



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS MEDIDAS TUTELARES*

Henry Issa El Houry.
Prof. Asociado, Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

ADVERTENCIA:

El presente trabajo no tiene otra pretensión que la de plantear una serie de preguntas y dudas sobre la temática del menor de edad; sobre su posición frente a la definición científica y estructura del delito y sobre la base jurídico-doctrinal para la aplicación a estos de las sanciones penales o tutelares.

Tal motivación permite que su carácter, más que desarrollo de tesis comprobatorias de hipótesis previamente formuladas, sea el de un esquema, con un orden determinado a propósito, de preguntas y respuestas hipotéticas, lanzadas en cuanto al tema. Se deduce entonces que no pretendemos decir aquí verdades absolutas ni proponer la última palabra sobre el tema, sino lanzar públicamente nuestros problemas, como temas de discusión.

Tómese, por tanto, el texto que sigue como un problema a investigar y no como la solución a un planteamiento sistemático precedente; como proyecto de investigación y no como la publicación de un resultado.

I. CONSIDERACIONES INICIALES.

Después de un largo proceso de discusiones y de análisis (que, creemos, aún no ha terminado y en el que encontramos posiciones tan diversas y contradictorias) sobre la responsabilidad del menor de edad, algunas de las cuales afirman que en su "actuación delictuosa" existe una total irresponsabilidad (1); otras manifiestan que el menor debe ser sujeto de sanción casi de la misma manera que lo puede ser un adulto que delinque (2) se ha llegado a determinar un límite cuantitativo para plantear la línea divisoria no entre responsabilidad e irresponsabilidad del menor, pero sí entre aplicabilidad o no de la ley penal. Es así, como, producto de toda una línea evolutiva que no hemos querido señalar (3) nace en las legislaciones una idea que en Costa Rica recoge el artículo 17 del Código Penal, de acuerdo con la cual la ley penal sólo aplicará a aquellos sujetos que en el momento de realizar la acción delictuosa sean mayores de 17 años. (Esta es la edad que presenta la legislación costarricense; tal consideración numérica varía en otras legislaciones).

* El trabajo que seguidamente se expone ha servido de base a una tesis de grado de pronta presentación en la Facultad de Derecho y a una ponencia sobre el mismo tema en el último Congreso Jurídico.

- (1) "En el Derecho romano era absoluta la irresponsabilidad del 'infans'. Durante la pubertad, las XII Tablas castigaban con la 'castigatio' o 'verbatio', pero con simples fines de amonestación" PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal (Iber Amer. Publicaciones Hispanoamericanas S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 5ta. edición, 1959) T. II. Vol. II, p. 6.
- (2) Por ejemplo, "En el Derecho Canónico se acentúa el valor de la fórmula 'maitia suplet aetatem', y si el impuber era capaz de dolo se le declaraba responsable" IBIDEM.
- (3) De acuerdo con el carácter de este trabajo, vamos a obviar acá toda referencia histórica y todas las discusiones, por lo demás muy interesantes e importantes sobre cuál debe ser la edad límite para considerar a un sujeto dentro del Derecho Penal.

Lo anteriormente dicho, por supuesto, no significa que en Costa Rica se deje impune o dicho de otra forma, se deje sin observación estatal, no necesariamente castigada la acción que un menor de 17 años realiza y se ajusta a lo descrito en una ley de carácter penal. Lo que quiere decir es que en Costa Rica existe un procedimiento preventivo-punitivo especial creado para aquellos casos que, por razones de edad, no se pueda aplicar una sanción penal por la imposibilidad que la misma ley (art. 17 C.P.) señala de incoar un proceso penal.

Este dato, fácil de comprobar, significa para nosotros la resolución a un primer problema: el menor de 17 años no podrá ser contemplado dentro del ordenamiento penal como sujeto activo de delitos. Pero la aclaración de este problema no ayuda, en nada a otros propósitos ya que no nos da la pista en la búsqueda de hechos reveladores para el fundamento de la imposición de medidas tutelares (sanciones) a esta categoría de sujetos. Es decir resolvernos sólo el problema más obvio, nos plantea otro que consideramos de más importancia: ¿el menor de edad es irresponsable, penalmente hablando? Si no, ¿cuáles son los fundamentos legales y teóricos por el que pueden ser sometidos estos sujetos a medidas tutelares?; ¿son éstas sanciones?

El problema en principio no pareciera ser muy complicado: si se toma por una parte el párrafo segundo del artículo 17 citado ("*La ley especial de menores determinará con qué extensión se aplicarán las disposiciones de este Código*") y por otra parte, el correspondiente de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores ("*corresponderá—dice el artículo primero— a la Jurisdicción Tutelar de Menores la situación de los menores cuya edad no exceda de 17 años. . .*"), se infiere claramente que el fundamento legal, por el que un menor de 17 años puede ser sujeto de una imposición tutelar, es la relación entre los dos artículos citados.

Este fundamento legal, aparentemente tan nítido, no resuelve la parte de fondo del problema, porque entre la relación de los dos artículos mencionados solo se convalida la interrogante acerca del fundamento jurídico-penal de ambos. Pero esto es un acto legal que lógicamente es producto de una motivación o necesidad social: La creación de la jurisdicción especial para un grupo de sujetos no es un acto de prestidigitación ni de azar; responde, suponemos, a una determinada línea de política criminal de un estado, máxime que no se trata —en

el fondo— de la creación de una nueva materia sustantiva de fondo, sino de la aplicación de nuevas reglas procesales a la trasgresión de leyes penales. Este hecho indica, a nuestro entender, la existencia de una motivación teórica. Es por eso que insistimos al decir que permanece sin respuesta la pregunta acerca de los fundamentos jurídicos por los que pueden aplicarse medidas de coacción (tutelares) a un menor de edad. (Aclaremos: creemos que ciertamente puede hablarse de un Derecho tutelar de menores, totalmente diferenciado de un Derecho penal y de un llamado Derecho de familia, para sólo citar dos ramos del quehacer jurídico; pero este es un punto diferente al que tratamos; el artículo 17 de C.P. no da esta tónica; únicamente señala a quiénes se les aplica la ley penal y a quiénes no).

Recapitulando, tenemos que existe un panorama claro: hay en Costa Rica un art. 17 del Código Penal que limita la edad para que un sujeto pueda ser sujeto acreedor de una sanción penal. Pero hay otros artículos (de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores) concretamente el primero, el segundo y el 29, que indican que existe un especial sistema sancionador (entiéndase, por el momento sanción en el sentido más laxo del término) para una clase de sujetos, aquellos que, siendo menores de 17 años, ajusten su conducta a lo establecido en las leyes penales. De ahí que lo fundamental consiste en plantearse la validez o invalidez (desde el punto de vista metodológico y teórico-penal) de las disposiciones de la Ley mencionada, en cuanto atañen a aspectos de competencia del Derecho penal.

Nótese, entonces, que nos estamos planteando aquí el siempre nuevo problema de la capacidad de imputar, por razones de la edad, a raíz de la lectura de cuatro artículos básicos: 17 C.P., 1, 2 y 29 LOJTM.

Es evidente que para resolver un problema de tales dimensiones haya que acudir al campo que los define y a supuestos particulares de ese ámbito de estudio. Nosotros pensamos que son dos los fundamentales: la definición del delito dada por el penalista y el estudio de la sanción penal.

II. LA BUSQUEDA DENTRO DE LA DEFINICION DEL DELITO.

Sobre la importancia de este primer supuesto es ocioso redundar; basta un conocimiento de los principios de Legalidad y Tipicidad y la observa-

ción del contenido del artículo 2 de la L.O.J.T.M., cuando habla de "*... infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta*" (sic.).

Ni el hecho que produzca una conmoción social, ni la acción cruel que perjudique intereses o personas, podrán ser considerados como delitos para el penalista, si no se dan una serie de características teóricas. Delito será, en el sentido estricto del término, únicamente aquella acción realizada por un sujeto, de manera libre y voluntaria y con conocimiento (o, por lo menos, posibilidad de éste) de que los resultados ocasionados sean jurídicamente previstos; o, como lo llama la doctrina, una acción culpable. Tal acción, por lo demás, para que sea acreedora de llamarse delito, deberá estar previamente descrita en una ley de carácter penal (acción típica) y ser antijurídica, esto es, plantearse como una relación de contradicción entre la acción exigida o prohibida por una norma a los sujetos y la conducta de un sujeto particular que, a su vez, está actuando conforme a lo descrito en el tipo penal. Se plantea de esta manera la clásica definición tripartita del delito: acción de la cual se pueden predicar tres cualidades básicas: ser típica, antijurídica y culpable; estructura de creación teórica que obvia toda realidad que no se ajuste a la misma: es delito lo que la ley penal define como tal.

Dice Zaffaroni que "*para estudiar jurídicamente el delito debe presuponerse que el delito es un 'ente' (en sentido amplio) jurídico. No puede ser otra la solución, pues aunque sociológicamente el delito eventualmente sea la violación de una norma ética, considerada de elemental cumplimiento por el grupo dominante al tiempo de la sanción legal, ningún mínimo ético es una norma jurídica si no se lo institucionaliza como tal. Desde el ángulo de nuestra ciencia —o mejor dicho: en el campo visual de nuestra ciencia— el delito no puede ser considerado de otra manera. Quien quiera considerarlo como algo diferente estará haciendo alguna otra ciencia (ciencias de la conducta), o bien, meras proposiciones metafísicas*" (4).

Tenemos ya los esbozos para una primera solución: si el delito, para el Derecho penal, se define como anteriormente dijimos, nos encontramos frente a una estructura completa. Consecuentemente, si eliminamos uno de los elementos que

configuran la definición, el acto no poseerá los requisitos indispensables para ser delito: de esta manera, si la acción no es típica, es decir, si no existe ninguna ley que previamente haya señalado la conducta que realizó el sujeto o si, existiendo, la conducta no fue antijurídica, ya que el sujeto estaba autorizado por la misma legislación para contrariar, con su acto, lo prohibido por la norma, la conducta que el individuo realiza no será considerada como delito; igual sucede con el último elemento de la definición: si no hay culpabilidad, es decir, si el sujeto no realizó la acción con plena voluntad, queriéndola, o al menos pudiendo tener como posible un resultado antijurídico, (como en el caso del hecho llamado culposos), no podría existir, técnicamente, un delito.

Con los elementos que aclaramos debemos buscar, en el campo de la acción del menor de 17 años y en el ámbito de aplicación de la ley que regula su comportamiento, si es posible el planteo de los elementos que aquí pretendemos discutir.

De acuerdo con la relación existente entre los artículos 17 del Código Penal y 1 y 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, toda acción realizada por un sujeto menor de 17 años será una acción sometida a medidas tutelares, si cumple con ajustarse a lo descrito en cualesquiera de las leyes penales promulgadas y vigentes en el territorio costarricense. Automáticamente, tal acción, ya típica, será antijurídica, a no ser que al menor lo cobije alguna causa de exclusión de la antijuridicidad. Nótese que hasta aquí el asunto resulta simple, casi formulario. No obstante queda por analizar el otro elemento de la definición del delito en relación con la conducta del menor. Es aquí en donde podemos problematizar ciertos aspectos, pues estamos ante un elemento que, por tocar de lleno al sujeto, permite la discusión y proposición —al contrario que en la tipicidad y en la antijuridicidad— de elementos atinentes a aspectos importantes de la personalidad y capacidad del ser humano y que resultan del todo necesarios para establecer el juicio calificativo de culpabilidad de la acción.

Nos interesa el punto mencionado, pues es aquí en donde podemos discutir sobre la interrogante de si el menor de 17 años es persona capaz de discernir acerca de las consecuencias e implica-

(4) ZAFFARONI, E. R., *Teoría del Delito*. (Ediar, Buenos Aires, 1973) p. 21.

ciones del hecho que realiza. Veamos: para Olesa Muñido, la culpabilidad es "...un juicio sintético de reproche que se efectúa en relación a un sujeto imputable, por la realización voluntaria de un acto penalmente típico que le es atribuible, y cuyo alcance y antijuridicidad no sólo conocía, sino que también comprendía, siempre que dicho acto fuera realizado en una situación en que fuera exigible el cumplimiento de la norma" (5). De acuerdo con lo dicho, la premisa de la culpabilidad es la siguiente: para poder ser sancionado se debe ser culpable; y ser culpable implica ser imputable y ser atribuible, para utilizar la terminología empleada por Olesa Muñido en la obra citada.

La imputabilidad es la capacidad de merecer que tiene un sujeto determinado por razón de los actos que efectúa; es decir, que la imputabilidad relaciona a una persona con la capacidad de ejercer sobre ella un juicio estímativo válido, de acuerdo con el ordenamiento penal. Así, serán imputables los sujetos que tengan más de 17 años y que no sean inhábiles mentales. Es decir que un menor de 17 años, desde ya, sin necesidad de emitir ningún juicio sobre su capacidad mental será declarado inimputable y por tanto inculpable. Nótese entonces que, si relacionamos lo dicho con la idea que da el artículo 29 de la LOJTM (Medidas Tutelares) se presenta un cierto desfase, por lo menos ante los ojos del Derecho Penal: si para aplicar una sanción (llámese pena o medida de seguridad) debe haberse podido imputar y atribuir al sujeto, ¿cómo se podrá aplicar una medida tutelar (¿sanción?) a un sujeto menor de 17 años si este, por definición, es inimputable?

* * *

Permítasenos aquí una digresión. Como se observa de lo dicho atrás, el problema de la edad es determinante, y a pesar de que se ha llegado a una limitación, siempre hemos dudado de la seguridad y efectividad de tales límites.

Un autor clásico Francesco Carrara, al hablar de la relación entre edad y culpabilidad, la divide en cuatro períodos. Un primer período de irres-

ponsabilidad absoluta, que él la fija desde el nacimiento hasta los siete años; un segundo período de responsabilidad condicional: 12 a 14 años; luego están los otros dos períodos que comprenden personas mayores de 14 y que ya, para Carrara son de responsabilidad plena (6). Valga lo anterior como ejemplo para darnos cuenta, de manera muy obvia, que un criterio de edad, puro y simple, no puede determinar la medida para establecer una línea definida, basados en la edad cronológica, del comienzo de la capacidad de comprensión. Evidentemente, la pauta no podía darla jamás la edad cronológica, que en la mayoría de los casos (vivimos una realidad de país en vías de desarrollo) no corresponde, sino que puede ser mucho mayor, a la edad mental y emocional. Este es un problema que incidirá en cualquier intento que se haga para llegar a un acuerdo, ya no de limitar temporalmente la capacidad penal de un menor; o, dicho de otra manera, de considerar la suficiente madurez del individuo para ser tomado en cuenta como sujeto activo de un tipo penal, sino para llegar a un acuerdo sobre su declaración de culpabilidad, en el sentido que la teoría del delito le asigna a este término.

El otro presupuesto de inicio para considerar si existe o no culpabilidad en un sujeto, además de la imputabilidad, que, en última instancia es un presupuesto sin contenido (7), lo constituye la atribuibilidad. Se define la atribuibilidad como una relación entre un sujeto y un acto; una relación vinculante que le otorga una categoría especial al acto con miras a un sujeto determinado. En otras palabras, al ser enfrentados un sujeto y un acto, ambos se modifican pues el acto adquiere la categoría de acto propio (del sujeto) y no de acto ajeno y el sujeto la de productor de aquel.

Evidentemente, para que de un acto podamos predicar que pertenece a un sujeto determinado, diferenciado, debemos encontrar en el sujeto características básicas de personalidad. No sólo debe haber realizado el acto (acción en el sentido de actuación voluntaria, utilizada por el Derecho penal), sino que, además, debe haberlo realizado con conocimiento y con voluntad. Hasta aquí, entonces, se podría colegir que si el menor tiene uso de razón (si "sabe lo que hace") y no presenta anormalidades de tipo mental, será atribuible y con esta

(5) OLESA MUNIDO, F. F., Estructura de la infracción penal en el Código español vigente. (Ariel, Barcelona, 1971) p. 55.

(6) CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal (Témlis, Bogotá).

(7) "La imputabilidad —penal o civil— se comprueba con referencia al momento en que tiene lugar el hecho delictuoso, y a la persona que lo realizó; pero un sujeto es o no imputable con entera independencia de que delinca o no". OLESA MUNIDO, F. F., Op. cit., p. 48.

base se le puede imponer una medida tutelar. Sea que, sin pasar a más, en este punto podríamos afirmar que sí existe, dentro de la teoría del delito y, más específicamente, dentro de la teoría de la culpabilidad, un fundamento para la existencia de una serie de sanciones llamadas medidas tutelares y contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. No obstante, consideramos que un razonamiento como el anterior tiene algo (o mucho) de simple, porque deja de lado el verdadero significado de los términos conocimiento y voluntad utilizados en la definición de atribuibilidad. Cuando decimos que la atribuibilidad posee dos elementos que la fundamentan como presupuestos, queremos decir que, para que se pueda hablar de una relación verdadera entre sujeto y acto "suyo", el primero debe poseer, además de una **voluntad de realización del resultado**, un conocimiento, tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad del acto que realiza o, por lo menos, la posibilidad de acceso a ese conocimiento.

Nótese que estamos empleando el término conocimiento en su sentido más amplio, abarcador, en su contenido, de la capacidad de acceso real y el acceso mismo a la conciencia de existencia de una prohibición, y del señalamiento de tal prohibición por una ley penal (conocimiento de la antijuridicidad y de la tipicidad del acto). Es decir, que hablamos de conocimiento, en este caso, cuando un sujeto tiene la posibilidad de acceso a la mecánica del sistema prohibitivo del cual, a su vez, puede en algún momento ser, por tanto, sujeto merecedor de la aplicación del mismo. Por otra parte, estamos de acuerdo con la posición que asume que conocimiento implica, además de toda la posibilidad de acceso al objeto que devendrá "conocido", comprensión de lo que se conoce. Dice al respecto Olesa Mufido (8) que *"Comprender es coordinar los distintos conocimientos de carácter situacional y normativo; comprender es, por tanto, constituir en sistema ser y deber ser. Mediante la comprensión se toma conciencia del concreto significado de la situación y del acto"*.

Como puede observarse, el juicio de simple que le hicimos a la afirmación de que si el menor tiene uso de razón y no presenta anormalidades psíquicas será atribuible, tiene gran fundamento. Considero que la conclusión que se puede extraer de todo el estudio del conocimiento y la voluntad como presupuestos generales de la atribuibilidad y,

en última instancia, de la culpabilidad, es la de que no existe, dentro de la teoría de la culpabilidad, una justificación de fondo para que se pueda considerar al menor de edad psíquicamente "normal" como sujeto activo de un hecho que, en un momento determinado, pueda llegar a tener como consecuencia una "sanción" tutelar, pues considero que es fácilmente rebatible hablar de la existencia de conocimiento y de voluntad en el menor, sin especificar siempre la edad cronológica y la edad mental del mismo. Por lo tanto de la consideración del criterio de atribuibilidad para justificar la aplicación de medidas tutelares no puede ser válida como criterio permanente, hasta tanto no se logre técnicamente la medición de la edad mental. Por otra parte, aunque se tomara en cuenta dicho factor, nótese que habría que tomar muy en cuenta también la existencia de variables socio-económicas. Sin ánimo de desarrollar y discutir el punto en este estado, bastaría, para poner en duda cualquier conclusión contraria a lo dicho la siguiente pregunta: ¿qué tipo de voluntad puede existir en un menor lanzado a la calle por un hogar deshecho o por el hambre?

La influencia de situaciones socio-económicas, familiares, educacionales, para no mencionar sino las que están de moda, es determinante en la consideración del elemento atribuibilidad como presupuesto de la culpabilidad no penal del menor de edad.

Creo que hemos dejado suficientemente cuestionada la posibilidad de que sea la teoría del delito y, concretamente, la teoría de la culpabilidad, la base que de pie a la justificación de la aplicación de medidas tutelares a los menores; resta decir, simplemente, que hay un factor jurídico en la culpabilidad, que es determinante para la existencia de esta: la capacidad penal, que en la legislación costarricense se alcanza a los 17 años. Nótese la importancia de lo anterior si se quisiera decir que el menor de edad puede cometer delitos. Y nótese también la inconsecuencia que existe entre la disposición del artículo 17 del Código Penal vigente y la consideración del delito como estructura jurídica, a la luz de lo que dijimos líneas atrás: si el delito es una acción de la que se predicen tres elementos, al faltar uno de ellos estaríamos ante un hecho que no es posible considerarlo como tal. Si el menor no tiene 17 años, no tiene capacidad penal; sea, es inimputable (por más atribuible que se lo

(8) *Ibidem*, p. 52.

quiera considerar). Como la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, a la estructura del delito le faltará un elemento; en consecuencia, la acción del menor no es, desde el punto de vista formal, un delito, aunque ajuste su conducta a cualquiera de los tipos señalados en las leyes penales vigentes.

III. BUSQUEDA DENTRO DE LA TEORIA DE LA SANCION.

Creemos haber agotado (con resultados negativos) la búsqueda dentro de la teoría del delito de una base jurídica que nos permitiera sustentar la imposición de medidas tutelares a las acciones "delictuosas" (9) de sujetos menores de 17 años. Los resultados obtenidos nos abren, sin embargo, otra alternativa, dentro de un campo que se mueve en coordenadas radicalmente diversas al anterior: la teoría de la sanción. Para problematizar dentro de este campo, en el tema que deseamos, tendremos obligación de un cuidado especial: no hacer teoría de la sanción. Por ello explicitaremos los mínimos supuestos; lo demás debe ser buscado en la amplia discusión doctrinaria existente sobre el tema, ya que nuestra pretensión —como lo hemos dicho al inicio— más que de respuesta es de cuestionamientos. Es así que toda la problemática de normas perfectas e imperfectas, notas de coercibilidad para hacer cumplir imperativos racionales; "entes" nacidos como resultado de la necesidad de convivencia y que devienen bienes jurídicamente tutelados, van a ser temas dejados, adrede, por fuera, sacrificando por el momento una discusión teórica que hemos sostenido en nuestros cursos de Derecho Penal y de Teoría del Delito. Bástenos aquí una visión de lo que podría llamarse las formas de reacción social, es decir, aquellos aspectos que, si analizamos la sanción desde el punto de vista punitivo, estarán conectados de manera directa con una de sus formas de aplicación: el castigo, que viene a ser, dentro de la lógica jurídica occidental, la sanción penal por excelencia.

Aquí reside el problema que nos interesa, y sobre el punto debe hacerse una aclaración que

tiene repercusiones histórico-políticas muy amplias: si se parte desde la visión que del hombre primitivo nos señalan psicólogos y antropólogos (10) y llegamos hasta lo que podríamos llamar la Escuela Clásica del Derecho Penal, nos encontramos una misma manera de velar por el cumplimiento de la normatividad penal: La retribución, expiación, muerte, expulsión de la tribu, ley del talión, composición, lapidación, crucifixión, privación de la libertad y multa, no son sino ejemplos de esa misma manifestación. Se impone, dentro de todas las comunidades una misma línea de política criminal que es la de hacer pagar la falta. En determinado momento histórico (casi homogéneo para la sociedad occidental) tal forma de actuar el castigo por la falta, presenta un problema de corte político con implicaciones sociales tanto más severas cuanto más públicos se hacen los alardes de expiación (11). Surgen dos alternativas de solución, no necesariamente contrapuestas: por una parte el ocultar el último paso de la "fuerza de la justicia" y por otra la alternativa del propio principio de retribución con la luminosa idea de la prevención agregada a la de la curación.

Manifestaciones de la primera alternativa las encontramos en las tendencias de abolición de las penas públicas y a todo lujo. Ahora lo único público es el proceso: la fuerza de la razón, la convicción de la culpabilidad, la mención del monto sancionador; en fin la justicia (sin fuerza bruta). Lo doloroso, lo expiatorio, lo retributivo se oculta, sale de las manos del juez y pasa a otras entidades que, así mismo lo mantiene oculto.

Manifestaciones organizadas de atenuaciones del principio de retribución las encontramos dentro de la corriente positivista, dentro de la Unión Internacional del Derecho Penal, dentro de la Defensa Social de Filippo, Gramática y la Nueva Defensa Social de Marco Ancel, para no citar sino las más utilizadas en nuestro medio. Igual ejemplo de lo que decimos es todo el estudio filosófico-penal acerca del fundamento y del fin de la pena: se encuentran teorías absolutas, teorías relativas, teorías mixtas, para poder hacer indicaciones precisas de por qué se castiga, cuál es la naturaleza de éste, cuál su fundamento. Y de todo ese cuadro ius filo-

(9) Utilizamos a propósito este término, para llevar a sus últimas consecuencias la frase ya utilizada en este trabajo que dispone el art. 2 LOJTM. "sea considerada como delito".

(10) Freud, Totem y Tabú; Frazer la Rana Dorada Malinowski. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Levy Brüllo, La mentalidad primitiva. Guier. Historia del Derecho. Costa Fausto, La pena en la historia y la Filosofía del Derecho, entre otros.

(11) Véase entre otros, Foucault, Michael, Surveiller et Punir. Editions Gallimard, París 1975.

sófico, por una parte, y de pretensiones de dar contenido, con rentabilidad política, al término "político criminal", por otra (con el riesgo de que se nos acuse, si no de simplistas, quizá de simplificadores) podríamos decir que de acuerdo con la posición que se tome respecto al castigo, este se nos va a convertir en represión o en prevención o en curación (o en una combinación de todas o algunas de las anteriores alternativas), simplemente.

Expuesto lo anterior, podemos centrarnos nuevamente en nuestro objetivo. Doctrinariamente se habla de represión cuando se enfoca la sanción desde el punto de vista de la retribución, sea cuando se ve en la pena un mal que se le ocasiona al delincuente como represalia por el daño que él causó a la sociedad con la realización de una acción delictuosa. Se habla de curación y de prevención cuando, al dejar de lado la idea de castigo, se mira al delincuente como sujeto enfermo y susceptible de ser rehabilitado, y por otra parte, se mira a la sociedad y se busca protegerla del estado patológico de uno de sus integrantes, a quien se va a apartar y a tratar de curar.

De esta manera, podríamos distinguir, esquemáticamente y sin detenernos en detalles, entre las penas y las llamadas medidas de carácter preventivo y curativo. Las penas poseen las características asignadas a toda sanción de carácter retributivo; es decir que además de esta última cualificación son también conminatorias y represivas.

Las medidas preventivas y curativas tienen un carácter radicalmente contrario al de las penas, ya que de acuerdo con la mayoría de la doctrina, no deben aplicarse con propósito represivo sino con la doble finalidad de, por un lado, librar a la sociedad del hombre-problema (delincuente) y, por otro, de librar a los sujetos transgresores de tal problema (ser delincuente), ya que estas medidas tienden a prevenir la comisión de delitos o en su caso a reducir, corregir, y o curar. Nótese como, en este caso se parte de supuestos básicos: la noción de delito como morbilidad psico-social y la noción de peligrosidad, altamente operatoria en esta definición, como la propensión de un sujeto a delinquir. Notamos entonces que si se toma como base la segunda noción expuesta y se sigue su razonamiento, se podría llegar a concluir que no se necesitará un estado evidente de culpabilidad para poder llegar a ser merecedor de la aplicación de una de sus medidas que hemos llamado de prevención y curación. Nos bastará con encontrar en un sujeto (mayor o menor de 17 años) un peligro social o un peligro per-

sonal o su combinación, para acudir de inmediato a imponer este tipo de medidas.

Veamos los ejemplos en nuestra legislación positiva:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo primero. . . del Código Penal vigente, se le aplicará una medida de seguridad al sujeto que intente suicidarse. Nótese que este artículo está partiendo de la noción de tentativa (como dispositivo amplificador del tipo penal) de una descripción penal inexistente. Sea se le está imponiendo una medida de seguridad, a un sujeto que no ha delinquido.

Siguiendo lo dispuesto por los artículos 47 y 61 de la LOJTM, aunque el menor no haya ajustado su conducta a lo descrito en la ley penal, puede ser merecedor de una medida tutelar.

Otro ejemplo aun más obvio que los señalados, los encontramos en el Código Penal vigente, en el capítulo que trata sobre las Medidas de Seguridad.

Permítasenos una digresión:

No es gratuitamente que el artículo primero de la LOJTM habla del menor en estado de peligro social, puesto que al hacerlo está siguiendo toda una corriente doctrinaria que marca la pauta de que se puede aplicar una medida de prevención a hechos que no necesariamente sean marcados como tipos penales; es decir está aplicando una corriente teórica definida. Pero, denotando una carencia absoluta de conocimientos teóricos acerca de la noción de peligrosidad y —quizá— en confusión con la aplicación del Principio de Tipicidad, el artículo segundo *ibidem*, sin imaginarnos, previo estudio de sus implicaciones y consecuencias en nuestra realidad socio-jurídica, define peligro social como sinónimo de conducta delictuosa, al decir que se considera en estado de peligro social al menor a quien se le atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, "cuasi-delito" o falta. Con tal tipo de conceptualización legal, además de determinar todo el significado teórico del término peligrosidad social, se cree en el problema de que la única diferencia, en Costa Rica, entre un menor y un mayor de 17 años que ajusten su conducta a la descripción de una ley penal, es que al segundo se le puede aplicar una pena sólo si es culpable, en tanto que al menor de 17 años se le puede aplicar una medida tutelar (que en muchos casos puede ser privativa de su libertad,

como la internación en establecimientos reeducativos) artículo 29; aunque no sea culpable, en el sentido que lo hemos definido en este trabajo. Es decir, que si las medidas tutelares —de acuerdo con la política criminal de un estado— fueran tan represivas como las penas (como lo que sucede en la práctica en Costa Rica con las medidas de seguridad), estaríamos ante la imposición de sanciones (mecanismos para el cumplimiento normativo) ante-delictum y, en cierta medida violando el Principio de Legalidad Criminal.

Observando en detalle los puntos que hemos mencionado y comparándolos con el problema que nos hemos planteado al inicio, encontramos en la Teoría de la Sanción elementos que, a nuestro juicio, pueden ser tomados en cuenta para justificar la aplicación de medidas preventivas y curativas a sujetos que no son, desde el punto de vista formal que menciona la Teoría del Delito, culpables, ya por razón de la edad (sujetos inimputables en la terminología que hemos empleado aquí) ya por efectos de desconocimiento, incomprensión y posibilidad de acceso al conocimiento (sujetos inatribuibles). Los elementos justificativos para la aplicación de tales medidas son el concepto de peligrosidad y el concepto de prevención social y terapia personal. No vamos a discutir aquí la bondad, aplicabilidad o neutralidad políticas de tales conceptos. Nos basta con enunciar su rotunda participación en la existencia de disposiciones existentes en los ordenamientos positivos (disposiciones sobre Medidas de Seguridad en el Código Penal vigente y Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores las medidas tutelares en ésta. Dos ejemplos básicos de la legislación costarricense).

De acuerdo con todo lo dicho en este capítulo, podemos enunciar los puntos fundamentales del concepto de peligrosidad, partiendo de la idea de la violación de la ley penal. Es decir que un sujeto es considerado peligroso cuando muestra una tendencia a la transgresión del ordenamiento penal. Nótese que la amplitud del concepto podría hacernos llegar a concluir en un diagnóstico de peligrosidad para una serie de casos verdaderamente diferentes.

Centrándonos en lo que nos interesa, es con base en este concepto que la LOJTM habla de estado de peligro social; por tanto, lo que interesa en la mencionada ley y nos lo corrobora su artículo 29, es evitar que los menores delincan (paradójicamente, por problemas de comprensión y redac-

ción; se trata de evitar que los menores delincan cuando de acuerdo con la definición del artículo segundo ibídem, ya han delinquido) y se conviertan en mayores delincuentes.

En cuanto la prevención social y terapia personal, diremos que son conceptos, aunados que van íntimamente ligados al de peligrosidad. A nuestro juicio son la otra cara de ese.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Tal y como lo advertimos, hemos seguido un camino de preguntas y problematizaciones para hurgar acerca de la base teórica que acompaña la aplicación de medidas que, como las señaladas por el artículo 29 de la LOJTM, logran que por medio de mecanismos judiciales, el Estado amoneste, prive de la libertad, coloque en hogares determinados o busque trabajo adecuado a aquellos menores de 17 años que observen conductas que, decididas por sujetos adultos, se llamarían delitos.

Nótese que, sin expresarlo, hemos partido de una premisa básica para fundamentar nuestro desarrollo, en la segunda parte. Hemos partido de un concepto amplio de sanción el cual involucra no solamente las imposiciones estatales tendientes a hacer que el sujeto expie la falta cometida al actuar contra el orden jurídico establecido, sino que hemos considerado que también es sanción cualquier actividad que tienda a lograr la no transgresión de la imposición normativa. En este sentido podrá ser sanción la curación, la prevención, la tutela impuesta a personas que presenten una conducta con tendencias a la delincuencia.

Claramente debe colegirse de nuestro planteamiento que nos hemos basado en el hecho (obviando así teorías contrarias) de considerar las medidas tutelares que señala la mencionada LOJTM, como sanciones, en este sentido amplio. Igualmente se coligirá que hemos entendido que sí existe en esta teoría —de la sanción— un fundamento jurídico para la aplicación de las medidas Tutelares a los menores de 17 años.

Quedaríamos satisfechos si nuestras preguntas y consideraciones abren camino para una reforma a la LOJTM en la que, entre otras cosas, no se vuelva a una definición (?) circular de peligro social, pues en última instancia, peligro social no sólo es haber delinquido, sino un término más preciso y del cual hablaremos en otra oportunidad.