

Edad y responsabilidad penal de menores en el derecho alemán: Aplicabilidad del sistema al ámbito latinoamericano

(AGE AND CRIMINAL RESPONSIBILITY OF MINORS IN
THE GERMAN LEGAL SYSTEM: ITS APPLICATION TO
THE LATIN AMERICAN SYSTEMS)



Carlos A. Elbert
 Centro de Investigaciones Criminológicas
 Universidad de Colonia
 República Federal de Alemania

RESUMEN

Se analiza el criterio de la madurez suficiente, como complementario a la edad, para determinar la responsabilidad penal de menores. También los criterios de capacidad de actuar o de dirigir las acciones, y de comprensión de la criminalidad del acto, y las ambigüedades y contradicciones referentes al tratamiento del menor adulto en el sistema de la ley alemana, y sus soluciones en doctrina y jurisprudencia. También se analizan las cuestiones de la evolución moral y mental de menores, y los criterios distintivos entre pubertad y adolescencia. En las conclusiones, se destacan ventajas y desventajas del criterio de la madurez suficiente, en referencia a los sistemas latinoamericanos, y se comparan algunas experiencias argentinas, cubanas y españolas sobre el tema.

ABSTRACT

The paper analyzes the legal concept of sufficient maturity, as complementing that of physical age in the determination of the criminal responsibility of minors. It also considers the concepts of capacity to act or to control one's acts and of understanding the criminal nature of an act, as well as ambiguities and contradictions in the treatment given to "adult minors" in the German legal system and the solutions there to be found in legal theory and case law. Questions concerning the moral and psychological development of minors are studied, as well as the criteria for distinguishing between childhood and adolescence. The conclusions discuss the advantages to the legal systems of Latin America, and offer a comparison of the experience in Argentina, Cuba and Spain.

El parágrafo 46 del Código Penal alemán federal adopta un sistema dualista de determinación de la culpabilidad, al disponer que "La culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Deberán ser tenidas en cuenta las consecuencias que sean de esperar para la vida futura del autor en sociedad, a resultas de la aplicación de la pena". Esta dificultosa compensación entre la culpabilidad y las finalidades especial-preventivas, orientadas a la vida futura en sociedad, juega en el derecho penal de menores de modo muy diferente, porque a lo largo de la evolución histórica jurídico-penal, se fue imponiendo gradualmente el criterio de que los menores son seres humanos de características especiales, diferenciadas respecto a los adultos, y el principio de que, por lo tanto, no se les puede atribuir, durante este estadio evolutivo, el mismo grado de madurez, preparación y comprensión de la realidad que a un adulto, con la lógica consecuencia de una disminución legal de la responsabilidad por sus acciones. En conclusión, se disminuye la responsabilidad legal por los actos de menores, y toda intervención oficial respecto de los mismos, preven-

tiva o represiva, se coloca bajo la óptica pedagógica (dada la permeabilidad formativa de los menores) con miras a su mejor desempeño social en el futuro.

La concepción expuesta se refleja en el parágrafo 3 de la Ley Judicial Juvenil¹, cuando precisa que "Un menor es penalmente responsable si al momento del hecho era suficientemente maduro de acuerdo a su desarrollo moral y mental, para comprender la antijuricidad del hecho y actuar según esta comprensión. Para la educación de un menor inimputable a consecuencia de su inmadurez, el Juez puede ordenar las mismas medidas que el Juez Tutor".

No basta entonces, a la ley alemana, que se trate de un Menor o Menor Adulto, según tuviera entre 14 y 18 años ó 18 y 21 respectivamente, al momento de la comisión del hecho (Par.1). Es preciso, además, determinar el grado de madurez, factor que, junto con la edad, nos distancia del sistema del derecho penal general, donde el libre albedrío, o autodeterminación, o voluntad final de las personas capaces mayores de 21 años, se presume, del mismo modo que su madurez.

La ley alemana no proporciona un concepto abstracto y general de la "madurez", por lo que el juez debe constatarla en cada caso, y para cada autor. ¿En qué consiste esta madurez, y qué pautas se utilizan para determinarla? Según Schaffstein², la formulación legal es resultado de una larga evolución jurídica, cuyos puntos de apoyo fueron la "doli capacitas" del medioevo y el "discernemant" del Código Napoleón de 1810. Pero recién los hallazgos de la moderna psicología profunda, permitieron admitir que **los procesos de motivación de los menores difieren de los de adultos**, no sólo en sentido intelectual, sino también por el juego más libre de la **instintividad**. Esta evolución llevó a que, en la formulación de la JGG de 1923, se agregara a los presupuestos de responsabilidad juvenil hasta allí admitidos (capacidad de comprender y dirigir las acciones), la necesidad de **madurez intelectual y espiritual**; con lo que se arribó a un método biológico-psicológico. Este autor hace una detallada descripción de los elementos enumerados, y afirma que la **capacidad de comprensión** requiere una cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representaciones de valores espirituales, o **madurez ética**, que permita "comprender" los postulados o normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La versión actual de la ley no exige, por otra parte, **una específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico**, sino apenas de una **comprensión del injusto material del hecho**, que se adecúe al grado de conciencia que pueda poseer el autor. Un ejemplo apropiado sería el caso de abuso sexual de un niño de tres años, cometido por un adolescente de 16, que no puede negar su conocimiento de la inmoralidad del hecho, pese a lo que, este solo podrá serle reprochado, si además posee la capacidad de reconocer su conducta como prohibida por las leyes (en forma genérica). La capacidad de comprensión no puede, por otra parte, medirse en abstracto, sino que debe estar asociada a la violación del derecho en concreto. Por lo tanto, en caso de concurso de delitos, tanto real como ideal, la culpabilidad debe ser probada en relación a cada hecho delictivo.

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

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

Volviendo ahora al ámbito de aplicación de la JGG, dejemos claramente establecido que el párrafo uno expresa que la ley es aplicable cuando un Menor -o un Menor Adulto- cometiere un hecho ilícito, sancionado con pena en la legislación general. La segunda parte del párrafo, agrega que **Menor** es, quien al tiempo del hecho, tuviera entre 14 y 18 años, y **Menor Adulto** quien al tiempo del hecho tuviera entre 18 y 21 años de edad. Estas disposiciones deben ser correlacionadas con el párrafo 19 del Código Penal, según el cual no puede ser inculgado quien al momento de la comisión del hecho fuera menor de 14 años. Parecería que la disposición fija una competencia personal clara y definitiva a la JGG, y sin embargo no es así, ya que para los Menores Adultos está establecida la cobertura legal en forma especial, en el párrafo 105, que dispone: "Si un Menor Adulto incurriera en un he-

cho ilícito, que según las disposiciones generales esté sancionado con pena, el juez aplicará concordantemente los reglamentos vigentes para menores, de los párrafos 4 a 8, 9 No. 1, párrafos 10, 11 y 13 a 32 (calificación legal de los ilícitos de menores y sus consecuencias jurídicas, calificación legal de hechos antijurídicos de menores, consecuencias del hecho punible, consecuencias accesorias, imposición de Instrucciones, medidas disciplinarias: Amonestaciones, Reparaciones, Arresto Juvenil, Pena Juvenil, común y también de duración indeterminada y de ejecución condicional, concurso de delitos, y comisión de hechos delictivos en distintas edades y grados de madurez) cuando: 1) De la apreciación del conjunto de la personalidad del autor y del medio ambiente, resultare que al tiempo del hecho, **no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un Menor**, o 2) Si se tratase, según el modo, circunstancias o móviles del hecho, de un ilícito de menores".⁴

Esta norma ha sido, y es, objeto de severa crítica en la doctrina alemana, porque **incorpora a los Menores Adultos en el sistema de la ley especial de forma ambigua**, con imprecisiones e inexactitudes que terminaron traduciéndose en una jurisprudencia vacilante y antojadiza.⁵ Según Schaffstein, el origen de tales vacilaciones tiene un fundamento histórico, consistente en que los Menores Adultos no estaban incorporados al derecho de menores en las leyes judiciales juveniles de 1923 y 1943, dado que en una primera época del derecho juvenil -tanto en Alemania como en el orden internacional- se tendía a interpretar que al adquirir la mayoría de edad, (generalmente con 18 años) los adolescentes debían ser sometidos al derecho penal general. Pese a que tras la guerra se volvió casi una evidencia que los adolescentes entre 18 y 21 años no tienen todavía, por regla general, un completo desenvolvimiento de su personalidad, tal criterio fue aceptado por el legislador de 1953 sólo en forma parcial e insegura, mediante el texto en consideración, que es una fórmula de compromiso, tendiente a incorporar por un lado a los menores adultos al derecho especial de menores, y por otro a la necesidad de proteger a la comunidad de la mayor actividad delictiva de este estadio evolutivo.⁶

Las críticas apuntan, en general, a que no se incorporó a los Menores Adultos lisa y llanamente al derecho de menores; a que el término "Menor" empleado en la frase "no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un menor", no es alusivo a los menores impúberes de 14 a 18 años, sino que es una alusión general a la falta de desarrollo de la personalidad; y a que la fórmula "evolución moral y mental" es demasiado exi-

gente, y debió haber sido "moral o mental". Dando por suficientemente expuesto este problema, pasaremos ahora a ocuparnos de las consecuencias más importantes que produce en la realidad judicial el párrafo 105. Este párrafo, que literalmente interpretado parecería decir que la aplicación de derecho de adultos a los adolescentes entre 18 y 21 años constituye la **regla**, ha sido transformado gradual, pero sostenidamente por la praxis, en el principio inverso. Así, Schaffstein afirmaba, en su edición de 1977, citando los datos de la estadística criminal de 1972, que se había aplicado, en dicho año, derecho penal juvenil a los Menores Adultos, en un 46^o/o de todas las sentencias, pero predominantemente en delitos importantes de mucha frecuencia. En la edición más reciente, de 1980, y refiriéndose a la estadística de 1977, afirma que el derecho de menores se había aplicado en un 47,1^o/o de todos los casos, pero que en los delitos de la "criminalidad clásica" -esto es, excluyendo los delitos de tránsito- la proporción llegó al 63,7^o/o de todos los casos, y que considerando solo las formas más habituales de delincuencia, la proporción llegó incluso a cifras más altas.⁷ Esto permite afirmar, que aún con ciertas reservas que consideraremos de inmediato, existe una tendencia generalizada a aplicar a estos adolescentes el derecho penal juvenil.

Lógicamente, la interpretación más benigna del párrafo 105 está sometida a una libertad interpretativa demasiado arbitraria, que Schaffstein describe de este modo: "El resultado es una asombrosa diferencia en la aplicación de derecho penal juvenil a los Menores Adultos, dado que la ley deja demasiado espacio a la libre interpretación del juez. El insatisfactorio resultado se refleja también en las cifras de la estadística criminal. Según la estadística criminal federal, se aplicó en 1977 derecho penal juvenil, por ejemplo, para los delitos de robo y chantaje, en 90,2^o/o de los casos; para robo con fractura en un 84,4^o/o, pero, sin embargo, para hurto simple sólo en un 65,9^o/o; para lesiones culposas de tránsito en un 17,5^o/o, y en casos de homicidios culposos de tránsito nuevamente con más frecuencia, con un 34,7^o/o. En delitos de tránsito considerados en general, se aplicó en un 28,6^o/o de los casos. En conjunto, la aplicación de derecho penal juvenil se encuentra en constante avance. En 1954 alcanzó sólo al 20,2^o/o del total, en 1973 ya un 43,6^o/o y en 1977 inclusive un 47,1^o/o. Sin embargo, estas cifras muestran también que tras una experiencia de 20 años en la aplicación del Párrafo 105, no se ha llegado aún a un empleo equilibrado del mismo, y que también en grupos de delitos casi emparentados, la aplicación del derecho penal juvenil crece con la gravedad del hecho."⁸

Si de acuerdo al párrafo 105 es necesario determinar el grado de madurez de los Menores Adultos, corresponde exponer brevemente de qué modo se efectúa esta apreciación. En primer lugar, y conforme a la ley, se trata de una apreciación de conjunto que debe ser determinada por los rasgos puberales que permitan determinar una permanencia en el status de Menor, para lo que no puede ser tomada en cuenta sólo la apariencia corporal, sino predominantemente el grado de evolución moral y mental.⁹ Estas determinaciones, que se apoyan en el párrafo 3 de la JGG, y por lo tanto, se sirven de sus mismos elementos y remiten al momento de la comisión del hecho, son de muy difícil precisión, lo que Schaffstein describe del siguiente modo: "Para el juez y el perito, esta comprobación es a menudo muy difícil porque según el punto de vista de la ciencia moderna, el hecho de cumplir 18 años, no representa una inequívoca frontera de tipo biológico o psicológico que corresponda a una fase evolutiva, y porque verdaderamente, la pubertad y la adolescencia se comunican sin una fuerte separación".¹⁰

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

CONCLUSIONES

En un artículo anterior¹¹, destacué con mayor detenimiento lo difícil y arbitrario que resulta establecer barreras o límites legales que permitan diferenciar a grupos diversos de menores entre sí, conforme al criterio de la madurez alcanzada. Allí quedó también establecido que no se trata de un problema nuevo, sino que reaparece, bajo distintas ópticas, una y otra vez a lo largo de la historia de la humanidad, conforme van cambiando los criterios culturales por los que se orienta la valoración del comportamiento humano. Por lo demás, la bibliografía en la materia es más que abundante en el orden internacional.

En otro artículo, actualmente en prensa,¹² me concentré sobre lo seductor que resulta el criterio de la madurez suficiente (o necesaria) como garantía adicional en favor de los menores, tendiente a ir ganando terreno, camino a la desincriminación y a la especialización del fuero de menores. Sin embargo, el citado criterio de la madurez necesaria conlleva

la asunción de enormes riesgos para su aplicación en Latinoamérica, por la habitual falta de infraestructura, tribunales y personal especializado para menores. Ni hablar del rompecabezas técnico-dogmático que puede resultar un ordenamiento que, como el alemán, divide estamentariamente a los menores, sometiendo a un grupo a comprobaciones adicionales de madurez, tendientes a posibilitar la remisión de casos concretos al otro grupo. Conozco perfectamente las dificultades prácticas de este sistema en el ámbito judicial, no sólo por las observaciones y estudios efectuados en Alemania, sino por mi anterior actuación como juez en Argentina, que poseyó un sistema semejante hasta hace poco tiempo, sin la fórmula de la madurez suficiente, y con responsabilidad penal a partir de los 14 años. Durante los períodos de tiempo en que en la Argentina se fijó la responsabilidad penal a partir de los 16 años, se notó una enorme descarga de las tareas tribuñalicias, saludable en dos sentidos: Por el alivio de tareas en sí, y por la evitación de criminalizar innecesariamente a gran cantidad de menores entre 14 y 16 años (que atacan preponderantemente la propiedad mediante formas torpes, irreflexivas y dañinas). Lamentablemente, esta desincriminación no fue acompañada de un cambio total en lo que hace a la atención social de los casos comprendidos entre las edades mencionadas.

Hay países europeos donde el establecimiento de la responsabilidad penal a partir de los 16 años ha planteado problemas parecidos a los de los países latinoamericanos. Por ejemplo, Esther Gimenez-Salinas Colomer sostiene que es imprescindible hoy, en España, llegar a contar con un derecho penal para menores y otro para jóvenes (menores y menores adultos), porque la legislación prevé un tratamiento unitario para todos los menores de 16 años, lo que ha conducido a que los Tribunales Tutelares de Menores se desentiendan de quienes están próximos al cumplimiento de esta edad, por hallarse desbordados y sin medios a su alcance para atender debidamente a tal variedad de niños.¹³ Pero además, nos explica esta autora que "...en nuestra legislación positiva... la varia competencia de los tribunales tutelares de menores se extiende más allá de las esferas penales, y asume la concepción amplia, que abarca tanto las acciones calificadas como delitos o faltas, cometidas por los menores de 16 años -a excepción de las atribuidas a la jurisdicción militar- como las infracciones de las leyes municipales, así como los casos de menores prostituídos, licenciosos, vagos y vagabundos. Al margen de la enorme confusión conceptual y de la extensión y ambigüedad de dichos términos, la excepción a la regla general plantea una grave laguna que pone en entredicho el significado

que lo "tutelar" tiene en la legislación de menores. A pesar de que recientemente numerosos autores se han manifestado en favor de un concepto restringido de "delito" en los menores, no parece que hasta el momento se haya conseguido cambio alguno".¹⁴

En la medida en que se carezca de tribunales especializados, y suficientes medios de asistencia, control y tutela, las fórmulas demasiado elásticas tienden, entonces, a transformarse en desventajas prácticas para los menores. Esto sucede no solo en España, sino también en Latinoamérica.¹⁵ De todos modos, si no hay claras separaciones entre lo asistencial y lo penal, vemos como -caso España- la imputabilidad a partir de los 16 años, no resulta progresista, ni siquiera acompañada de un fuero de menores.

Se impone concluir en que es desaconsejable complicar en demasía la cuestión de la madurez y responsabilidad de menores, por el riesgo de consagrar arbitrariedades aún mayores. En tal sentido, la fórmula adoptada por el Código Penal cubano de 1979 -sin ser espectacular ni novedosa- ofrece una solución práctica y segura: imputabilidad a partir de 16 años, atenuando la pena entre los 16 y 18, y en menor medida entre los 18 y los 20 años.¹⁶ Esto reduce la etapa crítica a sólo cuatro años, pero rodeados de las garantías de una clara delimitación de lo penal y lo asistencial, fronteras de madurez más seguras (en tanto la ciencia no demuestre lo contrario), las garantías penales del tipo y la culpabilidad generales, y, en fin, la evitación de confusiones pedagógicas y asistenciales en el terreno de la imputabilidad.

Un sistema de tal tipo simplifica grandemente las cosas en el plano dogmático, pero no debe olvidarse nunca que deja dos importantes preguntas por contestar:

- a) Los condenados menores, de 16 a 20 años, ¿cumplen sus penas en establecimientos exclusivos y especiales para menores?
- b) ¿Existe un apropiado sistema educativo-tutelar-asistencial para los menores de 16 años?

Sabemos que la respuesta a ambas interrogantes será bastante excepcional en Latinoamérica, y por lo tanto, deberán ser propuestas como metas inmediatas, acordes a las posibilidades reales de cada país. En conjunto, los puntos analizados pueden constituir una propuesta realista en torno a los problemas de la edad penal y la responsabilidad, **necesariamente diferenciada del sistema alemán**, dotado de determinadas infraestructuras. No debe perderse de vista, sin embargo, que hemos omitido en nuestro análisis el crucial problema del concepto de madurez en Latinoamérica, en relación a las condiciones

sociales y culturales concretas. Esta cuestión merece un estudio más pormenorizado, que está aún por realizarse.

Colonia, Alemania Federal
20 de setiembre de 1980

NOTAS

- (1) En alemán Jugendgerichtsgesetz. Se trata de un ordenamiento penal de forma y fondo especial para menores, respecto del cual el Código Penal general rige en forma subsidiaria. Todas las citas de dicha ley son tomadas de nuestra traducción al castellano de dicho cuerpo legal, en prensa en Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. Aludiremos a la ley según la abreviatura JGG.
- (2) Schaffstein, Friedrich. "*Jugendstrafrecht*", (Der. Penal de Menores), 7a. Edición, Stuttgart, 1980, Pág. 41. (Subrayado y traducción nuestros).
- (3) Brunner, Rudolf. "*Jugendgerichtsgesetz-Kommentar*" (Comentario a la Ley Judicial Juvenil). De Gruyter, Berlín, 1978, 5a. Edición, Pág. 43 y s.s. (Subrayado y traducción nuestros).
- (4) Transcripción parcial. (Subrayado y traducción nuestros).
- (5) Ver al respecto Schaffstein, op. cit., Pág. 43 y s.s. Böhm, (Einführung in das Jugendstrafrecht), Pág. 30 y s.s., Brunner, op.cit., Pág. 26/27.
- (6) Schaffstein, op.cit., Edición 1977, Pág. 43/44. (Traducción nuestra).
- (7) Ibidem., Pág. 46, y Edición 1980, Pág. 47.
- (8) Op.cit., Edición 1980. Pág. 52/53. (Traducción nuestra).
- (9) Schaffstein se pronuncia en contra de que se tome en cuenta el aspecto físico, a no ser como un mero indicio, basándose en los problemas que plantean los casos de aceleración del desarrollo. (Op.cit., 1977, Pág.46/47).
- (10) Op.cit., 1977, Pág. 47. (Traducción nuestra).
- (11) "*Lineamientos criminológicos para la tipificación de la conducta adolescente*", En: Doctrina Penal, Buenos Aires, No. 14, Abril-Junio 1981, Pág. 213.
- (12) "*La determinación de la responsabilidad penal de menores en el derecho alemán*", también en Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina.
- (13) "*Delincuencia juvenil y control social*", Círculo Editor Universo, Barcelona, 1981, Pág. 66. (Subrayado nuestro).
- (14) "*Tratamiento jurídico de la 'delincuencia' de menores en España*", En: Doctrina Penal, Buenos Aires, No. 14, Abril-Junio 1981, Pág. 264/265.
- (15) Confr. "*Política criminal latinoamericana*", de Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- (16) Puede verse la excelente crítica de Manuel de Rivacoba y Rivacoba a dicho Código en Doctrina Penal, 1980, Pág. 373, seguida del texto legal.