

LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ITALIA

JUVENILE CRIMINAL JUSTICE IN ITALY

ROBERTO BARTOLI¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS MODELOS DE JUSTICIA PENAL DE MENORES. III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL DE MENORES ITALIANO. IV. EL SISTEMA PENAL DE MENORES ACTUAL. V. VALORACIONES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES Y EN PERSPECTIVA DE REFORMA.

Summary: I. INTRODUCTION. II. MODELS OF JUVENILE CRIMINAL JUSTICE. III. THE DEVELOPMENT OF THE ITALIAN JUVENILE CRIMINAL SYSTEM. IV. THE EXISTING JUVENILE CRIMINAL SYSTEM. V. CONSIDERATIONS BY THE LIGHT OF INTERNATIONAL PRINCIPLES AND IN A REFORMING PERSPECTIVE.

I. INTRODUCCIÓN

Mi trabajo se estructura en cuatro partes. La primera parte estará dedicada a la individualización de los posibles modelos de justicia penal de menores. De forma más precisa, serán delineadas tres grandes opciones de fondo que reflejan visiones, valores, culturas, antropologías muy diversas entre sí en relación al modo de concebir al menor que ejecuta comportamientos constitutivos de delito (o desviados) y en orden a las consecuencias sancionadoras a las cuales el menor debe enfrentarse.

En la segunda parte procederé a la descripción de la evolución del sistema penal de menores italiano desde 1930 hasta la fundamental reforma de 1988, verificando cada vez el modelo adoptado en las diversas perspectivas del derecho vigente y de derecho *viviente*².

¹ Profesor Titular de Derecho Penal, Departamento de Derecho Comparado y Penal de la Universidad de Florencia (Italia). Este trabajo ha sido traducido del italiano por María José Cruz Blanca, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Jaén.

² Nota de la traductora: el término utilizado por el autor de "Diritto vivente" se ha traducido como "Derecho viviente". En el Derecho italiano el concepto de "Derecho viviente" es diferente a aquél de "Derecho vigente". Este último viene constituido por aquellas normas que son aplicables en un momento determinado, en definitiva, el Derecho positivo. Por "Diritto vivente" se entiende aquellas normas que no encuentran un fundamento legal, pero que en razón a la sensibilidad social y jurisprudencia, han encontrado aplicación. Se trata de ciertos principios aplicables a la vida de los ciudadanos pero privados de fundamento normativo, que se transforman en Derecho vigente porque continuamente son reconocidos por los jueces o sucesivamente codificados. En Italia esto ha sucedido por ejemplo con el daño biológico, no codificado por ninguna ley, pero reconocido por la jurisprudencia como necesidad de tutela del ciudadano, que lo ha transformado en un derecho aplicado y en consecuencia vigente. Otros, sin

La tercera parte estará dedicada a la descripción del actual sistema penal de menores italiano a través del examen de sus trazos más significativos.

Finalmente, la última parte de mi trabajo estará dedicada a algunas consideraciones valorativas y en perspectiva de reforma.

II. LOS MODELOS DE JUSTICIA PENAL DE MENORES

Come se ha señalado, en extrema síntesis, se pueden individualizar tres modelos distintos de justicia penal de menores³. En primer lugar se encuentra el modelo que definiré auténticamente punitivo, sustancialmente análogo a aquél de los adultos. En el extremo opuesto, se encuentra el modelo educativo, totalmente centrado en la específica personalidad del menor, orientado, más que a la reeducación del menor, a la educación de éste, es decir, a la formación de su personalidad, y por tanto muy diverso del modelo de adultos. Finalmente, existe un modelo que se encuentra –por así decirlo- a mitad de camino entre los dos precedentes, que podríamos definir reeducativo-punitivo o responsabilizador: si, de un lado, el citado modelo valora algunas características particulares de los menores y en consecuencia, como veremos, dirigido hacia la prevención especial (hacia la reeducación, más que a la educación), de otro lado, no obstante, permanece como modelo punitivo, que busca como posible éxito final un tratamiento sancionatorio sustancialmente idéntico a aquél de los adultos.

1. El modelo punitivo

En el modelo punitivo la tendencia camina hacia dar una respuesta sancionadora cualitativamente idéntica a aquélla del adulto, aunque cuantitativamente atenuada.

Las características de este modelo, que es tanto como decir los perfiles de la disciplina coherentes con este modelo, pueden ser así sintetizadas:

a) el menor viene concebido como un sujeto que sustancialmente tiene una personalidad formada: de un lado, ha alcanzado un pleno equilibrio psicofísico; de otro lado, está en grado de percibir plenamente el mensaje motivacional de la ley penal;

b) consecuentemente, el menor es susceptible de responsabilidad, en el sentido de que al hecho cometido puede corresponder una auténtica pena encaminada a retribuir el mal cometido y a reeducar hacia los valores desconocidos mediante la comisión del delito; además, la pena, propiamente porque tiene como destinatarios también a los

embargo, entienden por "Diritto vivente" la interpretación que los jueces ofrecen de una norma codificada según los valores de una cierta comunidad.

³ Se expresa en tal sentido S. LARIZZA, *Considerazioni de lege ferenda*, in A. PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2004, pp. 456 y ss.; ID., *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005, pp. 488 y ss. A los fines de la elaboración de un modelo de justicia penal del menor, ofrece una notable contribución la valoración comparada de S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori, cit.*, pp. 317 y ss.; además las contribuciones relativas a los sistemas penales de menores de quince países europeos publicados en G. GIOSTRA (a cura di), *European juvenile justice systems*, Milano, 2007.

menores, desarrolla con mayor eficacia una función de prevención general también hacia los mismos adultos;

c) la respuesta sancionadora es, como se ha señalado, cualitativamente idéntica a aquella del adulto, aunque viene cuantitativamente reducida, en cuanto atenuada resulta ser la culpabilidad y la exigencia educativa. La culpabilidad es reducida porque se considera al menor como sujeto capaz de comprender el desvalor del hecho y de motivarse conforme a las normas; las exigencias de reeducación son menos pesantes, porque se trata de una personalidad más susceptible de ser condicionada por eventuales tratamientos;

d) el hecho constitutivo de delito y su gravedad son los pilares en torno a los cuales rota el sistema, al tiempo que se tiende a no atribuir particular relevancia a las características especiales de la personalidad del menor;

e) se tiende a negar una especialización del órgano judicial, así como a negar el ingreso de saberes extrajurídicos;

f) en lo general, el sistema se manifiesta rígido y obligatorio: rígido significa privado de flexibilidad: la respuesta es una y una sola; obligatorio significa privado de discrecionalidad: la respuesta está predeterminada;

g) finalmente, se trata de un sistema judicializado: debiendo el proceso culminar en la verificación de la responsabilidad, rodeado de las mismas garantías que se aplican a cualquier imputado.

2. El modelo educativo

En las antípodas respecto al modelo punitivo brevemente expuesto, se encuentra el modelo educativo. La idea de fondo es que el menor tiene una personalidad estructuralmente diversa respecto al adulto, a la cual no se puede atribuir una auténtica responsabilidad. Se trata en efecto de una personalidad en proceso de formación. Existen estudios que demuestran que la dinámica de la desviación comportamental del menor sigue trayectorias del todo peculiares⁴: la misma realización de comportamientos desviados puede pertenecer a la formación de su personalidad, marcando el momento de separación de los modelos comportamentales “impuestos” por los adultos y por los padres y en consecuencia marcando una toma de conciencia de sí mismos.

En relación con este modelo se pueden distinguir dos variantes diversas, esto es, la variante judicializada y aquella preventivo-desjudicializada. En particular, características fundamentales de este modelo, comunes a las dos variantes son:

a) el menor viene concebido como un sujeto privado de una personalidad formada, ya sea porque no ha logrado un pleno equilibrio, ya sea porque no se encuentra en grado de percibir plenamente en mensaje motivacional de la ley penal;

b) Se saltan las categorías de la responsabilidad y de la misma reeducación, mientras entra en juego el concepto de educación: propiamente porque la personalidad está en vía de formación, el menor no tiene todavía interiorizado la perspectiva

⁴ F. OCCHIOGROSSO, “La ‘nuova’ devianza minorile”, *Minorigiustizia*, 2007, pp. 7 y ss.; F.R. ARCIULI, *Le nuove forme di devianza*, Torino, 2008; G. LOSAPPIO (a cura di), *Minori devianza e giustizia penale*, Bari, 2010; C.A. RIPAMONTI, *La devianza in adolescenza: prevenzione e intervento*, Bologna, 2011.

valorativa-relacional que está en la base de las dinámicas de la convivencia social y del mecanismo preceptivo- punitivo;

c) la respuesta sancionadora es cualitativamente distinta de aquélla del adulto. La sanción pierde las características de la afflictividad y asume contenidos capaces de incidir en términos formativos sobre la personalidad del menor;

d) se coloca en el centro la personalidad del menor, con sus exigencias educativas, sus necesidades formativas. Sobre ello se pregunta de qué cosa tiene necesidad; se interroga sobre las causas de fondo de la comisión del hecho. La gravedad del hecho (en concreto o en abstracto) pasa a un segundo plano;

e) la especialización es auténticamente necesaria, porque es indispensable para el funcionamiento del sistema. Se trata de una especialización jurisdiccional (con no pocos problemas en relación a las garantías), procesal (órganos judiciales especiales) y cognoscitiva, estando el sistema abierto a la intervención de saberes extrapenales;

f) en general el sistema se manifiesta flexible y discrecional: flexible significa que la respuesta sancionadora debe adecuarse a la personalidad del sujeto; discrecional significa que viene atribuido un amplio poder al juez.

Como se ha señalado, más allá de estas características comunes, se pueden distinguir dos variantes, según la mayor o menor formalización del sistema.

De un lado se encuentra una variante sancionadora-educativa, cuyas características pueden ser así sintetizadas:

a) en la base está un hecho constitutivo de delito idéntico a aquél de los adultos;

b) se prevé un proceso formal bien definido y caracterizado por las garantías y la imparcialidad

c) sobre todo se configura un sistema sancionador netamente diferenciado del sistema de adultos, donde se prevén sanciones peculiares y la privación de libertad es la *extrema ratio* a cumplir como modalidad no afflictiva: respuestas procesales (por ej. el archivo condicional); medidas educativas consistentes en prescripciones para colmar déficits educativos (por ej. permanencia en un lugar; habitar con la familia, realizar prestaciones laborales, esforzarse para alcanzar un acuerdo con la víctima, participar en un curso de recuperación social, abstenerse de frecuentar ciertas compañías); medidas disciplinarias basadas en el concepto de responsabilidad y encaminadas a hacer comprender que de los ilícitos se debe responder (por ej. amonestación, imposición de obligaciones como reparar el daño y excusarse con la víctima); medidas de corrección (por ej. arresto de fin de semana, arresto breve); pena detentativa para los menores diferente de la pena detentativa carcelaria.

De otro lado existe una variante preventivo-educativa:

a) en la base están no sólo comportamientos constitutivos de delito, sino también, comportamientos desviados. Lo que asume relevancia no es el hecho en cuanto tal, sino la eventual desadaptación de la cual el hecho es la expresión;

b) ausencia de un procedimiento formalizado cuyo éxito desemboca en un pronunciamiento judicial;

c) se tiende a solicitar el reconocimiento del hecho y se configura una amplia ventaja de respuestas cuyo contenido puede ser discrecionalmente determinado.

3. El modelo reeducativo-punitivo o de responsabilidad

La idea que está en la base de este modelo es que la personalidad del menor tiene características peculiares, aunque no tales como para determinar un sistema diferenciado. Al menor se le debe ofrecer la posibilidad de un camino formativo, pero si este camino falla, el menor debe asumir su propia responsabilidad mediante la punición. No sólo, aunque la misma amenaza de la posibilidad de punición en caso de fallar el recorrido, condiciona el mismo camino formativo, presuponiendo una personalidad susceptible de elecciones responsables.

Las consecuencias de este modelo pueden ser así sintetizadas:

- a) el menor tiene una personalidad en parte formada;
- b) consecuentemente, el menor debe ser sometido a la prueba en atención a su capacidad para asumir la propia responsabilidad;
- c) el sistema acaba por ser dividido en dos partes: de un lado, se encuentra la tentativa de un tratamiento en términos de *diversion* y prevención especial. En esta parte el sistema asume las características del modelo educativo; de otro lado, allí donde no se pueda realizar la *diversion* o ésta falla, entra en juego un sistema sancionador tendencialmente idéntico a aquél para los adultos. En esta parte el sistema asume las características del modelo punitivo.

III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PENAL DE MENORES ITALIANO

Tal evolución está marcada por tres etapas fundamentales: el Código de 1930; la reforma de 1934; y el sistema previsto hasta la reforma de 1988.

1. El Código de 1930

El Código de 1930 delinea un sistema penal de menores decididamente punitivo⁵. Las disposiciones específicamente dedicadas a los menores pueden ser diferenciadas en dos categorías: aquéllas que reservan auténticamente un tratamiento diferenciado y aquéllas que se limitan a una atenuación del rigor sancionador. En orden a las primeras, se debe recordar: la disciplina de la imputabilidad, donde viene elevado a catorce años el umbral por debajo de la cual subsiste una presunción absoluta de incapacidad de entender y de querer; la introducción de la medida de seguridad del reformatorio judicial; y la previsión del perdón judicial, respecto al cual se prevén límites de pena restrictivos (pena *en abstracto* no superior a dos años de reclusión) como para hacerlo sustancialmente inaplicable.

⁵ V. E. PALERMO FABRIS, *Evoluzione storica e recenti tendenze del sistema penale minorile*, en E. PALERMO FABRIS y A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, en P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 8 y ss.; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, tomo I, en C.F. GROSSO, T. PADOVANI y A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009, pp. 305 y ss.

En orden a las segundas, están previstos márgenes más amplios de aplicación de la suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, así como circunstancias que imponen disminuciones de pena conectadas a la edad.

Todavía hoy se tiende a afirmar que el Código Rocco puso las premisas para un verdadero y propio sistema penal de menores. En realidad, lo que el Código Rocco reserva a los menores es sólo un puñado de disposiciones específicas que derogan en parte la disciplina general, teniendo como efecto final el equiparar, casi en todo, el menor al adulto.

2. La Ley de Menores de 1934

El verdadero nacimiento de un sistema penal de menores se comienza a apreciar con la reforma de 1934⁶, que configura tal sistema en dos partes: aquella punitiva del código, apenas delineada, y aquella educativa, basada en medidas administrativas. De otra parte, como se verá, en la praxis la disciplina administrativa, que habría debido constituir la novedad capaz de atribuir especialidad al sistema, acabará por configurarse en términos punitivo-neutralizantes.

Y en efecto, sobre el plano del derecho vigente, el R.D.L. 20 julio 1934, n. 1404, utilizando las palabras de un notable comentarista del tiempo, «puede bien afirmarse el triunfo del principio de individualización de la justicia penal referida a los menores»⁷. Estos contenidos principales de la reforma de 1934: institución del Tribunal de los menores, órgano específico dedicado a conocer los hechos cometidos por menores; posibilidad de efectuar especiales investigaciones dirigidas a buscar los precedentes personales y familiares del imputado; extensión del ámbito aplicativo del perdón judicial, a través de la previsión de que el límite máximo de la pena no sea superior a dos años de reclusión se refiere a la pena en concreto impuesta por el juez; posibilidad de aplicar en cualquier momento en sede ejecutiva la libertad condicional; pero sobre todo se han introducido las c.d. medidas administrativas entre las cuales asume importancia fundamental la colocación en casa de reeducación al menor de dieciocho años que “por costumbres contraídas dé manifiestas pruebas de desviación y aparezcan necesidades de corrección moral”.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho *viviente*, las medidas administrativas acaban por asumir connotaciones sustancialmente idénticas al sistema punitivo. En efecto, pudiendo el Tribunal de menores intervenir preventivamente en los asuntos de los menores ordenando mediante decreto motivado incuestionablemente el internamiento en la casa de reeducación, y considerando que en la práctica tales casos se

⁶ V. E. PALERMO FABRIS, *La prevenzione ante delictum e le c.d. misure di rieducazione previste nel R.D.L. n. 1404/1934*, en E. PALERMO FABRIS y A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, cit., pp. 67 y ss.

⁷ G. NOVELLI, *Relazione all'XI Congresso penale e penitenziario*, Berlino, agosto, 1935, *Riv. dir. penit.*, 1935, II, pp. 1175 y ss.

presentaban como cárceles, el declarado fin reeducativo sustituye a aquél que perseguía el control de los menores y su sustancial neutralización⁸. Para dar una idea del sistema, en 1940, sobre 126 instituciones de menores, 16 eran reformatorios judiciales destinados a la medida de seguridad; 8 casas penales; y 102 las casas de reeducación.

3. El sistema penal de menores a la entrada en vigor de la Constitución hasta la reforma de 1988

Desde 1948 hasta 1988 el sistema penal de menores sigue compuesto de dos partes sustancialmente paralelas: aquella penal y aquella administrativa.

Por lo que respecta a la parte administrativa, con la entrada en vigor de la Constitución y la afirmación de los derechos de la personalidad del menor (arts. 30 y 31 Const.), se exige un radical replanteamiento, a fin de eliminar aquellas distorsiones preexistentes de naturaleza punitiva. No obstante, una vez más, se debe registrar una desproporción entre la dimensión abstracta y aquella concreta, en tanto que los resultados efectivos que se obtengan resulten bastante diversos de aquéllos perseguidos.

Eso vale en primer lugar para la reforma de 1956⁹, cuyos trazos sobre el plano de derecho vigente son: reforma de la medida administrativa de las casas de reeducación: la fórmula de la “necesidad de corrección moral” viene sustituida por aquella de “prueba manifiesta de irregularidad de la conducta y del carácter”; previsiones de la entrega de custodia a los servicios sociales; y potenciación de las estructuras sociales de asistencia. De otra parte, sobre el plano del derecho vigente, la lógica que sostiene el cambio no es tal como para determinar significativas modificaciones, ya que continúa siendo el macizo recurso a la casa de reeducación, que, manteniendo las características de institución cerrada, está destinada prevalentemente al control de los menores de las clases más desventajadas.

También la novella de 1977 tiende a reformar las medidas administrativas¹⁰, pero el resultado que alcanza puede ser considerado de auténtico desencajamiento del sistema que más que educativo (pero en realidad punitivo) deviene meramente asistencial. Y en efecto, sobre el plano del derecho vigente, el D.P.R. 24 julio 1977, n. 616 instituye los servicios socio-asistenciales de los entes locales atribuyendo a ellos la competencia para la ejecución de los pronunciamientos civiles y administrativos del Tribunal para los menores. De ello se deriva que al Estado le son reservadas las intervenciones en el ámbito penal, mientras a los entes locales las intervenciones extrapenales. Sobre el plano del derecho *vigente*, ello determina una verdadera contorsión de la estructura administrativa, la cual asume las connotaciones de verdadero y propio sistema meramente asistencial¹¹. Esto determina sustancialmente la disolución de la distinción entre intervenciones dirigidas a la mera asistencia e intervenciones

⁸ E. PALERMO FABRIS, *Evoluzione storica e recenti tendenze*, cit., p. 18.

⁹ S. LARIZZA, *Evoluzione del diritto penale minorile*, en E. PALERMO FABRIS y A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, cit., pp. 189 y ss.

¹⁰ S. LARIZZA, *Evoluzione del diritto penale minorile*, cit., pp. 192 y ss.

¹¹ E. PALERMO FABRIS, *Evoluzione storica e recenti tendenze*, cit., p. 24.

dirigidas a la recuperación de los menores en riesgo a través de medidas para-penales. Con la ulterior consecuencia de un progresivo abandono de las medidas administrativas y vacío de tutela para los menores con conducta marcadamente desviada, y su entrega sólo a la sucesiva intervención penal.

Respecto al sistema penal, hasta la reforma de 1988 se oscila entre pronunciamientos clemenciales y rigurosas respuestas sancionadoras. En particular, bajo el primer perfil, se tiende a aplicar en modo automático el perdón judicial por hechos de escasa entidad en los casos del delincuente primario o se utiliza la inmadurez como instrumento para evitar la intervención penal. Frente a la inercia del legislador y a su incapacidad para delinear un sistema diferenciado, la praxis aplicativa termina por torcer algunas instituciones a fin de realizar un sistema concreto en el cual la carcelación represente la *extrema ratio*. Bajo el segundo perfil, no faltan orientaciones jurisprudenciales que, respondiendo sobre todo a razones de prevención general, no dudan en aplicar a los menores un tratamiento sancionador casi idéntico a aquél de los adultos.

Las únicas modificaciones al sistema penal en sentido estricto provienen de la jurisprudencia de la Corte constitucional que a final de la mitad de los años Sesenta inicia su obra de adecuación del orden normativo fascista a los principios de la Constitución en particular al principio de reeducación de la pena al art. 27.3 Const.¹². No obstante se trata sobre todo de sentencias que hacen referencia a aspectos procesales. Así, por ejemplo, la Corte constitucional reconoce la legitimidad de la previsión de la instrucción sumarial por los delitos de competencia de los Tribunales de menores, en cuanto tal tipo de instrucción responde a la finalidad de recuperación y resocialización (Corte const., sentencia n. 25/1964). Contra los riesgos de estigmatización procesal, se reconoce constitucionalmente conforme la derogación de la publicidad del juicio (Corte const., sentencia n. 25/1965 y n. 16/1981).

IV. EL SISTEMA PENAL DE MENORES VIGENTE

Como ya se ha señalado, en 1988 se introdujo una reforma fundamental relativa al proceso penal de menores, reforma destinada a transformar en modo bastante consistente no sólo la parte penal del sistema, sino también aquella administrativa.

En efecto, para encuadrar correcta y completamente el sistema penal de menores vigente derivado de la reforma de 1988, es preciso distinguir, para apuntar ya a nivel sistemático, los planos de derecho vigente y de aquél *vigente*. Bajo el primer perfil, se debe observar que el sistema estaría aun compuesto por una parte penalista, constituida

¹² Para una panorámica relativo a la jurisprudencia constitucional sobre la justicia penal de los menores cfr. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., pp. 331 y ss.; S. LARIZZA, *Il contributo della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema di giustizia minorile*, en E. PALERMO FABRIS y A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, cit., pp. 195 y ss.; ID., *L'evoluzione costituzionalmente orientata del diritto penale minorile*, en *Persone e sanzioni*, en M. RONCO (directo da), *Commentario al Codice penale*, vol. III, Bologna, 2006, pp. 123 y ss.; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., pp. 331 y ss.

por la combinación del sistema penal de adultos con la reforma de 1988, y de la parte administrativa que nunca ha sido derogada expresamente. No obstante, bajo el perfil del derecho *vivente*, hoy el sistema está constituido sólo por la parte penal, mientras la parte administrativa, estando todavía vigente¹³, no encuentra sustancialmente aplicación. Y la razón de esta suerte de “desuso” de las medidas preventivas se encuentra en el hecho de que la reforma de 1988 ha introducido instrumentos, el primero de todos la puesta a prueba, capaces de apagar aquellas exigencias educativo-preventivas anteriormente satisfechas por los instrumentos administrativos.

Hoy, por tanto, se puede decir que la disciplina real del sistema penal de menores coincide con aquella estrictamente penal y que tal disciplina se inspira en el tercer modelo que habíamos definido como responsabilizador, en el cual lo educativo y punitivo no son dos dimensiones paralelas, sino que se encuentran en una relación de subsidiariedad.

En efecto, si, de un lado, tal sistema se cierra con la posibilidad de una punición sustancialmente idéntica a aquella de los adultos, de otro lado, no obstante, son institutos contenidos en la disciplina procesal, pero teniendo validez indudablemente sustancial, para evitar la punición a través de caminos educativos. Dicho de otro modo, el sistema actual se caracteriza por una diversificación del tratamiento sancionador mediante instrumentos de *diversion* en vía meramente eventual, con la consecuencia de que si tal eventualidad no se concreta, o se considera que el menor no lo merece, o que el menor falla, no habrá diversificación alguna, sino un tratamiento sustancialmente idéntico a aquél de los adultos.

1. Los principios inspiradores de la disciplina procesal

Antes de afrontar el examen detallado de tal sistema, es necesario realizar algunas consideraciones preliminares sobre los principios del nuevo proceso penal de menores previsto en el D.P.R. 22 septiembre 1988, n. 448¹⁴.

Antes de nada, sobre la base del principio de subsidiariedad, las disposiciones del proceso ordinario son de aplicación en la medida que no ha sido de otro modo establecidas (art. 1.1). En segundo lugar, aun cuando aquellas disposiciones encuentran aplicación, sobre la base del principio de adecuación vienen aplicadas en modo adecuado a la personalidad y a las exigencias educativas del menor (art. 1.1). La normativa del proceso de menores debe por tanto conformarse según la peculiaridad del caso concreto, tallándose sobre las características del concreto menor implicado. Desde esta perspectiva se prevé el deber de información del significado de la actividad procesal que se desarrolla en su presencia y de las decisiones adoptadas ya sea respecto a su contenido ya sea en lo relativo a las razones ético-sociales (art. 1.2). Además, el art. 9 impone al juez el conocimiento de la personalidad del menor a fin de concretar tales

¹³ V. E. PALERMO FABRIS, *La prevenzione ante delictum*, cit., pp. 78 y ss.

¹⁴ V. Por todos G. GIOSTRA, *Commento art. 1*, en G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile, Commento al D.P.R. 448/1988*, 3ª ed., Milano, 2009, pp. 3 y ss.; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., pp. 309 y ss.

decisiones. Y las medias cautelares no pueden ser aplicadas si por su tipología y modalidad pueden interrumpir los procesos educativos en curso (art. 19. 2). En fin, en el principio de adecuación se inspiran aquellas normas que imponen la presencia del imputado (art. 31.1), garantizando el derecho del menor de ser asistido en todas las fases del proceso, no sólo por un defensor especializado, sino también por los padres y por los servicios sociales (art. 12).

Así es interesante observar como para una parte de la doctrina, la intervención de instancias educativas tendentes a derogar las reglas procesales pueda portar una peligrosa caída de las garantías y tutela del imputado¹⁵. De otra parte, no se puede dejar de observar como tal flexibilización es indispensable para una tutela del camino educativo y formativo del menor.

En tercer lugar, está vigente el principio de la mínima ofensividad del proceso. En particular, viene garantizada la más rápida salida del proceso penal, ya que la misma celebración completa puede tener efectos negativos sobre la personalidad aun en formación. A la satisfacción de estas exigencias, como veremos, resulta funcional sobre todo la institución de la irrelevancia del hecho.

En fin, al objeto de tutelar al menor de los riesgos de estigmatización con consecuencias negativas sobre la formación de la personalidad, no se admite la constitución de la parte civil para el resarcimiento del daño (art. 10), ni la publicidad del debate (art. 33). Todas estas elecciones han encontrado posteriormente confirmación por la Corte constitucional, que las ha considerado constitucionalmente legítimas (respectivamente n. 433/1997; n. 16 y 17/1981). Además, está vigente la prohibición de publicación y divulgación de noticias idóneas para identificar al menor (art. 13), asimismo la obligación de adoptar las necesarias cautelas para proteger al menor de la publicidad y de inútiles sufrimientos y molestias en la ejecución de pronunciamientos restrictivos de su libertad personal por parte de la policía judicial (art. 20 *disp. att. c.p.p.m.*).

2. El derecho penal de los adultos aplicable a los menores

Respecto al sistema sustantivo, partiendo de aquello que podríamos definir como su finalidad, las penas previstas en relación a los hechos constitutivos de delito cometidos por menores son las mismas previstas para los adultos: reclusión, arresto, multa, amonestación y, como sustitutivas de las penas detentativas breves, la semidetención y la libertad controlada.

Además, como otras veces se ha señalado, encuentra aplicación el perdón judicial y una particular disciplina de la suspensión condicional de la pena.

¹⁵ G. GIOSTRA, *Commento art. 1, cit.*, pp. 13 y ss.

En fin, por lo que respecta a la ejecución de la pena, ésta tendencialmente no conoce particulares diferencias con la ejecución de los adultos¹⁶.

Sobre esta disciplina ha tenido un papel fundamental la jurisprudencia de la Corte constitucional, que, sobre todo después de la reforma de 1988, ha desarrollado una función fundamental en la afirmación de los principios de *extrema ratio* de la pena detentativa y del tratamiento diferenciado.

En particular, respecto al principio de la *extrema ratio*, la Corte constitucional ha declarado constitucionalmente ilegítima la disciplina que, sin tomar en consideración las particulares condiciones del menor, prescribía un rígido automatismo entre la subsistencia de la condición subjetiva obstativa y la prohibición de aplicación de la sanción sustitutiva, introduciendo así un régimen en contraste con la función reeducativa reconocida a las sanciones sustitutivas de la pena detentativa breve y consecuentemente con el principio de *extrema ratio* de la pena (Corte const., sentencia n. 16/1998).

Con referencia al tratamiento diferenciado, la Corte constitucional ha intervenido además sobre la disciplina de las tipologías sancionadoras. Así, por lo que respecta a la cadena perpetua, antes de la inercia del legislador, la Corte constitucional había declarado constitucionalmente ilegítima su disciplina en la parte que no excluye su aplicación al menor imputable: «del art. 31 Const., que prevé una especial protección a la infancia y a la juventud y favorece las instituciones necesarias a tal fin, deriva la incompatibilidad de la previsión de la cadena perpetua para los menores de dieciocho años, porque aúna, en tal instituto de indudable gravedad, en el mismo contexto punitivo todos los sujetos, sin tener en consideración las particulares condiciones de los menores » (Corte const., sentencia n. 168/2004). Además, la Corte constitucional ha declarado constitucionalmente ilegítima la disciplina del hospital psiquiátrico judicial prevista por el art. 222 c.p., en la medida que no permite un tratamiento diferenciado entre adultos y menores (Corte const., sentencia n. 324/1998).

La Corte constitucional ha intervenido en varias ocasiones también sobre la disciplina de la ejecución de la pena. En particular, el art. 79 de la ley sobre el ordenamiento penitenciario extiende indiscriminadamente a los menores las disposiciones aplicables para los adultos, con absoluta parificación entre adultos y menores. De aquí la actividad de la Corte constitucional declarando la inconstitucionalidad de numerosas normas que, basándose en un rígido automatismo, rinde incompatible la disciplina con la primera exigencia de reeducación del menor. Entre las numerosas sentencias, merece ser recordada en particular aquélla que ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 30-ter, párrafo 4, letra c), según el cual la concesión de permisos-premio a los condenados por los graves delitos cometidos, en el art. 4-bis de la misma ley penitenciaria es posible sólo después del cumplimiento de

¹⁶ Para un cuadro que recoge de los problemas del sistema de ejecución, véase M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010; para un cuadro sintético, P. COMUCCI, "L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma", *Cassazione penale*, 2007, pp. 4737 y ss.

la mitad de la pena y, en cualquier caso, con un máximo de diez años: tal disciplina haría imposible «aquellas valoraciones flexibles e individualizantes [...] que son necesarias para que la ejecución de la pena sea conforme a las exigencias constitucionales de protección de la personalidad del menor » (Corte const., sentencia n. 450/1998).

3. El derecho penal “auténticamente” de menores

Las instituciones auténticamente de menores son dos: la irrelevancia del hecho (art. 27) y la suspensión del proceso con puesta a la prueba (art. 28).

En particular, por lo que respecta a la irrelevancia del hecho, su finalidad es discutida, ya que según algunos está dirigida sobre todo a realizar una rápida salida del menor del proceso, mientras para otros persigue finalidad de responsabilización¹⁷. Presupuestos para su aplicación son: la particular levedad del hecho; la ocasionalidad del comportamiento; la circunstancia que el ulterior curso del procedimiento pueda perjudicar las exigencias educativas del menor. El presupuesto de la particular levedad del hecho se funda sobre una valoración en concreto, enteramente dejada a la amplia discrecionalidad del juez. El hecho debe ser típico, antijurídico y culpable (mejor sería hablar de delito) y la responsabilidad debe ser verificada, no obstante su desvalor global debe resultar particularmente tenue. El requisito de la ocasionalidad del comportamiento viene interpretado en dos modos diversos: por algunos en sentido cronológico como episodio del todo aislado; por otros en sentido psicológico, como expresión de circunstancias del todo particulares referidas al momento de la comisión. Decisiva para la finalidad de este instituto es la interpretación de las exigencias educativas: para algunos contribuye a delinear una personalidad el menor extraña a la lógica punitiva, que la misma continuación del proceso podría dañar, orientando así la irrelevancia hacia una función de rápida salida del proceso; otros, por el contrario, lo interpretan en clave responsabilizadora, ya que la irrelevancia no puede ser declarada cuando la continuación del proceso podría desarrollar una función educativa.

La suspensión de proceso con puesta a la prueba se considera por el contrario pacíficamente orientada a la reeducación-responsabilización del menor y se puede considerar el corazón del sistema¹⁸.

¹⁷ Sobre ello, entre la literatura más reciente, cfr. S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, cit., pp. 205 y ss.; ID., *L'irrelevanza del fatto*, en E. PALERMO FABRIS y A. PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, cit., pp. 251 y ss.; C. CESARI, *Le clause di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pp. 113 y ss.; ID., *Commento art. 27*, en G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., pp. 293 y ss.; A. PULVIRENTI, *L'irrelevanza del fatto nella giustizia penale minorile*, en S. CIMAMONTI, G. DI MARINO e E. ZAPPALÀ' (a cura di), *Où va la justice pénale des mineurs?*, Torino, 2010, pp. 231 y ss.; además, séame consentida la referencia a R. BARTOLI, “L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. ‘verticale’ del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 1491 y ss.

¹⁸ Siempre entre la literatura más reciente cfr. E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Milano, 2003; S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, cit., pp. 243 y ss.; M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Padova, 2010. Para una reflexión sobre la puesta a prueba que atraviesa los confines del derecho penal de menores véase S. CIAMPI, “Sospensione del processo con

En particular, la prueba es independiente a la gravedad abstracta o concreta del delito, atribuyéndose así una amplia discrecionalidad judicial. La misma Corte constitucional ha reconocido la plena legitimidad de este instituto también en relación con los casos más graves, en cuanto «la gravedad del delito no sería suficiente para excluir en el menor una excepción en el no más repetible momento anómalo de desarrollo de su personalidad» (Corte const., sentencia n. 412/1990).

Requisito subjetivo es, una prognosis positiva en orden a la reeducación del menor y a la evolución de su personalidad hacia modelos socialmente adecuados.

La prueba tiene contenidos que consisten en prescripciones fruto del acuerdo entre el menor y el Tribunal y debe ser desarrollada con el auxilio de los servicios sociales. Es en extremo interesante que las prescripciones hayan representado el paso para acceder a los mecanismos de mediación y conciliación también en el proceso penal de menores italiano¹⁹.

La ley prevé sólo un techo máximo de duración (hasta tres años para delitos castigados con la pena de cadena perpetua o con la reclusión no inferior en el máximo a doce años; hasta un año en el resto de los casos), en relación con los cuales el juez opera con gran discrecionalidad.

En fin, el éxito de la prueba es fruto de una valoración por parte del juez, por lo cual, si es valorada positivamente, el delito se extingue. Si por el contrario es negativa, el proceso continúa en la fase en la cual se interrumpió y puede finalizar en condena.

Pues bien, es precisamente por este mecanismo y por la relación que transcurre entre la puesta a prueba y las posibles puniciones de donde se deduce el concepto de responsabilización. El problema no está tanto en el hecho de que el menor volverá a conectar la imposición de la pena a la violación de las prescripciones, esto es a la originaria comisión del delito, sino más bien en el hecho de que durante la prueba la pena continúa desarrollando una función de amenaza, viniendo a menos aquella auténtica función educativa que podría desarrollar la puesta a prueba.

Dicho de otro modo, la conexión entre la puesta a prueba y la pena, y en consecuencia la amenaza que la pena continua desarrollando durante la prueba, incide sobre el mismo modo de funcionar de la puesta a la prueba en términos tales que no se presenta auténticamente educativa, siendo contaminada por la presencia de lógicas punitivas que presuponen una personalidad que se considera en parte formada.

messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni *de iure condito* e spunti *de iure condendo*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, pp. 1984 y ss.

¹⁹ L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998; C. SCIVOLETTO (a cura di), *Mediazione penale minorile: rappresentazioni e pratiche*, Milano, 2009. Desde una perspectiva comparada con España, cfr. G. PALERMO (a cura di), *Prospettive socio-giuridiche della mediazione penale in Italia: analisi comparativa con la Spagna*, Benevento, 2009; así como el número 1-2008 de la Revista *Nuove esperienze di Giustizia Minorile*.

V. CONSIDERACIONES VALORATIVAS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES Y EN PERSPECTIVA DE REFORMA

Más allá de las consideraciones críticas de detalle que pueden ser realizadas al sistema actual, la cuestión fundamental que debe ser afrontada hace referencia a la eficacia del modelo responsabilizador y a su efectiva capacidad de perseguir finalidades educativas²⁰. No hay duda, en efecto, que el actual sistema se asienta sobre un concepto de menor que tiene una personalidad en parte formada. No obstante, está claro cómo en la mayor parte de los casos no es así, tratándose de menores cuya personalidad necesita de una verdadera y propia formación.

La tendencia inadecuada del modelo responsabilizante se puede medir sobre todo a través de los principios afirmados en una serie de instrumentos internacionales, los cuales están orientados sobre todo a una *real educación del menor*. En particular, asumen un papel decisivo las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (c.d. Reglas de Pekín: ONU, New York, 29 noviembre 1985), de las cuales emergen dos directrices fundamentales. De un lado, la primera directriz aconseja renunciar a la intervención penal a favor de modelos procesales preventivos extra-jurídicos alternativos al proceso penal, como aquél representado por auténticas formas de *diversion* del todo desligadas de la intervención jurisdiccional (modelo educativo según la variante desjudicializada): en la segunda parte del texto, titulada Instrucción y proceso, el art. 11 dispone que “debería ser considerada la oportunidad, donde sea posible, de tratar los casos de jóvenes que delinquen sin recurrir al proceso formal por parte de la autoridad competente”.

De otro lado, la segunda directriz viene constituida por la idea de socialización y educación (no de resocialización o reeducación) del menor, a través no sólo – y no tanto – de la *extrema ratio* de la pena detentativa, sino sobre todo mediante la previsión de un tratamiento sancionador diferenciado lo máximo posible. Así el art. 19 prevé que “la colocación de un menor en una institución es siempre una medida para adoptar en última instancia, cuya duración debe ser la más breve posible”, mientras el art. 18 dispone que “la autoridad competente puede concluir el juicio mediante formas muy diversas, consintiendo una gran flexibilidad a fin de evitar en cuanto sea posible el internamiento en una institución”.

Así es que entonces desde una perspectiva de reforma sería deseable al menos la adopción de un modelo educativo formalizado, capaz de prever un tratamiento sancionador bastante diversificado y una pena detentativa no carcelaria como *extrema ratio*. No obstante, en tal modelo no se inspiraba ni siquiera el proyecto Grosso de 2000, que, aun teniendo el mérito de haber previsto como pilar del sistema la entrega en custodia a los servicios sociales ya sea como penal principal ya sea como medida

²⁰ Sobre ello cfr. E. ROLI, “Le ambiguità del processo minorile tra educazione e punizione”, *Questione giustizia*, 1989, pp. 893 y ss.; S. LARIZZA, “Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile”, *Cassazione penale*, 2006, pp. 2975y ss. Cfr. también M.R. FERRARESE, “Giuridificazione e diritto minorile”, *Politica del diritto*, 1990, pp. 59 y ss.

alternativa, contenía una disciplina relativa a los efectos del eventual resultado negativo de la prueba basada en el retorno a la pena, desplazando la relación subsidiaria entre *diversion* y pena de la fase anticipada del proceso, como sucede ahora con la puesta a la prueba, a aquella sucesiva de la condena²¹.

LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ITALIA

Resumen: Después de haber descrito los posibles modelos de justicia penal de menores, el autor examina en particular el modelo adoptado por el sistema penal italiano. Dicho modelo se sitúa- por así decirlo- a mitad de camino entre aquél auténticamente punitivo y aquél reeducativo, pudiendo ser definido como un modelo responsabilizador, por lo cual de un lado, tal sistema se cierra con la posibilidad de una punición sustancialmente idéntica a la de los adultos, de otro lado, no obstante, se encuentran institutos contenidos en la disciplina procesal, pero con efectos indudablemente sustanciales, que pueden ser aplicados para evitar la punición a través de caminos educativos. Cabe preguntarse, en perspectiva de reforma, si tal sistema es en realidad capaz de perseguir fines preventivo especiales o si no sea en realidad oportuno, considerada la particular personalidad del menor, adoptar un auténtico modelo educativo formalizado, capaz de prever un tratamiento sancionador bastante diferenciado y una pena detentiva no carcelaria como *extrema ratio*.

Palabras clave: Justicia penal juvenil. Reeducación

JUVENILE CRIMINAL JUSTICE IN ITALY

Abstract: After having described the possible models of juvenile criminal justice, the Autor particularly consider the adopted model by the criminal Italian system. This model is placed at halfway between the one authentically punitive and the re-educative one, it could be defined as a responsible model. Therefore this system ends with the possibility of a punishment in the substance identical to the adults one. On the other hand there are institutes contained in the trial discipline that have also substantial valence. These institutes can be applied in order to avoid the punishment through educational courses. In a reforming perspective, we may ask if this system is really able to pursue special-preventive instances, or if it is more appropriate, considering the particular personality of the juvenile, to adopt an authentic formal educative model, able to foresee a sanctioning treatment very diversified and a sanction that restraint peoples in his liberty (in a different way from the restriction in the jail) like an *extrema ratio*.

Keywords: Juvenile Criminal Justice. Re-Education.

Artículo recibido: 30.6.2012

Artículo aceptado: 30.9.2012

²¹ D. PULITANÒ, “Quale riforma per la giustizia penale minorile?”, *Questione giustizia.*, 2002, pp. 731 y ss. Para un cuadro del más reciente debate sobre la reforma de la justicia penal de menores en Italia, cfr. las contribuciones en *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano, 2004.