

Determinación de la sanción penal juvenil en un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay

Determination of the juvenile criminal sanction in a jurisprudential criterion of the Supreme Court of Justice of Paraguay

Violeta Liliana GONZÁLEZ VALDÉS*

RESUMEN: Las características definitorias de la reacción estatal ante los hechos punibles cometidos por adolescentes requieren no sólo el reconocimiento y la vigencia de garantías sustantivas y formales, sino también el replanteamiento del proceso de individualización de la sanción penal. En ese sentido, se analiza un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay que establece lineamientos para la determinación de la sanción en el ámbito de la justicia penal juvenil. El fallo reconoce el principio de proporcionalidad como base de la medición y el principio de reprochabilidad como límite. Asimismo, delimita el alcance del principio de educación en un proceso penal garantista y en el marco de la prevención especial positiva como objeto de las sanciones en el Derecho Penal Juvenil. Finalmente incorpora, como una circunstancia

* Abogada, Universidad Nacional de Asunción. Postgraduada en Derecho Penal Constitucional y Criminología, Universidad de Salamanca. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica «Nuestra Señora de la Asunción», donde se desempeña como Docente Investigadora, categorizada en CONACYT. Profesora de Programas de Maestría y Doctorado, y Derecho Penal Juvenil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas. Contacto: <gv_violeta@hotmail.com>. Fecha de recepción: 08/10/2020. Fecha de aprobación: 15/02/2021.

innovadora a considerar en la determinación de la sanción, la condición de vulnerabilidad social del adolescente infractor.

PALABRAS CLAVE: justicia penal juvenil; adolescente infractor; determinación de la pena; principios penales; vulnerabilidad social.

ABSTRACT: The defining characteristics of the state's reaction to punishable acts committed by adolescents require not only the recognition and validity of substantive and formal guarantees, but also the rethinking of the process of individualization of the criminal sanction. In this sense, a jurisprudential criterion of the Supreme Court of Justice of Paraguay that establishes guidelines for determining the sanction in the field of juvenile criminal justice is analyzed. The ruling recognizes the principle of proportionality as the basis of the measurement and the principle of reprehensibility as the limit. Likewise, it delimits the scope of the principle of education in a guaranteeing criminal process and within the framework of positive special prevention as the object of sanctions in Juvenile Criminal Law. Finally, it incorporates, as an innovative circumstance to be considered in determining the sanction, the condition of social vulnerability of the offender adolescent.

KEYWORDS: juvenile criminal justice; offending adolescent; determination of the penalty; criminal principles; social vulnerability.

I. ANTECEDENTES

Tras el advenimiento de la democracia, la República del Paraguay ha aprobado y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica –Ley N°1/89– y la Convención sobre los Derechos del Niño –Ley N°57/90–. La vigente Constitución de 1992, ha reconocido los principios y las garantías que fundamentan el ejercicio del poder punitivo del Estado. El cambio de paradigma en la justicia penal juvenil se ha efectuado a través del Código Penal –Ley N°1160/97–, el Código Procesal Penal –Ley N°1286/98–, el Código de Ejecución Penal –Ley N°5162/14– y, como instrumento normativo específico, el Código de la Niñez y la Adolescencia –Ley N°1680/01– aplicable al adolescente infractor de la ley penal, instaurándose así un sistema de responsabilidad punitivo-garantista que distingue las situaciones de connotación penal de aquellas atinentes a políticas públicas sociales.

No obstante, la producción jurisprudencial nacional en materia penal adolescente –salvo preciadadas excepciones como esta– no ha logrado sustraerse del modelo tutelar y asistencial para determinar la sanción a los hechos punibles cometidos por adolescentes ni enmarcarse en los principios que legitiman la intervención del Derecho Penal.

En el presente caso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por Acuerdo y Sentencia N°28 del 1 de febrero de 2019 resuelve hacer lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la defensa pública del adolescente contra el Acuerdo y Sentencia N°3 del 30 de junio de 2017 del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia de Asunción, que confirma la Sentencia Definitiva N°528 del 14 de diciembre de 2016 del Tribunal de Sentencia por la cual condenó al adolescente a ocho (8) años de medida privativa de libertad por el hecho punible de homicidio doloso,

según el Art. 105.1 y 29.1 del Código Penal¹ en concordancia con el Art. 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia²; y, en consecuencia, la Sala Penal resuelve anular parcialmente esta última, específicamente la cuestión referente a la sanción impuesta, ordenando el reenvío para que otro Tribunal de Sentencia realice un nuevo juicio sobre la sanción.

Antes de la reforma penal, la individualización de la pena para el responsable de un hecho delictivo, constituía una decisión discrecional y de libre arbitrio del juez, no revisable. Tal era la posición doctrinaria contenida en el anterior Código Penal de 1910, y así lo comentaba su autor al referirse a la disposición normativa sobre la graduación de la pena: «El prudente arbitrio del juez a que se refiere este precepto, es el llamado a cotizar la pena que merece el reo» –art. 92³–. Y aquel arbitrio otorgado al juzgador para determinar la pena, no pocas veces mal utilizado, producía la desazón de que era la arbitrariedad la que se hallaba legitimada.

Actualmente, es indiscutible el deber de fundamentación del juez, reconocido constitucionalmente –art. 256 de la Constitu-

¹ CP. Art. 105. Homicidio doloso. 1. El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco (5) a quince (15) años [...] Art. 29. Autoría. 1. Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro [...]

² CNA. Art. 207. De la duración de la medida privativa de libertad. La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el Derecho Penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años. A los efectos de la medición de la medida, no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del Derecho Penal común. La duración de la medida será fijada en atención a la finalidad de una internación educativa en favor del condenado.

³ GONZÁLEZ, Teodosio, *Lecciones de Derecho Penal*, Asunción, Cerro Corá, 3ª ed., t. II, 1982, p. 129.

ción⁴–, cuyo incumplimiento genera un vicio de la sentencia que habilita su apelación y casación –art. 403.4 del Código Procesal Penal⁵–. Este deber adquiere singular valor en el tema analizado.

Como lo señala Ziffer, la trascendencia del acto de individualización de la pena es igualable a la decisión misma de si ella debe ser impuesta. Por tanto, si todos aquellos principios tan celosamente respetados al elaborar el esquema de la teoría del delito, son dejados de lado al graduar la sanción, quedarían descalificados todos los esfuerzos teóricos realizados. Y es esta trascendencia la que impone reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables, no discrecionales, que se traducen no sólo en el deber de fundamentar la decisión, sino también en que esta responda realmente a las razones manifestadas por el juzgador, y a su vez en la posibilidad de revisión por vía recursiva⁶.

En esta línea de análisis, todas las garantías penales sustanciales y formales pierden significación si su vigencia no se materializa en el momento de la decisión sobre la sanción a imponer al adolescente.

En ese sentido, el deber de fundamentación –también exigible en la medición de la sanción– constituye el argumento esgrimido por el Ministro preopinante: « [...] El fallo del Tribunal de

⁴ CN. Art. 256. [...] Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley [...]

⁵ CPP. Art. 403. Vicios de la sentencia. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: [...] 4. Que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

⁶ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 18.

Apelación contiene frases muy escuetas además de rutinarias, y afirmaciones dogmáticas que no responden en concreto al agravio puesto en consideración por la defensa [...] una escasa e insuficiente fundamentación al momento del estudio de la determinación del *quantum* de la medida privativa de libertad impuesta al adolescente».

En el Derecho Penal Juvenil no se ha desarrollado una teoría distinta o especial sobre la determinación de la sanción, quizá porque en el propio Derecho Penal es un tema que sigue sinuosamente abierto. La literatura especializada no es coincidente al establecer los lineamientos para individualizar la sanción penal juvenil.

De ahí pues la relevancia del fallo –objeto de análisis–, pues arroja luz y certeza sobre algunos de los principios que deben regir en la medición de la sanción impuesta a adolescentes, y sobre una circunstancia a considerar, sin duda, de vanguardia.

II. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE

El Ministro preopinante sostiene que el Tribunal de mérito «inobservó el principio de proporcionalidad al momento de determinar el *quantum* de la sanción», destacando que «es importante recordar que el principio de proporcionalidad constituye un principio básico dentro del Derecho Penal, por el cual se rige también el Derecho Penal Juvenil».

Este criterio jurisprudencial, reafirma la premisa que el Derecho Penal Juvenil está basado en los mismos principios que el Derecho Penal de adultos; tales como legalidad, reprochabilidad, proporcionalidad, prevención, humanidad e intervención mínima.

Asimismo, desde el momento en que se sindicó la comisión de un hecho punible a un adolescente, durante el desarrollo del proceso y en la etapa de ejecución de la sanción, deben ser respetados los derechos procesales básicos previstos en la Constitución;

entre los que se destacan, particularmente, el derecho a un juicio previo, juez natural, imparcial e independiente, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, legalidad del procedimiento, impugnación y excepcionalidad de la prisión preventiva. Es decir, se debe garantizar que el proceso penal juvenil se desarrolle con la vigencia de todas las garantías propias de un debido proceso. El control de su vigencia debe ser más estricto, en razón de las peculiaridades que reviste su condición: el adolescente se encuentra en una situación de mayor indefensión y los efectos del proceso penal, así como de la sanción, probablemente sean más nocivos o generen la posibilidad de producir vejaciones.

Coincido con Berdugo al afirmar que los principios rectores del sistema penal no deben considerarse como meros «límites» del *ius puniendi*, sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho Penal no puede seguir siendo considerado sino como Derecho Penal Constitucional, pues es consubstancial al mismo, además de la búsqueda de eficacia al eliminar la violencia social extra-penal, la finalidad de garantía al disminuir la violencia del propio sistema penal⁷.

Sigue afirmando el Ministro, a través de su voto, que el principio de proporcionalidad se encuentra inserto en los instrumentos internacionales vigentes en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores «Reglas de Beijing».

III. PRINCIPIO DE REPROCHABILIDAD COMO LÍMITE

«No obstante, en ningún caso la proporcionalidad puede sustituir a la reprochabilidad con la que siempre concurre», continúa manifestando el proponente.

⁷ BERDUGO, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 33.

Esta afirmación adquiere particular importancia en esta área. Evidentemente, los conceptos de las categorías de la teoría del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad y reprochabilidad–, como los tipos penales, son proporcionados por el Derecho Penal. Las clases de sanciones, así como su determinación, son las particularidades que hacen especial al Derecho Penal Juvenil, en cuanto a sus normas de naturaleza sustantiva.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra el principio de reprochabilidad o culpabilidad –*nulla poena sine culpa*⁸–. Por su parte, el Código Penal también lo reconoce⁹. En este punto, es preciso recordar que el Código de la Niñez y la Adolescencia no contempla específicamente las garantías penales sustantivas, por lo cual deben aplicarse en carácter supletorio aquellas propias del Derecho Penal de adultos, en virtud al art. 193 *in fine*¹⁰.

Mientras el principio de prevención se refiere a los fines que persigue el Estado con la imposición de la pena, el principio de reprochabilidad es el que exige el logro de estos fines, dentro de los límites de lo reprochable personalmente al autor. Es así que se afirma que la reprochabilidad se orienta retrospectivamente al hecho cometido, mientras que la prevención se proyecta al futuro del autor.

La función limitadora de la culpabilidad es aclarada por Roxin, sosteniendo que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la ley fundamental, indiscutiblemente la presuponen como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. El concepto de culpabilidad tiene la función de

⁸ CDN. Art. 40.2.i. [...] se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley [...]

⁹ CP. Art. 2. Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad: 1. No habrá pena sin reprochabilidad. 2. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal [...]

¹⁰ CNA. Art. 193. [...] El Código Penal y el Código Procesal Penal tendrán carácter supletorio.

asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal, en interés de la prevención general o especial, más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de una persona concebida como libre y capaz de culpabilidad. En cambio es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad¹¹.

La compensación de culpabilidad no constituye un fin en sí misma. La pena sólo se justifica si sirve a los fines del Derecho Penal. Por esta razón, el Código Penal contiene, entre las bases de la medición de la pena, una cláusula sobre la prevención especial en el art. 65.1: «La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad». En relación con este tema opina Jescheck: «Si con la aplicación de la pena se pusiera en peligro la resocialización del delincuente, la retribución justa debe retroceder de un modo adecuado en atención a la misión preventiva del Derecho Penal»¹².

La única fundamentación de legitimidad de la sanción impuesta al adolescente es su reprochabilidad, y una medida o su duración que sobrepase el grado de reprochabilidad sería inconcebible en un Estado de derecho. Sin perjuicio de que esta reprochabilidad deba ser interpretada conforme a la especificidad del Derecho Penal Juvenil, en tanto –desde una perspectiva psicológica del desarrollo– la responsabilidad del adolescente está limitada con relación al adulto, la sola condición de adolescente tiene una significación fundamental en la valoración de la reprochabilidad del autor.

¹¹ ROXIN, Claus, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Del Puerto, 1993, p. 27.

¹² JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Granada, Comares, 1993, pp. 795 y ss.

IV. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA COMO FINALIDAD PUNITIVA

Resulta contundente el fallo analizado al concluir: «Si el Derecho Penal Juvenil pretende ser un verdadero Derecho Penal, las finalidades de la sanción penal juvenil también deben entenderse dentro de las teorías de la finalidad de la pena, desarrolladas por la doctrina del Derecho Penal. En ese sentido, por la especificidad que se encuentra en las sanciones de este fuero especializado, resulta tan importante que la finalidad de la sanción penal juvenil se oriente por fines de prevención especial positiva».

Los fines perseguidos con la sanción penal deben tener incidencia en la determinación de la pena; puesto que se hallan concretados en la decisión, sobre la pena que se impone al responsable de un hecho punible, traduciendo el marco penal constitucional del propio Estado.

Mir Puig considera que la pena es un fenómeno complejo, en el que se combinan elementos preventivos, tanto de naturaleza general como especial. Afirma que un Estado democrático, debe apoyar su Derecho Penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención no puede perseguirse a través del mero temor que supone la amenaza de la pena, sino satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. Es la llamada prevención general positiva. Igualmente, en la prevención especial positiva, buscando disuadir al autor de realizar futuros hechos punibles, a través del principio de resocialización. Y ambos fines se conjugan en el mismo objetivo: evitar la comisión de hechos punibles como forma de proteger a la sociedad¹³. La prevención aparece así como la finalidad punitiva racional de un Estado social y democrático de derecho.

La Constitución define el objeto de las penas con la formulación del principio de prevención, general positiva y especial

¹³ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 36 y ss.

positiva¹⁴. Esta finalidad de la sanción punitiva es recogida en el Código Penal al consagrar el principio de prevención¹⁵. En lo que atañe específicamente a la materia juvenil, la Convención sobre los Derechos del Niño igualmente la reconoce¹⁶.

Así como la doctrina de la protección integral constituye un cambio de paradigma, en el campo del Derecho Penal se erige también como nuevo paradigma la prevención especial positiva como substancial finalidad de la sanción impuesta a adolescentes. O sea, debe estar orientada a la reinserción del menor infractor, a través de su educación. De hecho, desde el punto de vista criminológico, la educación es uno de los factores más importantes de la reinserción social.

El Código de la Niñez y la Adolescencia asume esta posición con la descripción de los fines de las medidas socioeducativas que pueden ser impuestas a los adolescentes, «asegurar y promover su desarrollo y educación» –art. 200–. Por su parte, las medidas correccionales están destinadas a «llamar seria e intensamente la atención del adolescente acerca de la responsabilidad por su conducta» –art. 203–. En cuanto a las medidas privativas de libertad, se prescribe que el internamiento del adolescente en un establecimiento especial está destinado a «fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir» –art. 206–. De igual modo,

¹⁴ CN. Parte I. De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías. Título II. De los derechos, de los deberes y de las garantías. Capítulo II. De la libertad. Art. 20. Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad [...]

¹⁵ CP. Art. 3. Principio de prevención. Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir. Art. 39. Objeto y bases de la ejecución: 1. El objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad [...]

¹⁶ CDN. Art. 40.1. [...] la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

se establece que la ejecución de la misma será «de acuerdo con las necesidades y posibilidades pedagógicas en regímenes cerrados o semiabiertos, procurando favorecer un tratamiento que permita al adolescente aprender a vivir en libertad sin la realización de hechos punibles», y «con esa finalidad, se fomentarán los contactos del adolescente con el ámbito exterior del establecimiento y su incorporación en programas educativos y de entrenamiento social» –art. 215–. Objetivo que se reitera entre las disposiciones específicas relativas a la ejecución de las medidas en los centros de reclusión, expresando la obligación de «prestar especial atención al grupo familiar del adolescente, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y a la sociedad» –art. 247 *in fine*–.

Si bien en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores «Reglas de Beijing», se determina como uno de los principios rectores de la respuesta que se dé al delito, que esta sea proporcionada a «las necesidades de la sociedad» –regla 17–, su incidencia deber ser secundaria, al prevalecer las «circunstancias y necesidades del menor», principio primeramente expuesto en la regla citada. La prioridad de reintegrar al adolescente, a través de su educación, impide que pueda ser utilizada la punición únicamente en beneficio de la generalidad, y a costa de aquella, aunque la sanción tenga por sí misma efectos preventivos generales.

La prevención general, como finalidad de la pena, busca producir efectos sociales a través del castigo, los cuales también pueden obtenerse infundiendo intimidación a las personas para que no realicen las conductas prohibidas o realicen las mandadas; estos efectos no sólo se producen por medio de la conminación abstracta de las penas, sino además especialmente a través de la aplicación concreta de los castigos, tal es una de las funciones de la publicidad de los juicios¹⁷. En ese marco, la no publicidad del

¹⁷ BINDER, Alberto, *El proceso penal*, San José de Costa Rica, ILANUD-FORCAP, 1991, pp. 50 y ss.

juicio penal juvenil constituye una manifestación más del carácter meramente secundario de la prevención general, en los fines de la sanción impuesta a adolescentes.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico paraguayo, la prevención especial positiva es la única finalidad que legitima la sanción impuesta al adolescente, fundada en su reprochabilidad por el hecho, independientemente de los efectos de prevención general que por sí misma pudiera tener la sanción, con carácter meramente secundario.

Esto obliga a evitar reacciones punitivas contrarias a la resocialización, es decir, a las consecuencias de la medida en la vida futura del adolescente en la sociedad. Por cierto, el fallo también invoca el principio de necesidad: «...tampoco el principio de reprochabilidad excluye que la sanción esté sometida al principio de necesidad...»; el cual aboga por una sanción no mayor a la necesaria para la resocialización, y sin exceder los límites de la gravedad del reproche penal.

Es una realidad innegable que la brecha, entre la reinserción social como fin de la pena y los efectos reales de la misma, es cada vez más acentuada. Por eso, resulta oportuna e interesante una jurisprudencia alemana que reivindica la legitimidad de la resocialización al considerarla como un derecho fundamental: «Como titular de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre y que garantizan su protección, el autor de hechos punibles condenado debe conservar la oportunidad de incorporarse nuevamente a la comunidad luego del cumplimiento de su pena. Considerado desde el autor, este interés en la resocialización se desprende de su derecho fundamental»¹⁸.

En el ordenamiento nacional, este derecho fundamental no sería más que una extensión del derecho a la igualdad consagra-

¹⁸ BverfG ET. 35, pp. 202 y ss., Sentencia Lebach, citada por Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 22.

do en la Constitución¹⁹. Derecho que se traduce en la obligación prestacional por parte del Estado, en su posición de garante, de proporcionar a la persona privada de libertad todos los medios necesarios para reinsertarse a la sociedad, y de crear las condiciones adecuadas a tal efecto. Obviamente, respetando su dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes, como así también el libre desarrollo de su personalidad, todo lo cual se enmarca dentro de la obligación que debe asumir un Estado social de derecho, como lo es la República del Paraguay, de conformidad al art. 1 de la ley fundamental.

Por otra parte, la disposición constitucional extractada que prescribe el objeto de las penas –art. 20–, se halla ubicada dentro del Capítulo II «De la libertad» del Título II «De los derechos, de los deberes y de las garantías» de la Parte I «De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías». Por su ubicación sistemática en la Constitución, también se puede afirmar que la resocialización es concebida como un derecho fundamental de la persona.

V. PRINCIPIO DE EDUCACIÓN PROPIO DEL DERECHO PENAL JUVENIL

El fallo contiene la siguiente cita textual: «[...] el principio de culpabilidad supone el límite en la fijación de la sanción penal juvenil, que no puede ser sobrepasado, sin embargo, puede fijarse una sanción inferior a la culpabilidad atendiendo primordialmen-

¹⁹ CN. Parte I. De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías. Título II. De los derechos, de los deberes y de las garantías. Capítulo III. De la igualdad. Art. 46. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

te al principio educativo, relacionado con la prevención especial positiva [...] ».

Estas expresiones tienen una connotación esencial en el tema analizado, ya que ubican a la educación en el exacto lugar que le corresponde, en contraposición a la utilización usual de la jurisprudencia que –mayoritariamente– la ha considerado como justificación de la privación de libertad, cual lastre de la doctrina de la situación irregular.

En efecto, se produce la pervivencia de esa perimida doctrina cuando la necesidad de educación, el interés superior del adolescente y su protección integral se erigen como fundamentos de su encierro. Las consecuencias criminógenas de la ejecución de sanciones privativas de libertad constituyen, de por sí, un contrasentido a la finalidad educativa que se les atribuye, por lo que se incurre en una falacia al justificarlas en ella, ya que son contraproducentes a cualquier educación.

Albrecht manifiesta al respecto: «Si en vista de los resultados empíricos, respecto de la contraproductividad «educativa» de la ejecución penal de menores, se quiere considerar en la imposición de la pena en primer lugar el bienestar del menor, ello no se puede llevar a cabo racionalmente [...] El operador jurídico [...] más bien debería esforzarse [...] de interpretar restrictivamente la culpabilidad por el hecho, para mediante la máxima evitación posible de la imposición de la pena disminuir en la ejecución penal, en interés del menor y de la comunidad, los daños más graves que amenazan el desarrollo». Y exhorta a mayor escepticismo al concluir: «En la literatura se advierte respecto de los efectos negativos que pueden producirse con períodos superiores a un año. En relación al peligro de daños irreparables al desarrollo a través de medidas estacionarias, el operador jurídico debería ser especialmente esceptico frente a las supuestas ventajas de la orientación «educativa» del legislador: una comprobación fiable empíricamente de

los éxitos «educativos» de la ejecución penal de menores, no se ha producido en modo alguno hasta ahora»²⁰.

En definitiva, en un proceso penal garantista debe estar en primer plano la comprobación de la reprochabilidad en el marco de los principios de un Estado de derecho. Si bien, el principio de educación impone que las sanciones tengan como finalidad substancial la educación del adolescente, no obstante, el Derecho Penal Juvenil es Derecho Penal genuino, por lo cual, la finalidad educativa no puede situarse por encima de los principios del Derecho Penal, esto es, la sanción no puede exceder los límites de la gravedad del reproche penal.

El autor citado lo advierte, «no puede justificarse un nivel de sanción que esté fuera de relación con la culpabilidad por el hecho, pues se convertiría al menor en un objeto de educación»²¹. Así, como directriz interpretativa se impone la fórmula: también en el procedimiento penal juvenil debe regir «*in dubio pro reo iuvenali*» y no «*in dubio pro educatione*». También el adolescente es inculpable hasta la comprobación de su culpabilidad, y en la medida de ella, y no en razón de déficit educativo²².

VI. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD COMO CIRCUNSTANCIA A CONSIDERAR EN LA MEDICIÓN

En el fallo anotado se invocan doctrinas garantistas y progresistas, al erigir la vulnerabilidad como circunstancia a sopesar en el acto de medición: « [...] al momento de la individualización de la medida, tanto su duración como su intensidad debe considerarse como inversamente proporcional a la condición de vulnerabilidad de los derechos del adolescente, a mayor vulnerabilidad de sus

²⁰ ALBRECHT, Peter, *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, PPU S.A., 1990, pp. 338 y ss.

²¹ *Ibidem*, pp. 348 y ss.

²² *Ibidem*, p. 412.

derechos, medidas más atenuadas, y viceversa [...] especialmente con referencia a la desprotección del adolescente respecto de sus derechos, de que, a mayor nivel de desprotección, menor debe ser la magnitud de la respuesta penal [...] ».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el concepto de vulnerabilidad:

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual [...] el proyecto de vida es consubstancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana, se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino²³.

En la sentencia citada, la Corte también ha destacado que el deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa, precisamente, en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas en situación de riesgo; conceptualizando el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, e ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos.

En concordancia con el fallo precedente:

La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagrán Morales y Otros «Niños de la Calle» vs. Guatemala.

humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre²⁴.

Especial trascendencia tiene el Caso Instituto de Reeducción del Menor *vs.* Paraguay que, específicamente sobre los adolescentes privados de libertad, sostiene:

[...] el contenido del derecho a la libertad personal no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad [...] Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante [...] De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna [...] y una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, es la de procurarles las condiciones mínimas compatibles con su dignidad²⁵.

En otro orden de cosas, la estrecha interrelación entre las condiciones sociales y los sistemas penales se estudia ya en la obra *Pena y estructura social* (1939) de George Rusche y Otto Kirchhe-

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducción del Menor «Panchito López» *vs.* Paraguay.

imer (1984), una de las fundamentales de la Criminología, donde se analiza la vinculación de la pena con la cultura que la produce²⁶. Alessandro Baratta (1998) en *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal* (1982) conceptualiza los mecanismos selectivos de la criminalización que actúan en el momento de la formación de la ley penal (criminalización primaria) y aquellos que obran en el momento de la aplicación de la ley (criminalización secundaria)²⁷.

Por su parte, Zaffaroni sostiene que todo sujeto actúa en circunstancias concretas que definen, de alguna manera, su ámbito de autodeterminación, puesto que la sociedad –por mejor organizada que fuere– nunca tiene la posibilidad de brindar a todas las personas las mismas oportunidades. En consecuencia, hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación, condicionado de esta forma por causas sociales. Es lo que el autor llama «posición o estado de vulnerabilidad», condicionado socialmente. Consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., como también por encajar en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido. La situación de vulnerabilidad la ubica en un nivel de riesgo, que importa una mayor probabilidad de selección del sistema penal. Es el grado de vulnerabilidad lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal. Por ello, no resulta justo que el individuo cargue con estas causas sociales al momento de determinar el reproche de culpabilidad. Concluye afirmando que, sin duda, hay una coculpabilidad con la que debe cargar la sociedad misma²⁸.

²⁶ RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y Estructura Social*, Bogotá, Temis, 1984.

²⁷ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, México, Siglo XXI, 1998.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 520.

Es así propia de la estructura del poder punitivo la selectividad en perjuicio de los más débiles. La criminalización en sí misma es un proceso altamente selectivo, el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a personas según criterios de vulnerabilidad social²⁹. Objetivamente, la vulnerabilidad social constituye un factor de selectividad de la persecución penal.

Conforme a los resultados de una investigación, se han verificado datos alarmantes a nivel país sobre indicadores personales, familiares y sociales de los adolescentes infractores, que desnudan su condición de vulnerabilidad³⁰. Por dar sólo algunos ejemplos, la adolescencia infractora como principal clientela de la defensa pública³¹, datos estadísticos que cuantitativamente descubren una criminalidad juvenil de subsistencia³², adolescentes infractores que se hallaban excluidos del sistema educativo y, sin embargo, ya engrosaban las estadísticas del trabajo infantil³³. Y otros factores situacionales de los adolescentes privados de libertad que han denotado la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Se ha demostrado que estos indicadores son utilizados por el sistema penal para determinar causales de agravación de la situación procesal penal de los justiciables. Así, niveles de pobreza de la

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 86.

³⁰ GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta, «Adolescencia «desesperada» y criminalidad juvenil de «subsistencia». Factores situacionales de vulnerabilidad en la selectividad penal», en *Anuario de Justicia de Menores*, MARTÍN OSTOS, J. de los S. (dir.), Universidad de Sevilla US, Sevilla, núm. XVIII, 2018, pp. 241-288.

³¹ El 75 % de los adolescentes privados de libertad tenía representación del Ministerio de la Defensa Pública.

³² El 70 % de los hechos punibles por los cuales los adolescentes se hallaban procesados y privados de libertad, conforme a las entradas registradas en los centros educativos, constituían tipos penales contra la propiedad.

³³ En la investigación referida se ha verificado que la deserción escolar o privación del acceso al sistema educativo formal del adolescente se produjo antes de los quince (15) años.

adolescencia infractora, composición del núcleo familiar o su falta de contención y abandono, antecedentes de institucionalización, deserción escolar, registros delictivos o trayectoria familiar de criminalidad, entre otros, se erigen en argumentos extra-jurídicos para fundar, con sesgos cognitivos, una decisión judicial justificando la imposición de privación de libertad.

Se ha evidenciado pues no sólo la selectividad de la persecución penal sino también el tratamiento selectivo replicado en el sistema penal, que actúa como consolidación de la marginalidad y segregación social. Este circuito discriminatorio concluye con el tratamiento desigual durante la ejecución de la privación preventiva y punitiva de libertad, en estrecha relación con la vulneración de derechos fundamentales en contextos de encierro, según la pertenencia a un estrato social o étnico determinado. Todo lo cual puede generar –cuanto menos– la vulneración de principios y garantías y, en ocasiones, constituirse en un mecanismo propicio para la incorporación subrepticia al ordenamiento de un Derecho Penal del enemigo.

La condición de vulnerabilidad del adolescente infractor no puede ignorarse al determinar la sanción penal juvenil, como tampoco puede ser sopesada como circunstancia para agravar su magnitud o extender su duración³⁴. En contrapartida, considerar la marginalidad social como justificación de la sanción privativa de libertad significaría la «criminalización de la miseria». En esto radica la trascendencia de esta circunstancia innovadora, citada en el fallo.

Las características definitorias de la reacción estatal ante la infracción de la ley penal cometida por adolescentes, requiere no

³⁴ En ese sentido se ha presentado al Congreso Nacional un Anteproyecto de Ley que, entre las bases de la medición de la sanción penal juvenil, prevé las circunstancias personales, familiares y sociales a ser consideradas a favor del adolescente. GONZÁLEZ VALDEZ, Violeta, *La Justicia Penal Juvenil en el Paraguay. Revisión crítica de su evolución y situación actual*, Asunción, Servilibro, 2006, p. 416.

sólo el reconocimiento y vigencia de las garantías sustantivas y formales, sino también el replanteamiento de los lineamientos de la determinación de la sanción penal. El principio de la supremacía del interés superior del adolescente o el principio de educación, no pueden ser invocados para restringir garantías vigentes en el Derecho Penal, al contrario, sólo para fortalecerlas y agregar aquellas garantías exclusivas del Derecho Penal Juvenil.

Finalmente puedo afirmar que este fallo secunda la expresión magistral de Albrecht: «El Derecho Penal de Menores es Derecho Penal. No es Derecho social, no está programado para la «ayuda» sino que sirve al control social»³⁵. No me resta más que celebrar el inicio del ansiado cambio de paradigma en la determinación de la sanción penal juvenil.

³⁵ ALBRECHT, Peter, *op. cit.*, p. 11.