

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA.

UNAN – LEON.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.



**FIJACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL A NIÑOS Y
ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY.**

**MONOGRAFIA PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.**

AUTORES:

Br. Edwin Josué Saavedra Rodríguez.

Br. Ariadna María del Socorro Sáenz Zúniga.

Br. Karen Dolores Zelaya Aguilera.

TUTOR:

Msc. Braulio Espinoza Mondragón.

León, Nicaragua, Centro América, Marzo, 2007.

*Con amor, respeto y admiración,
a nuestros PADRES;
eternos incondicionales*

INDICE.

| CONTENIDOS. | PAGINA. |
|--|---------|
| INTRODUCCIÓN. | |
| CAPITULO I | |
| Elementos doctrinarios sobre la niñez y la adolescencia | 1 |
| 1. Diferentes doctrinas. | 1 |
| 1.1 Doctrina de la situación irregular. | 1 |
| 1.2 Doctrina de la protección integral. | 8 |
| 1.3 Doctrina del interés superior del niño. | 10 |
| 2. Instrumentos internacionales sobre los derechos del niño y del adolescente. | 13 |
| 2.1 Convención internacional de los derechos del niño y la niña. | 13 |
| 2.2 Reglas de Beijing. | 14 |
| 2.3 Reglas de Tokio. | 16 |
| 2.4 Reglas de Riad. | 18 |
| 2.5 Legislación nicaragüense. | 22 |
| CAPITULO II | |
| Justicia penal especializada. | 25 |
| 1. Origen. | 25 |
| 2. Antecedentes históricos. | 29 |
| 3. Definición y características. | 31 |
| 4. Justicia penal especializada en Nicaragua. | 35 |
| CAPITULO III | |
| Fijación de la sanción penal a niños y adolescentes infractores de la ley. | 47 |
| 1. Teoría del delito. | 47 |
| 1.1 Concepto de delito. | 50 |
| 1.2 Elementos y estructura del concepto de delito. | 53 |
| 1.3 El comportamiento humano como base de la teoría del delito. | 58 |
| 1.4 Consecuencia jurídica del delito. | 62 |
| 2. Teoría de la culpa. | 64 |
| 2.1 Concepto de culpa. | 64 |
| 2.2 Culpabilidad como elemento derivado de la prevención. | 65 |
| 2.3 Funciones de la culpa. | 67 |
| 2.4 No hay pena sin culpa. | 67 |
| 3. Teoría de la pena. | 68 |
| 3.1 Evolución histórica de la pena. | 68 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| 3.2 Concepto de pena. | 70 |
| 3.3 Funciones y fines de la pena. | 73 |
| 3.3.1 Teoría de la retribución. | 74 |
| 3.3.2 Teoría de la prevención. | 75 |
| 3.4 La aplicación de la pena. | 79 |
| | |
| CONCLUSION. | 83 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA. | 85 |

INTRODUCCIÓN.

A través de la historia, el hombre a la par de su evolución y desarrollo ha luchado, y logrado muchas veces con sangre el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos inherentes a él como ser humano.

Múltiples son los instrumentos que regulan la conducta de los niños y adolescentes pero que sobre todo busca la protección y defensa de sus derechos y garantías.

Teniendo muy presente que los niños y adolescentes representan un poco más de la mitad de la población de nuestro país y que debido a la situación socioeconómica y cultural en la que vivimos, no están exentos de incurrir en infracciones y cometer faltas o delitos que lo hagan merecedores de una sanción que contribuya a mejorar su conducta y que les permite reinsertarse a la sociedad.

Con la fijación de la sanción penal a niños y adolescentes infractores de la ley, determinamos los criterios que contribuyen a dejar la sanción a niños y adolescentes infractores de la ley, logramos conocer las sanciones estipuladas en el marco jurídico y valorar la eficacia que tiene la aplicación de una sanción determinada en la resocialización de los niños y adolescentes infractores de la ley.

Estamos concientes de que en Nicaragua no existe una política criminal para dar tratamiento y atención integral, a los niños y adolescentes, y que el objeto del proceso penal especializado no es sólo la determinación del hecho delictivo y la fijación de la sanción, sino además, establecer como finalidad del mismo la reincorporación del niño y adolescente a su familia y a la sociedad, es por ello que se hace necesario realizar investigaciones tendientes a verificar la eficacia de la estructura encargadas de la resocialización del niño y adolescente y a explicar la metodología y procedimiento que logre una verdadera protección integral del adolescente y de su interés superior.

Esta monografía consta de tres capítulos, en el primero se abordan los elementos doctrinarios sobre los niños y adolescentes, en el segundo, se hace un análisis de lo que es la justicia penal especial, para luego completar en el tercer capítulo, la parte central de esta investigación, como es la fijación de la sanción penal a niños y adolescentes infractores de la ley, para lo cual no basamos en aspectos doctrinarios sobre las teorías del delito, su concepto y consecuencia, con la finalidad de proporcionarle al lector, la información necesaria en cuanto a los elementos o criterios que la autoridad judicial debe tomar en cuenta al momento de fijar una sanción, y la importancia que tiene establecer la sanción más idónea, siempre teniendo en cuenta la protección integral y el interés superior del niño.

Queremos ligar, a este trabajo investigativo, y manifestar nuestro agradecimiento a nuestros padres, maestros y tutor de monografía, por contribuir con nosotros a cumplir nuestro cometido.

Aclaremos que este trabajo no agota el tema en su totalidad, el que por su complejidad apunta a muchas direcciones y nuestra intención ha sido contribuir a brindar una información sobre estos aspectos que son de suma importancia para nuestro país.

CAPITULO I:

ELEMENTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

1) Diferentes Doctrinas.

Muchas son las opiniones o doctrinas que aparecen en torno a la niñez y la adolescencia, tanto es así, que desde un punto de vista estrictamente formal cada uno posee su propia e individualizada legislación de menores. Así podemos mencionar:

- Doctrina de la situación irregular.
- Doctrina de la protección integral.
- Doctrina del interés superior del niño.

1.1 *Doctrina de la Situación Irregular.*

Para introducirnos en este tema se hace necesario mencionar algunos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas entre esta tenemos:

- Estas leyes presuponen la existencia de una profunda división al interior de la categoría infancia: niño – adolescente y menores.

- Centralización del poder de decisión en la figura del juez de menores con competencia omnímoda.
- Judicialización de los problemas vinculados a la infancia y situación de riesgo, con la clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural.
- Impunidad para el tratamiento de los conflictos de naturaleza penal. Traduciéndose en la posibilidad de declarar jurídicamente irrelevante los delitos graves cometidos por adolescentes pertenecientes a los sectores sociales medio y alto.
- Criminalización de la pobreza disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad por motivos vinculados a la falta de recursos materiales.
- Consideración de la infancia como objeto de protección.

Estos rasgos sumariamente descritos constituyen la esencia de la llamada Doctrina de la Situación Irregular, por medio de la cual los jueces pueden declarar en situación irregular al niño y adolescente que enfrenta dificultades, independientemente que las mismas puedan o no ser atribuidas a su voluntad.

La Doctrina de la Situación Irregular o modelo de protección, promueve una idea de justicia de menores, iniciada a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, en virtud de la cual ésta es concebida para desempeñar una función tutelar y protectora de los **menores abandonados – delincuentes** a través de medidas de reeducación o

readaptación, en un proceso también conocido como de judicialización de la problemática social de los niños.

Un elemento fundamental en este modelo es el tratamiento indiferenciado que se hace, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquellos que solo se encuentran en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resulta irrelevante el motivo por el cual el menor llega ante la justicia, ya que las medidas que ésta adoptará son las mismas en uno u otro caso. Esta confusión deriva de una concepción sobre los niños como seres dependientes, incapaces, no autónomos; y se relaciona con una estrategia de control social, que busca ampliar su campo de acción con esta confusión: **Si son incapaces de comprender el alcance de sus actos, son peligrosos para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos.** Esta inspiración de carácter progresista y de defensa social no es ajena, por cierto, a la idea de que los menores son objeto de tutela y represión, pero no sujetos de derechos.

Para esta doctrina, los niños en Situación Irregular son sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten exactamente detectar como potenciales delincuentes, idea bajo la cual se difumina los principios de legalidad y culpabilidad. Como generalmente dichos menores pertenecen a los sectores más desposeídos de la sociedad, de escasa oportunidades en educación y empleo, recae sobre ellos una mirada estigmatizante y criminalizadora: **Ser joven y ser pobre es**

sinónimo de delincuente o, al menos, de serlo en potencia. De esta manera, surge una nueva confusión en el sistema en cuestión: Ligar las necesidades de apoyo o carencias del menor con una cierta tendencia causal hacia la delincuencia, otra huella que el positivismo ha dejado en esta materia (Parlamento latinoamericano, Pág. 1)

El modelo se caracteriza, además, por la implementación de un tratamiento judicial segregado respecto de los adultos, lo que se manifiesta orgánicamente en la creación de tribunales de menores, entes jurisdiccionales de competencia especial sobre el segmento de la población menor de edad.

Sin perjuicio del discurso oficial que los impulsores y defensores que esta doctrina impusieron por largos años, hoy la revisión crítica de este modelo ha alcanzado un nivel bastante profundo, en virtud de lo cual se ha avanzado hacia nuevas concepciones en la materia como lo demuestra, la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño, (suscrita y ratificada por Nicaragua en el año de 1990). A continuación señalamos aspectos en los que se ha centrado la crítica:

La finalidad tutelar y protectora del derecho de menores es más aparente que real, puesto que los fines de la intervención estatal apunta más bien al control y represión de un amplio segmento de la población identificado como socialmente peligroso: En el fondo, se busca la protección de la sociedad ante futuros delincuentes más que la protección y asistencia de los niños.

Siendo que el fin supuestamente perseguido es de protección y no de represión y ya que están fuera del derecho penal, no es necesario asegurar ni respetar a los jóvenes los derechos y garantías que sí tienen los adultos. Sin embargo, lo que en verdad ha ocurrido con ellos es que han sido sometidos a medidas de protección de naturaleza similar a las penas, aplicándoseles sin que hayan cometido un hecho tipificado por la ley como delito, ni contado con una defensa legal adecuada, y mucho menos con un proceso público, reglas claras y contradictorias. En el fondo, no se trata más que de un fraude de etiquetas: medidas de protección en vez de penas, internamiento en vez de prisión, derecho tutelar en vez de derecho penal. De esta manera deducimos que el menor nunca salió del derecho penal, pero sí quedó al margen de sus garantías y sin las limitaciones que el reconocimiento a la dignidad de las personas ha ido introduciendo en el ejercicio del ius puniendi, quedando sujeto a arbitrariedades incompatibles con un estado social de derecho consigna en el artículo 130 de nuestra Constitución.

Las medidas se imponen en beneficio del niño, no es necesario que ellas sean determinadas en el tiempo, sostenía la doctrina de la situación irregular. De ahí que deban durar cuanto sea necesario para su reeducación, readaptación o sanción, convirtiendo la protección en un hecho continuo y permanente.

Por cierto que lo anterior, inimaginable respecto de adultos, deja al menor completamente sometido al arbitrio de jueces lo que se ha denominado una excesiva libertad de los jueces, y demás operadores de la justicia de menores, arbitrariedad que repugna mas aun si

consideramos la habitualidad de las medidas de internamiento, que no son más que privaciones de libertad disfrazadas.

El sistema judicial de menores tiende a ponerse en funcionamiento no por la violación de normas, sino por la existencia de necesidades sociales, produciéndose una ambigüedad en torno al papel de la justicia. Esta deja de intervenir exclusivamente en virtud de una agresión grave a un bien jurídico tutelado y cuya protección es la que pretende reforzar la ley penal, para convertirse en el último eslabón de la asistencia social, supliendo con sus medidas las carencias de ella, en un proceso lleno de espejismos en torno a las responsabilidades de la sociedad civil y del estado en la definición de políticas de bienestar para los niños.

La doctrina de la Situación Irregular se traduce en la legitimación de una potencial acción judicial indiscriminada, sobre aquellos niños y adolescentes en dificultades.

La esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitima una intervención estatal discrecional, sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores; la indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este mapa jurídico. Las diferencias que se establecen al interior del universo infancia, entre los sectores incluidos en la cobertura de las políticas sociales básicas (educación y salud) y los sectores excluidos es tan enorme, que un concepto único no podrá abarcar. Los incluidos se transformaran en niños y adolescentes, los

excluidos se transformaran en menores, es decir niños y adolescentes son los que tienen sus necesidades básicas satisfechas, para quienes unas leyes como las basadas en la Doctrina de la Situación Irregular, resultan inútiles o indiferentes, quedando encasillados en la categoría de menores, los que tienen total o parcialmente insatisfechas sus necesidades básicas. Para estos últimos, toda ley basada en la Doctrina de la Situación Irregular, posee la capacidad potencial (y real) de decidir concretamente cada uno de los movimientos de la vida cotidiana.

En este sentido la extensión del uso de la Doctrina de la Situación Irregular resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas. Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad.

En materia procesal el menor de edad carecía de garantías, el juez se consideraba igual al padre, lo que conllevaba la idea de que era esa la mejor garantía posible, con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización; es más no era necesario la vinculación del menor de edad con el hecho considerado delictuoso: En ciertos casos, bastaba con demostrar o presumir el estado de abandono, moral o material para proceder a dicha disposición. Al respecto, la derogada Ley Tutelar de Menores en su artículo 6, establecía el papel y función que el estado, en la persona del juez ejercía, siendo estas las funciones propias de un buen padre de familia. En este sentido la ideología del juez que debe actuar como un buen padre de familia nos indica que a este se le permite

ignorar las reglas y técnicas del funcionamiento del derecho. Por este motivo dado el carácter ilimitado de la competencia judicial, cualquier modificación, produciría un recorte en las facultades existentes. En este caso, si las facultades jurídicas son omnímodas, la acción de un buen juez subsanaría todos los defectos normativos. Así el juez que ungido de una competencia omnímoda penal – titular, resulta el encargado de resolver paternalmente, las deficiencias estructurales del sistema.

En el marco conceptual de un positivismo bio – antropológico, en el que los desajustes sociales remitían automáticamente a deficiencias genéticas de carácter hereditario, la figura del juez y la institución de los tribunales de menores, resultaban absolutamente inútiles pues no había castigo para los niños delincuentes, sino acción protectora del estado pues el propósito era proteger y no castigar (García Méndez, 1994, Pág. 18).

1.2 Doctrina de la Protección Integral.

Con el término de la Doctrina de la Protección Integral, se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedente directo la Declaración de los Derechos del Niño. Esta doctrina condensa la existencia de cuatro instrumentos básicos, los que a continuación mencionaremos y con posterioridad abordaremos:

La Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

Directrices de las Naciones Unidas para Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad).

La Doctrina de la Protección Integral del Niño se constituye en el elemento principal dentro del nuevo sistema que se desarrolla a partir de la adopción de la convención sobre los derechos del niño en 1989. Esta doctrina tiene sus raíces en la situación generada por la problemática producto del funcionamiento del sistema tutelar por décadas, aunado a ello a otros elementos como el empeoramiento de las condiciones de vida de las clases más desfavorecidas y el cuestionamiento de la situación de desigualdad que existe en general en los países no desarrollados y las secuelas en el mundo de lo jurídico de tales condiciones.

La Doctrina de la Protección Integral nace a la vida jurídica como respuesta a las deficiencias del mundo de lo tutelar.

Mediante la convención internacional sobre los derechos del niño, la Doctrina de la Protección Integral del Niño plantea la eliminación al máximo de la exclusión y la carencia de oportunidades a las que se ven sometidos los niños de sectores desposeídos de la sociedad, a la vez, junto con los otros instrumentos específicos sobre la materia penal se busca dotar al procedimiento de las garantías mínimas necesarias para que se respete el debido proceso.

1.3 Doctrina del Interés Superior del Niño.

El concepto del Interés Superior del Niño fue recogido del Principio segundo de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, que dispone que el interés superior del niño debe ser considerado fundamental únicamente en cuanto a la promulgación de leyes destinadas a la protección y bienestar del niño. La Convención amplía el alcance de este principio, que debe inspirar no sólo a la legislación sino también a todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas,... etc.

El reconocimiento de los derechos del niño, ha sido un proceso gradual, desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho, y solamente se protegían jurídicamente las facultades generalmente muy discrecionales de los padres. Los intereses de los niños era un asunto privado que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos posteriormente se observa un aumento en la

preocupación de los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de su padres.

En esta segunda fase el estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación. En consecuencia se puede decir que los intereses de los niños pasan a ser parte de los asuntos públicos.

El principio del Interés Superior del Niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser público y jurídicamente protegido. El Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos.

En el ámbito penal dicho principio debe entenderse, no tanto como atención a las necesidades del menor, sino como un derecho del mismo a que se le proporcionen respuestas que favorezcan la responsabilización y que atiendan a su especial consideración de menor de edad. Se trata de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los derechos que le corresponden, pero adecuados a su situación de menor de edad. No se trata, en ningún caso, de una discriminación positiva ni de un trato de favor.

La Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño formula el Principio del Interés Superior como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos, es decir, el principio tiene sentido en la medida que

existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentren limitadas por esos derechos.

El Interés Superior del Niño sirve de recordatorio a la autoridad judicial, pues las soluciones jurídicas deben estar estrictamente apegadas en forma y contenido a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El Principio del Interés Superior del Niño ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona, ahora que al menos, en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

El menor que infringe las leyes penales es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido interiorizar dichas normas (función motivadora de la norma), por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto a él, sino que ni siquiera, en muchas ocasiones, la sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la madurez necesaria para la interiorización de

estas normas. La doctrina lleva mucho tiempo poniendo de manifiesto que la delincuencia de menores es otra cosa y que la reacción social frente a ésta no puede venir de la mano del castigo, sino de la propuesta educativa. Esta será la esencia de un Derecho Penal de Menores orientado hacia el **Supremo Interés del Menor**.

2) Instrumentos Internacionales sobre los Derechos del Niño.

2.1 Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

El 20 de noviembre de 1989 la Organización de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña, instrumento de carácter mundial que contiene una constelación de derechos civiles, económicos y culturales a favor de la niñez, sin hacer distinción de ninguna naturaleza.

La Convención garantiza en el inciso primero de su artículo 40 la protección de los derechos del niño aun cuando se alegue que este haya infringido las leyes penales, pues los estados partes están comprometidos a través de este instrumento jurídico a tratar de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del mismo y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El artículo 37 establece que: ningún niño puede ser sometido a tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibiendo la imposición de la pena capital y la prisión perpetúa sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. Este artículo contempla como última medida o recurso el encarcelamiento o prisión.

Según lo establecido o acordado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña los estados partes deberán tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de las leyes, procedimientos e instituciones específicas para los niños, debiendo tener en cuenta al momento de fijar la sanción penal, a los niños infractores, medidas alternativas a la prisión, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en lugares de guarda, los programas de enseñanza y la formación profesional todo con el objeto de asegurar el trato apropiado y el bienestar de los niños, procurando la proporcionalidad tanto con sus circunstancias como con la infracción.

2.2 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. (Reglas de Beijing).

Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985. Las Reglas de Beijing recogen orientaciones de carácter general dirigidas a los estados miembros, con el fin de promover

al máximo el bienestar del menor, así como la reducción del número de casos en los que hubiere de intervenir la justicia de menores.

Las Reglas Mínimas o de Beijing se han formulado deliberadamente de manera que sean aplicables en diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, establezca algunas normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes, con arreglo a cualquier definición de la noción de joven y a cualquier sistema de tratamiento de los menores delincuentes.

Teniendo en cuenta que el fomento del bienestar del menor y el principio de la proporcionalidad son objetivos de la justicia minoril, el quinto principio de las Reglas de Beijing, exige la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos.

Este instrumento internacional insiste en la importancia de la necesidad de medidas sustitutivas que permitan evitar la prisión preventiva en interés del bienestar del niño, además establece los principios rectores que la autoridad judicial debe tomar en cuenta al resolver, pues la respuesta que se de al delito debe ser siempre proporcionada tanto a las circunstancias y gravedad del delito como a las circunstancias y necesidades del menor y la sociedad.

2.3 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)

Estas reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

Las Reglas de Tokio contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad así como salvaguardias mínimas para las personas que se les aplican medidas sustitutivas de la prisión.

El partir de que la pena es un castigo proporcional al delito cometido, no significa que tal sanción haya de imponerse y de ejecutarse siempre, sino que es factible renunciar a dicha ejecución si ésta no es indispensable desde el punto de vista preventivo general y no está indicada desde la óptica preventiva especial o resocializadora. Porque una pena de privación de libertad puede ser especialmente negativa cuando se trata de delincuentes primarios u ocasionales, es por esto que se ha hecho popular el que las legislaciones incorporen una especie de régimen a prueba, dando al responsable una nueva oportunidad para demostrar su voluntad de reinserción. Algo similar a una advertencia llevada a cabo sobre el reo, reforzada por la amenaza de la revocación.

Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en gestión de la Justicia Penal especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente así como fomentar entre los mismos el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

Las Reglas de Tokio para ser aplicadas deben considerar las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal. Los Estados miembros al aplicar las reglas se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública, en la prevención de delito.

Las Reglas de Tokio serán aplicadas a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia en todas las fases de la administración de justicia penal sin discriminación alguna por motivos de raza, origen, patrimonio o cualquier otra condición.

Hoy en día la prisión no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persigue, y al mismo tiempo la han justificado, se conforma como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial, y es objeto por ello de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados, la libertad, como por su estrepitosa ineficacia, en aras de alcanzar el objetivo resocializador que, en todo caso, está llamada a perseguir. Las penas largas son puestas en entredicho por que tienen demasiados efectos perniciosos, y conducen a la destrucción del reo, y las demasiado cortas por que dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal, (Sanz Mulas, 2000, Pág. 175).

La solución, esta en adoptar lo que se ha dado en llamar estrategias diferenciales, que de una parte pretenden transformar en lo posible la pena privativa de libertad en una pena no carcelaria, y además reducir su ámbito de aplicación, ofreciendo todo un elenco de penas o medidas alternativas.

2.4 Reglas de Riad o Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

Estas reglas tienen como principios fundamentales, la prevención eficaz de la delincuencia juvenil como prevención del delito, en una sociedad, reconociendo la necesidad y la importancia de aplicar políticas progresistas de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa grave perjuicio a su desarrollo ni perjudica a los demás.

Franz Von Liszt sostuvo en 1882 que un Código Penal constituye un medio efectivo de la prevención del delito, especialmente a través de la individualización de las sanciones penales. Su principio fundamental era que el delito y su castigo no debían ser tratados como materias puramente legales sino también como fenómenos sociológicos y antropológicos.

La prevención del delito está necesariamente ligada a un modelo básico de sociedad. Los tipos de justicia preventivas compatibles con una sociedad democrática son esencialmente distintos de aquellos preconizados bajo un régimen autoritario.

En las teorías que intentan justificar la existencia de la pena y del *ius puniendi*, en relación con el fin que deben cumplir, se distinguen: prevención especial y prevención general, según sea la finalidad preventiva escogida como fin único o, en último caso, especial. En este sentido hablaríamos de prevención general cuando el fin preventivo se refiere a la generalidad de los ciudadanos, buscando el impedir que surjan nuevos delincuentes de la sociedad. La idea de prevención general fue lanzada para justificar y limitar el poder punitivo estatal, los efectos preventivos generales de las normas de derecho penal opera no solamente bajo la forma de disuasión, sino también pedagógicamente, educando al público acerca de los valores protegidos por las sanciones penales.

Se trata de prevención especial cuando se dirige a la persona de quien cometió el hecho delictivo, con objeto de que éste, en especial no vuelva a hacer. Los efectos preventivos especiales logrados a través de la imposición de sanciones penales son generalmente clasificados como disuasión (temor a la reincidencia) o resocialización (eliminación del deseo o motivo de cometer nuevos delitos). La prevención especial incluye no solamente sanciones penales basadas en la culpabilidad del delincuente, sino también una serie de medidas terapéuticas,

educacionales o meramente custodiables reservadas para aquellos delincuentes impermeables a los efectos preventivos normales del derecho penal. Los efectos preventivos especiales de las sanciones penales, sea en la forma de disuasión o de resocialización son también inciertos.

El enriquecimiento de la clasificación que con antelación presentamos, llegaría mas tarde de la mano de la doctrina moderna. Esta comienza a diferenciar entre prevención positiva y prevención negativa, según que la prevención (general o especial) se realice positivamente a través de la corrección del delincuente, o la integración de los ciudadanos en torno a los valores sustentados por la ley, seria la prevención positiva; o que la prevención se realice negativamente, mediante la neutralización del delincuente o la intimidación de los individuos que integran la sociedad, en cuyo caso estaríamos ante la prevención negativa. La combinación de las grandes categorías (prevención especial y general) con las dos subcategorías (positiva y negativa) concluiría con la siguiente clasificación final, cuyo concepto detallamos de forma escueta:

- Prevención especial positiva o de la corrección donde la función de la pena sería la de corregir al reo o resocialización.
- Prevención especial negativa o de la intimidación, la finalidad perseguida por la pena es la de eliminar o neutralizar al reo.

- Prevención general positiva o de la integración, el fin ansiado con la pena es el de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido.
- Prevención general negativa o de la intimidación, su función es la de disuadir a los ciudadanos mediante el empleo o la amenaza de la pena.

Las Reglas o Directrices de Riad procuran brindar especial atención a políticas preventivas que favorezcan la socialización e integración, en su caso, de todos los niños a través de la familia, la comunidad, la escuela y el medio laboral así como mediante la acción de organizaciones voluntarias.

El aparente fracaso de la justicia penal, en lograr reducciones significativas, en la cifra de la delincuencia ha llevado a imprimir mayor énfasis a métodos de prevención del delito distinto de la amenaza o del uso efectivo de la fuerza estatal, a esto se le conoce como Prevención no Represiva propuesta que se basa en la participación ciudadana en la prevención comunitaria del delito y en varias técnicas destinadas a disminuir las oportunidades en la comisión de delitos. Estos nuevos métodos no tratan de erradicar el delito, sino de tornarlo mas difícil y de disminuir simultáneamente la vulnerabilidad de la comunidad frente a la amenaza delictiva.

La familia, (Rotman, 1998, Pág. 109) como agente primario del control social, juega un rol decisivo en la prevención del delito adulto y juvenil.

La prevención del delito está relacionada con la familia de dos maneras: La evitación del delito dentro de la familia, y el control y disuasión de la conducta antisocial durante la niñez.

2.5 Legislación Nicaragüense.

Las niñas, niños y adolescentes representan un poco más de la mitad de la población de nuestro país y es necesario dotarlo de un instrumento jurídico que favorezca su maduración equilibrada adecuando para ello la legislación nacional.

La Constitución de Nicaragua en su artículo 71, contempla y garantiza protección especial a la niñez quien goza de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

Tanto la Convención Internacional de los Derechos del Niño como la Constitución Política de Nicaragua son las fuentes formales del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), es así como el considerando segundo de dicho cuerpo normativo hace eco de lo mandado por la convención cuando expresa que: **“se requiere dar efectividad a los derechos, libertades y garantías reconocidas en dicha convención”**. Al ratificar Nicaragua la Convención, adopta la Doctrina de la Protección Integral, asumiendo el código las concepciones de las doctrinas mencionadas.

Según el Dr. Sergio Cuaresma, (Parrales 1999, Pág. ,20) el CNA responde a dos realidades, una social y otra constitucional pues sostiene que los derechos y garantías que éste alberga están ya constitucionalizados, pues el fundamento del código no es algo nuevo y diferente.

En efecto la Constitución inspira y manda una legislación especial sobre los menores de edad. Así vemos que el artículo 34 enumera una lista de garantías mínimas para todo procesado en condiciones de igualdad, en el artículo. 35 se establece que los menores no pueden ser objeto de juzgamiento ni sometido a procedimiento judicial alguno, y además especifica que los transgresores tienen que ser atendidos en centros especiales por un organismo competente. Por su parte el inciso 2 del artículo 71 reconoce la plena vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

El estado nicaragüense, como suscriptor de diferentes tratados internacionales, a los que se les otorga el carácter de leyes ordinarias, que protegen al niño y la niña reconoce la importancia y garantiza el trato diferenciado a los niños infractores de la ley. El arto.71 constitucional establece que la niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere; por su parte el arto.95 del CNA establece que la Justicia Penal Especializada se aplicará a los adolescentes que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, en el código penal o leyes penales especializadas, cumpliendo de esta

manera, con lo acordado en los tratados internacionales de los que es partes.

El dar tratamiento especial o diferenciado a los niños busca establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quien es su actor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas correspondientes. Además buscará la reinserción del adolescente, en su familia y la sociedad (Artículo 128 CNA).

Teniendo en cuenta que el derecho de menores tienen como finalidad primordial la reincorporación del niño al entorno familiar y social, las autoridades judiciales deben de tomar medidas y fijar sanciones educativas las que deben aplicarse con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen, así los establece el arto.193 del CNA.

El mismo código establece las medidas utilizables o aplicables que se deben tener en cuenta para su determinación, como son la: comprobación del acto delictivo, comprobación de la participación del niño en el hecho, naturaleza del delito o falta cometida, la capacidad para cumplir las medidas, la proporcionalidad e idoneidad de esta, la edad del adolescente y los esfuerzos del adolescentes por reparar los daños.

CAPITULO II:

JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA.

1) Origen.

Desde fines del siglo XIX han existido a nivel mundial, innumerables legislaciones vinculadas con las personas menores de edad, en la relación de éstas con el derecho, el tratamiento ha variado al compás de los cambios en la ideología que lo sustenta, fruto de una evolución en el pensamiento. Se ha venido denominando a esta normativa: **derecho de menores**, sobre el particular existen ordenamientos jurídicos nacionales que han reunido toda la materia en cuerpos jurídicos codificados, concebidos como códigos del menor y, en otros casos se ha logrado una legislación orgánica autosuficiente sobre el tema, motivando la discusión en relación con la autonomía científica de la materia.

Es importante la evolución experimentada, en el tratamiento diferenciado del Niño y del Adolescente, sobretodo en los países occidentales, la que se ha caracterizado por el paso de un modelo de protección a un modelo educativo o de bienestar, y éste, en algunos casos, ha dado lugar al denominado **modelo de responsabilidad**. El modelo de protección o de la **Situación Irregular**, consideraba a los menores de edad, cuyo comportamiento se presumiera desviado, como aquejados por alguna patología, conducentes a la comisión de hechos

delictuosos como consecuencia de factores biológicos o psicológicos o, por influencia de su entorno familiar o social. La **tutela**, tenía como finalidad conseguir la corrección o la reeducación del menor de edad, la **disposición** de éste menor de edad era una medida de duración indeterminada, y consistía, en la mayoría de los casos en el internamiento, pues se entendía que la reeducación necesitaba el alejamiento de su entorno social habitual.

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia- adolescencia en América Latina, se remonta a las primeras décadas del siglo XX. En 1919, se promulga en Argentina la primera legislación específica, ley 10.903, más conocida como Ley Agote. Hasta entonces la única diferenciación normativa existente se encontraba en los todavía vigente códigos penales retribucionistas del siglo XIX. En general, dicha especificidad se limitaba a reducir las penas a un tercio tratándose de autores de delitos con edad inferior a 18 años.

Las deplorables condiciones de encerramientos y la promiscuidad entre menores y adultos, generaron con mayor o menor intensidad en todo el continente, una fuerte indignación moral que se tradujo en un basto movimiento de reforma.

El resultado del movimiento de reforma, fue la instauración en América Latina, en un lapso de tiempo de 20 años (Argentina 1919 – Venezuela 1939), de legislaciones de menores que legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente

delincuente, que abrían la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para disponer de aquellos menores material o moralmente abandonados.

El enfoque específico del ajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión o bien en la incapacidad jurídica del sistema de universalizar los servicios básicos como salud y educación, tenían en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas. Ungido de una competencia omnímoda penaltitular, el juez de menores resulta el encargado de resolver paternalmente, las deficiencias estructurales del sistema, sin embargo, aun en el contexto político- cultural dominante la materialización de este nuevo enfoque estuvo lejos de ser pacífica y consensual.

Desde sus orígenes también las leyes de menores nacen vinculadas a un dilema crucial. Satisfacer simultáneamente el discurso de la piedad asistencial, junto a las exigencias más urgentes de orden y control social, en este sentido no es frecuente que el discurso se torne transparente, para justificar formas de tratamiento diferenciado de los menores.

El movimiento democrático de este siglo ha provocado un acercamiento de las clases sociales anteriormente desconocidas. En consecuencia, son numerosas las personas que comprenden los peligros de las familias obreras y pobres. He aquí otra influencia que favorece

una modificación del derecho penal procesal (García Méndez, 1994, Pág. 65).

El derecho de adolescentes es de reciente creación, su historia se circunscribe a más o menos 100 años de existencia, es por ello que se utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño como punto de referencia, debido a que ha sido este instrumento del derecho internacional el que ha provocado la coyuntura que hoy vive el derecho de adolescente a nivel internacional.

La concepción titular del derecho de adolescente se fundamenta en la llamada Doctrina de la Situación Irregular, según la cual, el menor de edad es considerado sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho. La figura del juez es paternalista, que busca una solución para ese menor objeto de protección que se encuentra en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fines la recuperación social del menor. Con ello, se afirma que ese menor es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su incorporación en la sociedad.

Con el transcurrir del tiempo se fueron haciendo más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores producto de la concepción tutelar, por lo que como respuesta, surgió una nueva concepción del derecho de menores. Esta nueva concepción denominada Doctrina de la Protección Integral encontró su fundamento

en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto es un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos.

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

Esta nueva concepción considera (Tiffer Sotomayor, Pág.3) que el niño está sujeto a una regulación especial en todos los ámbitos de su desarrollo, sea este social, psíquico o jurídico. En cuanto al derecho penal especial, consecuencia de esta concepción se ha adoptado una concepción denominada como punitivo- garantista, debido a que se le atribuye al menor de edad una mayor responsabilidad, pero a su vez le son reconocidos una serie de garantías sustantivas y procesales que no eran siquiera pensadas dentro de la concepción titular.

2) Antecedentes Históricos.

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, desconocemos si existía alguna regulación especial o particular para niños o jóvenes que cometieran algún delito. Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la cuestión

criminal surge en el periodo republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en constituciones políticas y códigos penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular. El niño propietario resolvía sus conflictos como un adulto, adultos y menores eran alojados indiscriminadamente en las mismas instituciones penitenciarias.

Es a principio del siglo XX en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países de la región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primeramente con la escuela positiva y luego, con la escuela de las defensas sociales, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos.

La concepción tutelar del derecho de menores no fue sino hasta el año de 1899, con la creación del primer tribunal juvenil en Chicago Illinois, se empezó a comentar la necesidad de sustraer al menor de la justicia penal. Con este motivo, se inicio la labor de creación de una jurisdicción especializada totalmente diferente a la concepción del derecho penal de adultos con una marcada tendencia tutelar proteccionista. Los menores de edad estaban fuera del derecho penal.

3) Definición y Características.

La justicia penal especializada ha de concebirse como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberán administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuyan a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad, así lo establece el primer principio de las Reglas de Beijing.

La justicia penal especializada pretende ser una respuesta garantista dentro de una concepción del estado de derecho e intenta diferenciar los problemas de índole social de los conflictos jurídicos penales en que se ven involucrados los adolescentes infractores de la ley penal.

La justicia penal especializada se plantea el cumplimiento de los fines pedagógicos de la ley, ya que resulta evidente que personas capacitadas en la materia darán una mayor y mejor atención a los niños disminuyendo de esta manera el shock psicológico que la intervención judicial causa.

Además, da respuesta técnica que incorpora un nuevo modelo responsabilizador de los actos delictivos cometidos por menores de edad en donde se reconocen especialmente los principios de legalidad y culpabilidad por el hecho incluyendo las garantías procesales.

La justicia penal especializada ubica a los adolescentes, no como objeto sino como sujetos sociales de derecho, donde se ha sustituido la vieja doctrina por una nueva versión denominada doctrina de protección integral reconociéndoseles como personas, seres humanos pensantes capaces de opinar, aportar y transportar el mundo tomando en cuenta su edad y evolución de sus facultades físicas, mentales y sociales.

El CNA, contempla como principios rectores de la justicia penal especializada el interés superior del niño, el reconocimiento y respeto de sus derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción en su familia y en la sociedad, la garantía del debido proceso, como expresión nacional de la Convención de los Derechos del Niño y la misma define el tratamiento procesal para aquellos adolescentes de quienes se alega han violentado una norma jurídica penal privilegiando las medidas no privativas de libertad en última ratio como un último recurso del administrador de justicia reservando solamente para aquellos casos de mayor gravedad donde el bien jurídico protegido por el estado sea de lo máspreciado y ocupe un lugar privilegiado en el estamento del estado de derecho.

Las primeras legislaciones de menores tuvieron una marcada influencia positivista. Un segundo período se ubica posterior a los años 50, recogiendo las ideas formuladas por la escuela de la defensa social, una tercera y actual etapa con la promulgación internacional de los derechos del niño. Vamos a mencionar algunas características principales de las legislaciones en cada uno de estos periodos, sin que

signifique que puedan existir algunas otras, ni que sean excluyentes, es decir que algunos de estos rasgos centrales de las legislaciones latinoamericanas, referentes a menores, se repiten o se encuentren entre mezclados en estos diferentes períodos.

Caracterizan al primer período los siguientes puntos:

- La intervención legislativa se fundamenta en la necesidad de asistencia de un sector de la niñez y la juventud desvalida, considerada incapaz, débil e inteligente.
- Los delincuentes juveniles eran considerados con personalidad particular o anómala, caracterizada por una estructura psíquica y por ciertas deficiencias fisiológicas y morfológicas, fueron considerados seres anormales.
- Las legislaciones penales de menores estaban apoyadas en criterios de peligrosidad y conducta predelictiva.
- Bajo el eufemismo de la intervención estatal por medio de las llamadas **acciones tutelares**, se impusieron castigos severos, trabajos excesivos y se desconoció a los menores infractores el carácter de sujeto de derecho y más bien se le consideró como objeto de protección.

Algunas características del segundo período:

- La intervención legislativa se fundamenta en una supuesta **situación irregular** en la que se encuentran los jóvenes y niños, incluidos, generalmente de forma voluntaria de los medios informales de protección como la familia, la escuela y la comunidad.
- Las leyes de menores se caracterizan por judicializar y en muchos casos penalizar situaciones de pobreza y falta de recursos materiales, o falta de vínculos familiares.
- La figura del juez de menores es jerarquizada en una competencia casi sin límites, bajo una concepción de **buen padre de familia**, con poderes discrecionales.
- Desconocimiento para los menores de las garantías procesales comúnmente aceptado en el derecho penal de adulto, como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho de defensa, etc..

El tercer periodo en el que vivimos actualmente y que se inicia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño marca un rompimiento con las concepciones de las legislaciones pasadas.

He aquí algunos rasgos que lo caracterizan:

- Desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento y es sustituido por la de sujeto - persona tutelar de derecho reconociendo a los infractores penales las garantías comúnmente aceptadas internacionalmente para los adultos.
- Se separan las situaciones de naturaleza jurídica, que amerita la intervención judicial, de las patologías sociales, que deben solucionarse por otros medios de políticas sociales del estado.
- Se homogeniza el concepto de niño, en todo ser humano menor de 18 años lo mismo que se establece una edad mínima para la adquisición de la capacidad penal.

4) Justicia Penal Especializada en Nicaragua.

El estado de Nicaragua ratificó en abril, de 1990, la Convención sobre los Derechos del Niño. En 1995 la Constitución Política de la República de Nicaragua es reformada, quedando en el artículo 71 del texto constitucional el reconocimiento de la plena vigencia de la Convención de los Derechos del Niño y la garantía de la protección especial a la niñez, que deberá gozar de todos los derechos que su condición requiere. De esta manera la Constitución establece la base de una nueva cultura jurídica. En consecuencia, el estado de Nicaragua

inicia un proceso de acciones en el ámbito nacional, que trasciende al internacional, para lograr su efectivo cumplimiento.

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de importantes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y en particular lo referido a niñez y adolescencia, han suscitado una serie de cambios conceptuales e institucionales, así como, la formulación de leyes, marcos normativos y administrativos, la definición y ejecución de nuevas políticas, programas y planes nacionales, y acciones de sensibilización, capacitación y formación, dirigidas a funcionarios del estado, a personal de organismo de la sociedad civil y medios de comunicación.

Nicaragua país subdesarrollado, está ubicado en la región centroamericana con un territorio de 130.700 Km², y una población aproximada de 4.628.100 habitantes. Nicaragua como tantos otros países del tercer mundo no parece encontrar todavía una tendencia hacia mejores condiciones socioeconómicas; por el contrario, resulta demasiado obvia la situación de desesperante pobreza y extrema pobreza, la pérdida de la gratuidad efectiva de los servicios de salud y educación, la cual esta en proceso de recuperación, la marginalización y el desempleo que es un hecho real.

Es evidente que este panorama social y económico deprimente, tiene un reflejo directo en el crecimiento casi incontrolable de la delincuencia y una coincidencia con el aumento de las violaciones de los derechos humanos.

En el epicentro de este huracán complejo aparece la familia nicaragüense (Parrales, 1999, Pág. 7), la familia pobre en particular, destacándose la niñez, la adolescencia y la mujer en general. Los niños y adolescentes son víctima de esta crisis en el doble sentido de activo (cuando delinque) y pasivo (cuando son agredidos y sacrificados). Los niños y adolescentes son víctima de la crisis, por un lado, porque se les niega el destino que se merecen y se ven arrojados al mundo de la delincuencia y, por otro, cuando directamente sufren agresiones y consecuencias de las mismas. Este es el otro plano del mismo drama.

La actual generación de jóvenes y adolescentes, es de alguna manera, la resultante de una concurrencia de hechos sucedidos en los últimos veinte años, cada uno de los cuales, por si mismos, con suficiente potencia como para dejar una huella indeleble en la personalidad de quienes lo hayan vivenciado. Estos hechos, fenómenos y situaciones podrían ser en palabras de Carmelo Angulo, **Un cúmulo de experiencias** como: dictaduras, revoluciones, embargos, guerras, desarraigos y exilios, fenómenos y catástrofes naturales, repatriaciones y reconciliaciones, reacomodaciones; contexto político, polarizado, aislamiento, marginación, **Lucros cesantes** por la falta de una educación adecuada y de una atención medica preventiva. En Nicaragua, el producto humano de una realidad como esta, es un grupo de personas jóvenes no siempre fácil o dócil, sino complejo, cuestionante y cuestionado pero un grupo inmensamente rico en valores y experiencias, en posibilidades. Un grupo que merece todo el apoyo y respeto (Parrales, 1999, Pág. 9).

Este es el contexto social, la frontera en que se mueven los niños y los adolescentes, los nicaragüenses todos por lo que ha falta de mayores posibilidades de acciones económicas se ha aprobado un instrumento jurídico que proteja y garantice los derechos de los niños y adolescentes, que les ofrezca la satisfacción plena de sus derechos como seres humanos.

Nicaragua cuenta con el Código de la Niñez y la Adolescencia desde el año 1998, el que regula todos los aspectos referentes al desarrollo de la niñez y la adolescencia. Los dos primeros libros del código tratan de los derechos, libertades, garantías y deberes, y de la política del consejo de atención integral a la niñez y a la adolescencia, el libro tercero, trata del sistema de justicia penal especializada, consta de 132 artículos. Entre las complejas y completas preocupaciones que plantea el código, la preocupación por los adolescentes en riesgo aparece desde las primeras líneas cuando establece que debe implantarse un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes, garante del debido proceso y orientado a la integración de los adolescentes a la familia y a la sociedad.

El CNA, regula la Protección Integral de Niños se considera así a los menores de trece años y adolescentes entre trece y dieciocho años no cumplidos. Propone una normativa que sustituye a la ley tutelar de menores de 1973, a su reforma de 1974 y a su reglamento de 1975. Después de un cuarto de siglo de reinado de esta legislación predecesora, la nueva normativa específica para menores les ofrece

notables ventajas. Y también llena un vacío por que la Ley Tutelar de menores no protegía a los adolescentes entre quince y dieciocho años que eran **Carne de cárcel** y estaban destinados a ir a prisión mezclados con todo tipo de delincuentes.

La justicia penal especializada esta regida por principios sobre los que se levanta para cumplir a cabalidad con su razón de ser, así podemos mencionar: El interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción familiar y social, las garantías del debido proceso y la protección de los derechos e intereses de la víctima u ofendido.

El artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia, reza: La justicia penal del adolescente establecida en el presente código se aplicará a los adolescente que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años al momento de la comisión de un hecho tipificado, como delito o falta en el Código Penal o leyes penales especializadas.

Según el artículo 96 del Código de la Niñez y Adolescencia, la justicia penal especializada del adolescente se aplicará al que cometa un hecho punible en el territorio de la República de Nicaragua según las reglas y excepciones establecidas en el Código Penal o leyes especiales.

La interpretación y aplicación de las disposiciones de la justicia penal especializada del adolescente deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, con la doctrina y la normativa internacional en materia de niñez y adolescencia en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, convenciones y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua.

El Código de la Niñez y la Adolescencia alberga los derechos y garantías fundamentales de los niños y adolescentes pues establecen que los niños gozarán de los derechos, libertades y garantías reconocidos en la Constitución Política, tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua y las leyes ordinarias, además de aquellas que le corresponde por su especial condición. En consecuencia deberán garantizarse el respeto entre otros, de los siguientes derechos y garantías:

- A ser tratado con debido respeto a la dignidad inherente que incluye el derecho que se le proteja su integridad personal.
- A ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma. Al derecho de permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su padre, madre, tutor y su defensor, so pena de nulidad de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare no pudiendo efecto alguno en juicio o fuera de el.

- A que se le presuma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme por los medios establecidos en este código u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen.
- A tener un proceso justo, oral, sin demora, ante el juzgado penal de distrito del adolescente.
- A recibir la información clara y precisa del juzgado penal de distrito del adolescente, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido de las razones, incluso ético, sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su funciones educativas, so pena de nulidad de lo actuado.
- A que se procure un arreglo conciliatorio con la víctima u ofendido.
- A que toda medida que se le imponga tenga como fin primordial su educación.
- A que toda limitación, privación o restricción de sus derechos, libertades o garantías sean ordenadas judicialmente.
- A no ser ingresado a una institución sino mediante orden escrita del juez competente, como medida excepcional y por el tiempo más breve posible.
- A no ser perseguido y procesado más de una vez por el mismo hecho aunque se modifique la calificación legal.
- A ser asistido gratuitamente por interprete cuando no comprenda o no hable el idioma empleado por el tribunal o autoridades competentes.

De acuerdo con el artículo 193 del CNA, las medidas que deben aplicarse deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen.

La aplicación de las medidas por el juez penal de distrito de adolescentes podrá ordenarse de forma provisional o definitiva. Así mismo podrá suspender, revocar o sustituir las medidas por otras más beneficiosas.

El juez penal de distrito de adolescentes podrá ordenar la aplicación de las medidas previstas en el cuerpo jurídico en forma simultánea, sucesiva o alternativa.

Para la aplicación de sanciones penales, el Código distingue entre menores de trece años no sujetos a la justicia penal especial de adolescentes y exentos de responsabilidad penal, adolescentes entre trece y quince años a quienes se aplica el libro tercero, excepto la privación de libertad y mayores de quince y menores de dieciocho años. Entre las ventajas para los adolescentes acusados de cometer delito, el código los protege contra la retardación de justicia y propone, como salida siempre disponible, el trámite de conciliación entre las víctimas y el autor del delito lo que deja limpio el expediente del adolescente acusado.

Por lo que hace a los criterios para determinar las medidas aplicables no nos referiremos en este apartado, pues ya lo dejamos establecido y señalado en el capítulo anterior. En cuanto a los tipos de medidas que son aplicables por el juez una vez que este haya comprobado la comisión o participación del adolescente, ésta es su clasificación:

Medidas Socio – Educativas:

- Orientación y apoyo socio – familiar: Consistente en dar al adolescente asistencia especializada en el seno familiar y en la comunidad.
- Amonestación y advertencia: deberán ser claras y directas haciendo comprender al adolescente la ilicitud de los hechos cometidos por él.
- Libertad asistida: consiste en otorgar libertad al adolescente quedando este obligado a cumplir con programas educativos y recibir orientación y seguimiento del juzgado, la duración máxima será de dos años.
- Prestación de servicios a la comunidad: consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia pública, esta se cumplirán durante cuatro horas semanales como mínimo, se procurará que se realice en sábados, domingos y días feriados, sin perjudicar la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo. Los servicios a la

comunidad deberán prestarse durante un periodo máximo de seis meses.

- Reparación de los daños a la víctima: consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito.

Medidas de orientación y supervisión: consiste en mandamientos o prohibiciones impuestas por el juez penal de distrito del adolescente para regular el modo de vida de los mismos, así como promover y asegurar su formación. He aquí las medidas de orientación y supervisión.

- Abandonar el trato con determinadas personas:
- Prohibir la visita a bares, discotecas o centro de diversión determinados.
- Matricularse en un centro educativo formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
- Inclusión en programas ocupacionales.
- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito.
- Ordenar el internamiento del adolescente o su tratamiento ambulatorio en programas de salud, público o privado para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el juez podrá de oficio o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta.

Medidas privativas de libertad: consiste en toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir al adolescente por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública. La privación de libertad será ordenada por el juez excepcionalmente como última medida y su duración será por el menor tiempo posible, en ningún caso la medida podrá exceder de seis años. A continuación mencionamos las medidas privativas de libertad.

- Privación de libertad domiciliaria.
- Privación de libertad durante tiempo libre.
- Privación de libertad en centros especializados.

La fundamentación jurídica del sistema de justicia penal de adolescente, como un régimen especial y novedoso en Nicaragua lleva a aquella a una actualización jurídica, porque en este campo la pone a tono con otros ordenamientos; pero sobre todo porque la hace armonizarse con la tendencia contemporánea que revoluciona la concepción sobre él como sujeto de derecho.

La juridificación de los principios rectores del sistema de justicia penal especializada del adolescente y del marco para la interpretación /

aplicación de este, se debe de entender y aplicar en un sólo enfoque garantista – finalista de contenido humanista.

CAPITULO III:

Fijación de la Sanción Penal a Niños y Adolescentes Infractores de la Ley.

1. Teoría del delito.

La teoría del delito es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito.

Esta teoría, creación de la doctrina, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

A finales del siglo XIX Von Liszt definía el delito (Houed Vega, 2000, Pág. 286,287 y 288) como acto contrario a derecho culpable y sancionado con una pena además añadió la valoración del autor de ese acto, la antijuricidad estaba constituida por la valoración del acto de un modo causal objetivo, y la culpabilidad por la valoración del autor y los componentes subjetivos del delito, pero hacía falta un elemento que le diese consistencia a esas valoraciones y la vinculara a la norma jurídica positiva. Elemento o característica descubierta por Beling, quien en 1906 la denominó tipicidad.

En sus propias bases o fundamentos el concepto de acción verifica dificultades al considerar al delito como acción típica, antijurídica y culpable amenazada con una pena, otro aspecto en lo que se hizo evidente el derrumbe de la teoría inicial se produjo con la separación de la antijuricidad y culpabilidad, según el binomio objetivo y subjetivo.

Mezger continuó la línea de Mayer pues para aquel el tipo era el fundamento de la antijuricidad

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: La *teoría causalista del delito* y la *teoría finalista del delito*. Para la explicación *causal* del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta.

La teoría *finalista* del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. Más recientemente, las doctrinas funcionalistas intentan constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas. Cabe destacar en esta línea Roxin en Alemania o de la Cuesta Aguado en España, entre otros.

Por su parte el profesor Bacigalupo (Cuarezma Terán, 2000, Pág. 288) señala diferencia entre las teorías de la acción típica y antijurídica conocida como delito, así vemos que los causalistas tratan el problema del dolo en la culpa y los finalistas en el tipo penal de los delitos dolosos,

los finalistas tratan el problema de la conciencia de la antijuricidad como una cuestión de la culpabilidad independiente del dolo, los causalistas como una parte del concepto de dolo, mientras los causalistas entienden que todos los elementos de la culpa corresponden a la cuestión de la culpabilidad los finalistas del deber de cuidado que caracteriza a la culpa es un tema que debe abordarse en la cuestión de la tipicidad.

La primer corriente **Causalista** considera preponderantemente los elementos referidos al disvalor del resultado; la segunda **Finalista**, por el contrario, pone mayor énfasis, en el disvalor de la acción.

La mayoría de los países del llamado derecho continental, utilizan la teoría finalista del delito. Pero a partir de la década de los 90, en Alemania, Italia y España, aunque parece imponerse en doctrina y jurisprudencia la estructura finalista del concepto de delito, se inicia el abandono del concepto de injusto personal, propio de la teoría finalista, para introducirse poco a poco en doctrina y jurisprudencia las aportaciones político-criminales de un concepto funcionalista del delito orientado a sus consecuencias.

Quizá la aportación más significativa al concepto de delito del funcionalismo moderado sea la denominada **Teoría de la Imputación Objetiva** que introduce el concepto de riesgo en la tipicidad, buscando la moderación, en unos casos, de la amplitud de las conductas inicialmente susceptibles de ser consideradas como causa y en otros, la fundamentación de la tipicidad en base a criterios normativos en aquellos

supuestos en los que ésta, la tipicidad, no puede fundamentarse en la causalidad como sucede en los delitos de omisión, algunas modalidades de delitos de peligro, etc.

1.1 Concepto de delito.

Delito es la violación de la ley penal, dicho de otra manera es la infracción de un precepto o prohibición establecido por la ley.

En la actividad humana estimada como contrario al orden ético- social encuentra el delito su origen, su principio.

Delito, **delictum** proviene de la raíz latina **delinquere** la que podemos traducir como abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. En la antigüedad se definía delito, como la transgresión material verificada por el hombre en contra de los principios y costumbre de cada lugar. (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, Pág. 2).

La infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, ya sea positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Así define Carrara al delito (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, Pág. 2).

Para Garófalo, (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, Pág. 2), delito es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

Por su lado Jiménez de Asúa define delito, (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, Pág. 3), como un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es materialmente contrario a una norma de cultura reconocida por el estado, es decir delito es una acción típicamente antijurídica y culpable.

La doctrina penal define tradicionalmente el delito como: **acción típica, antijurídica, culpable y punible**. Se dice que es una concepción estructurada del delito porque cada uno de esos elementos es condición necesaria para que pueda darse el siguiente. Por acción se entiende un movimiento corporal de carácter voluntario. Para que la acción sea típica, tiene que estar descrita con anterioridad a su comisión en una norma penal. La antijuridicidad hace referencia a que esa conducta debe ser objetivamente contraria a la ley penal.

Para Luzón Peña (Navas Aparicio, 2006, Pág. 153) delito es la conducta típicamente antijurídica o penalmente antijurídica, aquella conducta antijurídica amenazada con pena por la ley.

Desde hace varios años se han impuesto las definiciones técnico-jurídicas y estrictamente formales de delito. De manera que las

diferentes escuelas científicas han renunciado al vano intento de ofrecer definiciones sustantivas o materiales, que pretendían ser validas para todo tiempo y para toda sociedad. En consecuencia, para definir delito se parte de los respectivos ordenamientos jurídicos vigentes en cada momento histórico. Es por ello que encontramos similitudes tanto en las definiciones legales como en las doctrinales en la mayoría de los países occidentales y especialmente entre latinoamericanos y europeos continentales. De ahí que en la actualidad pueda apreciarse una identidad casi absoluta en el marco de la cultura occidental, dado que también son muy similares sus leyes fundamentales y en general sus legislaciones, también lo son sus respectivos sistemas de derecho penal.

El delito es la violación de un derecho natural o civil del hombre o bien el incumplimiento de una obligación natural o civil. (Pagano, Pág. 45). Partiendo de que delito es la dolosa violación de derechos ajenos se debe tener en cuenta que para la existencia del delito es necesario que concurren simultáneamente dos calidades: el ánimo y el defecto; es decir que se hace indispensablemente necesario que se halla causado por maldad o dolo.

Aunque el Código Penal de Nicaragua establece que: **toda acción u omisión calificada y penada por la ley constituye delito o falta según su gravedad.** Por su parte en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal se establece que: **son delitos o faltas, las acciones u omisiones dolosas o imprudentes calificadas y penadas por la ley.**

Delito en sentido amplio o genérico es traducido y equivalente a infracción penal, es decir, contravención, transgresión, violación, quebrantamiento o incumplimiento del derecho. Pero no de cualquier clase de infracción sino sólo de aquéllas que la ley penal determina como tales, pues es conocido que también existen infracciones de otra naturaleza que no constituyen delito.

Al referirnos a delito en sentido estricto equivale exclusivamente a las infracciones penales graves.

Casi todos los trabajos científicos modernos comparten una definición jurídica de delito (Cuarezma Terán, 2000, Pág. 286) entendido éste como la acción típica, pues sólo el hecho descrito en la norma puede servir de base a posteriores valoraciones, antijurídica es decir, que se trate de un hecho no justificado o amparado por alguna causa de justificación, y por último la acción debe ser culpable. Así encontramos que en la actualidad el delito es concebido como acción típica antijurídica y culpable

1.2 Elementos y estructura del concepto de delito.

Para que el delito exista necesariamente debe contener lo que se conoce como elementos esenciales, y elementos accidentales los que de ninguna manera determina su existencia, es decir, circunstancia como las de mayor o menor ilustración del reo, que en todo caso su incidencia sólo valdría para atenuar o agravar la pena.

Al hablar de elementos esenciales es importante subrayar que estos se dividen en elementos generales y especiales. Los generales por su parte son propios e indispensables en todos los delitos, como son el sujeto activo y el pasivo. Por otro lado los especiales hacen hincapié en las características que pueden dar fisonomía a un delito en particular. (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, Pág. 86)

Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo, la ciencia del derecho penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito, sus características comunes, responden a una doble perspectiva que se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano al que se le llama injusto o antijuricidad, y como un juicio de desvalor que hace sobre el autor de ese hecho al que se le llama culpabilidad. Injusto o antijuricidad es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor. (Muñoz Conde, 1984, Pág. 3).

Según la bipartición tradicional el delito debe analizarse de conformidad a dos polos que son: **el objetivo y el subjetivo**, los que al agruparse orgánicamente, unen los problemas que se presentan, para así delinear las notas esenciales del delito, que son: el elemento Objetivo que se traduce en el hecho material, y el elemento subjetivo, que se refiere a la voluntad culpable. (Castellón Barreto y Hernández León, 1999, pág 86).

De lo anterior es fácil deducir los dos elementos generales que la doctrina tradicional encontró en el delito dos elementos generales, el

objetivo que es el hecho, y el subjetivo que equivale a la voluntad culpable; en la actualidad la tripartición dominante, reconoce como elementos esenciales del delito: El hecho, la antijuricidad y la culpabilidad. Es por ello que al estudiar al delito se hace necesario investigar a éste como ente de hecho. La antijuricidad, dentro de la que se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado, y la culpabilidad en donde las facultades psíquicas del autor, el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto.

No podemos concebir el ilícito penal sin antes señalar que una acción o una omisión son sus integrantes, pues si decimos que el delito consiste en la violación de un precepto, indispensablemente implica un comportamiento humano.

Doctrinariamente la acción y la omisión se fundan en la conducta, por lo que se puede decir que para constituirse el primer elemento esencial del delito, no es suficiente la conducta humana, pues casi siempre se precisa de un resultado como efecto de esa conducta.

El delito es un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior, puesto que el simple acto psíquico que no se traduce en comportamiento externo no es punible. La conducta se realiza por acción u omisión.

La acción, consiste en el movimiento corporal del sujeto que viene a ser la manifestación exterior de la voluntad del hombre.

Muchas veces la acción se presenta de forma compleja como cuando ocurre una serie de movimientos corporales, a los que individualmente se le conocen como actos, y en su conjunto son conocido como acciones.

La acción esta animada de una finalidad, y si todos los actos convergen consecutivamente, en dicha finalidad habrá una sola acción.

La omisión es la antitesis de la acción, pero supone una actividad exterior del hombre, por lo que se puede asegurar que está caracterizada por ser un hecho puramente negativo.

Se puede decir que la omisión es una inercia positiva que el sujeto realiza cuando se abstiene de hacer lo que de él se esperaba como obligación.

Del concepto de delito se derivan los diferentes elementos que lo componen así podemos mencionar el hecho típico: como presupuesto imprescindible de todo delito, debe de existir un hecho humano el que obligatoriamente debe ser típico y relevante para el derecho penal, antijuricidad el bien jurídico constituye la esencia de la antijuricidad, por que constituye el fundamento para determinar si una conducta debe ser considerada contraria a derecho. La categoría de bien jurídico obliga a

distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro y la exigencia de que el hecho típico sea a su vez antijurídico.

La culpabilidad es uno más de los elementos que conforman el concepto de delito, aquí hacemos referencia a la capacidad de comprender y actuar conforme a las normas **Imputabilidad**, las dos formas de atribuir el hecho a sus responsables **el Dolo o la Imprudencia**.

La punibilidad es el último elemento en relación al delito.

La constatación de que el hecho es injusto y culpable da lugar, como norma general, a la imposición de una pena a su autor, pero en ocasiones se requieren otros presupuestos adicionales. Por ello, algunos autores añaden como último elemento del delito, en el que incluyen estos presupuestos adicionales, la punibilidad. Sin embargo, que la punibilidad sea un elemento del delito resulta al menos dudoso, porque se discute si algunas circunstancias que se incluyen frecuentemente en la punibilidad pertenecen o no a la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

El profesor Enrique Bacigalupo (Cuaresma Terán, 2000, Pág. 285) establece como primer elemento del delito la infracción de una norma, considera Bacigalupo que no toda conducta prohibida o perturbadora del orden social es suficiente para afirmar que se está en presencia de un delito, siendo éste el segundo elemento, pues se hace necesario si tal

hecho o conducta está o no autorizada. El tercer elemento está referido al autor el que debe ser responsable.

1.3 *El comportamiento humano como base de la teoría del delito.*

La conducta es el elemento básico del delito, consistente en el comportamiento humano, manifestado mediante una acción, hecho, acto o actividad de carácter voluntario, activo o negativo que produce un resultado. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

En la actualidad, no se atribuye a la conducta un papel fundamental en la teoría del delito, ni se le asigna el desempeño de varias funciones conceptuales, ni se pretende construir un concepto general, anterior e inmutable de conducta, se parte de considerar que la conducta es una condición decisiva.

La conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal responsabilidad culposa predeterminada.

La conducta humana sirve de base a la norma jurídica penal pues esta busca la regulación de la misma conducta.

La conducta humana es el génesis de toda reacción jurídico-penal y el objeto a que se agrega la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad convirtiendo esa conducta humana en delito.

El derecho penal se interesa particularmente por las conductas realizadas por los seres humanos dado que solo estas pueden llegar a ser relevantes o típicas.

Las normas penales no pueden regular, prohibir o mandar los acontecimientos propios de la naturaleza, de lo anterior es fácil deducir que las muertes causadas por fenómenos naturales no constituyen delito pues no son actos u obras de personas quedando al margen del derecho penal.

La conducta humana, base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal. Si decimos que el derecho penal es un conjunto de normas que regulan conductas humanas con la finalidad de tutelar bienes jurídicos, esto nos indica, que al mismo sólo le interesan las acciones y omisiones realizadas por un ser humano. Por que sólo puede regular los comportamientos humanos y obtener una cierta eficacia.

Decir que a la norma penal sólo le interesan las conductas humanas, no equivale a decir que le interesa cada una de las acciones que el hombre realice por su sola naturaleza pues interesan al derecho penal las conductas que se traduzcan en un ataque a los bienes jurídicos más importantes para la colectividad.

Resulta improductivo el querer fijar o establecer una definición general de conducta que sea válida y aplicable a todas las posibles formas de conducta pues a como hemos dicho anteriormente la única conducta que interesa es la descrita en la norma penal.

Para abordar la conducta humana es necesario e indispensable ligarla con dos aspectos que la caracterizan, y que la revisten de especial interés para el derecho penal, y es que, la conducta humana debe, precisamente ser voluntaria y por otro lado esa conducta voluntaria debe exteriorizarse.

Con antelación hemos mencionado la misión importantísima que la norma penal cumple al proteger, esta, los bienes jurídicos para alcanzar este objetivo, el legislador debe castigar cualquier conducta humana voluntaria que dañe o pueda dañar gravemente un bien jurídico. Por tanto, le resulta indiferente que la conducta consista en una acción positiva o en una omisión.

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico, el movimiento, y de un

elemento psíquico, voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un Delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según el tipo penal. La conducta de acción tiene tres elementos: movimiento, resultado, y relación de causalidad.

La omisión, dice Cuello Calón (Biblioteca artículos electrónicos, Párrafo 18), **es la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar**. Esta se subdivide en omisión simple o propia consisten en omitir la ley, violan una preceptiva y comisión por omisión o impropios realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley, produce un resultado material.

La omisión tiene cuatro elementos: manifestación de la voluntad, una conducta pasiva conocida como inactividad, deber jurídico de obrar y resultado típico jurídico.

El hombre en la convivencia diaria realiza acciones que en mucho de los casos constituyen delito por el hecho de estar establecido en un cuerpo legal. Es importante mencionar que no por el hecho de ser hombre y menos por que haya realizado una acción esta constituya delito, pues ya hemos dejado claro que para que la acción realizada por el ser humano constituya delito la acción además de ser voluntaria y dolosa debe exteriorizarse, pero sobre sobre todo debe ser típica y

antijurídica. Así, de esta manera podemos decir que la base y fundamento para que un delito se de es el comportamiento y la conducta realizada por el hombre producto de la convivencia y las relaciones sociales.

1.4 Consecuencia jurídica del delito.

Al hablar de consecuencia del delito, nos referimos al resultado de una acción típica regulada por la norma penal. En la pena encontramos la primera y principal consecuencia jurídica del delito.

Es la propia naturaleza humana la que determina la imperfección de la convivencia, es decir, que se ve alterada por conflictos para cuya solución se arbitra una normativa que disciplina la actividad de cada uno de manera que resulte compatible con la de los demás. En este conjunto de normas jurídicas existen algunas (normas penales) que amenazan con la imposición de una pena, Es decir con la privación de un bien jurídico personal de índole diversa, en los casos de desobediencia.

A través de la historia la venganza privada había sido el castigo para los actos criminales. La intervención de la colectividad produce solamente para aplacar la cólera de un Dios que se supone ofendido. La crueldad de la reacción penal fue siendo minorada con el devenir de los tiempos, e instituciones que hoy parecen salvajes y primitivas, como el Talión (ojo por ojo, diente por diente), no cabe duda que supusieron

tímidos intentos de superar criterios anteriores para los que la aplicación de la pena se hacía en forma absolutamente arbitraria.

La humanidad conforme ha ido escribiendo las páginas de su historia ha hablado de penas, llegando a hacer consideradas, en repetidas ocasiones, divinas, tal es el caso de Prometeo en la mitología griega por haber engañado a Zeus, o bien el castigo que recibieron nuestros primeros padres Adán y Eva al desobedecer a Dios y escuchar a la serpiente. Es por lo mencionado anteriormente que se hace imposible pensar en la existencia de nuestra sociedad sin la presencia de un orden coactivo limitador de la actividad del individuo. Al respecto dice Maurach (Plascencia Villanueva, Pág. 178): **Una comunidad que renunciara a su imperio penal, renunciaría así misma.**

Las penas y el hombre en comunión han evolucionado con el pasar de los años.

Las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o el pago de las costas procesales son también consecuencia jurídica del delito, pero desempeñan en el ámbito jurídico- punitivo un papel mas modesto.

2- TEORÍA DE LA CULPA:

2.1 Concepto de culpa.

La culpabilidad o culpa puede ser definida como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Según Carrara (1960, Pág. 178), culpa es la voluntaria omisión de diligencias en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Para Cuello Calón (Luzón Domingo, 1960, Pag 182), existe culpa cuando obrando sin intención y sin la debida diligencia se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

La culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que nos imponen determinadas normas. Concebida de esta manera la culpa, ella implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico.

Para el derecho penal la culpabilidad posee una extraordinaria importancia. El principio de culpabilidad es reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia.

Tradicionalmente se distingue entre un concepto formal y uno material de culpabilidad, el primero comprende las características de la intención que un ordenamiento jurídico determinado requiere para imputar subjetivamente una conducta a una persona.

En cuanto al concepto material de culpabilidad, este se configura sobre bases éticas y el fin de la pena, o desde la idea de libertad individual. Es acertado decir que se trata de un concepto plenamente arraigado en nuestra tradición cultural, pues incluso llega a formar parte de nuestro modelo de convivencia.

La esencia de la idea de culpabilidad es puramente normativa, expresa el reproche que el derecho atribuye a una persona que ha infringido las normas jurídicas determinadas y establecidas.

En el derecho penal la culpabilidad debe ser entendida como culpabilidad por el acto aislado cuestionándose al individuo por el hecho de haber quebrantado una norma jurídica.

2.2 Culpabilidad como elemento derivado de la prevención.

Nuestra cultura social y jurídica mantiene un concepto de culpabilidad construido sobre la idea de la libertad del sujeto.

La intervención sobre el delincuente es necesaria para evitar delitos futuros, más que de la personalidad de él mismo depende de un

hecho concreto individual. Para Jakobs (Batista Sposato, Pág. 14) sólo la finalidad atribuye contenido al concepto de culpabilidad, finalidad que encuentra en la prevención general tanto en el sentido de intimidación como en el de validación de las normas penales.

La culpabilidad está orientada a valorar la personalidad y las condiciones personales del autor de un hecho considerado ilícito, y así de esta manera indicar la pena o sanción más adecuada teniendo presente las finalidades preventivas.

Roxin (Batista Sposato, Pág. 11) encuentra en la culpabilidad un medio de limitar sanciones jurídico- penales, pues considera que su función político- criminal consiste en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena.

Roxin (Batista Sposato, Pág. 12) enmarcando la culpabilidad como elemento de la pena concibe que las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad son en realidad, casos de exclusión basadas en los fines de la pena, es decir, son consideraciones de prevención general y especial que llevan al legislador a renunciar a la sanción.

2.3 Funciones de la culpa.

Roxin (Pérez Manzano, 1986, Pág.57) atribuye a la culpabilidad las funciones siguientes: **la de subjetivación histórica de la responsabilidad**. Se identifica con la primitiva exigencia de exclusión de la responsabilidad objetiva, implicando la vinculación de la imposición de la pena a la acusación culpable del resultado y se complementa con la necesidad de graduación de la pena en función de la forma de vinculación subjetiva del autor con el resultado, **función de fundamentación dogmática de la pena**. En este ámbito se incluye tres grupos de funciones: de fundamentación diferenciada de la pena respecto de la medida de seguridad; de imputación como culpable del hecho a su autor y de exclusión de la pena, **fusión del límite del poder punitivo estatal o reguladora de la medición de la pena en tanto que proporciona la única magnitud de la pena generalmente reconocida, que limita el poder punitivo estatal en forma adecuada al estado de derecho**, y la última función según Roxin es **la de crítica e interpretación del derecho positivo**.

2.4 No hay pena sin culpa.

En el siglo XIX enmarcado dentro del pensamiento liberal que caracterizó aquella época, aparece el principio, derivado del principio de legalidad, **No hay pena sin culpabilidad**. Este principio relaciona la consecuencia jurídica, pena, con un presupuesto, la culpabilidad, es

decir que no puede haber o no se puede imponer una pena sin que antes se de la culpabilidad.

La subjetización de la responsabilidad que implicaba en el siglo XIX el principio de culpabilidad suponía que la pena no podía ser impuesta a personas jurídicas ni a animales es decir que solo las personas físicas eran merecedoras de una. La pena sólo podía imponerse si mediaba un nexo psicológico concretado en el dolo o la culpa, entre el sujeto y el resultado y que la pena se imponía individualmente al sujeto imputable que realiza el acto.

Para que el autor de un hecho ilícito sea castigado o sancionado es necesario que este haya realizado una acción típica, antijurídica y que haya obrado culpablemente es decir, que para que exista pena o un sujeto sea merecedor de una, antes el mismo debió haber participado en la comisión de un hecho delictivo.

3- Teoría de la Pena.

3.1 Evolución histórica de la pena.

En las legislaciones de los pueblos del mundo, durante el lento desarrollo de muchos siglos la humanidad ha sido testigo de las penas más rudas y atroces. Durante su evolución la pena ha tenido diferentes etapas, en sus orígenes surge como **venganza** en su transcurrir histórico adquiere diversos caracteres y objetivos, de acuerdo a las necesidades

de la sociedad y al pensamiento de cada época. Siendo las principales manifestaciones de la penalidad o reacción del grupo humano a través de las épocas históricas las siguientes:

- La venganza privada absoluta: entendida como la manifestación simple del acto reflejo e instintivo de defensa, común a los animales y del hombre, es venganza bárbara de la sangre, es manera como el individuo ofendido se cobra de daño de su ofensor.
- La venganza privada reglamentada: se estableció con el objeto de evitar las luchas de grupos, consecuencias de la venganza privada absoluta.
- Las composiciones pecuniarias: significaban conciliación entre las partes por medio de la transacción; su nacimiento trajo como consecuencia la extirpación de la venganza privada, el hechor o su grupo indemnizaban a la víctima o grupo de esta, con determinados valores.
- La venganza pública: la práctica de ciertos hechos, lesivos a los intereses fundamentales de la sociedad, dio origen a la venganza pública, siendo la autoridad la que se atribuyó la función de vengarlo. En este periodo aparece un espíritu de justicia, la venganza fue reemplazada por el castigo, este

concepto no logró perfeccionarse, sino después de una larga vida doctrinaria.

- La defensa social: se presenta como un concepto debidamente elaborado dentro del cual la reacción refleja el medio racional de asegurar la convivencia social, protegiendo determinados intereses del individuo y del grupo.

3.2 Concepto de pena

Etimológicamente pena se deriva del latín poena, que a su vez viene del griego poine o pena, que se traduce como dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento. En sentido vulgar, la palabra pena se toma como dolor y sufrimiento desde el punto de vista ético, se considera como dolor o sufrimiento que padece el sujeto, como resultado de una mala acción. Jurídicamente considerada, la pena, significa la represión con que el poder público sanciona las trasgresiones de la ley, (Mayorga Ramírez, 1963, Pág. 11).

Para Drocio, (Mayorga Ramírez, 1963, Pág. 11), la pena es un mal de pasión, que la ley impone como un mal de acción.

Von Litz, (Mayorga Ramírez, 1963, Pág. 11), dice que la pena consiste en el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Por su parte Pessina define pena como el sufrimiento que recae por obra de

la sociedad humana sobre aquel que ha sido declarado autor del delito, como único medio de reafirmar el derecho y justo dolor frente al injusto goce del delito.

Roeder, (Mayorga Ramírez, 1963, Pág. 11), afirma que la pena es un bien para el reo cuya injusta voluntad reforma.

La comisión de un delito debe llevar aparejada unas consecuencias jurídicas: la pena, la que desde el punto de vista material consiste en la privación de un bien jurídico misma que se inflige, a quien quebranta la ley, a quien incurre en un hecho típico, a quien vulnera una norma penal, a quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por ella.

De tal manera, la pena se presenta como un reproche que se hace al infractor por el hecho que cometió.

Podemos decir que la pena por sobre todas las cosas es un castigo, es la retribución o el precio que el autor debe pagar por la falta o delito que cometió.

Considerada la pena, como un sufrimiento impuesto por el estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal se desprenden las siguientes notas que la caracterizan:

- Es un sufrimiento que proviene de la restricción o privación, de bienes jurídicos impuesta al infractor.

- Es impuesta por el estado, es decir, es pública, para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delincuente.
- La pena como consecuencia de un juicio penal, debe ser impuesta por los tribunales de justicia.
- Debe ser personal.
- Debe ser legal.

De tal manera podemos definir pena como la privación, de un bien jurídico, establecido legalmente por la autoridad competente cuando se ha encontrado culpable a una persona que haya cometido un Delito.

El filósofo británico H. L. A. Hart (Fletcher, 1997, Pág. 65) hace un análisis conceptual de pena caracterizándola por los puntos siguientes.

- Implica padecimiento u otras consecuencias normalmente consideradas desagradables.
- Se debe de aplicar por una infracción de la norma jurídica
- Se debe imponer a la persona que efectiva o supuestamente ha cometido dicha infracción (Hart admite la posibilidad del castigo del inocente).
- Debe ser aplicada intencionalmente por una persona distinta a la que cometió la infracción.

- Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida conforme al sistema legal quebrantado por el delito cometido.

3.3 Funciones y fines de la pena.

Desde siempre la doctrina ha debatido e intentado aclarar el porqué y para qué de la pena, cuestiones vinculadas a las relativas, a la función y fines del derecho penal, y al respecto ha manejado tres ideas fundamentales: **la de retribución, prevención general y prevención especial.**

La función primordial de la pena, es la tutela jurídica, es decir la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el derecho. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad de nuestros días sería imposible, y para cumplir esa función, mediante la pena persigue los fines de prevención general y especial. La prevención general y la especial, aun constituyendo las finalidades empírica de la pena, no la justifican por sí sola, por el contrario solamente puede tener lugar dentro de los límites del principio de proporcionalidad como justa retribución del injusto culpable.

En la función de tutela jurídica habrán de radicarse tanto el fundamento justificativo de la pena como los límites de esa justificación. De tal forma que si la idea de tutela conduce a la justificación del castigo por su utilidad, la necesidad de que la misma sea jurídica exige que no pueda obtenerse a cualquier precio, sino únicamente dentro de los

límites del principio de prohibición del exceso o proporcionalidad en sentido amplio. La función de tutela jurídica que corresponde a la pena, exige que la retribución, prevención general y especial sean componentes necesarios sobre los que se asienta su justificación, debiendo estar presentes aunque en distinta medida en cada una de las etapas de esta.

3.3.1 Teoría de la retribución.

La concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido.

La teoría de la retribución conocida también como teoría de la justicia o de la expiación ve el sentido de la pena en la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre si mismo como consecuencia del hecho es retribuido, compensada , expiada en forma justa. Porque para esta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, la pena es una retribución compensadora, debe ser justa lo que presupone que en su duración e intensidad se corresponda con la gravedad del hecho dañoso; la pena compensa.

La ventaja de la teoría de la retribución reside en su fuerza de impresión socio - psicológica y en que ofrece un principio de medida para

la magnitud de la pena. Esta teoría ya no es sostenible científicamente, ya que si la misión del derecho penal es subsidiaria de los bienes jurídicos entonces para el cumplimiento de esa tarea no puede servirse de una pena que prescindiera de toda finalidad social.

Hegel propuso que el carácter retributivo de la pena, se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la **voluntad general** representada por el orden jurídico, que resulta negada por la **voluntad especial** del delincuente. Si la **voluntad general** es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general.

3.3.2 Teoría de la prevención.

La teoría de la prevención asigna a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria, que no se fundamenta en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealista, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales.

La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento

dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras la retribución mira al pasado la prevención, mira al futuro.

Las teorías preventivistas reciben el nombre de teorías relativas puesto que las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales. Esta teoría se bifurca en dos corrientes: ***la prevención general y la prevención especial.***

La prevención general, ve el fin de la pena en la influencia sobre la generalidad a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas relativo a las prohibiciones legales y disuadirlo de su infracción. Tiene por objeto la evitación preventiva del delito, de acuerdo con la cual la pena no debe actuar en forma especial sobre el condenado sino en forma general, sobre la generalidad.

La prevención general responde a las ideas de intimidación y educación que se quieren hacer llegar a todos los ciudadanos, para convencerles de que no deben delinquir, a través de la pena se persigue llevar al ánimo de los ciudadanos a imprimir en su conciencia la idea de atacar las normas. Esta teoría es de amenaza penal pero en sus efectos es también una teoría de la imposición y ejecución de la pena, pues de ella depende la eficiencia de su amenaza y tiene en la actualidad gran influencia en la teoría de la pena.

En el ámbito de los fines de la pena ha prevalecido la teoría de la prevención general en gran parte de la doctrina, esto se debe a múltiples

razones, una concepción de la pena orientada a la corrección individual se concilia mal con la tendencia descrita de minimizar los riesgos de la sociedad. Los eventuales déficit de personalidad de un autor individual resulta a menudo difícilmente identificable en este ámbito, tiene desde el principio un papel mas limitado que el aseguramiento de la sociedad en conjunto. Las pretensiones resocializadoras no han conseguido hasta la fecha resultados convincentes, ello conduce a la resignación de la prevención general, cuyo éxito es demostrable en sentido estricto y es pausable desde el punto de vista de la garantía de una seguridad suficiente de la sociedad.

La doctrina distingue entre los aspectos positivos y negativos de la prevención general. El aspecto negativo se describe como el concepto de intimidación de los demás que están en peligro de cometer similares hechos que constituyan delito. Hasta hoy existen acuerdos en que solo una parte de los hombres con tendencia a delinquir se aproxima a un hecho con tanta reflexión como para ser accesible a una intimidación.

En cuanto al aspecto positivo es visto en general en la conservación y reforzamiento de la confianza en la fuerza de existencia y de imposición del ordenamiento jurídico. La pena tiene la función de reforzar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico frente a la comunidad jurídica y de reforzar de este modo la confianza de la población en el Derecho.

La prevención especial, es la posición contraria a la teoría de la retribución, que consiste en que la pena tiene como fin únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles, la pena busca la prevención dirigida al autor en forma individual, ésta es una teoría relativa porque está referida a la finalidad de la evitación del delito.

Esta teoría fue reformada en la ilustración de la teoría especial autónoma y revivida a finales del siglo XIX y hasta hoy influyente por la escuela sociológica de derecho penal.

Según su concepción existen tres formas de llevarse a cabo, asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles y el mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia.

La teoría de la prevención especial evita el rechazo hacia el individuo, busca reintegrarlo, pues, se basa en el principio de la resocialización.

La prevención especial significa que el condenado se privará de cometer delitos en el futuro, una vez que salga en libertad. La rehabilitación a la que se ha sometido el delincuente implica que durante su estancia en el sistema penitenciario es curado del impulso que le llevó a cometer el delito. El aislamiento significa que durante el tiempo que esté en la cárcel el condenado no constituye una amenaza para la sociedad.

La prevención especial es especulativa, pues no está claro hasta que punto el delincuente es afectado durante el tiempo en que cumple su pena. Las altas cuotas de reincidencia demuestran que las prisiones sirven más para fortalecer las inclinaciones antisociales de los delincuentes que para conducirlos a una vida respetuosa con las leyes. Lo único efectivo es el aislamiento durante su condena ya que no representa ninguna amenaza para la sociedad, pero puede cometer delitos contra otros privados de libertad que convivan con él en la prisión.

3.4 La aplicación de la pena.

Una vez comprobada la participación y culpabilidad del delincuente en un hecho delictivo, la autoridad judicial competente debe aplicar la pena o sanción que corresponda.

En cuanto a la aplicación de la pena, encontramos dos puntos que se contradicen; por un lado, los requerimientos de concreción y certeza que dimanarían del principio de legalidad, y por otro lado la necesidad de adaptar la pena al hecho delictivo concreto y al delincuente en particular, ya sea por razones de utilidad y conveniencia como por imperativos de justicia.

El juzgador debe adecuar las penas a la circunstancia concretas del hecho y del autor.

En el proyecto de Código Penal de Nicaragua, el sistema de determinación de la pena se desarrolla en: concreción legal de la pena, etapa en la que se fija el marco legal, abstracto o genérico que corresponde a la figura del delito, y la individualización judicial es otra etapa en la que se desarrolla la determinación de la pena aquí el Juez toma en consideración las circunstancias no previstas por la ley, que son susceptible de generalización y que expresan la mayor o menor gravedad del hecho y las condiciones personales del sujeto desde consideraciones de prevención general y especiales, las específicas aplicables al delincuente particular.

En el proceso de adaptación de la pena o sanción al caso y al individuo en concreto, la misión de la autoridad judicial competente debe dirigirse por la gravedad del hecho, fundada en la retribución proporcional al injusto culpable y las circunstancias personales del sujeto.

La determinación de la sanción penal debe hacerse entre el máximo y el mínimo que la ley señale al delito o falta, es decir, la presencia o el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes conlleva al juzgador al momento de dictar sentencia a hacer una valoración que permita la pena mínima o máxima establecida para cada delito.

Partiendo de lo establecido en el artículo 95 del CNA, en Nicaragua se aplicará la justicia penal especializada del adolescente a todo aquel

que tuviere trece años cumplidos y que sea menor de dieciocho años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o Leyes Penales Especiales, es importante tener en cuenta que para la **aplicación de una sanción**, una vez comprobada la participación del menor en el hecho, la autoridad competente en este caso el juez de distrito penal del adolescente debe considerar y buscar con la medida a tomar la **resocialización** del individuo en base a la doctrina del interés superior del niño y a los instrumentos internacionales relacionados con la materia.

Las medidas o sanciones que deben aplicarse a un niño o adolescente infractor de la norma penal, debe primordialmente tener una finalidad educativa, cuyo propósito debe ser reinsertar al infractor a la sociedad. Es importante que la participación de la familia y el apoyo de especialistas debe estar presente al aplicar una sanción.

La Autoridad Penal competente (juez penal de distrito de adolescente), podrá ordenar la aplicación de las medidas o sanciones en forma provisional o definitiva dejando abierta la posibilidad de suspenderla, revocarla o sustituirla por otra medida que resulte de mayor beneficio para la resocialización del delincuente.

Aplicar una sanción a un niño o adolescente autor de un delito, mas que buscar un castigo para el mismo, es buscar la forma de dar mayor atención y asistencia, es reincorporarlo primordialmente al núcleo

familiar, fomentando en el valores que le permitan un desarrollo integral de tal manera que le sea de utilidad a la sociedad y a la patria.

CONCLUSIÓN.

El hombre, por naturaleza, es un ser social, esto es que pertenece a un conjunto de seres de la misma naturaleza, que se relacionan e interactúan entre sí. Producto de esta convivencia se suscita entre ellos conflictos de donde surge la necesidad de un ordenamiento jurídico que venga a dar respuesta a dichas situaciones. El niño como parte de esa sociedad no está exento, debido a factores económicos, emocionales y sociales, de incurrir en actos considerados ilícitos por los que se haga merecedor de una sanción. A través de la historia predominó la doctrina de la situación irregular en donde el juez asumía las funciones de un padre, con el tiempo se pasó y logró llegar a dar protección a los niños y adolescentes de forma integral, hasta tener como prioridad el interés superior del mismo.

Nicaragua, como estado miembro y suscriptor de los múltiples tratados internacionales, que dan protección a la niñez y adolescencia, ha incursionado y buscado la manera de respetar los derechos de los niños y adolescentes contemplados en los distintos cuerpos normativos.

Con FIJACION DE LA SANCION PENAL A NIÑOS Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA LEY, estamos convencidos plenamente de la importancia que tiene la correcta aplicación de una pena o sanción adecuada, en aras de mejorar el desarrollo social, económico y emocional del adolescente de hoy inculcándole valores que le permita ser un hombre que sin lugar a dudas será de mucho provecho

para su familia y la sociedad. Creemos que con una sanción no se castiga y menos perjudica al que deba cumplirla, sino mas bien debe servir para crear conciencia en el niño y adolescente de que como parte de la sociedad debe actuar sometido al ordenamiento jurídico que la rige procurando así el bien común y la paz social.

Teniendo muy presente que la razón de ser de la sanción penal que se le aplica a los adolescentes infractores de la ley es la resocialización del individuo, basados en las múltiples doctrinas y en los instrumentos internacionales relacionados con la materia, podemos decir que la función o tarea del juez es dar protección integral de acuerdo con lo consagrado en los distintos instrumentos internacionales y establecido en la legislación penal vigente del niño y adolescente en Nicaragua. El administrador de justicia debe tener como prioridad las necesidades, el medio social en que se desarrolla el adolescente y otros elementos como la edad de este y la naturaleza del delito, pues en base a esto podrá determinarse la capacidad que tendrá el infractor de cumplir con la medida impuesta, y si la misma cumplirá con el fin perseguido.

Por otro lado, al aplicar una sanción es importante tener en cuenta el objetivo que con la misma se pretende lograr, el sentido y alcance y los efectos que la misma provocará en el niño y adolescente.

Bibliografía.

Álvarez Vélez, Maria Isabel (1994) La protección de los derechos del niño en el marco de las naciones unidas y en el derecho constitucional español, Madrid, ICADE.

Arroyo, José Manuel (2000) Ejecución de las Sanciones en Justicia Penal Juvenil, San José, UNICEF.

Arteaga Sánchez, Alberto (1975) La culpabilidad en la teoría general del hecho punible, Caracas, imprento universitaria de la universidad central de Venezuela.

Batista Sposato, Karyna, Culpa y castigo. Modernas teorías de la culpabilidad y los límites al poder de punir, (en línea), (citado 2007-02-22), disponible en Internet en:
<<http://www.pensamientopenal.com.ar/05sposato.doc>>

Biblioteca- artículos electrónicos, (en línea), (citado 2007-02-16) disponible en Internet en:
<<http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/almadelia/Cap2.htm>>

Bonesana, Cesare (2004) Tratado de los delitos y las penas, Buenos Aires, Valleta Ediciones.

Claus Roxin (1997) Derecho Penal, parte general, Madrid, Civitas.

Carnelutti, Francisco (1952) Lecciones de derecho penal, el delito, Buenos Aires, EJEA (ediciones jurídicas europa américa)

Castellón Barreto y Hernández León (1999) Apuntes de derecho penal, León, editorial universitaria.

Código procesal penal de la república de Nicaragua con índice analítico (2002) Managua, Nicaragua, CAJ-FIU/USAID.

Código de la niñez y la adolescencia (1998) Managua, editorial Bitecsa.

Constitución Política de Nicaragua, (1939), Managua, talleres nacionales.

Convención internacional sobre los derechos del niño (2004) Managua, UNICEF.

Cuaresma Terán Sergio y Houed Vega Mario (2000) Derecho penal, criminología, y derecho procesal penal, Managua, Hispamer.

García Méndez, Emilio (1994) Derecho de la infancia adolescencia en América latina de la situación irregular a la protección integral, Santa fe de Bogota, Forum pacis.

González Cussac, José (2004) Manual de derecho penal, parte general (conforme al proyecto del código penal de la Republica de Nicaragua) Managua, CAJ/FIU- USAID.

Luzón Peña, Diego Manuel (1999) Curso de derecho penal, parte general, Managua, Hispamer.

Martínez Cabezas, Denis, (1960) La culpabilidad jurídico penal, León. Tesis.

Mayorga Ramírez, Francisco (1963) La pena, León. Tesis.

Mir Puig, Santiago (1985) Derecho penal, parte general, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias (PPU).

Muñoz Conde, Francisco (1984) Derecho penal, parte general. Teoría del delito, Bogotá, Colombia, editorial Temis.

Rotmán, Edgardo, (1998) La prevención del delito, San José, Costa Rica, IJSA.

Párrales Aranda, Ramonmanuel (1999) Análisis de sistema de justicia penal especializada, León. Tesis.

Plascencia Villanueva, Raúl, teoría sobre la consecuencia jurídica del delito, (en línea), (citado 2007-02-16), disponible en Internet en:
<<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/44/11.pdf> ->

Pérez Manzano, Mercedes (1986) culpabilidad y prevención, Teoría de la prevención general positiva, Madrid, ediciones de la universidad autónoma de Madrid.

Revista del poder judicial numero 32(2005), Managua, Nicaragua.

Sagastume Gemmel, Marco (1997) La protección internacional de los derechos de la niñez, San José, Costa Rica, EDUCA/CSUCA.

Sanz Mulas, Nieves, (2000) Alternativas a las penas privativas de libertad, Madrid, editorial COLEX.

Tiffer Sotomayor, Carlos (2000) Ley justicia penal especializada dentro de los medios teóricos de política criminal y fuentes legales, San José, UNICEF.

Tiffer Sotomayor, Carlos, De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/ garantista: Nueva ley de justicia penal juvenil, (en línea), (citado 2007-01-31), disponible en Internet en:
<<http://www.unicef.org.co/Ley/AI/01.pdf>>