LA DETERMINACIÓN DE LA PENA Y LA ELABORACIÓN DE LA SENTENCIA EN LA JURISDICCIÓN PENAL JUVENIL

Autor
Jaime Tapia Parreño

*Doctor en Derecho de la Universidad de Deusto con estudios simultáneos de especialidad jurídico-económica. Juez de Menores de Vitoria (1992-2002), Magistrado especialista en la jurisdicción de menores. Actualmente es Magistrado de la Audiencia Provincial de Vitoria (Sala de Apelaciones). Docente de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Vitoria, con el Módulo de Justicia Penal Juvenil.

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA Y LA ELABORACIÓN DE LA SENTENCIA EN LA JURISDICCIÓN PENAL JUVENIL

EMBAJADA DE ESPAÑA EN EL SALVADOR
COOPERACIÓN ESPAÑOLA

República de El Salvador, C. A.
Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos (AECI-CNJ)

PLENO DEL CONSEJO

Presidencia
Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios
Dr. Jorge Efraín Campos
Lic. José Ricardo Chigüila Durán
Licda. Nora Montoya Martínez
Lic. Carlos Arnulfo Cándido
Licda. Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand
Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo"
Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva - Director
Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya - Sub-Directora

Agencia Española de Cooperación Internacional
Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos
Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
Embajada de España en El Salvador.
Beatriz González Sánchez, Directora del Programa de Justicia.

Autor
Jaime Tapia Parreño

Revisión y aprobación de texto
Sección Académica - ECJ

Diseño y diagramación
Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor.

Consejo Nacional de la Judicatura
Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador.
Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

364
T172d Tapia Parreño, Jaime
Determinación de la pena y elaboración de la sentencia en la
slv jurisdicción penal juvenil / Jaime Tapia Parreño. --1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.
122 p. ; 21 cm. -- (Textos de estudio ; nº 13)

ISBN 99923-854-7-2

1. Penas-El Salvador. 2. Administración de Justicia-El Salvador. 3. Derecho penal. I. Título.

BINA/jmh

ÍNDICE

Presentación

1. Deber de motivación de las resoluciones 1
2. La estructura de la sentencia 7
3. Valoración de la prueba 13
   3.1. Reglas de la sana crítica 20
   3.2. La motivación para la concreción de los hechos 24
4. La determinación de la pena y las medidas 29
5. Determinación de la medida en la jurisdicción penal juvenil 33
   5.1. Motivación jurídica 35
   5.2. Culpabilidad y responsabilidad penal 37
   5.3. Culpabilidad por el hecho 42
6. La prevención general y la culpabilidad 49
7. La prevención especial y la culpabilidad 59
8. Individualización judicial de la pena y principio de culpabilidad 65
9. El principio de culpabilidad y responsabilidad en la jurisdicción penal juvenil 73
10. El principio de proporcionalidad 79
    10.1. Proporcionalidad en el ámbito legislativo 79
    10.2. Proporcionalidad concreta o judicial 81
    10.3. Principio de proporcionalidad en la jurisdicción penal juvenil 82
11. Fines de la pena y de las medidas de la jurisdicción penal juvenil 87
12. Utilidad del diagnóstico psicosocial 95
13. Aspectos relativos a la argumentación jurídica 99
14. Los argumentos jurídicos 101
15. La jurisprudencia como argumento 103
16. El lenguaje y la expresión de la sentencia 107
17. Propuesta de la estructura de la resolución definitiva en el ámbito penal juvenil 111

Presentación

Esta obra es parte de los productos de una consultoría, realizada dentro del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, que el Consejo Nacional de la Judicatura desarrolla con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). El contenido de este documento corresponde a los temas desarrollados en el curso dirigido por el magistrado español, Dr. Jaime Tapia Parreño y destinado a operadores de la justicia penal juvenil salvadoreña, en noviembre de 2005. La actividad se realizó en coordinación con la Oficina de Apoyo de la Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia.

Entre los temas desarrollados en este trabajo están: el deber de motivación de las resoluciones judiciales, la estructura de la sentencia, la valoración de la prueba, las reglas de la sana crítica y la motivación para establecer los hechos probados. En el tema de la determinación de la pena y las medidas, se ha puesto énfasis en las medidas de la jurisdicción penal juvenil, la motivación jurídica, culpabilidad y responsabilidad penal; así como el principio de proporcionalidad, que el autor trata desde los ámbitos legislativo y judicial. También, el autor formula algunas reflexiones doctrinarias sobre los fines de la pena y de las medidas de la jurisdicción penal juvenil y cita algunos pasajes de la jurisprudencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro. En la parte final del texto, se tratan aspectos de gran utilidad, como la argumentación jurídica, el lenguaje y su expresión en la sentencia.

Los temas del curso han sido ampliados por el capacitador en el documento que ahora se presenta, con la finalidad de contribuir a la replicación de dicha actividad formativa y difundir estos contenidos hacia otros operadores del Sector de Justicia.

El Consejo Nacional de la Judicatura se complace en proporcionar a la comunidad jurídica, y especialmente a los operadores con competencia penal juvenil, una herramienta de trabajo útil al momento de elaborar sus decisiones judiciales. Además, con este esfuerzo se favorece el intercambio de ideas y se contribuye al mejoramiento de la administración de justicia.

Consejo Nacional de la Judicatura

1. Deber de motivación de las resoluciones.

El Art. 5 de la Ley Penal Juvenil reconoce como derecho o garantía del menor el derecho a recibir información clara y precisa de las razones, incluso etico-sociales, de las decisiones que se adopten contra él, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa. En igual sentido, el Art. 46 de dicha ley le reconoce al menor el derecho a que se motive la medida que se aplicará.

Otras menciones al deber de motivación en la Ley Penal Juvenil se recogen en el Art. 93, que impone que el juez relate los fundamentos que motiven la decisión, si dicta una sentencia oral al final de la vista; el Art. 95 que establece que el juez ha de resolver de forma motivada; el Art. 32 que obliga al Juez a motivar la decisión adoptada contra la recomendación del equipo de especialistas y el Art. 98 con relación a las resoluciones que decidan los recursos. El Art. 71 impone esta obligación al Ministerio Fiscal respecto de las decisiones que tome una vez agotada la investigación.

Con carácter más general, el Art. 130 del Código Procesal Penal, aplicable supletoriamente en este ámbito de la justicia juvenil (Art. 41 de la Ley Penal Juvenil), establece idéntica obligación a los jueces al dictar las sentencias o autos.

La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de forma directa con el principio del Estado Democrático de Derecho y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley. Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. Se requiere que el Juez motive sus sentencias y resoluciones, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido, deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad.

Por otra parte, la motivación de la sentencia o de la resolución definitiva, es una exigencia sin la cual —como es generalmente reconocido— se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico.

Sólo si la sentencia está motivada es posible a los tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho. Una verificación de esta naturaleza, sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley, la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes, ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las leyes.

Así pues, el deber de motivar las sentencias tiene como razón fundamental la de posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto por otros tribunales distintos, mediante los recursos, como por las partes y el resto de la sociedad. Si el Tribunal explica las razones de su decisión, es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de una pura arbitrariedad. Junto a ello, a nuestro juicio, este control sobre la actividad jurisdiccional permite hacer realidad no sólo la interdicción de la arbitrariedad sino que, al tiempo, posibilita la afirmación del principio de igualdad, pues, la motivación expone razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán, en cierta medida, al tribunal a la hora de dictar futuras sentencias.

Además de la razón circunscrita al control de la actividad judicial, la motivación tiene que dirigirse a lograr el convencimiento del acusado (el menor en nuestro caso) y demás partes del proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial y, por otra parte, la motivación, al mostrar los razonamientos de la decisión, posibilita, reiteramos, a la parte procesal la interposición de los recursos.

La motivación de las sentencias tiene pues, entre otras, una función o razón de ser de extraordinaria importancia: se trata de la función de control. El legislador se resiste a dejar en manos del juez un poder de tal entidad como es el de determinar y valorar lo sucedido. En efecto, si examinamos la evolución del Derecho Probatorio, llegaremos a la conclusión de que el control sobre el Juez ha estado presente en múltiples polémicas y la decisión sobre el control ha condicionado importantes reformas.

Establecida la necesidad de que toda sentencia sea adecuadamente motivada, el problema derivará entonces en señalar los límites de dicha motivación. A tal efecto, podemos señalar que no es exigible una agotadora explanación de los argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta (“breve”

dicen los Art. 95 y 98 de la Ley Penal Juvenil), pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho, ajena a toda arbitrariedad.

Por tanto, uno de los más importantes problemas que surgen en el ámbito de la motivación, es el de determinar "qué" debe ser objeto de motivación, "cómo" debe llevarse a cabo la motivación y "con qué amplitud" es precisa la motivación. Podemos decir que, a nuestro juicio, la motivación de una sentencia ha de ser completa en todos sus aspectos y suficiente para contestar a la pregunta relativa a por qué una persona ha sido absuelta o condenada, de manera que, en su caso, otra persona que debiera juzgar el supuesto pudiera llegar a idéntico resultado; y eso sólo es posible si se excluye la arbitrariedad en la formación de la resolución y se le somete a la obligación de ajustarse a lo que se derive de la lógica, las reglas de la experiencia y la publicidad del razonamiento.

Toda sentencia condenatoria o absolutoria, se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que éstas a su vez se descompongan en otras varias. Una primera operación se concentra en determinar el "hecho probado" y la otra, una vez conocido el hecho, se ocupa de la labor de subsunción de dicho hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera operación se la denomina "juicio histórico" y a la segunda se la conoce con el nombre de "juicio jurídico".

Hoy día la corriente seguramente mayoritaria, se inclina por considerar que la sentencia tiene que poder justificarse objetivamente y, además, ha de existir la ineludible convicción judicial. Es evidente que en nuestros días no puede prescindirse de la convicción del juez. Ésta será un elemento absolutamente necesario, pero la sentencia debe, además, poder justificarse por sí misma, esto es, debe poder cumplir con el test de la repetición por persona distinta. Esto implica que la sentencia ha de ser racional y ajustada a los parámetros de la sociedad en la que se dicta, de manera que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o sospecha, sino que debe proceder de "las pruebas practicadas en el juicio". Sólo una convicción derivada de las pruebas es atendible, por lo que cualquier otra convicción procedente de un motivo ajeno no es adecuado al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad.

La convicción debe tener su origen en las pruebas, de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma posición del juzgador, comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción. Si el Juez debe motivar una sentencia basándose en criterios objetivos, deducidos racionalmente de las pruebas practicadas, dicha motivación servirá de control para evitar que se dicten sentencias condenatorias basadas únicamente en certidumbres subjetivas del juez,

pero carentes de todo sustento probatorio objetivo.

No obstante, la formación de la convicción no sólo queda delineada con esa nota relativa a su procedencia de las pruebas practicadas, sino que el legislador o, en cierto modo, la interpretación constitucional o jurisprudencial, pueden delimitar algunos aspectos que intervienen en el proceso de formación. Así, nos encontramos con el amplio tema de las "prohibiciones de prueba". El legislador puede prohibir que ciertos temas puedan ser objeto de prueba, como por ejemplo, los secretos oficiales; anteriormente la investigación de la paternidad. También puede prohibir ciertos medios de prueba, como por ejemplo, las testificales anónimas, en ocasiones las testificales de parientes próximos, etc. Asimismo pueden (y deben) ser prohibidos ciertos métodos de prueba, como por ejemplo la tortura física y psíquica para obtener una confesión o una declaración testifical; la hipnosis, el narcoanálisis, el detector de mentiras, etc., también son métodos erradicados de nuestro ordenamiento.

Una convicción formada sobre la base de apreciar o valorar pruebas que son ilícitamente obtenidas, es absolutamente inadmisible y la motivación de tal sentencia atacará en forma directa la Constitución, pues en ella está claramente establecido el derecho al proceso debido con todas las garantías.

También ha de tenerse en cuenta que cuando hablamos de "pruebas" nos estamos refiriendo a aquellas que hayan sido practicadas en el acto del juicio. Una convicción formada o apoyada en diligencias de la fase de investigación, salvo en los supuestos excepcionales de prueba anticipada, resulta inaceptable, según el Art. 95 de la Ley Penal Juvenil.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 6 de octubre de 2005 (sentencia 43-04-2-05-A), indicando que *"sólo tendrá validez la prueba vertida durante la vista de la causa y ninguna otra puede ser introducida mediante lectura..."*.

En igual sentido, la sentencia de dicha Cámara de 2 de junio de 2005 (sentencia 17-05-1-05-A), aunque permite la aplicación del Art. 330 CPP, señalando, no obstante, que "los medios de prueba no pueden ser sustituidos por las informaciones que obran en las diligencias de investigación".

Vemos, por tanto, que el legislador vigila y controla la formación de la convicción judicial y, concretamente la operación dirigida a conformar los "hechos probados". Precisamente la labor de determinar

las pruebas que pueden ser objeto de apreciación es fundamental. Junto a estos supuestos generales, que no obstante se particularizan, existen también otros casos relativos a cuestiones muy concretas, en las que la formación de la convicción judicial se encuentra así mismo, sometida a ciertos controles o, al menos, ha de superar ciertos parámetros de racionalidad: nos referimos a la relación de causalidad, a la capacidad de culpabilidad, con carácter general, a la valoración de las pruebas periciales; también deberá ser adecuadamente motivado el tipo objetivo, el tipo subjetivo, la autoría y participación, la determinación de la pena a imponer, etc.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 8 de septiembre de 2004 (sentencia 30-11-1-04-A) indica en este sentido expuesto lo siguiente: *"...Esta Cámara considera, que la ley subordina a todo juzgador el deber de motivar cuando dicta sus decisiones judiciales, especialmente en aquellas que limitan la libertad ambulatoria (Art. 54 LPJ). El deber de motivar, además, está vinculado a la garantía constitucional del debido proceso (Art. 15 Cn.), que reconoce la existencia de reglas procedimentales a las cuales el juez debe someter su actividad; pues frente a tales normas el juzgador está en posición de destinatario, imponiéndole su manera de actuar y regulando su conducta en el proceso. Por tanto, su misión ante una norma que exige el deber de motivar es cumplirla en las dos dimensiones exigibles: los argumentos fácticos y jurídicos que justifique la resolución...".*

2. La estructura de la sentencia.

Estimamos que conforme al Art. 95 de la Ley Penal Juvenil, aplicando supletoriamente también el Art. 357 del Código Procesal Penal, conforme a lo dispuesto en el Art. 41 de la Ley Penal Juvenil, y según el clásico modelo de silogismo judicial, la sentencia dictada por los juzgados de menores debería tener la estructura que exponemos a continuación.

A. Antecedentes.

Al margen del encabezamiento, procedería, en primer lugar, indicar unos antecedentes (se puede usar un título con este nombre), donde se pueden reflejar las peticiones o planteamiento del Fiscal y del Procurador o defensor del menor, y también podría recoger una breve reseña de los diferentes medios de prueba practicados en el juicio. El Código Procesal Penal obliga a realizar esta reseña de las pruebas practicadas. En este sentido, hemos observado en diferentes sentencias un gran esfuerzo por señalar muy detalladamente las pruebas practicadas en la audiencia de juicio. Así, se refieren todas las manifestaciones del menor, de los testigos o peritos, pero creemos que no es precisa tal concreción y detalle, siendo suficiente una reseña concisa de sus afirmaciones. Se ha de tomar en consideración que tales pruebas ya constan en el acta, y la labor judicial propiamente se ha de ceñir a la valoración de esas pruebas y a la justificación de esa motivación.

B. Hechos probados.

La Ley Penal juvenil en el Art. 95, parece exigir que la sentencia tenga unos hechos probados ("concluida la vista, en base a los hechos probados", señala esta norma), pero hemos constatado la existencia de sentencias que no contienen un apartado específico de hechos probados. Estimamos, sin embargo, que sí procede reflejar un relato de hechos probados, que podría titularse de esta forma, por la aplicación supletoria del Código Procesal Penal, concretamente del Art. 357 de este texto legal, que en este caso no contraría los principios básicos de aquella Ley (supuesto en que sería improcedente la aplicación supletoria de la Ley), sino que más bien los refuerza, puesto que de esta manera, recogiendo unos hechos probados, se hace más clara la resolución judicial, y lo que es más importante se establece el hecho que ha sido objeto de acreditación, después de destruida la presunción de inocencia, que va a ser objeto de reproche, lo que nos permite esa previsión con el cumplimiento del principio de culpabilidad o responsabilidad por el hecho (Art. 5 letra "c" de la Ley Penal Juvenil), desterrando cualquier responsabilidad de autor.

En los hechos probados se deben recoger todos los datos y circunstancias fácticas que nos permitan la determinación e individualización de la medida que eventualmente se imponga al menor.

También la sentencia absolutoria debe reflejar unos hechos probados, que podría empezar por la referencia "no se ha acreditado que", reflejando a continuación los hechos que fueron objeto de la acusación.

Finalmente, los hechos probados deben ser claros y concretos. Los relatos de hechos probados son a veces modelo de ambigüedad y confusión, con un hipérbaton excesivo, sobreabundancia de incisos, oraciones subordinadas de relativo y frases parentéticas que obstaculizan la comprensión. También es habitual el exceso de gerundios y la ausencia o el déficit de puntuación mayor.

Creemos que la sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 6 de octubre de 2005 (sentencia 43-04-2-05-A) apoya la idea de que deben existir hechos probados.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 25 de julio de 2005 (sentencia 27-03-1-05-A) sostiene la misma idea con base al Art. 95 de la Ley Penal Juvenil. En tal sentido indica, con respecto al Art. 357 nº 3 CP en relación con el Art. 41 LPJ, que "debe tenerse presente el principio de especialidad, pues en el proceso penal de menores, pese a la sencillez del trámite, se cuenta con una gama de normas expresas que regulan para el caso específico los requisitos de la sentencia en la sección segunda de la Ley Penal Juvenil denominado "resolución definitiva", y el Art. 95 versa sobre ese particular punto "resolución". Tratándose de normas aparentemente similares, debe acogerse como punto de partida el principio de especialidad, Arts. 357 y 95 LPJ, en detrimento de tal supletoriedad...".

C. Motivación fáctica y jurídica.

Se ha de realizar, en primer término, incluso con un apartado y bajo un título concreto, una ponderación de las pruebas incriminatorias y exculpatorias practicadas que expliciten las razones del resultado probatorio alcanzado, porque, la total ausencia de fundamentación del relato fáctico afecta al derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la explicitación de la prueba que pueda sustentar los hechos declarados probados, y en consecuencia, en la jurisdicción penal juvenil una medida, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba, sino también de que se pueda llevar a cabo un control de la existencia o inexistencia de prueba de cargo por la Cámara de Menores. Es decir, sólo de esta manera tales tribunales

pueden efectuar un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones alcanzadas por el juez de menores para considerar justificados los hechos incriminadores del menor al que finalmente se le ha impuesto una medida.

El derecho a la presunción de inocencia, que es plenamente aplicable al menor o joven acusado (Art. 5 letra "h" de la Ley Penal Juvenil) y el derecho a la libertad personal (Art. 5 letra "d"), que se pone en juego especialmente en la medida de internamiento, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales, hasta el punto de hacer imprescindible también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico.

Esta garantía si bien ha de ser salvaguardada, con especial rigor en el marco de la llamada prueba indiciaria, no puede ser desconocida en el ámbito de la llamada prueba directa, puesto que para ser conectada ésta con los hechos probados requiere igualmente una valoración, interpretación o inferencia.

En íntima conexión con esa valoración y motivación, se encuentra el análisis de las razones expuestas por la Fiscalía y por el defensor particular o procurador de menores y lo manifestado en su caso por éste, que tiene derecho a la última palabra.

Reforzando estas ideas, la sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 2 de octubre de 2004 (sentencia 34-03-2-04-A) señala en esta línea que *"la fundamentación descriptiva obliga al juez a resumir el contenido de los medios de prueba, realizados o recibidos de viva voz y con inmediación, en el debate; la fundamentación intelectiva es el análisis y valoración de los elementos probatorios que hace el juez mediante la aplicación de la sana crítica"*.

En ocasiones, cuando el precepto penal objeto de acusación es claro y no plantea problemas jurídicos, la motivación se reduce precisamente a la concurrencia o no de prueba suficiente para llegar a un pronunciamiento condenatorio y a su valoración, si bien, obviamente, en muchas otros casos, los escritos de acusación y defensa y los informes versarán sobre cuestiones jurídicas o las medidas, en sus distintos aspectos.

Por ello, a continuación de la motivación fáctica, uno de los aspectos que se ha de debatir y resolver en la sentencia por el juez de menores y por la Cámara, en lo que proceda, si se plantea en el recurso, es la calificación jurídica, o desde otra perspectiva, las circunstancias

y gravedad de los hechos, la cual se determinará, en un principio, por la respuesta concreta que le hubiese correspondido a la acción u omisión, si se hubiese cometido por ese menor, considerándolo un adulto.

Aunque la Ley Penal Juvenil fija un marco flexible para que los juzgados de menores puedan determinar las medidas aplicables a éstos sobre la base especialmente del interés del menor, intentando su educación y resocialización, existen normas y principios imperantes en la jurisdicción penal juvenil que exigen una motivación jurídica respecto del hecho penal cometido, la medida impuesta y su duración.

Por ello, será preciso motivar en un primer apartado, sobre de la tipicidad o adecuación típica y antijuricidad del hecho enjuiciado, encuadrando en este apartado los problemas de concurso aparente de delitos, concurso real de delitos y el grado de ejecución (consumación o tentativa). Otro segundo apartado sobre la participación criminal, incluyendo la autoría (directa, mediata y la coautoría) y la participación *estricto sensu* (instigación o complicidad). Otro tercer apartado sobre las causales excluyentes de la responsabilidad (Arts. 5. l y 95 Ley Penal Juvenil), dividiendo las que excluyen la antijuricidad y las que afectan a la culpabilidad. Un cuarto apartado se referiría a las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad.

En otro apartado se podría analizar la incidencia de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, así como la relevancia del informe del equipo multidisciplinar.

Tanto en el Art. 32, como en el Art. 39 y el Art. 93 de la Ley Penal Juvenil (como en otros, así los Arts. 9, 15, 44, 53, 69, 73, 82, 83 y 94) se hace hincapié en la necesidad de considerar en la sentencia la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar sentencia.

Un último apartado se podría referir a la fijación de la medida, tanto en el aspecto cualitativo (internamiento u otra medida) como cuantitativo (el período de duración).

En el descubrimiento de esas circunstancias y del interés del menor, desempeña un importante papel el informe o los informes psicosociales que se realicen sobre el menor, que descubrirán las necesidades del menor y contendrán la propuesta sobre la medida o medidas más idóneas para la socialización del niño o joven.

Debemos insistir en la importancia de salvaguardar los plazos en esta jurisdicción, puesto que un informe de los especialistas que guarde una gran distancia temporal con el momento de dictar sentencia, puede ser totalmente ineficaz, dada la conocida variabilidad de las

circunstancias de esta época de la vida, que constituyen la adolescencia y la juventud, debiéndose tener en cuenta que el juez de menores, e incluso la cámara de menores, con los correspondientes límites legales, ha de valorar estas circunstancias, como se infiere del Art. 92, en el momento de dictar sentencia; de ahí la necesidad de que el especialista participe en la audiencia actualice el informe, si se han producido dilaciones y han cambiado las condiciones del menor imputado, para que eventualmente el fiscal de menores, el defensor particular, si lo hubiere, y el procurador de menores, modifiquen la petición definitiva de medida o pondere el juez de menores esa nueva situación y la medida más beneficiosa.

No creemos, por último, que sea preciso recoger o volver a plasmar en la sentencia, el informe de los especialistas con toda precisión, y bastará una motivación por remisión, puesto que las partes conocerán aquél, con una breve justificación de los puntos más esenciales que son los que le llevan al juez de menores o a la cámara a elegir una medida frente a otras.

De igual manera que el Juez de adultos, conforme a esa exigencia de motivación de la sentencia, que impone el Código Penal, ha de individualizar la pena y ha de fijar su duración, el juez de menores, y la cámara de menores eventualmente, han de expresar su duración, finalidad y condiciones (Art. 95 LPJ).

Si se quiere, ésta forma parte de la propia motivación jurídica, aunque, por su relevancia y especificidad conviene separarla.

Por supuesto, será preciso fijar el plazo de duración, conforme a los parámetros marcados en la Ley y los principios inspiradores de ésta. Se habrá de considerar especialmente el Art. 17 de la Ley Penal Juvenil con relación a la duración de las medidas.

En cuanto a la finalidad y condiciones, nos servirán las pautas marcadas por los Arts. 9 al 16 de la Ley Penal Juvenil.

En algunos casos se pueden plantear incidentes procesales. En principio, teniendo en cuenta el proceso penal regulado en la Ley Penal Juvenil, la Audiencia Preparatoria debe ser el momento procesal oportuno para resolverlos, pero si, por cualquier razón, se planteara en la vista de la causa, se puede resolver el incidente provisionalmente en la propia vista, y, si el incidente no es admitido, se puede dar una solución o respuesta motivada en la sentencia, antes de iniciar el apartado referente a la motivación fáctica.

D. Fallo o parte dipositiva.

Finalmente la sentencia ha de reflejar una parte dispositiva o fallo. A diferencia de lo que hemos comparado en ciertas resoluciones, ya no es preciso, en esta parte, ofrecer argumentos jurídicos o fácticos, ni citar artículos o preceptos legales.

Siguiendo el esquema de silogismo judicial, en esta parte sólo es preciso reflejar la consecuencia jurídica, esto es, la medida, con su duración, contenido o condiciones y la finalidad.

E. La fijación de los hechos.

Constituye ésta una labor trascendental del juez de menores, como hemos indicado, para realizar una correcta resolución definitiva, y para ello resulta precisa la valoración de la prueba, que se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, y tal valoración se ha de plasmar precisamente mediante la correspondiente motivación o justificación.

3. Valoración de la prueba.

Seguiremos en este apartado fundamentalmente ideas reflejadas en distintas obras por el Magistrado PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, que tan exactamente ha sabido expresar el quehacer del juez en este aspecto.

En la actividad jurisdiccional cabe constatar la existencia de tres momentos perfectamente diferenciables:

1. El de adquisición de la prueba. Hace referencia al modo como se introducen en el proceso las fuentes y los medios de prueba. Se trata de un conjunto de prácticas procesales que está disciplinado, con cierto pormenor en las leyes de enjuiciamiento y tiene, además, un marco más amplio de referencias normativas de superior rango en la regulación constitucional.

2. El de la decisión sobre el hecho principal, sobre el tema a probar. Se identifica con el final del enjuiciamiento, y en él debe jugar una regla de oro, de rango constitucional: el principio de presunción de inocencia. Si a la vista del resultado de la actividad probatoria subsiste una duda razonable, no resuelta, acerca de la producción del hecho como tal o de su autoría, se impone la absolución, que será incondicionada, libre. Esto es, cuando la hipótesis de la acusación no resulta confirmada por la prueba, habrá de prevalecer sin reservas, frente a la pretensión de que se declare la culpabilidad, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado.

3. Entre ambos momentos indicados, media un espacio, que es el central de la experiencia jurisdiccional: el de la valoración de la prueba. En él ha de ponderarse el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba, merced a cada uno de los medios probatorios utilizados. Esta es una operación de atribución de valor de convicción a ciertos datos. Como tal operación no está reglada jurídicamente, porque no son de carácter jurídico los parámetros y criterios que deben operar en ella.

Hasta no hace mucho tiempo, se podía afirmar la existencia de un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, todavía visible en muchos países, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como "probados", siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa frase única, redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios. Tales hechos seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin

ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos juzgados y tribunales de diferentes países, aunque a partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer.

Sin embargo, se puede señalar que las denominadas *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, es el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia, puesto que es en la reconstrucción o elaboración de los hechos donde el juez es más soberano; más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser como ha sido y en no pocas ocasiones, sigue siendo más arbitrario.

La inferencia judicial tiene su punto de partida en un acaecimiento humano, que rompe de algún modo la normalidad, de forma que interesa al ordenamiento penal. Ello da lugar a la formulación de una hipótesis acusatoria, que como cualquier hipótesis es un enunciado sometido a contrastación.

Contrastar una hipótesis es, como se sabe, poner a prueba su valor explicativo, en este supuesto, del caso a examen. Tratándose del enjuiciamiento, ello se hace mediante el desarrollo de la actividad probatoria.

Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa una pluralidad de confirmaciones. La fecundidad de una hipótesis requiere que la misma sea confirmada por más de un hecho. (El único hecho de haber estado Fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más, como autor del mismo).

Es preciso asimismo que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera, la hipótesis es falsa.

Tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas.

El juez del enjuiciamiento inicia su trabajo a partir de una hipótesis, la hipótesis acusatoria, que recibe ya formulada con la pretensión de constituir la explicación del caso. En ella se afirma la conexión causal de un hecho tenido por penalmente relevante, con la acción voluntaria de uno o varios sujetos, de la que, por tanto, aquel

se predica su resultado. Resultado cuya constatación fue, en su momento, lo que dio ocasión a la investigación que ha precedido a la acusación.

En apoyo de esa afirmación, la acusación señala algunas fuentes de prueba (personas, documentos), a través de cuyo examen como medio (audición del testigo, estudio del documento) persigue el objeto de identificar algún hecho concreto que adquiera para el juez el valor de elemento de prueba. De ser así, cada uno de tales hechos, simples o secundarios, actuará como dato probatorio, al inscribirse entre las premisas que harán posible, en fin, la inferencia del hecho principal, eso que en las sentencias se coloca bajo la rúbrica hechos probados.

Esto, porque lo que normalmente sucede es que el hecho principal, el penalmente relevante, que es el que en último término hay que probar, no aparece, él mismo y de una vez, como objeto de un solo medio de prueba. El hecho-base de la acusación suele presentarse procesalmente como hecho complejo, que, por tanto, tiene que ser probado a través de la acreditación de aquéllos más simples en que ha de descomponerse a efectos probatorios. Estos se convierten así en objeto individualizado de los concretos medios de prueba.

Puede darse, como a veces se da, el caso de un hecho muy simple, percibido directamente por un único testigo. En un supuesto de este género, la deposición de éste versará directamente sobre el hecho a probar, que será él mismo, el objeto de prueba. Objeto directo puesto que aquella recae directamente sobre el objeto principal.

Pero, por lo general, la prueba de la veracidad de lo afirmado por la acusación sobre el hecho propiamente dicho, o sea, el que implicaría la realización del tipo penal en función del cual se opera, se plantea de forma indirecta. Es decir, el objeto -de cada uno- de los distintos medios probatorios, no es el que se postula como constitutivo del supuesto típico, el hecho principal, sino alguno secundario. Cada uno de éstos, si se considera acreditado, podrá servir, a su vez, como dato probatorio o base de una inferencia del conjunto de las dirigidas a la acreditación ulterior del hecho principal.

En este sentido, cada una de las afirmaciones sobre aspectos o elementos parciales del hecho principal en que es susceptible de descomponerse la acusación, en la medida en que su veracidad debe ser acreditada mediante concretos actos de prueba, constituye un objeto de prueba que como tal ha de ser tratado de forma individualizada, en un primer momento. Es decir, la prueba debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente.

Cada uno de estos actos requiere del juez una valoración específica, a su vez dotada de cierta complejidad. Por ejemplo, si se tratase de la identificación de un individuo por otro, será preciso tomar en consideración las particularidades de la constitución de la «rueda de reconocimiento», la firmeza de las manifestaciones de este último, la concordancia o no de los rasgos reales de aquél con los que fueron facilitados por el segundo en el momento de la denuncia, etc. El resultado de estas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez, pasar del elemento de prueba, aquí la afirmación positiva del testigo, al resultado de tener o no por producida la identificación.

En el tratamiento del resultado de los medios de prueba hay que operar, en principio, de forma individualizada, esto es, con cada uno de ellos separadamente, atendiendo a la calidad de la fuente y las particularidades -la corrección- del procedimiento de obtención del elemento o elementos de prueba: la credibilidad del testigo, según el carácter de su relación con el objeto de prueba, con los sujetos implicados, los eventuales intereses en juego; la espontaneidad o la falta de espontaneidad de las respuestas, a tenor de la calidad de las preguntas; el contenido o la carencia de contenido empírico de las afirmaciones, etc. Después, los datos así obtenidos se pondrán en relación con los debidos a otras fuentes de prueba.

De este modo, se llega a disponer de una constelación de elementos de juicio que pueden o no servir para probar la hipótesis de la acusación.

Que el juez debe operar analíticamente con el resultado de la actividad probatoria, significa que ha de proceder por pasos, es decir atribuyendo a cada medio de prueba únicamente aquel que sea su rendimiento concreto. Así, la conclusión inicial a que permite llegar la afirmación de un testigo presencial -si es que, por su actitud y por el modo como explica haber adquirido la información que transmite, merece credibilidad- es que ha visto lo que dice haber visto. Esta afirmación podrá servir de premisa de una inferencia que permita ir más allá, pero esto, si se produce, ya no será consecuencia estricta de la testifical, sino del resultado de ésta y de otros elementos de juicio que como tales deberán ser tomados.

En la materia probatoria no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el modo de actuación judicial. Sí hay algunos criterios dignos de consideración, que los autores concretan en los siguientes: No deberá acudirse al uso de métodos que, en la consideración común, sean tenidos por irracionales. Es preciso operar con conciencia de que la prueba como resultado, no lo es nunca de una simple constatación,

sino de un complejo de inferencias, de algunas operaciones mentales que atribuyen un protagonismo inevitable al juzgador. Este ha de tener claro, en el curso de aquellas, cuando y, sobre todo, por qué da el salto de un dato antecedente a una conclusión. Es decir, con qué base de apoyo y en función de qué regla y el grado de seguridad que ésta ofrece por su calidad. Debe saber que cuando se opera mediante una cadena de inferencias a mayor número de éstas, menor garantía en el resultado de la inducción probatoria. Que las pruebas son tanto más eficaces cuando más ricas en contenido empírico. Que, en fin, aquella que resulte acogida, habrá de integrar armónicamente todos los datos relevantes derivados de la actividad probatoria.

La valoración o apreciación conjunta, como he dicho, sólo puede producirse en un segundo momento. Esto no quiere decir que en el curso del análisis deba/pueda prescindirse de la perspectiva global del cuadro probatorio. De forma natural, el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba. Pero es inexcusable que en algún momento, cada uno de éstos haya sido analizado como si fuera el único disponible, para evaluarlo de forma individualizada. Sólo una vez examinado de este modo, el resultado de la totalidad de la prueba propuesta, deberá el juzgador proceder de forma reflexiva a la evaluación global del mismo.

En la concepción de la actividad probatoria que aquí se postula, la valoración conjunta tiene reservado un papel muy diferente al tradicionalmente desempeñado en la práctica jurisdiccional y que guarda relación, como luego se advertirá, con la emergencia del deber de motivar. La valoración conjunta de la prueba en su versión histórica, era en realidad una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo. A veces, la simple vía de escape para eludir las dificultades de tratamiento de un cuadro probatorio complejo y decidir cómoda y, con toda probabilidad, intuitivamente. Una hipótesis es tanto más explicativa cuanto mayor es el número de datos probatorios a los que es capaz de conferir sentido, integrándolos armónicamente. Y cada uno de éstos estará tanto y mejor acreditado cuando mayor sea la diversidad de elementos de prueba que le presten soporte.

Lo ideal es que la hipótesis acogida lo explique todo, pero no suele suceder, pues pueden quedar y, normalmente, quedan «cabos sueltos». Cuando estos versan sobre circunstancias periféricas y no generan vacíos de explicación sustanciales, el factor de incertidumbre que pudieran aportar será irrelevante; lo que no ocurrirá, en cambio, cuando el mismo afecte a algún elemento principal del hecho a probar,

con trascendencia en el orden de la tipicidad del hecho.

Salvo en el aludido supuesto, poco corriente, de que, por la simplicidad del caso, el hecho a probar resulte ser realmente el objeto de un solo medio de prueba; o sea, que la hipótesis acusatoria pueda entenderse confirmada por un solo elemento de prueba, la actividad probatoria será una actividad compleja. Es decir, el hecho que se trata de probar estará integrado a su vez por una serie de hechos diversos; la hipótesis acusatoria abarcará, así, un conjunto de sub-hipótesis, cada una dirigida a la explicación de uno de aquellos.

Naturalmente, el cuadro probatorio ofrecido en apoyo de la hipótesis acusatoria, como tal tendrá una lógica interna, que la misma parte tratará de hacer prevalecer, como hilo conductor, a lo largo del desarrollo de las diversas actividades de prueba en que aquél se descompone. De este modo, la atomización que inevitablemente implica tal desarrollo secuencial, estará sobrevolada por una propuesta de visión de conjunto.

También el juez, durante el desarrollo del curso probatorio, opera de manera similar. Formará criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio examinado, pero, al mismo tiempo, integrando estos elementos parciales de juicio en un juicio de conjunto sobre la propia hipótesis de la acusación y en función del comportamiento de ésta en el marco del contradictorio.

Conviene recordar que la prueba como tal no existe en la realidad procesal y, por ello, no es susceptible de percepción directa. La prueba es un producto sintético de elaboración judicial, a partir de un material complejo y contradictorio. Y es ese proceso de elaboración el que el juez debe explicar. Eso y no otra cosa es la motivación en materia de hechos, que está objetivamente reñida con el viejo recurso de la valoración conjunta de la prueba, antes aludida y frecuente manera de escapar a lo que es ahora deber constitucional. El resultado de la actividad probatoria ha de evaluarse en conjunto, es obvio, pero sólo después de que haya sido objeto de una previa valoración analítica de cada uno de los segmentos que lo integran. Lo que no resulta aceptable es que pueda hablarse de síntesis donde no ha precedido un análisis explícito del material probatorio.

Por tanto, puede decirse, la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal, debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba sólo puede ser, pues, valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de éstos. Así, ese momento de

valoración conjunta, debe serlo del conjunto de los elementos de prueba previamente adquiridos de forma regular y antes ya efectivamente evaluados en su rendimiento específico. Es decir, el momento es de síntesis de lo aportado por una serie articulada de actos individuales de prueba.

Al final, el juez deberá entender que existe prueba de cargo si y sólo si la hipótesis de la acusación tiene apoyo en todas las pruebas producidas y soporta ser confrontada con todas las contrapruebas practicadas a instancia de la defensa. Si la hipótesis acusatoria tomada como criterio ordenador y clave de lectura de todos los datos probatorios obtenidos no los integra armónicamente y los dota de sentido, existirá una duda relevante, con todas sus obligadas consecuencias.

Este modo de operar se separa netamente, pues, repetimos, del representado por la conocida como apreciación conjunta de la prueba en la jurisprudencia tradicional, que venía a significar prácticamente si no la eliminación de esa primera aproximación analítica si su banalización, puesto que la valoración de la prueba se interpretaba como una especie de asunción global del resultado de la misma también globalmente considerada. De esta manera, el lugar de los dos momentos a que se ha hecho referencia aparecía realmente ocupado por una impresión de conjunto.

Este último modo de proceder tiene un referente teórico en la que se conoce como concepción narrativista, que plantea la decisión en materia de hechos como una elección entre hipótesis o propuestas globales. Una elección entre historias, fundada en el criterio de la coherencia narrativa y la calidad persuasiva.

La actividad probatoria, como fundada, pues, en la inferencia inductiva, produce conocimiento probable. Llevada a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad. Pero conocimiento cuya veracidad no es susceptible de demostración, sino fruto de una prueba.

La garantía de la calidad de ese conocimiento está pues en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de los datos que están en la base de las sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el enjuiciamiento. Este rigor no puede presumirse y, desde luego, ni la Constitución ni la ley lo hacen. Y tampoco podría asegurarse su obtención de manera mecánica.

Lo más que cabe es predeterminar un marco normativo de exigencias de obligatorio cumplimiento, dirigido a hacer que la actividad

intelectual del juicio se desarrolle de la forma más adecuada para garantizar aquella calidad ideal del resultado. Es decir, que esa actividad intelectual esté dotada del máximo posible de racionalidad cognoscitiva. Lo que, en este caso, quiere decir que se ajuste a los patrones de ese carácter que la teoría del conocimiento prescribe para la gnoseología inductiva.

En el marco de ésta, como es sabido, nada se da por supuesto por razón de status ni por razón de carisma del operador. Cualquier afirmación debe contar con el necesario soporte de datos de los que, a su vez, ha de acreditarse que han sido bien adquiridos. Acreditarse de la sola forma que cabe hacerlo: verbalizando la secuencia de pasos inferenciales, con el fin de que cualquier interlocutor eventual del que ha realizado el juicio pueda entender cómo se ha producido éste y el porqué de la decisión final sobre el objeto del mismo.

3.1. Reglas de la sana crítica.

Dentro del apartado correspondiente a la motivación fáctica, habrá de examinarse la prueba practicada en el juicio oral, y excepcionalmente la prueba anticipada, y para analizar tal prueba resulta relevante reflejar los sistemas de valoración o análisis de la prueba.

Los sistemas para la apreciación de la prueba que la doctrina reconoce son fundamentalmente el de las pruebas legales y el de la sana crítica, aunque también ese aprecia otro sistema que es el de la libre convicción.

En el sistema de pruebas legales, la ley indica por anticipado el grado o valor de eficacia que tiene cada medio probatorio. El Juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba, le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley.

El sistema de las pruebas legales reducía las posibilidades de actuar del Juez, pues se encontraba sometido a un entramado de reglas preestablecidas que llevaban consigo la valoración pertinente de cada una de ellas. El Juez debía condenar en función del resultado de las pruebas legales, con independencia de cuál fuera su convicción. El iluminismo reaccionó contra ésta situación que consideró intolerable. Por una parte, estimaba que no se podía dejar en libertad absoluta al Juez, pero, por otra parte, también pensaba que era necesario tomar en consideración la convicción judicial. La solución fue el mantenimiento de las pruebas legales, pero aunándolas con el convencimiento judicial. Cuando el resultado de las pruebas legales fuera condenatorio y, además, el Juez estuviera convencido, la sentencia sería condenatoria, de manera que un resultado desfavorable de las pruebas legales no conduciría

automáticamente a la condena, dado que también era precisa la convicción judicial. Este sistema derivó en que en la práctica existía el convencimiento judicial, pero no pruebas que permitieran la condena y, de ahí que apareciera el aberrante sistema de "la absolución en la instancia" y, al tiempo, de considerase preciso permitir una mayor libertad al juez.

En el sistema de íntima convicción se otorga absoluta libertad al juez, que puede apreciar con entera libertad las pruebas e incluso apartarse de ellas, dictando la sentencia conforme a lo que le dicta su conciencia o íntima convicción, sin exigir que el juez exprese las razones por las cuales concede o no eficacia a una prueba.

La introducción del sistema de la íntima convicción, consecuencia de la idea de igualdad (el testimonio de un señor ya no equivaldría al de varios siervos), supuso la total superación de las pruebas legales: lo importante no eran las pruebas que hubiera habido, ni su naturaleza, ni su cantidad o calidad, sino que lo único que importaba era saber si los jurados tenían una íntima convicción acerca de la culpabilidad del acusado. Evidentemente, este paso en la evolución, que no se produjo con jueces profesionales sino con jurados, suscitó una importante discusión sobre si era conveniente abandonar las pruebas legales y quedarse en manos de una posible arbitrariedad. Junto al sistema de la íntima convicción, y como garantía contra la arbitrariedad, se introdujo la publicidad y la oralidad.

En el sistema de la sana crítica o sana lógica, el juez tiene libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas, pero no se autoriza al juez a valorar arbitrariamente, sino que, por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, la máximas de la experiencia y los postulados o conocimientos científicos. Y como consecuencia de ello, le exige al juez que funde sus sentencias y exprese las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba. Tiene, pues, el Juez cierta libertad; goza de una libertad de valoración probatoria que está limitada al valor razonado del análisis de los instrumentos probatorios. Su limitación radica en el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento.

Según el Art. 33 de la Ley Penal Juvenil, son admisibles los medios probatorios regulados en el Código Procesal Penal, que tienen también su desarrollo en los artículos 84 a 92 de aquella Ley, y lo que es importante, establece que la valoración de las pruebas se hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Las reglas de la sana crítica se dividen en tres grandes reglas.

Las reglas de la lógica, las reglas de la psicología y las reglas de la experiencia común.

A su vez, las reglas de la lógica se sub-dividen en dos grandes leyes: a) la de la coherencia de los pensamientos, que significa la concordancia entre sus elementos y b) la ley de la derivación del pensamiento, según la cual cada pensamiento debe provenir de otro con el que está relacionado. De esta ley se extrae el principio de la razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o se niega con la pretensión de la verdad.

A su vez en la ley de la coherencia se contemplan los siguientes principios: a) el de identidad, cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico, total o parcialmente, con el predicado, el juicio es verdadero; b) el de contradicción, según el cual dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos, es decir, uno de ellos es falso y ninguno otro es posible y c) el de tercero excluido, según el cual dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, esto es, uno de ellos es verdadero y ninguno otro posible.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 6 de octubre de 2005 (sentencia 43-04-2-05-A) hace referencia a la aplicación de las reglas de la sana crítica, señalando las diferentes reglas, leyes y principios descritos.

Para ver cómo interviene la sana crítica en la valoración de la prueba, tomaremos como ejemplo la prueba pericial, por la gran importancia que tiene en el proceso penal y que aún tendrá más en el futuro, y, porque el informe multidisciplinar en cierta forma tiene el carácter de prueba pericial sobre las circunstancias del menor, existiendo en ocasiones varios informes sobre el menor, que pueden llegar a ser contradictorios.

El principio es el de libre valoración por parte del juez; sin embargo, y como quiera que éste no puede incurrir en la arbitrariedad, debe motivar su decisión cuando ésta resulte contraria al dictamen pericial unánime, también cuando se decida por una de las alternativas de las varias que haya, sobre todo si es la minoritaria, y finalmente cuando se decida por uno de los dictámenes contradictorios, optando por el que resulte más convincente y objetivo.

En los casos en que existe un solo informe técnico, el juez puede seguir los criterios adoptados por el experto, y hacer suyas en los hechos probados, las conclusiones a las que ha llegado el perito. Es

más, con relación a ciertas pruebas periciales como las científicas, si se introducen en la vista con todas las garantías, será difícil apartarse de ellas.

No obstante, no está obligado a seguir necesariamente el dictamen, sino que puede apartarse de él, pero motivando en todo caso la decisión. Así se pronuncia el Art. 32 de la Ley Penal Juvenil, cuando el Juez se aparta de la medida recomendada por el equipo de especialistas.

Pero es especialmente en supuestos de discrepancia entre los peritos actuantes, cuando el juez ha de realizar un especial esfuerzo de valoración, pues concurriendo varios dictámenes de expertos emitidos sobre unos mismos hechos, que llegan a conclusiones valorativas diferentes, resulta necesario que el juez, en su irrenunciable función valorativa de la prueba, determine cuál de ellos resulta convincente, total o parcialmente.

A tal fin, se deberá comprobar los elementos fácticos de que parte para realizar su valoración. El perito fijará los hechos y describirá la fuente de su conocimiento para que puedan ser contrastados. Los elementos fácticos a valorar por el experto son susceptibles de comprobación por otros medidos probatorios, y el juez puede y debe acudir a éstos para asegurar los datos de hecho que ha tenido en cuenta el perito son correctos. Si no lo fueran, las conclusiones a que llegan podrían tenerse por no correctas.

El juez puede comprobar que el perito haya actuado conforme al método científico. Para ello es necesario que exprese en el informe las operaciones llevadas a cabo, es decir, que indique las reglas de la ciencia que ha seguido para elaborar el informe. Aunque el juez carece de los conocimientos técnicos necesarios para actuar como perito, sí puede tener la capacidad necesaria para evaluar la fiabilidad del perito. El juez debe distinguir entre la buena ciencia y la llamada ciencia basura.

Así, una vez fijados los hechos de partida y determinada la fiabilidad del método científico utilizado por el perito, el juez puede valorar las conclusiones a las que llega. Normalmente si los distintos peritos que intervienen parten de los mismos elementos fácticos y utilizan los mismos parámetros de valoración, las conclusiones a las que llegan no deberán ser sensiblemente discrepantes. En todo caso, puede existir aquí una variable de valoración que tenga en cuenta pronósticos de comportamiento futuro, no sometidos al método del rigor científico, donde la experiencia del experto pueda ser apreciable.

En estos supuestos, el juez valorará los distintos dictámenes

y optará por uno u otro, pero para ello no puede utilizar razones intimistas, de conocimiento personal de uno u otro de los peritos. Las razones que justifican una opción tienen que estar ausente de prejuicios, derivar del propio contenido de la prueba practicada y ser explicitadas en la fundamentación de la sentencia.

3.2. La motivación para la concreción de los hechos.

Cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la individualización del iter lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión; una actividad de tipo prevalentemente descriptiva.

Del anterior difiere el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo, que opera como racionalización *a posteriori* de la decisión previamente tomada.

En todo caso, la exigencia de trasladar a terceros los verdaderos motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en ésta.

Así las cosas, no puede haber duda, motivar un enjuiciamiento en materia de hechos es justificar una inducción. Pues del modo como ésta (aquí la inducción judicial a través de la actividad probatoria) se haya desarrollado, dependerá la calidad del resultado, es decir, de la convicción: que tendrá que ser de certeza práctica para que, como conclusión, pueda establecerse que determinadas afirmaciones de hechos han sido probadas.

A este respecto, conviene recordar que la inducción judicial opera por la atribución de aptitud de convicción al resultado del empleo de determinados medios de prueba. De donde motivar en esta materia de hechos significa, explicitar, bajo la forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite conferir una determinada

eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que en las pruebas disponibles haya un grado más alto de confirmación lógica.

De este modo, se trata de hacer explícitas las razones de un juicio. No, por tanto, sólo el resultado de éste; y tampoco sólo esa conclusión acompañada de la mera indicación pro forma de los medios de prueba puestos en juego. Lo que ha de verterse al exterior es, pues, una articulada justificación del enjuiciamiento que, en el caso, ha llevado a la concreta decisión. Algo que no consiste en exteriorizar un proceso mental, sino en reconstruir para uso de terceros los pasos de un razonamiento

Motivar o fundamentar significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control. Efectivamente, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal.

Ahora bien, ese esfuerzo motivador suele operar en un cierto vacío porque las sentencias, por lo general, ya se ha dicho, no contienen en absoluto o no contienen suficientes referencias al desarrollo de la actividad probatoria y al rendimiento de cada medio de prueba, y, si lo hacen, es de una forma parcial y asistemática. Es decir, las más de las veces, en ellas se opera *per saltum* para justificar unas conclusiones cuyos antecedentes no se explicitan.

Por otra parte, el método de exposición de ese discurso motivador insuficiente suele ser un tanto caótico, ya que habitualmente aparece integrado y formando parte de los fundamentos de derecho, dificultando la comprensión e incluso la lectura, por eso propugnamos que se haga separadamente.

Al mismo tiempo, no son infrecuentes las sentencias que incluyen todo un discurso formal y solemne con abundante aparato jurisprudencial sobre la importancia de la motivación, que luego, de hecho, viene a ocupar el lugar de ésta, prácticamente ausente.

A lo anterior hay que añadir que en la redacción de las resoluciones siguen aflorando períodos larguísimos que hacen difícil no sólo la lectura, sino, antes, la redacción.

Partiendo de la previa información sobre las vicisitudes de la prueba, la motivación sobre los hechos abre el espacio en el que se

debe dejar constancia crítica razonada: de la eventual ilicitud de un medio de prueba y del porqué de tal consideración; del rendimiento atribuido a cada medio probatorio y de la razón de haberlo hecho así; del porqué de la inferencia de un cierto dato a partir de otro u otros y de la máxima de experiencia que permite dar ese salto. Y, tras la apreciación analítica, la necesaria evaluación sintética y, en ambos niveles, la correspondiente justificación. El sentido de este apartado se encuentra recogido con bastante claridad en el Artículo 192,1º del vigente Código Procesal Penal italiano: «El juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados».

La presunción de inocencia como regla de juicio reclama del juez el esfuerzo de situarse metódicamente en una actitud inicial de duda. Es decir, en una actitud crítica frente a las fuentes de prueba, las reglas a utilizar, la calidad de los datos. Pero también frente a su propia percepción. Esto, es claro, sólo será posible si parte de la conciencia del deber de motivar y de que tiene que moverse únicamente en el terreno de las opciones justificables.

Tal es la actitud intelectual con que debe accederse a la valoración de la prueba y a su motivación. Primero, procediendo analíticamente en los distintos pasos de la secuencia de la prueba; y, luego, en la comprobación retrospectiva de la deducibilidad de los resultados, de las premisas que se van a hacer figurar formalmente como sus antecedentes probatorios.

Por eso, creo que hay un presupuesto de carácter cultural, de particular importancia, que es la claridad de conciencia del juez sobre la complejidad real de la actividad y de la importancia del método; sobre que su campo de operaciones es el del conocimiento probable, cuya adquisición, como se ha visto, no se rige por leyes de validez universal de las que esperar fáciles soluciones tranquilizadoras. Y, desde luego, no tiene absolutamente nada que ver con vacío de reglas o el reino de la intuición, del peligroso «sexto sentido».

El juez tiene que saber que no hay pruebas fáciles, ni directas, puesto que en contra de lo que suele afirmarse, ninguna le pone en esa clase de contacto con los hechos, que tampoco existen ni le pueden ser presentados como tales. Del mismo modo que ha de ser consciente de que la inmediación no coloca en sus manos una bola de cristal que trabaje por él. La inmediación, aunque condición *sine qua non* de la calidad del enjuiciamiento, no es de por sí garantía de acierto en el juicio, en contra de lo que a veces parece postularse en alguna jurisprudencia. Ningún proceso ha gozado de tanta inmediación como el inquisitorial ni ha producido tantos y tan graves errores. Y es que la

inmediación no es en sí misma un método, sino una forma de relación con las fuentes de prueba y con el material probatorio. Por eso es compatible con actitudes metodológica y racionalmente inaceptables.

La garantía está en el respeto de las reglas -de obtención de conocimiento- implícitas en el principio de contradicción:

· Orgánicas: garantías institucionales de la imparcialidad del juez, con la necesaria traducción en una clara distribución de papeles en el escenario procesal.

· Procesales: presunción de inocencia, claridad de la acusación, efectiva posibilidad de contradecir y probar, respeto de las reglas del juego probatorio, inmediación judicial y rigurosa observancia del deber de motivar, muy en particular la convicción probatoria.

En el modelo expuesto se trata de que el deber de motivar preactúe -y buena parte de su eficacia radica en que efectivamente lo haga- sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, lógicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor transcribir el propio proceso decisional, sino justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada.

Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas. Se han distinguido dos planos dentro del área de la justificación: uno interno, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Esta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir proscripción de la prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio, ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional.

Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo

de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. El juez que asuma con profesionalidad y honestidad intelectual el deber de motivar, se esforzará por eliminar de su discurso valorativo aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional, para moverse únicamente en el ámbito de lo racionalmente justificable.

Cuando el juez decide tener unos hechos como probados, es que los considera realmente producidos. Se decanta por una de las hipótesis concurrentes, excluyendo la o las restantes y debe dejar constancia del porqué.

4. La determinación de la pena y las medidas.

Frente al sistema de indeterminación legal de la pena, que predominó en el Antiguo Régimen, la Revolución Francesa y las ideas de la Ilustración provocaron el cambio hacia el sistema de "penas fijas", que eliminaba el arbitrio judicial convertido, no pocas veces, en verdadera arbitrariedad. Sin embargo, pronto resultó evidente que ese radical cambio (de la completa indeterminación absoluta por la Ley a la determinación absoluta por la Ley) no supuso la implantación de un régimen de mayor justicia.

En efecto, injusto era el sistema de absoluta inseguridad que con desconocimiento del principio de legalidad, impedía que el individuo conociera *a priori* las penas con que podía ser castigado por un determinado delito, dejando libremente en manos de los jueces la fijación del castigo que debía imponerse, con el grave riesgo de que éste se estableciera en consideración a motivaciones extrajurídicas, torticeras, inconfesables y, en cualquier caso, carentes de todo posible control. Pero, no menos justo se manifestó el régimen de absoluta determinación por la ley, aunque se eliminara la inseguridad antes vigente, se implantaba un régimen igualatorio que no permitía al juez evaluar la riqueza de matices de la conducta humana e imponía la misma clase de pena y en igual medida a hechos que sólo era iguales considerado en abstracto, pero que resultaban profundamente dispares cuando se analizaban en concreto.

Olvidado aquel absolutismo judicial, se trató de reducir a sus justos términos el principio de legalidad en la determinación de las penas. La pena prevista en abstracto por la ley para cada delito, mediante la fijación de un máximo y un mínimo, se modula por la propia norma, con límites más estrechos, en función de variables elementos que pueden o no concurrir en el hecho concreto (grado de comisión, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes). Sólo dentro de esos estrechos límites ha de moverse el arbitrio judicial.

Se rechazan así los intentos doctrinales que, desde el positivismo criminológico y con apoyo en el argumento de las exigencias individualizadoras, han pretendido la implantación de un sistema de sentencia indeterminada que, dejando en manos de la discreccionalidad judicial la clase y la medida de la pena apropiada en cada caso para cada individuo, habría supuesto la derogación del principio de legalidad de las penas y la reinstauración de absoluta inseguridad jurídica.

Respecto al sistema utilizado en el sistema penal salvadoreño, resulta necesario distinguir entre el sistema de la legislación penal de adultos y el de la legislación penal juvenil.

Resulta obvio que existe un sistema de determinación legal de la pena, porque rige plenamente el principio de legalidad (Art. 1 del Código Penal), de modo que el legislador atribuye a cada conducta una determinada pena, sin que el juez pueda pasar los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para cada delito, salvo los casos previstos expresamente en el Código Penal (Art. 62 Código Penal).

Asimismo existen unas normas para la concreción de la pena, previstas en los artículos 65 y 66 y 68 a 73 del Código Penal.

Las mencionamos y recogemos para su mejor consideración y comprensión:

Art. 65. A los autores, coautores, autores mediatos e instigadores de un delito o falta se les ha de imponer la pena que para cada caso se halle señalada en la ley.

Art. 66. La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del artículo 36 de este Código, se fija entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena, y en el caso del numeral 2) del mismo artículo, se fija entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, pero en ningún caso debe exceder de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

Art. 68. La pena en los casos de tentativa se fija entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado.

Art. 69. En los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de responsabilidad penal el juez o tribunal ha de fijar la pena entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito.

De igual manera se debe fijar la pena en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de justificación.

Art. 70. En caso de concurso ideal de delitos, se aplica al responsable la pena que le correspondería por el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte.

Si los delitos concurrentes tienen determinado en la ley el mismo máximo de pena, el tribunal ha de determinar el delito que a su juicio merezca mayor pena y la debe aumentar hasta en una tercera parte de la misma.

Las reglas anteriores no tienen aplicación, si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes, de conformidad a la determinación que haga de las mismas.

Art. 71. En caso de concurso real de delitos se impone al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, pero el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso puede exceder de setenta y cinco años.

Art. 72. En caso de delito continuado se sancionará al culpable por un único delito, con el máximo de la pena prevista para éste.

Art. 73.- En caso de delito masa se impone al culpable el doble del máximo de la pena prevista para la defraudación, excepto cuando, siendo posible aplicar las reglas del concurso de delitos o del delito continuado, resulte una pena mayor, pues en este caso se debe imponer esta última.

Una vez determinada o concretada la pena conforme a esas reglas legales, llega el momento de verdadera individualización de la pena, para lo cual son relevantes los artículos 63 y 64 del Código Penal.

El Artículo 63 establece que: "La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

1) La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;
2) La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho;
3) La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;
4) Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor y
5) Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales".

El Art. 64, por su parte establece que "El juez o tribunal apreciará las circunstancias atenuantes o agravantes tomando en cuenta su número, intensidad e importancia.

Las circunstancias atenuantes y agravantes no se compensarán entre sí en forma matemática.

Cuando concurran dichas circunstancias en un mismo hecho punible, el juez o tribunal valorará unas y otras, a fin de establecer la justa proporción de la pena que deba imponer".

Las circunstancias atenuantes están reflejadas en el Art. 29 del Código Penal y las agravantes en el Art. 30 del Código Penal, existiendo otra que puede ser ambivalente o mixta que es la de parentesco (Art. 31 del Código Penal).

Según el Art. 62 del Código Penal, se ha de motivar, atendiendo a esas circunstancias, "la medida de sanción impuesta", bajo apercibimiento de responsabilidad.

5. Determinación de la medida en la jurisdicción penal juvenil.

En la jurisdicción penal juvenil, el sistema de imposición de medidas, conforme a los principios y fines que inspiran esta legislación es mucho más flexible. La Ley no fija para cada delito o falta cometido por un menor una sanción determinada, pero las reglas reflejadas anteriormente contenidas en el Código Penal han de servir para fijar la gravedad de los hechos y orientar la medida y su duración.

La Ley penal juvenil en el Art. 8 fija una serie de medidas que se pueden imponer a un menor que "cometiera un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo con la legislación penal" que son las siguientes:

1) Orientación y apoyo sociofamiliar (Art. 10).
2) Amonestación (Art. 11).
3) Imposición de Reglas de Conducta (Art. 12).
4) Servicios a la Comunidad (Art. 13).
5) Libertad asistida (Art. 14).
6) Internamiento (Art. 15)

Estas medidas se pueden imponer en forma simultánea, sucesiva o alternativa, y se pueden imponer varias o una por un mismo delito o falta, según el Art. 95.

Los artículos 14, 15 y 17 determinan la duración de esta medida.

El Art. 14 se refiere al período mínimo de duración de la libertad asistida, que ha de ser no inferior a seis meses.

El Art. 15 fija la medida de duración de la medida de internamiento como norma de carácter especial respecto al Art. 17.

Según el Art. 17, todas las medidas pueden durar hasta 5 años.

Pero cuando proceda el internamiento, según el Art. 15 de la Ley Penal Juvenil, si el menor tiene 16 ó 17 años (no, por tanto, si tiene entre 12 y 15 años), el Juez puede imponer una medida de una duración cuyos mínimo y máximo será la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito, sin que en ningún caso pueda exceder la medida de siete años.

Unos ejemplos: Si se considera que un menor ha cometido unas lesiones graves, previstas en el Art. 144 del Código Penal que están castigadas con una pena de 4 a 8 años, y se considera procedente,

según expondremos, la medida de internamiento en atención a la gravedad del hecho y las circunstancias personales, sociales, familiares, educativas del menor, la medida puede durar entre 2 y 4 años (la mitad de aquellos períodos).

Si, por el contrario, comete un delito de homicidio simple castigado con pena de prisión de 10 a 20 años, la medida de internamiento sería de 5 a 10 años, es decir se le podrían poner 5 años, pero no 10, puesto que el límite son 7 años.

Si es un homicidio agravado sancionado con la pena de 30 a 50 años, la medida sería de 15 a 25 años, esto es, sólo se le podrían poner de máximo siete años, lo que no significa en ningún caso que sea obligatorio la imposición de los siete años.

En esta jurisdicción, según el Art. 95 de la Ley Penal Juvenil, el juez debe comprobar, en primer término, que el hecho está probado y que es típico; que el menor ha participado en el hecho delictivo, y que no concurren causales excluyentes de la responsabilidad. Debemos recordar que, según el Art. 5 de la Ley Penal Juvenil, tiene derecho a la presunción de inocencia y a que no sea declarado autor o partícipe de una infracción o en su caso a que sea declarado libre de responsabilidad por no haber cometido el hecho y a que se le reconozcan las excluyentes de la responsabilidad penal.

Una vez comprobados estos elementos debe tener en cuenta las circunstancias y gravedad del hecho y el grado de responsabilidad. Pueden servir de referencia a este efecto, reiteramos, las normas previstas en el Código Penal de Adultos que hemos señalado anteriormente (Arts. 65-66, 68 a 73) en la medida que supone una determinación de las circunstancias del hecho y de su gravedad. No es lo mismo ser autor que cómplice, no es lo mismo que el hecho se haya consumado que sea una simple tentativa.

Hemos de tener en cuenta que uno de los derechos o garantías fundamentales es que se le imponga una medida tras un juicio fundamentado "sobre las bases de la responsabilidad por el acto" y rige en este proceso el principio de culpabilidad o responsabilidad y de proporcionalidad, como luego señalaremos.

Ahora bien, en este proceso, también se han de valorar las circunstancias psicosociales del menor, expresadas en el obligatorio informe estudio psicosocial, si analizamos conjuntamente el Art. 95 con el Art. 32 de la Ley Penal Juvenil, complementado también con los Arts. 53 y 73, que aluden a dicho estudio.

Es más, el juez debe dictar, en principio, la medida recomendada por el equipo de especialistas, según la interpretación más diáfana del Art. 32, aunque puede cambiarla, siempre que motive tal modificación, que, según nuestra opinión, será más bien extraordinaria, puesto que precisamente el interés del menor, principio inspirador de la Ley Penal Juvenil, se traduce en la medida recomendada. Tal modificación deberá tener en cuenta o basarse fundamentalmente en la gravedad y circunstancias del hecho y del menor, tomando como finalidad la reinserción en su familia y en la sociedad y su formación integral (Art. 3 Ley Penal Juvenil).

5.1. Motivación jurídica.

Siguiendo el modelo de estructura de sentencia que propusimos previamente, en primer término, y con carácter principal el juez de menores ha de seleccionar la norma penal aplicable, teniendo en cuenta la propuesta de la acusación y de la defensa. Deberá expresar no sólo los razonamientos por los que considera que el hecho enjuiciado se puede adecuar a un determinado tipo penal, sino también los argumentos que excluyen la aplicación de un determinado precepto penal.

Esta operación deberá llevarla a cabo respecto de todos los apartados que estimamos ha de contener la sentencia (participación criminal; excluyentes de la responsabilidad; circunstancias modificativas; circunstancias personales del menor y ajuste de la medida), es decir, deberá expresar los argumentos a favor de una determinada tesis y en contra de la otra, o los que le permiten asumir parte de una proposición y parte de otra.

Ello le obligará a interpretar los diferentes preceptos penales que han sido propuestos, usando los criterios interpretativos que utiliza la doctrina científica y la jurisprudencia.

Deberá llevar a cabo también un proceso de “subsunción” de los hechos considerados probados en las diferentes normas jurídicas penales que le sirven para justificar la resolución, entendiendo por "subsunción", como ha expresado BACIGALUPO, la operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho.

En el desarrollo de la motivación jurídica respecto de todos los apartados en realidad el juez efectúa una operación silogística mediante la técnica de la deducción lógica, demostrando que el hecho que se juzga se puede adecuar a la consecuencia jurídica expresada en la norma.

Como ha señalado BACIGALUPO, la motivación de la subsunción típica tiene una estructura silogística. El razonamiento debe comenzar, por lo tanto, con la determinación de la disposición legal que se quiere aplicar al caso. Esta disposición legal requiere en todo caso ser interpretada, no sólo para determinar su contenido escrito, sino también —y esto es con frecuencia la más importante— su contenido no escrito (p. ej.: posición de garante en los delitos impropios de omisión, criterios determinantes de la causalidad y de la imputación objetiva, etc.). El resultado final de la interpretación debe permitir un análisis de los conceptos y valoraciones que caracterizan al tipo penal concreto. Los primeros, a su vez, se expresan en definiciones dogmáticas que pueden ser más o menos abiertas y que según el grado de precisión que les es propia determinan distintas formas de razonar la subsunción. En estos supuestos la sentencia estará correctamente motivada si la decisión judicial se apoya en una definición dogmáticamente plausible.

Por el contrario, cuando el tipo penal incluya elementos que requieren una valoración judicial de contenido cultural (basado en normas extra-jurídicas), el razonamiento debe justificar la elección de la norma o el criterio que fundamenta la valoración.

Esta estructura del razonamiento rige también para el tipo subjetivo (dolo y elementos especiales subjetivos de la autoría), y en general para todos los apartados que debe analizar el juez hasta llegar al fallo o consecuencia jurídica.

Todo este proceso de motivación o fundamentación, esto es, de expresión de los argumentos a favor de una proposición y en contra de otra, no garantiza el acierto de la solución, pero por lo menos evitará que se dicte una sentencia carente de motivación, que, en cualquier caso, es contraria a derecho, y que puede ser anulada mediante la formulación del correspondiente recurso de apelación especial.

Naturalmente el juez deberá utilizar argumentos lógicos, sometidos a los criterios interpretativos racionales propios de la comunidad científica o de la jurisprudencia, sin que sean válidos razonamientos extravagantes, irrazonables, ilógicos o absurdos, no apoyados en la ciencia del Derecho.

En estos casos existirá una apariencia de motivación, pero no podrá ser aceptada y podrá considerarse que la sentencia es nula, por falta de motivación jurídica.

5.2. Culpabilidad y responsabilidad penal.

En estrecha relación con la determinación e individualización de la pena en el Derecho Penal de adultos y la fijación de la medida y la duración de ésta en el Derecho Penal Juvenil se halla el principio de culpabilidad o responsabilidad.

Una vez que el juez de menores ha explicitado los fundamentos jurídicos relativos a todos aquellos apartados referentes a la adecuación jurídica, la aplicación del principio de culpabilidad ha de ser relevante para la imposición de la medida y la duración de ésta.

Antes de entrar en la importancia de este principio, resulta conveniente reflejar algunas ideas sobre este principio.

El concepto culpabilidad tiene, al menos, estos significados:

*Culpabilidad como elemento dogmático del delito***.** Como elemento dogmático del delito, la culpabilidad constituye un elemento imprescindible para la calificación de una conducta como delictiva. Se trata de la existencia de un elemento subjetivo en el delito, que se traduce en la capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la exigencia de la conducta conforme a Derecho. De ahí se deriva el aforismo *"nulla pena sine culpa".*

Culpabilidad como elemento legitimador de la pena y del ius puniendi del Estado, como elemento de fijación de sus límites o así como de la propia graduación de la pena.

Culpabilidad como la fijación de la necesaria comprobación de la presencia de dolo o culpa para la admisión de la responsabilidad penal en oposición a la responsabilidad objetiva.

Consecuencias del principio de culpabilidad, especialmente como conciencia y voluntariedad del agente encaminada a realizar un acto, se pueden extraer las siguientes consecuencias.

A) Responsabilidad por el hecho propio (responsabilidad personal). El sujeto sólo es responsable por sus conductas, y nunca será responsable de las conductas llevadas a cabo por otros.

B) Responsabilidad penal del acto (responsabilidad por el hecho). Debe tenerse en cuenta el acto cometido y todo lo que a éste concierne, pero no debe atenerse a conductas personales del auto para atribuir la responsabilidad por el acto.

C) Responsabilidad penal subjetiva. Necesariamente el sujeto

debe ser imputable, contar con pleno conocimiento de la norma y de que su actuar es contrario a la misma. Debe mediar un nexo psicológico concretado en la existencia de dolo o culpa.

El principio de culpabilidad, pues, supone la imposibilidad de atribuir responsabilidad por hechos respecto a los que no exista ni dolo ni culpa del autor, pero previamente probados en cuanto a su imputación objetiva. La prueba de la culpabilidad en sentido jurídico-penal y como elemento del delito corresponde al Estado, y en este sentido forma parte del derecho a la presunción de inocencia. Desde este plano, la presunción de inocencia representa un límite frente al legislador. En virtud de ese límite, y dada la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad.

El principio de culpabilidad, que se expresa con la fórmula latina *nullum crimen sine culpa,* es un axioma indiscutido en el Derecho Penal y uno de los pilares esenciales del Derecho moderno, y es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria, rector y límite de cualquier política criminal.

El principio de culpabilidad ha sido elaborado por la doctrina alemana, profundizando constantemente en sus orígenes históricos y filosóficos y sobre todo en el análisis de su evolución jurídica en este siglo, dando vida a una producción científica que es imposible resumir aquí. Pero el término culpabilidad, tal como lo conocemos, tiene el siguiente sentido: por un lado, se concibe la culpabilidad como una categoría o elemento de la teoría del delito que permite aplicar una pena al autor de un hecho tipificado en la ley penal y no amparado por causa de justificación alguna, y por otro, se habla de la culpabilidad como un principio supremo de política criminal, de buena política criminal, que inspira o debe inspirar la intervención del poder punitivo del Estado. En este trabajo, principalmente nos referimos al principio de culpabilidad como límite político criminal del *ius puniendi,* con su necesaria concreción en relación con la individualización de la pena.

El principio «no hay pena sin culpabilidad» significa que para que alguien pueda ser castigado con una pena es necesario que la realización del hecho injusto le sea personalmente reprochable. Culpabilidad es reprochabilidad. El principio de culpabilidad se considera de rango constitucional y se reconoce en la ciencia penal alemana sin apenas excepciones.

A mi juicio, como ha señalado ARROYO ZAPATERO, el principio de culpabilidad encuentra su explícita consagración constitucional en la presunción de inocencia, que está consagrado en el Art. 12 de la Constitución de El Salvador. En este sentido se pronuncia

la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de uno de abril de 2004 relativa a la Ley Antimaras.

Siguiendo a ARROYO ZAPATERO, hay que entender por principio constitucional de culpabilidad: por una parte, la exigencia de atribuibilidad personal del hecho a su autor, en el sentido de limitar la responsabilidad objetiva y las presunciones de imputación; y por otra parte, la necesidad de una categoría en el concepto técnico de delito a la que se reconduzcan -como presupuesto de la dirección de la norma y de la aplicación de la pena- la exigencia de que el sujeto sea capaz de resultar normalmente motivable por la norma, y de que conozca o pueda conocer la antijuricidad de su conducta.

HASSEMER señala que a pesar del «bombardeo» a que viene siendo sometido el principio de culpabilidad, al que intentó segar la hierba bajo los pies el determinismo impugnando el libre albedrío y asignando las corrientes «defensistas» medidas penales para el no culpable, las cuales son aceptadas hoy en la mayoría de los países, ello no debe llevar a renunciar al principio de culpabilidad. Este representa un factor esencial en la evolución de los sistemas jurídicos. El principio cumple, al menos, cuatro cometidos esenciales:

1. Posibilitar la imputación subjetiva. En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifiesto un esquema fundamental de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esa lesión. Por ello, el Derecho Penal debe partir del dogma del hecho. Y, además, del hecho propio, de tal modo que, por una parte, no cabe la tipificación como delito de otra cosa que no sean conductas objetivamente perceptibles y, por ello, está vetada la sanción penal de formas de vida o comportamientos predelictuales o simples manifestaciones del pensamiento que componen la amenaza contra «tipos criminológicos de autor».

Pero aludir a la imputación subjetiva significa también tomar en consideración las condiciones psíquicas del autor y determinar en qué grado es atribuible a él el hecho cometido. El hecho debe pertenecer al autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una «racionalidad normal», que permita verlo como obra de un ser responsable. Si, por las circunstancias -personales o ambientales- que concurran, la llamada de la norma no puede motivarle con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es ilícito -en virtud del principio constitucional de igualdad- castigarle como si no poseyera esta inferioridad.

2. Excluir la responsabilidad por el resultado. Esta segunda dimensión del principio supone un perfeccionamiento del primero, en la medida en que se diferencian modos de causación afirmando que el culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo. Una responsabilidad por el mero azar es contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde hace siglos las diferencias en las relaciones del hombre con su mundo circundante, y que no sólo registran estas diferencias, sino que también las valoran.

3. Diferenciar grados de participación interna. Como necesaria consecuencia de lo anterior, deben diferenciarse y valorarse grados de responsabilidad. Esto significa para los penalistas una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo.

Admitido el principio de culpabilidad unánimemente, según MUÑOZ CONDE, significa que asumir la exclusiva punición del delito doloso y del delito culposo no prejuzga en absoluto cuál es el sistema en que ambas formas delictivas se integran: el clásico o el nuevo.

4. La cuarta dimensión del principio de culpabilidad penetra en el estudio de la medición de la pena. En ella se discuten los criterios sobre la sanción equitativa y justa del delincuente. Conforme al mandato constitucional de igualdad, la consecuencia jurídico-penal debe tratar desigualmente lo que es desigual, como los grados de participación interna.

Hoy se admite generalmente como señala MIR que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto no pudo prever ni evitar el hecho, no cabe imponer pena alguna.

El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio. Aunque se trate de una concretización vaga e incompleta, la intensidad de la participación interna es un criterio plausible y decisivo para la medición de consecuencias jurídico-penales proporcionadas. Ello, también, en referencia a las condiciones cognoscitivas y emocionales de la actuación del delincuente y la forma en que deben ser valoradas. Pero hay que tener en cuenta que también hay otros criterios de proporcionalidad de las consecuencias jurídico-penales que provienen del injusto mismo y del grado de afectación del bien jurídico.

El principio de culpabilidad se configura, en definitiva, como un límite político criminal del *ius puniendi*. En consecuencia, el principio

de culpabilidad constituye el criterio rector de la política criminal y de la legislación penal, que preserva las garantías de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano, entre ellos, en particular, el derecho constitucional a la presunción de inocencia que proclama el Artículo 12 de la Constitución de la República.

Al tratar el tema de la presunción de inocencia surge, inevitablemente, el problema de la posible inconstitucionalidad de las presunciones inversas de culpabilidad, contenidas en algunos Códigos Penales. Como ha señalado MESTRE DELGADO, el derecho a la presunción de inocencia representa una insoslayable garantía procesal que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, gozando de una presunción *(iuris tantum)* de ausencia de culpabilidad.

Pero la constitucionalidad de las presunciones debe ser analizada a la luz, tanto de los principios constitucionales del Derecho Penal, como de los principios probatorios del Derecho Procesal Penal. En el plano del Derecho Penal sustantivo, la presunción de inocencia representa un límite frente al legislador. En virtud de ese límite, y dada la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos todos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en «hechos presuntos» (hechos que se presume ha realizado el autor, aunque de ello no exista prueba alguna) o, lo que es lo mismo, en «presunciones de culpabilidad».

El principio de culpabilidad es, por tanto, el punto cardinal para apreciar la constitucionalidad de una presunción. Por ello, la vulneración del principio de presunción de inocencia en su vertiente material, es una vulneración del principio de culpabilidad en la medida en que una norma puede establecer, en relación al sujeto que realiza una determinada conducta, una imputación *iuris et de iure* de la comisión de un injusto penal, existiendo posibilidades en contra de esa relación impuesta como jurídicamente necesaria. Al sujeto, en definitiva, se le reprocharía un hecho que no necesariamente ha perpetrado.

La consideración de la culpabilidad, como elemento del delito, implica la afirmación de que sin ella no puede imponerse pena. La culpabilidad es condición indispensable, previa a la pena, y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. Pero las afirmaciones del principio de culpabilidad no impiden que la legislación a veces incurra en flagrantes negaciones al mismo. Negación de este principio son los delitos cualificados por el resultado y los llamados delitos de sospecha.

Los delitos de sospecha suponen una infracción al principio de culpabilidad consagrado por el Derecho Constitucional. La doctrina

dominante en Alemania considera los delitos de sospecha como el reverso procesal del principio material de culpabilidad. No obstante, hay autores que ponen en tela de juicio la relación existente entre el principio de culpabilidad y los delitos de sospecha. A mi juicio, el atenerse a la sospecha de un hecho doloso infringe de modo evidente el principio de culpabilidad.

5.3. Culpabilidad por el hecho.

La crisis de la concepción normativa de la culpabilidad, debida fundamentalmente al cuestionamiento de la libertad de voluntad y a la imposibilidad de acreditar en el caso concreto el poder actuar de otro modo, condujo al abandono del concepto de reproche en el ámbito de la culpabilidad y al debilitamiento de las teorías retribucionistas de la pena, al mismo tiempo que se imponían las concepciones prevencionistas, sobre todo en su vertiente de prevención general. Sin embargo, lo cierto es que, pese a la superación de la retribución como fin de la pena, el criterio retributivo nunca ha podido ser abandonado en el ámbito punitivo. Ello obedece, principalmente, a la dosis de proporcionalidad que aporta en la cuantificación de la pena, sin olvidar tampoco que —eufemismos aparte— en los criterios de prevención general, siempre se guarecen importantes cuotas de retribucionismo, pues detrás de la idea del fortalecimiento del Derecho, de la estabilización de las expectativas jurídicas y de la fidelidad y confianza en la norma late, sin duda, un concepto retributivo de justicia, tamizado, eso sí, por concepciones sociológicas que parecen aligerar sus matices de legitimación metafísica.

Así las cosas, no debe extrañar que en los últimos tiempos se haya ido imponiendo en el ámbito doctrinal y jurisprudencial una concepción dialéctica y plural de los fines de la pena, en la que destaca en el capítulo de la individualización la reimplantación del principio de culpabilidad, si bien con una perspectiva garantista encauzada a limitar y controlar los posibles excesos que pudiera generar en la práctica la acentuación de las funciones preventivas.

Dentro de esa línea doctrinal destacan, por su elaborada concepción y por la aceptación obtenida, las tesis mantenidas por ROXIN. Este autor defiende una teoría mixta preventiva de la pena y excluye, por tanto, que la retribución pueda ser uno de los fines de la pena. Sin embargo, aunque renuncia a toda retribución como fin específico de la pena, sí admite la intervención del componente retributivo como elemento limitador de la magnitud punitiva.

Distingue ROXIN, en efecto, siguiendo a ACHENBACH, entre la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición judicial de la pena. Desde la primera perspectiva, se atiende

al concepto sistemático jurídico de culpabilidad, considerada como asequibilidad normativa y capacidad para comportarse conforme a la norma.

En cambio, en lo que respecta a la culpabilidad como criterio de medición judicial de la pena, ROXIN afirma que, si bien no cabe acoger la retribución como fin de la pena, sí debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta un elemento decisivo de la teoría de la retribución: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. Adquiere así el principio de culpabilidad rango constitucional en su función limitadora de la pena. Y en cuanto a la determinación del grado o cuantía de la culpabilidad, se habría de determinar por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados.

Dentro de este mismo contexto, es importante reseñar que ROXIN subsume los conceptos de culpabilidad y de necesidad preventiva de pena en el macroconcepto de responsabilidad jurídico-penal. De forma que la pena presupone siempre culpabilidad, lo que significa que ninguna necesidad preventiva de penalización, por elevada que sea, puede justificar una sanción excesiva que contradiga el principio de culpabilidad. La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad entraña únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho Penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.

Y en lo que atañe al ámbito estricto de la individualización, afirma que ha de fijarse dentro del marco legal un submarco delimitado por el criterio de la pena adecuada a la culpabilidad, espacio o margen de libertad (teoría del espacio de juego) a través del cual ha de moverse el juez con arreglo a criterios preventivos. Puede, pues, imponer cualquier pena que esté dentro de los límites del submarco de la culpabilidad, eligiendo en cada caso aquella que le parezca más conveniente, sobre todo para alcanzar la resocialización.

ROXIN advierte que no cabe rebasar el límite superior de ese submarco adecuado a la culpabilidad, aduciendo razones preventivas generales o especiales, pues el principio de culpabilidad cumple precisamente la función de imponer límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido. Sin embargo, no se opone a que el límite inferior de ese submarco sea reducido hasta el mínimo del marco legal por razones de prevención especial.

A criterio de JESCHECK, la pena sirve a la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, correspondiendo al principio de culpabilidad tanto una función fundamentadora de la pena como una función limitadora de la misma. Y añade que la culpabilidad del reo es el fundamento de la individualización penal, si bien matiza que la culpabilidad a que se refiere atañe no sólo al hecho, sino también a la personalidad del delincuente, abarcando el injusto culpable en su totalidad.

Dentro del criterio de la culpabilidad para la determinación de la pena, es de destacar la labor realizada por STRATENWERTH para pulir el concepto limitándolo a lo que considera la culpabilidad por el hecho, concepto que delimita negativamente, excluyendo de la culpabilidad todo lo relativo a la culpabilidad de disposición o carácter. A juicio de este autor, habría que dejar fuera de ese concepto los factores que hasta ahora se han incluido en él bajo el título de consideración total de la personalidad del autor, factores que en el futuro sólo habrían de ponderarse desde la perspectiva de la prevención especial.

Por tanto, a la pura culpabilidad por el hecho han de pertenecer todos los elementos que fundamentan en sentido dogmático la adecuación típica, la antijuridicidad y la culpabilidad. En este sentido, resultarán significativos, según STRATENWERTH, la forma de comisión del delito, el propósito y los motivos del autor y la existencia de una situación de coacción o necesidad. Por el contrario, deberán quedar fuera la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter y la actitud del autor y su comportamiento con posterioridad al hecho (el revelado en el proceso penal, así como su arrepentimiento, la reparación del daño causado, etc.).

En el ámbito de la doctrina española ha tenido notable aceptación la implantación del principio de culpabilidad como criterio restrictivo en la medición de la pena. Y así, MIR PUIG se muestra partidario de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con la que ofrecen otros principios limitadores, debiendo conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva. En este sentido, y al tratar el tema de la determinación judicial de la pena, argumenta que en un Estado social y democrático de Derecho el Derecho Penal ha de proteger a la sociedad mediante una prevención general y una prevención especial sometidas a ciertos principios limitadores, entre los que cita el de culpabilidad, el de proporcionalidad y el de resocialización.

Para RODRÍGUEZ MOURULLO, sólo el principio de culpabilidad, y no el de mera responsabilidad subjetiva cifrada en la exigencia de dolo o imprudencia, conjura eficazmente el peligro de la pena injusta.

Según LUZÓN PEÑA, la concepción más correcta para la medición de la pena es la que denomina teoría del límite máximo marcado por el hecho culpable (y la consiguiente necesidad de prevención general), según la cual la gravedad del injusto y de la culpabilidad (o de la culpabilidad como a veces se dice simplificadamente) puede imponer, si es reducida, un límite superior a la pena concreta por debajo del límite máximo del marco penal típico o abstracto, pero no impone límites inferiores por encima del límite mínimo de ese marco penal legal.

BACIGALUPO ZAPATER, enfatizando de forma clara su operatividad, afirma que el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. El principio de culpabilidad se propone, pues, evitar que una persona pueda ser tenida como un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona. Y refuerza todavía más este principio al aseverar que tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado condiciona el sí de la pena; por el otro, el cuánto de la misma. Lo que quiere decir que sólo es punible el autor si ha obrado culpablemente y que la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad.

Por lo demás, este autor ha llevado a la práctica jurisdiccional el principio de la culpabilidad por el hecho, como criterio cercenador de la cuantía punitiva, especialmente con motivo de la aplicación de la agravante de reincidencia.

En la misma línea del anterior se muestra CHOCLÁN MONTALVO. Para éste, el principio de culpabilidad está llamado a cumplir una importante función en el actual desarrollo de la dogmática penal, pues es el principio más transparente para garantizar la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del autor manifestada en la gravedad del injusto y en la gravedad de la culpabilidad *stricto sensu*, magnitudes básicamente graduables. La pena tiene aún un sentido retributivo como compensación de la culpabilidad por el hecho cometido, sin que sea posible renunciar a las funciones del principio de culpabilidad, fundamentalmente, al efecto limitador de la pena que conlleva, impidiendo que razones preventivas puedan determinar la aplicación de la pena por encima del marco adecuado todavía a la culpabilidad. Sin embargo, advierte -siguiendo a ROXIN- que este marco sí podría

sortearse en su límite inferior en los casos en que lo requirieran las necesidades de reeducación del penado, es decir, cuando el cumplimiento de la pena por la culpabilidad produzca consecuencias desocializadoras para el reo, pero siempre respetando el mínimo retributivo exigido por la necesaria defensa del orden jurídico establecido.

También Demetrio CRESPO se muestra claramente partidario del principio de culpabilidad como concepto limitador de la cuantía punitiva. Considera este autor que el principio de culpabilidad sólo tiene carácter constitutivo para el "sí" de la pena (en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad), pero como medida de la pena adquiere únicamente una función de limitación. Y matiza que sólo el concepto de la culpabilidad por el hecho puede ser utilizado en la individualización judicial de la pena, mientras que otros conceptos como la culpabilidad por la conducción de vida, la disposición o el carácter han de ser rechazados, y ello, principalmente, porque la culpabilidad presupone injusto, y el Derecho ni prohíbe ni ordena un determinado carácter o una determinada conducción de vida.

Estas consideraciones doctrinales resultan razonables en su encomiable pretensión de limitar, a través del principio de culpabilidad, los excesos punitivos que pudieran derivarse de la aplicación de los fines preventivos generales y especiales. Sin embargo, desde la perspectiva de la práctica jurisdiccional no siempre resulta fácil operar con el criterio del principio de la culpabilidad para concretar el marco legal.

En efecto, las tesis propuestas requieren la creación de un submarco dentro de los límites del marco legal, submarco que se configuraría mediante el principio de culpabilidad. Sin embargo, en la práctica resulta excesivamente compleja la fijación de ese espacio de juego y el motivarlo procesalmente.

En primer lugar, porque no se cuenta con unos criterios orientativos legales mínimamente claros y concisos. En segundo término, porque en el criterio de la culpabilidad por el hecho, ha de operarse con elementos objetivos relativos al injusto del caso concreto que aporten proporcionalidad a la pena imponible, elementos que ni son fácilmente extraíbles del supuesto a enjuiciar, ni contienen unas connotaciones que sirvan para frenar las extralimitaciones de la prevención general, ya que en la mayoría de los casos esos criterios objetivos del injusto son los que fundamentan las razones de prevención general.

Por último, también genera notables complicaciones la aportación de elementos subjetivos centrados en las circunstancias personales

del imputado. Y ello porque se pisa un terreno notablemente resbaladizo en el que es fácil deslizarse hacia un Derecho Penal de autor. A ello han de sumarse las dificultades que se presentan a la hora de deslindar las circunstancias personales relativas a la culpabilidad y las que corresponden al ámbito de la prevención especial, dificultades que impiden delimitar ambos campos y obstaculizan la labor garantista de freno que ha de cumplimentar el principio de culpabilidad.

De la complejidad y de la dificultad de la tarea encomendada al juez da cuenta el propio STRATENWERTH cuando afirma que al juez se le impone la realización de una tarea prácticamente irrealizable: establecer en primer término la pena adecuada a la culpabilidad y luego averiguar la pena adecuada a los fines preventivos. Y en términos similares se pronuncia HASSEMER al considerar que, si bien el principio de culpabilidad posibilita una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio, se trata sólo de una concretización vaga e incompleta.

Así las cosas, no puede sorprender lo extraño que resulta en la praxis jurisdiccional la delimitación de los campos de la culpabilidad y de la prevención general y especial a la hora de determinar la cuantía de las penas.

6. La prevención general y la culpabilidad.

El concepto de prevención general negativa alude a la prevención frente a la colectividad y concibe a la pena como medio intimidatorio para evitar que surjan delincuentes. En cambio, la prevención general positiva -también llamada estabilizadora o integradora- busca como fin la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto por el Derecho.

Dentro ya del ámbito de la individualización judicial de la pena, ROXIN estima que la prevención general opera de tres maneras. Una primera, que es la forma normal de actuar la prevención general, se centra en la pena adecuada a la culpabilidad. Más allá de la pena adecuada a la culpabilidad sólo habría una prevención intimidatoria, que estaría prohibida pues conllevaría la imposición de una pena superior a la que permite la culpabilidad. Finalmente, la "defensa del ordenamiento jurídico" sería la última forma de prevención general, su límite último de contención. Para este autor, la pena adecuada a la culpabilidad sirve a la prevención general, en tanto que consigue que la condena sea aceptada por la sociedad como una condena adecuada (justa), ayudando así a la estabilización de la conciencia jurídica general.

Así pues, para ROXIN la prevención general positiva que defiende, ha de operar en la individualización judicial de la pena normalmente a través del marco de la pena adecuada de la culpabilidad, de modo que la pena que se ajustara al principio de la culpabilidad cubriría las exigencias de prevención general. Sólo en casos excepcionales, en concreto cuando las necesidades de prevención especial pretendieran rebajar excesivamente ese submarco, situándolo en una magnitud incomprensible para el sentimiento jurídico general, intervendría la prevención general de forma extraordinaria en defensa del ordenamiento jurídico.

En el ámbito doctrinal español, y desde la perspectiva de la prevención general intimidatoria, ha sido cuestionada la concepción de ROXIN por LUZÓN PEÑA. A juicio de este autor, la posición de ROXIN no es satisfactoria porque coloca en el centro de la prevención general a la pena por la culpabilidad y, pese a los esfuerzos que hace para desligarla de la retribución, hablar de prevención o pena compensadora de culpabilidad, merecida, sentida como justa o de dar satisfacción a los sentimientos de justicia, sigue pareciéndose demasiado a la retribución.

En cualquier caso, en este debate se aprecian en gran medida más diferencias de índole nominal o formal que realmente de fondo.

Pues lo cierto es que al atenderse en la individualización de la pena a criterios axiológicos del injusto, en el caso concreto para limitar posibles excesos punitivos por razones de prevención, siempre acabarán aflorando pautas retributivas, ya las cobijemos bajo el nombre de culpabilidad por el hecho orientada a fines de prevención positiva o como exigencias para la eficacia de la intimidación general.

No todos los autores admiten, sin embargo, que puedan operar los criterios de prevención general, ya sea ésta positiva o negativa, en la individualización judicial de la pena. Por el contrario, se han aportado importantes argumentos en contra de la posibilidad de que intervengan razones de prevención general en la determinación judicial de la pena.

En este sentido se manifiesta GARCÍA ARÁN cuando distingue dentro de la prevención general una fase de conminación y otra de aplicación punitiva. En la primera se atendería a la necesidad intimidatoria con respecto a los hechos que se quieren evitar desde el punto de vista del legislador, y en la segunda se concretarían por el juez esas exigencias conminativas ante el hecho ya producido, dándose cumplimiento a la amenaza penal. No puede discutirse -sigue diciendo la autora- que para la eficacia de la prevención general sea necesaria la aplicación de la pena, ni tampoco que ésta produzca efectos preventivos generales; pero una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivos generales y otra muy distinta que el juez deba perseguirlos como objetivo específico y como materia propia de su cometido.

Abundando en la misma dirección, argumenta GARCÍA ARÁN que la ley penal debe prever los potenciales hechos delictivos y fijar el mínimo de pena que considere suficiente para evitarlos, atendiendo a criterios de proporcionalidad, pero al juez no debe preocuparle la actuación posterior de los ciudadanos que no estén -por el momento- sometidos a juicio y mucho menos preocuparse incrementando la sanción del que en ese momento se juzga, pues ello supondría instrumentalizar al reo con fines de prevención general.

Por último, nos parece importante recoger, dada la perspectiva judicial que pretendemos dar a nuestro estudio, unas reflexiones relacionadas con la función jurisdiccional: el juzgar y ejecutar lo juzgado -dice GARCÍA ARÁN- se refiere a una valoración y a una actividad recayentes sobre el caso concreto y limitadas por éste, sin que en ello quepa incluir la necesidad de evitar otros del mismo calibre. Ello no niega la finalidad preventivo general de las penas, pero sí la cuestiona como objetivo prepotente en el enjuiciamiento, pues la instancia en la que deben decidirse las necesidades que afectan a toda la colectividad, aquella en que ha de mirarse el interés general y plasmarse el carácter de generalidad de la norma penal queda reservada a un sector concreto

del Estado, cuya capacidad de decisión se asienta sobre el poder legislativo, sin que deba dejarse, en consecuencia, la determinación de las exigencias del interés general en cada momento a los miembros del poder judicial.

Esta opinión la ha ratificado posteriormente, al afirmar que la sumisión de los jueces al imperio de la ley se respeta ya con la aplicación de los marcos penales legales sin necesidad de que realicen una específica opción por la prevención general, en la que estaría implícita, a su vez, una opción por la mayor o menor necesidad de protección de los bienes jurídicos.

En la misma línea de denegar la operatividad de la prevención general, en la individualización judicial de la pena se ha mostrado ZUGALDÍA ESPINAR, para quien la prevención general debería constituir el único fin de la pena en el estadio de la conminación legislativa, mientras en el estadio de la individualización judicial, sólo deberían entrar en consideración las exigencias de la prevención especial. Y ello, tanto por razones ético-sociales como de índole empírica, sin olvidar la mayor racionalidad y funcionalidad que supondría para la determinación de la pena, el no mezclar las dos modalidades de prevención con el fin de que no entren en conflicto.

Y también CRESPO cuestiona la aplicación de la prevención general en la determinación judicial de la pena, pues considera que la fase de individualización de la pena por el juez, ha de estar ligada a las exigencias de prevención especial, sin que sea lícito entender que las exigencias de prevención general deban directa o indirectamente jugar un segundo papel de carácter agravatorio, complementario al que desarrollaron en la fase conminatoria de la ley. Para este autor, la prevención general desarrolla su papel en un momento anterior (determinación legal) y en un momento posterior (la propia imposición de la pena, que confirma la conminación legal) a la individualización judicial de la pena, pero no en esta misma fase de individualización.

En otro orden de cosas, y analizando la prevención general en su vertiente empírica, es evidente que carecemos de datos concretos y de verificación práctica que nos permitan constatar cuáles son los efectos de la intimidación de la pena, ni tampoco en qué medida su imposición fortalece el sentimiento jurídico de la comunidad, consolida la confianza y la fidelidad del ciudadano hacia la norma o reafirma la vigencia del Derecho. No existen estudios psicológicos, ni sociológicos rigurosos que permitan verificar cómo operan la conminación punitiva y la imposición y el cumplimiento de la pena en el entramado social. Tal carencia ha llevado a PÉREZ MANZANO a afirmar que la insuficiente constatación empírica de los distintos efectos de la pena,

nos aboca a una teoría mixta, en la que han de conjugarse los distintos efectos de la pena.

Y si la prevención general carece de una contrastación práctica que la fundamente con fehaciencia, como fin preponderante de la pena, la versión funcional-sistémica de JAKOBS acentúa todavía más las dificultades para una legitimación empírica. Como es sabido, en esta concepción la pena tiene como fin la estabilización o confirmación de la norma, y no el evitar la lesión de bienes jurídicos. La misión de la prevención general positiva ha de ser que la sociedad aprenda las alternativas de conducta válidas en el juego social y qué expectativas son correctas y cuáles no. Por lo demás la culpabilidad queda, en cierta medida, absorbida por necesidades preventivo-generales de la pena y la imposición y la cuantía de ésta pasa a depender del grado de necesidad que el sistema social precise, para mantener la confianza en el Derecho y de las posibilidades de procesar o asimilar el conflicto suscitado por el delito, con otros medios alternativos a la pena.

Como puede comprenderse, no resulta fácil verificar empíricamente cuándo es posible asimilar el conflicto social generado por el delito mediante procedimientos alternativos a la pena; ni cuáles son las expectativas concretas que tiene el ciudadano sobre el cumplimiento de la norma; ni las posibilidades de estabilizar en un caso concreto la confianza jurídica en el orden perturbado; ni tampoco cuándo se pone en peligro la estabilización general de las expectativas normativas; ni, en fin, otra serie de parámetros macrosociológicos con los mismos tintes de ambigüedad y abstracción que los que se acaban de exponer.

La teoría preventiva general sistémica de JAKOBS ha sido objeto de severas críticas por penalistas de diferentes tendencias, atribuyéndole entre otras objeciones: una excesiva normativización del concepto de culpabilidad; la instrumentalización de la persona en beneficio del sistema; la funcionalización del individuo al servicio de intereses sociales; el incurrir en una falacia "normativista"; el acoger una concepción autoritaria, expansiva, tecnocrática y neorretribucionista del Derecho Penal; y el favorecer la legitimación conservadora del sistema al dificultar las posibilidades de su cuestionamiento interno.

Llegados a este punto, conviene hacer algunas reflexiones desde una perspectiva estrictamente judicial sobre la prevención general en la individualización de la pena. La primera la centramos en subrayar la importancia que el marco de la culpabilidad por el hecho puede cumplir al dictar una sentencia penal en la función de contener y limitar las posibles extralimitaciones de los criterios prevencionistas. De tal forma que, aun reconociendo -tal como se argumentó en otro momento- las dificultades que concurren para fijar dentro del marco legal de la

pena, un *espacio de juego* acotado por el concepto de la culpabilidad por el hecho, no puede obviarse que esta delimitación sí puede contribuir a evitar los excesos punitivos.

Nos referimos con ello a los procesos en que, ya sea por la relevancia social del hecho delictivo en concreto o por la alarma que la repetición de ciertas conductas delictivas generan en algunos sectores sociales, las razones de prevención general tienden a exasperar la cuantía punitiva. A este respecto, debe destacarse la influencia que en la sociedad actual tienen los medios de comunicación de masas a la hora de moldear la conciencia ciudadana, en orden a la confianza en el sistema jurídico y a las exigencias de respuesta retributiva del sistema penal.

En este contexto no puede extrañar que en el enjuiciamiento de algunas conductas delictivas (violencia familiar, agresiones contra la libertad sexual, delitos contra las personas en locales de ocio para la juventud, tráfico de drogas en algunas zonas urbanas, etc.) los precondicionamientos extraprocesales afecten de forma muy especial a todo el desarrollo del procedimiento. De modo que el juez tiene que hacer un ejercicio de autodisciplina para no dejarse arrastrar en la ponderación de sus decisiones por las presiones sociales. Y si ello se percibe con claridad en la fase procesal de la prueba de los hechos y en la calificación jurídica, corriéndose incluso el riesgo de que la presión social influya en las percepciones probatorias y en las interpretaciones jurídicas, produciendo en algunos supuestos una interacción patológica entre los planos fácticos o descriptivos y los normativos o prescriptivos, mayores riesgos se corren todavía en lo que atañe al ámbito de la medición de la pena.

En efecto, en el área concreta de la individualización judicial de la pena, y propiciado por las carencias de motivación que suele padecer este apartado de la sentencia, no resultaría nada extraño que las exigencias de respuesta punitiva, provenientes de la llamada alarma social, acabaran predeterminando una pena que no se correspondiera con el injusto culpable acreditado en el curso del proceso. Se podría así llegar a establecer una sanción penal que no se ajustara a la gravedad del hecho concreto que se juzga ni a la motivabilidad normativa del reo.

Pues bien, en estos casos es donde el sub-marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho, ha de actuar como freno o contención para que el juzgador, al fijar el límite máximo de la pena, no se deje arrastrar por unas exigencias de prevención general que, aparte de obedecer en muchas ocasiones a criterios de emotividad o irracionalidad, conduzcan a la instrumentalización del reo para la cumplimentación de fines macrosociales no siempre justificados, con

la consiguiente vulneración de derechos y valores constitucionales de incuestionable vigencia: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad.

El problema serio y real surgirá cuando el juez cuente con datos empírico-sociales concretos y contrastados que demanden, ya sea por la frecuencia estadística de una infracción determinada o por una alarma real y fundada en un contexto social específico, la necesidad de agotar el marco legal íntegro de la pena o de exacerbar ésta hasta el límite superior del sub-marco de la culpabilidad por el hecho (gravedad del injusto concreto más culpabilidad en sentido estricto o motivabilidad normativa).

Ubicados en esa tesitura, compartimos la argumentación de GARCÍA ARÁN cuando advierte que no es lo mismo el efecto preventivo producido por la pena adecuada al delito, que la valoración de la gravedad del delito a partir de la necesidad preventiva.

Por consiguiente, en los casos en que ciertos factores sociales, rigurosa y seriamente contrastados, demanden un incremento punitivo por motivos de prevención general positiva, se introduciría una grave distorsión en toda la racionalización del sistema punitivo si se atendiera a esos condicionamientos para fijar la gravedad del injusto del hecho punible y se estableciera, merced a ellos, la pena dentro de la cota más alta del marco legal. Pues si la cuantificación del injusto culpable del hecho concreto ha de servir, a través del principio de la culpabilidad por el hecho, como freno o límite de las necesidades preventivo generales y especiales, difícilmente se podría operar con ese límite si ante eventos sociales externos a la conducta concreta del imputado, pudiera el juez saltarse el principio de culpabilidad como factor de control de la magnitud punitiva.

Al plantear una cuestión como la que se acaba de exponer, se detectan algunos equívocos y disfunciones en las tesis de ROXIN, relativas a la intervención normal de la prevención general positiva a través del principio de culpabilidad.

Nos estamos refiriendo a sus afirmaciones en el sentido de que la magnitud de la culpabilidad misma viene influida ya por la prevención general, por cuanto, al depender de modo relevante de la gravedad de la lesión del bien jurídico, que, por su parte, se basa en el valor que ese bien jurídico tiene para la sociedad, el interés preventivo se convierte directamente en un factor determinante de la magnitud de la culpabilidad. Y asimismo cuando argumenta que la pena por la culpabilidad no recibe su sentido de la retribución, sino que es un instrumento de prevención y también que incluso en su magnitud viene

determinada por las necesidades preventivas. O cuando señala que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención socialmente integradora.

En estas afirmaciones puede apreciarse la extraordinaria permeabilidad que postula este autor entre el principio de culpabilidad (entendido como injusto culpable) y los intereses preventivo generales, permeabilidad que dificulta, obviamente, que aquél principio pueda operar como freno de las exigencias impuestas por la prevención general positiva. Y es que resulta muy probable que esa fluidez de límites y esa interacción entre el principio de culpabilidad y la prevención general positiva derive en una absorción de aquél por ésta. Máxime si se pondera que el concepto que el ciudadano tiene de pena justa o adecuada suele cimentarse sobre factores sociales ajenos a la estricta conducta delictiva.

Con respecto a esto último, se percibe cierta ingenuidad en la equiparación que ROXIN hace entre la pena correspondiente al submarco establecido con arreglo al principio de culpabilidad y la que el ciudadano considera como pena justa o adecuada, pues todo deja entrever que la sociedad tiende a reclamar justicia exigiendo la extralimitación de la pena correspondiente al injusto culpable del caso concreto.

Si queremos introducir, por tanto, cierta racionalidad, rigor y funcionalidad en la individualización judicial de la pena, mediante su control a través del principio de culpabilidad (entendido como proporcionalidad entre la gravedad del injusto del hecho delictivo en concreto y la pena, y como culpabilidad en sentido estricto: motivabilidad normativa), no parece factible que intervengan en la fijación de los límites del espacio de juego factores relativos a la prevención general.

De no ser así, y en caso de computar esas circunstancias para cuantificar el límite máximo del espacio de juego marcado por el principio de culpabilidad por el hecho, se correría el riesgo de instrumentalizar al imputado por razones sociales de índole coyuntural, imponiéndosele la pena con base a hechos que es posible incluso que no conozca. Estaríamos, en fin, conculcando los imperativos kantianos al tratar a la persona como medio y no como fin.

De esa forma, se acabarían dictando sentencias comúnmente conocidas como ejemplarizantes o ejemplificadoras, a través de las cuales el proceso penal se extralimita en sus funciones al buscar razones extraprocesales de índole general que cosifican a la persona del imputado en aras de un indeterminado *bien común*, cuya obtención no parece que sea la función específica del juez que conoce de un caso concreto.

Ahora bien, la cuestión adquiere matices diferentes cuando el juez, operando ya dentro de los límites marcados por el principio de culpabilidad por el hecho, atiende a factores de prevención general positiva para cuantificar la pena del caso concreto. Pues, una vez ubicados dentro de ese sub-marco (en cuanto que se halla comprendido dentro del marco concreto legal), no parece, en principio, ya tan problemático que el juez opere en situaciones singulares, debidamente contrastadas, con factores extraídos de la realidad social para fijar la pena concreta, con arreglo también a criterios de prevención general orientados hacia la pacificación social y a la estabilización de la confianza en el Derecho.

En esos casos no puede negarse que concurren algunas razones de peso a favor de la aplicación de criterios propios de la prevención general positiva en la medición de la pena. En efecto, puede argumentarse que es preferible que esos factores de coyuntura social, a los que es muy difícil excluir de la práctica procesal, intervengan de forma expresa y diáfana a que lo hagan de forma larvada, ya que al plasmarlos en la sentencia podrán controlarse jurisdiccionalmente, tanto los intentos de rebasar el límite del injusto culpable, como la acreditación probatoria de los factores sociales predeterminantes de la prevención general positiva.

Se trata de hechos muy concretos con respecto a los cuales la sociedad, debido a su frecuencia o a su propia entidad, se muestra muy sensibilizada, por lo que al daño o perjuicio del bien jurídico concreto tutelado por la norma penal, ha de sobreañadirse el daño o perjuicio social que en forma de desasosiego o inseguridad genera el incumplimiento de la norma, en un contexto especialmente sensible a infracciones de esa naturaleza.

Hay delitos en que, debido a una serie de circunstancias sociales de conocimiento común, el ciudadano se halla particularmente sensibilizado y muestra una especial preocupación, que puede traducirse en términos de desasosiego o de conmoción social, con todas las connotaciones que conllevan, y que parecen demandar un incremento de pena por necesidades de prevención general positiva con el fin de pacificar el conflicto social y de restaurar la confianza en el Derecho.

Ante situaciones de esa índole, y puesto que parece una obviedad que el juez no puede sustraerse al daño social generado en un contexto determinado, parece que sería menos perturbador que el conflicto se plasmara en la sentencia y se analizara de forma expresa a que acabara operando de forma soterrada, a través del principio de culpabilidad, en la cuantificación punitiva.

Y frente al riesgo de una posible instrumentalización del reo, puede redargüirse que siempre intervendrían tres filtros garantistas que controlarían los posibles excesos punitivos: el marco legal concreto que establece el legislador; el sub-marco configurado por el principio de culpabilidad por el hecho; y las necesidades de prevención especial, que -se insiste una vez más- han de primar siempre en esta fase del proceso sobre las de prevención general. A ello habría de sumarse la exigencia de que el reo tenga conocimiento del factor social que se contempla dentro del criterio de la prevención general.

Sin embargo, no puede ignorarse que en sentido contrario convergen otros argumentos de una sólida fuerza convictiva, que ponen en cuestión la posibilidad de aplicar criterios de prevención general positiva en la individualización judicial de la pena, argumentos que deben prevalecer sobre los anteriores.

De otra parte, tampoco puede obviarse el riesgo que entraña la aplicación, en el ámbito jurisdiccional, de conceptos tan equívocos y abstrusos como los de inseguridad, desasosiego, conmoción o alarma social, pues se construyen sobre unos parámetros extraídos de la realidad social de muy difícil comprobación empírica y con unos componentes de emotividad e irracionalidad muy elevados. De ahí que el legislador no se muestre muy propicio a utilizarlos, sabedor de la incertidumbre que generan y de que su contenido suele configurarse en contextos sociales en los que no siempre prima el rigor y la objetividad.

Por lo demás, debe tenerse en consideración que la propia existencia del proceso penal y de la condena, cumple ya de por sí una función de prevención general que cubre en la mayor parte de los casos las exigencias que el legislador se propuso al establecer la conminación punitiva.

7. La prevención especial y la culpabilidad.

A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. La pena se refiere aquí al sujeto que ya ha delinquido: busca evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Al dirigirse a individuos ya determinados, se la denomina también prevención individual.

Para ROXIN, la individualización de la pena, dentro del sub-marco de la culpabilidad, ha de regirse por criterios de prevención especial.

En la doctrina española también hay un sector importante que defiende que la prevención especial, debe ser el único criterio que opere a la hora de cuantificar la pena dentro del sub-marco de la culpabilidad por el hecho. Dentro de esa línea se encuentran ZUGALDÍA ESPINAR, GARCÍA ARÁN, CHOCLÁN MONTALVO y CRESPO.

Un primer problema que suscita la prevención especial, en la individualización de la pena, se cifra en dilucidar qué circunstancias personales del imputado han de examinarse dentro de la culpabilidad y cuáles han de incluirse en el capítulo de las necesidades de prevención especial.

A este respecto, ya hemos dado cuenta de las tesis de STRATENWERTH centradas en el concepto de culpabilidad por el hecho y en su pretensión de introducir criterios de racionalidad en la individualización de la pena, a través de excluir de la culpabilidad los datos relativos a la personalidad del autor.

En esta misma dirección se manifiesta GÓMEZ BENÍTEZ cuando afirma compartir la pretensión de STRATENWERTH de erradicar del criterio de la culpabilidad por el hecho los componentes referidos a la personalidad del autor, pues considera que ésta debe explicarse con criterios exclusivamente preventivos cuando se habla de medición de la pena. De lo contrario -sigue diciendo- la confusión de los planos de la culpabilidad y de la prevención aumentaría la irracionalidad e inseguridad del proceso de la medición de la pena por el juez, ya que éste tendría que valorar un dato exclusivamente preventivo (como es la personalidad del autor) desde el punto de vista de la culpabilidad, lo que resultaría irracional.

El propósito de encuadrar los datos relativos a la personalidad, carácter, trayectoria de vida y demás elementos personales del autor en el ámbito de la prevención especial y fuera de la culpabilidad por el hecho sólo puede merecer loas, por cuanto racionaliza los problemas

y evita, en efecto, la confusión de planos. Parece claro, por tanto, que ha de tenderse a ello. Ahora bien, una cosa es lo que se quiere y se pretende y otra lo que se puede alcanzar, pues no resulta una labor fácil el excluir los elementos personales del imputado del apartado de la culpabilidad si en ella han de calibrarse las condiciones de imputabilidad y de asequibilidad normativa del justiciable.

Un segundo problema que suscita la prevención especial, en la medición judicial de la pena, se debe al riesgo de acabar convirtiendo el Derecho Penal en un Derecho Penal de autor y no del hecho. A este respecto, ROXIN estima que la llamada culpabilidad por la conducción de vida nunca puede utilizarse para rebasar, en la determinación de la pena, la medida de la culpabilidad por el hecho; por lo tanto, por un hecho de escasa relevancia -dice ese autor- no se puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de vida sea equivocada y haga temer su reincidencia en el delito. Y enfatiza en el mismo sentido afirmando que sólo la culpabilidad existente durante la realización del tipo puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico-penal.

De todas formas, es de sobra conocido que, en la práctica, las circunstancias personales relativas al carácter de la persona, la conducción de vida y la personalidad suelen insertarse larvadamente en la culpabilidad a través de los peritajes psicológicos y psiquiátricos, y también mediante el eufemismo de considerar que estamos ante circunstancias personales que se han reflejado en la ejecución del hecho delictivo enjuiciado.

Por su parte, LUZÓN PEÑA aduce que hay casos en que la idea de prevención especial y las características del sujeto concreto van a generar un trato distinto a unos delincuentes con respecto a otros, y en esa medida entiende que no estamos ante un modelo puro de Derecho Penal del hecho, pero tampoco estaríamos ante un Derecho Penal de autor puro. Pues -sigue argumentando- el auténtico Derecho Penal de autor significa prescindir de que un individuo haya cometido un delito, dejar de lado por completo si ha cometido un hecho concreto, y sancionarle por su peligrosidad o por otro tipo de datos y de características de la personalidad del sujeto. Ello no sucede cuando la gravedad del delito que ha cometido el agente marca un límite máximo, incluso inferior al del marco legal, que opera como límite hasta donde puede llegar la respuesta penal.

La ponderación de las circunstancias personales del imputado en la medición de la pena, con el fin de atender al criterio de la prevención especial no puede, por consiguiente, entenderse como una incursión en el Derecho Penal de autor. Pues, de ser así, el Derecho

Penal tendría que prescindir prácticamente de todas las condiciones personales del autor del delito en la fase de la aquilatación de la pena y centrarse únicamente en el hecho aislado, sin vincularlo a las circunstancias personales del sujeto activo. Tal concepción purista del Derecho Penal del hecho resulta utópica, irrealizable y nada aconsejable por deshumanizada.

Sin embargo, no parece tampoco razonable irse al extremo opuesto y escudriñar a través del proceso penal, en la vida íntegra de una persona. Desde la perspectiva de la prevención especial, resulta idóneo sopesar para la cuantificación judicial de la pena dentro del submarco de la culpabilidad por el hecho, datos relativos a la personalidad y a la forma de vida y carácter del imputado, pero siempre que tengan relevancia para explicar el hecho delictivo. No sería correcto, en cambio, traerlos a colación a los meros efectos de realizar reproches de índole moral al inculpado o cuando carezcan de toda trascendencia para las previsiones de su posible reinserción social.

El tercer problema a examinar dentro de la prevención especial es el relativo a los peligros de manipulación de la personalidad del reo, a través de la imposición de una pena encauzada sustancialmente a la resocialización. El fin de la reincorporación, readaptación o resocialización del autor del delito conlleva, en efecto, importantes riesgos de intervención manipuladora sobre su persona. Ello unido a las cifras de reincidencia y a los fracasos en el tratamiento penitenciario ha permitido hablar de la crisis de la resocialización. Sin embargo, ésta ha de hallarse en el punto de mira de la imposición de la pena, toda vez que con ella no sólo se consigue la reinserción del reo, sino también el beneficio social de la existencia de un menor número de delitos.

Según LUZÓN PEÑA, la solución correcta ha de estar en una resocialización que no pretenda que el sujeto interiorice o asuma como propio el modelo social o sus valores, sino que se limite a intentar convencer o a dar medios al sujeto para que no atente contra bienes jurídicos, comparta o no los valores sociales. Esta resocialización, centrada en el respeto externo a la legalidad penal, sería la única compatible con una sociedad pluralista, mientras que la resocialización que intentara hacer interiorizar o asumir al sujeto los valores sociales, resultaría moralizante en el peor sentido de la palabra o incluso propia de un sistema totalitario. Y es que, como indica MIR PUIG, no se trata de autorizar a través de la pena la interiorización del Derecho Penal por el hecho de que éste proceda de un Estado social y democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con ese modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos, al no ser lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea.

Por último, nos resta por analizar la cuestión referente al límite inferior de la pena cuando se opera con el criterio de la prevención especial. Ya hemos insistido en que el submarco de la culpabilidad por el hecho impide que por razones de prevención especial se supere el límite superior de ese espacio de juego. Sin embargo, se suscita la duda de si puede rebasarse el límite inferior y llegar hasta el mínimo legal cuando lo requieran las exigencias de la prevención especial.

A ello responde en sentido afirmativo ROXIN, pues entiende que debe rebasarse por abajo el límite mínimo de la pena correspondiente a la culpabilidad cuando esta pena produjera efectos perjudiciales para la resocialización. Sin embargo, y ciñéndose al ordenamiento jurídico alemán, manifiesta que en éste no cabe franquear a la baja ese marco cuando la reducción parezca "incomprensible para la sensibilidad jurídica general", supuesto en que cede la prevención especial a favor de "la defensa del ordenamiento jurídico".

CRESPO afirma que sólo la prevención especial debe dotar de contenido al espacio de juego que se deriva de la existencia de un marco de penas eventualmente adecuadas a la gravedad del hecho, sin que este criterio limite por abajo la pena a aplicar. Y si fuera preciso para la resocialización del autor, o en todo caso, para evitar la desocialización del mismo, no sólo se podría, sino que se debería, en buena técnica jurídica, ir por debajo de la pena mínima todavía adecuada a la gravedad del hecho. Y en igual sentido se pronuncian LUZÓN PEÑA, GARCÍA ARÁN y CHOCLÁN MONTALVO.

Por nuestra parte, estimamos que cuando las razones de prevención especial entren en conflicto con las de prevención general, ante la eventualidad de rebasar el mínimo del sub-marco de la culpabilidad por el hecho han de prevalecer las primeras. Y ello porque, aparte de la incuestionable primacía que han de tener las razones de prevención especial sobre las de prevención general en la individualización judicial de la pena, siempre serán más verificables empíricamente las primeras que las segundas. Con lo cual, no parece razonable sacrificar los derechos fundamentales de una persona, en favor de unas razones de interés general fundamentadas en razonamientos especulativos que difícilmente pueden ser contrastados en la práctica.

Ciñéndonos al ámbito de la realidad jurisdiccional, es cierto que no suelen abundar en las sentencias argumentos relacionados con las perspectivas de la reinserción o resocialización del imputado. Entre otras razones porque no es muy usual la práctica de exámenes psicológicos y criminológicos encauzados al análisis de la personalidad del reo y a las previsiones sobre un futuro tratamiento penitenciario, si bien ya comienza a realizarse alguna labor en ese sentido, promovida

por las exigencias que en algunos aspectos plantea la suspensión de condena y los sustitutivos penales en el Código Penal. Y tampoco se suelen plasmar en la premisa fáctica de la sentencia los datos relevantes del imputado, idóneos para que operen en la individualización de la pena los criterios de prevención especial.

Esa falta de explicitación no quiere decir que los jueces no operen implícitamente con la prevención especial al dictar las sentencias, pues lo cierto es que sí tienen en mente, al cuantificar la pena, las posibilidades de aplicación de algunos institutos directamente relacionados con la prevención especial, como la suspensión de condena y los sustitutivos penales. No obstante, lo cierto es que la carencia de motivación priva al justiciable de las garantías que siempre otorga, en la cuantificación de cualquier pena, un proceso de racionalización debidamente argumentado y expresado en la sentencia, especialmente cuando las penas alcanzan cierta entidad y los márgenes del juzgador son amplios.

El hecho de que la fase donde ha de actuar con mayor eficacia la prevención especial sea la de ejecución de sentencia, no quiere decir que ese criterio no deba intervenir ya en la cuantificación de la pena en la sentencia misma, toda vez que, de no ser así, podrían ya quedar frustrados los efectos preventivos en la fase declarativa del proceso, en el caso de que la cuantía punitiva bloqueara las posibilidades de reinserción del penado o le ubicara en la vía de la desocialización.

En el conflicto que subyace en toda la teoría de la pena entre la sociedad (prevención general) y el individuo (prevención especial), el juez ha de ponderar muy especialmente este segundo cuando dicta la sentencia y fija la cuantía de la pena, tal como se ha venido argumentando.

8. Individualización judicial de la pena y principio de culpabilidad.

Después de expresadas esas ideas generales, podemos analizar cómo tales ideas han tenido su reflejo en el Derecho Penal de El Salvador tanto en el ámbito de los adultos.

El Art. 4 del Código Penal de El Salvador, bajo el título "principio de responsabilidad" establece que "la pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva", señalando a continuación que "la responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto", terminando señalando que "la culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión".

También se ha de tener en consideración el Art. 6 que, bajo el denominado "principio de necesidad" (también principio de lesividad), establece que "las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en la forma proporcional a la gravedad del hecho".

Igualmente se ha de tener en cuenta el Art. 63 del Código Penal que establece:

"La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor y será proporcional a su culpabilidad. Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:

1. La extensión del daño y del peligro efectivo provocados;
2. La calidad de los motivos que la impulsaron el hecho;
3. La mayor o menor comprensión del carácter ilícito del hecho;
4. Las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, las económicas, sociales y culturales del autor; y,
5. Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales"

Analizando dicho precepto, podemos señalar que, dentro del criterio de la gravedad del hecho, han de incluirse los elementos objetivos y subjetivos que afectan al contenido del injusto típico imputable a su autor: el desvalor objetivo y subjetivo de la acción, el desvalor del resultado y el grado de imputación personal.

En el ámbito específico del desvalor objetivo de la acción debe calibrarse la forma concreta en que se lleva a cabo la conducta, siempre,

claro está, que no se halle previamente contemplada en el propio tipo penal o en algunas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que prevé el Código. A este respecto, han de sopesarse la brutalidad o brusquedad con que se lleva a cabo la acción delictiva, el especial desprecio o inhumanidad que pudiera mostrarse con la víctima, el número de autores del delito y otros datos similares.

También ha de ponderarse dentro del contexto del desvalor de la acción, la infracción de un especial deber de tutela del bien jurídico cuando no aparece contemplado en el tipo penal.

En el marco del desvalor subjetivo de la acción, resulta adecuado atender a la intensidad del dolo apreciable en la conducta del reo. Y así, parece razonable que la pena se amortigüe en los supuestos en que sólo concurre dolo eventual con respecto a aquellos en que el autor actúa con dolo directo. En este sentido lo viene entendiendo la doctrina al examinar la medición judicial de la pena, cuando habla de diversos grados de dolo y de la tenacidad y la debilidad de la voluntad.

Por lo demás, el propio Código Penal utiliza los grados de dolo para tipificar algunas conductas, exigiendo en algunos casos la presencia ineludible de dolo directo, a cuyos efectos el legislador se vale de diferentes formas adverbiales en la redacción normativa, entre las que sobresalen los vocablos "intencionadamente" y "a sabiendas". Refrenda así la distinta gravedad de las diferentes clases de dolo al dejar impunes algunas conductas cuando se ejecutan sólo con dolo eventual.

En cuanto al desvalor del resultado, ha de atenderse a las magnitudes relacionadas con la lesión inferida al bien jurídico o, en su caso, a la entidad del peligro alcanzado. No ha de ser igual, obviamente, la cuantía punitiva cuando el menoscabo del bien jurídico o la entidad del riesgo resulten elevados que en los supuestos en que se hallen cerca del mínimo tipificado legalmente. De forma que incluso en los tipos penales agravados, en razón de la cuantía económica, debe operarse con arreglo al valor del perjuicio inferido en el caso concreto.

Dentro de este apartado hace referencia GARCÍA ARÁN a las condiciones específicas de la víctima y a los perjuicios concretos que pueden ocasionársele atendiendo a su situación. Esta autora se muestra además partidaria de acoger, como pautas orientativas para configurar los elementos fácticos indicativos de la gravedad del hecho, los motivos que se describen en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO postula que sean tenidos en cuenta los llamados déficits marginales de pena, resultantes del marco penal que establece el legislador. Con ello se refiere a los supuestos en que el tipo penal recoge diversas hipótesis alternativas de agravación específica de la pena, siendo suficiente con que se dé uno de ellas para que se aprecie el subtipo agravado. En estos casos resulta razonable que si en lugar de darse un solo hecho agravatorio concurren varios la pena se incremente con arreglo a la evaluación del injusto concreto.

En lo que concierne al desvalor del resultado, la jurisprudencia española se refiere en algunos casos a los males innecesarios irrogados en la ejecución del delito, como el destrozo del mobiliario de una casa con motivo de un delito de robo; en otros habla del desasosiego e intranquilidad que la acción generó en la víctima, hasta el punto de hacerle abandonar la vivienda; y también se alude en algunas resoluciones a la cuantía económica concreta de la defraudación.

Aquí han de ponderarse los conceptos relativos al grado de imputabilidad, al conocimiento de la norma y a la exigibilidad del cumplimiento del deber en el caso concreto. Sin embargo, ya pusimos de manifiesto las dificultades empíricas que aflorarán al intentar deslindar las circunstancias personales enmarcables en la culpabilidad de las circunstancias concernientes a las necesidades de la prevención especial.

Inserta JESCHECK dentro de este apartado los motivos por los que actuó el imputado, distinguiéndolos en estímulos externos (penuria económica, instigación política y coacción) y móviles internos (entre ellos, el odio, el ánimo de lucro, la codicia, la compasión y la justa cólera), y considera necesario examinarlos desde una perspectiva ética para aquilatar la cuantía de la pena.

Sin embargo, estimamos que la actitud ética interna del sujeto en su conducta delictiva debiera intervenir, a lo sumo, sólo para atenuar o reducir la cuantía punitiva en supuestos extraordinarios, y nunca en sentido agravatorio, pues ello nos llevaría a confundir los planos jurídicos y morales y a configurar la medición de la pena con arreglo a cánones de índole moral, con el riesgo de convertir el Derecho Penal en un Derecho con excesivos tintes moralizantes.

En este sentido, STRATENWERTH ha utilizado los términos de "escándalo intolerable" para referirse a la mezcla de criterios jurídicos y morales en la fase de individualización de la pena.

Tanto la personalidad del reo como las circunstancias personales que pudieran tener relevancia al margen de ella, deben examinarse como datos indicativos para adecuar la pena al sujeto desde una perspectiva preventivo especial. A este respecto, GARCÍA ARÁN afirma que la personalidad del autor debe jugar por debajo de la pena adecuada al injusto culpable, aconsejando su disminución en un doble sentido: estableciendo si es suficiente con una pena inferior para producir el efecto contramotivador que se busca o bien indicando si se puede evitar la desocialización del reo con una pena inferior.

En cualquier caso, sí debe quedar claro que los criterios personales de prevención especial, y aunque nos hallemos ante un sujeto que tenga un mal pronóstico de reinserción o rehabilitación, no han de permitir la imposición de una pena superior al marco de culpabilidad por el hecho. A tenor de lo cual, es de suma importancia que el juez no valore al fijar ese marco circunstancias personales ajenas al concepto de culpabilidad y que tengan, por tanto, su lugar natural de ubicación dentro de las funciones preventivas de la pena. Y es que tal confusión de planos podría elevar el espacio de juego con factores personales impropios del concepto de culpabilidad y que han de actuar sólo en el ámbito de la prognosis de los efectos de la pena sobre la conducta futura del reo.

Señala JESCHEK como elementos fácticos a tener en cuenta dentro de este apartado los siguientes: el origen y educación del reo, el estado familiar, la salud física y mental, la posición profesional y social, la situación económica, las circunstancias concernientes a la vivienda y la sensibilidad del reo frente a la pena. En relación con este último extremo debe valorarse la existencia o no de condenas anteriores no computables a efectos de reincidencia.

Ahora bien, de todo ese elenco de circunstancias fácticas han de excluirse las que no tengan vinculación con el hecho delictivo y también las que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o sobre la evitación de su desocialización. Los informes de expertos en criminología sobre las circunstancias personales de la vida del reo relacionadas con el delito pueden servir de base, en esta fase de la individualización judicial, para que la pena a imponer cumpla con los fines de la reinserción social o cuando menos de no desocialización.

En todo caso, ha de evitarse que el proceso penal se convierta en un juicio sobre la forma de vida o el carácter del imputado en el que se acabe fijando la pena más por un larvado reproche moral que por el injusto culpable en que ha incurrido el autor de un hecho delictivo concreto. Y es que se corre el riesgo de exacerbar desmesuradamente

la pena bajo la apariencia de una función reeducadora cimentada sobre un juicio de pronóstico pesimista sobre la reiteración delictiva.

Por lo demás, al no hallarnos ante elementos fácticos comprendidos en la culpabilidad, también han de computarse los actos que el reo ejecute con posterioridad a la acción delictiva. Sobre todo cuando por la actitud que revelen de arrepentimiento o de compensación del mal inferido por el delito contribuyan a aminorar la necesidad de pena.

En este apartado también pueden jugar los factores relacionados con la celebración del juicio, especialmente cuando favorecen al reo, pues, en caso contrario, se podría incurrir en prejuicios peyorativos carentes de fundamento. Nos referimos con ello a que el juez debe actuar con exquisita cautela y prevención ante actitudes procesales del imputado que evidencien falta de colaboración, obstrucción a la justicia o incluso modos reñidos con el buen hacer procesal. Tales circunstancias meramente coyunturales en modo alguno deben influir para incrementar la pena, por lo que el juez ha de hacer en estos casos un riguroso ejercicio de autocontrol y de autocrítica para no dejarse influenciar por los incidentes procesales que haya protagonizado el encausado.

Entre las circunstancias personales del reo a ponderar en la individualización de la pena, la jurisprudencia destaca: la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

Por último, y en cuanto al comportamiento o actitud procesal del imputado, se ha ponderado de forma especial la conformidad del reo con los hechos y la asunción de la condena como factores influyentes en la individualización de la pena.

Se ha podido percibir que el principio de culpabilidad por el hecho cumplimenta o tiende a cumplimentar una función garantista como límite de la pena y freno de las razones de prevención general y especial, ya que se encauza a controlar a través de la proporcionalidad de la pena con el injusto culpable del caso concreto los excesos a que podrían conducir las orientaciones prevencionistas.

Ahora bien, no resulta nada fácil para el juez operar en la práctica con el principio de culpabilidad por el hecho. Ello se debe, en primer lugar, a que resulta excesivamente complejo cuantificar matemáticamente el margen superior del “espacio de juego” cubierto por ese principio garantista, dado que han de aplicarse criterios tan

indeterminados y abstractos como la cuantía del injusto en el caso concreto y la culpabilidad en sentido estricto (motivabilidad o asequibilidad normativa), siempre de difícil traducción a expresiones numéricas.

De igual manera le resultará notoriamente difícil al juez deslindar la culpabilidad por el hecho de las razones de prevención general, con el fin de que aquél controle los excesos de ésta. Pues, aunque los fines de la prevención general no tienen por qué coincidir con la culpabilidad por el hecho ni con la idea de retribución proporcional que de éste se infiere, lo cierto es que detrás de unas ideas de prevención general tan abstractas como las de "confianza en el derecho", "pacificación social", "ejercicio en el reconocimiento de la norma", "afirmación y aseguramiento de las normas básicas" y "estabilización de la conciencia normativa social y de las expectativas jurídicas", late, aunque nos cueste admitirlo, la idea de retribución.

Por consiguiente, cuando se habla de imponer una pena que pacifique el conflicto social generado por el delito y de que a la infracción se le debe responder con una pena que reafirme la norma, devuelva la confianza en el Derecho y estabilice las expectativas jurídicas, estamos en cierto modo regresando circularmente hacia la idea de retribución, de forma que el baremo de prevención que se quiere limitar se incorpora soterradamente al criterio cercenador (culpabilidad por el hecho) que debiera actuar como freno.

La permeabilidad y excesiva fluidez de fronteras entre el principio de culpabilidad por el hecho y los conceptos que operan dentro de la prevención general obstaculiza, pues, notoriamente la función garantista que aquél principio pretende desempeñar.

También se encontrará el juez con enormes dificultades cuando trate de separar las circunstancias personales del reo que ha de ponderar en el concepto de culpabilidad y las que ha de evaluar dentro del capítulo de la prevención especial. Se corre así el riesgo de que el límite garantista del espacio de juego se configure con arreglo a parámetros de prevención especial y no de culpabilidad por el hecho.

De otra parte, tampoco parece fácil especificar, con motivo de la fijación de las razones de prevención especial, cuáles son las circunstancias personales del reo que se reflejan en el hecho delictivo y cuáles, perteneciendo a su forma de vida, carecen sin embargo de repercusión alguna en la acción delictiva. Por lo cual, la labor de individualización judicial de la pena puede derivar fácilmente en un Derecho Penal de autor.

A ello ha de sumarse que el juez tampoco puede apoyarse en datos empíricos debidamente contrastados que le ilustren sobre lo que piensa el ciudadano sobre la cantidad de pena que considera necesaria para resolver el conflicto generado por el delito; ni que le informen acerca de cuáles son las expectativas del ciudadano sobre el cumplimiento de las normas; ni qué niveles de inseguridad real concurren en un contorno social en un momento determinado. Y otro tanto puede decirse sobre la carencia de datos contrastados relativos al pronóstico de reinserción del reo que juzga, ya que no suelen obrar en la causa dictámenes periciales al respecto.

Ante todo este cúmulo de inconvenientes teóricos y prácticos, no debe sorprender que el juez en sus resoluciones muestre una notable reticencia a aplicar las concepciones doctrinales a la hora de individualizar la pena dentro del marco legal concreto, pues la dogmática penal en estos casos no le proporciona unas garantías suficientes de claridad conceptual, racionalidad sistemática y seguridad jurídica que le hagan sentirse atraído por unas directrices conceptuales ya de por sí complejas. Es muy probable que cuando el panorama de la dogmática alcance un mayor desarrollo en estos temas y se asienten con una mayor solidez los conceptos el juez acuda, en las distintas instancias, con mayor asiduidad a las concepciones doctrinales sobre individualización de la pena.

Ahora bien, el hecho de que todavía no se halla alcanzado un nivel conceptual y sistemático sólido en la doctrina sobre la materia, no quiere decir que el juez se halle legitimado para obviar la motivación en la individualización de la pena, y en concreto que no razone la aplicación de las normas del Código penal que regulan las cuestiones punitivas, máxime si se contemplan los requerimientos reiterados que el legislador le hace en ese sentido.

Y tampoco parece justificado que no se haga uso de algunos de los conceptos doctrinales que contribuyen ya a introducir cierta claridad en el tema. A este respecto, el juez debe distinguir claramente los distintos planos en que actúan los fines de la pena y ha de procurar, cualquiera que sea el criterio doctrinal asumido, que su cuantía no sobrepase el grado del injusto culpable del caso concreto que enjuicia. Y sobre todo debe aplicar siempre una exquisita cautela para que los fines de prevención general que afloran en forma de alarma social no exasperen la magnitud punitiva correspondiente al injusto culpable concreto en que ha incurrido el reo; y en el mismo sentido ha de evitar el incremento de la pena correspondiente a la ilicitud del caso bajo el pretexto de un mal pronóstico sobre la reinserción social del condenado.

Desde esa perspectiva, es importante que se plasmen en la premisa fáctica de la sentencia los datos que han de servir para motivar la cuantía de la pena. Ello permitirá el autocontrol de las propias decisiones, evitando que prevalezca la improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad, la intuición y la emotividad sobre la racionalidad crítica y el análisis ponderado, y al mismo tiempo facilitará la revisión de las resoluciones por los tribunales funcionalmente superiores.

9. El principio de culpabilidad y responsabilidad en la jurisdicción penal juvenil.

En primer término, hemos de señalar que las anteriores consideraciones expuestas sobre la legislación penal de adultos, especialmente en el apartado anterior, son aplicables a esta jurisdicción, que, no olvidemos, es también una jurisdicción penal.

Hay que destacar que los criterios generales del Código Penal sólo rigen supletoriamente para la justicia de menores en la medida en que no se opongan a los fines de ésta. Así, en mi opinión, son perfectamente compatibles con éstos las pautas que establece el Código Penal para la determinación legal de la pena en función de la concurrencia o no de una serie de circunstancias, incluyendo también las agravantes y atenuantes. La obligación de imponer una concreta sanción en virtud de éstas no es plenamente cohonestable con el principio de la flexibilidad que proclama la Ley en lo relativo a la elección de la sanción y su duración.

Para reforzar esta postura debemos señalar que referencias directas o indirectas a este principio existen también en la Ley Penal Juvenil.

Así el Art. 5 c) y h), al mencionar que el menor tiene derecho a un proceso fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto, a que se respete el derecho de presunción de inocencia o a que se le reconozcan las excluyentes de la responsabilidad penal.

Igualmente los Arts. 37, 38, 59, 70, 71 a), 77, 95 y 114 aluden a diferentes manifestaciones del principio de culpabilidad. La Ley Penal Juvenil, en su Art. 95, recoge el principio de responsabilidad, al indicar que el Juez ha de resolver, entre otros extremos, en base a "las circunstancias y gravedad del hecho y en el grado de responsabilidad".

De tales preceptos de la Ley Penal Juvenil, en especial los Arts. 5 l y 95, se puede concluir que la aplicación de una sanción exige la realización de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Por ello la presencia de causas de justificación, de exculpación, excluyentes de la responsabilidad criminal exime de la sanción. Para la identificación de estas circunstancias, así como para la determinación de su contenido, alcance y consecuencias hay que estar en principio a lo dispuesto por el Código Penal, puesto que en el plano sustantivo este texto legal tiene carácter supletorio para lo no previsto expresamente en la Ley.

La sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 1 de abril de 2004 dictada en relación con la Ley Anti

Maras ha establecido claramente la aplicación del principio de culpabilidad en sus diferentes significados en el Derecho Penal de El Salvador y específicamente en el Derecho Penal juvenil.

Al margen de lo expuesto, nos parece conveniente hacer algunas reflexiones sobre el principio de culpabilidad en esta jurisdicción. En primer lugar, el concepto de culpabilidad, basado en la posibilidad de entender la ilicitud del acto realizado, es cuestionable, al menos para los menores. Para que el niño comprenda que su conducta es contraria a derecho, ha debido, previamente, interiorizar el mandato normativo y las pautas de comportamiento que se estructuran en base a un sistema de valores y de normas sociales indispensables para vivir en comunidad. Para que la asunción de valores sea efectiva, el menor, en su proceso de socialización, tiene que haber aprendido determinadas actitudes. A este respecto cabe mencionar el respeto, la tolerancia y la solidaridad. Pero, cuando el menor ha sufrido un proceso de exclusión social que ha impedido un normal acceso a las pautas socializadoras de su mundo circundante y, por ende, se ha visto imposibilitado de una adecuada comprensión del conjunto de valores, no sólo jurídicos sino también educativos y éticos, se ve impedido de acceder a un horizonte axiológico normalizado.

Si al menor se le educa en la intolerancia, la incomprensión, la insolidaridad, la competencia, la violencia, se produce un efecto desocializador contrario al que corresponde en una sociedad organizadora que pretende vivir con un mínimo de organización. O, si el menor es objeto de injusticias, explotaciones, malos tratos, desprecios, no se puede pretender que la norma penal le motive de manera que su actuación sea acorde a derecho.

En consecuencia, la cuestión no es si tiene las facultades psíquicas y la madurez suficiente para comprender el alcance normativo, que de antemano en estas edades habría que ponerlo en entredicho, sino si las normas penales le motivan de tal forma que puede llegar a abstenerse de cometer la conducta prohibida. De manera que el menor no sólo ha de conocer el contenido normativo, sino que también ha de encontrarse en situaciones en las que pueda regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Sin duda, a partir de un desarrollo biológico, mental y cultural, se espera y se presupone que el sujeto pueda quedar motivado por las normas penales.

A excepción de algunos países del Norte de Europa, donde se sigue abordando el tratamiento de la delincuencia juvenil mediante modelos de bienestar, que no constituyen propiamente auténticos sistemas de justicia, tanto a nivel doctrinal como legislativo se impuso en un momento la necesidad de abordar la criminalidad de los jóvenes mediante la creación de un Derecho Penal Juvenil específico distinto

del Derecho Penal de adultos que admitiendo la imputabilidad del menor, condicionada o no al juicio de madurez (Alemania), permitiera la adopción de una amplia variedad de sanciones de contenido educativo en el marco de un proceso que respete todos los derechos y garantías del sujeto.

Se considera en este momento que este sistema procesal de menores debe estar presidido por aquellos principios que se vienen defendiendo para el Derecho Penal de adultos. En concreto y de forma, si cabe, más incisiva, los de descriminalización, desjudicialización, el reconocimiento de la condición de responsable penal del menor por un acto, en el marco de un proceso judicial flexible de naturaleza penal, en el que al menor se le reconozcan todas las garantías, posibilitando la adopción de respuestas específicas, individualizadas y proporcionadas a la gravedad de los hechos y personalidad del autor, con fines educativos dirigidos a su reinserción. Se trataría de fomentar al máximo la utilización de recursos que, aunque se prediquen también de la justicia penal ordinaria, son contemplados como "inmanentes" al hecho penal juvenil, facilitando la menor intervención estatal posible, evitando acudir al proceso penal y a la obligada sanción especialmente con los delincuentes primarios y en casos infracciones de bagatela y su sustitución (des-institucionalización) mediante programas ambulatorios de asistencia y tratamiento.

A nivel internacional, los principios políticos criminales que informan los sistemas de justicia penal juvenil, y en particular el de El Salvador, vienen recogidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1987 (Reglas de Beijing), en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y en la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

La exigencia de responsabilidad penal a los menores, a los que la ley considerará con capacidad de culpa por el hecho cometido, atribuye a las medidas juveniles un fundamento distinto al de las medidas de corrección de las viejas leyes pensadas para personas exentas de responsabilidad penal por su condición de inimputables.

Dejando a un lado su denominación no puede discutirse la naturaleza jurídico penal de las medidas juveniles recogidas en la Ley Penal Juvenil. Se trata, no obstante, de sanciones penales específicas que parecen compartir, al mismo tiempo, características propias tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Como las penas, se imponen a menores previamente declarados responsables de un hecho delictivo, y están sometidas, como aquéllas, al principio de culpa y

retribución por el hecho y al de proporcionalidad.

Igualmente las medidas juveniles, aunque puedan tener cierta conexión con las medidas de seguridad de los adultos, no pueden dejar de ser proporcionadas a la gravedad del hecho al venir exigido por los principios de legalidad y de intervención mínima propios del Estado Democrático de Derecho, pero tales limitaciones al principio de individualización judicial pueden obstaculizar los fines de prevención especial impidiendo una respuesta más adecuada a las necesidades resocializadoras. En todo caso, sin embargo, aquellos fines podrían justificar un límite legal a la respuesta necesaria, pero, no desproporcionada, a la infracción.

Por otro lado, desde el momento en que se da entrada, como no podría ser de otra forma en un sistema que parte de la capacidad de culpa del menor, a la valoración de las circunstancias que eximen de la responsabilidad penal, es obvio que está reconociendo también supuestos de inimputabilidad, como ocurre en el Derecho Penal de El Salvador, al reconocer la posibilidad de aplicar excluyentes de la responsabilidad.

En otro orden de cosas, según el Art. 2 de la Ley Penal Juvenil, se *"aplicará a las personas de 12 años de edad y menores de 18...*

Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso, deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral".

El primer problema que plantea la regulación es la de determinar el fundamento de la respuesta que se da a los menores de 12 años o más que realicen comportamientos criminales y que no se da por debajo de dicha edad. Las legislaciones de otros países señalan expresamente que los menores de cierta edad que cometan un delito son inimputables. Con ello se reconoce que por encima de esta edad son imputables o al menos semiimputables, mientras que los menores de esta edad son totalmente inimputables.

Ahora bien, por encima de ese límite cabe hablar de imputabilidad, si bien disminuida, puesto que los adolescentes de 12 a 18 años no son motivables en los mismos términos que los adultos. Y ello porque esta franja de edad coincide sustancialmente con la adolescencia que se inicia en los 12 ó 13 años y termina en torno a los 18 años.

Desde un punto de vista psicológico, la personalidad de los adolescentes se ve sometida a un proceso de formación complejo e influido por diversos factores (descubrimiento de la vida personal, búsqueda de la identidad personal, evolución del papel psicosexual, etc.).

Desde una perspectiva social, esta fase de la vida se ha prolongado. Vivimos en sociedades cada vez más complicadas debido a los avances tecnológicos, lo que hace que esta etapa de preparación para el desempeño del rol de adulto se extienda. Así lo demuestran la extensión del periodo de enseñanza obligatoria, el retraso en la incorporación al mercado laboral y, por tanto, en la emancipación económica, etc. A todo ello habría que sumar el papel de los medios electrónicos, las modificaciones operadas en la familia y los cambios que en el aprendizaje ha supuesto el abandono de modelos autoritarios.

A la vista de todo ello, cabe concluir que todos los actos de los menores de 12 a 18 años y, en consecuencia, también los delictivos, se realizan en condiciones diversas a la de los adultos. Por ello respecto de aquéllos sólo cabe sustentar una imputabilidad disminuida.

La Ley Penal Juvenil, consciente de esa realidad cintífica, tiene en cuenta la edad para imponer las medidas, distinguiendo básicamente entre los menores comprendidos entre los 12 y los 15 años y los que tienen 16 ó 17 años. Tal distinción tiene especial relevancia con respecto a la duración de la medida de internamiento (Art. 15 de la Ley Penal Juvenil).

Proponemos sobre esta base expuesta que el juez de menores tenga en cuenta la edad incluso dentro de esos límites. No es lo mismo, desde la perspectiva de la Psicología Evolutiva, un menor de 12 años que un menor de 15, y no es lo mismo un menor de 16 años que uno de 17 años. Podemos defender, aun sosteniendo la responsabilidad del menor, que la imputabilidad, y, por tanto, la culpabilidad es más reducida cuanto más temprana es la edad.

En relación a esta materia aún hay que abordar dos problemas. Uno referente a la cuestión de qué sucede si en el menor o joven se da una causa de inimputabilidad y en el hecho cometido concurre alguna de las circunstancias que excluyen la pena (excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, causas de extinción de la responsabilidad criminal).

Según la Ley Penal Juvenil, cabe señalar que el hecho es impune conforme al Código Penal y, por tanto, no cabe acudir a ninguna reacción penal.

Es más, a la vista de la orientación preventivo-especial que preside la Ley, si un grave trastorno mental le impide al menor o joven conocer el sentido de la medida acordada, la ejecución de las no privativas de libertad es inútil para alcanzar el fin propuesto.

En este sentido, según el Art. 16 de la Ley Penal Juvenil, si el menor infractor adolece de una enfermedad mental, el juez ha de ordenar que se le brinde una protección integral, si adolece de una deficiencia física o fuera adicto a sustancias que produzcan dependencia o acostumbramiento, ordenando que se cumpla la medida con la asistencia de especialistas que le presten la atención apropiada o que reciba el tratamiento de un establecimiento adecuado.

Estas medidas terapéuticas (Art. 16 de la Ley Penal Juvenil) no tendrán otra finalidad que la necesidad del autor de un tratamiento curativo de naturaleza psiquiátrica, desintoxicadora o educativa. Significa, también, que el menor inimputable si no precisa de dicha terapia no deberá de ser sometido a medida terapéutica alguna, por más que hubiere revelado cierta peligrosidad criminal a través de la comisión del delito, interpretación a la que conduce, por los demás, la idea primordial de la finalidad preventivo especial asignada a la ley, abandonando otros fines como los preventivo generales dirigidos a la defensa de la sociedad.

10. El principio de proporcionalidad.

Además del principio de culpabilidad, el operador jurídico que actúe en la Jurisdicción Penal Juvenil también ha de tener en cuenta el principio de proporcionalidad.

Dicha proporcionalidad puede ser abstracta o concreta. La primera se refiere a la sanción prevista por el texto legal para una categoría de hechos y la segunda a la sanción prevista por el juzgador para el hecho delictivo concreto cometido por el individuo.

10.1. Propocionalidad en el ámbito legislativo.

El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en un Estado democrático de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico, con la sanción que se le asigna, será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma (intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.), y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

El juicio que procede en sede legislativa debe ser por ello muy cauteloso. Se podrá considerar una que existe un incumplimiento de la proporcionalidad si la norma penal produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 55/1996, fundamento jurídico 8º) o una "actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona" (Sentencia del Tribunal Constitucional español 55/1996, fundamento jurídico 9º) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. "Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en tomo a la misma" (Sentencias del Tribunal Constitucional español 55/1996, fundamento jurídico 6º, y 161/1997, fundamento jurídico 9º).

Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, se ha de indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde una perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para

la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

En ese sentido se ha movido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y podría recurrirse a precedentes más antiguos, pues tales ideas se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de esa época y que se refleja en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama en su Art. 8 que "la Ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias".

Así pues, en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto.

10.2. Proporcionalidad concreta o judicial.

Aunque el juicio de proporcionalidad corresponde en principio al propio legislador, ello no impide que también haya de ser tenido en cuenta por el juez a la hora de protagonizar la individualización de la pena, bien entendido no obstante que si ésta viene explícita e inequívocamente asegurada por el Código, el juez no puede dejar de aplicarla bajo la excusa del principio de proporcionalidad.

La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios, dentro de los cuales el “justo equilibrio de ponderación judicial” actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente.

En lo que concierne al principio de proporcionalidad, la relevancia que tiene para todo el Derecho Penal se ve reflejada también, como no podía ser menos, en el ámbito de la medición punitiva, pues la pena a imponer debe ser proporcionada al injusto culpable del caso concreto, proporcionalidad que actuará como límite o techo que el juez no deberá rebasar con argumentos preventivo generales o especiales.

En el ámbito penal este principio viene a significar esencialmente que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que éste no puede ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción, vinculándose a dicho principio la idea de prohibición del exceso.

El principio de proporcionalidad tiene una doble proyección. Por un lado, cuando el legislador deja en manos del juez un cierto grado de discreccionalidad en la imposición de la pena, éste ajustará la medida exacta de la misma a una idea de proporción en función de la culpabilidad. Por otro lado, cuando tal facultad no le es atribuida al juez, éste no puede, si la pena viene explícita e inequívocamente asignada en el Código Penal, bajo el soporte del principio de proporcionalidad, dejar de aplicarla, porque no es esa la tarea de los jueces, aunque sí puede interpretarla en función de la pena que lleve asociada.

La legalidad, la proporcionalidad y la tipicidad van íntimamente relacionadas entre sí, porque la proporcionalidad supone la adecuación o la correspondencia de más partes con el todo o de las partes entre sí (Sentencia del Tribunal Supremo Español de 7 de junio de 1994).

10.3. Principio de proporcionalidad en la jurisdicción penal juvenil.

Sectores significativos de la doctrina científica han calificado la responsabilidad penal de los menores como un "genus" distinto a la responsabilidad penal de adultos en el que la orientación educativa de la sanción lleva a eludir principios esenciales del Derecho Penal de mayores, como el principio de prevención general o el principio de proporcionalidad de la sanción, concibiendo la sanción como un instrumento imprescindible para orientar de forma positiva el proceso de socialización.

A su juicio, el proceso formativo en el que se encuentran inmersos los menores conlleva que la respuesta se articule en torno a principios distintos a los predicables de las sanciones a los adultos, primando de forma significativa los criterios de prevención especial mediante la articulación de reacciones de contenido básicamente reeducador.

Sin embargo, el Art. 17.1 de las Reglas de Beijing establece, entre otros principios a los que ha de sujetarse la resolución en esta materia, que la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

Tal precepto se ha de integrar con el Art. 4 de la Ley Penal Juvenil, que establece que "la interpretación y aplicación de esta Ley debe hacerse en armonía con la doctrina y normativa internacional en materia de menores, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador".

Igualmente el Art. 5 de esa Ley prevé que "el menor sujeto a esta Ley gozará de los mismos derechos y garantías reconocidos en la Constitución, tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador y en las demás leyes aplicables a los mayores de 18 años, a quienes se les atribuyere la comisión o participación en una infracción penal".

En el Art. 5 letra "d" se le reconoce al menor el derecho a no ser privado de libertad de forma ilegal ni a ser limitado en el ejercicio de sus derechos más allá de los fines, alcances y contenidos de cada una de las medidas que se le deban imponer, lo que en cierta forma remite a una manifestación del principio de proporcionalidad.

En el Art. 95 de la Ley Penal Juvenil se alude a la imposición de la medida, atendiendo a las circunstancias y gravedad del hecho, clara referencia al principio de proporcionalidad.

En igual sentido, el Art. 5 del Código Penal, de aplicación supletoria, establece que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

Por lo que se puede concluir que existe una aplicación del principio de proporcionalidad, con la importante modulación de que se han de tener en cuenta las circunstancias sociales, familiares y educativas del menor.

La Ley Penal Juvenil se refiere en diferentes preceptos a la necesidad de un diagnóstico o informe en estos ámbitos (Art. 53 en el caso de la privación de la libertad en flagrancia; en el Art. 73 al señalar que se ha de realizar un estudio psicosocial al iniciar el trámite judicial y en el Art. 93, sobre la necesidad de leer las conclusiones de los dictámenes de los especialistas que realizaron el estudio psicosocial, conclusiones que se han de ratificar, ampliar o aclarar en la misma audiencia).

Aunque el Art. 95 de la Ley Penal Juvenil recoge, reiteramos, el principio de proporcionalidad de forma implícita, al indicar que el juez ha de resolver entre otros extremos en base a " las circunstancias

y gravedad del hecho y en el grado de responsabilidad", estimamos que una interpretación sistemática e integradora de la Ley Penal Juvenil con el párrafo tercero del Art. 32 de la Ley Penal Juvenil y el Art. 17 de las Reglas Beijing obliga a que el juez tenga en cuenta también las conclusiones del estudio psicosocial para valorar la respuesta o medida adecuada.

El principio de proporcionalidad está finalmente presente también en el Art. 15 de la Ley Penal Juvenil cuando establece el tiempo de cumplimiento de la medida de internamiento.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 27 febrero de 2004 (sentencia 9-02-1-04-A) claramente se pronuncia a favor de la aplicación del principio de proporcionalidad en este ámbito.

Señala expresamente lo siguiente:

"1. El principio de proporcionalidad en materia penal guarda una relación entre las conductas típicas y las sanciones que se asocian a las mismas. La valoración aparece primero en la tipificación legal, labor de legislador, y, segundo, en el juzgamiento, al fijarse la sanción a un caso concreto (Arts. 5 y 63 CP).

2. En la tipificación, la proporcionalidad presenta una ponderación entre la gravedad de la sanción y el bien jurídico, agravándose aquélla, según la forma de ataque que presente la conducta. De esa manera las sanciones más graves se reservan para hechos que atacan bienes jurídicos más fundamentales. En esa lógica, la severidad de la consecuencia jurídica- cualitativa y cuantitativamente- resulta obvia cuando se comete un homicidio; pues la conducta de quien mata a una persona mutila la vida que está situada en la cúspide de los bienes jurídicos (Art. 2 Cn)

3. En el ámbito penal juvenil, el principio de proporcionalidad no resulta ajeno, pues también en este régimen las medidas a que pueden ser sometidos los menores aparecen legislativamente proporcionadas a la situación de los menores, con parámetros normativos (Arts. 8, 15 incs. 1º y 4º, 17 inc.1º y 32 LPJ). Consecuentemente al aplicar la medida se debe respetar la prohibición de exceso, es decir, ni fijar una sanción que, sin más, llegue al máximo posible como tampoco aplicar una sanción que no se corresponda con la gravedad del hecho y culpabilidad del autor. Precisamente es por ello que debe graduarse la medida por el delito, acomodada a la gravedad y modo de afectación del bien jurídico...".

Igualmente la sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de uno de abril de 2004 (sentencia 17-04-2-04-A), complementando lo anterior, señala que *"el ámbito penal juvenil, tales principios (se refiere a la proporcionalidad y el principio de necesidad) no resultan ajenos, pues también en este régimen las medidas a que pueden ser sometidos los menores aparecen legislativamente proporcionadas a la situación biosicosocial de los menores con parámetros normativos (Arts. 8, 9 inciso 1º, 41 LPJ y 6 CP)"*.

Y dicha resolución, con referencia a la medida de internamiento, indica en relación a la medida de internamiento que "debe acudirse excepcionalmente, como última ratio, es decir, en defecto de otras que puedan lograr los fines educacionales...".

Finalmente incide en la aplicación de este principio de proporcionalidad la sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 17 de febrero de 2005 (sentencia 5-02-1-05-A).

En fin, tomando en consideración el principio que estamos analizando, consideramos que el párrafo cuarto del Art. 15 de la Ley Penal Juvenil puede ser interpretado en el sentido de que el juez no sólo puede acordar el internamiento u otra medida, sino que si opta por aquella medida privativa de libertad, en virtud de la aplicación del citado principio de proporcionalidad, puede imponer una medida que puede ser inferior al mínimo establecido por este precepto; mínimo que viene determinado por la mitad de la pena establecida como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. Aparte de este argumento, no parece lógico que el legislador permita al juez de menores imponer una medida que no sea privativa de libertad y no pueda establecer una duración de la medida de internamiento inferior a la que parece determinar el legislador al señalar que el mínimo y máximo del internamiento "serán" la mitad de los establecidos como pena de libertad en aquella legislación de adultos. Conforme al principio interpretativo, el que puede lo más puede lo menos, se llega a idéntica conclusión.

11. Fines de la pena y las medidas de la jurisdicción penal juvenil.

Comenzaremos este apartado con algunas reflexiones sobre los fines de la pena en la jurisdicción penal de adultos y su influencia en la determinación de la pena, porque también tienen relevancia para la fijación de la medida en la Jurisdicción Penal Juvenil, reiterando, desde otra perspectiva, ideas ya referidas al comentar el principio de culpabilidad.

El punto de partida para la individualización punitiva es, según JESCHECK y la doctrina mayoritaria, la determinación de los fines de la pena, pues sólo arrancando de unos fines claramente definidos cabe pronunciarse sobre qué hechos sean de importancia para esa individualización en el caso concreto y cómo deban valorarse si hubiera lugar a ello.

Pues bien, centrados en los fines de la pena, es sobradamente conocido que ésta se encauza a tres finalidades fundamentales, que dan lugar a las que tradicionalmente se viene conociendo como teorías de la pena. Las teorías absolutas, que centran el sentido de la pena en la retribución; y las teorías relativas, que no atienden a fines expiacionistas o retribucionistas sino a objetivos útiles que beneficien a la sociedad y al justiciable, dentro de cuyo apartado han de incluirse las teorías de la prevención general y de la prevención especial (ambas con sus correspondientes perspectivas positiva y negativa), y como síntesis las teorías de la unión.

Siguiendo, por su sencillez en la exposición, el esquema que trazan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN, podemos decir que la pena es retribución, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. Ahora bien, la pena no se agota en la idea retributiva, sino que también lucha contra el delito a través de la prevención general:

intimida a la generalidad de los ciudadanos que incurrieren en el comportamiento prohibido (prevención general negativa) y demuestra la superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, restableciendo o fortaleciendo asimismo la confianza en el Derecho (prevención general positiva). Por último, la pena opera a través de la prevención especial, esto es, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, o interiorizando en él a través del castigo una actitud de respeto a las normas jurídicas.

Al referirse a los fines de la pena, afirma ROXIN que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando

con, imponiendo y ejecutando penas, y cada una de esas tres esferas de actividad estatal necesitan justificación por separado. Opinión que completa aseverando que cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho Penal: la teoría preventivo-especial a la ejecución; la idea de la retribución a la sentencia; y la concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales.

En términos similares se pronuncia ZIPF cuando manifiesta que toda determinación de la pena se orienta hacia tres puntos de referencia: la retribución del hecho antijurídico, la adaptación de la sanción a las condiciones de motivabilidad propias del autor concreto y las necesidades de afirmación del orden jurídico en su conjunto. Principio de culpabilidad, prevención individual y prevención general constituyen, según este penalista, el "triángulo mágico" de la determinación de la pena.

Ahora bien, aunque el fin preventivo general de la pena prevalece en la fase legislativa, el retributivo en la fase jurisdiccional de la sentencia y el fin de prevención especial en la de ejecución de la condena, ello no quiere decir que cada una de las perspectivas punitivas no deban ser contempladas en las demás fases. Pues, en caso contrario, la unilateralización de la función de la pena en cada una de ellas impediría que cumplieran sus fines en las restantes. Y así, parece evidente que un exceso de pena en el texto legal o en la sentencia en aras a la finalidad retributiva impediría que después, ya en la fase de ejecución, se pudieran cumplimentar los fines de prevención especial a que ha de tender la pena en ese estadio final del proceso. Y otro tanto pudiera decirse en el supuesto de que una pena de cierta entidad fuera vaciada de contenido en la fase de ejecución por razones de prevención especial, pues es muy probable que, al obviarse las exigencias mínimas de prevención general, resultaran gravemente alteradas las funciones propias del sistema penal.

La distinción entre determinación e individualización o dosificación de la pena sugiere la idea de la diferenciación entre la pena considerada en abstracto, como respuesta de la ley a un hecho objetivamente sancionable, y la pena considerada en concreto, como pronunciamiento judicial dirigido contra un determinado individuo, cuya participación en un hecho típico antijurídico y culpable ha sido probada, con toda la riqueza de matices que diferencian a una persona de otro y a un acto humano de otro de la misma clase. Representan estos términos los dos polos entre los cuales se han movido históricamente, con uno u otro signo, los diversos regímenes de punición de los delitos.

Tres serían las fases en el análisis del camino que ha de seguirse en el sistema penal de El Salvador, en relación con los adultos, hasta la imposición de una pena por el juez. La determinación legal, la concreción legal de la pena y la individualización judicial. Las dos primeras se podrían encuadrar en lo que se puede denominar "determinación legal de la pena", en cuanto que dentro de ella, con matices más o menos genéricos, la norma encomienda al juez una mera labor objetiva de concreción de los límites legales del castigo previsto en la Ley. Sólo después, cuando se haya concluido esa labor, el juez deberá acomodar la previsión general, determinando la dimensión concreta en que haya de imponer la pena al concreto individuo culpable del delito.

En el sistema de Derecho Penal Juvenil, marcado por la Ley Juvenil, sin embargo, suponiendo que el hecho se ha probado y es típico y antijurídico y que no concurren excluyentes de la responsabilidad; que se ha demostrado también la participación del menor, y con algunas matizaciones o precisiones (especialmente con relación al internamiento), el juez, teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias del hecho y el grado de responsabilidad, valorando igualmente las circunstancias psicosociales particulares del menor, fija una medida de las previstas en el Art. 8 de la Ley Penal Juvenil, con la duración que estime oportuno, que no podrá exceder de cinco años, según se puede deducir de los Arts. 8, 17, 32 y 95 de la Ley Penal Juvenil, salvo en el caso del internamiento respecto de menores de 16 ó 17 años que puede durar 7 años.

Sentado lo anterior, insistiendo en ideas que ya explicábamos al referirnos a la culpabilidad, podemos señalar que la cuestión de los fines de la pena no interesa únicamente como una cuestión dirigida o íntimamente ligada con el fundamento de la pena desde la óptica del *ius puniendi.* Desde luego su razón de ser no se agota ahí. La idea de la fundamentación de la pena se enlaza con dos cuestiones básicas:

Por un lado, se encuentra la cuestión de los presupuestos (fundamentos y límites) de la pena; y, por otra parte, la determinación del *quantum* de la pena; en otras palabras la cuestión de la individualización de la pena. Ambas cuestiones han de ser desarrolladas desde la óptica del principio de culpabilidad.

El fin de la pena y la culpabilidad están íntimamente ligados. Podemos distinguir, a grandes rasgos, tres etapas: La pena como retribución de la culpabilidad. La pena presupone culpabilidad. No puede imponerse una pena a quien no es culpable. De manera que la culpabilidad es el fundamento de la pena.

La culpabilidad y la necesidad de la pena. Se considera que la culpabilidad es la que debe ser retribuida, de forma que la pena tiene por misión retribuir la culpabilidad. Por consiguiente, estamos ante un Derecho Penal puramente retributivo.

Dado que la pena no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, ROXIN estima que la culpabilidad es el límite de la pena. Es admisible imponer una pena inferior a la que correspondería conforme a la culpabilidad del sujeto. A juicio de este autor, la responsabilidad penal no sólo depende de su culpabilidad, sino además de la necesidad preventiva de la pena. Se trata, pues, de una culpabilidad orientada a la prevención.

Por ello, explica ROXIN que las causas de exclusión de la culpabilidad están fundamentadas en consideraciones de política criminal, esto es, en la necesidad de pena. No son supuestos en los que no se pueda actuar de modo distinto, sino que son razones de política criminal las que conducen a excluir la responsabilidad penal, pues se considera que ni basándose en la prevención general ni en la prevención especial debe en tales casos imponerse una pena.

Así pues, a la culpabilidad ROXIN le añade la necesidad de pena (por razones de prevención general) y esto le conduce a introducir una nueva categoría. Además de la culpabilidad debe hablarse de la responsabilidad.

De manera que la imposición de una pena exige no sólo culpabilidad en el autor sino, además, responsabilidad, esto es, que, basándose en razones de prevención general, exista la necesidad de pena.

En la determinación del marco legal concreto ha de tenerse en cuenta la teoría de la pena que se mantenga. En cualquier caso, es claro que las posturas retribucionistas y la de la prevención general negativa han de quedar a un lado en este momento. Es posible defender bien una solución de prevención especial, una de la unión.

De todas ellas, en relación con este momento, es decir, con el momento de la determinación del marco legal concreto, la doctrina mayoritaria, con la mirada puesta en la reinserción social del delincuente y con los límites de la culpabilidad, se inclina por las teorías de la prevención especial. Es decir, defiende la postura elaborada por ROXIN.

La teoría de la prevención general positiva no es predicable en el momento de la ejecución de la pena. Según JAKOBS, la teoría de la prevención general positiva no aporta nada y, dicha ejecución ha

de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista de la prevención especial. Y, en este sentido, defiende que la prevención especial influye tanto cuando el legislador establece los marcos penales como a la hora de determinar el *quantum* concreto de la pena.

Ahora bien, cuestión distinta es que se acepte que deba distinguirse entre una culpabilidad que fundamente la pena y una culpabilidad para la determinación de la pena.

Puesto que una de las corrientes más importantes en el ámbito de las teorías de la pena considera que la culpabilidad limita la pena, esto es, la pena no puede ir más allá de ese límite impuesto por la culpabilidad, así como la necesidad de cumplir con la pena fines preventivos, es por lo que se han desarrollado diversas teorías para proyectar estos principios en el momento de la determinación de la pena.

Las teorías de la pena tienen que tener su correspondencia y obtener un buen rendimiento a la hora de determinar la imposición de la pena, esto es, en el momento de individualizar la pena concreta que corresponde al autor del delito.

Las teorías que se han manejado al respecto son: la teoría del ámbito de juego (*«Spielraumtheorie»),* la teoría del valor de la posición (*«Stellenwerttheorie») y,* la teoría de la pena exacta (*«Punktstrafetheorie»)*.

La primera teoría del ámbito de juego parte de considerar que la pena debe ser medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que la culpabilidad no puede medirse hasta la determinación de un punto correcto, sino que entienden sus defensores que la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta de la pena. Se trata de una zona cuyo límite mínimo *ya* es adecuado a la culpabilidad y cuyo límite máximo *todavía* también es adecuado a la culpabilidad. En esta zona, o «ámbito de juego», es en la que debe ser individualizada la pena conforme a criterios de prevención especial. Esta teoría procede de la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán y puede considerarse que es la seguida por la doctrina mayoritaria.

Para la teoría de la pena exacta no es posible admitir que exista un marco o una zona adecuada a la culpabilidad sino que la culpabilidad debe concretarse en un punto exacto. Éste y sólo éste es el contenido de pena adecuado a la culpabilidad del sujeto. El problema, evidentemente, es el determinar con exactitud cuál es ese punto exacto que corresponde a la culpabilidad del individuo.

Considera la teoría del valor de la posición que la pena debe ser determinada teniendo en cuenta ciertos factores en función del momento de que se trate. En efecto, la culpabilidad es una categoría que sirve -según los partidarios de esta teoría- para concretar la pena en cuanto a su duración. Los criterios derivados de factores de prevención deberán ser tenidos en cuenta para fijar otras cuestiones como la clase de pena o la suspensión de la misma.

En otras palabras, los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retributivos en función de la culpabilidad. Una vez fijada la duración de la pena en un punto concreto, entonces, tendrán relevancia los otros criterios, derivados de fines preventivos, para determinar los demás aspectos como la clase de pena (en los casos en los que la ley establece alternativas) o si se concede o no la suspensión condicional de la pena. De ahí la denominación de esta teoría, pues sus partidarios atribuyen distinto valor a los fines de la pena en función del momento de que se trate, esto es, de la posición que examinemos. Así, en primer término, la pena debe verse con una finalidad retributiva, mientras que, posteriormente, es cuando se valorará el aspecto preventivo de la pena.

Es difícil, sino imposible, erradicar de una ley que se confiesa penal, como la Ley Penal Juvenil, la finalidad retributiva y de prevención general por mucho que se afirme la finalidad exclusiva preventivo especial y se rechacen otros fines esenciales del Derecho Penal como la sanción o la intimidación de la norma.

Sin embargo, los fines preventivos especiales que deben presidir de manera fundamental la sanción juvenil exigen adecuar la medida a las necesidades del menor y a la gravedad del hecho, razón por la que las medidas en cierta forma han de ser indeterminadas en su naturaleza y temporalidad. Es también el principio de tipicidad penal, como manifestación del de legalidad, y el de proporcionalidad el que ha de presidir la elección por el juez de la medida más adecuada en un marco de cierta discrecionalidad, aunque es de reconocer que indeterminación, individualización, discrecionalidad y proporcionalidad son también los principios rectores de la elección de las medidas en el ámbito de la justicia juvenil al servicio de los fines preventivo especiales a través de un tratamiento dirigido a la reinserción del menor.

Para algunos autores, la orientación preventivo especial de las medidas juveniles las aproxima a las medidas de seguridad dirigidas a prevenir la peligrosidad del sujeto a través de un tratamiento resocializador. Como éstas, no miran tanto al pasado, a la gravedad del hecho, a la retribución del delito en función de la culpa, aunque lo

tienen en cuenta, como al futuro, a la necesidad de resocialización, y, también como las medidas de seguridad se imponen en función de la peligrosidad puesta de relieve por la comisión del hecho delictivo. Ahora bien, para otros autores, se asemejan más a la pena, porque se fundan en la responsabilidad por el hecho cometido y no tanto en la peligrosidad.

Los fines de protección de la sociedad, son defendidos como presupuestos a tener en cuenta en la justicia juvenil por las Recomendaciones de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores y por la Convención de Derechos del Niño.

Habrá que convenir, no obstante, que, según la tesis mayoritaria, las medidas juveniles están orientadas principalmente a la prevención especial y resocialización del menor y no a la defensa de la sociedad por la probable peligrosidad manifestada por el sujeto.

Esa finalidad de prevención especial se contempla claramente en diferentes preceptos de la Ley Penal Juvenil.

Así, el Art. 3 de la Ley Penal Juvenil establece que "la protección integral del menor, su interés superior...su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad son los principios rectores de la presente Ley".

El Art. 5 letra "m" señala entre uno de los derechos del menor el que toda medida que se le imponga tenga como finalidad primordial su educación.

El Art. 9 indica que las medidas señaladas en la Ley Penal Juvenil deben tener una finalidad primordialmente educativa.

En fin, los Artículos 42 letra "c", 60, 77 contienen referencias a los fines educativos, de reinserción y de protección del interés del menor.

En fin, las Recomendaciones de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores aconsejan poder adoptar varias medidas por infracción a condición de que permitan su cumplimiento simultáneo (regla 18). Los fines asignados a la justicia penal juvenil, entre los que deben prevalecer, reiteramos, los preventivos especiales y la supremacía del interés del menor aconsejan seguir la recomendación comentada, pues el tratamiento resocializador del menor pudiera precisar la concurrencia de varias medidas siempre que éstas sean complementarias y respondan a una intervención uniforme coherente e integradora.

La Ley Penal Juvenil en su Art. 95, en tal sentido, prevé la posibilidad de que el juez de menores pueda imponer una o varias medidas.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 1 de abril de 2004 (sentencia 17-04-2-04-A), tras citar el Art. 9 de la Ley Penal Juvenil, señala en esta línea expuesta que "la aplicación de medidas para menores en conflicto con la ley penal no busca exclusivamente el interés de justicia, a través de una sanción, acorde al daño causado, sino que ésta vaya encaminada a la necesidad de educar al menor en la responsabilidad, por ello su aplicación lleva implícita y es acorde en un primer momento al principio de necesidad y en su segundo momento considerando la duración de la misma (Art. 17.1 LPJ) al principio de proporcionalidad.

La sentencia de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro de 17 de febrero de 2005 (sentencia 5-02-1-05-A) en ese mismo sentido determina, remarcando que el juez debe fundamentar la selección y determinación de la medida aplicable de acuerdo a los fines que persiguen, que "en la aplicación de las medidas a imponer a los menores que están en conflicto con la ley penal juvenil, no se busca exclusivamente el interés de justicia retributivamente, a través de una pena por el daño causado, sino que se pretende que la medida vaya orientada primordialmente a la necesidad de educar al menor en la responsabilidad...." y más adelante especifica que " ese argumento (que recogía una finalidad retributiva y de prevención general de la medida) alude a un análisis que obedece a una tesis de Política Criminal retributiva y no a los parámetros filosóficos en que se fundan teleológicamente una medida en la Ley Penal Juvenil, cual es, que deben tener una finalidad primordialmente educativa...".

12. Utilidad del diagnóstico psicosocial.

Ya hemos señalado previamente a lo largo de este estudio la relevancia de las circunstancias del menor en la fijación de la medida y su duración desde la perspectiva de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y la finalidad de la medida y, en consecuencia, del informe o diagnóstico psicosocial que se ha de realizar en esta jurisdicción penal juvenil, como instrumento para revelar al juez de menores y a los demás operadores de la justicia juvenil tales circunstancias y el interés del menor, al menos del punto de vista de las ciencias que estudian a la persona.

El Art. 16 de las Reglas Beijing establece que *"para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y menos de que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva, se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiese cometido el delito";* mención ésta que podría ser interpretada en el sentido de circunstancias del hecho delictivo o circunstancias del menor en el momento de cometer el delito.

Referencias a la importancia y trascendencia del informe del equipo técnico en esta jurisdicción ya fueron reflejadas anteriormente, pero podemos señalar que los Artículos 9, 15, 32, 44, 53, 69, 73, 82, 83, 90, 93 y 94 contienen referencias a la función del equipo psicosocial y a la importancia de éste en este ámbito.

Con carácter general, dentro del proceso penal las periciales psicológicas y sociales pueden ser las siguientes, en lo que nos interesa:

1. Exploración de la personalidad y de sus circunstancias.
   Determinación de los conceptos de culpa, dolo, intencionalidad, arrebato, etc. Lo que puede ser interesante para la valoración e individualización de la pena o medida a imponer.

   También para la obtención de permisos y beneficios penitenciarios ya en el campo de ejecución de la sanción. En el campo de los menores infractores, en este sentido, puede ser interesante para la aplicación de las medidas en forma simultánea, sucesiva o alternativa o para la suspensión, revocación o sustitución de las medidas (Art. 9 de la Ley Penal Juvenil).

2. Valoración de la imputabilidad del denunciado.
   Aunque rige un principio biológico, resulta interesante para fijar la madurez psicológica, capacidad de comprensión y nivel de

inteligencia del sujeto (capacidad para darse cuenta de la naturaleza antijurídica de sus actos o posibilidad de distinguir el bien del mal). Capacidad de determinarse voluntariamente y para ser motivado por la norma. Son las llamadas, en Derecho, facultades intelectivas (conocer el alcance de la acción que se realiza) y volitivas (poder actuar de acuerdo a dicha comprensión o conocimiento). Dentro de éstas podemos destacar la realización de pruebas psicométricas para detectar deterioros intelectuales y debilidades mentales y exámenes psicológicos para detectar trastornos psicopatológicos.

En esta línea puede ser interesante para descubrir excluyentes de la responsabilidad penal o la aplicación especial (Art. 16 de la Ley Penal Juvenil).

3. Valoración de la capacidad psicológica para ser juzgado y asistir al juicio oral.

   Que la persona se encuentre en condiciones para entender lo que supone el proceso y para defenderse con garantías.

4. Determinación y pronóstico de la peligrosidad.

   Es un concepto que puede estar en crisis por su falta de precisión, pero puede tener trascendencia en el campo jurídico penal, y también en el campo de la justicia juvenil, ya que es importante para individualizar el tratamiento del delincuente y adoptar determinadas medidas. Puede ser interesante tanto en el momento de la individualización como en el momento de la ejecución, pero con los límites que exponíamos.

   Puede haber situaciones criminógenas en la sociedad tales como carencias económicas, situaciones de paro, desigualdad social o vínculos sub-culturales que inciten o favorezcan la conducta delictiva, pero no todos los sujetos que se enfrentan a estas condiciones se convierten en delincuentes. Así se da una confluencia de variables personales y ambientales o sociales en toda conducta delictiva que pueden valorarse con cierto margen de seguridad. Las mismas pueden clasificarse en familiares, escolares, grupales o de personalidad.

   La investigación ha revelado que la utilización conjunta de una aproximación clínica, basada en la experiencia y conocimientos del especialista, con una metodología estadística es la que da mejores resultados.

   En cuanto a las circunstancias a valorar sobre el mismo sabemos

que la peligrosidad de un individuo depende de sus experiencias y de sus factores de socialización, pudiendo tenerse en cuenta para su determinación los siguientes factores predisponientes o predictores entre otros:

a) Historia de violencia, de amenazas o de uso de armas.
b) Haber sido testigo o víctima de violencia en la infancia.
c) Baja autoestima.
d) Aislamiento y falta de apoyo social.
e) Contacto con víctimas potenciales o especialmente vulnerables.
f) Presencia de una víctima muy dependiente.
g) Abuso de alcohol o drogas.
h) Historia de desórdenes psicológicos.
i) Problemas de conducta antisocial.
j) Dificultades socio-económicas.

5. Informe de los trabajadores sociales sobre la situación económica y en el entorno social del imputado.

   Resulta válido a efectos de la aplicación de determinadas eximentes como podría ser el estado de necesidad y para la búsqueda de un conocimiento cabal de la personalidad del delincuente para individualizar la pena (medida) a imponer a éste. También para determinadas ciertas exigencias legales como las relativas a dejar a la víctima en un patente estado de necesidad en ciertas agravantes específicas.

6. Fijación de las medidas a imponer al menor.

   Los especialistas, tras la evaluación del menor y sus circunstancias, proponen una o varias medidas.

7. Tratamiento post-penitenciario o después de imposición de la medida.

   Seguimiento por los trabajadores sociales de la reinserción social tras la terminación de la medida o su última fase.

   En la Ley Penal Juvenil de El Salvador se puede adivinar que los equipos psicosociales o de especialistas, citados entre otros en los Artículos 32, 53 y 93, pueden cumplir estas funciones.

   Se podría plantear si los equipos multidisciplinares deben recomendar una medida con arreglo a la Ley Penal Juvenil, y en tal sentido, interpretando el Art. 32, entendemos que sí deben ofrecer una medida, sin perjuicio de que la puedan proponer de

una forma indirecta (por ejemplo en lugar de decir “internamiento” señalar que creen conveniente una medida privativa de libertad), sin perjuicio de que el Juez pueda apartarse de dicha recomendación.

13. Aspectos relativos a la argumentación jurídica.

El modelo de argumentación que se ha mantenido fundamentalmente para la motivación de las sentencias es el deductivo, esto es, el basado en el silogismo judicial, es decir, se elabora la premisa mayor, la premisa menor y se concluye con la consecuencia jurídica, mediante la correspondiente subsunción.

Así pues, según este modelo, para resolver un asunto concreto sería preciso el siguiente trayecto: una fijación de los hechos aplicables al caso; una selección del material jurídico aplicable; una interpretación de los textos jurídicos aplicables; la subsunción de los hechos fijados en los preceptos jurídicos interpretados y la justificación de la decisión adoptada.

El modelo deductivo estrictamente exige que el juez busque la verdad de los hechos y la norma aplicable al caso, prescindiendo de que exista un conflicto sobre la apreciación de los hechos y la interpretación o variedad de normas que sustentan las partes. No debe examinar la consistencia de argumentos. Sólo debe imponer su descubrimiento y que coincida total o parcialmente con lo esgrimido por las partes es accesorio. En esta situación no es preciso que se deba persuadir a la parte derrotada para que acepte el fallo; la decisión se basa en la ley y los hechos objetivos están por encima de las voluntades.

Sin embargo, el silogismo judicial y, por tanto, el modelo deductivo, presenta diferentes problemas que podemos identificar.

El más importante de la justificación deductiva es la ambigüedad del lenguaje en que se redactan las normas o la colisión entre normas. También puede ocurrir que las premisas sean equivocadas y, por ello, la conclusión aparentemente puede ser correcta pero falsa. Por otro lado, puede haber lagunas en el ordenamiento jurídico.

Junto a ese modelo, como complemento del anterior, un juez que quiera motivar correctamente una sentencia deberá tener en cuenta las consideraciones ofrecidas por el modelo discursivo o argumentativo y el modelo estratégico.

En una resolución de 1990, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania expresó la opinión de que la interpretación, especialmente la del Derecho Constitucional, tiene la naturaleza de un discurso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con los mejores. Esto se acerca por

lo menos a la tesis que sostiene que la argumentación jurídica debe ser considerada como un discurso racional.

El poder de convicción de la justificación discursiva se basa en la construcción de argumentos y la reducción al absurdo del oponente, sea por las consecuencias prácticas de sus tesis o por contradecir los puntos de partida inicialmente admitidos. En este modelo el juez se halla en medio de una competencia, y es ésta la que le permite formarse un juicio sobre lo ocurrido que encuentre la solución aplicable.

En definitiva, sin crítica de argumentos no existe buena redacción de los mismos, sin una crítica basada en conjeturas y refutaciones no existirá hondura y firmeza en las justificaciones.

En la jurisdicción penal juvenil tal modelo exige que el juez compruebe los argumentos ofrecidos por el fiscal y el letrado defensor o procurador del menor, de modo que analice los argumentos que le han ofrecido, tanto en el plano fáctico como jurídico, en sus diferentes aspectos, y que se rebatan o combatan, esgrimiendo razones que hagan ver, especialmente a la parte que no ve aceptada su postura, que ésta es incorrecta, errónea o contraria a Derecho, lo que servirá a su vez para reforzar la fuerza de convicción de la motivación o, en su caso, para convencerse de la equivocación del criterio adoptado.

Existe finalmente un modelo que se ha denominado estratégico, que también creemos puede tener relevancia en el sistema de justicia juvenil, aun más que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico o de la administración de justicia.

La justificación estratégica es aquella donde el juez plantea una solución del conflicto y establece los medios para llegar a ella examinando diferentes escenarios posibles.

Un juez de menores que utiliza un modelo estratégico es aquel que se plantea los problemas que puede generar su decisión, la adopción de una medida determinada y, teniendo en cuenta éstos, fija la medida y establece pautas para que la medida se ejecute de manera más eficaz y rápida.

Una objeción que se suele ofrecer al sistema estratégico es que el juez está limitado por las peticiones de las partes, pero en la jurisdicción juvenil no existe tan fuerte vinculación entre las peticiones y la decisión, por ese principio de flexibilidad.

14. Los argumentos jurídicos.

Los argumentos que pueden utilizarse en la motivación jurídica se pueden clasificar de muchas formas distintas. La elección del tipo de clasificación depende básicamente de su objetivo. Se puede hablar de argumentos lingüísticos, los genéticos, los sistémicos y los prácticos generales.

Los argumentos lingüísticos se basan en la determinación de la utilización del lenguaje que existe en realidad. A menudo, especialmente en relación con el gran número de las denominadas causas simples produce un resultado seguro. Por lo tanto, la resolución está delimitada, y cualquier otra es posible si se desarrolla la ley en contra de su formulación. Frecuentemente, sin embargo, sólo puede afirmarse que la norma es vaga o que está en cierto modo mal definida. Por consiguiente, una resolución solamente puede confirmarse con la ayuda de otros argumentos.

Los argumentos genéticos apuntan al objetivo real del legislador histórico. La mayoría de las veces no son aplicables porque no puede descubrirse su objetivo o porque es demasiado vago o contradictorio. Además, la fuerza de estos argumentos es discutible, como muestra la controversia existente entre la teoría de la objetividad o subjetividad del objetivo de la interpretación.

Los argumentos sistémicos se basan en la idea de la unidad o coherencia del sistema jurídico. Pueden dividirse en ocho subgrupos que sólo se citarán sin incluir una explicación de los mismos, éstos son: (1) los argumentos que garantizan la coherencia, (2) los contextuales, (3) los sistemático conceptuales, (4) los argumentos del principio, (5) los argumentos jurídicos especiales como la analogía, (6) los del precedente, (7) los históricos y (8) los comparativos. En nuestro contexto, los más importantes son los del principio. En los estados constitucionales democráticos, estos argumentos se basan fundamentalmente en los principios constitucionales. En las causas difíciles, su aplicación incluye generalmente una valoración, lo que demuestra que los principios tienen el carácter de órdenes a optimizar. No obstante, dentro del marco de una valoración, los argumentos prácticos generales juegan un papel importante. Por lo tanto, la parte más importante de la argumentación sistémica va necesariamente unida a la argumentación práctica general.

Los argumentos prácticos generales constituyen la cuarta categoría. Pueden dividirse en teológicos y deontológicos. Los primeros consideran las consecuencias de una interpretación y se basan en la idea del bien. Los segundos expresan lo que es jurídicamente correcto o incorrecto sin tener en cuenta las consecuencias.

La clasificación de los argumentos no nos dice nada sobre la fuerza de los mismos. Esta puede basarse únicamente en las razones que justifican su utilización.

Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistémicos se apoyan directa o indirectamente en la autoridad del derecho positivo. Son, por lo tanto, argumentos institucionales. Por otra parte, la fuerza de los argumentos prácticos generales deriva únicamente del hecho de que su contenido sea correcto. Por consiguiente, son argumentos sustanciales.

Otra enumeración que se puede hacer de los argumentos jurídicos es la siguiente: a) a "sensu contrario"; b) analógico; c) argumento de integridad del ordenamiento jurídico; d) argumento de la coherencia del ordenamiento jurídico; e) la voluntad del legislador; f) el histórico; g) el de reducción a lo absurdo (legislador razonable); h) el teleológico; i) el sistemático; h) argumento de equidad j) argumento a partir de los principios generales o de la analogía iuris y k) argumento de autoridad o del precedente judicial.

15. La jurisprudencia como argumento.

En el modelo argumentativo o discursivo de razonamiento las decisiones precedentes no son consideradas ni como normas jurídicas creadas por los tribunales, ni como el resultado de la aplicación mecánica del Derecho. Las decisiones precedentes son argumentos, razones que vienen a fundamentar una concreta decisión. Con ello se quiere sostener que la mayor o menor relevancia de las decisiones precedentes en el razonamiento judicial depende, evidentemente, del tratamiento jurídico que hayan recibido, pero también y muy especialmente, del contenido argumentativo del mismo razonamiento.

El menor o mayor carácter argumentativo que tenga las decisiones precedentes permite distinguir entre jurisprudencia y precedente. La jurisprudencia son las decisiones judiciales precedentes de un órgano judicial, la Corte Suprema, cuyo valor está determinado por el tratamiento jurídico que recibe, y en concreto por el tratamiento de la casación. Los precedentes son las decisiones anteriores del cualquier órgano judicial, la Corte Suprema incluida, cuyo valor está determinado por su uso en la argumentación jurídica. Jurisprudencia y precedentes son dos formas de aproximarse al mismo fenómeno: las decisiones judiciales anteriores. Jurisprudencia y precedentes no deben entenderse como entidades excluyentes o contradictorias.

La función de la casación es doble: proveer la interpretación correcta del Derecho, la denominada función nomofiláctica, y controlar la uniformidad en la aplicación del Derecho. El fundamento de ambas funciones (nomofiláctica y unidad) es el mismo: la uniformidad de la aplicación del Derecho en estrecha relación al principio de seguridad jurídica.

Se pueden distinguir dos usos de la jurisprudencia según sea utilizada por los jueces y tribunales inferiores o por la propia Corte Suprema. Se trata, respectivamente, de su uso como argumento de autoridad y como instrumento de unificación de los criterios y líneas interpretativas. A nosotros nos interesa especialmente la primera.

Los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria realizan, en la motivación de sus decisiones, constantes referencias a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Dos razones explican tal uso. En primer lugar las decisiones de la misma ofrecen un ejemplo de cómo interpretar y aplicar el Derecho; en segundo lugar el ordenamiento jurídico ha atribuido cierta autoridad a la jurisprudencia puesto que su infracción motiva el recurso de casación. La jurisprudencia sirve pues como modelo de interpretación con autoridad.

Sin embargo, la forma en que los jueces y tribunales hacen referencia a las decisiones del TS sin mencionar explícitamente la *ratio decidendi*, esto es, el modelo interpretativo a seguir, hace pensar que sea más el elemento de autoridad que el ejemplificador lo que explica el uso de la jurisprudencia en la argumentación jurídica por jueces y tribunales inferiores. Efectivamente, el desacuerdo por un juez o tribunal inferior sobre la interpretación contenida en una línea jurisprudencia se resuelve mediante la autoridad que se reconoce a la jurisprudencia. La autoridad de la jurisprudencia atribuye a ésta su fuerza persuasiva en la argumentación jurídica, fuerza que además se ve incrementada gracias a la reiteración.

Este uso de la jurisprudencia por jueces y tribunales centrado en la autoridad y reiteración presenta algunos puntos débiles: la falta de atención al contenido de la jurisprudencia y el automatismo de su uso.

Los jueces y tribunales a veces mencionan la jurisprudencia de la Corte Suprema limitándose a indicar la Sala y la fecha en que se dictaron las sentencias; en ocasiones también se cita escuetamente el contenido de la jurisprudencia a modo de máximas interpretativas. Esta forma de referencia oculta, sin embargo, la importancia de una actividad que corre paralela al uso de la jurisprudencia y que de llevarse a cabo revierte en la racionalidad de la argumentación jurídica. Se trata de identificar el criterio interpretativo que ha sido establecido y determinar su validez para el caso concreto que el juez o tribunal está resolviendo. La importancia de tal operación radica en el aspecto ejemplificador de las decisiones precedentes: la razón por la que jueces y tribunales mencionan una determinada línea de interpretación será, no sólo por el número de casos, sino también porque los casos mencionados son sustancialmente similares. El vínculo de éstos, el nexo de unión entre las distintas sentencias será la *ratio decidendi*.

El segundo punto débil del uso de la jurisprudencia por jueces y tribunales inferiores es lo rutinario o el automatismo de su uso. Decidir en el mismo sentido que lo hizo el Alto Tribunal provoca una rutina cómoda.

Por otro lado, desde una perspectiva justificativa los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales.

La técnica del precedente es un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales centrado en el valor interpretativo y justificativo de las mismas. Es decir, tener en cuenta los precedentes a la hora de aplicar el Derecho es tener en cuenta instrumentos que

ayudan al juez a interpretar el Derecho y a justificar tanto a nivel interno como externo su decisión.

Existen numerosos puntos de contacto entre jurisprudencia y precedente: la jurisprudencia, al igual que los precedentes, proporcionan ejemplos de cómo interpretar el Derecho; están revestidos de cierta autoridad; y su pilar básico es el principio de igualdad formal, es decir, que casos iguales tengan un tratamiento similar. Sin embargo la jurisprudencia continúa siendo considerada más bien como una técnica de control de la uniformidad en la aplicación del Derecho, mientras que los precedentes son considerados técnicas de argumentación jurídica.

Ello no obstante, en la medida que la fundamentación de la jurisprudencia no sólo sea la unidad sino también la igualdad en la aplicación del Derecho, se producirá un acercamiento entre jurisprudencia y el precedente.

16. El lenguaje y la expresión de la sentencia.

El Art. 5 letra "g" de la Ley Penal Juvenil señala que el menor tiene derecho a recibir información clara y precisa sobre las razones de las decisiones.

El Art. 93 de la Ley Penal Juvenil establece que inmediatamente de concedida la última palabra al menor, debe dictar la resolución definitiva en la misma audiencia en los términos que se exponen en el Art. 95, y si excepcionalmente, por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, es necesario diferir la redacción de la resolución definitiva, en este caso, el juez ha de leer sólo la parte dispositiva y relatará sintéticamente los fundamentos que motivaron la decisión. Igual conclusión se extrae del Art. 95 de la Ley sobre la exigencia de emitir una resolución después de concluida la vista de la causa.

En principio, estimamos que los supuestos más aconsejables de sentencia oral son únicamente los de sentencias absolutorias o en hechos muy sencillos con poca prueba, y es difícil que en un supuesto de imposición de medida de hechos complejos y con mucha prueba el juez, nada más acabar las sesiones de esa audiencia, pueda reflejar los hechos probados, explicitar las razones que ha de ponderar sobre los distintos extremos antes examinados y dicte el fallo, puesto que la propia prudencia y en ocasiones la complejidad de las cuestiones fácticas y jurídicas planteadas impiden tal rápida respuesta.

En todo caso, si se opta por este sistema de sentencia "in voce", se han de reflejar los fundamentos que motivan la decisión, respecto de todos estos extremos, es decir, la motivación fáctica, la motivación jurídica, la relativa a las circunstancias del menor y dentro de esta la referente a la imposición de la medida.

El Art. 82 de la Ley Penal Juvenil indica que el juez ha de explicar con palabras claras y sencillas los cargos que se le atribuyan. Además ya expusimos que existe un derecho del menor a la claridad que exige, como contrapunto, una obligación de utilizar esa claridad y sencillez en la sentencia.

Frente a una opinión muy extendida entre los operadores jurídicos en el sentido de que las resoluciones judiciales deben estar dirigidas a los expertos en Derecho, se alza la que considera que es el ciudadano, destinatario final de las sentencias y el que debe ser tomado en consideración en las decisiones y, que, por tanto, en la medida de lo posible, se ha de llevar a cabo un esfuerzo por hacer inteligibles las resoluciones, debiendo entender por qué el juez decide en un sentido o en otro, utilizando palabras y expresiones sencillas, sin caer obviamente

en el vulgarismo o coloquialismo.

De una lectura de la Ley (también el Art. 84) se puede extraer la definitiva conclusión de que el legislador ha querido que el juez utilice en todo caso un lenguaje claro y sencillo, en la medida de lo posible comprensible para el menor.

A tal fin, se podría sugerir, para alcanzar ese fin de comprensión por parte del menor, que se hagan frases cortas y no largas y enrevesadas; que se utilicen muchos párrafos, y no párrafos muy largos; que se introduzcan palabras más sencillas (sin necesidad de llegar al lenguaje familiar) y que ciertos términos jurídicos, incluso, se expliquen.

Tal vez en la fundamentación jurídica, desde el examen del Código Penal, sea más complicado tal simplificación, si bien en la mayoría de los casos, dada el tipo de delitos que cometen los adolescentes y jóvenes tampoco se plantean habitualmente grandes discusiones jurídicas, pero en el resto de extremos, la valoración de las pruebas; el análisis de las circunstancias del menor o al establecer medida, se debe hacer un esfuerzo para que el niño entienda porqué se le impone una medida y no otra, pues no son ni el fiscal ni el defensor del menor o el procurador del menor, ni eventualmente el perjudicado los destinatarios principales de la medida.

Las sentencias, por otro lado, deben ser claras y precisas, pero, sus fines no son estrictamente estilísticos, es decir, estéticos o literarios, sino que la claridad se coloca al servicio del mejor cumplimiento de la función de juzgar. Lo que se busca no es la belleza de la frase, sino la justeza de la expresión para que la expresión en que se contiene la decisión judicial comunique la totalidad de la *ratio decidendi.* Todo el proceso cumple una función clarificadora, y la sentencia en que culmina tiene que ser su legítimo testimonio. Por precisión, hay que entender rigor, que se manifiesta de modo singular respecto de los hechos (descripción), el derecho (determinación de las normas, fijación de su sentido y conexión hechos-derecho) y la conclusión (resultado del desarrollo argumental efectuado mediante el tratamiento de los hechos y el Derecho).

Es imprescindible, para lograr claridad, saber perfectamente lo que ha de expresarse para así manifestarlo con el uso del lenguaje. Sin embargo, lo que aparece claro a quien realiza un determinado discurso, puede no serlo para quienes han de leer lo escrito, de aquí que a la claridad en el razonamiento, haya de ir unida la de su expresión escrita. Es, en todo caso, una práctica que garantiza la claridad en el decir, la lectura por su autor una vez transcurrido algún tiempo desde su elaboración, de manera que el sujeto pueda situarse mentalmente en

la posición de tercero con una mayor capacidad crítica para la propia creación.

El discurso y el lenguaje que lo transmite han de ser asequibles, aunque para ello éste no deba caer en la vulgarización porque no se puede sucumbir a la trivialidad y es imprescindible el rigor a que obliga la cualidad de la precisión. La concisión significa elegir lo imprescindible, apartar lo innecesario y tratar con orden todas las cuestiones con el empleo de las palabras adecuadas e indispensables sin quebranto de la claridad.

La concisión en la expresión lingüística del discurso y del razonamiento puede poseerse como virtud innata pero habitualmente es consecuencia de una práctica o entrenamiento, que exige un dilatado ejercicio, de manera que no se pueden confundir brevedad y concisión. Aquélla se refiere a la cantidad mientras que ésta atañe a la calidad y por ello resulta difícil su consecución, a diferencia de la primera, para lo que es suficiente no consumar el tratamiento de las cuestiones planteadas o acortar el razonamiento, lo que nos puede precipitar en un vicio frecuente de las sentencias, cual es la incongruencia por no tratar todos los temas planteados en el proceso.

La precisión en el decir no está tan generalizada en el quehacer jurídico como en otros. Desde las Facultades de Derecho no se cuida el rigor expresivo como se hace en otras enseñanzas más científicas o bien en la propia Medicina. Esta falta de atención inicial trasciende a todas las profesiones jurídicas, incluida la judicial. Hizo fortuna la idea de que, al estar tan inmerso en lo cotidiano, el Derecho había de despojarse de cualquier vestigio de técnica propia de iniciados para ser asequible a cualquiera que a él se aproximase. Es cierto que, como modelo de convivencia y pauta de actuación común, puede y debe ser fácilmente comprensible siempre que no se haga a costa y riesgo de la exactitud, porque la falta de rigor está aliada con la confusión y la inseguridad, vicios que menudean en ciertas decisiones judiciales, los cuales son atribuibles no sólo a la precipitación o premura en su redacción sino al incorrecto uso de la terminología jurídica.

Tanto en la fijación de los hechos como en la aplicación del ordenamiento jurídico y, sobre todo, en la parte dispositiva de las sentencias, éstas han de ser precisas.

La vaguedad en el relato de lo sucedido es un camino que conduce al error en la solución e impide el control eficaz de lo resuelto porque el juez o tribunal que está en mejor situación y más idónea posición para concretar los hechos es el de la primera instancia. Cuando no se han precisado los hechos, aunque el juzgador los conozca,

difícilmente se puede valorar el acierto o desacierto tanto del derecho aplicado como de la solución elegida. La falta de concreción en los hechos dejará perplejo a quien lea una sentencia porque cabe preguntarse siempre si los argumentos jurídicos utilizados son los que debieron ser empleados. Si en la sentencia no se describen con rigor los hechos sucedidos, difícilmente podremos conocer si es correcta su subsunción en el derecho aplicado o su conexión con las interpretaciones, calificaciones y consecuencias jurídicas expuestas en la misma.

Si la argumentación para la construcción del soporte fáctico y jurídico es clara y precisa contribuirá a lograr ambas cualidades en la conclusión.

El uso de la informática también ha introducido alteraciones sustanciales en el estilo de las sentencias con menoscabo, frecuentemente, de la claridad y de la precisión, debido al tratamiento generalizado de los textos, que se puede decir, usando el refrán castellano, «lo mismo sirven para un roto que para un descosido. La cibernética, que ha facilitado y favorecido extraordinariamente el orden y control de la oficina judicial así como la localización de precedentes, ha causado estragos en la redacción de las sentencias. Las expectativas que su aplicación al Derecho hizo concebir, y que se han hecho realidad en otros muchos ámbitos de éste, han resultado frustrantes para la elaboración de las sentencias porque han contribuido a eliminar el análisis singular del litigio, sustituyéndolo por interminables citas jurisprudenciales o doctrinales vengan o no a cuento.

La claridad y la precisión no son meramente la que resulta del texto de la sentencia, sino la que realmente sirve para esclarecer y resolver el litigio planteado. Cuántas sentencias, cuya lectura es nítida, al conocer en profundidad el pleito constituyen una respuesta, si no incoherente, al menos imprecisa e impropia por no haber captado los matices propios del conflicto, que se han generalizado para posibilitar su tratamiento mediante unos datos procesados para un supuesto tipo.

El poder de convicción de la sentencia es proporcional al rigor con que examine y concrete los hechos y el derecho aplicable así como a la claridad con la que sea capaz de exponer aquéllos y de explicar su conexión con el ordenamiento jurídico.

Antes de finalizar este apartado, dedicado al lenguaje sólo advertir que para conseguir claridad y precisión es precisa la conciencia crítica de la propia labor.

Para efectos ilustrativos, se propone la siguiente estructura de la resolución definitiva en el ámbito penal juvenil.

17. Propuesta de la estructura de la resolución definitiva en el ámbito penal juvenil.

Los artículos 93 y 95 de la Ley Penal Juvenil dan algunos elementos en cuanto al contenido de la resolución definitiva, tales como: hechos probados, autoría, etc.; sin embargo, de ellos no se deriva una pauta general del esquema estructural de la misma. Por tal motivo, es viable acudir a la estructura de la sentencia contenida en el Art. 257 CPP, para complementar aquellos elementos que en tanto (1) no desvirtúen o sustituyan la especialidad y en cuanto (2) no perjudiquen al menor, permitan una integración normativa que, sin desconocer el principio de especialidad, armonice con el de supletoriedad, específicamente en lo que expresamente no contiene la Ley Penal Juvenil.

I. ANTECEDENTES
- A. PLANTEAMIENTO DE LA ACUSACIÓN
- B. PLANTEAMIENTO DE LA DEFENSA
- C. DESCRIPCIÓN DE LAS PRUEBAS
  1. INDAGATORIA
  2. TESTIMONIOS
  3. PERICIAS
  4. DOCUMENTOS
  5. ANTICIPOS DE PRUEBA
  6. OTRAS

II. HECHOS PROBADOS
- A. DE LA HIPÓTESIS FISCAL
- B. DE LA HIPÓTESIS DE LA DEFENSA

III. FUNDAMENTOS
- A. FÁCTICOS
- B. JURÍDICOS
  - **1. ADECUACIÓN TÍPICA**
    - a. CONCURSO APARENTE DE NORMAS
    - b. CONCURSO DE DELITOS
  - **2. PARTICIPACIÓN CRIMINAL**
    - a. AUTORÍA (DIRECTA, MEDIATA, COAUTORÍA)
    - b. PARTICIPACIÓN (INSTIGACIÓN, COMPLICIDAD)
  - **3. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD**
    - a. DE LA ANTIJURIDICIDAD (LEGÍTIMA DEFENSA, ETC.)
    - b. DE LA CULPABILIDAD (INIMPUTABILIDAD, ETC.)

4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
a. AGRAVANTES
b. ATENUANTES
5. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL MENOR
a. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO
b. INFORME DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINAR
6. AJUSTE DE LA MEDIDA
a. CUALITATIVA
b. CUANTITATIVA

IV. FALLO

* Incorpora observaciones realizadas por el Lic. Miguel Alberto Trejo, Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Este libro se terminó de imprimir
en Talleres Gráficos UCA
en el mes de octubre de 2006
la edición consta de 600 ejemplares.