

# LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN DE MENORES\*

Dr. CARLOS ELBERT  
Universidad de Colonia

El presente trabajo se limita a exponer en forma sistemática los lineamientos del sistema penal alemán de menores en dos aspectos fundamentales, como son la determinación de la responsabilidad penal y el sistema de reacciones penales. Hemos pretendido conjugar lo breve con lo claro, ya que se trata de exponer un sistema sañón, con el que muchos lectores de habla hispana no estarán, posiblemente, familiarizados en detalle. Sin embargo, no solo quisimos imprimir a este trabajo agilidad y síntesis, sino también dotarlo de la capacidad de informar sobre los resultados más relevantes a que ha conducido el sistema, en la teoría y práctica modernas del mismo país donde se lo aplica. Si a estos propósitos agregásemos nuestro análisis crítico, nos extenderíamos más allá de los límites razonables de un artículo destinado a compartir el espacio material con otros; no obstante, nos tranquiliza poder decir que este trabajo integra uno de mayor alcance<sup>1</sup> en el que el lector interesado podrá encontrar no solo nuestros puntos de vista críticos y comparativos, sino también mayor información sobre estos temas.

Por supuesto, también entra en nuestros cálculos la esperanza de que en el futuro podamos continuar el discurso aquí iniciado, con la facilidad de poder remitir al lector español a un material ya aparecido en su país, y en lo que a nosotros se refiere, obviar repeticiones. Con estas reservas nos atrevemos a pensar que este anticipo puede constituir un aporte útil a los estudiosos de la problemática de la criminalidad juvenil en general y alemana en especial.

Entrando ahora de lleno en el tema, adelantemos que el § 46 del Código Penal alemán federal adopta un sistema *dualista* de determinación de la responsabilidad, al disponer que "la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Deberán ser tenidas en cuenta las consecuencias que sean de esperar para la vida futura del autor en sociedad, a resultas de la aplicación de la pena". Esta

\* Este trabajo aparece también insertado en los "Cuadernos de Política Criminal", N° 19, Madrid, España, 1983.

<sup>1</sup> Se trata de parte de un capítulo de un libro en preparación, sobre el tema de la criminalidad juvenil en Alemania Federal.

difícil compensación entre la culpabilidad y las finalidades especial-preventivas, orientadas a la vida futura en sociedad, juega en el derecho penal de menores de modo muy diferente, porque a lo largo de la evolución histórico-penal se fue imponiendo gradualmente el criterio de que los menores son seres humanos de características especiales, diferenciadas respecto a los adultos, y el principio de que en consecuencia no se les puede atribuir, durante este estadio evolutivo, el mismo grado de madurez, preparación y comprensión de la realidad que a un adulto, con la lógica consecuencia de una disminución legal de la responsabilidad por sus acciones. En conclusión, *se disminuye la responsabilidad legal por los actos de menores, y toda intervención oficial respecto de los mismos, preventiva o represiva, se coloca bajo la óptica pedagógica* (dada la permeabilidad formativa de los menores) *con miras a su mejor desempeño social en el futuro.*

La concepción expuesta se refleja en el § 3 de la Ley Judicial Juvenil<sup>2</sup>, cuando precisa que "un menor es penalmente responsable si al momento del hecho era *suficientemente maduro* de acuerdo a su desarrollo moral y mental, para comprender la antijuridicidad del hecho y actuar según esta comprensión. Para la educación de un menor inimputable a consecuencia de su inmadurez, el juez puede ordenar las mismas medidas que el juez tutelar".

No basta entonces, a la ley alemana, que se trate de un menor o menor adulto, según tuviera entre catorce y dieciocho o dieciocho y veintiuno, respectivamente, al momento de la comisión del hecho (§ 1). Es preciso, además, determinar el *grado de madurez*, factor que, junto con la edad, nos distancia del sistema del derecho penal general, *donde el libre albedrío, o autodeterminación, o voluntad final de las personas capaces mayores de veintiún años, se presume*, del mismo modo que su madurez.

La ley alemana no proporciona un concepto abstracto y general de la *madurez*, por lo que el juez debe constatarla en cada caso y para cada autor. ¿En qué consiste esta madurez y qué pautas se utilizan para determinarla? Según SCHAFFSTEIN<sup>3</sup>, la formulación legal es resultado de una larga evolución jurídica, cuyos puntos de apoyo fueron la *doli capacitas* del medioevo y el *discernement* del Código de Napoleón de 1810. Pero recientes los hallazgos de la moderna psicología profunda, permitieron admitir que *los procesos de motivación de los menores difieren de los de los adultos*, no solo en sentido *intelectual*, sino también por el juego más libre de la *instintividad*. Esta evolución llevó a que, en la formulación de la J.G.G. de 1923, se agregara a los presupuestos de responsabilidad juvenil hasta allí admitidos (capacidad de comprender y dirigir las acciones), la necesidad de *madurez intelectual y espiritual*, con lo que se arribó a un método biológico-psicológico. Este autor

<sup>2</sup> En alemán *Jugendgerichtsgesetz*. Se trata de un ordenamiento penal de forma y fondo especial para menores, respecto del cual el Código Penal general rige en forma subsidiaria. Todas las citas de dicha ley son tomadas de nuestra traducción al castellano de dicho cuerpo legal, en prensa en Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. Aludiremos a la ley según la abreviatura J.G.G.

<sup>3</sup> FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Jugendstraffrecht* (der. penal de menores), 7ª ed., Stuttgart, 1980, pág. 41 (subrayado y trad. nuestros).

hace una detallada descripción de los elementos enumerados y afirma que la *capacidad de comprensión* requiere una cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representación de valores espirituales, o *madurez ética*, que permita “comprender” los postulados o normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La versión actual de la ley no exige, por otra parte, una *específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico*, sino apenas de una *comprensión del injusto material del hecho*, que se adecue al grado de conciencia que pueda poseer el autor. Un ejemplo apropiado sería el caso de abuso sexual de un niño de tres años cometido por un adolescente de dieciséis, que no puede negar su conocimiento de la inmoralidad del hecho, pese a la que este solo podrá serle reprochado si además posee la capacidad de reconocer su conducta como prohibida por las leyes (en forma genérica). La capacidad de comprensión no puede, por otra parte, medirse en abstracto, sino que debe estar asociada a la violación del derecho en concreto. Por lo tanto, en caso de concurso de delitos, tanto real como ideal, la culpabilidad debe ser probada en relación a cada hecho delictivo.

En cuanto a la *capacidad de actuar o dirigir las acciones*, sucede con frecuencia que menores que están en condiciones de reconocer lo injusto del hecho que cometen, no tienen al mismo tiempo la madurez de carácter suficiente para imponer tal reconocimiento como base de su accionar. Para algunas formas delictivas, como los delitos contra la honestidad, se debería tener siempre en cuenta que el instinto sexual de la pubertad irrumpe con tal fuerza que arrolla todos los frenos inhibitorios y representaciones valorativas.

Estas precisiones del concepto de “madurez suficiente” son expuestas por otro autor del siguiente modo: “Los menores tienen una punibilidad condicionada a que posean madurez de entendimiento, madurez ética y autodominio. El menor debe no solo *poder distinguir en general* entre justo e injusto, sino que también debe *poder entender* en el caso concreto que el orden jurídico no autoriza ese comportamiento. Si el ilícito *fue verdaderamente comprendido*, o si *se lo comprende*, es sólo un indicio respecto a la determinación de la *capacidad de comprender*. No es necesario que el menor pueda reconocer la *punibilidad* del hecho, y el reconocimiento de la inconveniencia o inmoralidad tampoco bastan. El menor tiene más bien que *sentir el mandato como un valor adecuado*, y debe poder encontrar su propio comportamiento como legalmente objetable. Madurez espiritual y ética para comprender la antijuridicidad del hecho en el sentido del par. 3, *solo la posee quien actúa a conciencia de cometer un hecho prohibido*. Solamente en casos de una formación extraordinariamente mala, y muy malos ejemplos en el hogar y el medio, u ocasionalmente en las escuelas de apoyo, o en casos de rezagados escolares, o de niños que pasaron su infancia en internado, *puede no darse este presupuesto*; en los dos casos nombrados en primer lugar, preexiste las más de las veces un desamparo moral que requiere la intervención del juez tutelar. Finalmente, el menor debe *actuar según la comprensión intelectual y los sentimientos espirituales*, o sea, *poder ofrecer resistencia a la seducción hacia el hecho*, mediante la *comprensión de sus obligaciones legales*. En especial, en los jóvenes, los instintos sexuales y

de posesión superan a menudo todos los frenos, pese a la correcta comprensión y valoración”<sup>4</sup>.

Volviendo ahora al ámbito de aplicación de la J.G.G., dejemos claramente establecido que el § 1 expresa que la ley es aplicable cuando un menor —o un menor adulto— cometiere un hecho ilícito, sancionado con pena en la legislación general. La segunda parte del párrafo agrega que *menor* es, quien al tiempo del hecho, tuviera entre catorce y dieciocho años, y *menor adulto*, quien al tiempo del hecho tuviera entre dieciocho y veintiún años de edad. Estas disposiciones deben ser correlacionadas con el § 19 del Código Penal, según el cual no puede ser inculcado quien al momento de la comisión del hecho fuera menor de catorce años. Parecería que la disposición fija una competencia personal clara y definitiva a la J.G.G., y sin embargo, no es así, ya que para los menores adultos está establecida la cobertura legal en forma especial en el § 105, que dispone: “Si un menor adulto incurriera en un hecho ilícito, que según las disposiciones generales esté sancionado con pena, el juez aplicará concordantemente los reglamentos vigentes para menores, de los §§ 4 a 8, 9, número 1, 10, 11 y 13 a 32 (calificación legal de los ilícitos de menores y sus consecuencias jurídicas, calificación legal de hechos antijurídicos de menores, consecuencias del hecho punible, consecuencias accesorias, imposición de instrucciones, medidas disciplinarias: amonestaciones, reparaciones, arresto juvenil, pena juvenil, común, y también de duración indeterminada y de ejecución condicional, concurso de delitos, y comisión de hechos delictivos en distintas edades y grados de madurez), cuando: 1° de la apreciación del conjunto de la personalidad del autor y del medio ambiente resultare que al tiempo del hecho *no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un menor*, 2° si se tratase, según el modo, circunstancias o móviles del hecho, de un ilícito de menores”<sup>5</sup>.

Esta norma ha sido y es objeto de severa crítica en la doctrina alemana, porque *incorpora a los menores adultos en el sistema de la ley especial de forma ambigua*, con imprecisiones e inexactitudes que terminaron traducéndose en una jurisprudencia vacilante y antojadiza<sup>6</sup>. Según SCHAFFSTEIN, el origen de tales vacilaciones tiene un fundamento histórico, consistente en que los menores adultos no estaban incorporados al derecho de menores en las leyes judiciales juveniles de 1923 y 1943, dado que en una primera época del derecho juvenil —tanto en Alemania como en el orden internacional— se tendía a interpretar que al adquirir la mayoría de edad (generalmente a los dieciocho años) los adolescentes debían ser sometidos al derecho penal general. Pese a que tras la guerra se volvió casi una evidencia que los adolescentes entre dieciocho y veintiún años no tienen todavía, por regla general, un completo desenvolvimiento de su personalidad, tal criterio fue aceptado por el legislador de 1953 solo en forma parcial e insegura, mediante el texto en consideración, que es una fórmula de compromiso, tendente a incorporar por un

<sup>4</sup> RUDOLF BRUNNER, *Jugendgerichtsgesetz-Kommentar* (Comentario a la Ley Judicial Juvenil), De Gruyter, Berlín, 978, 5ª ed., págs. 43 y ss. (subrayado y trad. nuestros).

<sup>5</sup> Transcripción parcial (subrayado y trad. nuestros).

<sup>6</sup> Véase al respecto, a SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, págs. 43 y ss.; a BÖHM (*Einführung in das Jugendstrafrecht*), págs. 30 y ss.; y a BRUNNER, *op. cit.*, págs. 26-27.

lado a los menores adultos al derecho especial de menores, y por otro a la necesidad de proteger a la comunidad de la mayor actividad delictiva de este estadio evolutivo<sup>7</sup>.

Las críticas apuntan, en general, a que no se incorporó a los menores adultos lisa y llanamente al derecho de menores; a que el término "menor" empleado en la frase "no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un menor" no es alusivo a los menores de catorce a dieciocho años, sino que es una alusión general a la falta de desarrollo de la personalidad, y a que la fórmula "evolución moral y mental" es demasiado exigente, y debió haber sido "moral o mental". Dando por suficientemente expuesto este problema, pasaremos ahora a ocuparnos de las consecuencias más importantes que produce en la realidad judicial el § 105. Este párrafo, que literalmente interpretado parecería decir que la aplicación del derecho de adultos a los adolescentes entre dieciocho y veintinueve años constituye *la regla*, ha sido transformado gradual, pero sostenidamente, por la praxis, en el principio inverso. Así, SCHAFFSTEIN afirmaba, en su edición de 1977, citando los datos de la estadística criminal de 1972, que se había aplicado, en dicho año, derecho penal juvenil a los menores adultos, en un 46% de todas las sentencias, pero predominantemente en delitos importantes de mucha frecuencia. En la edición más reciente, de 1980, y refiriéndose a la estadística de 1977, afirma que el derecho de menores se había aplicado en un 47,1% de todos los casos, pero que en los delitos de "criminalidad clásica" —esto es, excluyendo los delitos de tránsito— la proporción llegó al 63,7% de todos los casos, y que considerando solo las formas más habituales de delincuencia, la proporción llegó incluso a cifras más altas<sup>8</sup>. Esto permite afirmar que, aun con ciertas reservas que consideraremos de inmediato, existe una tendencia generalizada a aplicar a estos adolescentes el derecho penal juvenil.

Lógicamente, la interpretación más benigna del § 105 está sometida a una libertad interpretativa demasiado arbitraria, que SCHAFFSTEIN describe de este modo: "El resultado es una asombrosa diferencia en la aplicación de derecho penal juvenil a los menores adultos, dado que la ley deja demasiado espacio a la libre interpretación del juez. El insatisfactorio resultado se refleja también en las cifras de la estadística criminal. Según la estadística criminal federal, se aplicó en 1977 derecho penal juvenil, por ejemplo, para los delitos de robo y chantaje, en 90,2% de los casos; para robo con fractura en un 84,4% pero, sin embargo, para hurto simple solo en un 65,9%, para lesiones culposas de tránsito en un 17,5%, y en casos de homicidios culposos de tránsito nuevamente con más frecuencia, con un 34,7%. En delitos de tránsito considerados en general, se aplicó en un 28,6% de los casos. En conjunto, la aplicación de derecho penal juvenil se encuentra en constante avance. En 1954 alcanzó solo al 20,2% del total, en 1973 ya un 43,6% y en 1977, inclusive, un 47,1%. Sin embargo, estas cifras muestran también que tras una experiencia de veinte años en la aplicación del § 105, no se ha llegado

<sup>7</sup> SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, edic. 1977, págs. 43 y 44, trad. nuestra.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 46, y edición 1980, pág. 47.

aún a un empleo equilibrado del mismo, y que también en grupos de delitos casi emparentados, la aplicación del derecho penal juvenil crece con la gravedad del hecho"<sup>9</sup>.

Si de acuerdo con el § 105 es necesario determinar el grado de madurez de los menores adultos, corresponde exponer brevemente de qué modo se efectúa esta apreciación. En primer lugar, y conforme a la ley, se trata de una apreciación de conjunto, que debe ser determinada por los rasgos puberales que permitan determinar una *permanencia* en el *status* de menor, para lo que no puede ser tomada en cuenta solo la apariencia corporal, sino predominantemente el grado de evolución moral y mental<sup>10</sup>. Estas determinaciones, que se apoyan en el § 3 de la J.G.G., y, por lo tanto, se sirven de sus mismos elementos y remiten al momento de la comisión del hecho, son de muy difícil precisión, lo que SCHAFFSTEIN describe del siguiente modo: "Para que el juez y el perito, esta comprobación es a menudo muy difícil, porque según el punto de vista de la ciencia moderna, el hecho de cumplir dieciocho años no representa una inequívoca frontera de tipo biológico o psicológico que corresponda a una fase evolutiva, y porque verdaderamente, la pubertad y la adolescencia se comunican sin una fuerte separación"<sup>11</sup>.

En Alemania se ha discutido arduamente sobre los elementos de juicio que puedan establecer fronteras más claras entre los dos estadios juveniles. Sin embargo, tanto en este país, como en el orden internacional, es imprescindible recurrir a ciertas bases estimativas, que implican la fijación caprichosa de edades-límites.

Completando lo referente al ámbito de aplicación de la ley penal de menores, recordemos que respecto de ella, *la ley penal común juega un rol subsidiario*, que le fijan los §§ 10 del Código Penal y 2 de la J.G.G. El primero preceptúa: "Esta ley es aplicable a menores y menores adultos, solo en la medida que la Ley Judicial Juvenil no disponga otra cosa". La norma citada de la J.G.G., por su parte, dice: "Las disposiciones generales solo rigen en cuanto esta ley no disponga lo contrario". Esto no obsta a que los presupuestos del hecho punible, o sea la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, sean determinados siempre por el derecho penal general (especialmente en lo que hace a los elementos de tipo, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad y lo referente a tentativa y participación). Podemos añadir, además, que en materia de reacciones penales para menores y de ejecución penal predominan las normas especiales, que también alcanzan una magnitud importante en el terreno del derecho procesal.

#### LA PENA Y EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES JUVENILES

La importancia formativa asignada por el legislador a las consecuencias jurídico-penales juveniles, queda evidenciada por el hecho de que 25 párrafos de la

<sup>9</sup> *Op. cit.*, edic. 1980, págs. 52 y 53, trad. nuestra.

<sup>10</sup> SCHAFFSTEIN se pronuncia en contra de que se tome en cuenta el aspecto físico, a no ser como un mero indicio, basándose en los problemas que plantean los casos de aceleración del desarrollo (*op. cit.*, 1977, págs. 46-47).

<sup>11</sup> *Op. cit.*, 1977, pág. 47, trad. nuestra.

J.G.G. —que contiene solo 125— están dedicados a dicho tema. Tal como surge del § 17, la pena juvenil (pena en sentido estricto) *solo se aplicará excepcionalmente* cuando se agote la posibilidad de aplicación de otras formas de reacción penal. Dicha disposición traza claras líneas divisorias, al disponer que “la *pena juvenil* consiste en la privación de libertad en un establecimiento penal juvenil. El juez infligirá pena juvenil cuando las *medidas educativas o disciplinarias* no sean suficientes, a causa de las inclinaciones destructivas del menor, puestas de manifiesto por el hecho cometido, o cuando se hiciera necesario por la magnitud de la culpabilidad” (subrayado nuestro). Complementariamente, el § 5, párrafo 2, dispone que “el hecho punible de un menor será sancionado con *medidas disciplinarias o pena juvenil* cuando las *medidas educativas* no sean suficientes” (subrayado nuestro). ¿Qué significan estas “medidas” y en qué consisten? Las medidas educativas son las reacciones más suaves del sistema que consideramos, y como acabamos de ver proceden para hechos de menor gravedad, o con un escaso grado de culpabilidad, o cuando no se han puesto de manifiesto inclinaciones destructivas en la conducta del menor imputado. Hay tres tipos de medidas educativas: instrucciones, asistencia educativa y asistencia correctiva. Las *instrucciones*, según el § 10, son “mandamientos y prohibiciones que regulan el modo de vida de los menores, a fin de promover y asegurar su educación. Para ello no se plantearán a los menores demandas legalmente inadmisibles. El juez podrá, en especial, imponerles: 1) obedecer instrucciones de instalarse en el lugar de residencia; 2) vivir con una determinada familia o en un determinado hogar; 3) tomar una plaza de estudio o trabajo; 4) dar pruebas de rendimiento laboral; 5) abandonar el trato con determinadas personas, o la visita de bares o lugares de diversión; 6) por una infracción a los reglamentos de tránsito, tomar parte en un curso de educación vial”. Los casos enumerados *son solo ejemplos legales*, que incluso pueden ser estructurados de otro modo. Pero lo importante es que los jueces tienen libre elección para determinar las características de este tipo de reacción penal. La jurisprudencia ha ido delineando, con el correr de los años, muchas de las características que deben revestir las instrucciones. Se acepta por ello, corrientemente, que no deben ser de gran importancia, ni durar demasiado tiempo, y que deben tender siempre, en buena medida, a influir el modo de vida futuro del menor. Las instrucciones deben guardar una cierta proporción con el hecho cometido, ser sensatas, claras y precisas, y en la selección deben tomarse en cuenta la edad y el estado de desarrollo del menor. Dice BRUNNER que estas medidas deben tener en cuenta la personalidad del menor, estableciendo una relación natural respecto al hecho, y además ser realizables y controlables. Agrega que es muy diferenciada en los distintos estados federales la forma en que se controla el cumplimiento de estas instrucciones. En algunos lugares se comisiona para dicha tarea a los ayudantes de prueba, unos asistentes sociales especializados<sup>12</sup>.

El segundo párrafo del § 10 agrega que el juez, con consentimiento de los educadores y representantes legales (y del menor cuando este ya hubiera cumplido diecisiete años) podrá imponer a los menores un tratamiento educativo-terapéutico,

<sup>12</sup> BRUNNER, *op. cit.*, págs. 69 y 70.

mediante la intervención de especialistas, o directamente colocarlo bajo cura terapéutica. Esta medida puede ser muy apropiada para el tratamiento del alcoholismo o las toxicomanías, pero su aplicación práctica es reducida, por los costos que implica y la calidad de los especialistas requeridos, que no siempre pueden obtenerse. Completando lo referente a las instrucciones, la ley precisa que el juez debe determinar su duración, pero sin sobrepasar los dos años. Además puede cambiarlas, dejarlas sin efecto o prolongar su duración —antes del vencimiento— hasta por tres años, cuando lo requieran fundamentos pedagógicos. Para el caso de que el menor no cumpla con las instrucciones impartidas, puede serle infligido arresto juvenil (otra reacción penal cuyo contenido ya analizaremos). Esta medida no puede ser ordenada por más de cuatro semanas y el juez puede abstenerse de hacerla ejecutar, cuando tras su ordenamiento se lograra que el menor cumpla las instrucciones.

Las dos *medidas educativas* restantes son la *asistencia educativa* y la *educación correctiva obligatoria*. Según el § 12, lo referente a su realización, ejecución y terminación se rige según el § 56 de la Ley para el Bienestar Juvenil. El motivo de esta remisión radica en que se procura evitar al imputado, dentro de lo posible, y cuando solo ha cometido hechos de escasa entidad, las formalidades y rigores del proceso penal de menores, dado que el procedimiento de la Ley de Bienestar Juvenil (J.W.G.) es mucho más elástico y simple, y que, por otra parte, el juez tutelar se concentra sobre los problemas formativos y protectores del menor, en lugar de los problemas dogmáticos del hecho cometido. Las medidas que analizamos son aplicables cuando el menor no está en condiciones de superar por sí mismo la situación en que se encuentra y, por lo tanto, necesita una apoyatura espiritual y educativa de carácter más o menos permanente, que puede llegar a ser prorrogada hasta la mayoría de edad (veintiún años). El juez juvenil solo puede *ordenar* la *asistencia educativa* remitiendo de inmediato las actuaciones al juez tutelar. La asistencia educativa está regulada en la J.W.G. en los §§ 55 a 61. Presupuesto para la misma es la situación de peligro en que se encuentre el menor, o el daño ya efectivamente sufrido en su esfera física, intelectual o espiritual, cuando se estime que pueden ser superados mediante la aplicación de esta medida. Normalmente, el asistente educativo es una persona privada, física, que puede ser reemplazada durante el transcurso de la medida si ello aparece necesario. Su misión es apoyar al menor en su formación, mediante consejos y ayuda en lo laboral y educativo. Durante la aplicación de la medida, tiene derecho a tener en todo tiempo acceso al menor, aun cuando este viva en casa de sus padres y junto a ellos. El derecho a la inviolabilidad de la vivienda sufre en esta materia una limitación expresa de la ley. Del mismo modo, los empleadores y maestros, padres y familiares, y todos los directamente relacionados con el menor, deben proporcionar al asistente las informaciones que este requiera acerca de su asistido. A su vez, el asistente debe informar a la oficina juvenil y al juez tutelar de los resultados de la medida y comunicar de inmediato toda conducta del menor que pudiera dar lugar a la aplicación de otro tipo de medidas. La oficina juvenil, centro de actuación de las autoridades de ayuda pública a la juventud, debe asesorar al asistente, y apoyarlo en el cumplimiento de sus funciones. Como dijimos, esta medida educativa concluye

con la mayoría de edad, pero también si se hubieran cumplido las metas fijadas, y la situación del menor ya no la hiciera necesaria. Además, cesa si comienza la aplicación de una *ayuda educativa voluntaria* o de una *educación correctiva obligatoria*. La opinión de SCHAFFSTEIN, respecto al funcionamiento de esta institución, era dubitativa en la edición de 1977, según la cual solo en el futuro podría hablarse sobre los verdaderos resultados obtenidos, dado que las opiniones de los expertos estaban, por ese entonces, divididas. En cambio, en la edición de 1980, este autor —habitualmente consultado como fuente en Alemania— se muestra escéptico sobre los resultados alcanzados, y se pronuncia por el empleo de asistentes educativos profesionales, bien capacitados pedagógicamente, dentro del marco de la oficina juvenil o la ayuda juvenil. Esta propuesta ha sido también adoptada por algunos proyectos de reforma<sup>13</sup>.

La *educación correctiva obligatoria* que regulan los §§ 69 a 73 de la J.W.G., está reglamentada en su aplicación y particularidades por cada uno de los Estados federados, y de forma bastante diferenciada, ya que la ley federal solo proporcionó lineamientos generales. La forma más rigurosa de esta reacción es la que se cumple en hogares especiales, con carácter de internado, la mayoría de los cuales son de carácter privado y religioso. Pero también puede ordenarse el cumplimiento de esta medida correctiva *en la propia familia o en una familia extraña* que reúna las condiciones adecuadas. No es el juez quien decide la ubicación en internados o casas de familia, sino la oficina juvenil, luego de una investigación sobre la conveniencia de uno u otro sitio.

Además de los internados privados religiosos los hay estatales y comunales. Todos tienen la característica común de haber sido muy criticados por sus carencias pedagógicas, o su tendenciosidad en el caso de los institutos religiosos; sin embargo, hay ya autores que afirman que se han experimentado progresos, sobre todo a raíz de la progresiva contratación de pedagogos y la mayor elasticidad disciplinaria<sup>14</sup>. Sin embargo, hay una gran variabilidad entre los establecimientos, ya que en algunos se recibe simplemente a menores expuestos y en otros a menores con problemas graves de conducta, que están rodeados de mayores medidas de seguridad y tienen un carácter más cerrado.

Como en la asistencia educativa, esta medida concluye cuando el menor llega a la mayoría de edad, o cuando están alcanzados los fines que dieron lugar a su imposición. Según SCHAFFSTEIN, las investigaciones sobre los resultados de este instituto son numerosas, pero realizadas tomando en cuenta elementos distintos y aplicando métodos diversos, que llevaron a algunos resultados contradictorios. Este autor considera creíble la opinión de que un 60% de los menores sometidos a esta medida llevan en el futuro una vida regular, sin comisión de hechos ilícitos.

Descritas las medidas pertenecientes al ámbito de la Ley de Bienestar Juvenil, corresponde ahora retornar a la J.G.G., al segundo gran grupo de consecuencias penales que pueden ordenarse contra menores, o sea, las *medidas disciplinarias*,

un catálogo de disposiciones, que según el § 13 se aplicarán para sancionar el hecho punible en los casos en que no se aplique pena juvenil, pero respondiendo por el ilícito cometido. Estas medidas son la amonestación, la imposición de reparaciones y el arresto juvenil. La *amonestación* es una severa advertencia judicial por la que se explica al menor la ilicitud, la gravedad y las posibles consecuencias del hecho cometido, procurando motivar su conciencia para obtener una mayor consideración de su parte en el futuro, frente a los diversos bienes jurídicos. Puede acompañar otras sanciones, y es frecuente su empleo juntamente con instrucciones (medida que ya analizamos) y con reparaciones (que veremos acto seguido). Esta sanción es siempre de carácter verbal, pronunciada en el trascurso de la audiencia. Según una investigación publicada en 1973, la influencia de esta medida en la conducta posterior de los menores es relativa, ya que en general es tomada como una absolución<sup>15</sup>.

Las *reparaciones* son tareas o cargas que se imponen al menor, tendiendo a que su propio esfuerzo repare, en alguna medida, los perjuicios ocasionados con la comisión del hecho. El § 15 contiene la siguiente enumeración *taxativa* de reparaciones que puede imponer el juez: 1) reparar los daños causados con el hecho, según sus propias posibilidades; 2) disculparse personalmente ante los afectados por el hecho; 3) pagar una determinada cantidad de dinero en favor de una institución de bien público. De la ley surge también que no deben aplicarse a los menores demandas inadmisibles que puedan, por ejemplo, afectarlo síquicamente. El pago de la suma de dinero solo debe ordenarse cuando el menor haya cometido una infracción leve y la suma de dinero proceda de recursos de los que pueda disponer por sí mismo. Otra posibilidad monetarista es la de retirar al menor la ganancia obtenida con el hecho, o su equivalente. El juez puede liberar total o parcialmente al menor del cumplimiento de estas obligaciones, y también imponer arresto si no las hubiera cumplido. Aplicado el arresto, pueden ser tenidas las reparaciones por total o parcialmente cumplidas. En la práctica hay una cierta confusión entre esta medida y las instrucciones.

La última de las medidas disciplinarias, el *arresto juvenil*, es la única que afecta directamente la libertad física del menor. El juez tiene a disposición tres variantes de esta medida: *a)* arresto en tiempo libre; *b)* arresto breve, y *c)* arresto prolongado. El arresto en tiempo libre será cumplido durante el tiempo libre y se inicia con la terminación del trabajo al fin de la semana, y se limita a por lo menos a una "unidad de tiempo libre", y como máximo a cuatro. Estas "unidades de tiempo libre" dependen en cierta medida del tipo de vida que lleve regularmente el menor, pero la regla general es que el tiempo libre se inicia con la terminación del trabajo al fin de la semana, y concluye con la iniciación del trabajo la semana siguiente, por lo que se puede decir que cada unidad discurre entre las 15 horas del sábado y las 6 horas del lunes; lo que en otras palabras quiere decir que estamos ante un *arresto de fin de semana*. Esta forma de arresto se aplica a menores que no hayan cometido hechos graves y que puedan ser influenciados positivamente durante su breve privación de libertad. En general, no es recomendable su aplicación a

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pág. 80, edic. de 1977, y pág. 85, edic. de 1980.

<sup>14</sup> SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, edic. de 1980, págs. 82-83.

<sup>15</sup> Cfr. BRUNNER, *op. cit.*, pág. 82.

menores que comparecen por primera vez ante la justicia a raíz de un hecho leve. Tampoco aquí nos encontramos ante una verdadera *pena*, terminología que se procura evitar en referencia a esta privación de libertad. La Corte Suprema Federal ha declarado que esta medida está pensada “para hechos ilícitos por desatención, prepotencia o temeridad juvenil, como resultado de típicas inclinaciones adolescentes como ímpetu, obcecación, aventurerismo, deficiente autoafirmación, como así también faltas ocasionales o instantáneas, que surgen de una situación repentina, sin que el autor posea en lo demás una inclinación a conductas criminales”<sup>16</sup>.

Este tipo de arresto se cumple habitualmente en habitaciones especiales de los tribunales municipales, y las particularidades de su ejecución se regulan mediante la ordenanza de ejecución del arresto juvenil (JA VollzO), cuya nueva versión data de 1977. Esta ordenanza ha suavizado las condiciones de cumplimiento del arresto, que antiguamente consistía en el encierro permanente y el aislamiento. Hoy, en cambio, se realizan durante el día diversas actividades en forma colectiva bajo control.

Según BRUNNER, las numerosas investigaciones que se han realizado sobre la eficacia de esta medida llegaron a resultados semejantes, abarcando tanto espacios cortos como largos de tiempo; dichos trabajos indican que habría de un 63 a un 65% de reincidencia, y que solo a un 33% de estos casos se debió aplicar medidas más severas que el originario arresto juvenil<sup>17</sup>.

El *arresto breve* constituye un escalón superior, en lugar del arresto en tiempo libre, cuando la ejecución *continua* aparezca como conveniente por razones educativas, y a resultas de ello no se perjudican ni la formación ni el trabajo del menor. O sea, que este arresto no se limita ya al fin de semana, y para el cómputo de su duración se cuentan por cada dos días una “unidad de tiempo libre” sin que en conjunto pueda superar los seis días. La ejecución de esta medida se lleva también a cabo en las habitaciones ya citadas de los tribunales municipales. Para la tercera variante, el *arresto prolongado*, la J.G.G., fija un mínimo de duración de una semana, y un máximo de cuatro, delimitados por días totales, o semanas. Esta medida se cumple en establecimientos especiales, cada uno de los cuales cuenta de 20 a 40 celdas, bajo el control de la administración de justicia. Además del § 16, la ley que analizamos regula aspectos de las diversas formas de arresto en los §§ 86, 87 y 90. Esta última disposición enfatiza que la ejecución del arresto juvenil debe despertar el sentido de la honra del menor, llevándolo enérgicamente a tomar conciencia de que responde por el ilícito cometido. El conductor de la ejecución será el juez juvenil del lugar de cumplimiento de la pena. Por último, se dispone que para los educandos que se encuentren en Hogares de Educación (donde se lleva a cabo la educación correctiva obligatoria) se podrá disponer que cumplan allí la medida, con acuerdo de las autoridades correspondientes.

Para completar esta exposición de las formas del arresto, conviene hacer referencia a su aplicación práctica, remitiéndonos a las palabras de SCHAFFSTEIN, según

<sup>16</sup> Cita tomada de BRUNNER, *op. cit.*, pág. 91, trad. nuestra.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 92.

el cual “el arresto juvenil es una de las más importantes medidas disciplinarias, y de este modo, una de las más importantes medidas del derecho penal juvenil en general, si bien en los últimos años, bajo la influencia de la creciente crítica por su frecuente aplicación y las formas de su ejecución, ha retrocedido cuantitativamente al tercer lugar, tras el empleo de la *reparación* de pago de una suma a una institución de bien público y la *amonestación*. En 1977, de 1.000 condenas según el derecho penal juvenil, 214 fueron penadas con arresto juvenil, y de ellas, 86 fueron de arresto prolongado, 114 de arresto en tiempo libre y 14 de arresto breve”<sup>18</sup>.

El § 17 de la J.G.G., nos define la última y más grave de las reacciones penales juveniles, al proclamar que la *pena juvenil* consiste en la privación de libertad en un establecimiento penal juvenil. Nos encontramos entonces ante la *única verdadera pena de este sistema*, coincidente en muchos puntos con la pena privativa de libertad del derecho penal general, pero con la que no puede ser identificada por completo, ya que, como dijimos, en el derecho de menores pretende tener *carácter fundamentalmente formativo*. Dado que estamos ante el máximo mal que se puede infligir a un menor, y que además puede alcanzar larga duración, se procura, por regla general, evitarle esta pena, cuando pudiese producir efectos dañinos en su evolución futura. Sin embargo, este factor debe ser evaluado según la culpa demostrada en el hecho mismo. Por ello, el párrafo 2 del § 17 agrega que el juez infligirá pena juvenil cuando las medidas educativas o disciplinarias no sean suficientes, a causa de las *inclinaciones destructivas* del menor, puestas de manifiesto por el hecho cometido, o cuando se hiciera necesario por la *magnitud de la culpabilidad*. Al principio expusimos en detalle cómo en el derecho penal de menores el *grado de madurez* es un factor que debe ser constatado en cada caso, como determinante del *grado de culpabilidad* que puede atribuirse al autor. Por lo demás, esta forma de pena comparte muchas características de la pena privativa de libertad del derecho penal general.

En lo que se refiere a las *inclinaciones destructivas* arriba citadas, las mismas han sido definidas por DALLINGER-LACKNER como “el acostumbamiento del autor a actuar motivado por falsos instintos o direcciones de la voluntad arraigados en su personalidad”<sup>19</sup>. Puede demostrarse su existencia con una sucesión de hechos, o con el primer hecho, aun cuando haya sido leve. Se deben buscar, entonces, las deficiencias de carácter, formación, o condicionantes del medio sobre el comportamiento, que hayan llevado a la comisión del hecho, y hagan temer la comisión de otros. Según la Suprema Corte Federal, estos *defectos de desarrollo* no deben ser *culpabilizados*, y pueden consistir en una disposición hereditaria, de efectos neuróticos de desarrollo, deficiencias educativas, seducción u otras influencias del medio<sup>20</sup>. Nos encontramos ante finalidades de tipo especial preventivo, consistentes en corregir deficiencias de formación y personalidad, para lo que se necesita

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pág. 93 (trad. nuestra).

<sup>19</sup> Citado por BRUNNER, *op. cit.*, pág. 98 (trad. nuestra).

<sup>20</sup> Véase a BRUNNER, *op. cit.*, pág. 99.

un plazo prolongado, y aplicar medios pedagógicos de cierta intensidad. A tal fin, existe una *pena juvenil por inclinaciones destructivas*, para definirlo con nuestras palabras. Por el contrario, en la *pena juvenil por culpa* se concede mayor importancia a factores generales preventivos, pero de especial gravedad, a cuyos autores es atribuible una grave culpa, que debe ser expiada. Se tienen en cuenta para evaluarla no solo las consecuencias del hecho, sino también los motivos. Uno de los fundamentos doctrinarios para mantener esta pena por la culpa ha sido, y es, el caso de los menores *que no han actuado a raíz de una carencia en su formación*, a los que habría que dejar impunes, si se aplica consecuentemente el principio de la finalidad formativa de las reacciones penales juveniles.

Esta estructura alternativa de los presupuestos de aplicación de la pena juvenil ha causado numerosos problemas interpretativos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, y no pocas veces ha dado lugar a resoluciones contradictorias y a grandes debates. Como dice SCHAFFSTEIN, los menores con inclinaciones dañinas no las tienen por culpa del tipo de vida que han llevado, sino en mayor medida por una *fatalidad del destino*. Sin embargo, el problema se ve parcialmente aliviado por el hecho de que en buena parte de los casos la culpa demostrada en el hecho es un síntoma de las inclinaciones destructivas del autor. Repetimos que la pena juvenil se aplica solo cuando están agotadas todas las expectativas de mejoramiento por aplicación de las restantes medidas no punitivas, o bien cuando desde la comisión del primer hecho están dados los requisitos exigidos por el § 17 para la aplicación de pena juvenil. Este carácter de *ultima ratio* es observado con bastante respeto en Alemania, en especial con respecto a menores, hasta el extremo de que muchas veces se estima que la primera aplicación de pena juvenil fue tardía, porque ya las inclinaciones destructivas estaban arraigadas. En mayor medida se aplican penas a los menores adultos, y también es frecuente su empleo para los multirreincidentes. Según los datos que proporciona SCHAFFSTEIN, en 1977 se aplicó pena juvenil en 155 casos de cada mil, si se computa a los menores en conjunto; en cambio, si se distingue entre menores y menores adultos, a los primeros se aplicó en 91 casos de cada mil, y a los segundos en 257 de cada mil. Estas proporciones son inferiores a las de los años 1974-1976, y, además, también las penas juveniles más leves ganaron en proporción, dado que las penas de seis meses a un año, que normalmente se suspenden a prueba, fueron 110 de cada 1.000 mientras que solo 45 de cada mil recibieron condenas mayores de un año<sup>21</sup>.

La pena juvenil tiene una duración mínima de seis meses, y una máxima de *cinco años*, si se trata de un *delito*; en cambio, si se trata de un *crimen* para el que el Código Penal tuviera fijada pena de más de diez años de privación de libertad, el máximo alcanzará a *diez años*<sup>22</sup>. Según el § 18 de la J.G.G., la pena juvenil

<sup>21</sup> *Op. cit.*, edic. de 1980, pág. 99.

<sup>22</sup> Según el § 12 del Código Penal, *crímenes* son los hechos antijurídicos amenazados con pena privativa de libertad de un año por lo menos, y *delitos* los amenazados con pena privativa de libertad menor a un año, o con pena de multa, sin consideración a los factores de atenuación o agravación. En síntesis, *crímenes* son los hechos antijurídicos graves, y *delitos*, los leves.

deberá *estimarse de modo tal, que posibilite una conveniente influencia educativa*, y para determinar la duración no son aplicables las escalas del derecho penal general. Debe observarse que la duración de la pena puede ser acortada de diversos modos, pero nunca alargada, de modo que la *determinación del tiempo necesario para una conveniente influencia educativa* constituye una compleja y siempre insegura prognosis, porque las necesidades, medios y metas educativos suelen apreciarse con claridad luego de un considerable período de observación, durante el cumplimiento de la condena. Esto puede llevar a la tardía comprobación de que, en algunos casos complejos, se hubiera precisado de un período más prolongado de influencia formativa, que no es alcanzable por ser la condena "demasiado corta". Esto llevó a la consagración de la pena privativa de libertad de duración indeterminada, de la que ya nos ocuparemos. Antes, conviene aclarar que la pena juvenil puede ser de cumplimiento efectivo, de duración indeterminada, de ejecución condicional, y de aplicación en suspenso. Dejamos ya expuesta la pena de cumplimiento efectivo del § 17, o pena juvenil propiamente dicha. Las otras variantes están destinadas a evitar los peligros del encierro, otorgar oportunidades a los penados, ponerlos a prueba o, en fin, a precisar o morigerar el rigor de la ejecución penal. Tal como lo anticipamos, el § 19 dispone la aplicación de *pena juvenil de duración indeterminada*, cuando a *causa de las inclinaciones destructivas* de los menores que han incurrido en delito, correspondiese ordenar una pena juvenil de hasta cuatro años, y no pueda preverse el tiempo necesario para orientarlos a través de la ejecución penal hacia un modo de vida honesto. La duración máxima de esta medida alcanzará a cuatro años, con lo que se demuestra que se trata de una indeterminación de carácter relativo. El juez puede fijar un máximo menor, o aumentar el mínimo, con la finalidad de posibilitar una mejor influencia educativa, pero en este caso, la diferencia entre máximo y mínimo no debe ser menor de dos años. Conviene recordar que, de acuerdo al § 39-2, el juez juvenil no debe declarar penas juveniles mayores a un año, o *de duración indeterminada*, en los casos en que actúe solo, según las normas de competencia de la J.G.G. La pena de duración indeterminada es, entonces, competencia del Tribunal Juvenil de Jurados, órgano de carácter colegiado.

La indeterminación de la pena es relativa, y cuando se concretiza su duración, se "transforma" en una pena juvenil determinada. Así lo dispone el tercer apartado del párrafo en estudio, en los siguientes términos: "La pena juvenil de duración indeterminada será transformada, para los reglamentos vigentes del proceso de ejecución (§ 89) en una *pena juvenil determinada*, tan pronto como el menor llegue a totalizar el cumplimiento de la pena". El § 89, por su parte, establece que cuando el sancionado a pena juvenil de duración indeterminada hubiera cumplido el mínimo de la misma, y pudiese demostrar que modificará su modo de vida por uno ajustado a derecho, la autoridad de ejecución penal, prescindiendo de esta, transformará la pena juvenil de duración indeterminada en una determinada, y someterá la ejecución del resto a prueba. Además, cuando se hiciera necesario por fundamentos especiales, la autoridad de ejecución penal puede también ordenar la libertad definitiva. En tal caso, transformará la pena juvenil de duración indeterminada en una determinada, de modo que la pena se dé por cumplida al momento en que se haga efectiva la libertad.

Según BRUNNER, la pena juvenil indeterminada debería ser aplicada con mayor frecuencia, fundamentalmente cuando el hecho punible permita reconocer la existencia de culpabilidad caracterológica considerable, en general a través de la comisión de hechos punibles graves por menores expuestos o desamparados, para los que ya no resulte apropiada la educación correctiva. No obstante, la institución despierta recelos, al menos en la jurisprudencia, que la aplica restrictivamente, como lo demuestran las siguientes estadísticas: En 1964 fueron aplicadas 1.060 penas indeterminadas, y en 1974, 546. En 1963 se hallaban cumpliendo pena indeterminada 1.876 menores, mientras que en 1975 eran solo 659<sup>23</sup>. Pese a los abundantes argumentos con los que muchos autores propician esta medida (entre otros, que al fin y al cabo tampoco la pena juvenil de cumplimiento efectivo es *determinada*, porque siempre existen posibilidades de acortamiento o interrupción), la misma menoscaba, según nuestra opinión, una garantía fundamental del proceso penal.

La tercera modalidad que puede asumir la pena juvenil es la de su *ejecución condicional*, consistente en dejar al condenado en libertad, pero puesto a prueba bajo control oficial. El juez aplica la pena bajo esta modalidad, cuando es de esperar que el solo hecho de haber sufrido una condena —aun sin cumplirla— sirva de escarmiento al menor, y que sin *el peso* de la ejecución penal, bajo la influencia educativa, pueda llevar, en el futuro período de prueba, un modo de vida ajustado a derecho. Para ello, son particularmente importantes la personalidad del menor, su vida anterior, las circunstancias del hecho, sus condiciones de vida, y la evaluación de los resultados esperables para el penado mediante la concesión de la condicionalidad. El juez puede aplicar esta modalidad de la pena cuando la misma no sea mayor a un año, o excepcionalmente cuando sea mayor, hasta un máximo de dos años, si existen circunstancias especiales en el hecho o en la personalidad del autor; por ejemplo, si pese a haber cometido un homicidio, el imputado actuó movido por la defensa de su honor o el de algún familiar directo. Cuando la pena es de un año, la imposición condicional es obligatoria para el juez, y, en cambio, cuando alcanza de uno a dos, el mismo puede resolver facultativamente.

El juez debe determinar también el período de prueba, que no sobrepasará los tres años, ni será menor de dos. Este período comienza con la adquisición de autoridad de cosa juzgada de la pena juvenil, y es susceptible de ser acortado o prorrogado. En el primer caso solo hasta un año; en el segundo puede ser prolongado hasta alcanzar cuatro, salvo que se trate del caso excepcional citado, de concesión de la condicionalidad con condena de dos años, donde el mínimo de duración deberá ser también de dos años.

En este período de prueba se procurará ejercer influencia educativa sobre el probando, mediante disposiciones judiciales tales como instrucciones o reparaciones, medidas que pueden ser posteriormente cambiadas, suspendidas o dejadas de lado, si la iniciativa de reparar los efectos del ilícito parte del mismo menor y sus intenciones parecen verosímiles. Otra influencia normativa e importante herra-

<sup>23</sup> Ver *op. cit.*, págs. 114 y 115.

mienta de colaboración judicial es el *ayudante oficial de prueba*, al cual se subordinará al menor, durante el cumplimiento del período de prueba, por decisión judicial. Se trata de funcionarios oficiales, asistentes sociales con experiencia pedagógica, que fueron introducidos en el derecho de menores alemán en 1953, según el modelo de los *Probations Officers* del derecho inglés, a fin de colaborar en las tareas de control de comportamiento del menor. Con frecuencia se lo traduce al castellano como “ayuda de vigilancia” o “para la libertad vigilada”. También existen ayudantes no oficiales, los ayudantes honorarios de prueba, generalmente de instituciones religiosas o de beneficencia, que pueden ser convocados por el juez, fundándose en motivos educativos.

La ejecución condicional será revocada, según el § 26 de la J.G.G., cuando el menor incurra en un hecho punible durante el período de prueba, o haya desobedecido grave o reiteradamente las instrucciones impartidas, o se haya sustraído reiteradamente a la vigilancia o conducción del ayudante de prueba, o si hubiera desobedecido grave y reiteradamente las reparaciones ordenadas. Sin embargo, pese a que el menor esté incurso en estas causales, si basta con prolongar el período de prueba, u otorgar nuevas instrucciones o reparaciones, el juez podrá prescindir de revocar la ejecución condicional. Por último, si el período de prueba transcurre por completo sin que el juez haya revocado la ejecución condicional, el mismo dará por cumplida la ejecución de la pena juvenil y mandará suprimir el antecedente condenatorio.

La última modalidad de la pena juvenil es la de *suspensión de su aplicación*. Esta modalidad está destinada a aquellos supuestos en que, tras el agotamiento de las averiguaciones, no puede juzgarse con seguridad si en el hecho punible cometido por un menor se han manifestado *inclinaciones destructivas* de una magnitud tal que hicieran necesaria una pena juvenil. En estos casos, el juez *declara la culpabilidad* del menor, dejando en suspenso la decisión sobre la pena juvenil, durante un período de prueba, que permitirá decidir sobre su conveniencia. Este período de prueba funciona tal como en la condena de ejecución condicional y el control lo ejerce también un ayudante de prueba, nombrado al efecto. El período de prueba no puede sobrepasar los dos años, ni ser inferior a uno, pero sí puede posteriormente ser acortado hasta en un año, o prolongado antes de su vencimiento hasta el máximo de dos. Si por la mala conducta del menor durante el período de prueba se pone de manifiesto que el hecho reprochado en la declaración de culpabilidad está acompañado en tal magnitud de inclinaciones destructivas, que hace necesaria una pena juvenil, el juez *aplicará la pena que habría declarado al tiempo de la sentencia condenatoria de haber contado con más seguros dictámenes sobre dichas inclinaciones destructivas*. Si, en cambio, el período de prueba ha sido debidamente observado, la declaración de culpabilidad será cancelada.

Con lo dicho queda completa nuestra exposición de las consecuencias jurídico-penales juveniles, a las que debe sumarse aún otra posibilidad, no ya educativa, disciplinaria o punitiva, sino de mejoramiento y seguridad, ofrecida al juez por los §§ 7 de la J.G.G. y 61 del Código Penal. Este último dispone una serie de medidas especiales, bajo el título genérico de “Medidas de corrección y seguridad”, que son las siguientes: 1) internación en un hospital siquiátrico; 2) internación en



SISTEMAS DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS  
EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN EN GENERAL

PENAS ... ..	a) Privativas de libertad. { 1. Prisión. ...	Perpetua.	{ § 38 Mínima: 1 mes. Máxima: 15 años.	
		Temporal ... ..		
	b) Pecuniarias { 2. Multa, § 40.	En días multa	Mín.: 1 día multa.	Máx.: 360 d. multa.
		En dinero. ...	Mín.: 10 marcos.	Máx.: 360.000 marc.
	c) Pena accesoria ... .. { 3. Prohibición de conducir, § 44.			
SUCEDÁNEOS DE LA PENA ... ..	4. Condena de ejecución condicional, § 56 ... ..	Con reparaciones (§ 56 b).	Con instrucciones (§ 56 c).	
	5. Apercebimiento con reserva de pena, § 59.			
	6. Prescendencia de pena, § 60.			
MEDIDAS DE CORRECCIÓN Y SEGURIDAD ...	a) Con privación de libertad ... ..	7. Terapia social, § 65.	8. Hospital psiquiátrico, § 63.	
		9. Establecimiento de deshabitación, § 64.	10. Custodia de seguridad, § 66.	
	b) Sin privación de libertad	11. Vigilancia del comportamiento, § 68.	12. Retiro de la autorización de conducir, § 69.	
		13. Inhabilitación profesional, § 70.		
OTRAS MEDIDAS (PATRIMONIALES) ... ..	14. Confiscación, § 73.			
	15. Decomiso, § 74.			
	16. Inutilización, § 74 d).			
CONSECUENCIAS ACCESORIAS ...	17. Pérdida de la habilitación para ejercer cargos públicos, elegir y ser elegido en cuestiones públicas, § 45.			

un establecimiento de deshabitación (para alcohólicos y drogadictos); 3) internación en un establecimiento socialterapéutico; 4) internación bajo custodia de seguridad; 5) vigilancia del comportamiento; 6) retiro del permiso de conducir; 7) inhabilitación profesional. El § 7 de la J.G.G. solo permite la aplicación de cuatro de estas medidas a menores, a saber: la internación en un hospital psiquiátrico, internación en un establecimiento de deshabitación, la vigilancia del comportamiento y el retiro de la autorización de conducir. Digno de una aclaración especial es solo la vigilancia de comportamiento, que como su nombre lo indica, es un control, pero también un apoyo a la conducta del menor en libertad, a fin de mantenerlo apartado de la comisión de hechos antijurídicos. Encargados de la vigilancia son también los ayudantes oficiales de prueba.

A modo de síntesis de lo expuesto, agregamos al final sendos cuadros sinópticos de los sistemas de consecuencias juridicopenales alemanes para adultos y menores. Antes de ello queremos hacer breve referencia a la Ley de Faltas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG*), pues si bien la misma no integra el sistema de la J.G.G. que acabamos de exponer, lo complementa, e incluso recurre, en materia de menores, a la aplicación subsidiaria de algunas de sus reacciones. La Ley de Faltas data del 2 de enero de 1975, y su § 98 determina la ejecución de sanciones contra menores y menores adultos, en los siguientes términos: "Si la pena pecuniaria impuesta a un menor no es pagada tras el transcurso del plazo fijado en el § 95, párrafo 1, el juez juvenil, a solicitud de la autoridad de ejecución penal, o de oficio si él mismo tiene a su cargo la ejecución, podrá aplicar al menor en lugar de la multa:

"1. Cumplir con una imposición laboral.

"2. Según las posibilidades, reparar los daños ocasionados con la conducta reprobada.

"3. Tomar parte en una clase de educación para el tránsito, si ha violado algún reglamento de tránsito.

"4. Efectuar una determinada prestación o tarea, siempre que la autorización de pagar un monto menor, la requisa de la multa o la aplicación de arresto requisito no son posibles, o aparecen como inoportunos. El juez juvenil puede tomar estas resoluciones en forma conjunta y cambiarlas posteriormente.

"Si el menor no cumple culpablemente con una disposición tomada de acuerdo al párrafo primero, y tampoco paga la multa, podrá serle aplicado el arresto juvenil del § 16 de la Ley Judicial Juvenil, si estaba debidamente instruido; al respecto, rige concordantemente el § 11, párr. 3º, frases 2 y 3 de la Ley Judicial Juvenil. Una vez cumplido el arresto juvenil, el juez juvenil podrá declarar cumplida la multa, total o parcialmente"<sup>24</sup>.

La norma transcrita nos exime de mayores comentarios. Se trata de una combinación de medidas educativas y medidas disciplinarias, tendientes a forzar el pago de una multa, o de suplirla, y su resolución corresponde al juez juvenil, tal como en la J.G.G., y no a la autoridad administrativa que impuso la multa.

<sup>24</sup> Traducción nuestra.

CONSECUENCIAS JURIDICOPENALES  
(DERECHO PENAL DE MENORES)

- |  |   |  |
|--|---|--|
| <p>a) <i>Medidas educativas</i><br/>(<i>Erziehungsmassregeln</i>)<br/>NO SON PENAS ... ..</p>  | } | <p><i>Instrucciones</i> (<i>Weisungen</i>). Hasta 3 años. Par. 10 J.G.G.<br/><i>Asistencia educativa</i> (<i>Erziehungsbeistandschaft</i>). Par. 55.<br/>J.W.G.<br/><i>Educación correctiva</i> (<i>Fürsorgeerziehung</i>). Par. 64 J.G.G.</p>   |
| <p>b) <i>Medidas disciplinarias</i><br/>(<i>Zuchtmittel</i>)<br/>NO SON PENAS ... ..</p>   | } | <p><i>Amonestación</i> (<i>Verwarnung</i>). Par. 14 J.G.G.<br/><i>Reparaciones</i> (<i>Auflagen</i>). Par. 15 J.G.G.<br/><i>Arresto juvenil</i> (<i>Jugendarrest</i>). En tiempo libre.<br/>Tres clases: Arresto breve (H. 6 días).<br/>Par. 16 J.G.G.: Arresto prolongado, 1 a 4 semanas.</p> |
| <p>c) <i>Pena juvenil</i><br/>(<i>Jugendstrafe</i>)<br/>Par. 17 J.G.G. ... ..</p>  | } | <p>Efectiva.<br/>De duración indeterminada.<br/>De ejecución condicional.<br/>Suspensión de la pena.</p>   |
| <p>d) <i>Medidas de mejoramiento y seguridad</i><br/>(<i>Massregeln der Besserung und Sicherung</i>)<br/>Par. 7 J.G.G. y 61 Cód. Penal ...</p> | } | <p>Hospital psiquiátrico.<br/>Instituto de deshabitación.<br/>Vigilancia de comportamiento.<br/>Retiro de autorización de conducir.</p>  |

LA PENA JUVENIL

Si las medidas educativas o disciplinarias no son suficientes a causa de las *inclinaciones destructivas* o la culpabilidad, se aplicará:

<p>PENA JUVENIL ... ..</p>	}	<p>Estimada de tal modo que posibilite una conveniente influencia educativa. (Con registro del antecedente condenatorio) ... ..</p>	<p><i>Efectiva</i> ... ..</p>	<p>Delitos: 6 meses a 5 años. Crímenes: h. 10 años máx.</p>
			<p><i>De duración indeterminada</i></p>	<p>Solo en virtud de inclinaciones destructivas, pena de hasta 4 años y no pueda preverse tiempo de orientación necesario.</p>
			<p><i>Ejecución condicional</i> ... ..</p>	<p>Pena no mayor a un año, y hasta 2 bajo circunst. especiales. Pér. de prueba, 2 a 3 años; acortable en 1 año, y prolongable h. 4 años.</p>
			<p><i>Suspensión de la pena</i> ... ..</p>	<p>Si las inclinaciones destructivas no pueden evaluarse con seguridad. Pér. de prueba, de 1 a 2 años.</p>

# Legislación

## REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

LEY 2ª DE 1984  
(enero 16)

Por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía; se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral, y se dictan otras disposiciones.

*El Congreso de Colombia,*

DECRETA:

### Capítulo I

#### *Competencia de las autoridades de policía*

*Art. 1º.*—El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

*“Competencia de las autoridades de policía.* La policía conoce:

”1. De las contravenciones.

”2. De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias.

”3. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)”.

*Art. 2º. Sanciones.*—A los condenados por los delitos contra el patrimonio económico y las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto número 522 de 1971, de que conocen las autoridades de policía, se impondrán las sanciones establecidas en la respectiva disposición legal y su cumplimiento tendrá lugar en el establecimiento dispuesto al efecto por el Ministerio de Justicia.

*Art. 3º. Competencia.*—Corresponde a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspectores penales de policía, conocer en primera instancia de los hechos punibles de que trata el artículo 1º de esta ley.