tal razón, la pena debe responder a la protección de dichos principios.

En conclusión, el derecho penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro Código pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido del derecho penal gira entorno a la función de la pena, la sanción en aplicación con justicia y, las corrientes modernas apuntan a desplazar las penas cuando ellas resultan innecesarias.

- **Teorías Absolutas o Retributivas**

Sus principales representantes son Kant (Puig, 1981) y Hegel. Esta teoría nos dice que al sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución al hecho que cometió. Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, en otras palabras, la pena es la negación de la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva: “ojo por ojo y diente por diente” (Ley del Taleón). De esta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente.

#### Aspectos

a) **Positivo:** detrás de esta teoría absoluta hay una idea de justicia y proporcionalidad.

La sanción penal ha de estar enmarcada en una justa retribución, es decir, la pena debe graduarse de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad del delito – proporcionalidad. Esta teoría responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se fundamenta en razones religiosas, éticas y jurídicas. Ejm: sobre la proporcionalidad: no se le impondrá la misma pena a una persona que cometió un robo que a otra que violó a un menor.

b) **Críticable:** parte de un solo orden de valores, cuando en la realidad la sociedad tiene diversos grupos con diferentes órdenes de valores. También se critica que no se tenga en cuenta el libre albedrío del inculpado pues, se castiga la acción sin importar si ha sido coaccionado o no el sujeto en el momento de realizarla.

- **Teorías Relativas o Preventivas**

Las teorías relativas son totalmente opuestas a las absolutas. Señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se comenten en el futuro acciones punibles. Es decir, la función de la pena es prevenir que en la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena. La JPJR subjetivo es que no se cometan delitos y/o infracciones a la Ley Penal a través de prácticas restaurativas preventivas. Involucrando y acercando al autor a la víctima.

Estas teorías tienen fe en la posibilidad de educar a las personas que han delinquido, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, por tanto, en las teorías relativas coinciden ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias.

Estas teorías las podemos dividir en:

a) **Teorías Generales.** Cuando la función o misión de la pena es dirigida a toda la sociedad en general con el propósito de prevenir delitos, es decir, no individualiza al receptor del mensaje. Esta teoría se puede sub-dividir en dos grupos:

- **Positiva o Integrada,** cuando la misión de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en una sociedad. Hay que remarcar en la persona los valores de la sociedad. Es decir, se persigue la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se afirma al derecho penal como un medio de control social más, solo que formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado. El derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, es decir, pretende conectar con los demás controles

sociales. Jakobs sostiene la idea de la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma, que supone la confianza en la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de sus consecuencias. *Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma, y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en este sentido, una relación racional.*

- **Teoría Negativa o intimidatoria**, pretende coaccionar o intimidar psicológicamente a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos. En nuestra realidad, la pena está cumpliendo este papel –coaccionar, intimidar a todos los miembros de la sociedad-; una muestra de esto está en la implantación de la cadena perpetua, la cual tiene por finalidad intimidar a los ciudadanos para que no cometan delitos. Respecto de esta teoría podemos formular dos críticas: En primer lugar, el medio que emplea (el miedo); en segundo lugar, se trata a las personas como si fueran animales.

Con esta tendencia se cae en el terror y en el totalitarismo. La crítica social más importante que se puede hacer, viene desde Kant en el sentido de que el individuo no debe ser utilizado como medio para las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas.

También, se critica, a la prevención general el faltarle un criterio proporcional que limite la gravedad de la pena a imponer, pues la misma lógica de la intimidación lleva a considerar que, mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen, en atención a la impresión que produce en la generalidad, mayor debe ser también su eficacia.

- b) **Teoría Especiales:** Sostienen que las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir, la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente -Art.IX del Título Preliminar del Código Penal.

La tesis preventivo-especial que propugna Von Liszt señala que el delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación -para el delincuente ocasional no necesitado de corrección-; resocialización -dirigida al delincuente que es susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena, e inocuización- dirigida a la anulación del delincuente habitual incorregible con la "servidumbre penal" por tiempo indeterminado.

La prevención especial trata al delincuente como un enfermo que debe ser tratado terapéuticamente, el problema está en determinar cuánto tiempo necesita una persona para "curarse"; surge entonces el problema de las sentencias indeterminadas. La consecuencia que seguiría a este razonamiento es que la prevención especial debe conducir a tomar medidas pre-delictuales, pues desde este punto de vista es absurdo esperar la comisión de un delito para que el Estado pueda intervenir.

- **Teorías de la Unión.**

Se intenta combatir los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se combinan con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Al llegar a las teorías eclécticas se deduce que la

pena desempeña una pluralidad de funciones. Conforme dice Jescheck, tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios, en tantos puntos enfrentados y de tan diferente genealogía, sino a partir de la reflexión práctica de que la pena desempeña una pluralidad de funciones. No cabe duda de que en las teorías mixtas puede detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes. Es así que se pueden dar las llamadas antinomias de los fines de la pena ; en este sentido dice Roxin y Claus (1976) dicen: que, la "mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo.

Bajo esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad -idea de pena justa- pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito -idea de pena útil-. En consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características: ser, a la vez, pena justa y pena útil.

Estas teorías tienen dos direcciones:

- La primera, remarca la idea de justicia por encima de la prevención o utilidad. Lo principal es la defensa del bien jurídico, al afectarlo se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo a los principios de la prevención. Conforme dice el profesor Mir Puig, 1998 "(...) quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena, conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución". Esto constituye una función "conservadora", representada por el Proyecto Ministerial Alemán de 1962.

- La segunda, se orienta a la utilidad -la prevención-. A la retribución sólo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida (soluciones útiles que no sean injustas). El fundamento de la pena sería la defensa de la sociedad- protección de bienes jurídicos-. A la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido

Lo que se pretende lograr es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

Roxin (1998) elaboró la Teoría Dialéctica de la Unión Este autor manifiesta que es preciso contemplar la pena en su total dimensión y en cada uno de sus componentes, esto es justamente lo que no han hecho las teorías clásicas que aportan una visión parcial de la pena. Este planteamiento ubica las diversas teorías conforme el orden secuencial del delito:

- El momento de conminación legal: La pena tiene la función de proteger bienes jurídicos, lo cual se realiza a través de la prevención general intimidatoria. Para poder realizar esta función, es necesario saber qué puede prohibirse; la respuesta a esta pregunta depende de la función que le asigne el Estado, en cuya fijación se derivará el fin que ha de cumplir el Derecho Penal. En esta etapa prima entonces la prevención general –Art. I del Título Preliminar del Código Penal.

## **Las Medidas de Seguridad**

De acuerdo a Caffarena-Borja et al. (1993) son sanciones que se imponen a los inimputables o imputables relativos. Es decir, las medidas de seguridad están destinadas a los supuestos en que el comportamiento antijurídico no genera responsabilidad criminal en razón de la personalidad del sujeto o la hace limitadamente (Imputabilidad o semi-imputabilidad). Su función es prevenir nuevos delitos que pueden cometer sujetos considerados por el derecho como el peligroso para la sociedad –se busca la resocialización.

### **2.1.2. Definición de Sanción**

la prescripción indicada por la norma se halla respaldada por una sanción material que puede consistir en la privación de la vida o de la libertad del infractor, en un desapoderamiento de una parte de sus bienes como reparación del daño causado, en una separación del grupo social, y si es posible, en el retorno de las cosas a la situación anterior a la comisión de la conducta prohibida. La sanción es aplicable por el grupo de poder dotado de las facultades y elementos materiales para hacerlo.

Las normas jurídicas se diferencian de las normas morales y las normas religiosas, precisamente, por la sanción material como elemento constitutivo. En las normas morales existe también una sanción, pero es ideal; se encuentra en la conciencia de cada persona y en la desaprobación de los demás. En las normas religiosas la sanción toma la forma de un castigo extranatural o de una expulsión del grupo confesional, como la excomunión católica.

Esta distinción característica del derecho contemporáneo se debe a Kant, son tres: son los fines punitivo al castigar al infractor, un fin reparador al resarcir al agraviado por el



perjuicio sufrido, y un fin preventivo al buscar por el temor desalentar o disuadir a los miembros del grupo social en general de transgredir la norma.

De este modo, dada una norma y producida su infracción, el agraviado, o en ciertos casos el propio Estado, pueden emplazar al autor ante los órganos de justicia y, luego de probar su culpabilidad, lograr que éstos declaren fundada la petición y la apliquen la sanción.

La sanción resulta ser así en medio de control social, para emplear la expresión de Roscoe Pound, si bien su efecto disuasivo de la infracción del orden jurídico no interviene sino en último término, vale decir que la idea de la sanción subyace en la conciencia de cada individuo, ya que las personas obran en su vida de relación social llevados más por los condicionamientos económicos, sociales e ideológicos.

La sanción en sentido amplio se considera como retribución lo que corresponde a uno por su ser, su dignidad y principalmente por sus obras. Es una exigencia de justicia. En acepción restringida, la retribución consiste en el premio debido o en el castigo merecido por las acciones buenas o malas.

Kant y otros, no comprende el carácter absolutamente ético del fin consistente en la perfección ni el valor decisivo del mundo sentimental humano y de la tendencia naturalmente necesaria a la felicidad.

El castigo consiste en la irrogación de un mal físico a causa de un mal moral. Es la justa retribución por el mal o acción culpable. La transgresión de la ley divina encuentra su correspondiente castigo en el malogramiento del fin último moral por la pérdida de la eterna

felicidad. El premio y el castigo morales, en cuanto anunciados por el legislador humano o divino, poseen el carácter de sanción, es decir, garantizan la observancia de la ley al unir las exigencias supraindividuales del bien moral con la verdadera felicidad del individuo. Puesto que la sanción, es decir, garantizan la observancia de la ley al unir las exigencias supraindividuales del bien moral con la verdadera felicidad del individuo. Puesto que la sanción se dirige por la representación de este encadenamiento a la voluntad libre. Por eso, todo castigo, incluso el impuesto por el estado, incluye necesariamente la retribución por la violación libre y culpable del derecho. La negación de la libertad y de la retribución conduce a la supresión del derecho penal y de la dignidad moral de hombres. Sin embargo, en la sanción humana a la medida de la retribución no se determina por la interna medida de la malicia que solo Dios juzga, sino por los fines de intimidación y corrección propios del castigo, necesarios para el bien común

### ***2.1.3. Definición de Justicia Penal Juvenil Restaurativa***

“La Justicia Juvenil Restaurativa es una forma de entender y afrontar los conflictos, la violencia/ y los delitos menores baja intensidad, que involucran a adolescentes, víctimas, y comunidad. Este enfoque promueve la participación activa de los involucrados en el conflicto, la violencia o el delito, procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño y el restablecimiento de las relaciones humanas y sociales afectadas a través de los procesos y prácticas restaurativas”.

Es altamente recomendada para abordar la situación, de adolescentes en conflicto con la Ley Penal ya sea:

- Porque ser encausado judicialmente o verse privado de su libertad cuando se ha cometido una infracción que no reviste de gravedad puede resultar innecesariamente estigmatizador para el adolescente.
- Porque para los adolescentes la ley puede resultar muy abstracta. Es más fácil para un adolescente entender las consecuencias de su acto cuando puede apreciar la aflicción de la víctima.
- Porque la reparación tiene efectos educativos y resocializadores. La reparación puede ayudar al adolescente a comprender las consecuencias de su acto, pero también le da la oportunidad de reivindicarse y de restituirse él mismo como persona, valor moral.
- Porque trabajar sobre la base de la responsabilidad del adolescente es clave para su educación como ciudadano, por cuanto se le considera sujeto de derechos, capaz de responder por sus actos.

Es un programa que recoge lecciones aprendidas de la experiencia.

- Garantizar los derechos de los adolescentes que son acusados, arrestados, investigados, procesados, sentenciados

La situación de los niños, niñas y adolescentes debe ser una prioridad en la agenda del Estado y de la sociedad en su conjunto. Dentro de este grupo, no se puede ignorar ni dejar de lado a aquellos adolescentes que cometen infracciones de la ley penal pues merecen una especial atención. En la medida en que el futuro del país reside en el enorme potencial y vigor de su niñez y juventud, sus capacidades deben ser adecuadamente canalizadas para prevenir su involucramiento en actividades al margen

de la ley. "En ese contexto, estamos convencidos de que una responsabilidad ineludible del Estado es contar con políticas de prevención para evitar el incremento de las infracciones penales cometidas por adolescentes. Ello requiere los recursos suficientes para lograr un tratamiento de calidad en los Centros Juveniles. La baja reincidencia delictiva de los jóvenes que egresan de dichos centros pone en evidencia que el camino de la rehabilitación debe ser fortalecido para evitar que desarrollen una carrera criminal. Asimismo, la prevención de las infracciones penales requiere atender instituciones básicas como la escuela y la familia" (Centro Juvenil de Maranga, Oficina de Planificación y Control). Muchos de los jóvenes que hoy se encuentran en los Centros Juveniles no han concluido sus estudios o provienen de familias desestructuradas. Por esta razón, es fundamental que puedan acceder a oportunidades y servicios básicos que les permitan satisfacer sus carencias sociales, económicas y familiares, lo que sin lugar a dudas contribuye a una menor incidencia de las infracciones. En materia de Justicia Penal Juvenil, de acuerdo con los parámetros de la Convención sobre los Derechos de los Niños, es necesario fortalecer la aplicación y ejecución de las medidas socioeducativas no privativas de libertad, en los casos que corresponda. De igual forma, debemos reconocer la importancia de la implementación de la "Justicia Juvenil Restaurativa" en el país. Se trata de un mecanismo que impide los efectos nocivos que un proceso judicial pueda tener contra el adolescente y potencia su responsabilidad ante la víctima y el daño causado. En los casos en que se requiera el internamiento de un adolescente, es evidente que un trabajo serio y sostenido en los Centros Juveniles implica realizar constantes esfuerzos para optimizar los programas de tratamiento y potenciar las acciones del personal a su cargo. La labor impulsada por el Poder Judicial en estos últimos meses que, sin duda, continuará, debe ser respaldada, como parte del

desarrollo de una política criminal y de seguridad ciudadana integral. Nuestra sociedad necesita este tipo de políticas públicas, coherentes, racionales y sostenidas.

**Los Centros Juveniles del Poder Judicial"** para cambiar el rostro de estos lugares y demostrar que los adolescentes tienen el derecho a una nueva oportunidad para el rescate social del estado, al cual es su responsabilidad. Con ello se busca asegurar un tratamiento adecuado, condiciones de habitabilidad dignas y que se prioricen los recursos para ampliar el número de integrantes del personal, adquirir equipos de seguridad y/o material educativo, entre otros. Debo subrayar que la decisión y voluntad política de una institución, como la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial, puede constituir el cambio que se demanda para obtener resultados positivos en el tratamiento de los adolescentes. Asimismo, se verifica los resultados de la labor de los Centros Juveniles y considera, a partir de las tasas de reincidencia, que es posible lograr resultados óptimos en el tratamiento de los adolescentes, mediante un trato digno y respetuoso de la persona privada de libertad. Éste es un ejemplo y un desafío que el sistema penitenciario de adultos debería tomar en cuenta para su labor.

#### ***2.1.4. Teorías pertinentes de la investigación***

##### **Teorías relacionadas al tema**

##### **Principios básicos establecidos por la ONU para la aplicación de programas de justicia restaurativa**

- La teoría de los programas de justicia restaurativa, se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, salvo que la legislación nacional establezca lo contrario.

- La voluntad de ofensor y de la víctima son fundamentales, así como la información detallada de los derechos que les asisten, la naturaleza del proceso, las consecuencias de su decisión de incorporarse a un programa restaurativo. No deben ser coaccionados ni inducidos para formar parte de procesos restaurativos o acepten resultados de procesos restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlos por medios desleales. Pueden retirar su consentimiento en cualquier momento y los acuerdos a los que lleguen en forma voluntaria sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas, basado fundamentalmente en la teoría de la voluntad.
- Si bien la víctima y el delincuente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales que ocurrieron como base de su participación en un programa restaurativo, debe respetarse la presunción de inocencia del imputado, esto significa que no debe iniciarse el programa cuando no haya prueba suficiente que lo inculpe. Asimismo, si participación no debe ser tomada como admisión de culpabilidad en el proceso judicial.
- Teniendo en cuenta que el delito en sí mismo, rompe el equilibrio entre las personas, deben tenerse en cuenta las diferencias de posiciones, así como las diferencias culturales. Como lo propone Martínez (2011): "La mediación penal es una manifestación de lo que se conoce como justicia restaurativa, un movimiento social, una filosofía que recoge inquietudes muy diversas y que tiene que ver con la forma en que las sociedades reaccionan frente a un delito, como abordan la resolución de los conflictos, en concreto, por lo que aquí interesa, los conflictos de naturaleza penal; se trataría pues, de una especie de programa político- criminal" Por ello, las partes deben tener la posibilidad de contar con asentimiento legal, servicios de traducción o interpretación. En caso de ser

menores de edad, deben tener derecho a la asistencia de sus padres o tutores además de la asistencia técnica, propugnándose una teoría de paz social. (p.20).

- Debe considerarse la posibilidad, cuando proceda, de que los acuerdos tomados en programas restaurativos sean supervisados judicialmente o sean incorporados a decisiones judiciales. Cuando así suceda, los resultados de los programas restaurativos deben tener la misma categoría de cualquier sentencia judicial debiendo excluir la posibilidad de ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Las obligaciones asumidas deben ser razonables y proporcionadas

### **Dentro de la teoría de la complementariedad**

- La justicia restaurativa no es sustitutiva del sistema, es complementaria del mismo. Cuando los programas restaurativos no sean un recurso apropiado o posible el caso de ser remitido a la justicia ordinaria para su decisión, por ejemplo cuando no se llegue a un acuerdo. En estos casos, debe tomarse una decisión sin demora y alentarse la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad. Sin embargo, en ulteriores procedimientos, el hecho de no haberse llegado a un acuerdo, no podrá ser invocado como un fundamento para no intentar un proceso restaurativo. Según Alonso (2002): "La justicia restaurativa es una nueva manera se considerará la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas". (p.256)

- Los Estados deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas con base legal cuando sea necesario para que se implementen los programas de justicia restaurativa, los cuales deben ajustarse a los principios básicos enunciados y deben versar los siguiente:
  - Condiciones o requisitos para el ingreso a los programas.
  - Gestión de los casos luego del proceso restaurativo.
  - Calificación, capacitación y evaluación de los facilitadores
  - Administración de los programas.
  - Normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de programas.
- Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tienen carácter confidencial y no deben ser revelados, salvo que así lo acuerden las partes o lo disponga la legislación nacional. Como propone Galeno: "Tanto ofensor como víctima tendrán la oportunidad de expresar de su sentir respecto a lo sucedido, en el delito y sus consecuencias. Las partes entonces podrán efectuarse preguntas, de igual forma lo podrán hacer las respectivas familias. El ofensor se reunirá en privado con su familia para determinar cómo saldrán la reparación del daño causado".
- Los facilitadores deben conocer la comunidad local y su cultura, así como estar capacitados para ejercer su función en forma justa e imparcial.
- Los estados deben formular estrategias y políticas nacionales para desarrollar la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para su utilización por parte de las autoridades policiales, judiciales y sociales. Por ello de lo que



propone la ONU "La implementación de programas de justicia restaurativa como complemento del sistema de justicia penal, fue acompañada por el desarrollo de seguridades para los participantes y esfuerzos para maximizar sus resultados restaurativos y de prevención del delito. En 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución que contiene un conjunto de Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal. Estos principios ofrecen una guía importante para los creadores de políticas, las organizaciones comunitarias y los funcionarios de la justicia penal involucrados en el desarrollo de respuestas de justicia restaurativa a la delincuencia en su sociedad".

**Desde el punto de vista filosófico,** y desde la posición de Hegel, ello basado en la dialéctica, concibe la sanción como la negación del derecho "y la pena es la negación de la negación", por ello representa la voluntad general citado en: (Hegel, 1989, p.165).

**Entonces qué es la sanción en el Derecho Penal.** Ella es la consecuencia y afectación de una conducta que constituye una infracción de manera jurídica, pudiendo haber sanciones o penas, por tanto, podemos decir que la definición general de la sanción, es la aplicación de algún tipo de pena o castigo a un individuo ante un tipo de comportamiento inapropiado.

**Punto de vista filosófico de la pena.** Desde el punto de vista filosófico, la pena en un sistema jurídico que lo establecen los hombres, ello se basa en la eficacia de condenar al infractor y paliar el desorden constituyendo ella un resarcimiento desde el punto de vista moral al afectado.

**Condiciones de la pena y su filosofía.** Ella se basa fundamentalmente en la siguiente:

- Debe tener legitimidad.
- Capacidad del juzgador.
- Ser proporcionada.
- Defensa de la libertad.
- Defensa de los Derechos Humanos.
- Rehabilitados para que el hombre se más libre

Deberá componer el sistema jurídico y las relaciones de justicia, no sea apasionadas, para que no haya venganza.

## **2.2. Marco conceptual**

El debate filosófico respecto al derecho de los menores y de manera específica sobre el adolescente, ha tenido relevancia desde la época antigua, en Roma Grecia; así como en Israel y otras culturas en el mundo. Al respecto, Mendizábal (1974) explica que la física aristotélica de la escolástica descansó por entero en la hipótesis de que el universo del niño es el universo real, de ahí que nos describa precisamente lo que sería este si nuestras impresiones sensibles y afectivas fueran cosas.

El legislador contemporáneo vuelve a caer en aquel error, cuando, sin considerar cual sea para los menores el mundo verdadero de su Ley, les aplica la misma que rige para el mundo adulto, sin intentar subsumir ni comprender su mundo propio, el de sus auténticas vivencias y percepciones, tal y como ha venido señalando el versículo evangélico:

Mendizábal (1997) menciona que desde la perspectiva iusnaturalista se concibe a la persona humana como el eje de todo un sistema de valores universales que están enraizados en

la dignidad natural que ostenta. La armonía social, fundamentada en el bien común, implica la exigencia de que la convivencia humana se produzca regular o normativamente con miras a aquel bien, para que quede salvaguardada la paz y orden sociales.

Al enjuiciarse las conductas de los menores, como consecuencia directa de este confucionismo moral, se confunde, con notoria injusticia e irresponsabilidad, lo moral con lo que, es justo, qué es tanto como identificar el ámbito de la Moral con el Derecho con una finalidad eminentemente pragmática y con la pretensión de salvaguardar a ultranza la paz social.

En un plano puramente filosófico, tenemos la óptica de los juristas Rojo y Spector (s.f.) quienes ilustran diciendo que, los Derechos pueden ser legales (aquellos consagrados por el ordenamiento jurídico) o morales (aquellos que, dadas ciertas circunstancias, deberían ser consagrados por el ordenamiento jurídico). En la actualidad, los niños gozan de derechos legales, ya que, de hecho, existen leyes que garantizan ciertos derechos a los niños, por su carácter de tales. Por ejemplo, a nivel interamericano, la Convención sobre Los Derechos del Niño dispone, en su Preámbulo, que "la Infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales" y reconoce, en su artículo 3, que: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"

En primer lugar; analizan los autores, están quienes sostienen que los niños no deberían tener ningún derecho. Ello no implica, como veremos, que el niño no tenga ningún estatus moral. En segundo lugar, están quienes sostienen que los niños deberían tener algunos derechos

que tienen los adultos, pero no todos restaurarlos y rescatarlos socialmente cuando están en conflicto Ley Penal.

A su vez, continúan los autores, podría distinguirse entre dos tipos de liberacionistas: los “liberacionistas retóricos”, que abogan por la igualdad de derechos entre niños y adultos exclusivamente como manera de negociar la mayor cantidad de derechos posible para los niños, pero que no creen genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos; y los “liberacionistas reales”, que sí consideran genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos. Contra esta distinción, sin embargo, uno podría decir que la tesis liberacionista es una sola, apoyada tanto por los liberacionistas retóricos como por los liberacionistas reales, aunque por diferentes razones. En efecto, el liberacionista real sinceramente cree en esta tesis, mientras que el liberacionista retórico la apoya por razones políticas. No obstante, una tesis no cambia según la apoyemos por una u otra razón. Desde una perspectiva puramente teórica, no hay diferencias entre liberacionistas reales o retóricos.

De acuerdo a Hart (1982), la postura que sostiene que los niños no deberían tener ningún derecho puede ser defendida con tres argumentos diferentes. El primero es que los niños no son entes pasibles de ser titulares de derechos, simplemente porque no son capaces de ejercerlos. Desde esta perspectiva, los derechos son herramientas necesarias para perseguir planes de vida. Cuando alguien es incapaz de ejercer un determinado derecho<sup>^</sup> la idea de que esa persona tiene este derecho pierde interés, así como pierde interés la idea de una persona sin piernas teniendo derecho a una pelota de fútbol. Dado que, por ejemplo, un bebé no puede votar, asociarse con fines útiles, profesar una religión, etcétera, no puede ser titular de esos derechos.

Griffin (2002), no obstante, este argumento es vulnerable a dos objeciones, al menos. Por un lado, prueba demasiado poco, dado que solo los bebés son incapaces de ejercer todos los derechos (y ni siquiera los bebés, dado que incluso ellos encuentran alguna forma de expresarse). Por otro lado, la idea de que el "encanto" de los derechos radica en que puedan ejercerse, parece referirse a derechos que hacen a la libertad, como por ejemplo la libertad de expresión y la libertad de culto, mas no a los derechos que hacen al bienestar, como el derecho a recibir un tratamiento médico adecuado por parte de un hospital público. Si esto es correcto, y asumiendo que niños muy pequeños no puedan ejercer ningún derecho que haga a la libertad, entonces no tiene sentido decir que son titulares de estos derechos, pero sí tiene sentido decir que son titulares de derechos que hacen al bienestar, para que en el futuro puedan ejercer los derechos que hacen a la libertad. Estafes una razón clave para concluir que existe un interés muy relevante en que los niños se desarrollen adecuadamente y que, por lo tanto, merecen ser tutelados por el derecho, ya que eso hace al bienestar

El segundo argumento es que los niños no son titulares de derechos porque asignar derechos a los niños implica no comprender qué es la infancia y cómo los niños deben relacionarse con los adultos. Podría argumentarse, utilizando una retórica comunitarista, por oposición | una retórica liberal basada en derechos individuales, que asignar derechos a los niños genera, progresivamente, el olvido y el desinterés por las razones por las cuales se crearon dichos derechos en una primera instancia. Por ejemplo, en el contexto de una familia' asignar derechos a cada miembro de la familia deja en segundo plano el hecho relevante de que las relaciones familiares deben construirse, ante todo, sobre la base del amor. Por lo tanto, desde esta perspectiva, no solo es innecesario asignar derechos a los niños, sino que es perjudicial, ya que lo valioso de la relación entre adultos y niños radica en valores que nada tienen que ver con el mero hecho de que los niños tengan derechos (como el amor, la empatía, etc.) y, a su

vez, la asignación de derechos a los niños atenta contra la preservación, en primer lugar, de dichos valores. Sin embargo, este argumento no resulta plausible. No es claro por qué la relación entre padres e hijos sobre la base del amor sería dejada en un segundo plano si se le otorgan derechos al niño. Podría argumentarse además que, mientras la relación entre ellos esté basada en el amor (y los padres le garanticen un desarrollo adecuado al hijo), son los derechos los que quedarán en segundo plano; no será necesario mostrar esa "carta" y los derechos entran en escena cuando la relación es problemática, por ejemplo, cuando los padres abusan de su hijo. Por ende, tanto la relación basada en el amor como los derechos del niño pueden coexistir, los derechos entrando en escena recién cuando lo primero está ausente.

**El tercer argumento** es que los niños no son titulares de derechos porque solo es posible asegurar la protección moral de los niños por medio de la negación de derechos. Podría argumentarse que, para que los niños crezcan y puedan desarrollar su capacidad de realizar elecciones (y así transformarse en adultos), es necesario que, durante la niñez, no tengan derecho a tomar sus propias decisiones. De acuerdo con la evidencia empírica, para convertirse en adultos (en un sentido estricto, que implica lograr el desarrollo de la capacidad de realizar elecciones), los niños deben ser alimentados, ayudados y, especialmente, deben estar sujetos a control y disciplina. Si no se le provee al niño dicho contexto, se seguirán consecuencias malas para el adulto en el que se convertirá y para la sociedad, en la que debe convivir adultos con niños. No obstante, este argumento falla porque no muestra que los niños no tengan derechos, sino solo que no tengan derechos que hacen a la libertad, como votar. Este argumento acepta que los niños deben, entre otras cosas, ser alimentados, lo que sugiere que tienen este y otros derechos que hacen al bienestar. De todos modos, contra esta objeción uno podría ensayar la siguiente respuesta: el hecho de que los niños no tengan derechos no implica que no exista una obligación moral de cuidarlos y protegerlos. Las personas pueden tener deberes de orden moral

que no se correlacionen necesariamente con un derecho de su titular. Como adultos, debemos proteger y promover el bienestar de los niños, sin que de ello se siga que los niños deban ser titulares de derechos. Por ejemplo, los humanos tienen una obligación moral de no maltratar a los animales arbitrariamente, pero de ello no se sigue que los animales sean titulares de un derecho a no ser maltratados arbitrariamente. Es posible argumentar en defensa de la protección de los animales sin abogar por la asignación de derechos a los animales y, del mismo modo, es posible argumentar en defensa de la protección de los niños sin abogar por la asignación de derechos a los niños.

### **El liberacionismo**

De acuerdo con el liberacionismo, los niños deberían tener exactamente los mismos derechos que las personas adultas. El liberacionismo desafía, en primer lugar, la idea de que los niños no son pasibles de ser titulares de derechos debido a su incapacidad de hecho. Es decir, un liberacionista no necesariamente se opone a la idea de que solo pueden ser titulares de derechos quienes tengan suficiente capacidad. Puede estar de acuerdo con ello, y a la vez considerar que los niños sí tienen suficiente capacidad y, tanto, pueden ser titulares de derechos. En este sentido, uno podría distinguir entre dos tipos de liberacionistas: los que sostienen que todos los niños tienen suficiente capacidad para ser titulares de derechos y los que sostienen que solo algunos la tienen. El primer tipo de liberacionismo parece más problemático que el segundo, ya que es evidente que algunos niños, los más jóvenes especialmente, están sensiblemente incapacitados. El segundo tipo de liberacionismo, no obstante, también tiene un problema: pierde en originalidad. Esto es, deja de ser liberacionismo, porque acepta que debería trazarse una línea entre titulares de derechos y los que no lo son, aunque en un lugar diferente a aquel en el que se la traza habitualmente. Esto deja de ser liberacionismo para convertirse en la posición estándar, según la cual algunos son titulares de derechos y otros no.

**En segundo lugar**, el liberacionismo sostiene que solo concediendo plenos derechos a los niños estos van a poder adquirir la plena capacidad. En este sentido, negar los derechos a los niños (al menos a los niños más cerca de ser adultos) lleva a mantener a los niños en estado de vulnerabilidad, inmadurez y dependencia. De acuerdo con esta postura, los niños deberían estar estimulados para comportarse de formas que les permitan desarrollar la madurez y gozar plenamente del ejercicio de sus derechos como adultos. Dicho estímulo permitirá a los niños desarrollar la experiencia. Los niños (al menos a partir de un determinado momento) no difieren demasiado de los adultos en cuanto a sus capacidades cognitivas y volitivas, pero carecen de experiencia en la toma de sus propias decisiones, lo que los hace ingenuos y vulnerables. Hoy en día, la falta de experiencia en los niños puede deberse al hecho de que no se les conceden suficientes oportunidades para tomar sus propias decisiones. En este sentido, no es que los niños (al menos los niños de cierta edad) no tienen derechos porque no tienen capacidad para ser titulares, sino que no tienen esa capacidad porque no se les dé la oportunidad de ejercitarla, otorgándoles derechos. No darles esta oportunidad podría calificar como una severa afectación de los derechos que hacen a la libertad en perjuicio de los niños impidiéndoles tener la chance de realizar elecciones por sí mismos que, de hecho, los beneficiarían ya que fomentarían el desarrollo de su capacidad

### **El problema de la arbitrariedad**

Partamos ahora de la visión liberacionista según la cual no todos los niños pueden ser titulares de derechos. Deviene necesario trazar una línea divisoria entre niños que no tienen capacidad suficiente para ser titulares, de derechos y niños (y adultos) que sí pueden ser titulares de derechos. Por un lado, podríamos sostener que la mayoría de los niños tiene capacidad suficiente para ser titular de derechos, ya que la mayoría de los niños (es decir, a partir de una edad muy temprana) tiene la capacidad de realizar elecciones y de comunicar sus



preferencias. Si se trazara la línea divisoria en ese lugar (utilizando una definición poco exigente de "capacidad"), uno podría replicar que lo que define si alguien posee capacidad no es la mera habilidad para realizar elecciones y comunicarlas, sino la habilidad para comprender y evaluar las distintas alternativas y luego tomar una decisión fundada. Por ejemplo, los animales también poseen la capacidad de elegir y comunicar una elección (como cuando deciden tomar agua), pero estamos de acuerdo en que dicha habilidad no alcanza para considerarlos titulares de derechos que hacen a la libertad. Por otro lado, podríamos ubicar la línea en el otro extremo, argumentando que, para poder ser titulares de derechos, es necesario haber desarrollado sensiblemente la capacidad, incluso en un nivel al que pocos adultos han llegado a desarrollarla (es decir, a una edad muy adulta). La mayoría de los adultos no evalúa de forma perfecta todas las elecciones que toma, ni tiene una opinión totalmente independiente de su entorno ni es capaz de fundar todas sus decisiones. Esta definición exigente de "capacidad" también arroja resultados poco intuitivos, ya que excluye de la titularidad de derechos incluso a una gran cantidad de adultos. Si ubicamos la línea divisoria en algún lugar en el medio de los extremos (es decir, a una edad intermedia, como 18 años), también podemos enfrentar ciertos problemas. Una persona de 18 años y un mes no difiere demasiado en cuanto a su capacidad de una persona de 17 años y once meses. No obstante, la primera es titular de derechos y la segunda no. Aquí, entonces, parece que la línea divisoria arroja resultados arbitrarios. Para contestar esta crítica, se puede argumentar que, si bien puede ser cierto que, al tener una línea divisoria, las personas que se encuentran cerca de los límites que divide dicha línea serán tratadas, en cierta medida, arbitrariamente, no caben dudas de que una persona de 40 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, puede ser titular de derechos) difiere sensiblemente en cuanto a su capacidad de una persona de 5 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, no puede ser titular de derechos). Por lo tanto, la línea divisoria parece funcionar de manera correcta para explicar las diferencias de capacidad entre mayoría de las personas, excepto

entre las que se encuentran cerca de los límites divididos por la línea. Esta imperfección de la línea divisoria podría estar justificada, si el uso de dicha línea es lo suficientemente valioso como para compensarla. La arbitrariedad en el trato a quienes se encuentran en el límite de ambas partes divididas por la línea "es el costo que hay que pagar" por gozar del uso de una línea divisoria. Después de todo, el problema de los límites está impregnado en todo el derecho, y en algún lugar deben establecerse.

Algunos liberacionistas argumentan que no debería trazarse ninguna línea divisoria entre seres humanos al momento de decidir quiénes pueden ser titulares de derechos. La línea divisoria, sostienen, debería trazarse entre humanos y no humanos, ya que esa es la verdadera línea que distingue un lado del otro. Todos los humanos deberían tener los mismos derechos, ya que estos son fundamentales para la humanidad y no pueden serles negados a una parte, meramente en función de su edad. Ante este argumento, se podría contestar que, concediendo que los niños tienen un cierto estatus moral por ser humanos, de eso no se sigue necesariamente que éstos deban tener derechos. Por ejemplo, como señalamos antes, los adultos pueden tener una obligación moral de preservarlos, ya que reconocen su valor sin concederles la titularidad de derechos. Ahora bien, y para hilar más fino, ¿es valioso preservar el criterio de la línea divisoria basada en la edad de las personas para asignar la titularidad de derechos? Pareciera que lo realmente relevante para decidir si una persona debe ser titular de derechos no es su edad, sino el nivel de desarrollo de su capacidad. La edad de una persona no siempre refleja el nivel de desarrollo de su capacidad. Podría proponerse, por ejemplo, que cada individuo sea testado por separado, para analizar si tiene la capacidad suficiente para ser titular de derechos o no, independientemente de su edad.

Sin embargo, esta propuesta tendría varios problemas. En primer lugar, los costos "administrativos" que se asumirían para llevar adelante esta propuesta serían, sin dudas, demasiado elevados. En segundo lugar, debería definirse cuál sería el tipo de test correcto y justo, lo cual parece una tarea muy compleja. En tercer lugar, se corre el riesgo de que quien sea responsable de llevar a cabo los tests se corrompa y no persiga la meta de aplicarlos correctamente, sino la de perseguir su propio interés. Otra posible solución que podría proponer un liberacionista que acepte que los niños no tienen, de hecho, la capacidad suficiente para realizar elecciones sería eliminar toda línea divisoria entre humanos y garantizar que los niños puedan solicitar a los adultos el servicio de aconsejarlos en la toma de decisiones. De este modo, los niños podrían, a través de adultos capaces de hecho, gozar plenamente de sus derechos. No obstante, esta idea también tendría algunas complicaciones. En primer lugar, debería definirse cómo se elegirían a los adultos que aconsejen a los niños. ¿Debería elegirse a los padres, a profesionales especializados o a otra persona determinada? Cualquier tipo de agente que elijamos no nos garantizará que el niño finalmente goce de la mejor representación posible. Por ejemplo, no existen garantías de que el padre sea el mejor consejero posible para su hijo. Del hecho de ser padre de un niño no se sigue que, además, será el mejor consejero posible. En segundo lugar, ¿qué tipo de consejos serían los correctos: aquellos que recomiendan hacer lo que el niño habría elegido si hubiera tenido plena capacidad o aquellos que recomiendan que el niño elija lo que proteja mejor su "interés"?

### **Teoría del Derecho de Menores**

En cuanto al tema del Derecho de Menores, sin duda alguna se tiene el amplio estudio y dedicación realizado por el profesor peruano Chunga Lamónja, para quien el tratamiento jurídico doctrinario del menor está abarcado por el denominado Derecho del Menor citado por

Chunga (1990) que es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del individuo, desde su concepción hasta su plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad para integrarse armónicamente en la convivencia social.

Para Chunga (1990), este derecho reconocido a los menores de edad, que obviamente incluye a los adolescentes se desarrolló hasta constituir una nueva disciplina denominada Derecho de Menores, precisando que dicha especialidad jurídica no solo es el conjunto de normas jurídicas relativas a definir la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención, sino, además, a permitir el reconocimiento del derecho del menor que el Estado está obligado a garantizar, proteger y hacer realidad.

Por su parte, Alvis (2010) define que el Derecho del Menor es un Derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del individuo, desde su concepción hasta su plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarse armónicamente en la convivencia social.

Dicha autora también hace un estudio sobre los caracteres y estructura de lo que ella denomina nuevo Derecho del Menor, los cuales transcribimos en lo siguiente:

### **Caracteres del Derecho de Menores**

1. Es imprescindible comprender que, en la concepción cristiana del derecho, la Ley positiva y la Ley natural son inseparables y que la legalidad carece de significado; si se le aísla de su contenido moral. Por ello, el Derecho del Menor no puede ser

únicamente la legalidad, sino que ha de ser, sobre todo, la expresión y la realización de la justicia

2. Las facultades que se derivan de las normas del Derecho del Menor deben ser de carácter imperativo, inderogable e imprescindible ante la voluntad individual, debiendo ser exclusivamente la Ley quien regule su contenido, eficiencia y vigencia
3. El Derecho del Menor, debe ser construido como un todo orgánico, en el que, garantizando el bien común y la paz social, prevalezca el carácter tuitivo en todas y cada una de sus instituciones en su proyección sobre la sociedad.

### **Teoría Relativa al Menor de Edad**

Los estudios doctrinarios han desarrollado la existencia de dos doctrinas referentes al menor. Una es la denominada de la situación irregular y a la otra de la protección integral. Ambas doctrinas tienen un objetivo común: el reconocimiento de derechos y la protección integral del menor en base al interés superior del mismo, para lograr su pleno desarrollo e inserción en una sociedad democrática, convirtiéndose en un sujeto al que se le reconozca su dignidad de ser humano y contribuya eficientemente a la sociedad, en base a principios de igualdad, libertad y justicia.

### **Situación Irregular**

Esta doctrina se origina con el nacimiento del llamado Derecho de Menores y la proclamación de la Declaración de Ginebra en 1924 nutriéndose más más tarde con la Declaración de los Derechos del Niño en 1959. Algunos tratadistas preconizan la protección del menor desde su concepción, tras su nacimiento hasta alcanzar a plenitud su capacidad de obrar tal como lo señalaba el recordado maestro español Luis Mendizabal Oses, otros solo en que se dé protección jurídica y rehabilitación o readaptación a los llamados menores en situación irregular tal como lo afirmaba el jurista brasileño Alyrio Cavallieri.

**Hernandez Alarcón** en su Tesis el Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil, nos indica que siguiendo a García Méndez en el año 1995, se puede señalar que existen tres corrientes que sustentan la doctrina irregular:

- 1. Conservadurismo Jurídico Corporativo.-** Cuya característica esencial es el uso de los eufemismos y expresiones de buenos deseos muy distantes de la realidad, donde las maravillosas frases que componen estas legislaciones no han impedido que se hacinen en hogares a los niños y adolescentes en abandono y a los infractores con tiempo indeterminado. El elemento central de este tipo de intervención es el Juez, quien debe ser un buen padre de familia. Al respecto, es oportuno recordar, que hasta hace un tiempo se exigía que el Juez de Familia sea casado y con hijos. En esta perspectiva, un buen Juez con poder ilimitado es el ideal, por el contrario, cualquier recorte a sus facultades era perjudicial al logro de una labor positiva y correctiva en favor de la infancia. Nada más lejos de la realidad.
  
- 2. El Decisionismo Administrativista.-** Se basa en que para resolver el problema de la infancia se necesita la intervención estatal completamente desprovista de las trabas y formalidades del Poder Judicial. Para este sistema el marco legal ideal se construye teniendo como base legislaciones escuetas, con múltiples vacíos que han de ser llenados por la buena fe de la administración e incluso se considera positivo y necesario el traslado de algunas competencias del ámbito jurisdiccional al administrativo. De este modo sean trasladado al ámbito administrativo decisiones trascendentales en la vida de las personas históricamente reservadas solo al Juez como, por ejemplo, la adopción internacional.

- 3. El Basismo de la Acción Directa.** Parten de la idea de que la ley es tarea de los jueces y que las acciones por la infancia son tarea de las organizaciones no gubernamentales. Este sistema desconoce de este modo la importancia de la ley como instrumento del cambio social. La consecuencia es la realización de múltiples acciones a favor de los niños en distintas instancias y niveles, las cuales al ser segmentalizadas, aisladas y descoordinadas no pasan de constituir un gasto ineficaz de tiempo y recursos.

### **Doctrina de la Protección Integral (Un Cambio de paradigma)**

Esta segunda doctrina surge con motivo de la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, de la Convención sobre Derechos del Niño, la que considera un nuevo paradigma, niño sujeto de derecho. Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho y, consecuentemente ha de respetar los derechos humanos que tiene toda persona, los derechos específicos que corresponde a esas personas en desarrollo; le reconoce también las libertades, esta como sujeto en que se le debe reconocer imperativamente tales derechos.

En este sentido, esta doctrina en materia penal considera los hechos cometidos por el menor como faltas o delitos sobre los que tiene responsabilidad. El menor se convierte en infractor a ley penal, se le sigue un proceso de juzgamiento especial siguiendo las normas aplicables, en nuestro caso el Código de los Niños y Adolescentes y no se le aplica la pena para el adulto sino medidas de protección o medidas socioeducativas. El menor no podrá ser procesado por un delito que no esté previamente tipificado en la ley penal; es decir; se sigue el principio “no hay pena sin delito” se le ha de reconocer el derecho de un debido proceso, el poder ser informado de su detención, el informársele a los padres, al no estar conjuntamente

con adultos, etc. La doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño, considerado a este como sujeto de derechos.

En otras palabras, mientras en la Doctrina de la Situación Irregular al menor que mataba o robaba se decía que había cometido un acto antisocial; ahora, de acuerdo a la Doctrina de la Protección Integral, aquellos menores que cometen los actos anteriores se les califica con su verdadero nombre: homicida o ratero. Antes, el Juez de Menores calificaba el acto según su propio criterio; ahora, el Juez de Familia debe verificar que el acto cometido esté previamente tipificado como falta o delito en el ordenamiento penal en virtud de principio de legalidad. Antes no había plazo en la medida, el menor no tenía derechos expresamente señalados; ahora hay plazo, y tiene derechos individuales y garantías procesales.

La característica del nuevo paradigma se basa en considerar al niño como sujeto de derechos, ya no se le define como incapaz, sino como una persona en desarrollo, que puede ver sus derechos amenazados o vulnerados y por lo tanto las medidas asistenciales que se aplicarán deberán ser diferenciadas de las sanciones penales aplicables a aquellos en conflicto con la ley penal; es decir, a los adultos.

Con relación a niños y adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley penal, será fundamental fijar una edad por debajo de la cual el Estado renuncie a la aplicación de todo tipo de medidas. Para aquella fracción etérea que se pueda imputar la comisión de un delito (Esto es declararlo responsable) deberán reconocérsele todas las garantías del debido proceso. Se aplicará la privación de libertad como medida de último recurso, y por el tiempo más breve que proceda, considerándose medidas alternativas.



## **Teoría de la Responsabilidad Penal de Menores de Edad**

### **1) Naturaleza de la Pena y Minoridad**

D'Antonio explica que “El restablecimiento del orden social, alterado por una conducta desviada de contenido delictivo, se ha considerado satisfecho, a través de los tiempos, con la retribución derivada de la medida sancionatoria impuesta al sujeto perturbador. Destacada con posterioridad la trascendencia del aspecto preventivo, se lo ha encarado como un amago de reproche, que se convierte en aplicación de la respectiva sanción en el caso concreto, cuando la conducta se opera y un hombre encuadra tal accionar en el molde legalmente preestablecido”.

En su faz preventiva la pena aparece, entonces, como una premonición cuya gravedad se relaciona con el valor otorgado al bien vulnerado, el cual es jurídicamente protegido, siendo, según Mezger, “Una institución social que obra como sanción y constituye un contrapeso exigido por la humana predisposición general al debido. Como reproche la pena se presenta a modo de individualización gravosa irremediable para quien afrontó las consecuencias legalmente previstas; es decir, para quien vulneró la prevención. A este concepto deben adicionársele elementos derivados de la acreditación de la materialidad, autoría y responsabilidad, ingredientes que culminan el ciclo de respuesta”.

En el mencionado aspecto preventivo podemos interrogarnos, entre otras cuestiones, acerca de los destinatarios de la premonición. En lo que atañe a la esfera del reproche, podemos plantearnos la finalidad que se le reconoce. Es indudable que la amenaza de sanción solo puede ir dirigida a quienes sean capaces de comprenderla y, consiguientemente, puedan de tal modo adecuar sus conductas a lo legalmente esperado.

Por lo demás, el reproche en expectativa no puede solo pretender en el actual estado de la humanidad una finalidad vindicativa, sino que su búsqueda se orientará hacia la recuperación de quien sucumbió, no obstante, la amenaza de castigo.

Estos dos aspectos, venganza y reeducación, se muestran plenamente vigentes y combinados en la actualidad. Por eso, podemos argumentar que el resarcimiento es posible y congruente respecto de quien obró a sabiendas de la ilicitud de su conducta, con culpa atribuible, lo cual se vincula con la redención que se espera de quien ha comprendido cabalmente la entidad desviada de su comportamiento.

En este tema de la pena o sanción penal cabe acotar que se pone de manifiesto, como consecuencia de la aplicación de la pena, una actitud social frente al condenado que aparece como una reacción de rechazo y tendencia al aislamiento, lo cual impide una eficaz reintegración del individuo al medio, al par que se convierte en factor cooperante a la recaída en la conducta delictiva.

Consecuencia rigurosa de lo que hemos venido expresando es considerar que pena y menor son términos absolutamente irreconciliables, concluyendo que las motivaciones y finalidades vigentes en el ámbito del derecho penal común con sus connotaciones de resarcimiento, venganza y enmienda resultan totalmente extrañas en el campo del comportamiento juvenil desviado.

## **2) La incapacidad Penal del Menor en la Legislación Internacional Moderna**

En el derecho actual, la situación del menor, cuya conducta encuadra en una figura penal, es universalmente contemplada de manera específica, siendo su desmembramiento en relación al derecho penal ordinario, paulatino e irreversible.

En Alemania se señala que, a partir de las leyes de tribunales de menores de los años 1943 y 1953, en los casos de falta de madurez fisiológica debida al crecimiento, o sea, en los

supuestos de niños y menores, no se habla ya de inimputabilidad, sino de exclusión de responsabilidad, calificándose al menor, cuando es imputable, de “responsable”.

Tales discrepancias terminológicas son justificadas por Maurach al decir que, ante la falta de madurez ético-intelectual propia de la etapa del crecimiento natural y fisiológico de los menores, debe evitarse la expresión “inimputabilidad”, la cual se refiere a perturbaciones de índole patológica, agregando este autor que existe una razón de mayor importancia todavía, a saber, que en el derecho penal general, de la apreciación de la imputabilidad se sigue la punibilidad del autor, mientras que en el derecho de menores, de la responsabilidad no sigue aún esa consecuencia.

Si bien observamos que en el derecho las causales de inimputabilidad derivan, efectivamente, de trastornos de la facultad o de la conciencia (Art. 34, inc. 1, Código Penal Argentino) y la condición de imputable resulta de la capacidad de responder penalmente o, como dice Núñez, ser imputable significa, en definitiva, que el autor puede ser punible.

Las consecuencias del desarrollo de la teoría de la responsabilidad del menor en nuestro ámbito y la exclusión de la noción de inimputabilidad importaría el reconocimiento de la especificidad de las normas referentes a menor, las que en este caso se independizarían de la sistemática y de los principios imperantes en el derecho penal ordinario, respondiendo al apartamiento ya concretado del menor respecto de la ley penal sustantiva.

Como fundamento de la posición que considera al menor irresponsable y no inimputable, podría ponerse la circunstancia legalmente regulada en relación a los menores comprendidos entre los catorce y los dieciséis años de edad, sobre quienes se afirma que existe imputabilidad,

pese a que la pena no es consecuencia rigurosa de la capacidad sancionatoria. De aplicar estrictamente los principios que regulan la ley penal común, el reproche sería de rigurosa procedencia y no cabrían las alternativas autorizadas por el tratamiento legal específico sobre minoridad.

Pero cabe señalar que en la misma Alemania la posición que distingue entre responsabilidad e inimputabilidad y a la que nos hemos referido, no encuentra plena acogida. Así, Mezger, después de definir al imputable como quien posee en el tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad, expresa que el menor que no alcanza la edad legal es “incapaz de pena” y señala que la tesis predominante es la que entiende que se trata de una causa de exclusión de la imputabilidad.

## **Teoría de la Imputabilidad**

### **La imputabilidad en el Derecho Comparado**

Un estudio interesante realizado por Vaello Esquerdo sobre la responsabilidad penal de los menores, nos precisa que parece constatarse que la justicia penal de menores se encuentra hoy en una encrucijada de la que tal vez no le sea fácil salir en la que necesariamente se tienen que conciliar castigo y educación. Por un lado, desde determinados sectores se comprende y defiende un Derecho Penal juvenil cimentado sobre la idea de la personalidad del autor del delito más que sobre la gravedad del hecho en sí, mientras que otras instancias reclaman que sea el dato de la entidad delictiva el que se tome en cuenta. La comisión por parte de menores de algunos delitos graves y la resonancia que tales acontecimientos alcanzan en los medios de comunicación, con la consiguiente alarma social, son, sin duda, factores que hacen que la segunda opción vaya ganando adeptos. Así se viene dejando sentir en los países occidentales,

entre los que Italia y España no constituyen una excepción. En el primero de ellos, pese a que los datos estadísticos no parecen justificarlo, existen dos proyectos gubernamentales (C2501 y C2517) sobre la materia, de marzo de 2002, que proponen modificaciones de Derecho sustantivo y procesal en el sentido de una mayor severidad. En España, la situación no es diferente, pues tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, L.O.R.P.M.), inspirada en una decidida orientación de prevención especial educativa, se han sucedido una serie de reformas algunas incluso durante el año de *vacatio legis*, establecido en la ley de indisimulado carácter retribucionista, aparte de que está gestándose otra de idéntico signo.

En este contexto, no es extraño que asistamos a una crisis de la justicia de menores, cuya superación, entre otras medidas, reclama estudios interdisciplinares, tanto de las ciencias que analizan el comportamiento como de las ciencias jurídicas que ayuden a descubrir las deficiencias de los actuales sistemas, al tiempo que sean capaces de mostrar las dimensiones reales de la delincuencia juvenil, sus causas, su fenomenología y la mejor manera de tratarla.

El caso es que la creciente alarma social, que desemboca en una petición de reformas endurecedoras, no parece guardar correspondencia con los datos estadísticos. Por lo menos en Italia la situación, en términos generales, es más favorable que en otros países europeos, y, por lo que respecta a delitos graves, como el homicidio, las cifras se mantienen sin estridencias. Existen trabajos, abarcando más o menos la última década de siglo, que si bien admiten un aumento a excepción del año 2000 de la tasa de menores denunciados, respecto a los que se ha procedido judicialmente, la mayoría lo han sido por delitos patrimoniales y muy pocos por delitos violentos.

### **La responsabilidad de los Menores en la Legislación Extranjera**

El libro I del Código Italiano está dedicado a los delitos en general, según reza la rúbrica del mismo. Pues bien, concretamente su título IV, referido al reo y a la persona ofendida por el delito, consagra el capítulo I a la imputabilidad (artículos 85-98). Así, el Artículo 85, tras sentar que nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como delito si en el momento en que lo ha llevado a cabo no era imputable, establece que es imputable quien tiene la *capacidad de entender y de querer*. De este modo, ofrece un concepto de imputabilidad que no está exento de problemas interpretativos, pues al tratarse de una fórmula tan genérica su concreción presenta dificultades, de ahí que no falten voces reclamando unos nuevos presupuestos para el concepto de imputabilidad”. El Código Penal no contiene un concepto de imputabilidad, pero las eximentes que se considera supuestos de inimputabilidad (Art. 20, 1º, 2º y 3º) exigen de forma expresa las dos primeras la imposibilidad de que el sujeto *pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión*, entendiéndose que en ello radica precisamente la esencia de esta categoría jurídica.

La capacidad de entender se suele identifica con la aptitud para orientarse en el mundo externo conforme a una percepción no distorsionada de la realidad; es decir, como la capacidad de comprender el significado del propio comportamiento y de evaluar posibles repercusiones positivas o negativas sobre terceros. En tanto que la capacidad de querer se asimila a la aptitud de escoger de forma consciente entre motivos antagonistas, o capacidad de autodeterminación del sujeto.

### **Breve referencia a la Legislación Española**

En el Código Penal español, donde no existe capítulo alguno referido a la imputabilidad, unánimemente se considera que tienen naturaleza de causas de inimputabilidad (dejando al margen la minoría de edad, que requiere sus matizaciones) las tres primeras eximentes del art.

20, dedicadas a regular las anomalías o alteraciones psíquicas y el trastorno mental transitorio no provocado por el sujeto (1º); la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes (2º); y las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (3º). La concurrencia de cualquiera de ellas descarta la imposición de penas, pero no de medidas de seguridad. También el texto legal prevé supuestos de exención incompleta, disponiéndose para estos casos de semiimpuntabilidad, aparte de la rebaja de la pena en uno o dos grados a la señalada por la ley (Art. 68), la posibilidad de imponer medidas de seguridad, si bien las que implican internamiento solo son aplicables cuando la pena impuesta sea privativa de libertad. El tiempo de internamiento nunca podrá exceder de la duración de la pena prevista por el Código para el delito (Art. 104).

### **Breve Referencia a la Legislación Francesa**

El derecho francés ha tenido decisiva influencia en materia de menores, sobre todo a partir de su teoría del discernimiento, aunque su legislación se ocupa de ellos desde mucho antes. Una ordenanza de 1268 consideraba con irresponsabilidad absoluta a los niños hasta los diez años, de ahí a los catorce recibirían amonestaciones o golpes, y a partir de los quince quedaban sujetos a las mismas penas que los adultos. En el siglo XVI se estableció un criterio totalmente proteccionista, que excluyó de responsabilidad a todos los menores; sin embargo, más tarde y como antítesis del mismo, surge el Código Penal de 1810, que proclama la responsabilidad penal de todos los niños, frenando de esta forma los adelantos hasta entonces conseguidos, y no es sino hasta 1912 que encontramos el primer esbozo de los Tribunales de Menores en la Ley sobre Tribunales para niños y adolescentes y de libertad vigilada, en la que aparece ya el criterio del discernimiento jurídica de los menores infractores. Es apenas en este siglo cuando se inicia legalmente la protección a la infancia y aparecen en 1921 los Tribunales para Menores.

### **Breve Referencia a la Legislación Inglesa**

En Inglaterra, en tiempos remotos, encontramos un régimen muy severo para los menores, a quienes incluso se les podía aplicar la pena de muerte. Afortunadamente, en el siglo X aparece una primera nota de mejoría, muy leve por cierto, que excluía de la pena capital a los niños que hubieran delinquido por primera vez, misma que desencadenó una serie de importantes reformas a lo largo de los siglos posteriores. En el siglo XIII se determinó no condenar a los menores de doce años por robo, y para el siglo XVI se estableció la irresponsabilidad total hasta los siete años, fundándose el Chancery Court, que descansaba ya en la idea de proteger a la niñez. En 1847 se dictó la Juvenile Offenders Act, con el fin de mejorar la situación de los infractores juveniles. La escuela tipo reformatorio aparece en escena en 1954 y aproximadamente en 1905 surgen las Cortes Juveniles. Dos años después, se instala el sistema de libertad vigilada y se inicia una corriente de prevención del delito que plasmó sus ideales en la Prevention of Crime Act de 1908, expidiéndose asimismo, un código de Protección a la Infancia.

### **Breve Referencia a la Legislación Alemana**

En Alemania, el 2 de julio de 1900 surge la Ley Alemana de Educación Previsora, que inicia cambios favorables para la juventud delincuente, ya que en fechas anteriores poco es lo que se había logrado, encontrándose datos que revelan la aplicación de la pena de muerte a niños menores de ocho años todavía en el siglo XVIII. La figura del Juez de Menores aparece en 1908, presagiando el surgimiento de la Ley de Tribunales para Menores del 16 de febrero de 1923, y que trajo consigo grandes reformas legales, entre ellas, se ocupó del Derecho de Menores, dejándolo por primera vez fuera del ámbito del Código Penal y declarando inimputables a los niños de menos de catorce años. También determinó para los jóvenes entre



los catorce y dieciocho años la aplicación de las penas atenuadas. Entre 1939 y 1941 se dictaron tres ordenanzas que debían abrir camino para la implantación de la Ley del Reich sobre Tribunales de Jóvenes, del 6 de noviembre de 1943, ocupándose respectivamente de reprimir la delincuencia juvenil, estructurar arrestos y establecer condenas indeterminadas para menores. Actualmente, el sistema penitenciario alemán varía según los estados, pero en general, distingue entre la prisión preventiva, la prisión de adultos y las instituciones juveniles”.

### **Breve Referencia a la Legislación Estadounidense.**

En los Estados Unidos de Norteamérica, en el siglo XVIII, siguiendo lo dispuesto por el *Common Law* inglés y norteamericano, los niños de menos de siete años eran considerados incapaces para cometer actos criminales; en cambio, los mayores de catorce años tenían completa responsabilidad. En el periodo de transición del siglo XVIII al XIX, se mantuvo a los menores de siete años como irresponsables; pero a partir de esta edad, la responsabilidad dependería de la capacidad del sujeto para entender el acto cometido, y es un hecho que hubo niños que no alcanzaban los doce años de edad, sentenciados a pena de muerte. El primer reformatorio juvenil fue establecido en Nueva York en 1825 y establecimientos similares fueron pronto inaugurados en Boston (1826) y en Pensilvania (1828), dando inicio a una nueva etapa en el derecho de menores que buscaba la protección infantil más que su castigo. Los primeros esfuerzos para establecer Casas Cuna o Casas de Crianza para ayudar a niños huérfanos, abandonados o rechazados, tuvieron lugar también en el estado de Nueva York hacia el año 1853. Posteriormente, en Boston (1871) y Nueva York (1892), se logró la tramitación por separado de los juicios de menores, y como resultado de esto surge en Massachussets el sistema de libertad vigilada, conocida como The System of Probation. En 1891, el Juez de la Corte Superior del condado de Cook, Illinois, Mr. Harvey H. Hurd, presentó un proyecto ante la legislatura del estado de Illinois para crear un Tribunal de Menores. Hubo fuerte oposición

y el proyecto fue declarado inconstitucional, por lo que no pudo convertirse en Ley. Finalmente, en 1899, se logró el establecimiento del Tribunal de Menores en el mismo condado de Cook, Illinois, como culminación de muchos años de intensa labor jurídica, encaminados ya a la protección de los menores infractores. La nueva legislación vio crear mecanismos al margen del derecho penal, para juzgar a los jóvenes delincuentes; sirviendo de base para que todos los estados de la Unión Americana y prácticamente todas las sociedades modernas establecieran a partir de entonces, procedimientos legales especiales para conocer de los asuntos sobre menores que presentan conductas delictivas”.

En la actualidad, Estados Unidos no tiene un sistema judicial único para menores infractores, y si bien los estados prestan atención a lo que hacen otros estados, y lo que hace un estado puede influir en otro, cada uno de ellos tiene el derecho de establecer y poner en práctica un sistema judicial de adolescentes diferente que refleje sus propios requerimientos, tradiciones, convicciones y costumbres. Cabe mencionar que son varios los estados que reconocen el hecho de que inherente a este sistema existe una diferencia fundamental entre las leyes que protegen a los menores del maltrato, el descuido y el abandono y las que atienden el comportamiento delictivo. Muchos estados adoptaron al comienzo un modelo tutelar flexible y compasivo, en lugar de un sistema judicial penal severo y orientado a la imposición de castigos. Se rechazaba la idea de crimen y no se adjudicaba responsabilidad a los niños y menores que cometían actos tipificados como ilícitos penales; y lugar de ello, sostenían que había que curar y rehabilitar o readaptar a los jóvenes, por ello, los procesos jurídicos efectuados desde su captura hasta su confinamiento en una institución, debían regirse por criterios clínicos y no punitivos. Los Tribunales de Menores en los Estados Unidos han experimentado cambios radicales desde sus inicios en 1899. En los años cincuenta y sesenta, los analistas señalaron en los jóvenes transgresores una tendencia hacia la comisión de actos

delictivos más violentos. El sistema jurisdiccional tuvo que enfrentar severas críticas y cuestionamientos en torno a su efectividad y los Estados respondieron con el establecimiento de Programas de Prevención y de Vigilancia Vecinal, así como la imposición de sanciones más estrictas para intentar frenar el incremento de delitos violentos cometidos por menores. Algunos Estados modificaron sus procesos para hacer posible que un menor pudiera ser trasladado a una institución penal de adultos luego de su sentencia condenatoria impuesta por un tribunal tutelar. En otras entidades, el joven podía ser transferido a un tribunal de adultos en una etapa más temprana del proceso para ser encausado como adulto. Se produjo una reacción contra el enfoque paternalista y protector motivada por varios casos de gran notoriedad que dirigieron la atención de los medios de comunicación al sistema de justicia de menores. Crece y se reafirma la impresión de que los homicidas, violadores, transgresores sexuales, asaltantes y» otros delincuentes juveniles peligrosos, eran puestos en libertad sin haber enfrentado las consecuencias que correspondían a sus acciones

Finalmente, en la actualidad se extiende a los menores el derecho a la notificación de las acusaciones contra ellos, el derecho a ser representados y defendidos por un abogado, el derecho al careo, el derecho a no inculparse a sí mismo, el derecho a un juicio público y a la transcripción del proceso judicial, el derecho a la apelación, etcétera, de la misma manera que se les garantiza dichos derechos procesales a los adultos. Sin embargo, debido a la percepción de inseguridad y a la convicción generalizada de que el sistema de justicia para menores carecía de efectividad y de severidad, muchas legislaturas locales en los Estados Unidos modificaron sus ordenamientos jurídicos para adoptar una línea dura contra la criminalidad infantojuvenil. Algunos incluso transfirieron, el poder y la autoridad de los tribunales de menores al sistema de justicia penal ordinario de adultos

## **Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito**

A decir de los maestros españoles Muñoz y García (1994) "nos corresponde ahora estudiar lo que entonces se denominaron consecuencias jurídicas del delito: las penas, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil derivada del delito".

Esta es una parte del programa a la que tradicionalmente se le ha concedido una importancia menor que la otorgada a la teoría del delito, durante muchos años la dogmática penal se ha concretado principalmente en la elaboración de las categorías integrantes del concepto de delito que, como se ha visto, adquiere en ocasiones una considerable complejidad y abstracción. La labor desarrollada en este ámbito es de enorme importancia en la medida en que permite perfilar cuidadosamente los fundamentos de la responsabilidad penal, pero ello no puede hacer ignorar que el punto culminante del ejercicio de la potestad punitiva del estado es la aplicación de la consecuencia jurídica correspondiente al delito cometido, puesto que solo con dicha aplicación se confirma la vigencia del derecho penal y en el caso de las penas, la advertencia que este dirige a los ciudadanos. El estudio de las consecuencias jurídicas del delito pretende además no desentenderse de lo que le ocurra al reo tras el pronunciamiento de la sentencia, sino prestar atención al que, siendo esencial, es también el lado más oscuro y desagradable de la intervención penal.

## **Teoría de la Protección Social**

La protección social como tarea prioritaria del Estado aplica una serie de medidas preventivas (Política Criminal) medidas retributivas (Derecho Penal) contra todas aquellas

conductas consideradas delitos, la misma que se concreta con la aplicación de una serie de normas como el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y leyes especiales de lucha contra la criminalidad. ^

Así también, respecto al tema de la protección social, es interesante el estudio realizado por el jurista argentino Santiago Ílino, para quien la pena es solo una especie de la extensa familia de medidas que implican una privación de derechos normalmente reconocidos, usando medios coactivos si es necesario, ejercida por instituciones oficiales. Esta clase genérica incluye también las cuarentenas, el confinamiento de enfermos mentales peligrosos, las requisas de bienes en tiempo de guerra, la remoción o destrucción de objetos que obstruyen el tráfico o de edificios contruados intirreglamentariamente, la deportación de extranjeros sin permiso para residir en el país, etcétera. A fin de comparar la pena con estas otras medidas, vamos a dejar de lado por ahora (apoyándonos en la conclusión prima facie recién establecida), las connotaciones estigmatizadoras que tiene aquella, para concentrarnos en su carácter de medida pública que priva explícitamente de ciertos derechos normalmente reconocidos. La justificación de estas medidas, continúa el autor, casos particulares puede ser controvertible, pero ella es raramente atacada como cuestión de principio general, siempre que ciertas condiciones mínimas sean satisfechas. Puede ser discutible si un leproso, o los leprosos en general, deben ser puestos en cuarentena; pero muy pocos pensarían que la institución de la cuarentena como tal deba someterse a un escrutinio filosófico profundo.

## **El Sistema Nacional**

### **Constitución Política del Perú**

**Artículo 4º.-** Protección a la familia. Promoción del matrimonio: *La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en*

*situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.*

### **Código Penal**

Artículo 20°. Está exento de responsabilidad penal:

(...) 2. El menor de 18 años.

### **Código Civil**

**Artículo 43.-** Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

**Artículo 44.-** Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

**Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial**

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.

### **Código de los Niños y Adolescentes**

**Artículo 183°.** Definición de Adolescentes Infractor de la Ley Penal.

Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal.

**Artículo 184°.** Medidas:

El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código.

## **Sistemas Extranjeros**

### **Sistema Argentino**

Se tiene que la regulación de la justicia juvenil en Argentina actualmente se rige por el **Régimen Penal de la Minoridad**, inscrito en las leyes 22.278/80 y 22.803.83 (y actualizado por las leyes N° 23264, 23742) y por el **Código Procesal Penal de la Nación**, ley N° 23.984/92. En el Régimen Penal de la Minoridad Argentina se establecen las sanciones aplicables a adolescentes infractores, específicamente referidas a la privación de libertad, aunque no se establecen tiempos o plazos de aplicación ni su relación con el tipo de delito cometido. Se establece también la inimputabilidad para los menores de 16 años, la imputabilidad relativa para quienes tengan entre 16 y 18 años y la imputabilidad absoluta para quienes tengan entre 18 y 21 años. En su Artículo 1 expresa: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

### **Sistema Brasileño**

En Brasil, el proceso de reforma legal empieza en el año de mil novecientos noventa a través del **Estatuto del Niño y del Adolescente** (Ley N° 8069, aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada en noviembre de 2003). Se utiliza la fórmula del sistema tutelar tradicional, estableciéndose que los maestros de dieciocho años son penalmente inimputables. Sin embargo, es clara cuando refiere que las medidas de protección y no las medidas sancionadoras se aplican a los menores de doce años. Se establecen garantías sustantivas, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguir; por tanto, no es tan garantista como se puede pretender. Las consecuencias de la declaración de responsabilidad penal del adolescente se llaman medidas socioeducativas, para diferenciarlas de las simples medidas de protección, y entre ellas están:

La advertencia, reparar el daño, trabajo a favor de la comunidad; la libertad asistida, la semilibertad y la internación o privación de libertad. En síntesis, el Sistema de Justicia Juvenil de Brasil sirve de modelo, en principio, para muchos otros países latinoamericanos, contemplándose ya las salidas alternativas.

### **Sistema Colombiano**

En la legislación de Colombia, en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley N° 1098 del 8 de noviembre de 2006) se insertan las garantías del menor infractor; también basa su sistema en la responsabilidad penal del adolescente. Lo interesante es que divide su codificación en dos apartados: el primero, relativo a los menores infractores y el segundo, respecto a los menores ofendidos. Se otorga una definición y se dice que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible. La finalidad del sistema es garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. Se agrega que quedan excluidos los menores de catorce años de edad. Se realzan las garantías procesales a favor del niño y las sanciones van desde la amonestación hasta la privación de libertad en un centro especializado, la que no deberá exceder de seis años, pero solo para los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, y solo por delitos como homicidio doloso, secuestro o extorsión. Dicha medida puede ser superior, pero no mayor a los ocho años de internamiento.

### **La Doctrina ante la Noción del Derecho**

Las tres grandes corrientes ideológica sobre el derecho- El carácter dual del derecho plantea, de inmediato, una pregunta ¿están las relaciones sociales determinadas por las normas,



es decir por la voluntad de quienes las elabora e imponen ante la diversidad de relaciones sociales.

Tres escuelas de pensamiento jurídico han dado su respuesta a estas preguntas: la escuela voluntarista, para lo cual la norma jurídica es la voluntad del Estado; la escuela sociológica del derecho, cuya tesis central es que el derecho constituye un hecho social; y el marxismo, que sostiene la naturaleza dual del derecho y explica como el surge de las relaciones económicas.

### **A.- EL Voluntarismo**

El derecho como expresión de la voluntad de seres divinos. La idea de que el derecho es la voluntad del Estado no remonta a los tiempos más antiguos y se enraíza con la idea de que la ley es una emanación divina que es el gobernante no hace sino traducir, creencia con la cual este sustentaba, además, la legitimidad de su poder político.

La historia de las civilizaciones primitivas indica que el temor de los seres humanos a las fuerzas de la naturaleza y su fantasía les llevó a imaginar dioses a los cuales les atribuyen una vida, inteligencia y voluntad semejantes las suyas. Cada dios recibió, así, el dominio de una o varias fuerzas naturales y una jurisdicción propia en un orden jerarquizado.

El derecho adquirió entonces también un carácter religioso y secreto del que solo se liberaría más tarde cuando el Estado se consolidó definitivamente, transición a la que Roger Pinto y Madelaine Grawitz denominan la laicización del derecho (Levy, 1964)

Para San Agustín de Hipona, Dios conduce, rige y conserva el mundo como Razón Suprema, Ser Inmutable y Voluntad Omnipotente. La Ley eterna se manifiesta para El en la

naturaleza como una necesidad ciega y en el hombre como un deber que regula la libre actividad moral.

En este sentido, Santo Tomás señaló la existencia de tres órdenes de leyes derivadas unas de otras: la ley eterna o el “gobierno de la razón divina”, “gobierno de todas las cosas existentes en Dios”; la ley natural o “participación de la ley eterna en la criatura racional”; y la ley humana o solución más concreta que parte de la ley natural “como de principios generales e indemostrables”. Es la razón humana, considerada como razón especulativa y razón práctica, la que produce esta derivación. “Diremos, por tanto –indicaba- que, así como en el orden especulativo, de principios indemostrables naturalmente conocidos fluyen las conclusiones de las diversas ciencias –conclusiones cuyo conocimiento no está impreso naturalmente en nosotros, sino que es adquirido por el esfuerzo de la razón-, así también es necesario que la razón práctica llegue a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables. Estas disposiciones particulares de la razón práctica reciben el nombre de leyes humanas” En resumen, la razón especulativa, según esta concepción, le permite al hombre acercarse a la ley divina, y la razón práctica le lleva a dar las leyes humanas extrayéndolas de la ley natural.

La separación de las leyes de la naturaleza de las leyes divinas necesitó siglos, y fue el resultado del progreso de las ciencias y de la técnica.

**La doctrina del Derecho Natural.** Fue iniciada por el holandés Hugo Cornelius Van Groot, llamado Grocio, con su obra “De iure belli ac pacis”, publicada en 1625, y continuada por Wolf, Pufendorf, Tomasius, Burlamaqui y otros.

La doctrina del Derecho natural sostuvo, en síntesis, que sobre el derecho vigente hay un orden natural determinado por la naturaleza del hombre que la recta razón descubre. “El derecho natural –decía Grocio – es un decreto de la recta razón que indica que un año, en virtud de su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional y sociable, está afectado moralmente de necesidad o de malicia, y que, por consiguiente, está prescrito o proscrito por Dios, autor de esa naturaleza”. La independencia del Derecho Natural de un derecho divino se advierte en que aquel radica en la razón y en la sociabilidad del hombre, lo que le llevó a decir a Grocio que el Derecho Natural conservaría su valor aunque Dios no existiese. Pufendorf desarrolló la idea de la sociabilidad del hombre y dijo que éste es un animal sociable y no social. El hombre, inicialmente un ser aislado, se asocia por un contrato dando lugar al Estado. Por lo tanto, el principio fundamental del Derecho Natural, es para él que los pactos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*). El derecho positivo resultará una expresión de este Derecho Natural que se aplicará como la voluntad de un poder superior. Pufendorf dirá por ello: “La ley, en general, no es otra cosa que la voluntad de un ser superior mediante la cual éste impone a quienes están bajo su dependencia la obligación de comportarse de una manera determinada prescrita por él”. (Batiffol, 1964)

Pero el Derecho Natural no perdió el contacto con el derecho divino, pues siguió siendo considerado como una manifestación de éste. Burlamaqui decía: “La ley divina es también natural o revelada. La ley natural es aquella que tiene una unión tan necesaria con la naturaleza del hombre, que se puede conocer por solo las luces de la razón. La ley revelada, al contrario, es aquella que no puede ser conocida, sino por una revelación particular de Dios. (Burlamaqui, 1820)

### **El racionalismo de Kant**

Fue Emmanuel Kant (1783), quien independizó al derecho de la ley natural, de la moral y de la religión. Para él, en la razón se halla la fuente de cuanto hace el hombre. Allí radican y se forman las ideas que luego se convertirán en acciones. Veía a la razón como una capacidad intelectual y volitiva general de la que los seres humanos participan, y la dividió en una razón pura o facultad de pensar o especular con conceptos a priori situados en ella misma, o esencias, y una razón práctica o facultad volitiva para dirigirse hacia un objeto o un fin. El atributo innato de la razón, para Kant, es la libertad que le permite conocer, y exteriorizarse en acciones determinadas según máximas o leyes prácticas universales. La ley fundamental de la razón práctica es para Kant ésta: “Obra de tal suerte que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal. Se trata de una ley moral, como decía Kant, enunciativa de la propia libertad o de “la autonomía de la voluntad (que) es el principio único de todas las leyes morales[...] La ley moral no expresa por lo tanto otra cosa que la autonomía de la razón pura práctica, es decir la libertad, y esta autonomía es ella misma la condición formal de todas las máximas, la sola por la cual ellas pueden concordar con la ley práctica suprema”. Luego decía: “La acción que según esta ley, excluyendo cualquier otro principio de determinación extraído de la inclinación, es objetivamente práctica, se llama deber y el deber, en razón de esta exclusión, contiene en su concepto una coerción práctica, es decir una determinación a ciertas acciones [ . . . ] Como ésta coerción es ejercida simplemente por la legislación de nuestra propia razón, ella contiene algo que eleva, y el efecto subjetivo sobre el sentimiento, en tanto que la razón pura práctica es su causa única, puede por lo tanto llamarse relativamente a esta elevación simplemente aprobación de sí mismo. Es a esto a lo que Kant denominaba un "imperativo categórico de la razón" Kant (1797) que en el campo moral se expresa como "el cumplimiento del deber por el deber mismo".

A partir de ello Kant dividió el derecho en "derecho natural que no reposa sino en principios a priori y derecho positivo que procede de la voluntad del legislador" Kant no perdía, por lo tanto, el contacto con el derecho natural-, pero lo dejaba en el más allá, en un plano donde radica la moral, distinto de aquél donde mora la ley positiva. De aquí que dijera: "Una ley (moralmente practica) es una proposición que contiene un imperativo categórico (mandato). El que manda (imperans) por una ley es el legislator. Él es autor (auctor) de la obligación por la ley; él no siempre es el autor de la ley. En el caso que lo sea, la ley sería positiva (contingente) y arbitraria. La ley que nos obliga á priori e incondicionalmente por nuestra propia razón puede ser también expresada como procedente de la voluntad de un legislador supremo, es decir que no tiene ningún deber, sino solamente derechos (en consecuencia por la voluntad divina). Pero esta es una cosa que significa simplemente la idea de un ser moral cuya voluntad es ley para todos, sin que se piense que esta voluntad es causa de la ley."

El hombre que incumple la ley lo hace por propia voluntad, por su libertad o arbitrio. "La facultad de desear posee su principio de determinación interior en la razón, de suerte que el asentimiento (das Belieben) se encuentra en la razón del sujeto, se llama voluntad

El procedimiento por el cual se examina si una persona desacata la ley fue denominado por Kant imputación. El significado que Kant le dio a esta expresión subsiste, puesto que la sanción prevista por la norma jurídica se sigue aplicando básicamente como la consecuencia de una acción libremente decidida. Kant decía: "La imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio, por el cual se considera a alguien como autor (causa libera) de una acción a la que se denomina hecho (jactum) y está sometida a las leyes (...) La persona (física o moral) autorizada a imputar judicialmente se llama juez o tribunal iudex . fórum)

**La posición de Hegel.** Este filósofo, cuya influencia fue enorme en Alemania en las primeras décadas del siglo pasado, sostenía que la evolución es el movimiento de la autoconciencia que se piensa a sí misma como su objeto y al hacerlo se exterioriza, se enajena, llegando a ser de otro modo, pero luego se recupera; de manera que se una negación, al enajenarse, pasa a otra, al recuperarse como idea. Este modo de existir de la conciencia es el saber que se procesa como una sucesión de negaciones por cada una de las cuales un objeto se convierte en su contrario –de allí su denominación de dialéctica– hasta llegar al saber absoluto (80 bis). Hegel decía, por ello: “Lo que es racional es real; y lo que es real es racional”

Con el derecho sucedía, para él, algo similar. El derecho, creía, es la idea de la libertad que se traduce en voluntad y se ejerce sobre la sociedad a través del Estado, el que viene a ser la manifestación suprema de la idea del derecho.

**El neokantismo de Stammler.** La posición de Rudolf representa el contraataque que el idealismo emprende en el campo jurídico contra al marxismo que había quebrantado las bases ideológicas del capitalismo.

Stammler, reasumiendo las ideas de Kant, sostuvo que hay en la razón ideas a priori como formas puras, entre las cuales se hallan las nociones del derecho y la justicia. Estas ideas no son, sin embargo, para él, innatas, sino que se revelan a los individuos en los hechos de la vida jurídica. La noción de convivencia humana encierra, desde su punto de vista, dos conceptos: el de regulación social de los hombres agrupados y el de la conducta práctica de estos hombres. Es aquella regulación social, o el derecho, como una creación de la razón, el aspecto fundamental de la convivencia. “No se concibe la vida real de una cooperación humana –decía– sino bajo la condición lógica de una regulación formal. “El segundo elemento de la Economía

Social –proseguía – la práctica convivencia de los hombres, es lo que llamamos la materia de la vida social, por oposición a la forma, es decir, la regulación exterior de la convivencia humana”. Stammler, (1925). En otros términos, Stammler expresaba que “el derecho es la forma (modalidad lógicamente condicionante) y la emoción, la materia (pensamiento lógicamente condicionado en la representación de la vida social del hombre. Para Stammler no es, por lo tanto, la realidad social la que genera el derecho como norma y como forma de los actos sociales, sino a la inversa; es la forma la condicionante, y ella es una creación de la razón, de una razón, como la creía Kant, situada por encima del mundo material.

### **La Escuela Sociológica del Derecho**

**Los primeros atisbos.-** La crítica al voluntarismo tuvo sus comienzos en Montesquieu, quien advirtiendo la diferencia de las leyes de los países la atribuyó al clima, a las costumbres y al comercio. No dejó, sin embargo, de ver en la razón su fuente primordial.

Para Levy-Bruhl (1964) La escuela histórica alemana del derecho, con Hugo, Puchta y Savigny, profundizó la investigación en la búsqueda del origen de estas diferencias, acicateada por su oposición a la tendencia codificadora del Derecho Civil alemán impulsada por los seguidores del racionalismo francés que, con Thibaut a la cabeza, querían imitar en Alemania el ejemplo de la codificación francesa. Federico Carlos de Savigny, el fundador de la escuela histórica del derecho, sostuvo que el derecho radica en la conciencia nacional de los pueblos; "cada comunidad —decía— elabora su propio derecho y éste se expresa adecuadamente en las costumbres que, mejor que las leyes, traducen sus exigencias y sus aspiraciones profundas" Sin embargo, en Savigny no se halla ausente la raíz racionalista, puesto que quien produce finalmente el derecho es la razón colectiva emergida espontáneamente en la *vida* social.

**Ehrlich.-** Se halla también dentro de esta posición Eugene Ehrlich quien, por su obra *Grundlegung der Soziologie der Rechts* (Fundamentos de la sociología del derecho), 1913, es considerado, por algunos, el fundador de la sociología del derecho. Ehrlich sostenía que "El centro de gravedad del desarrollo del derecho, en nuestra época como en toda las épocas, no reside ni en la legislación ni en la ciencia jurídica o en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma dice: Carbonnier (1978), puesto que el derecho es un hecho de toda la sociedad y de los grupos que se forman dentro de ella. El derecho comprobado por Estado, como dice Batiffol comentando a Ehrlich, no es sino una parte mínima del fenómeno jurídico un pequeño lago en el mar que encierra todas las normas de acción originadas por todas las sociedades cuya existencia el Estado ni siquiera sospecha"

**Weber.** El profesor alemán Max Weber se hizo conocido por su libro *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (La ética protestante y el espíritu del capitalismo) en el cual sostuvo que el capitalismo tuvo su origen en la ética protestante. Su obra más importante es *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economía y Sociedad), publicada en 1922 (111), en la cual dio un conjunto de definiciones con las que trató de presentar a la sociedad capitalista como el modelo ideal de racionalidad.

En este trabajo, tras afirmar que la sociología busca construir conceptos-tipos, o tipos ideales, partió en su análisis de la definición de la acción que "se asienta en las acciones de los otros" y puede ser 1) racional con arreglo a fines; 2) racional con arreglo a valores; 3) afectiva; y 4) tradicional, determinada por una costumbre arraigada. Luego, definió la relación social como "la probabilidad de que se; actúe socialmente en una forma (con sentido) indicada" sentido al cual le llamó "orden" cuando la acción se orienta (por término medio aproximadamente) por 'máximas' que pueden ser señaladas" y que tienen validez o que aparecen válidas para la acción,



es decir como obligatorias y como modelos de conducta". Así, el derecho es un orden legítimo o "garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión .de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.

Pero es en "Las reglas del método sociológico" donde afirmó que el derecho es un hecho social. Un hecho social, decía, es una manera de obrar, de pensar y de sentir de un grupo humano, dotado de un poder coercitivo que se impone al individuo. Algunos hechos sociales, como las reglas jurídicas, morales, dogmas, religiosos, sistemas financieros, consisten en creencias y prácticas constituidas, es decir, que van acompañadas de una organización definida, pero otros son simples corrientes sociales, como las tendencias en una asamblea, los movimientos de entusiasmo, indignación y piedad. No son hechos particulares de cada sujeto, sino de la sociedad, del pensar y del obrar de todos, todo lo cual forma lo que Durkheim denominaba la conciencia colectiva, que es una combinación de las conciencias individuales y da lugar a la vida social.

Carbonnier (1979), una obra de importancia en el campo de la sociología jurídica es la publicada por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de París, Jean Carbonnier. En ella, Carbonnier plantea la separación metodológica de los objetos de la ciencia del derecho y de la sociología jurídica. Comienza por hacer una aclaración sobre las expresiones sociología del derecho la que se limitaría, dice, a "lo que constituye el derecho en sí mismo, las reglas y las instituciones, en tanto que la sociología jurídica englobaría todos los fenómenos más o menos teñidos de derecho, todos los fenómenos de los que el derecho podría ser causa, efecto u ocasión, incluso los fenómenos de violación, ineffectividad y desviación". Él retiene esta segunda concepción que es más amplia, pero concluye por hacerlas sinónimas. La sociología

jurídica o del derecho, dice luego, es una parte de la sociología general, cuyo objeto son "los fenómenos jurídicos o fenómenos de derecho", denominación más apropiada, a su juicio que la de "hechos jurídicos" que sería la correspondiente a "hechos sociales".

El derecho dogmático "se declara —dice— analiza el derecho como un conjunto de hechos normativos obligatorios y coercitivos", pero en realidad, señala, su objeto es el mismo que el de la sociología jurídica. La diferencia estriba, para él, en el punto desde el cual se observa al derecho. "Entre el derecho dogmático y la sociología del derecho —puntualiza— la diferencia no estriba en su objeto: es una diferencia de punto de vista, de ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho analiza desde dentro, la sociología del derecho lo observa desde fuera.

El jurista dogmático está, por profesión, alojado al interior de un sistema jurídico, su sistema jurídico nacional [...] El sociólogo, por el contrario, permanece fuera del sistema que observa, aunque este sistema sea el suyo, y la observación que hace no sabría de ningún modo influir en su funcionamiento. En otros términos, la sociología jurídica conoce la separación radical, propia de las ciencias experimentales, entre el observador y la materia observada.

La ciencia del derecho, o el derecho dogmático, como te denomina, debe limitarse a ver sólo las normas en su posición jerárquica dentro del sistema jurídico para verificar su validez y realizar los procedimientos lógicos para su aplicación a los casos concretos cuyo modelo está previsto como el antecedente de hecho por las normas. Es la visión del derecho positivo, situado enteramente dentro del formalismo kelseniano. La sociología del derecho o jurídica sí puede, en cambio, para este modo de considerar el derecho, estudiarlo como hechos o fenómenos en

sus causas y efectos; así por ejemplo, se podría estudiar el robo de automóviles, precisar las causas que lo producen, el sentido de las sentencias impuestas en relación a lo probado, los efectos de éstas, etc. Deja allí que Carbonnier divida a la sociología jurídica en sociología jurídica pura y sociología jurídica aplicada. La primera tiene una función científica, teórica o especulativa; pretende "saber cómo suceden las cosas en la realidad

Pero, aunque Carbonnier indica que los fenómenos jurídicos son hechos sociales, no cree que ellos estén gobernados por leyes causales, y, en consecuencia, sostiene que la sociología jurídica no debe formularlas. "En un grado menor de ambición, —dice en este sentido— la sociología jurídica renuncia a formular leyes que revestirían a la causalidad de un carácter general y permanente. Ella se contenta con descubrir relaciones parcelarias de causa a efecto. Más simplemente incluso, ella se limita a observar si existe una dependencia —especialmente una dependencia estadística entre dos fenómenos jurídicos o entre un fenómeno jurídico y un fenómeno de otra naturaleza (social, económica, psicológica)

### **La Teoría Marxista del Derecho**

**Los planteamientos fundamentales del marxismo.**— Ya desde mediados del siglo pasado, la teoría marxista había señalado la naturaleza dual del derecho, y había sustentado la explicación que la escuela sociológica del derecho, buscando un nuevo derrotero que alejase a la sociología de la dialéctica materialista, no pudo dar, pese a ser más reciente que aquélla.

La teoría marxista del derecho es una parte de la teoría general del universo y de la sociedad formulada por Carlos Marx y Federico Engels, que ha recibido la denominación de *materialismo dialéctico* en cuanto se refiere a la naturaleza y de *materialismo histórico* en

cuanto concierne a la sociedad. Se encuentra expuesta en varios escritos de ambos ideólogos que no tratan únicamente del derecho

De acuerdo a Marx (1975), el punto de partida de esta teoría, como el mismo Marx lo dijo, fue "la revisión crítica de la *Rechts-philosophie*" (Filosofía del Derecho) de Hegel. Carlos Marx, quien en su juventud universitaria perteneció al grupo de intelectuales jóvenes designados como los "neohegelianos", emprendió hacia 1844 su primer trabajo "para resolver las dudas que me asaltaban", como refirió. "Mis investigaciones dieron este resultado –indicó Marx -: que las relaciones jurídicas, así como las formas de Estado, no pueden explicarse ni por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano; que se originan más bien en las condiciones materiales de existencia que Hegel, siguiendo el ejemplo de los ingleses y franceses del siglo XVII, comprendía bajo el nombre de la 'sociedad civil'; pero que la anatomía de la sociedad hay que buscarla en la economía política. De este modo Marx planteó claramente que en la realidad social, Marx planteó claramente que la realidad social la que determina al derecho.

La teoría marxista del derecho, como se puede apreciar, no trata exclusivamente del derecho, ni lo ve como una entidad aislada de la realidad social, sino, por el contrario, al identificarlo como una superestructura explica su aparición, contenido, naturaleza, forma y evolución, a partir de la base real, es decir, de las relaciones de producción y, al mismo tiempo, como relaciones de trabajo.

### **2.3. Marco filosófico**

#### **Marco Filosófico de la Sanción, según Aristóteles y Rawls (1918)**

##### **Teoría de Justicia y Sanción de Aristóteles**

Según los filósofos esta es su teoría sobre la justicia en torno al problema de la justicia se ha marginado la propuesta de Aristóteles. Ello se explica por diversas razones; quizá la principal consiste en haber considerado que las diferencias entre la situación imperante en las sociedades modernas y el contexto social en el que surge dicha propuesta son tan grandes que impiden utilizarla en nuestros días. Sin duda existen diversos aspectos de la posición aristotélica que no pueden aplicarse actualmente; sin embargo, en su teoría encontramos un análisis que puede servir como punto de partida de nuestras reflexiones.

El objetivo de este trabajo consiste en demostrar que tomar en cuenta esta teoría puede servir para superar un gran número de confusiones y malintencionados que han predominado en la polémica sobre la determinación del concepto de justicia.

En oposición a Platón, Aristóteles comienza por advertir, al igual que lo había hecho en su análisis del concepto de Bien, que la noción de justicia se utiliza con diversos significados. Su estrategia para determinar estos significados consiste en establecer los distintos usos del adjetivo injusto. De esta manera, advierte que llamamos injusto tanto al transgresor de la ley (paranomos), como al codicioso (pleonektés), esto es, aquél que atenta contra la igualdad, al exigir más de los bienes y menos de los males que le corresponden. Esta vía negativa permite definir dos sentidos centrales del término justicia. En un primer sentido, justicia es, en cierto modo, lo legal y, en un segundo sentido, es el respeto a la igualdad o, para ser más precisos, aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas. Al primer sentido se lo ha denominado justicia universal o general (*iustitia legalis sive universalis -sive generalis*), al segundo justicia particular (*iustitiaparticularis*).

Ambos tipos de justicia implican dos aspectos estrechamente ligados: Un aspecto objetivo (*dikaion*), que remite a procedimientos e instituciones, y un aspecto subjetivo

(dikaíosyné), el cual se refiere a un modo de ser (hexis), caracterizado por un comportamiento consciente de respeto a las normas inherentes a los procedimientos e instituciones. Este segundo aspecto implica que las dos modalidades de justicia son ejemplares del género de la virtud (arete), que comparten la diferencia específica de tener como objeto la relación con los otros, esto es, "la justicia es la única de las virtudes que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro sea gobernante o compañero" (EN 1130a 5). La justicia es la virtud social por excelencia. Aquello que distingue a dichos tipos de justicia consiste en que, mientras la justicia universal trata del conjunto de las relaciones sociales, es decir, del bien común; la justicia particular se enfoca a las relaciones de intercambio entre individuos dentro de la comunidad. Aristóteles afirma que la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales. En cambio la justicia particular es una parte del total de las virtudes, que tiene por objeto la distribución e intercambio de bienes, así como la violación de las normas que presiden dichas actividades.

### **Los Valores de Justicia**

Los valores jurídicos se ubican en tres niveles: en el primero se hallan aquellos con los cuales se buscaría la defensa y estabilidad del sistema jurídico: son el orden, la seguridad y la paz social; en el segundo se encuentra el fin con el cual se quiere justificar el sistema jurídico: la justicia; y en el tercero se sitúa el deseo del cambio del sistema jurídico, o de sus normas para hacerlo compatible con el cambio de las relaciones sociales.

### **La aspiración a la defensa y estabilidad del sistema jurídico**

#### **a) El orden**

**Dependencia de los intereses.** El orden consiste en el comportamiento de las personas en sus relaciones entre sí ciñéndose a reglas o criterios determinados, de modo que cada

una ocupa una posición en relación a las demás y realiza su vida y actividades sin trasgredir la disposición indicada por esas reglas. El orden, en otros términos, no es sino el desenvolvimiento de las relaciones sociales ajustándose al derecho positivo. Pero como no todos lo observan, el orden se vuelve una aspiración que puede alcanzarse o no. Así como la justa aspiración el orden, regla que establece la naturaleza (la paz, tranquilidad) en sentido más estricto, son las leyes que rigen lo creado, cada cosa ocupa su lugar. La paz social es una aspiración dada la conflictividad de intereses. Pero naturalmente, todo esto no puede ser visto en abstracto, sino en la realidad de las sociedades en concreto.

## **La paz social**

### **Composición de los conflictos y autodefensa**

La paz social puede ser definida como una situación en que las relaciones sociales discurren sin conflictos. Como esta situación no se da realmente porque la sociedad está dividida en grupos con intereses antagónicos o diferentes y también porque los individuos se oponen unos a otros por las obligaciones que deben cumplir, se coloca a la paz social como un valor o ideal que algunos o varios tratarán de alcanzar buscando reducir la conflictualidad o dando solución a los conflictos. El Estado ha conservado esta función como una de las más importantes que cumple, y para ejercerla se ha creado un órgano especializado: es el Poder Judicial, que según Montesquieu, y desde la Revolución Francesa, goza de independencia en la conducción de los procedimientos y en la emisión de sus decisiones. El Poder Judicial se ha convertido, así, en el órgano estatal encargado del control del cumplimiento de la legalidad no solo por los particulares y sus grupos entre sí sino también por el Poder Ejecutivo.

## **La seguridad**

**Definición.** Es el fin o valor consistente en la garantía que ofrece el sistema jurídico de mantener a cada persona o grupo de personas en el goce de los derechos subjetivos que les han sido reconocidos o debe presumirse que los han alcanzado

Por ello mismo, este valor suscita en las personas la convicción de que así debe ser, que no habrá una turbación en sus derechos y que, si la hay, los órganos encargados de mantener la legalidad harán lo necesario para disiparla.

Su base material reside, por lo tanto, en la funcionarle vigilancia y aplicación del derecho a cargo de los órganos del Estado y, llegado el caso, en la imposición efectiva de las sanciones previstas por las normas, recurriendo a la fuerza de ser necesario, con lo cual se asegura la subsistencia y reproducción de las relaciones sociales tal como éstas se hallan reflejadas y precisadas por las normas legales. Al decir que seguridad es la certeza del cumplimiento de un orden sin justifica por lo que orden presupone justicia.

La seguridad es, entonces, además de una aspiración, una condición de la existencia de un determinado sistema jurídico o de las normas que lo forman. Así, por ejemplo, la subsistencia de la propiedad privada de los medios de producción se encuentra asegurada por el sistema jurídico que la reconoce y la rige; y este sistema, a su vez, se halla asegurado por la acción del Estado que interviene con sus decisiones, y, en el límite, con la fuerza para doblegar la resistencia de quienes lo desacaten. Y lo mismo se puede decir de las demás relaciones sociales, que se manifiestan como la realización de derechos y obligaciones determinados. La burguesía, en la Revolución Francesa de 1789, hizo reposar, por ello, de manera fundamental, en este valor el rol del Estado. "El gobierno es instituido —decía la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1793— para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles." (art. V);



y luego la Constitución de 1795, precisando más aún la noción, señalaba: "La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona de sus derechos y de sus propiedades." (Art. 8). Comentando estas normas, Marx escribió "La seguridad es el supremo concepto social de la sociedad burguesa, el concepto de la policía, según el cual toda la sociedad existe solamente para garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad. En este sentido, llama Hegel a la sociedad burguesa el Estado de necesidad y de entendimiento. El concepto de la seguridad no hace que la sociedad burguesa se sobreponga a su egoísmo. La seguridad es, por el contrario, el aseguramiento de ese egoísmo (Mark, 1967)

### **Principios derivados del valor seguridad.**

La seguridad da fundamento a varios principios del ordenamiento jurídico: Son el de aplicación obligatoria de la normatividad a partir de su fecha de vigencia, el de irretroactividad de las normas jurídicas, el de los derechos adquiridos, el de la cosa juzgada y el de la prescripción, ello es dentro de los principios de justicia estatal.

**Vigencia de las normas.** Para la seguridad de aplicación de todas las normas del sistema jurídico se establece que ellas son obligatorias a partir de cierto momento luego de su publicación.

**La irretroactividad de las normas.** Como un principio correlativo del anterior, el sistema jurídico tiene una regla por la cual las normas son irretroactivas, es decir que no pueden

aplicarse a actos o situaciones que se produjeron antes de la vigencia bajo el imperio de otras disposiciones legales.

De ser retroactivas las leyes no habría ninguna seguridad en la validez de las relaciones sociales; no se sabría nunca si lo que hoy es legal mañana será declarado ilegal y carecerá, por ello, de afecto. Se caería en una situación verdaderamente caótica, inadmisible socialmente. De allí que este principio sea tan firme como el anterior.

**La cosa juzgada.** La seguridad como valor se plasma también en el principio de la cosa juzgada, la rei judicatae de los romanos, por el cual una decisión de los jueces en un litigio que quede ejecutoriada no puede ser dejada sin efecto por otra posterior expedida por el mismo juez u otro de jerarquía más elevada. Se dice entonces que las sentencias u otras decisiones menores que han pasado en autoridad de cosa juzgada son inconvencibles.

Citando a García Rada (1962) señala que “La eficacia de la Cosa Juzgada viene en tres notas propias: es inimpugnable, inmutable y coercible. Lo primero, porque la ley impide todo ataque ulterior contra la sentencia que tiene esa condición. Si se pretende hacerlo, la acción se paraliza interponiendo la excepción de Cosa Juzgada. Es inmutable, porque ninguna autoridad, por ningún concepto ni motivo, puede modificarla; en materia civil las partes del proceso – ganador o perdedor- de común acuerdo pueden modificarla; pero en materia penal no, excepto en cuanto a la reparación civil en que el beneficiado con ella puede no hacerla efectiva, renunciando a su cobro. Toda sentencia es coercible, es decir se puede requerir a la autoridad para su cumplimiento. Con una diferencia en materia penal, la coerción funciona de oficio, en lo civil el ganador tiene que pedir se ejecute la sentencia.”

Sin embargo, el principio de la cosa juzgada reconoce una excepción en el procedimiento penal: es la posibilidad de revisar las sentencias definitivas cuando hay hechos nuevos o hechos que no fueron considerados en el proceso en el que se dictó la sentencia condenatoria.

### **La justificación del sistema jurídico: La Justicia**

**Definiciones actuales.** La justicia es el valor de significación más difusa, y, por ello mismo, más inconsistente. Sin embargo, para un grupo de autores es el fundamento o la razón de ser del derecho.

Justicia, valor supremo al cual, se sostiene, las normas jurídicas tienden necesariamente» [La justicia, como concepción, opera, por ello, en el plano de la justificación del sistema jurídico y de cada una de sus normas. No basta la imposición del sistema jurídico por la coerción; se le ha dado un fundamento ideal; la justicia cumple este papel. Como dicen Monique y Roland Weil, "el derecho es un instrumento de la compulsión en la medida en que le confiere autoridad ideológica. Corresponde lo que debe hacerse según el derecho vía razón para cada uno el derecho, aplicación de la ley positiva, la justicia es dar a través del derecho lo que justamente corresponde.

Gustav Radbruch, "La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza [...] La médula de la justicia es la idea de igualdad. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad: La justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a

tono con su antigüedad en él servicio y con sus métodos." Pero hay que distinguir, dice, entre "La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (como cualidad, por ejemplo del juez justo) la justicia subjetiva, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad por ejemplo del precio justo), la justicia objetiva".

Para Legaz y Lacambra, la justicia es una virtud general, pero ella "ha sido restringida y especializada –dice-. De ahí la clásica y famosa definición: *constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (p.19). Contra lo que generalmente se objeta, el dar a cada cual lo suyo no presupone necesariamente la atadura a un orden positivo, puesto que el valor moral de la voluntad justa puede radicar en el afán de reaccionar contra ese orden positivo y de laborar por la instauración de uno mejor y más progresivo. Ahora bien, el que da a otro más de lo que le corresponde conforme a un orden positivo, supera la justicia en caridad porque la justicia es medida y esta limitación es incompatible con el amor. Por eso nosotros la ponemos por debajo del amor y la caridad..."

Para Del Vecchio (1975), la justicia se manifiesta como alteridad o bilateralidad, paridad y reciprocidad. "Aparece de esta formulación —indica— que el obrar de cada uno sólo se considera en cuanto se encuentra o interfiere objetivamente con el obrar ajeno; de aquí por ejemplo, no sea, en el verdadero sentido, un precepto de justicia el deber de 'hacer el bien' o 'el propio deber' ni cualquier otro principio análogo que se dirija inmediatamente a un sujeto; lo es, por el contrario, el deber de hacer aquello que otra persona pueda fundamentalmente exigir, y no hacer lo que constituiría una lesión a los demás, reduciéndose justamente el problema de la justicia a la delimitación e intersección de las exigencias recíprocas entre los sujetos [...] La noción de intercambio se revela como implícita en la de justicia.

Con una concepción, que pretende ser más elaborada, Werner Goldschmidt dice que "La justicia es el conjunto de los criterios que determinan el reparto y que, por consiguiente, se refieren al contenido del reparto (el reparto a secas), los sujetos activos y pasivos del reparto (repartidores y beneficiarios), a los objetos repartibles y a la forma del reparto." Esos criterios son enunciados por él en la forma siguiente: "El principio supremo de la justicia estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad", que arraiga por un lado en el humanismo y por otro, en la tolerancia.

En suma, la justicia para Goldschmidt es una aspiración a la defensa de la libertad y los atributos que le son correlativos según el racionalismo: la propiedad y la libertad de contratación, a través de los cuales deben realizarse el intercambio y el reparto de los bienes.

**Los criterios de Ulpiano y Pitágoras.** En una u otra forma las definiciones de justicia indicadas son una reproducción de las ideas que tenían sobre ella Ulpiano y Pitágoras que, como habremos de verlo en segunda, no expresaban sino la aspiración a la simple aplicación del orden legal.

Ulpiano (170-228), reproducido por Justiniano, había dicho que la justicia era "dar a cada uno lo suyo, no dañar a otro y vivir honestamente" (*sum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*). Pitágoras (582-507 a.C) creyó que la justicia era la igualdad simbolizada matemáticamente con el número cuadrado que es perfecto porque en él lo igual están unido a lo igual ( $2 \times 2$ ), lo que en las relaciones entre los hombres se manifiesta en el intercambio por el cual se deben cambiar valores iguales. (Ross, 1957)

### **¿Qué es lo que cada cual?**

Si nos remontamos a los tiempos en que Ulpiano se desempeña como jurista y asesor eran sus esclavos, realización de un ideal de justicia que no era seguramente compartido por estos, quienes podían pensar que lo justo sería la abolición de la esclavitud. Esta dualidad o multiplicidad de criterios según los intereses de cada grupo social subiste actualmente. La aspiración del capitalista de conservar a perpetuidad la propiedad de los medios de producción, lo suyo, se opone a la aspiración del obrero de socializar esa propiedad creada por su trabajo. La idea que los seres humanos tienen de cómo debería ser la justicia depende, por lo tanto, de la clase social a la cual pertenece.

Pero el concepto de justicia, además de ser relativo, tampoco existe como un valor al cual los hombres o las sociedades tratarían de acercarse para incorporarlo a su sistema jurídico.

El ideal de arribar a la justicia se confunde con la simple aspiración a aplicar el orden legal. Es una tautología. El derecho no se inspira ni tiende, en verdad a la justicia (dar a cada cual no suyo), sino, al contrario, esta es solo la aplicación del ordenamiento legal, por lo que ha sido designada como justicia legal, en tanto y cuanto al ejecutarse cada cual obtiene aquello que según las normas jurídicas le corresponde como derechos y obligaciones.

Santo Tomás de Aquino dice que la Justicia: “Si alguno quisiera reducir la definición de la justicia a su debida forma, podría decir que “justicia es el hábito según el cual, u no con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”. Esta definición es casi la misma de Aristóteles, quien dice que “la justicia es el hábito por el cual uno obra según la elección de lo justo”

La fórmula pitagórica de la justicia conduce a una conclusión semejante. La justicia que es, según ella, la igualdad entre los iguales, en el ámbito del intercambio consiste en la igualdad entre valores equivalentes, pero en el campo de la organización social lleva a conjeturar que no pueden ser iguales quienes pertenecen a categorías distintas. ¿Cuál es el criterio para agrupar a las personas por categorías? Podría estar dado por la propia legalidad. Si la norma jurídica indica esas categorías llegaríamos a la misma situación que hemos visto anteriormente: la justicia sería sólo la ejecución de la legalidad que, en este caso, significaría aplicar a cada categoría de personas las normas a ellas pertinentes y no las de otras categorías. Pero al recaer en la legalidad nos traslada a la voluntad del órgano legislativo. En definitiva, será este quien fije el criterio de diferenciación de las categorías sociales y las normas aplicables a cada una de ellas. Pero ¿lo hace realmente u obedece a las necesidades de la estructura y de la clase social a la cual él pertenece?

Según Ross (1957) en ambos casos, el ideal de justicia queda confinado así a la decisión, intereses materiales y conexiones económicas, sociales y políticas de quienes detentan el poder del Estado; es, en otros términos, una función de la clase social o de las clases sociales dominantes económica y políticamente para imponerse a las demás, y no el resultado de una reacción personal independiente de quienes tienen la facultad de dar las normas.

**La llamada justicia social.** El concepto de justicia social, al que se ha querido atribuirle como significado la inclinación a darles a los trabajadores y a las familias menos pudientes económicamente las mejoras necesarias para llevarlos al bienestar, no es autónomo del concepto de justicia precedentemente expuesto, porque/está condicionado a la aceptación de la estructura económica, es decir, porque implica también darle a cada cual lo suyo.

De acuerdo a lo que dice Gasparri (1922, 1928) En la Encíclica Rerum Novarum del Papa León XIII, expedida en mayo de 1891, tampoco se alude a la justicia social sino solo a la justicia distributiva. Según los comentaristas y traductores autorizados de la Suma Teológica de Santo Tomás, la expresión justicia social “aparece por primera vez usada por La Tour du Pin, en 1887, y por los sillonistas, con la oposición de otros autores católicos, como Antoine, que temían con ello una infiltración de las ideas socialistas[...] Oficialmente comienza a introducirse en cartas sociales del cardenal ” Tomado como referencia (Santo Tomás De Aquino, 1956)

### **b.- La Aspiración al Cambio del Sistema Jurídico**

Se orienta al cambio del sistema económico. La estructura económica al evolucionar genera en los miembros de las clases sociales que ocupan en ella una posición dependiente la idea de alcanzar cambios más profundos. Estos cambios son cuantitativos y cualitativos. En uno y otro caso, esas modificaciones o transformaciones aportan nuevos derechos económicos, sociales, civiles, políticos y culturales para una parte cada vez mayor de la población.

La ideología en esta pugna juega un rol decisivo porque indica o trata de indicar las causas del conflicto, los elementos intervinientes en él y la nueva situación a crear, y porque señala sus etapas, plasmándose en instrumentos conceptuales filosóficos, económicos, políticos, sociales y culturales en general.

La ideología se plasma también en la definición de las nuevas normas jurídicas que precisarán mejor las relaciones sociales en desarrollo. Y es, en este sentido, que puede hablarse de la aspiración al cambio como un valor la justicia siempre en favor de los hombres libres del derecho.



## **Los Principios Generales del Derecho**

**Criterios de solución de los conflictos en ausencia de normas jurídicas.** Las normas del sistema jurídico no llegan a definir todas las situaciones o aspectos a que podrían dar lugar las relaciones sociales por la complejidad y extensión de éstas, y por su evolución.

Cuando se suscitan conflictos que los órganos estatales encargados de resolver deben juzgar, el propio sistema jurídico suele señalar los criterios para su solución. Ellos son la analogía, la justicia, la equidad y los principios generales del derecho.

El Derecho Penal, sin embargo, no le admite, pues la tipificación rigurosa de los delitos es una garantía contra la arbitrariedad a que podría llevar la analogía en la aplicación de las penas.

Por lo general, ante la ausencia de normas para juzgar un caso, el sistema jurídico designa como fuente a la que debe acudir a los principios generales del derecho.

### **¿Qué son los principios generales del derecho?**

Son las motivaciones que determinan el modo de ser del sistema jurídico y precisan su contenido.

Dell Vecchio (1948) fusionando, en este aspecto, las posiciones de la escuela del derecho natural y de racionalismo, identifica los principios generales del derecho con “la idea absoluta del derecho natural o de lo justo natural” que la razón describe y que la mente humana ha creado “formando una verdadera sólida tradición científica”.

En síntesis, la tesis de Dell Vecchio gravita entre la idea de los principios eternos de la justicia inherentes a la naturaleza humana, “y la idea del contrato social que genera la ley”.

Como más pragmatismo Marty et al. (1961) señalan que tales principios son “simplemente las reglas generales comunes que se desprenden de los sistemas jurídicos positivos en vigor” .

### **Justicia universal o justicia en un sentido general y sanción:**

En relación con el tema de la justicia universal, ante todo es menester advertir que Aristóteles reflexiona desde un contexto social en donde no existe un amplio desarrollo del proceso de diferenciación funcional de la sociedad, como sucede en la modernidad. Por ello, cuando él habla de las leyes (nomoi) se refiere a todas las normas que regulan las relaciones sociales, es decir, no sólo habla del sistema jurídico, sino también de las costumbres en general. Precisamente, utiliza la noción de justicia universal porque “las leyes hablan de todas las cosas y tratan de realizar lo que conviene a todos (...)”. La justicia universal/por tanto, se refiere fundamentalmente al conjunto de leyes que representan los muros espirituales de la polis y en las que se condensa el bien común, materializada en la sanción.

Aristóteles parte del supuesto de que la legalidad implica la justicia, pues las leyes introducen un orden (kosmos) que hace posible no sólo la convivencia, sino también la aspiración de alcanzar una vida buena. Aunque el conjunto de normas imperantes en una sociedad concreta no cumplan plenamente con las exigencias de la justicia, su mera eficacia ya implica un mayor grado de justicia en comparación con aquellas sociedades en donde no existe una legalidad definida o donde ésta no se respeta. Para Aristóteles el concepto de legalidad

presupone no sólo una regularidad en las conductas, sino también una referencia a la justicia. Porque la ley (en su sentido normativo) contiene el mandato de vivir conforme a la virtud y la prohibición de comportarse de manera viciosa. Como dirá más tarde San Agustín, la diferencia entre las leyes y las órdenes dadas por un ladrón (o por un tirano) es que en las primeras existe una demanda de justicia, de la que emana su autoridad.

Desde esta perspectiva Aristóteles concuerda con la tradición democrática presente en la cultura de la Grecia clásica. Recordemos aquella consigna anónima en la que se afirma: Si quieres hacer de tu hijo un buen ser humano, hazlo miembro de una ciudad (polis) de buenas leyes. O bien, el Discurso fúnebre de Pericles, en donde se sostiene que la dignidad del ser humano se encuentra en obedecer a la ley, y no al arbitrio de un superior ("...prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes, y principalmente a las que están establecidas para ayudar a los que sufren injusticias y a las que, aún sin estar escritas, acarrear a quien las infringe una vergüenza por todos reconocida"). Tomado como referencia en: Tucídides. Historia de la guerra del Peloponeso (2000).

Pero la identificación entre justicia y legalidad encierra un gran problema, porque la experiencia indica que, aunque es preferible la presencia de la legalidad a su ausencia, no todas las leyes y normas se adecúan a la justicia. Como dirán los representantes del positivismo jurídico moderno, una ley injusta (o una norma social) no deja de ser ley (o norma). Tanto por su propio estudio de las diversas constituciones, como por el conocimiento de la tesis de los sofistas respecto a que la normatividad (nomos) es un artificio que no puede identificarse con el orden natural (physis), Aristóteles es consciente que la fórmula que establece la igualdad entre justicia y legalidad requiere de una justificación. Cabe advertir el límite que él mismo introduce cuando establece el nexo entre justicia y legalidad: "(...) todo lo legal es, en cierto

modo, justo (...)"'. Predicar la justicia de la legalidad es un presupuesto que requiere de la labor de fundamentación filosófica.

Aristóteles advierte una conexión entre legalidad de la justicia y sanción en el nivel conceptual, esto es, que la noción de legalidad implica de manera implícita una referencia a la justicia. Por ejemplo, ningún legislador puede afirmar, sin caer en una contradicción, que la ley que establece es injusta, pues ello sería afirmar que los ciudadanos deben someterse, no a la ley, sino a su arbitrio. Dicho de otra manera, se negaría el sentido normativo del orden civil y de la legalidad que lo conforma. Pero entre el vínculo conceptual que une legalidad con justicia y el nivel empírico existe un abismo (no toda ley vigente es justa). Ello exige establecer un criterio racional que permita juzgar críticamente la validez (el carácter justo) de las distintas leyes y normas empíricas. En este punto se introduce la conocida distinción entre justicia natural y justicia legal. “La justicia política, puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones indiferentes, pero que cesar de serlo una vez establecida (...) **(EN 1134b 20)**. Incluso en la Retórica se apela el pasaje de la tragedia Antígona de Sófocles en el que se afirma: “No pensaba que tus proclamas tuvieran el poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy, ni de ayer, sino de siempre y nadie sabe de dónde surgieron” **(45-456)**. Más adelante Aristóteles agrega:

“(Ley) particular es la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y ésta es unas veces no escrita y otras veces escrita. Común, en cambio, es la (ley) conforme a la naturaleza, porque existe ciertamente algo —que todos adivinan— comúnmente (considerado como) justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres, tal como por ejemplo, lo muestra la

Antígona de Sófocles, cuando dice que es de justicia, aunque esté prohibido, enterrar a Polinices, porque ello es justo por naturaleza” (Retórica, 1373)

Esto ha dado pie a que en un gran número de intérpretes asimile la posición de Aristóteles a las posturas de tradicional iusnaturalismo, en un lugar cercano a Platón. Es cierto que Aristóteles asume, al igual que Platón, la existencia de un orden natural (kosmos) que tiene como propiedad central la justicia (el equilibrio que mantiene ese orden). Sin embargo, en contraste con Platón, Aristóteles afirma que la ciencia política y la ética no son ciencias (episteme –ver: EN libro I, cap. 3)

### **Cada sanción se traduce en una sanción equitativa**

Sanción es la consecuencia de infligir una norma legal. Dando validez a una ley de quien tiene autoridad para ello. Desde el punto de vista filosófico es la negación del derecho.

Kant y Hegel lo ven así ya que vulneraron en el análisis que presentamos buscamos los aspectos de la filosofía del derecho, en torno al castigo legal la ven como complementarias a su vez como una retribución lo que corresponde a uno por ser y dignidad.

La sanción debe ser siempre proporcional aproximada a la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales, podemos decir que es la faceta social de la virtud. La justicia universal implica que las relaciones sociales están sometidas a la autoridad y regularidad de las leyes. En un nivel abstracto, es posible identificar justicia universal y legalidad. Sin embargo, aunque la legalidad es una condición necesaria de la justicia, no es una condición suficiente, pues las leyes positivas pueden ser injustas. De ahí que se requiera un principio que permita juzgar críticamente la validez (normativa) de las leyes particulares.

Este principio es: *Volenti non fit iniura*. Las leyes justas son aquellas que son susceptibles de ser aceptadas voluntariamente por todos los que se encuentran sometidos a ellas.

A) En la medida que en ningún contexto social se puede tener una certeza sobre la validez de las normas vigentes en él, se requiere que la justicia legal sea complementada con la equidad, entendida como la continua corrección de la legalidad de acuerdo con las exigencias de la experiencia. Por tanto, la justicia universal, vinculada a la legalidad, requiere asegurar la libertad de todos para garantizar el consenso voluntario en el que se sustenta la validez de la legalidad. Todo ciudadano debe ser legislador ya sea directa o indirectamente. Universalidad en este sentido significa inclusión y, como tal, representa un requisito para la defensa de la particularidad. La falsa oposición entre universalidad y particularidad es una consecuencia de identificar, como le sucede en la concepción jerárquica aristotélica de la sociedad, la universalidad con una particularidad (por ejemplo, identificar la universalidad ligada al concepto de humanidad, con los miembros del grupo al que se pertenece o, de manera más restringida, con aquellos miembros varones libres que encabezan un grupo familiar.

B) La justicia particular es una virtud (ética) entre otras (una parte del todo) que tiene como función básica contener la codicia (pleonexia) que se manifiesta en el comportamiento de los individuos. Mientras la justicia universal tiene como fin primordial determinar el bien en términos colectivos, la justicia particular se centra en la determinación del bien en las relaciones entre individuos particulares.

La justicia distributiva se sustenta en una proporcionalidad geométrica, la cual presupone definir un criterio de distribución, así como el mérito de cada individuo en relación con

ese criterio (tratar igual a los que son iguales y de manera desigual a los desiguales). Aunque no es posible definir en abstracto un solo criterio de distribución, lo que se puede establecer es que, en la medida que la justicia distributiva es parte de la justicia universal, los criterios distributivos en las sociedades deben sustentarse en un consenso de todos los participantes.

La justicia conmutativa implica tanto el intercambio voluntario, faceta para la cual podemos reservar el término de justicia conmutativa en sentido estricto, como la situación en la que existe un daño que requiere ser reparado, faceta a la que podemos llamar justicia correctiva. Una manera de aproximarse a esta diferenciación es tomando en cuenta la actual distinción entre derecho civil y derecho penal.

La justicia conmutativa en sentido estricto se sustenta en una proporcionalidad aritmética. Si la división social del trabajo conduce a la necesidad del intercambio de bienes, se requiere que este intercambio se realice de manera voluntaria (no perder de vista que esta es también una parte de la justicia universal) y que en este proceso el valor de los bienes intercambiados sea igual, para que cada uno conserve el valor de los bienes que le corresponden.

La justicia conmutativa en su faceta de justicia correctiva tiene como objetivo restaurar la igualdad cuando ésta se ha roto debido a acto violento, ya sea abierto u oculto. Aunque Aristóteles afirma que la justicia correctiva debe sustentarse también en una proporción aritmética, en su polémica en torno al término de reciprocidad asume la necesidad de una proporcionalidad geométrica para establecer la pena al infractor. Ello parece implicar una

concepción jerárquica del orden social, inaceptable desde el punto de vista de las sociedades modernas.

La metáfora del contrato social, como recurso teórico para expresar gráficamente el principio de justicia universal, dejó de utilizarse a partir del éxito que obtuvieron las explicaciones históricas en las ciencias sociales. A pesar de que la explicación genética no se contrapone a la perspectiva normativa del modelo contractualista, ya que se sitúan en diferentes niveles, el proyecto teórico que adquirió prioridad fue tratar de localizar un supuesto orden histórico que permitiera la mediación entre el ser y el deber ser. Ello desemboca en las diversas filosofías de la historia que proliferaron a partir del siglo XVIII. Sin embargo, los acontecimientos del siglo XX cuestionan de manera radical la creencia en la existencia de un vínculo necesario entre desarrollo técnico y formación moral; creencia en la que se había sustentado la noción de progreso utilizada por las filosofías de la historia. Ello propició el renacimiento de la perspectiva contractualista como estrategia para definir un ideal normativo que pueda guiar las acciones.

En Teoría de la Justicia (1971), según John Rawls utiliza de nuevo una variante del modelo contractualista como recurso para determinar los principios de justicia que debe cumplir la estructura básica de una sociedad, es decir, aquellas instituciones que distribuyen los derechos, así como los deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Aunque Rawls percibe la herencia de Aristóteles presente en la tradición contractualista, en su propuesta solo toma en cuenta una faceta de la teoría aristotélica, a saber: la justicia particular en su aspecto de justicia distributiva.



El sentido más específico que Aristóteles da a la justicia y del cual se derivan las formulaciones más familiares, es el de abstenerse de la pleonexia, esto es, obtener para uno mismo cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc. Es evidente que esta definición pretende aplicarse a acciones y se piensa que las personas son justas en la medida en que tienen, como uno de los elementos permanentes de su carácter, el deseo constante y efectivo de actuar justamente.

Cabe señalar que el propio Rawls advierte que esta definición no es suficiente, pues, presupone "una explicación de lo que propiamente le pertenece a una persona y de lo que es debido", lo cual depende de derechos que, a su vez, se derivan de instituciones sociales y de las legítimas expectativas ligadas a ellas. Es decir, lo que falta es, precisamente, la noción de justicia universal. Pero Rawls no examina la relación entre la justicia universal y la justicia particular en su carácter de justicia distributiva. Parece que no percibe la complejidad del concepto aristotélico de justicia, lo que tiene importantes efectos en su propia teoría. Rawls ya no parte de una descripción del supuesto estado de naturaleza, sino de una hipotética posición originaria, en donde individuos racionales y con un sentido de justicia eligen, bajo ciertas restricciones (entre ellas el famoso velo de ignorancia, que les impide percibir su posición particular), los principios de justicia a los que debe adecuarse la estructura básica de la sociedad. Según Rawls la elección recaería en los siguientes dos principios, elegidos entre una serie de alternativas determinadas.

## La Justicia

La noción de justicia volviendo a Rawls es un tema fundamental de la filosofía del Derecho, y también uno de los más complejos, por la gran variedad de significados que este término ha albergado a lo largo de la historia.

La labor del jurisprudente -el sentido de la profesión jurídica- es ayudar a la gente a discernir lo que debe dar y lo que puede exigir. Principalmente esto es una función del juez, pero también lo es de un notario, de un abogado, y en general de cualquier hombre de bien que quiera ser justo. El jurista no sólo tiene que saber si una acción es legal o ilegal, sino si es justa o injusta: la legalidad es sólo un indicio de justicia. Por eso la virtud del jurista consiste principalmente en saber discernir no tanto el contenido de la ley, como lo que se debe dar, lo justo, el ius. Por eso la función esencial del jurista es la de decir el derecho, iuris dicere, y, con ello, asegurar que se vive la justicia.

Para discernir lo justo, lo que cada uno debe al otro, es necesaria la virtud de la prudencia. Al juez, salvo en los procedimientos ejecutivos, sólo le compete decir el derecho de las partes, no satisfacerlo. Por eso, hablando con propiedad, la justicia la viven los mismos litigantes y el agente que se pone en conflicto con la ley, por ello, debe resolverse siempre dentro del marco filosófico de la norma, y no sólo el juez, pues éste sólo se limita sólo a decir cómo tienen que actuar las partes. De todos modos, el juez satisface una deuda con los litigantes cuando dicta sentencia en tiempo y forma, con la diligencia posible en el caso de que se trate. En este sentido sí se puede decir que el juez realiza un acto de justicia cuando hace su trabajo, pero del mismo modo, ni más ni menos, que realizan actos de justicia todos aquellos profesionales que realizan su trabajo debidamente.

## **Evolución histórica del concepto de justicia**

La noción de justicia es la más importante de toda la filosofía jurídica y política, y quizá, por la evolución de su significado, la más compleja de todas. Pero, entre los diversos significados que, a lo largo de la historia, ha recibido el término justicia, hay uno que, desde el derecho romano hasta nuestros días, no ha perdido vigencia, se trata de la noción de justicia como virtud, como inclinación a dar a cada uno lo suyo, a la que alude la definición que las Pandectas atribuyen a Ulpiano (título I del Digesto bajo la rúbrica *De iustitia et iure*, fr. 10, pr): *iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*; la voluntad resuelta e inalterable de dar a cada uno lo suyo. Esta noción de la justicia como virtud moral nos la encontramos, siglos antes, muy desarrollados en la obra de Aristóteles, especialmente en su *Ética a Nicómaco*. Será luego la escolástica medieval, especialmente por influjo de la obra de Santo Tomás, la que difunda por el orbe cristiano el esquema aristotélico de las virtudes. El Magisterio de la Iglesia Católica asume esta noción y la expresa como «Virtud moral que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido» (CEC, 1807).

Antes de Aristóteles, Platón consideró que la justicia era equivalente a integridad moral o equilibrio entre las potencias del alma y, simultáneamente, equilibrio social. Platón presentó la comunidad política como un gran organismo, cuya justicia se mantiene cuando cada miembro de la Polis realiza la función que le corresponde en el todo social (cf. *La República*, L.1, 352d, III, 368a, y muy especialmente, L.IV, 427d).

**San Agustín** siguió la misma línea que Platón, pero trató de compaginarlo con la noción bíblica de justicia: pensó que la armonía personal o rectitud moral dependía de la sumisión del

hombre a Dios. La buena relación con Dios sería la causa del equilibrio en el interior de cada hombre, y de la armonía entre los hombres y con el resto de la creación. Este orden, que, según san Agustín, era total y perfecto en el estado de justicia original, se perdió por la rebelión del hombre contra su creador, y desde entonces el hombre, con la ayuda de Dios, se esfuerza por reconquistarla mediante el amor. En esto consiste precisamente la noción cristiana de justificación: una regeneración progresiva del orden perdido en el interior del hombre; una restauración que, con avances y retrocesos, se proyecta inevitablemente en la vida social, porque los hombres, “como dice san Agustín, cuanto más se acercan a Dios, más se acercan los unos a los otros (cf. *De Civitate Dei*, L XIX, 4, 4). En su más profundo sentido, para el obispo de Hipona, la justicia es el *ordo amoris*, es el orden en el amor (Cf. *Octoginta Trium Questiones*, 36)”. Con todo esto, San Agustín no hace sino desarrollar el concepto bíblico de justicia, donde el hombre justo es aquél que identifica su querer con el de Dios. Quizá en ningún otro pasaje de la Biblia se recoja mejor esta idea que a lo largo del Salmo 119.

Ocho siglos más tarde, la escolástica medieval recibiría, junto con el influjo del pensamiento de San Agustín y del Derecho romano, la filosofía de Aristóteles, que distinguía dos nociones de justicia^ una general y otra particular. La justicia general tenía un carácter arquitectónico, pues comprendía la dimensión social de todas las virtudes. La justicia particular, en cambio, era una especie dentro del género de la justicia general, caracterizada por una cierta igualdad y exigibilidad en los intercambios y en los repartos. Santo Tomás asumió esta concepción y definió la justicia como «el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho». (S. T., 11-11, q.58, a.1, s). Esta fórmula es casi igual a la de Aristóteles: «La justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo». (Cf. *Ética a Nicómaco*, V, 9). Más adelante volvemos sobre esta definición. Hasta el siglo XIV la justicia fue concebida, pues, como una cualidad propia del

deudor: la persona justa era aquella que pagaba sus deudas en tiempo y forma, y el término derecho significaba principalmente el objeto de la justicia, el *ius suum*, el bien debido que se hacía efectivo mediante la justicia.

A partir de Ockham, en cambio, el derecho pasa a significar el poder que uno tiene sobre un bien. El derecho ya no se concebirá como un objeto externo a la persona, sino como un atributo de la propia personalidad, una cualidad del sujeto, una libertad, una facultad de actuar. La justicia, como correlato del derecho, no será ya la virtud de dar el derecho, sino el conjunto de condiciones que garantizan el poder legítimo de cada individuo. La justicia aristotélica, virtud moral afincada en la voluntad, por la que el hombre tendía a dar y respetar aquello que a cada uno le correspondía en el contexto de la sociedad, se despersonaliza e invierte su dirección: ya no es la cualidad personal del deudor que le inclina a saldar sus deudas, sino un conjunto de condiciones externas al sujeto que tienden a garantizarle su esfera de dominio. El *ius* o lo justo, objeto de la justicia clásica -aristotélica, romana y, luego, tomista-, deja de ser algo objetivo, aquello que liga objetivamente al acreedor con su deudor, para significar el interés legalmente protegido. La responsabilidad por la justicia recaerá entonces sobre el sistema, por cuanto el derecho, a partir de Ockham, se identificará con el poder de reclamar algo en juicio en virtud de una previa delegación de poder hecha por el gobernante.

Hobbes desarrolla y proyecta sobre la ciencia jurídica el voluntarismo iniciado por Guillermo de Ockham, según Hobbes, no hay injusticia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad humana superior que la imponga. Para comprender la noción hobbesiana de la justicia, que luego repetirán muchos otros autores positivistas, es muy significativa la definición de ley civil que el mismo Hobbes nos ofrece: «Ley Civil es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos

suficientes de voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto». (Leviatán, XXVI, §3) Y más adelante, comentando su propia definición, añade: «las leyes son normas sobre lo justo y lo injusto, no pudiendo ser reputado injusto lo que no sea contrario a ninguna ley» (Leviatán, XXVI, §4) Se trata, por lo tanto, de un positivismo extremo, que hace depender la justicia de la mera observancia de la norma legal.

Más tarde, Kant vinculará estrechamente las nociones de justicia y libertad externa, entendida ésta como autonomía o independencia respecto al arbitrio de los demás. Para Kant, la justicia, más que una cualidad personal, es un ideal colectivo: la convivencia pacífica entre personas libres. La libertad se diferencia del arbitrio injusto -según Kant-en que aquélla puede coexistir con la libertad de los demás según una máxima universal (cf. Kant, Principios Metafísicos del Derecho, introducción a la teoría del derecho, c. Principio universal del Derecho). El criterio fundamental para considerar si una máxima de conducta es universal, y por tanto justa, es la igualdad: no podemos ser obligados por otros a más de lo que podríamos nosotros obligarles si estuviéramos en las mismas condiciones. Y una acción será justa -siempre según Kant- si directamente o por medio de su máxima, la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal.

A finales del siglo XX, el protagonismo de la noción kelseniana de justicia fue cediendo el puesto a la teoría de la justicia de Rawls, quien centró su definición en la idea de imparcialidad en la organización de la vida social (Justice as Fairness). Se trataba de una noción de justicia entendida más como criterio organizativo de la vida comunitaria, que como virtud personal. Rawls partía de una noción del hombre individualista y tendencialmente insolidario. El valor fundamental en torno al cual giraba toda su doctrina era el de autonomía personal, entendida como ausencia de limitaciones externas. Su doctrina -en la misma línea que Kant- pretendía

establecer unos criterios para que los hombres pudieran convivir respetando el máximo posible de autonomía en un plano de igualdad. Las cargas y ventajas comunes habrían de ser repartidas -según Rawls- sin prever la situación que cada cual desempeñaría en la vida social, de tal modo que el reparto de bienes y cargas no discriminara a nadie. El Estado no debería prejuzgar los proyectos de vida que sus ciudadanos eligieran con libertad y conocimiento de causa, y habría de presumir que todos los proyectos son igualmente legítimos por el sólo hecho de proceder de la libertad de cada cual. De este modo, Rawls entendió la justicia como el conjunto de principios que han de informar las pretensiones de los ciudadanos para que puedan ser compatibles entre sí con un mínimo de cooperación (Rawls, n. 3, §10). El sentido de la justicia de los ciudadanos ha de llevarles a respetar y a mantener, a pesar de las dificultades, los principios acordados. La actuación del Estado será justa en la medida en que tienda a hacer efectivo el reconocimiento de la igual autonomía de todos los ciudadanos. Y puesto que -siempre según Rawls- no hay un criterio superior al de la autonomía personal, para que las decisiones públicas puedan imponerse sobre los demás, habrían de ser tomadas respetando al máximo un proceso en el que participasen, en la medida de lo posible, todos los ciudadanos. Será justa, por tanto, toda intervención estatal que siga un proceso justo, cualquiera que sea su resultado último; y sólo podrá ser justo el proceso en el que, en cada paso, intervenga la voluntad de todos.

El problema de la teoría de la justicia de Rawls era su falta de referencia a un principio objetivo con el que poder medir la importancia de cada pretensión personal. Rawls confiaba ciegamente en la potencialidad de un diálogo racional que, según él, nos conducirá a la elección de los criterios más adecuados. Pero lo cierto es que diálogo como tal no puede ser el criterio último de solución de los asuntos. El diálogo es sólo el escenario apropiado para la exposición de los criterios de solución, donde las partes enfrentadas exponen sus motivos, que sólo

concluirán racionalmente sobre premisas que son anteriores al mismo diálogo, una discusión verdaderamente racional acerca de las libertades en conflicto sólo podrá comenzar si el diálogo no se refiere simplemente a la libertad de realizar los propios intereses, sino a los bienes o valores que cada uno de esos intereses permite realizar (la vida, la diversión, etc.). (Cfr. A. Heller, cap. V, n. 2. Cf. A. MacIntyre, n. 17)

### **Marginación de la Noción de Justicia general. Diferencia entre Justicia General y Legal con la Sanción**

Muchos de los autores que, en supuesta continuidad con Aristóteles y santo Tomás, han reflexionado sobre la justicia, han subrayado excesivamente la noción de justicia particular, dejando un poco de lado la noción de justicia general, cuando resulta de una sanción que ésta es una pieza clave para entender todo el esquema aristotélico-tomista de las virtudes. Aunque santo Tomás coincide sustancialmente con Aristóteles en la noción de justicia general, hay una diferencia de matiz, que conviene advertir: mientras que el Estagirita subraya más el carácter genérico que tiene esta virtud en la que se enmarcan todas las virtudes sociales, incluida la justicia particular, santo Tomás incide más en la inmediata vinculación que tiene la justicia general o legal con el bien común. Por la justicia general -explica Santo Tomás- se ordenan las acciones al bien de la comunidad en su conjunto, y no sólo al de un acreedor particular.

Ciertamente, todo acto que afecte a otra persona, puede hacerse igualmente teniendo presente el bien común, y por eso, puede caer de alguna manera bajo el dominio de la justicia general. La justicia particular, en cambio, es una especie de la justicia general cuyo objeto propio es el bien de una persona particular, con quien se relaciona el deudor según una cierta igualdad.



**Pena y justicia.** La pena es una sanción, mientras que la justicia restituye el derecho, debiendo de ser sin perjuicio de los infractores.

Como vemos, el aspecto filosófico y lo práctica están bastante alejados en la aplicación de la sanción y la pena, ya que la primera busca resarcir a una persona por el acto negado del derecho, buscando restaurar a la persona con justicia y recuperándolo de manera legítima alejándolo del mal.

La primera idea corresponde a un pacto implícito de relación social por la negación del derecho, para que de modo ideal quede al menos la justicia restablecida, en cuanto a la legitimidad, nos señala y hace notar la fuente filosófica de la misma, teniéndose una concepción más moderna de sociedad, y buscando rescatar la recuperación social de la persona infractora, para que no vuelva a delinquir, pero ello deberá de ser con un trato humano, legítimo y teniendo en cuenta la idea de los hombres libres.

**Derecho.** Hay distintos postulados cuando hablamos dentro de normas jurídicas constituyen un mandato o reglas que tienen como objeto dirigir el comportamiento de la sociedad. Por otro lado se señala que la norma jurídica impone deberes al individuo en sociedad. Diríamos que el derecho se traduce en norma jurídica.

El punto de vista filosófico, se postula la relación de justicia y derecho ocupan una estrecha relación dentro de un orden moral y de especial significación muchas veces llegándose a equiparar con justicia. Todo esto se fundamenta que el derecho, se fundan en la condición de la persona centrado más en esfera de lo jurídico.

El derecho es cuanto a la ordenación de la vida colectiva, es estructurador de vínculos comunitarios y ante la existencia de transgresión al orden y la paz necesita de coacción en cuanto a lo jurídicamente debido.

### **Escuelas Modernas del Derecho Penal y su Filosofía**

Si bien es cierto, la Filosofía del Derecho Penal es el castigo, pero respetando la proporcionalidad y legalidad, siendo un paradigma moderno de hoy, y no el principio retributivo de la sanción por la sanción.

Una escuela, en general, es aquella que se encarga de sistematizar las diversas teorías que existen con el fin de constituir un solo cuerpo de doctrina del cual se partirá para la resolución de un caso en concreto.

Una escuela de Derecho Penal, constituirá un cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del Derecho a penar, sobre la naturaleza del delito, y sobre el fin de las sanciones.

Entre estas tenemos que las escuelas del pensamiento pena que más han influido en la dinámica del estudio y tratamiento del delito, sus causas, los autores, las normas que lo regulan y en general todo lo que conforma el derecho penal, pero hoy los criterios filosóficos han cambiado en el derecho penal y son:

- **Escuela clásica.** Con representantes clásicos tales como Carrara, Rossi, Bentham, Carmignani, Pessina, se distingue porque para estos, el delito es una declaración jurídica, no se da de hecho en la sociedad, pues se requiere de una declaratoria del legislador como

representante del Estado para que el delito tenga incidencia dentro de sus destinatarios. Si alguien infringe una norma jurídica da lugar a que se configure un delito. En tal sentido, solo existirá el delito en la medida en que preexista una norma de derecho, hoy principio de legalidad y aplicación al menor.

Ahora bien, el delito genera consecuencias y la pena es una de ellas. Con la pena se pretende restablecer el orden jurídico violado. Por eso con el castigo se quiere dar al sujeto activo de la infracción, una retribución moral. El castigo que se infringe con la pena, debe ser proporcionado al daño causado.

Cuando hablan de responsabilidad penal (culpabilidad) se dice que esta es fruto del libre albedrío del individuo. Según los clásicos, el hombre escoge dirigir su conducta entre el bien y el mal.

• **Escuela positivista.** Que es la que hoy se relanza y que es contrario al pensamiento clásico, el delito es un ente de hecho, no es una elaboración jurídica salida de la autoridad del Estado por medio de su legislador. El delito es el efecto del comportamiento humano. La responsabilidad o culpabilidad para estos pensadores (Ferri, Garófalo, entre otros) se fundamentaba en la peligrosidad del individuo: “el individuo merece mayor o menor pena en la medida en que represente un peligro mayor o menor para la armonía social”.

• **Prevención general - teorías del derecho penal abordadas.**

Desde esta perspectiva, la conminación legal tiene la finalidad de intimidar psicológicamente a todos los integrantes de la sociedad con el propósito de que no se cometan conductas delictivas. Obtiene el nombre de "prevención general" pues su focalización se centra no en la individualidad sino en toda la colectividad social. Esta

colectividad en relación a la prevención puede ser concebida ya sea desde un criterio intimidador a los delincuentes como desde un criterio de instrumento educativo en las conciencias de los integrantes de la sociedad.

• **Prevención general negativa:**

Esta teoría de la pena tiene como máximo representante a Feuerbach, quien postula su concepción de la pena. Sostiene "que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación pueda concebirse como causa de la existencia de una pena, si es que existe el concepto de pena. El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesione jurídicas. El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley."

En síntesis, la tesis de Feuerbach sostiene que la coacción psicológica tiene sus raíces en la amenaza penal, que deviene de la conminación legal y que necesariamente debe actuar de manera intimidatoria sobre el conjunto de ciudadanos.

• **Prevención especial:**

Las teorías de la prevención especial de la pena encuentran su finalidad en la influencia dirigida a la persona que ha cometido el injusto penal. Se pretende, pues, evitar la comisión de futuros actos ilícitos actuando directamente sobre determinada persona.

A diferencia de la prevención general que dirige su accionar a la colectividad, la prevención especial encuentra su orientación sobre el sujeto que ha cometido el ilícito. Esta teoría actúa en el momento de la imposición y de la ejecución de la pena.

Por tanto, la idea de prevención especial se encuentra arraigada a la idea de peligrosidad de la persona. De ahí que mediante la corrección, reeducación o neutralización del delincuente el Estado pretenda evitar la realización de nuevos hechos delictivos en el seno de la sociedad.

• **Prevención especial negativa:**

El máximo representante de esta postura teórica de la pena es Franz von Liszt, quien desarrolla una peculiar y concreta reflexión acerca de la pena, la cual se considera como un acto de carácter instintivo que se puede reflejar en la evolución histórica del hombre y de la sociedad. La pena, por tanto, es originariamente primitiva pues es el resultado configurado como reacción de la sociedad frente a determinadas perturbaciones externas de la vida cotidiana. De ahí que la pena sea concebida como consecuencia necesaria del delito.

Por tanto, para von Liszt la pena es una acción que repele, un ataque a la acción que perturba la tranquilidad de la persona y de la sociedad, cuya finalidad es doblegar la voluntad del delincuente.

De ahí que en la sociedad actual esta acción instintiva entendida como pena se configura como acción voluntaria; de una acción instintiva deviene en una acción voluntaria. Por tanto, se produce la objetivación de la pena entendida como la traslación de la función de castigar desde los círculos inmediatamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos (Estado).

De todo ello, la concepción de la pena en la obra de Feuerbach es entendida como aquella protección jurídica de bienes que exige inexcusablemente que se imponga la pena que sea necesaria para que de esa forma se proteja el universo de los bienes jurídicos. En la misma línea, von Liszt declara: "Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración. Esta exigencia vale muy especialmente respecto de la pena, ya que se trata de una espada de dos filos: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos".

• **Teoría de la retribución funcional de la pena:**

El representante de esta teoría de la pena es Heiko Lesch. Discípulo de Günther Jakobs. Lesch resalta la teoría postulada por prevención general positiva del funcionalismo sistemático cuyos orígenes se encuentran en la teoría de la pena de Hegel.

De esta manera, Lesch postula una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, superando así la confrontación entre las teorías absolutas y relativas, unificando fundamento y fin, alcanzando no sólo una dimensión dialéctica-hegeliana sino también una dimensión práctica-utilitarista.

De ahí que la finalidad postulada sea el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social: de la identidad normativa de la sociedad. Por tanto, el autor del hecho delictivo responde estrictamente por su culpabilidad, y ésta última se ubica en la alteración del orden establecido.

### • Teorías absolutas de la pena

Conocidas también como teorías clásicas o retributivas, estas teorías postulan la función de la pena desde un punto de vista retributivo. En otras palabras, al sujeto que ha realizado el injusto culpable (delito) como consecuencia jurídica se le impone una pena; por el mal que ha ocasionado se le retribuye, equilibra y expía con la imposición de otro mal: que viene a ser "la pena". De ahí que se perciba aquella característica compensatoria de la pena cuyo propósito único es cumplir con la Justicia.

Por tanto, los seguidores de esta teoría no conciben una utilidad social a la pena, pues ésta posee un valor per se: ocasionar un sufrimiento a quien ha vulnerado las barreras jurídicas del Derecho. De ahí que obtenga el nombre de "absoluta" pues se independiza de todo efecto empírico y social que se desprenda de la pena; ya que si la pena tuviese efectos empírico-sociales se estaría instrumentalizando a la persona. Por ello, tanto la persona como la pena que se le impone son fines en sí mismo y sin alguna utilidad social. No obstante, esta pena basándose en criterios de justicia será aplicada proporcionalmente y a la merced del principio de igualdad pretendiendo compensar el delito ocasionado.

En concreto, las teorías absolutas de la pena pueden percibirse reflejadas en la Ley del Talión: "ojo por ojo, diente por diente", de la cual derivan los criterios de justicia, igualdad y proporcionalidad.

La imposición de penas asumidas por las teorías absolutas se justifica exclusivamente por criterios éticos, de orden divino, y jurídicos.

Posteriormente, el problema de la ética es planteado desde la perspectiva del bien supremo, entendiendo como bien a aquello que es bueno en sí mismo o como una buena voluntad. En este punto, pues, se desplaza el hoy lo que se persigue es la rentabilidad de la pena cuan mejor es una intervención de "utilidad social".

De ahí que, para Kant la pena sea un imperativo categórico que impone la razón del hombre sin responder a criterios utilitaristas; pues la pena se impone a la persona por el delito que ha cometido sin observar su utilidad individual (prevención especial) o comunitaria (prevención general). Por ello, para el filósofo del idealismo alemán, el hombre es un fin en sí mismo; la pena, entonces, no tiene otro fin que retribuir con otro mal a la persona por el mal ocasionado.

Esta retribución por el daño ocasionado (la pena como consecuencia jurídica) busca proporcionalmente el restablecimiento de la justicia, alejar el mal de la sociedad. De ahí que cuando una persona mata a otra, la retribución impuesta es la muerte al propio autor: "si tú matas, mereces la muerte; si tú robas, mereces que te roben; si tú violas, mereces que te violen; etc." En pocas palabras, se percibe la Ley del Tali3n, a trav3s del cual se observa el principio de igualdad al momento de la imposici3n de la pena. Posteriormente, Kant plantea el conocido ejemplo de la isla, en la cual todos los integrantes de una sociedad deciden desintegrarse y dispersarse por el mundo. Ante ello, se plantean el problema si es que resulta necesario mantener el castigo pendiente a los delincuentes. El filósofo alemán, ante la mencionada cuesti3n, responde señalando que se tendr3a que ejecutar hasta el último de los delincuentes para que cada uno de los integrantes de dicha sociedad comprendiera el valor de sus actos.



En concreto: el hombre y la pena son un fin en sí mismo; Kant no concibe la premisa que la pena tenga fines utilitaristas pues estaría instrumentalizando al hombre con fines preventivos o de utilidad empírico- social: se reduciría al hombre como un simple medio para la realización de diversos fines.

De esta manera, el derecho a través de la experiencia de lo ilícito encontraría su carácter coactivo.

Más concreto, Hegel funda la idea de Derecho en el concepto de persona, el cual se desarrolla partiendo de la idea de espíritu libre. El espíritu libre en determinado momento abandona la esfera del espíritu subjetivo y se introduce en la realidad objetiva surgiendo así el Derecho como el desarrollo de diversas relaciones intersubjetivas que se argumentan en el reconocimiento recíproco y elevado a universalidad con la categoría jurídica de persona. Es por ello, que Hegel sostiene que para que el derecho deje de ser abstracto integre para sí la característica de ser coactivo, pues primero atraviesa el ámbito de lo ilícito y, posteriormente, su supresión.

#### • **Prevención general:**

Desde esta perspectiva, la conminación legal tiene la finalidad de intimidar psicológicamente a todos los integrantes de la sociedad con el propósito de que no se cometan conductas delictivas. Obtiene el nombre de "prevención general" pues su focalización se centra no en la individualidad sino en toda la colectividad social. Esta colectividad en relación a la prevención puede ser concebida ya sea desde un criterio intimidador a los delincuentes como desde un criterio de instrumento educativo en las conciencias de los integrantes de la sociedad.

**• Prevención general negativa:**

Esta teoría de la pena tiene como máximo representante a Feuerbach, quien postula su concepción de la pena. Sostiene "que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación pueda concebirse como causa de la existencia de una pena, si es que existe el concepto de pena. El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.

En síntesis, la tesis de Feuerbach sostiene que la coacción psicológica tiene sus raíces en la amenaza penal, que deviene de la conminación legal y que necesariamente debe actuar de manera intimidatoria sobre el conjunto de ciudadanos.

**Investigaciones Internacionales de teorías pertinentes, modernas:**

**• Principios filosóficos de la justicia penal juvenil restaurativa**

**Costa Rica**

“No es la intención de la Justicia Restaurativa, sugerir que la responsabilidad de los delincuentes por sus actos sea minimizada o sean dejados en libertad por sus lesiones. Simplemente, que las lesiones deben reconocerse y ser tratadas en la respuesta al delito”. Es decir buscar su inserción a la comunidad, pero que ésta última le brinde el apoyo para lograrlo.

Debido a que las víctimas no son partes de interés, en los casos penales, y son simplemente una pieza acusatoria o testimonial para ser usada por el Ministerio Público, para

demostrar al juzgador la responsabilidad del imputado, ésta tiene un limitado control sobre lo que ocurre y ninguna responsabilidad de iniciar alguna fase particular en el proceso. Incluso la mayoría de las víctimas, lo que las empuja o motiva es una sed de venganza, para que aquel que les hizo daño, sea sentenciado con las penas más altas, dejando en un segundo plano, la sanación por el daño causado.

Mientras el gobierno es responsable de procurar un orden de justicia público, el papel de la comunidad es establecer y mantener una paz justa.

#### • Colombia

- El procedimiento dirigido a restablecer los derechos de las víctimas y a buscar una indemnización económica;
- al incidente de reparación integral;
- restablecer los vínculos sociales que afectan la conducta del adolescente infractor;
- la solicitud de perdón por parte del victimario y la iniciación de un proceso de rehabilitación para la víctima;
- se asocia con los principios de Justicia y Paz de Estado Colombiano;
- probar un delito para reparar a la víctima;
- tratar de que el adolescente reflexione buscando un mínimo de convivencia y comprendiendo que el menor infractor también ha sido víctima de la crisis social;
- evitar al máximo que los adolescentes sean institucionalizados;
- un procedimiento que se aplica a los delitos asociados con hurto y lesiones personales;
- la indemnización, el perdón y las garantías de no repetir la conducta;

- habilitar y dar protagonismo a las víctimas a través de acciones como la asistencia psicológica, la información adecuada, un trato amable y coherente con la situación denunciada.

Para Colombia, en el Código de la Infancia y la Adolescencia se insertan las garantías del menor infractor, también basa su sistema en la responsabilidad penal del adolescente, lo interesante es que divide su codificación en dos apartados: el primero relativo a los menores infractores y el segundo respecto a los menores ofendidos. "S44e otorga una definición y se dice que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible".

La finalidad del sistema es garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. Se agrega que quedan excluidos los menores de catorce años de edad. Se realzan las garantías procesales a favor del niño y las sanciones van desde la amonestación hasta la privación de libertad en un centro especializado, la que no deberá exceder de seis años, pero solo para los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad y solo por delitos como homicidio doloso, secuestro o extorsión, dicha medida puede ser superior pero no mayor a los ocho años de internamiento.

#### • República Dominicana

En la República Dominicana existe el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.

República Dominicana ha insertado en su normativa instituciones propias del modelo de justicia restaurativa. Deberá acreditarse, previa la sanción que corresponda, la participación del adolescente en el hecho acreditado, la valoración psicológica y socio-familiar y esfuerzos del menor para reparar el daño causado, ello como base de la reintegración social..

Los principios que incorpora son:

- La participación activa del ofensor, de la víctima y de la comunidad.
- La reparación material y simbólica del daño.
- La responsabilidad completa y directa del autor.
- La reconciliación con la víctima y la comunidad.

El sistema penal adolescente vigente en República Dominicana cumple, desde lo normativo, con todas las disposiciones de la Convención del Niño y se enmarca plenamente en la doctrina de protección integral. Sin embargo, persisten aun brechas en la aplicación de la propia Ley y el entendimiento que los operadores del sistema penal adolescente tienen de la finalidad del mismo y las garantías que consagra.

Es debido a estas necesidades de fortalecimiento del sistema de justicia penal de adolescentes que UNICEF, junto al Ministerio Público y el Poder judicial, continúa colaborando con el Estado Dominicano.

#### • España

Para valorar si las intervenciones que propone la legislación española responden a los principios de la justicia restaurativa, será preciso perfilar qué entendernos por tal y discutir

algunos de sus principios y valores esenciales. Avanzar una definición de justicia restaurativa no resulta tarea fácil, teniendo en cuenta la discusión doctrinal sobre la misma, la existencia de distintos modelos y la generación de falsos mitos en torno a lo que es y se puede esperar de la justicia restaurativa. "Podemos quedarnos con la que propone el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que insiste en la cuestión de la participación activa de las partes en el proceso y en la solución del daño causado por el delito, dejando constancia de que son varias las herramientas que permiten su materialización". Define la justicia restaurativa como "cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con ayuda de un facilitador. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia".

De esa definición que aúna en mayor o menor medida los distintos modelos de justicia restaurativa, se podrían extraer cinco principios fundamentales que marcan una distancia frente a la solución judicial de los conflictos. Así, se hace referencia a la participación, implicación e inclusión de todos los afectados por el delito para determinar cuál ha sido el daño causado por el mismo y cómo resolverlo. Además, es fundamental la reparación del daño causado a la víctima tal y como ésta lo entiende y de forma significativa para quien delinquiró.

Atendiendo a la flexibilidad que exige el desarrollo de la justicia restaurativa, las instituciones internacionales hacen hincapié en el respeto de una serie de valores, que dejen discrecionalidad a los estados para que los adapten a su praxis y estructuras institucionales. Entre esos valores están:

- a) primacía de quienes se consideran principales implicados en el delito esto es, víctima, delincuente y comunidades de cuidado mediante su inclusión en el proceso de toma de decisiones sobre cómo gestionar el conflicto y sus consecuencias.
- b) aceptación de los resultados asumidos por todos los participantes como apropiados.
- c) reconocimiento de una responsabilidad tanto individual como colectiva en el delito y en sus causas.
- d) incremento de la comprensión por parte de todos de las razones/causas del delito y el impacto que el mismo tiene en los demás.
- e) respeto de todas las partes implicadas evitando en todo caso el avergonzamiento y la estigmatización.
- f) reintegración del delincuente en su comunidad.

Los principios de la justicia restaurativa en la justicia de menores

- Promover y fortalecer la aplicación de la Remisión Fiscal y el seguimiento de los programas de orientación a los adolescentes en conflicto con la Ley Penal con enfoque restaurativo.
- Fortalecer las capacidades técnicas de los fiscales provinciales de Familia y/o Mixtos y profesionales del Programa para una mejor aplicación de la Remisión Fiscal y de los programas de orientación de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal desde un enfoque restaurativo.
- Fortalecer los niveles de articulación interinstitucional con los diversos actores del Estado y la sociedad civil para mejorar la atención y reinserción de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

- Empoderar el programa Justicia Juvenil Restaurativa como un referente de calidad y eficacia en la atención de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal en el Ministerio Público y en la sociedad.

La prisión es percibida por muchos como una solución eficaz para solucionar el problema de la violencia juvenil; no obstante, hoy en día hay demasiados niños en detención que no han podido beneficiarse de un proceso equitativo. La participación de sus familias, de coadyuvantes sociales o de abogados es frecuentemente olvidada a pesar de que su papel es esencial para su reinserción.

Las ciencias criminales han demostrado que la detención de los niños es un factor que aumenta la reincidencia.

"La prisión, «escuela del crimen», favorece la identificación del joven con el fenómeno criminal. Existen soluciones socioeducativas de atención de los NCL, las cuales hacen intervenir a equipos multidisciplinarios y demuestran mejores resultados que la detención, y a un menor costo".

Las problemáticas a las cuales se enfrentan los niños no terminan con su detención. Cada etapa del procedimiento penal (arresto, proceso ejecución) ofrece ocasiones de violación de sus derechos. Estas violaciones son más numerosas y agudas en los países en desarrollo o en las situaciones de crisis humanitaria, sin ser necesariamente observables.

Con frecuencia se observa la ausencia de una política de prevención, descuidándose un pilar importante de la lucha contra la violencia juvenil. Por su parte, los niños víctimas y los



niños testigos de infracciones sufren de un déficit de atención en su acogida y en el acceso a los derechos que no obstante les están garantizados, generándose de este modo impunidad.

Un sistema de Justicia Juvenil Restaurativa eficaz se concibe desde la prevención de la violencia hasta la reinserción del niño, ya sea este autor, víctima o testigo. Para comprenderlo, hay que estudiar los orígenes de los actos de violencia cometidos y sufridos por los jóvenes.

En el derecho penal, la víctima está definida como «un actor pasivo o activo que sufre un acto criminal». La noción de acceso de los niños a la justicia implica «la posibilidad de obtener rápidamente una reparación justa en caso de violación de los derechos conforme a las normas internacionales». En este ámbito, la víctima tiene el derecho de reparación por el autor de la infracción, ya sea este un niño o un adulto.

Los niños víctimas y testigos deben ser objeto de una atención y un tratamiento especializado, especialmente para evitar la revictimización y aportar pruebas utilizables en el proceso penal.

### **Argentina**

El Código de Niños y Adolescentes enumera estas medidas socio-educativas y más adelante indica las definiciones en el mismo Código. Así, la amonestación consiste en la recriminación al adolescente y a sus padres o responsables; la Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en

coordinación con los Gobiernos Locales; la Libertad Asistida consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia, debiendo presentar informes periódicos; la Libertad Restringsida consiste en la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente a cargo de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial, a fin de sujetarse al Programa de Libertad Restringsida, tendente a su orientación, educación y reinserción; y la internación como medida privativa de libertad que se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario.

La idea de este trabajo de investigación es también establecer lineamientos que señalen los principios y obligaciones de los Estados con respecto a las víctimas sin descuidar sus obligaciones respecto a la administración de la justicia penal juvenil.

Este apartado analiza en qué aspectos inciden los principios y obligaciones de responsabilidad penal juvenil en la satisfacción de determinadas necesidades de la víctima y la sociedad. La idea es que del respeto de las normas internacionales que están muy desarrolladas sobre el tema de justicia juvenil se deriven las consecuencias positivas para la situación de una víctima inmersa en un proceso frente a un infractor juvenil. Existen algunos principios y obligaciones que rigen los derechos de los menores que inciden en el aseguramiento de las necesidades de la víctima.

El principio de oportunidad no es una contradicción, es una especialidad del sistema penal juvenil que se justifica por su finalidad pedagógica y por las características especiales de los adolescentes, que son personas en formación, y por lo tanto tienen más posibilidades de reinserción social. La justicia restaurativa es la forma más pedagógica de ejercer la justicia en

caso de los adolescentes, pues reconoce que el crimen causa daños a las personas y a la sociedad; reconoce los derechos de la víctima; da protagonismo a la víctima y a la sociedad (permitiendo que se encuentre una respuesta efectiva al conflicto social generado por el crimen; trata las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro; repara daños; previene más efectivamente la reincidencia delictiva; hace menos daño al adolescente (por promover soluciones alternativas a la privación de libertad; previene también la estigmatización del adolescente y finalmente promueve la reconciliación.

La reparación en la Mediación entre víctima y Delincuente: La mediación, como reunión entre víctima y delincuente facilitada por un mediador capacitado para resolver el conflicto que incluye la reparación el daño sufrido por la víctima, busca alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. La participación es voluntaria y ambos tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito. Es la manera más directa en la que la víctima puede solicitar la reparación y es un requisito que el perpetrador juvenil ha de haber reconocido su responsabilidad plenamente. Un posible listado de opciones para las reparaciones de menor a mayor:

- Lo mínimo debiera ser que la víctima pida como reparación las disculpas del menor y la promesa de no volver a delinquir.
- La devolución de lo robado por ejemplo.
- La devolución del valor de lo robado.

### **Investigaciones Nacionales de teorías importantes**

- Confrontación autor/víctima = encuentro físico, escucha de las quejas, posibilidad de explicar su acto.

- Reflexión del autor sobre su manera de actuar, relacionando actos y consecuencias.
- Elaboración de un paso interior (remordimientos, pesares), actitud hacia otros y hacia la ley.

Instauración del diálogo y construcción de una solución.

#### **2.4. Marco individual**

El marco individual parte del estudio de las variables en la presente investigación y la relación existente entre ellas y con estudios semejantes o previos.

### III. MÉTODO

#### 3.1. Tipo de investigación

Toda investigación tiene un fin. Desde ese punto de vista, nuestra investigación será de tipo inductivo, deductivo, descriptivo y explicativo. Desde otro ángulo, podemos afirmar que es una investigación básicamente formal, por su empleo de fuentes jurídicas formales, como son: la doctrina (nacional y extranjera), la legislación (nacional y extranjera), proyectos de leyes y jurisprudencia, sin perjuicio de alguna medición (conforme a lo indicado).

##### 3.1.1. *Tipo de investigación*

Enfoque

Levantamiento de información bibliográfica

La información bibliográfica -como en otros temas-, aparece recogida en tratados, cursos, comentarios, obras colectivas, revistas y otros materiales impresos. Estando a la naturaleza de tales fuentes a emplear, nuestra técnica de acopio será la documental.

El material bibliográfico a utilizarse, será clasificado de la siguiente manera. En primer lugar, están los textos procesales generales (en especial, sobre Derecho Penal y Ciencias Sociales, Criminología, Derecho Procesal Penal). Segundo, aparecen los textos de Derecho Penal, los cuales nos ilustran acerca del contenido de la materia sustancial. En tercer lugar, contamos a los textos de Derecho Procesal Penal que proporcionan el desarrollo teórico y práctico del Derecho Procesal, en la atención de las distintas temáticas administrativas posibles. Sin ocupar un lugar de orden específico, tenemos también otro grupo, formado por los textos de Derecho Constitucional, que nos explican

(contenido, límites, sustento, etc.) de muchos de los institutos procesales. Solo así, podremos entender al Derecho Penal como una disciplina sujeta sobre un trípode (Derecho de Niños y Adolescentes).

El levantamiento de la información en los diversos grupos de textos a trabajar, se realizará mediante la toma de fichas de transcripción y de resumen, con el fin de sustentar en la investigación citas textuales y de confrontación. En nuestros textos, nos ayudamos de varias formas de subrayado y resaltado de porciones de texto, así como de glosas marginales y cuadros de resumen, que nos permiten ordenar jerárquicamente la información obtenida, y nos ofrecen explicaciones breves de párrafos enteros. Empleamos en ello un código personal de abreviaturas y de llamadas marginales.

Todas las anteriores, son técnicas maduras desde antes de la investigación realizada en nuestra Tesis para obtener el grado Académico de Doctor en Derecho, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, empleadas durante su desarrollo, y luego utilizadas en otros trabajos menores, algunos de los cuales son considerados entre nuestras fuentes por su relación a la presente investigación.

### **Levantamiento de información normativa**

Importante componente de nuestra investigación está representado por el aporte de la fuente formal normativa. Ello es así, en principio, porque son las normas estudiadas las que demarcan el periodo temporal de nuestra investigación. Habiendo entrado en vigencia la Ley N° 27333 (07.08.00), nuestro trabajo abarca las legislaciones procesales latinoamericanas sobre el tema y/o puestas en vigor después de la norma peruana hasta el año 2016.

Nuestra investigación estudia el tratamiento de las pretensiones comprendidas en el modelo procesal garantista, recogido en el C.N.A., así como sus modificaciones por acción de posteriores normas. Específicamente, el estudio se introduce en la reflexión sobre las pretensiones situadas dentro del ámbito.

Artículo 42º Defensoría del Niño y Adolescente, contravenciones y sanciones Artículo 69º y 73º, artículo 138º - 145º de familia.

Artículo 183-192. Adolescente infractor a la Ley Penal.

Pandillaje pernicioso Artículo 193 – 199

Artículo 200-222 Investigación y juzgamiento.

Criterio de búsqueda: Corte Superior de Lima, Código del Niño y del Adolescente.

Plenos jurisdiccionales 2015 al 2017, Juzgados de menores.

Decreto Legislativo 1204, modificado por la Ley 27337.

Artículo 229, 231, 201-A, 231-B, 233, 234

### **3.1.2. Nivel de investigación**

Según lo que indica Marin (2008) la presente investigación es básica porque llevará a la búsqueda de nuevos conocimientos, recogiendo información y opinión de los operadores de justicia que permitirá enriquecer el conocimiento científico, buscando ampliar nuevos conocimientos sobre el presente tema; también denominada investigación pura, teórica y dogmática, se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él, la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos”.

### **3.1.3. *Diseño de la investigación***

Parra Toro y Parra (2006) el diseño es no experimental porque la presente investigación se realizará sin variar en forma intencional las variables, observando el fenómeno tal como se dan en su contexto natural, para analizarlos “Se realiza sin manipular deliberadamente las variables; es decir en esta investigación no se generarán ninguna situación, solo se observarán las situaciones inexistentes y no se provocarán intencionalmente en la investigación a desarrollar donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes, lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos” (p 158)

Asimismo, el estudio de la investigación no experimental por sus características corresponde al diseño descriptivo correlacional, es más analítico, filosófico y principista.

#### **Tipo – Nivel**

Marin (2008) la investigación es básica porque llevará a la búsqueda de nuevos conocimientos, recogiendo información y opinión de los operadores de justicia que permitirá enriquecer el conocimiento científico, buscando ampliar nuevos conocimientos sobre el presente tema; también denominada investigación pura, teórica y dogmática, se caracteriza porque parte de un marco teórico y permanece en él, la finalidad radica en formular nuevas teorías o modificar las existentes en incrementar los conocimientos científicos o filosóficos” .

#### **Enfoque**

La presente investigación se realiza bajo un enfoque cualitativo porque tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno, es decir busca un concepto que pueda



abarcara una parte de la realidad en tal sentido lo que se quiere es recoger opiniones sobre la naturaleza del fenómeno estudiado y cuantitativo porque se dará en base a un determinado número de operadores jurídicos

### **3.2. Población y muestra**

La población está constituida por operadores jurídicos: magistrados (jueces y fiscales), abogados y personal.

#### **Sobre los jueces**

Lo comprende la totalidad de 15 jueces penales de la Corte Superior de Justicia.

#### **Sobre los fiscales**

Lo comprende los 20 fiscales de la Fiscalía especializada en sede.

#### **Sobre los abogados**

Según el reporte del Colegio de Abogados de Lima, se encuentran inscritos un total de 20,000 abogados que ejercen la profesión de manera activa.

#### **3.2.1. Unidad muestral**

**Criterio de inclusión.** Para los abogados serán especialistas en la materia.

**Criterio de exclusión.** Los que no ejerzan la especialidad.

#### **Dimensiones**

Delimitación Especial (Geográfica)

Distrito de El Agustino

### **Dimensión Social**

Abogados, jueces, fiscales, agraviados.

Imputados, efectivos PNP y población.

### **Dimensión temporal:**

2006 – 2010

### **Temática y unidad de análisis**

En la temática se aborda la Justicia Penal Juvenil Restaurativa en el módulo básico de justicia del Distrito Juridicial y Fiscal de El Agustino, y si la aplicación de la sanción se da dentro de los valores filosóficos de justicia, sanción, pena y prevención.

Se realiza un análisis de la Justicia Penal Juvenil, Restaurativa desde el punto de vista filosófico de la aplicación de la pena y la sanción.

El cual, el Poder Judicial no aplica como un medio alternativo de rescate social del menor, amparado en lo que es el punto de vista filosófico de lo que es la pena y la sanción, cuando el fundamento y la existencia de esta corriente está en la aplicación correcta y debida de la pena desde el punto de vista de los derechos del menor.

Por otro lado, dejando de lado los principios filosóficos de la penal, la reinserción, los principios del interés superior del niño, se están dejando de lado cuando la filosofía fundamental en el derecho de menores es lo fundamental, así como también el análisis filosófico y principista de la sanción y la pena.

#### **3.2.2. Universo**

Universo total 100 entrevistados u operadores de justicia

### 3.2.3. *Muestra*

La muestra no probabilística según el profesor Hernández (2003) refiere que el subgrupo de la población en el que todos los elementos de esta tienen la misma posibilidad de ser elegidos (pág 305), es por ello que a criterio del investigador para determinar la muestra de los operadores jurídicos optamos la muestra NO PROBABILÍSTICA, utilizando los siguientes criterios:

| Total      | Jueces | Fiscales | Abogados | PNP | Imputado |
|------------|--------|----------|----------|-----|----------|
| Población  | 15     | 20       | 20,000   | 10  | 10       |
| Porcentaje | 50%    | 50%      | 0,1%     | 50% | 60%      |
| Muestra    | 20     | 10       | 20       | 25  | 10       |

Total: 75 operadores jurídicos.

**Criterio de Inclusión.** Para los jueces y fiscales superiores, el criterio de inclusión será los que ejerzan el cargo con mayor antigüedad.

**Criterio de exclusión.** Los operadores que hayan ejercido con menor antigüedad en el cargo.

#### **Sobre abogados**

Para los abogados penalistas, se tomará una muestra intencional NO PROBABILÍSTICA, seleccionando a 20 abogados.

**Criterio de inclusión.** Para los abogados serán especialistas en la materia.

**Criterio de exclusión.** Los que no ejerzan la especialidad.

### 3.3. Operacionalización de variables

| Hipótesis general                                                                                                                                                                                                                                              | Variables                                                                                                                                 | Dimensiones                                                          | Indicadores                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| Planteamos una hipótesis con respecto a la justicia penal juvenil restaurativa en Lima, distrito de El Agustino.                                                                                                                                               | Variable dependiente<br>V.D.<br>Violencia callejera generando infracción a la Ley Penal un 35% es causado por menores de 17 años en Lima. | Ministerio<br>Público<br>Poder Judicial<br>PNP<br>DD.HH<br>Violencia | Existen infracciones a la Ley penal.<br>Existen formas alternativas de justicia. |
| En la cual buscamos saber si en Lima realmente de ayuda correcta y si es la forma de aplicación la sanción, la justicia penal restaurativa en los adolescentes infractores, y si es que se basan en principios filosóficos de lo que es la justicia y sanción. | Variable independiente<br>VI<br>Hogares disfuncionales y desintegrados.                                                                   | Justicia restaurativa<br>Sanción                                     | Existente dispositivos legales.<br>Reforma constitucional                        |

### 3.4. Instrumentos

Luego del trabajo de campo en el que se aplican cuestionarios, se procedió a realizar y categorizar los datos, ordenándose en cuadros estadísticos.

La tesis se basa fundamentalmente en el valor de justicia y sanción, apoyándonos en la doctrina y su filosofía.

Así también como la normatividad nacional e internacional, sobre los derechos del niño y del adolescente, más en este último y los Derechos humanos como se ve en el marco teórico de la presente tesis.

La metodología se sustenta, en la filosofía del Derecho, doctrinas clásicas y contemporáneas, escuelas y teorías penales. Así como modernas, orientándonos a un nuevo y moderno derecho penal, y a una bibliografía doctrinaria, con temática y Dirección filosófica en lo relacionado a la justicia, la sanción, y la correcta aplicación del derecho.

### **Técnicas**

Las técnicas de recolección de información y análisis a emplear para el desarrollo de esta investigación son:

- a) OBSERVACIÓN. Que permitirá observar como fluctúan los resultados en las encuestas.
- b) ANÁLISIS DOCUMENTAL. De las encuestas que se formularan a los operadores jurídicos.
- c) LA ENCUESTA. Que se realizará a los jueces penales, fiscales superiores y abogados especializados previamente para los cual se utilizará instrumentos validados por expertos; organizar una encuesta implica:
  - Planear, dirigir, coordinar y controlar su aplicación.
  - Determinar por muestra las unidades de análisis a encuestarse.
  - Establecer las estrategias a seguir para seleccionar las utilidades de análisis.
  - Asignar a los encuestadores para el presente trabajo de investigación.
  - Ordenar el material de la encuesta.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Desarrollo del Resultado

La contrastación como señala Karl Poper, significa la validez de la hipótesis con los datos de la realidad. Datos que se obtienen mediante los instrumentos de medición en el trabajo de campo.

Los resultados reflejan las tendencias en la población que describimos tales como jueces, fiscales, abogados, policías, población e infractores a la Ley penal.

Nuestra teoría se basa en la del rescate social del menor, generando un nuevo paradigma y no la famosa teoría del mal por mal, una pena o medida excesiva y desproporcionada.

En el análisis doctrinal desde la formulación del problema, hasta el marco teórico así como la formulación de la hipótesis, describimos y explicamos diversas teorías del derecho. Así explicamos también doctrinas que sustentan nuestra tesis referido a la teoría de la pena, la sanción y la justicia, y la necesidad de implementar y establecer una justicia penal juvenil restaurativa sustentado completamente los resultados de la encuesta que a continuación presentamos y que ciertos profesionales y operadores del derecho no conoce. Y que se debe de recurrir a este programa, y debe tener calidad de alternativa a la pena.

Es mas no existe una legislación sólida, a fin de recurrir a este tipo de justicia moderna.

## **4.2. Análisis de Interpretación**

Analizamos lecturas de cuadros y resultados de hipótesis explicación de los resultados utilizados, los criterios dados por la lectura correcta de ellos y por la doctrina jurídica y principios filosóficos sobre justicia/sanción.

## **4.3. Preguntas**

¿Cuáles son las causas por las que los adolescentes cometen infracciones a la Ley Penal?

¿Los jueces aplican las sanciones y penas a los menores infractores bajo los principios filosóficos de justicia? ¿La pena y la sanción, teniendo en cuenta que existe la alternativa preventiva de justicia penal restaurativa?

¿Se aplican las medidas socio educativas anteponiendo los principios del interés superior del menor, desde el punto de vista filosófico de la norma?

¿En el distrito fiscal de una se estará utilizando o no el medio alternativo de justicia penal restaurativa juvenil (distrito de El Agustino)

¿Realmente es de ayuda la justicia penal juvenil restaurativa en su aplicación e importante para los operadores de justicia?

#### 4.4. Encuestas

**Tabla 1**

*¿Conoce Ud., como operador de justicia que existe, el programa de justicia penal juvenil restaurativa con un fin rehabilitador y preventivo?*

| Opinión | 35 abogados                      | 15 jueces | 20 fiscales | 20 población | 10 PNP  |
|---------|----------------------------------|-----------|-------------|--------------|---------|
| Conoce  |                                  |           |             |              |         |
| SI      | 20                               | 15        | 18          | 0            | 4       |
| Conoce  |                                  |           |             |              |         |
| NO      | 18                               | -         | 2           | 0            | 6       |
| Conocen | Muestra universo de 100 personas |           |             |              | Conocen |
| 55      | No conocen                       |           |             |              |         |
| 45      | 50.5%                            |           |             |              |         |
| Conocen | Total 100 encuestas              |           |             |              |         |

Podemos ver que entre operadores de justicia por población que son 100 entrevistados solos conocen este programa de JPJR que el menor número está en la población y miembros PNP

**Tabla 2**

*¿Estima Ud. que debe ser más eficaz la justicia penal juvenil restaurativa y difundirse como una práctica preventiva?*

| Opinión                          | Abogado | Jueces | Fiscales | PNP | Entre    |
|----------------------------------|---------|--------|----------|-----|----------|
| Si                               | 28      | 15     | 18       | 2   | Total 63 |
| No                               | 2       | 15     | 18       | 2   | Total 37 |
| Universo total 100 entrevistados |         |        |          |     |          |

Un total de 100 entrevistados u operadores de justicia optaron por el si que equivale a un 70% y señalan que si creen en el rescate social del menor.



Lo que opinaron que no creen todavía en la teoría del mal por mal, mas no en la prevención de readaptación siendo un 30% de operadores.

**Tabla 3**

*¿Estima que el Estado debe de implementar la justicia penal juvenil restaurativa como pena alternativa a la sanción y se aplicaría con justicia?*

| Opinión | Abogados | Jueces | Fiscales | PNP | Total Entrevistados |
|---------|----------|--------|----------|-----|---------------------|
| Si      | 41       | 34     | 7        | 8   | 90                  |
| No      | 0        | 0      | 0        | 0   | 0                   |

Un total de 90 operadores de justicia se identifican con que el Estado debe implementar como pena alternativa al adolescente infractor a la Ley penal, la JPJR a la sanción con justicia. Vale decir que un 100% está de acuerdo, a modo de prevención.

Es claro según los datos que nuestros encuestados estiman de modo total. La justicia penal juvenil restaurativa no ven como un modo alternativo de pena y que el Estado debe, impulsarse implementar ya que es más justa la sanción por ser un adolescente pudiéndosele todavía rescatar.

Otros tienen paradigmas de una justicia y sanción entendida por mal por mal, siendo totalmente anacrónico, y que por cierto son muy pocos.

## **V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Esta etapa está en el objetivo establecido en la hipótesis que los jueces de familia, no aplican la sanción o medida socio educativa dentro de la justicia y filosofía de la sanción, que busca la paz social y la rehabilitación, haciendo y conociendo otros medios y programas alternativos.

Unos no creen en la rehabilitación y la oportunidad social, que son pocos otros no conocen el programa de JPJR y otros se inclinan a que el Estado lo implemente como alternativa a la pena.

Planteamos una hipótesis o teoría con respecto a la JPJR en menores infractores a la Ley Penal (Lima) distrito de El Agustino, el cual buscamos saber si en Lima realmente es de ayuda, y si es correcta la forma de aplicación de la sanción, y justicia penal juvenil. En los adolescentes y si se basa en los principios filosóficos.

Podemos apreciar de acuerdo a las encuestas, preguntas y el análisis de algunos operadores de justicia desconocen o desdeñan la existencia de este programa.

Optando por el escepticismo y más bien una minoría, cree considerar el paradigma, que la sanción es un mal por otro mal, confundiéndose con el concepto de justicia.

Pero otro sector considera que debe tenerse la JPJR como una alternativa a la pena lo cual es positivo y debiendo de considerarse más efectiva en nuestra legislación.

En este sentido, un 100% estima que sea una alternativa a la aplicación de la pena y por tanto el Estado debe implementar más este programa a través de legislaciones más concretas.

Frente al conflicto de la Ley penal que tienen algunos adolescentes.

Por lo que debe ser alternativa a la pena (infracción a la Ley Penal) debe tender sea la prevención, fortalecer la legislación nacional y constitucional, así como el interés superior del

niño. En este sentido un 99% estima que sea una alternativa a la aplicación de la pena y que por tanto el Estado debe de implementar más este programa a través de legislaciones más concretas, frente al conflicto con el control penal, por parte de los adolescentes.

## VI. CONCLUSIONES

- Debe ser una alternativa a la pena en cuanto solo a infractores penales de hechos menores debiendo tener un sentido de prevención.
- Considérese en nuestra legislación nacional, ya que no se legisla sobre justicia penal juvenil restaurativa.
- Debe tenerse siempre el interés superior del niño (STC 02132-2008-PR/TC) como ser humano por su derecho fundamental a la vida y libertad.
- Las reformas en materia de justicia penal juvenil restaurativa han consistido, en incremento de sanciones y aplicación de medida socioeducativos (internamiento) de modo indiscriminado.
- Aplicación de la medida desproporcional de internamiento, contraviniendo las reglas e Beijin (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/33 del 28.11.85).
- Aún hay muchas preguntas que responder en JR, no sólo en relación a las víctimas, sirio también en relación a los ofensores. También hay muchas mejoras que aún pueden implementarse. La colaboración entre práctica e investigación es fundamental. La investigación puede aprender de la práctica y la práctica puede, a su vez, re-orientarse gracias a la retroalimentación teórica. No es posible tocar guitarra sin una partitura; la partitura no tiene sentido sin un instrumento que la toque. Práctica e investigación es lo único que nos permite saber si estamos orientándonos en la dirección correcta y si no estamos produciendo resultados indirectos (o directos) indeseados. Unir teoría y práctica no se trata solamente, sin embargo, de evaluar programas. Reflexionar lo que ha sido la JR hasta ahora, los problemas que tiene, los desafíos que enfrenta y los procesos de cambios

que es necesario promover es una tarea, a mi parecer, de académicos y profesionales en su conjunto.

- Una alerta final sobre la literatura de la Justicia restaurativa y la terminología es que de la misma manera en que el término Justicia restaurativa tiene algunos significados diferentes, también hay demasiados nombres de los programas, como mediación entre víctima y delincuente, conferencias y círculos. Por ejemplo, el nombre mediación entre víctima y delincuente se usa para describir reuniones entre la víctima y el delincuente con ayuda de un facilitador, pero este también se usa para describir un tipo de "viaje diplomático" en el que las partes no se ven y el facilitador va de un lado a otro para negociar un acuerdo. Las razones para estas diferencias a menudo tienen que ver con la historia del programa del programa particular, pero como sea que hayan surgido, siempre es una buena idea hacer algunas preguntas sobre un programa para descubrir más específicamente cómo funciona realmente.
- El no implementar un acuerdo hecho en el curso de un proceso restaurativo debe remitirse de regreso al programa restaurativo o, cuando sea requerido por leyes nacionales, al proceso de justicia penal establecido y se deberá tomar una decisión sobre cómo proceder sin retrasos. El no implementar un acuerdo, diferente a una decisión judicial o juicio no deberá usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos de justicia penal posteriores.

## VII. RECOMENDACIONES

- Implementar y regular más eficazmente a través de normas más sólidas la justicia penal juvenil restaurativa.
- El sistema penitenciario y de justicia está orientado hacia la rehabilitación del adolescente y a su bienestar, por la gravedad del hecho. Por lo que la sanción penal debe ser proporcional, por lo que en el derecho penal juvenil, es necesario aplicar penas por debajo del merecimiento legal.
- En la JPJR deberá e identificarse dos etapas, una etapa judicial, que es la determinación de la condición jurídica del adolescente y la otra la exclusión temprana del proceso judicial. Preferentemente las sanciones penales en libertad, a fin de que tome conciencia del daño, y lo restaure de alguna manera.
- Debe de promoverse el respeto a la vida, libertad, como derecho alienable de toda persona, debiéndose desde la familia al adolescente el respeto por los demás y reforzarlo el Estado a través del control penal y/o sistema de control social.
- Como se puede observar, existen tanto razones valóricas como prácticas que justifican que el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos sea considerado una salida válida, especialmente “si se lo contrasta con los problemas que presenta el sistema penal formal. Por ello, resulta necesario y deseable realizar todas las labores y gestiones que sean pertinentes para extender su uso y así, progresivamente, ir evolucionando del sistema tradicional de justicia retributiva.
- Tener visión que se enfoque en reconstruir el daño generado por la conducta antisocial a la víctima.

- El Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa es desarrollado por la Fundación Terres des Hommes-Lausanne (Suiza) desde el 2005. La ejecución del Proyecto estuvo a cargo de la Asociación Encuentros, Casa de la Juventud durante sus primeras fases. Actualmente, la Fundación Terre Des Hommes es quien ejecuta, a través de su equipo interdisciplinario, el Proyecto en su cuarta fase. El Proyecto fue concebido y diseñado a partir de un diagnóstico sobre la administración de justicia para adolescentes realizado por la Fundación Terre Des Hommes y gracias a una planificación estratégica realizada con la participación de los representantes de los distintos sectores del Estado y la sociedad civil involucrados en la justicia juvenil.
- Es importante señalar que para la implementación del proyecto debe de establecer alianzas estratégicas con entidades del Estado que se han plasmado a través de convenios de cooperación interinstitucional con el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial debe de extender su tarea, el Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo, la Academia de la Magistratura y también Gobiernos Locales y Regionales. De igual modo, se tiene acuerdos con más de 80 organizaciones de la sociedad civil de los distritos donde se desarrolla el proyecto. A partir de los resultados bastantes auspiciosos, el Proyecto ha obtenido diversos premios y reconocimientos. Por otro lado, el Ministerio Público, reconociendo el valor del modelo desarrollado, ha decidido adaptarlo e implementarlo. Por ello, desde el 2010, con presupuesto propio del Ministerio Publico, se está implementando un Programa Nacional de Justicia Juvenil Restaurativa. La propuesta se está desarrollando en la ciudad de Lima, en los distritos de Villa El Salvador y El Agustino.
- 2008 a 2010 tuvo como objetivo fortalecer la aplicación del modelo de Justicia Juvenil Restaurativa y generar las condiciones políticas, normativas y técnicas para la transferencia futura del modelo al Estado; para lo cual se propuso: formar cuadros

profesionales especializados en justicia juvenil restaurativa; consolidar alianzas interinstitucionales para elaborar propuestas normativas, técnicas y políticas; impulsar la remisión, la asistencia a la víctima, así como la aplicación de la mediación y de otras medidas alternativas a la privación de la libertad como la prestación de servicios a la comunidad; y validar el enfoque restaurativo, creando y aplicando una metodología de asistencia a la víctima, sobre todo el niño, niña o adolescente víctima por lo que debe seguirse.

- 2011 a 2013 el objetivo que el Estado genera condiciones políticas, jurídicas, económicas y técnicas que permitan la apropiación, extensión y sostenibilidad del sistema de Justicia Juvenil Restaurativa, haciendo tomado conocimiento de los beneficios y ventajas de su enfoque y metodología, así como generando un trabajo articulado entre autoridades y la comunidad. Para ello se formularon 4 ejes estratégicos: la aplicación de la remisión y las medidas alternativas, así como la profundización del enfoque restaurativo en 7 distritos territoriales; formación especializada de operadores de justicia, sociales y profesionales.
- 2014 a 2016 el objetivo debe ser contribuir a que el Estado y la sociedad civil implementen una política pública en materia de justicia juvenil que incorpore el enfoque restaurativo beneficiando a los y las adolescentes en conflicto con la ley permitiendo su reinserción social. Para ello se formularon 3 ejes estratégicos: Procesos y Prácticas Restaurativas, Asistencia Técnica y Formación e Incidencia en Políticas Públicas.



### VIII. REFERENCIAS

- Alonso, A. (2002). *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido* (1.ª ed.). Editorial Tirant lo Blanch.
- Andreas, H. (1988). Factores de riesgo y delincuencia juvenil: Revisión de la literatura nacional e internacional. En *Juventud: Potencial y peligros. Diagnóstico de la delincuencia juvenil*. Fundación Paz Ciudadana.
- Araya, J., & Cierra, D. (2002). *Influencia de factores de riesgo social en el origen de conductas delictuales*. Gobierno de Chile.
- Bañol, A. (2006). *Justicia restaurativa, una dinámica social* (1.ª ed.). Librería Jurídica Sánchez.
- Barata, F. (1995). Las nuevas fábricas del miedo: Los mass media y la inseguridad ciudadana. En F. Muñagorri Laguía (Ed.), *La protección de la seguridad ciudadana* (Oñati Proceedings 18). Instituto Jurídico de Oñati.
- Baratta, A. (1988). La política crimile e il Diritto pénale della Costituzione: Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali. En E. Canestrari (Ed.), *Diritto pénale alla svolta di fine millennio*. Giappichelli.
- Beck, U. (1993). De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo (J. Del Río Herrmann, Trad.). *Revista de Occidente*, (150).
- Bell, D. (1991). *El advenimiento de la sociedad postindustrial*. Alianza Editorial.
- Beristain, A. (2008). *Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la Victimología*. ARA Editores.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernuz, M. (2013). *Área de investigación y formación social y criminológica: El tiempo en la justicia de menores*. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada.
- Bernuz, M. (2014a). Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16-14), 1-22.
- Blanco, R. (2004). Justicia restaurativa: Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública. En *Colección de Investigaciones Jurídicas* (6), 15.
- Bragado, C., Bersabé, R., & Carrasco, I. (1999). Factores de riesgo para los trastornos conductuales, de ansiedad, depresivos y de eliminación en niños y adolescentes. *Psicothema*, 11(4).
- Bramon, L. (2015). *Código Penal comentado y sumillado*. Editorial San Marcos.

- Brenes, C. (2009). *Justicia restaurativa: Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense*. Poder Judicial de Costa Rica.
- Cerrón, C., & Vásquez, O. (2015). *Aprender de experiencias para transformar realidades*. Terre des hommes.
- Chunga, F. (2002). *Derechos de menores*. Editorial Grijley.
- Chunga, F. (2012). *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. Editorial Grijley.
- Código de los Niños y Adolescentes. (2009). Juristas Editores.
- Consejo Económico y Social. (2002). *Resolución 2002/12: Adopción de normas sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal* (Documentos Oficiales, Suplemento N.º 1, E/2002/99). Organización de las Naciones Unidas.
- Constitución Política del Perú. (1993). Congreso Constituyente Democrático.
- De la Fuente, V. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal de la teoría a la práctica* (3.ª ed.). Editorial Lex Nova.
- De Orbegoso Russell, C. (2017). *Responsabilidad penal de los adolescentes en el sistema jurídico penal peruano*. Editorial Navarrete.
- Del Rosal Blasco, B. (1990). Las prisiones privadas: Un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(3).
- Díaz, A. (2004). Justicia restaurativa: Concepto y modelos prácticos. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, 3(6), 15.
- Diccionario de Filosofía Dialéctica. (2006). A.F.A. Editores Importadores.
- Düinkel, F., & Castro, Á. (2014). *Sistemas de justicia juvenil y política criminal* (3.ª ed.). Editorial Derecho Penal y Criminología.
- Dupuis, J. (1997). *Mediación y conciliación*. Abeledo-Perrot.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio* (Vol. 2). Editorial Ariel.
- Eglash, A. (1958). Creative restitution: Some suggestions for prison rehabilitation programs. *American Journal of Correction*, (20), 20-34.
- Estudios de justicia penal juvenil en el Perú: Ensayo de los magistrados de familia de Corte Superior de Lima y Distrito Fiscal de Lima*. (2016). Ley & Juris Grupo Editorial.
- Faget, J. (2005). La mediation: Essai de politique pénale. En A. Kemelmajer de Carlucci (Ed.), *La justicia restaurativa: Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Rubinzal-Culzoni.

- Farre, S. (2010). *Gestión de conflictos: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo* (4.<sup>a</sup> ed.). Editorial Ariel.
- Ferrajoli, L. (1986). El derecho penal mínimo. *Poder y Control*, (0), 15-32.
- Ferreiros, O. (2011). *La mediación en el derecho penal de menores*. Editorial Dykinson.
- Findeisz, A. (2015). *Justicia juvenil restaurativa*. Editorial Jusbaire.
- Fix-Fierro, H. (2000). Comentarios al artículo 17.º constitucional. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Editorial Porrúa.
- Galeno, J. (2005). *Un nuevo modelo de justicia restaurativa*. Editorial Universidad del Rosario.
- García, E. (2004). *Infancia de los derechos y de la justicia*. Editores del Puerto.
- Gimbernat Ordeig, E. (2009). *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?* Ara Editores.
- González-Ballesteros, A. (2009). *Justicia restaurativa y proceso penal, garantías procesales: Límites y posibilidades*. Librería Jurídica Sánchez.
- Gunther, K. (2000). De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un "cambio de paradigma" en el Derecho penal? (J. Silva, Trad.). En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*. Editorial Comares.
- Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Jakobs, G. (2000). ¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma? (M. Cancio Meliá, Trad.). En G. Jakobs & M. Cancio Meliá (Eds.), *El sistema funcionalista del derecho penal*. Universidad de San Martín de Porres.
- Jimenez de Azua, L. (1950). *Tratado de derecho penal* (Vol. 1). Editorial Losada.
- Legih de Moos, N. (2007). *Camino a la libertad*. Editorial Portavoz.
- Lledo Real, J. (1998). La inseguretat com a causa del racisme la xenofobia. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, (2).
- López Barja de Quiroga, J. (1997). El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, (48), 14-19.
- López Cerezo, J. A., & Luján López, J. L. (2000). *Ciencia y política del riesgo*. Editorial Alianza.
- Martínez, M. (2011). *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: Un renovado impulso*. Editorial Reus.
- Mateo de Ferroni, D. (2000). *Régimen penal de menores*. Editorial Juris.

Mendizabal, L. (1997). *Derecho de menores: Teoría general*. Ediciones Pirámide.

Silva, J. (2013). *La expansión del derecho penal: Rasgos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Trotta

## **IX. ANEXOS**

**INSTRUMENTOS UTILIZADOS**

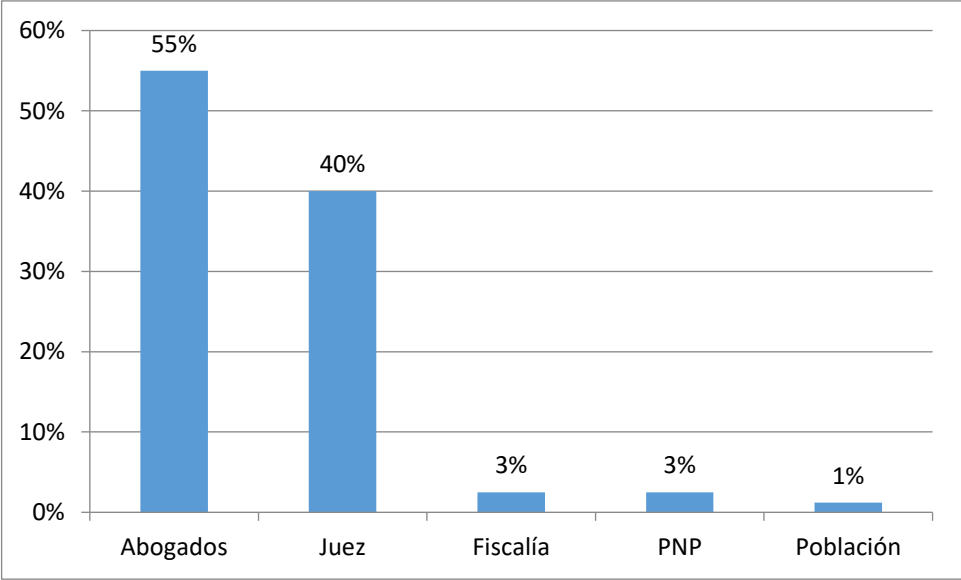
- Metodología : Encuesta
- Objetivo : Evaluar conocimiento
- Valor : Aplicación en la realidad
- Dimensiones : Jurídicas. Judicial. Política, sociológica, población, conocimiento, administrativas, operadores de justicia
- Cualitativo : Estudio del Derecho más doctrina jurídica y el centro de la investigación, lo filosófico en cuanto a justicia, derecho y sanción.
- Cuantitativo : Lo necesario

**CUADRO 1**  
**ESCALA DE VALORES**

| EVALUACIÓN  | CALIFICACIÓN |
|-------------|--------------|
| Si conoce   | 30           |
| No conoce   | 5            |
| No cree     | 30           |
| No contesta | 5            |

Entre abogados, jueces, fiscales, población, miembros de la PNP

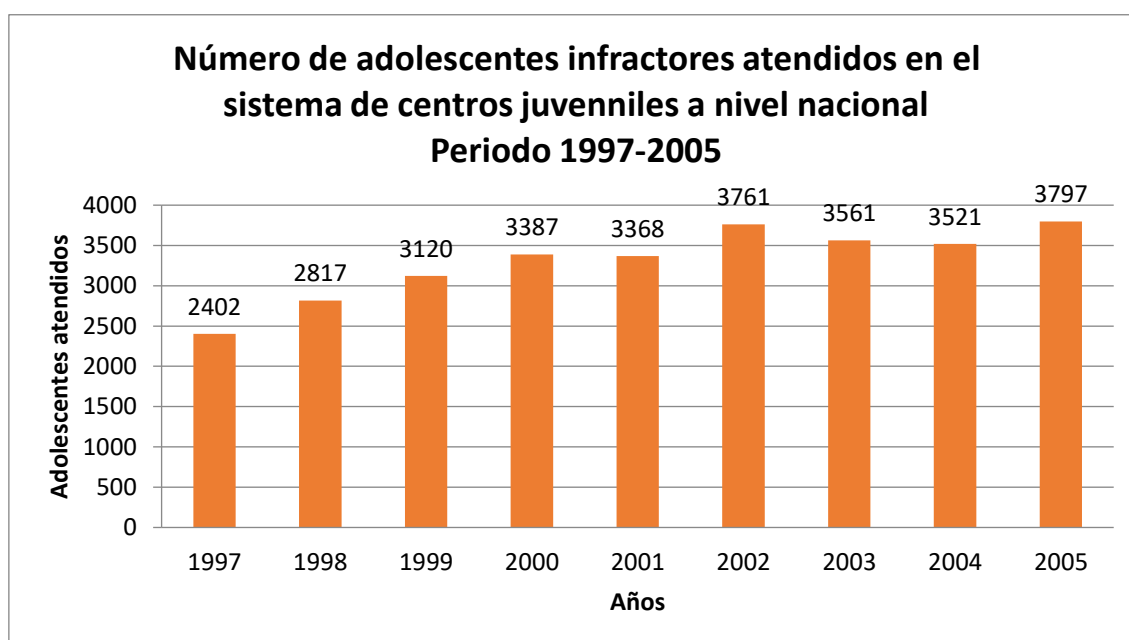
**Gráfico 1**



**CUADRO N° 2**

| Año   | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|-------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Total | 2402 | 2817 | 3120 | 3387 | 3368 | 3761 | 3531 | 3521 | 3797 |

El total de adolescentes infractores atendidos a nivel nacional en el sistema de centros juveniles (9 centros cerrados y uno abierto) se ha incrementado entre 1997 y 2005 en un 58%, pasando de 2,402 adolescentes a 3,797.

**Gráfico 2**



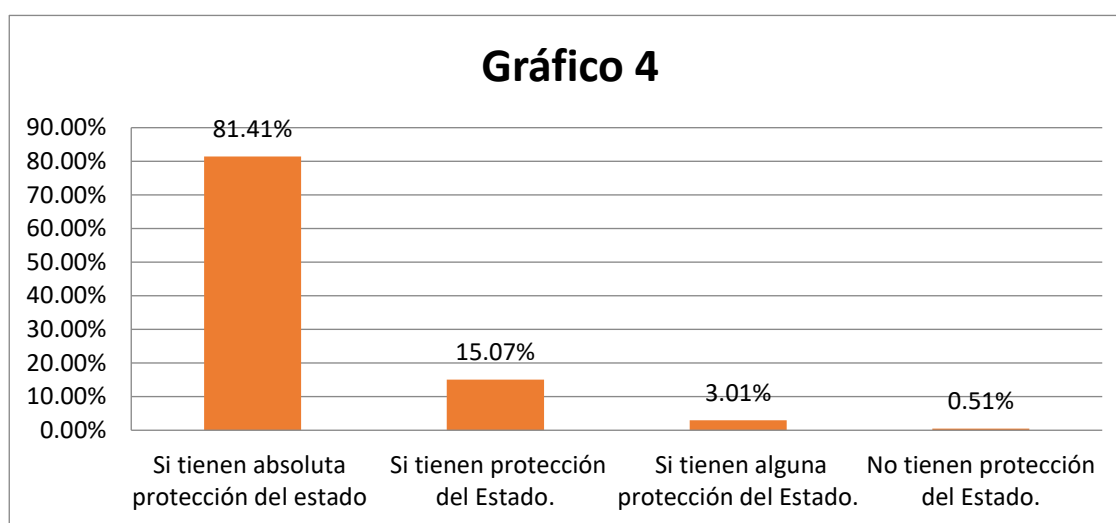
**CUADRO N° 3**

| Tipo de infracción         | 2003 | %   | 2004 | %   | 2005 | %   |
|----------------------------|------|-----|------|-----|------|-----|
| Robo/robo agravado         | 380  | 17  | 336  | 39  | 358  | 40  |
| Contra el pudor            | 250  | 24  | 188  | 22  | 205  | 23  |
| Homicidio                  | 116  | 11  | 94   | 11  | 95   | 11  |
| Hurto                      | 87   | 8   | 100  | 12  | 112  | 12  |
| Pandillaje                 | 59   | 6   | 16   | 2   | 13   | 1   |
| Lesiones / lesiones graves | 55   | 5   | 39   | 5   | 35   | 4   |
| Tráfico ilícito de drogas  | 34   | 3   | 44   | 5   | 45   | 5   |
| Terrorismo                 | 6    | 1   | 1    | 0   | 1    | 0   |
| Otros                      | 43   | 4   | 44   | 5   | 39   | 4   |
| Total                      | 1030 | 100 | 862  | 100 | 903  | 100 |

El total de adolescentes infractores atendidos a nivel nacional en el sistema de centros juveniles (9 centros cerrados y uno abierto) se ha incrementado entre 1997 y 2005 en un 58%, pasando de 2,402 adolescentes a 3,797.

**Cuadro N° 4**

| Respuesta                                | Cantidad | %      | % acumulado |
|------------------------------------------|----------|--------|-------------|
| Si tienen absoluta protección del estado | 135      | 81.41% | 81          |
| Si tienen protección del Estado.         | 23       | 15.07% | 15          |
| Si tienen alguna protección del Estado.  | 2        | 3.01%  | 3           |
| No tienen protección del Estado.         | 1        | 0.51%  | 1           |
| Total                                    | 161      | 100%   | 100         |



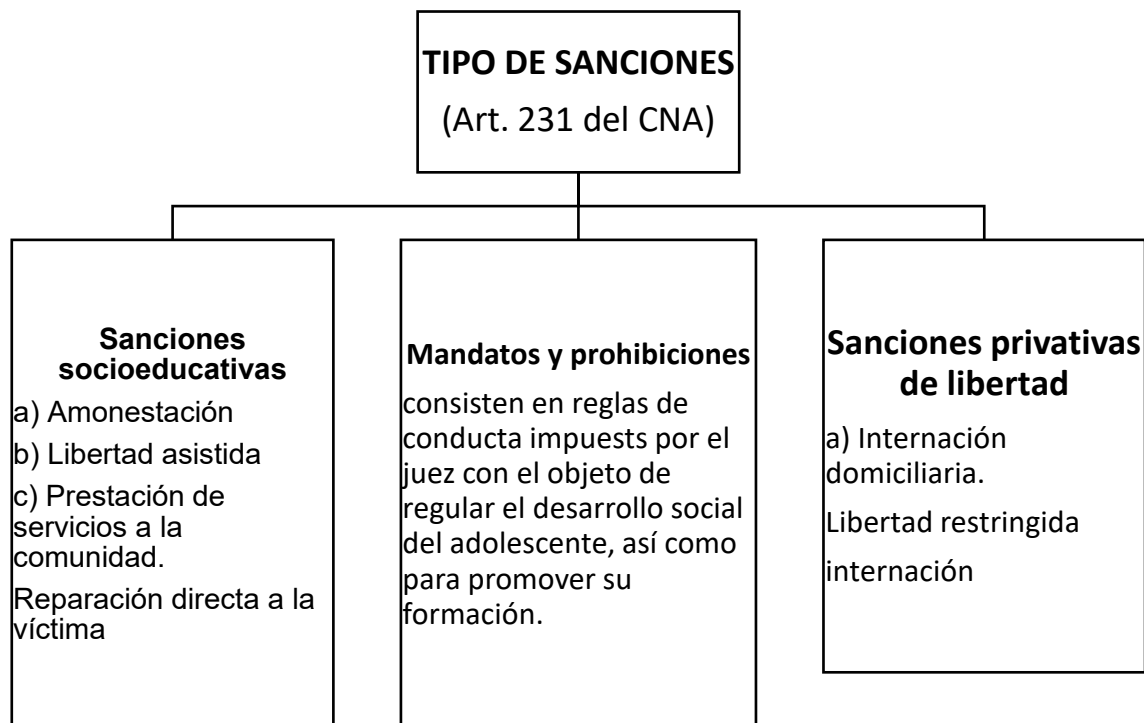
El 81.4% de la muestra encuestada afirma que, los adolescentes infractores si tienen absoluta protección por parte del Estado que las víctimas de los mis mismas.

El 15.07% de la muestra encuestada afirma que, los adolescentes infractores si tienen protección por parte del Estado que las víctimas de los mismos.

El 3.01% de la muestra encuestada afirma que, los adolescentes infractores si tienen alguna protección por parte del Estado que las víctimas de los mismos.

El 0.51% de la muestra encuestada afirma que, los adolescentes infractores no tienen protección por parte del Estado que las víctimas de los mismos

**Cuadro N° 5**  
**Clasificación de las sanciones**



### **Sanciones socioeducativas**

#### **Amonestación.**

Según el artículo 231-A del Código de los Niños y Adolescentes la amonestación consiste en la recriminación o llamada de atención que realiza el juez al adolescente infractor y cuando corresponda, a sus padres o responsables. Al adolescente se le exhortará para que en lo sucesivo cumpla con las normas de convivencia social, en tanto que a los padres, tutores o responsables de este se les requerirá que ejerzan mayor control sobre la conducta del adolescente, advirtiéndolo las consecuencias jurídicas de reiterarse la infracción.

Esta llamada de atención debe ser “clara y directa”, de manera que el adolescente en conflicto con la ley penal y las personas adultas responsables de su conducta comprendan la ilicitud de los hechos cometidos. Esto indica que el juez, debe utilizar un lenguaje simple y comprensible para un menor de edad, es decir, la explicación de las consecuencias jurídicas en caso de reiteración.

## **MATRIZ DE CONSISTENCIA**

- 1) De otro lado, hemos considerado otras matrices, que contienen información explicada en el desarrollo del Plan de Tesis, que se relaciona con el mismo y es necesaria para cualquier desarrollo posterior en materia de investigación.
- 2) Matriz de los factores de riesgo social en los adolescentes infractores en la ley penal, que es lo que incide. Distrito de El Agustino 2006 -2010 y su posible rescate social.
- 3) Vías procedimentales y la aplicación de la Legislación Penal, pero, desde el punto de vista de un criterio filosófico de lo que es la sanción, la pena y la justicia, y teniendo como fin supremo el interés superior del niño en la aplicación de la medida correctiva.

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

TEMA. Principios Filosóficos sobre la sanción y la justicia penal juvenil restaurativa en el Perú entre los años 2006-2010. Distrito de El Agustino. Provincia de Lima.

| Título | Definición del Problema                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Objetivos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Formulación de Hipótesis                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Clasificación de Variables                                                                                                                                                    | Definición Operacional de las Variables                                                                                                                                                                                                             | Metodología                                                                                                                                                                                  | Población, muestra y muestreo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Instrumentos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|        | <p><b>Problema General</b><br/>¿Cuáles serán las causas por las cuáles los adolescentes cometen infracciones a la Ley Penal?</p> <p>No se da importancia a la justicia penal juvenil restaurativa, ni un valor filosófico, ni principista a la sanción</p>                                                                                                                                                                                 | <p><b>Objetivo General</b><br/>El sistema de justicia penal juvenil, con un enfoque restaurativo, tiene como horizonte garantizar la convivencia social, aplicando acciones con valor filosófico de la pena, la sanción y la justicia.</p>                                                                                                  | <p><b>Hipótesis General</b><br/>La aplicación de la justicia penal juvenil restaurativa en menores infractores, es ver si es de ayuda y es buena la aplicación, y si se dan los principios y filosofía de la sanción en la ciudad de Lima, distrito de El Agustino.</p>                                                                                                               | <p><b>Variable Independiente</b><br/>A) Principios y filosofía sobre la sanción – justicia penal juvenil restaurativa, así como valorar y elevar los valores de justicia.</p> | <p><b>Principios y filosofía de la justicia penal juvenil restaurativa.</b><br/>• Beneficios que constituye la justicia penal juvenil restaurativa.<br/>• Reducción de las infracciones a la Ley Penal.<br/>• Menor infracción, rol del Abogado</p> | <p><b>Propósito</b><br/>Aplicado.</p> <p><b>Enfoque</b><br/>Cualitativo</p> <p><b>Secuencia temporal</b><br/>Transversal</p> <p><b>Temporatividad</b><br/>Retrospectivo</p>                  | <p><b>Población</b><br/>Jueces<br/>Fiscales<br/>Abogados<br/>PNP<br/>Menores<br/>participantes en el programa de justicia penal restaurativa juvenil.</p> <p><b>Muestra</b><br/>Probabilística</p> <p><b>Muestreo</b><br/>20 operadores jurídicos<br/>07 menores reincidentes<br/>02 menores que se encuentran dentro del programa de justicia penal juvenil restaurativa</p> | <p><b>Técnicas a ser empleadas en esta investigación</b><br/>- Revisión documentación.<br/>- Encuesta<br/>- Entrevistas<br/>- Análisis filosófico de la pena y la sanción.<br/>Principios de lo que es la justicia.<br/>- Principios de lo que es la justicia.<br/>- Resoluciones:<br/>- Fiscales<br/>- Judiciales<br/>- Legislación penal en materia de menores infractores.<br/>- Estadísticas<br/>- Normas Nacionales e Internacional sobre justicia penal juvenil restaurativa</p> |
|        | <p><b>Problema Específico</b><br/>¿Por qué no se busca utilizar este medio? Sino, que se sanciona o se busca sancionar pese a que hay este programa.</p> <p>¿Cuál es el grado de efectividad del programa de justicia penal juvenil restaurativa?</p> <p>Hasta el momento por estudios realizados, arroja objetivos mínimos y no satisfactorios en relación a la pena, la sanción y al principio principista de lo que es la justicia.</p> | <p>• Objetivos Específicos</p> <p>• Proponer a través de la prevención el rescate social del menor, pero con un valor filosófico de lo que es la justicia y la rehabilitación.</p> <p>• Política de justicia referida al adolescente.</p> <p>• Establecer factores de protección y aplicación de la justicia penal juvenil restaurativa</p> | <p><b>Hipótesis Específicas HE</b></p> <p>• El Estado ha carecido enormemente falta de precisión a la hora de aplicar la justicia penal al menor, sin los valores antes mencionado.</p> <p>• Esto se ve demostrado por los altos índices de reincidencia en infracción a la ley penal por el menor.</p> <p>• Mayor enfoque a los programas de justicia penal juvenil restaurativa</p> | <p><b>Variable Dependiente</b><br/>B) Aplicación de la sanción y prevención.</p>                                                                                              | <p><b>Prevención especial de la pena</b><br/>• Análisis filosófico-lógico jurídico de la doctrina penal.<br/>• Filosofía y principios de lo que busca la sanción y la pena.</p>                                                                     | <p><b>Asignación de factores:</b><br/>Observacional-Analítico</p> <p><b>Finalidad</b><br/>Descriptivo</p> <p><b>Diseño específico</b><br/>No experimental</p> <p><b>Nivel</b><br/>Básico</p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

## CUESTIONARIO

### I. Ocupación

1. (    ) Profesional                      2. (    ) No profesional

### II. Género

1. (    ) Masculino                      2. (    ) Femenino

### III. ¿Piensa que los jueces y fiscales aplican las sanciones y penas a los menores infractores bajo los principios filosóficos de justicia, y bajo teorías modernas de lo que es la sanción teniendo en cuenta que existe alternativa de justicia penal restaurativa?

1. (    ) Si                      2. (    ) No

Rpta. No lo aplican lo realizan sin tomar en cuenta estos principios

### ¿Cuáles serán las causas por las cuales los adolescentes del distrito del Agustino cometen infracciones a la Ley penal?

Rpta. Por venir de hogares disfuncionales y generan violencia callejera.

1. (    ) Si                      2. (    ) No

### ¿Se realizan prácticas restaurativas como alternativas a las infracciones penales?

1. (    ) Si                      2. (    ) No

### ¿El Estado debe implementar e impulsar políticas públicas de justicia penal juvenil restaurativa?

1. (    ) Si                      2. (    )

Rpta. Si se está de acuerdo en su implementación.

**Expediente N°** : 00253-2009-0-2601 -JR-FP-01

**Infractor** : JHAM MARCOS OTERO ELIZALDE

**Delito** : INFRACCIÓN A LA LEY PENAL - VIOLACIÓN DE MENOR DE EDAD

**Agraviado** : R. del P. V.O.

**RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTIUNO** Tumbes, Nueve de Junio del dos mil diez.-

**VISTOS:** En audiencia pública el expediente 00253-2009-0-2601-JR-FP-01 sobre Infracción a la ley penal - Violación de Menor de edad seguido a favor del adolescente Jham Marcos Otero Elizalde en agravio de la menor de iniciales R. del P. V.O.-

**RESOLUCIÓN MATERIA DE APELACIÓN:** Es materia de pronunciamiento la apelación formulada por el representante legal del menor infractor don Reynaldo Deberle Otero Sandoval contra resolución sentencial obrante a folio ciento setenta y cuatro, en el extremo que impone al adolescente infractor la medida socioeducativa de internamiento por un periodo de veinticuatro meses al haberle encontrado responsable de la Infracción a la ley penal contra La Libertad Sexual - Violación de Menor en agravio de la menor de iniciales R. del P. V.O.-

**FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:** En su escrito de apelación de folio ciento noventa y uno sostiene, que la Resolución impugnada contiene los siguientes errores: i) Que, la A quo no ha tenido en cuenta, que su menor hijo no ha negado ser autor del hecho que se le atribuye; y que además no es proclive a la comisión de esta naturaleza de hechos, ii) Que, la pena impuesta ha vulnerado los principios de proporcionalidad y razonabilidad. y iii) Que, además la A quo no ha considerado que su menor hijo se encuentra cursando secundarios, y con la medida impuesta se podría ver frustrado la culminación de sus estudios. Como pretensión impugnatoria NO propone ninguna .- **CONSIDERANDOS**

**DE LA RESOLUCIÓN: PRIMERO:** Se aprecia de autos, que el área de asistenciado social del hospital de Apoyo JAMO - Tumbes, dieron a conocer al representante de la Primera Fiscalía Provincial Mixta, que en el indicado nosocomio se encontraba internada una menor de 09 años de edad, que presentaba signos de abuso sexual con desgarró perineal; iniciándose las investigaciones del caso, llegándose a establecer, mediante la referencial de la menor agraviada de iniciales R. del P. V.O. que el día cinco de febrero del dos mil nueve en circunstancias que se encontraba jugando en el interior de la casa de su tío Robert Otero Sandoval, escuchando la radio en el celular de su primo de nombre Jham Marco Otero Elizalde, estando echada en la cama se acostó a su lado su primo antes indicado, quien "le levantó su falda, le bajó su traza, él también se bajó su traza, se echó encima de su cuerpo y le introdujo el pene, haciéndole doler y comenzó a salir sangre, motivo por el cual su primo se levantó asustado, y se retiró hasta donde estaba su tío, y la menor se fue hacia su domicilio". Agregado a lo antes anotado, se tiene que personal de la Fiscalía Provincial, a cargo de las investigaciones, acompañado de personal policial se constituyeron al lugar de los hechos, ubicado en el Caserío de Tacural - San Juan de

la Virgen con el objeto de recabar elementos de prueba, e indicios que conlleven a determinar los grados de responsabilidad, verificándose la existencia de manchas de sangre en la frazada, que se encontraba encima de una cama de uno de los ambientes de la casa, además se determinó gotas de sangre desde el lugar donde sucedieron los hechos hasta la vivienda de la menor agraviada.-**SEGUNDO:** Se advierte de autos, que los hechos descritos en el considerando que antecede han sido calificados como de infracción a la ley penal Contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación de menor, encontrándose tipificada esta conducta en inciso 1) del artículo 173° del Código Penal, que establece, que para la comisión del ilícito (llámese para casos de esta naturaleza de infracción), se requiere acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, introduciendo objetos o parte de su cuerpo por alguna de las dos primeras vías en una menor de 10 años de edad; y que como en el presente caso, los hechos se han producido con la introducción del pene en una menor agraviada de 09 años de edad se tiene que la conducta está debidamente encuadrada y prevista en la norma sustantiva antes acotada.- **TERCERO:** Del análisis de los autos fluye, que la apelación formulada por el padre del menor infractor solo se orienta a impugnar la sentencia en el extremo, relacionado a la medida socio educativa impuesta de veinticuatro meses de internamiento; por consiguiente ya no está en cuestionamiento la responsabilidad del adolescente en los hechos que se le atribuyen, pues como bien lo ha señalado la A quo el mismo infractor reconoce la autoría de los hechos, aunque sostiene que lo hizo por curiosidad de saber cómo era una relación sexual; tal como así se puede verificar de su declaración policial, cuya acta corre a folio veintinueve corroborada en su declaración judicial de folio ciento once, en las cuales describe la forma y circunstancias que se produjo el acto infractor, cuya versión es coincidente con la imputación que le hace la misma menor agraviada en su declaración policial ampliada de folio setenta y cuatro y su referencial judicial de folio noventa y cinco.- **CUARTO:** Alega el apelante, que la medida socioeducativa de internamiento atenta contra el principio de proporcionalidad y razonabilidad, aunque no detalla ni describe porqué razón a su criterio se afectan estos principios; que por el contrario este colegiado deja plena constancia, que el artículo 173° inciso 1 del Código Penal prevé una penalidad de cadena perpetua, lo que significa que el reproche social contra las conductas que se adecúan a este tipo penal es sumamente grave, pues no puede obviarse el hecho, que el bien jurídico que se tutela es la indemnidad o intangibilidad sexual, es decir existe la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal del ámbito sexual de quien, como la menor agraviada en estos autos, no ha logrado aún la madurez suficiente; por lo tanto es el Estado quien a través de la implementación de determinadas políticas criminales busca proteger la sexualidad de las personas, que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.- **QUINTO:** Debe asimismo, para efecto de establecer la existencia de razonabilidad en la medida



de internamiento impuesta, tenerse presente que conforme al artículo 235° del Código de los Niños y adolescentes, la internación constituye una medida socioeducativa privativa de la libertad, que no podrá ser mayor a los seis años; que en ese orden de ideas es de destacar que el quantum de la medida impuesta al adolescente infractor ha sido de dos años (24 meses), es decir 2/6 partes de la máxima penalidad, situación que considerando la gravedad del hecho imputado, no podría calificarse como irrazonable o desproporcional; es cierto que el menor ha mostrado plena colaboración con los actos investigatorios, al haber reconocido su autoría, e incluso colaborado en el desarrollo de las actividades jurisdiccionales, tal como así se puede verificar de autos, justamente por ello se explica el quantum de la penalidad impuesta, que refleja claramente los criterios asumidos por la A quo. **SEXTO:** En la misma línea argumentativa, orientada a establecer los niveles de razonabilidad de la medida impuesta, considera el colegiado que toda medida socioeducativa tiene por objeto la rehabilitación del agente infractor, y tratándose de una medida de internación lo que se busca o pretende es el desarrollo de actividades pedagógicas orientadas a promover valores que sustenten una conducta adecuada en el menor y posibiliten el desarrollo de su personalidad; en tal sentido la medida impuesta responde a criterios que son proporcionales a la gravedad y trascendencia del hecho, y además la propia resolución sentencial cumple con los presupuestos previstos en el artículo 216° del Código de los niños y Adolescentes; por lo tanto al amparo de la normalidad antes acotada, corresponde confirmar la sentencia apelada.- **POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS, LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES, RESUELVE: CONFIRMAR** la SENTENCIA obrante a folio ciento setenta y cuatro, en cuanto impone al adolescente infractor la medida socioeducativa de internamiento por un periodo de veinticuatro meses al haberle encontrado responsable de la Infracción a la ley penal contra La Libertad Sexual - Violación de Menor en agravio de la menor de iniciales R. del P. V.O. en los seguidos contra el adolescente JHAM MARCOS OTERO ELIZALDE de la infracción a la ley penal contra La Libertad Sexual - Violación de Menor en agravio de la menor de iniciales R. del P. V.O.. Actuó como ponente el Juez Superior Williams H. Vizcarra Tinedo. **NOTIFÍQUESE.-** Señores Jueces Superiores: Vizcarra Tinedo, Valencia Hilares y Maqui Vera. Secretaria: Carla M. Lip Zegarra.-

**SENTENCIA POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:**

EXP. N.º 3766-2004-HCRTC

CAJAMARCA

M. I V. CH.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a 16 de mayo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por doña Marina Rosa Chugden Leyva contra la sentencia de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Cajamarca, de fojas 27, su fecha 5 de noviembre del 2004, que declara improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 14 de octubre de 2004, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de su hijo el menor infractor M.I.V.CH., y la dirige contra el Mayor Comisario y los efectivos de la Policía Nacional del Perú de la Comisaría de Bambamarca, solicitando la inmediata libertad del beneficiario. Refiere que, no obstante que su hijo es menor de edad, está detenido arbitrariamente, desde el 8 de octubre de 2004 en la mencionada comisaría; que, hasta la fecha de interposición de la demanda, no ha sido entregado a sus padres o puesto a disposición del juez, habiendo transcurrido más de las 24 horas previstas por ley para la detención. Alega que el representante del Ministerio Público intervino al menor como si fuera un adulto y no un adolescente infractor.

Realizada la investigación sumaria, el favorecido refiere haber sido detenido en la discoteca Blue Sky, portando dos gramos de marihuana. Por su parte, los efectivos policiales emplazados manifiestan que realizaron la intervención en presencia del fiscal provincial, y que la investigación por delito de tráfico ilícito de drogas dura 15 días. El Juzgado Mixto de Bambamarca, con fecha 15 de octubre del 2004, declara infundada la demandada considerando que no existe detención arbitraria, pues, conforme al artículo 2.º, inciso 24, literal f), de la Constitución, en el caso de delito de tráfico ilícito de drogas el plazo para la detención puede extenderse hasta por 15 días. La recurrida confirma la apelada con similares fundamentos, añadiendo que la Resolución N.º 12268-2004-MP-FN, que aprueba el protocolo básico de atención para casos de adolescentes infractores de la ley penal, señala que, en casos de tráfico ilícito de drogas, la detención preliminar podrá prolongarse hasta por 15 días.

## FUNDAMENTOS

1.-La demanda tiene por objeto que se ordene la inmediata libertad del beneficiario por estar detenido arbitrariamente, no obstante ser un menor de 17 años de edad, transgrediéndose con ello la Constitución y el Código del Niño y el Adolescente.

2.-La libertad personal es un derecho subjetivo reconocido en el inciso 24) del artículo 2. de la Constitución Política del Estado, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Este derecho constituye uno de los valores fundamentales de todo Estado constitucional de derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales, a la vez que justifica la propia organización constitucional.

No obstante, lo dicho como todo derecho fundamental, la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley; por lo tanto, no existen derechos absolutos e irrestrictos, pues la norma suprema no ampara el abuso del derecho.

3.- Con relación a la detención personal, la Constitución, en el inciso 24, literal f, del artículo 2o, dice que la detención es legítima, cuando así lo disponga el mandamiento escrito y motivado del juez y en caso de flagrante delito. Por consiguiente, para esclarecer la controversia, es menester determinar si la detención personal se produjo en estas circunstancias y si el periodo de detención cumplido por el favorecido constituye una restricción del derecho a la libertad prevista en la ley y la Constitución.

4.- Este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que para que exista flagrancia de delito, debe cumplirse cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) la inmediatez personal, esto es, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito y esté relacionado con el objeto o a los instrumentos del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

5.- En autos consta que a las 17h 50min del día 8 de octubre de 2004, al menor M.I.V.CH., "[d]e 17 años de edad, estudiante del Colegio Santa Isabel Bea, con domicilio en [...], sin documentos personales a la vista [...] se le encontró un envoltorio, papel bond color blanco, conteniendo restos de hierba color verduzca, de aprox. 0.2 gramos, que al ser orientada con el niocinato de cobalto dio positivo para cannabis sativa - marihuana [...]" (Acta de Comiso de Droga que en fotocopia obra a fojas 7 de autos).

El día de autos el menor fue detenido a las 20.00 horas y permaneció retenido en la comisaría hasta las 14.00 horas del día 17 de octubre de 2004, fecha en la que el instructor y el representante del Ministerio Público, Juan Carlos Rodríguez Vargas, fiscal adjunto de Hualgayoc, lo notificaron en presencia de su madre, Marina Rosa

Chugden Leyva, a efectos de que concurra ante la autoridad competente las veces que fueran necesarias para presentar sus descargos en relación con el presunto delito de tráfico ilícito de drogas, conforme lo acreditan las notificaciones remitidas en fotocopia por la autoridad policial mediante el Oficio N.º 19-05-C-NI-BCA/SEC-S3, recepcionado por este Tribunal el 10 de mayo de 2005, obrantes a fojas 58 y 60 del cuaderno formado en esta instancia.

6.- El artículo 299.º del Código Penal prevé la posesión no punible de droga "[p]ara el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados".

Siendo así, al haberse encontrado al menor en posesión de la droga, la comisión del delito es flagrante y, por ende, la detención legítima. Sin embargo, dada la cantidad de droga decomisada no se justifican los 9 días que se mantuvo detenido al menor, tanto más cuanto que el Código del Niño y Adolescente establece que, en caso de menores infractores, ellos deben ser entregados a sus padres, sin perjuicio de que en el trámite de la investigación se determine con qué finalidad el menor poseía la droga incautada.

7.- Se desprende de autos que, luego de presentada la demanda, cesó la agresión al haber sido puesto en libertad el menor por los propios policías denunciados. Cabe subrayar que los efectivos policiales emplazados quedan en la obligación de no reincidir en prolongar arbitrariamente las detenciones que realizan en el ejercicio regular de sus funciones, resultando de aplicación el artículo 1.º del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar FUNDADA la demanda.

Ordena la remisión de la correspondiente copia de la presente sentencia a la Inspectoría de la Policía Nacional del Perú a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones en relación con la conducta de los efectivos policiales emplazados. Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

GARCIA TOMA

VERGARA GOTELLI