



VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL SALVADOR

M
O
N
O
G
R
Á
F
I
C
O



unicef 

únete por la niñez

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

EL SALVADOR, CENTROAMÉRICA



Consejo Nacional de la Judicatura

***Vigésimo Aniversario de la
Justicia Penal Juvenil
en El Salvador***

2015

***Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"
San Salvador, El Salvador***

345.087 284

V674 Vigésimo aniversario de la justicia penal juvenil en El Salvador :
monografía / Carlos Ernesto Sánchez, Carlos Tiffer, Javier Llobet
sv Rodríguez. . [et al.]. -- 1a ed. -- San Salvador, El Salv. :
Consejo Nacional de la Judicatura, 2016.
281 p. ; 25 cm.
ISBN 978-99961-902-7-8
1. Procedimiento penal-Niños-El Salvador. I. Sánchez, Carlos
Ernesto, coaut. II. Título.

BINA/ jmh

Portada

COLECCIÓN NACIONAL DE ARTES VISUALES Artista: Rodolfo Abularach. Título: Máscara herida. Técnica: Óleo sobre tela. Dimensiones: 100x73.05cm. Año: 1959.

La Colección Nacional de Artes Visuales (CNAV) es el acervo nacional de artes visuales declarado patrimonio nacional, en régimen de propiedad estatal, conformada y administrada, por la Dirección Nacional de Artes de la Secretaría de Cultura de la Presidencia, para el beneficio público en el ejercicio del derecho a la cultura. La CNAV es un bien cultural mueble que representa valores artísticos, históricos, arqueológicos, antropológicos, técnicos y científicos nacionales y universales, y está formada en la actualidad por 201 obras, cuya función comunicativa artística y cultural es su principal objetivo. Aparece por primera vez declarada como Colección Nacional de Pintura en el Diario Oficial del 2003, al mismo tiempo que era declarada Patrimonio Nacional. En 2013 el Diario Oficial publica el cambio de nombre a Colección Nacional de Artes Visuales.

Nuestra portada colaboración de:

Sala Nacional de Exposiciones, Dirección Nacional de Artes, Teatro y Espacios Escénicos Secretaría de Cultura de la Presidencia de la República

Elaboración y coordinación del proyecto: Bessy Jeannette Aguirre de Flores
Coordinadora del Área de Justicia Penal Juvenil, Escuela de Capacitación Judicial

Autores

Carlos Ernesto Sánchez
Carlos Tiffer
Javier Llobet Rodríguez
Mauricio Duce
Jaime Couso
Ronald Augusto González
Rommell Ismael Sandoval

Las opiniones vertidas en el material publicado, son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan la postura del CNJ y de UNICEF.

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con el apoyo financiero del Fondo de Las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, en el marco del Proyecto "Plan de Investigación, difusión y producción académica para el fortalecimiento de la justicia penal juvenil y de los derechos de la niñez y la adolescencia".

**Miembros del Pleno del
Consejo Nacional de la Judicatura**
(enero, 11 de 2016)

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón
Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

**Escuela de Capacitación Judicial
“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”**

Lic. José Hugo Granadino Mejía
Subdirector



Nuestra Portada

RODOLFO ABULARACH

Pintor guatemalteco (1933) radica en Nueva York, ciudad a la que llegó gracias a su talento, que le valió una beca para estudiar artes plásticas en Estados Unidos.

En sus obras conjunta influencias surrealistas y abstraccionistas.

Su interés en lo cultural de raíz prehispánica le lleva al simbolismo, pero su tratamiento pictórico es eminentemente moderno. Trabajó en el Museo de Arqueología de Guatemala haciendo acuarelas y dibujos de objetos culturales mesoamericanos, interiorizó sus estéticas y después produjo obras de luminosidades tenues y transparencias, con gran manejo de la técnica colorista, de textura y formal, que le dieron reconocimiento internacional. En sus temáticas la referencia es externa, pero siempre toca la interioridad psicológica de quien contempla.

La Colección Nacional de Artes Visuales de El Salvador se enriquece y expande al contar con esta obra.

ÍNDICE

Presentación.....	1
Cuestiones relevantes de la Justicia Penal Juvenil y el Código Procesal Penal	3
Sumario.....	5
Introducción.....	5
I El procesamiento de adolescentes dentro de la justicia penal de adultos casos de codelincuencia.....	5
1 La garantía del juez natural con sujeción a especialidad	7
1.1 La dimensión constitucional y de convencionalidad.....	8
1.2 La exigencia legal de especialidad.....	10
2 El aspecto fundamental de la edad de la persona como criterio decisivo de competencia.....	11
2.1 La fijación de la edad para imputar penalmente en la justicia penal juvenil.....	13
3 La importancia de la identificación de la persona en el proceso penal	20
3.1. En el ámbito policial.....	20
3.2. En el ámbito fiscal.....	22
3.3. En sede de justicia de Paz	23
3.4. En la etapa de instrucción.....	27
3.5. En la fase plenaria.....	29
4 Las consecuencias jurídicas del procesamiento de adolescentes en la jurisdicción de adultos	31
4.1. La cuestión de competencia.....	32
4.2. La nulidad de las actuaciones.	34
4.3. El control del sistema de recursos.	35
II. El procedimiento abreviado en la justicia penal juvenil	38
1. La dimensión del procedimiento abreviado.....	40
2. Las limitaciones del procedimiento abreviado.....	41
3. Los alcances de la cláusula de supletoriedad del Código Procesal Penal.	42
III. Principios generales de prueba en el proceso penal juvenil.....	44
1. La remisión expresa del modelo de prueba procesal a la justicia penal juvenil.	44
2. La Finalidad de la prueba	45
3. Los principios generales que informan la prueba	48
3.1. Principio de legalidad de la prueba.....	48
3.2. Principio de Libertad probatoria.....	58
3.3 Principio de Pertinencia de la prueba	61
3.4 Principio de utilidad de la prueba	63
IV. Sistema de Valoración de la prueba	65
Conclusión	73

Bibliografía.....	73
El dilema de la edad de la responsabilidad penal juvenil.....	79
Sumario:.....	81
1. Presentación.....	82
2. El carácter primordial de la seguridad ciudadana en Uruguay y Costa Rica.....	83
3. Algunos mitos sobre la participación de los menores de edad en el delito.....	84
4. Criterios de determinación de la edad de la responsabilidad penal.....	86
5. Algunas características del modelo de justicia juvenil.....	90
6. La edad y la culpabilidad penal juvenil.....	93
7. La edad de la responsabilidad penal juvenil.....	96
8. Tendencias de la política criminal en América Latina.....	101
9. Edad de la responsabilidad penal juvenil en Europa.....	102
Tabla N°1: Comparación de la edad de responsabilidad penal en Europa.....	103
10. Edad de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá.....	104
Tabla N° 2: Edad comparativa de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá.....	105
11. Reflexiones finales.....	105
12. Bibliografía.....	106
Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil.....	109
Sumario.....	111
I. Concepto de justicia restaurativa.....	111
II. Los primeros proyectos de justicia restaurativa.....	116
III. Justicia restaurativa e interés en la víctima.....	117
IV. La justicia restaurativa en el derecho consuetudinario indígena.....	118
V. Justicia restaurativa y abolicionismo.....	121
VI. La justificación de la justicia restaurativa como alternativa a la justicia retributiva y la rehabilitadora.....	124
VII. La justicia restaurativa en la doctrina de la protección integral del derecho penal juvenil.....	126
VIII. Extensión internacional de las ideas de justicia restaurativa en la justicia penal juvenil.....	130
IX. La admisión de las ideas de justicia restaurativa en el derecho penal de adultos.....	131
X. Justicia restaurativa y los fines de la pena.....	135
XI. Resultados de los proyectos de justicia restaurativa.....	138
XII. Justicia restaurativa y el peligro de la extensión de las redes del control social.....	138
XIII. Justicia restaurativa y “privatización” del derecho penal.....	140
XIV. La justicia restaurativa y el derecho de abstención de declarar.....	142

XV. Contenido de la obligación reparatoria y su problemática con la presunción de inocencia	143
XVI. Conclusiones	148
XVII. Bibliografía	149
Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado	161
Sumario.....	163
Resumen	163
1.- Introducción.....	164
2.- Explicación Panorámica de los Sistemas Objeto de Estudio	166
2.1.- Alemania.....	167
2.2.- Costa Rica	169
2.3.- España.....	170
2.4.- Estados Unidos de Norteamérica.....	172
3.- Primer Eje: Estrategias de Reforzamiento del Debido Proceso en el Derecho Comparado	175
3.1.- Fortalecimiento de la Libertad y Mayores Restricciones a su Privación en el Proceso	176
3.1.1. Procedencia de la Prisión Preventiva.....	176
3.1.2. Duración o Extensión Temporal de la Prisión Preventiva	182
3.1.3.- Condiciones de Cumplimiento de la Prisión Preventiva	185
3.2.- Exigencias más Estrictas Respecto a la Extensión Temporal del Proceso	187
3.3. Mayores Resguardos al Derecho de Defensa	190
3.3.1. Derecho a la Información Directa y sin Demora de los Cargos	190
3.3.2. Derecho a Ser Escuchado en Forma Directa.....	193
3.3.3. Derecho a la Asistencia Apropiaada	196
3.4. Exigencias más Estrictas para la Renuncia de Derechos que Integran al Debido Proceso	201
4. Segundo Eje: Estrategias Vinculadas a la Estructura General del Procedimiento en el Derecho Comparado	205
4.1. Necesidad de un Proceso Flexible y Liviano.....	206
4.1.1.- Simplificación Procesal.....	207
4.1.2.- Abreviación de Plazos	208
4.1.3.- Limitación de Sistemas de Impugnación	209
4.1.4. Limitación de Contenidos a Discutir en el Proceso Penal Juvenil	210
4.2. Protección de la Privacidad (vida privada)	211
4.2.1. Reconocimiento General de la Privacidad	211
4.2.2. Privacidad y Publicidad del Juicio Oral.....	213
4.2.3. Uso de Antecedentes o Registros del Sistema Juvenil	216
4.3. Énfasis en el Joven	217
4.3.1. Cesura o División del Debate: establecimiento de una fase procesal	

especial para determinar las consecuencias de la infracción juvenil....	218
4.3.2. Producción de Información Especializada.....	220
5.- Conclusión:.....	222
Bibliografía	224
La desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad ...	229
Primera esfera.....	232
Segunda esfera	233
Tercera esfera	235
La desjudicialización.....	236
Formas de terminación	239
Redefinición de los roles de los diferentes actores	243
Reflexiones finales.....	243
Referencias bibliográficas	244
Las destrezas del interrogatorio y conainterrogatorio en el proceso penal juvenil salvadoreño	247
Sumario.....	249
Introducción.....	249
1.- Las fuentes y los medios de prueba	253
Interrogatorio.....	256
2.- Los principios de la práctica probatoria en la vista de la causa....	257
Oralidad.....	262
3.- La práctica de los interrogatorios de los medios de prueba.....	264
i) Interrogatorio directo.....	267
Estrategia de preguntas en el interrogatorio directo.....	269
Lineamientos técnicos para el desarrollo en el interrogatorio directo.....	269
Otras recomendaciones para el buen desarrollo de un interrogatorio directo.....	271
Ejemplo interrogatorio directo: Preguntas para acreditación de testigo.....	271
Preguntas para acreditación de testigo.....	271
Preguntas de transición y orientación	271
Control del ritmo del interrogatorio y descripción de los hechos	272
ii) El conainterrogatorio	272
Estrategia de preguntas en el conainterrogatorio.....	276
Lineamientos técnicos para el desarrollo del conainterrogatorio.....	276
Estos son los lineamientos: Fundamentos del conainterrogatorio	277
Credibilidad del testigo.....	278
Ejemplo de conainterrogatorio al policía en calidad de testigo	279
iii) Interrogatorio re-directo y re-conainterrogatorio.....	280
4.- Las objeciones o reparos en los interrogatorios.....	281
Reflexión.....	284
Bibliografía.....	285

Presentación

A veinte años de la entrada en vigencia de la Ley Penal Juvenil, el Consejo Nacional de la Judicatura a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, consideró oportuno y estratégico, propiciar espacios de naturaleza académica en diversas modalidades, entre ellas, la realización de varios diagnósticos, un concurso de producción académica, dos pre congresos, uno en la zona occidental y otro en la zona oriental, entre otras acciones, que sin duda alguna contribuyeron a alcanzar los objetivos propuestos, como es, el reflexionar sobre los principios, finalidades, retos y desafíos que representa la realidad actual en nuestro país, en la aplicación de la Ley Penal Juvenil.

Es así como durante el año 2015 el Pleno del Consejo aprueba la realización del Primer Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, cuyos resultados exitosos se ven reflejados a través de la presente publicación como un monográfico sobre Justicia Penal Juvenil, tratados por sendos especialistas nacionales e internacionales, algunos de los temas que la conforman versan sobre la conferencia dictada en los pre-congresos y congreso, precisamente contienen la problemática identificada con los operadores del sistema de justicia penal juvenil.

Se expresa nuestro sincero agradecimiento al Dr. Tiffer, Dr. Llobet, Dr. Duce, Dr. Couso, al Dr. Sandoval, MSc. Sánchez y MSc. González, por contribuir a la producción de esta obra cediéndonos artículos de su autoría y por haber escrito especialmente sobre temas que merecen especial atención en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, haciéndose un análisis de la realidad.

Es importante mencionar que se sumaron a los esfuerzos realizados por el Consejo, para la ejecución de todas las actividades que comprendía el Primer Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, el National Center for State Courts NCSC por sus siglas en Inglés, mediante el Proyecto de Justicia Penal Juvenil El Salvador y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF a través del Proyecto “Plan de investigación, difusión y producción académica para el fortalecimiento de la justicia penal juvenil y de los derechos de la niñez y adolescencia”; gracias a quien se ha hecho posible la publicación de la presente obra.

Consejo Nacional de la Judicatura
San Salvador, enero de 2016

**Cuestiones relevantes de la
Justicia Penal Juvenil y el
Código Procesal Penal**

Cuestiones relevantes de la Justicia Penal Juvenil y el Código Procesal Penal¹

Sumario

Introducción. I. El procesamiento de adolescentes dentro de la justicia penal de adultos: casos de codelinuencia. 1. La garantía del juez natural con sujeción a especialidad. 2. El aspecto fundamental de la edad de la persona como criterio decisivo de competencia. 3. La importancia de la identificación de la persona en el proceso penal. 4. Las consecuencias jurídicas del procesamiento de adolescentes en la jurisdicción de adultos. II. El Procedimiento abreviado en la justicia penal juvenil. 1. La dimensión del procedimiento abreviado. 2. Limitaciones del procedimiento abreviado. 3. Los alcances de la cláusula de supletoriedad del Código Procesal Penal. III. Principios Generales de la prueba en el proceso penal juvenil. 1. La remisión expresa del modelo de prueba procesal a la justicia penal juvenil. 2. La finalidad de la prueba. 3. Los principios generales que informan la prueba. IV. Sistema de valoración de prueba.

Introducción

Es siempre motivo de alegría participar en reflexiones que tengan que ver con la justicia penal juvenil, pero lo es mucho más ahora que se celebra el vigésimo aniversario, de la puesta en marcha de la que en su momento se conoció como “Ley del Menor Infractor” y que ahora lleva el nombre de “Ley Penal Juvenil”, pero más allá de fuentes normativas, está la esencia del sistema, que en este caso, es toda la jurisdicción que conoce en materia penal de adolescentes, quienes a pesar de todos los avatares que ha enfrentado la justicia penal juvenil, han demostrado siempre una mística de trabajo, entrega y compromiso para hacer que tan importante área de la jurisdicción pueda funcionar de la mejor manera en la solución de los conflictos penales que atañen a los jóvenes; a ellos le muestro mi más alto respeto y agradezco al Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial la oportunidad de publicar estas ideas, lo cual para mi es aún más regocijante al hacerlo juntamente con académicos que son eximios cultores de la doctrina penal en materia de adolescentes.

I. El procesamiento de adolescentes dentro de la justicia penal de adultos casos de codelinuencia

En el ámbito de la justicia penal, no resulta infrecuente que en muchos casos, adolescentes sean procesados, juzgados y hasta condenados como adultos, se esperaría que la tajante separación del proceso penal de adultos con el de la justicia penal juvenil, fuera una línea divisoria lo suficientemente demarcada para impedir que adolescentes sean objeto de un juzgamiento como adultos, sin embargo, este aspecto nítidamente separado en la teoría, presenta aspectos problemáticos en la práctica que

1 Carlos Ernesto Sánchez Escobar. S.D.B. Magister y Especialista en Administración de Justicia Penal. Universidad Nacional de Costa Rica. Profesor de Post-grado. Magistrado de Cámara.

genera la situación antes señalada², y un caso típico de ello, es el fenómeno de la codelinuencia.

Precisamente cuando los delitos se cometen en conjunto por diversas personas, puede suceder que todos los partícipes sean adultos, pero también que entre estos –como sucede frecuentemente– participen adolescentes, si la edad de las personas que no tienen dieciocho años cumplidos se acredita de manera fehaciente, el problema resultaría solucionado, puesto que los adultos serán procesados en la jurisdicción común y los adolescentes en la especial; pero ese panorama claro, al menos en el discurso teórico, se ensombrece en la práctica, cuando no se tienen los presupuestos básicos para determinar que un adolescente es tal y no una persona de dieciocho años, y por ende el joven será procesado como adulto hasta que no se pueda determinar su edad.

La codelinuencia³ entonces es una forma de participación que puede provocar que adolescentes sean objeto de procesamiento y juzgamiento en la sede de adultos, cuando correspondería que lo fueran ante la jurisdicción juvenil, la convergencia de múltiples participantes del delito podría ser una causa que provocara dicho problema, también podría serlo, la complejidad de los hechos, sobre todo cuando se imputan participaciones delictivas en delitos con carácter de permanencia, o de ejecución extendida en el tiempo⁴, en todos estos casos, el imperativo, radica en determinar lo antes posible y con el mayor grado de seguridad la edad de la persona, puesto que sólo de esa manera podrá evitarse que adolescentes sean procesados como adultos, ante la no corroboración del dato personal de su edad.

2 Podría pensarse que la determinación de la edad de una persona es un aspecto bastante sencillo de comprobar, y por ende que no se generan problemas en tal situación, pero la realidad indica aspectos diferentes, personas que no recuerdan su edad, personas que no están completamente seguros de su edad, personas que no tienen documentos legales para acreditar su fecha de nacimiento, personas que son extranjeras y carecen de documentos actuales para demostrar su personalidad jurídica, personas asentadas en épocas distintas a la que efectivamente nacieron; es decir, eventos problemáticos en los cuales la determinación de la edad se hace más difícil.

3 Por codelinuencia se entiende generalmente la participación de varias personas en la ejecución de un delito, en el cual actúan como autores o como partícipes; más específicamente se ha dicho que son codelinuentes “Quien delinque en unión de otro u otros. La relación delictiva entre varios puede ser previa simultánea o posterior a la ejecución del delito; así el inductor o cómplice actúa antes de la comisión material; el coautor directo obra a la vez, y el encubridor después del atentado, consumado o frustrado el hecho criminal”. MORENO RODRÍGUEZ Rogelio “Diccionario de Ciencias Penales. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2001.

4 Estos casos se refieren por ejemplo a delitos de pertenencia como las agrupaciones delictivas, art. 345 del Código Penal que castiga las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales, o integrar maras o pandillas con carácter criminal; en igual sentido podría vincularse a todos los delitos que suponen ámbitos de organización delictiva.

1. La garantía del juez natural con sujeción a especialidad

La vigencia del principio del juez legal, se ha reconocido como una garantía del gobernado para garantizar un juicio justo, según los postulados esenciales del pensamiento liberal⁵; de manera que la predeterminación del juez es un postulado básico para los justiciables, en el sentido de asegurarse que sólo el juez que se encuentra determinado por la ley puede ser el juez que conozca de su causa, sin que puedan crearse jueces *Ad hoc* para la tramitación o juzgamiento de las personas.

La garantía del juez natural, en la normativa procesal se vinculará de manera decisiva al principio de legalidad⁶, que precisamente rige la forma del proceso⁷, en el sentido que, de manera precedente al hecho delictivo imputado, se haya constituido la forma de enjuiciamiento –en su sentido amplio– la cual no puede ser alterada, por una norma posterior que en cualquiera de sus manifestaciones, se vuelva más restrictiva para los derechos y garantías fundamentales del acusado, ello implica que las normas procesales deben aplicarse teniendo en cuenta el marco de legalidad que las informa.

Precisamente, expresión del principio de legalidad procesal, es la necesidad de la predeterminación del juez ordinario, para el conocimiento de los hechos, atribuidos y esa designación se encuentra amparada por la jerarquía de la ley formal, se requiere entonces, que en todo caso la jurisdicción ha sido establecida de manera previa y que conozca del

5 Así desde antiguo en la Carta Magna inglesa en el artículo 39 se estatuyó que: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”. PACHECO Máximo “Los Derechos Humanos”. Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987 p 6.

6 Dice el artículo 2 inciso primero CPP “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.”. De tal manera que el procesamiento de las personas es únicamente conforme a la ley, y precisamente la ley es la que determina que jueces son competentes para procesar y juzgar a las personas. Ver sobre la legalidad procesal TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUÍN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999 pp. 260 a 264.

7 En el ámbito constitucional sobre la legalidad procesal se sostiene: “Se ha dicho, que en general, legalidad significa conformidad con la ley, por ello se llama “principio de legalidad” a la sujeción y el respeto por parte de las autoridades públicas o privadas al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende la normativa constitucional y legal aplicable. La concreción de tal principio reafirma la seguridad jurídica del individuo, en lo que se refiere a que una situación no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes previamente establecidas. Su reconocimiento proviene del artículo 15 de la Constitución que establece: Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”. Ref. 754-2006 Sentencia de Amparo Sala de lo Constitucional a las doce horas y treinta minutos del seis de julio de dos mil siete.

asunto el juez competente según la ley y no otro que carece del atributo de la competencia.⁸

1.1. La dimensión constitucional y de convencionalidad

En ese contexto, la garantía de juez natural predeterminado legalmente adquiere significativamente dimensión constitucional –conforme al artículo 11, 12 y 15 Cn⁹– puesto que se garantiza a todos los justiciables – los adolescentes incluidos entre ellos– que no serán objeto de juzgamiento sino por las autoridades judiciales que previamente y conforme a la ley se hayan determinado para conocer de los asuntos sometidos a su competencia¹⁰.

La noción constitucional de la predeterminación del juez, se vincula a dos aspectos esenciales, uno la determinación por el mecanismo de la reserva de ley, indicándose con ello que corresponde sólo al orden normativo reconocido por la Constitución la determinación de tribunales que habrán de conocer de los asuntos fijados para su competencia; el restante alude a que la creación de la jurisdicción debe ser previa al hecho, y ello determina exclusividad en el juzgamiento, siendo que únicamente el juez prefijado legalmente puede conocer legítimamente del asunto para el cual es competente con exclusión de otras autoridades.

En el ámbito convencional, dentro de los instrumentos internacionales más

8 Se dice sobre ello: “[...] En la actualidad este derecho al juez predeterminado por la ley aparece regulado en las Constituciones de la mayoría de los países de nuestro entorno cultural y jurídico tales como la española, la italiana, la alemana etc., y en los artículos 10 DUDH, 14.1 PIDCP, 8.1. CADH y naturalmente en el artículo 15 Cn”. PEDRAZ PENALVA Ernesto, MARTÍNEZ LÁZARO Javier “Comentarios al Código Procesal Penal”. 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 p 93.

9 En lo pertinente el artículo 11 Cn dice “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes [...]”; el art. 12 Cn “Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”; Art. 15 Cn “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

10 En materia constitucional en alusión a la garantía de juez legal se ha dicho: “El derecho al juez natural tiene su origen en lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución el cual prescribe: Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley. Tal categoría jurídica protegible exige en su contenido la convergencia de cuatro elementos: a) que el Órgano Judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; b) que éste haya sido investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; c) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de juez ad-hoc o especial o excepcional y d) que la composición del órgano judicial venga determinada por ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros”. De ahí que el artículo 15 de la Constitución no se extiende a garantizar un juez concreto, sino únicamente comprende el derecho a que la causa sea resuelta por el juez competente; así resulta válido señalar que el derecho al juez natural se verá vulnerado al atribuirse indebidamente un asunto determinado a una autoridad que no corresponde”. Ref. 117-2006 Sentencia de Amparo. Sala de lo Constitucional a las doce horas y treinta minutos del cinco de junio de dos mil siete.

reconocidos¹¹ se establece que la predeterminación del juez legal es una garantía que de manera categórica se ha reconocida como integrante de un proceso respetuoso de los derechos humanos¹², y por consecuencia de las formas que deben garantizar un proceso regular, por ello, se reconoce que no es cualquier juez el que puede conocer de un asunto, sino con exclusividad el juez que la ley determina para ello fijándole su ámbito de competencia, y que su conocimiento debe ser previo a los hechos, se sintetiza aquí la garantía de juez natural y predeterminado.

De manera especial en el derecho convencional aplicado a la niñez se reconoce esta garantía del juez predeterminado por ley y competente para el juzgamiento de los adolescentes¹³, ello también se ve reconocido en otras fuentes normativas que aunque no tienen el rango de convenciones, si resultan aplicables en el marco de la justicia penal, puesto que el llamado *soft law* en esta jurisdicción si tiene un ámbito de aplicación de mayor vinculación por expresa disposición del legislante¹⁴, lo cual garantiza una protección más reforzada de las garantías de los adolescentes a quienes se les aplica la ley penal¹⁵.

-
- 11 En este caso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14.1 dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella [...]”; y la Convención Americana sobre Humanos en el Art. 8.1 preceptúa: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella [...]”.
 - 12 Así sobre esta garantía se ha dicho: “La garantía de los derechos implica la existencia de los medios legales idóneos para la definición y protección de aquellos con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales” Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 120.
 - 13 En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece: “Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley [...]”; “Art. 40.2 letra “b” “iii”.
 - 14 En este caso, el configurador legal tomó la decisión que en la justicia penal juvenil el conjunto de normativa de carácter internacional tendría aplicación para las decisiones que en el proceso penal juvenil se pronunciarían, lo cual genera un ámbito de mayor tutela, la disposición dice: “La interpretación y aplicación de esta Ley, deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, y con la doctrina y normativa internacional en materia de menores, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones y pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador.
 - 15 En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores [Reglas de Beijing] se establece en artículo 14. 1 “Todo menor delincuente cuyo caso no sea objeto de remisión [con arreglo a la regla 11] será puesto a disposición de la autoridad competente [corte, tribunal, junta, consejo etc.] que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo”. En el comentario a la regla se dice: “No es fácil elaborar una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal. Con autoridad competente se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales [...]”.

1.2. La exigencia legal de especialidad

Ahora bien, establecida la garantía que en la justicia penal juvenil, el juez que conoce de la causa penal, se encuentra predeterminado legalmente y debe con exclusividad conocer del asunto de la imputación de la infracción penal al adolescente, siendo el único juez competente para tramitar y fallar lo concerniente a la imputación de cargos, debe añadirse de manera importante que dicha jurisdicción se caracteriza por la nota de especialidad en el conocimiento de caso, es decir se trata de una verdadera jurisdicción con carácter especial cuyo rango se determina por la misma Carta Magna¹⁶.

Lo anterior significa, que para conocer del caso penal de un adolescente el juez además de ser predeterminado y legal, tiene que ostentar un rango de especialidad en la materia penal juvenil¹⁷, cuyo atributo de singularidad lo diferencia de los otros jueces del estamento judicial, dicha especial es compleja y requiere una formación específica para la autoridad que deberá decidir los casos atribuidos a los adolescentes¹⁸, por ello, la competencia de tal manera es completamente excluyente de otras materias, y es verdaderamente improrrogable, puesto que los jueces en materia penal juvenil deben estar previamente cualificados para impartir justicia en esa área.

En ese contexto, la jurisdicción de adolescentes que infringen la ley penal, es de aquellas que no puede ser asumida por la generalidad de los jueces, sino únicamente por aquellos que con anterioridad han recibido una formación especial para ejercer en esa materia de competencia penal, con lo cual, la jurisdicción juvenil en es única en su clase, debido a la

16 Por ello el artículo 35 inciso tercero Cn., manda “La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.

17 El rango de especialidad en verdad se predica de todos los operadores del sistema de justicia penal juvenil, y dentro de ellos, los jueces, ello se asocia a las garantías mínimas efectivas que operan en esta jurisdicción y se dice: “Sin embargo el respeto de esas garantías para los niños tiene algunos aspectos específicos que se expondrán con la presente acción. Antes de hacerlo, el Comité desea subrayar que el ejercicio apropiado y efectivo de esos derechos y garantías depende decisivamente de la calidad de las personas que intervengan en la administración de justicia de menores. Es fundamental impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, los niños con discapacidad, los desplazados, los niños de la calle, los refugiados y solicitantes de asilo, y los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo”. Comité de los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. “Observación General N° 10 (2007).

18 En específico sobre ello el artículo 44 inciso final de la Ley Penal Juvenil prescribe: “Para ser juez o Magistrado de Cámara de menores, se deberán reunir los requisitos exigidos por la Ley, para ser juez de primera instancia o Magistrado de Cámara de Segunda Instancia respectivamente y preferiblemente tener amplios conocimientos en materia de menores”.

especial calidad que se debe tener para impartir justicia en esta área¹⁹, por ello ninguna otra autoridad podría decidir los asuntos de imputación penal atribuidos a personas menores de dieciocho años, tal competencia simplemente no se puede prorrogar, de ahí la importancia de minimizar en todo lo posible el conocimiento de asuntos de adolescentes por jueces de adultos.

En resumen el conocimiento exclusivo de una judicatura especializada en la temática del derecho penal juvenil se erige en una verdadera garantía para los justiciables que quedan comprendidos en los rangos de edad de la competencia del juez penal de esa materia, y para ello, la normativa secundaria establece con claridad la competencia especial para el conocimiento de los asuntos penales de los adolescentes tanto en una vertiente positiva como en una negativa, de manera que conjuntamente ambas garantizan que los adolescentes sean juzgados por jueces verdaderamente especiales, con exclusión absoluta de otros jueces.

2. El aspecto fundamental de la edad de la persona como criterio decisivo de competencia

La edad de la persona en materia penal es una cuestión fundamental para determinar la competencia de los jueces que habrán de conocer del caso, así para los jóvenes adultos, el cumplir dieciocho años determina la competencia de conocimiento del juez de adultos, aunque este límite cronológico de la edad ha tenido diferentes matices en la jurisprudencia²⁰; como quiera que sea, el punto de partida para el conocimiento de un caso penal, tendría que ser el cumplimiento de los dieciocho años de edad, en este caso de conformidad al propio Código Penal que establece este rango de edad²¹.

19 Tal calidad alude a la formación especializada en la materia que los jueces deben tener respecto de la realidad que concierne a niños y adolescentes en la dinámica social, y de ahí la exigencia de una jurisdicción especial, este aspecto se reafirma cuando se dice: “La organización de la Justicia de Menores. A fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos enunciados en los párrafos anteriores, es necesario establecer una organización eficaz para la administración de la justicia de menores y un sistema amplio de la justicia de menores. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos autoridades e instituciones específicas para los niños en conflicto con la ley penal [...] Un sistema amplio de justicia de menores requiere además el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y fiscalía y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia letrada”. Comité de los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. “Observación General N° 10 (2007).

20 “[...] De la regla de aplicación general transcrita [preexistente a la normativa objeto de interpretación] la cual sin duda consideró el legislador al momento de establecerse los límites de edades de las personas sujetas a la aplicación del régimen especial de menores y a la normativa común, en materia penal, se desprende que serán considerados menores de dieciocho años de edad para los efectos penales aquellas personas que no hubieren cumplido dicha edad [...]”. Ref. 776-CAS-2008 Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal de las doce horas y veinte minutos del veintitrés de noviembre de dos mil once.

21 La norma que es el artículo 17 del Código Penal reza la siguiente manera: “La ley penal se aplicará con

Como consecuencia de lo anterior, las personas menores de dieciocho años aun no cumplidos, serían objeto de procesamiento en el ámbito de la justicia penal juvenil, y las personas que tengan cumplidos los dieciocho años, estarían sujetos a la aplicación de la ley penal para adultos²², aunque debe reconocerse que ello no siempre fue así en nuestra legislación penal, y que aun en las postrimerías del siglo pasado, el límite de edad para ser procesado penalmente como adulto era de dieciséis años²³, lo cual incluso fue objeto de un tratamiento diferenciado con la creación del nuevo código penal²⁴.

Debe también señalarse que en estos casos, el cumplimiento de los dieciocho años de edad, en decisión del máximo tribunal de justicia penal, debe ser inclusive teniendo en cuenta el tiempo total del día de cumplimiento de la edad de dieciocho años de la persona, por lo cual, según ello, debe abarcarse todo el día completo, en el cual, en caso de

igualdad a todas las personas que en el momento del hecho tuvieron más de dieciocho años. Los menores de esta edad estarán sujetos a un régimen especial.

- 22 Por ejemplo se ha dicho: “[...] Conforme a lo anterior, debe señalarse que al momento de los hechos, sucedido a la cero horas con cuarenta minutos del veintitrés de junio de dos mil trece, siendo que el imputado Wilfredo Humberto Díaz Rodríguez nació el a las ocho horas del día veintitrés de julio de mil novecientos noventa y cinco, éste no había alcanzado la edad de dieciocho años, teniendo en ese momento una edad de diecisiete años trescientos sesenta y cuatro días; puesto que del momento del hecho criminal –cero horas con cuarenta minutos– el justiciable no alcanzaba todavía los dieciocho años de edad ni aun por diferencia de horas y minutos. Lo anterior se señala de esa manera, puesto que la regla legal del cómputo de días y horas, señala 364 días y no 365, puesto que en ese caso, el Código Civil establece en el artículo 46 en su inciso primero y final: “Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención en las leyes o en los decretos del poder ejecutivo o de los tribunales o juzgados se entenderán que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo [...] Se aplicaran estas reglas a los contratos, a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes, en los actos de las autoridades salvadoreñas; salvo que las mismas leyes, actos o contratos se disponga expresamente otra cosa”. Ref. AP/SC/134/2014 Sentencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de las del doce de agosto de 2014.
- 23 En efecto, en el Código Penal de 1973 se establecía en el artículo 16 respecto de la aplicación de ley penal a las personas “Este Código se aplicará a todas las personas sujetas a la jurisdicción salvadoreña que en el momento del hecho tuvieron más de 16 años. Quienes no hubieren cumplido la edad expresada, quedaran sujetos a la aplicación de las leyes especiales sobre menores”. Básicamente la referencia era al Código de Menores aprobado según decreto Legislativo 516 del 8 de enero de mil novecientos setenta y cuatro y que establecía la competencia para los tribunales tutelares de menores en el artículo 67 expresando: Los Tribunales Tutelares de Menores tienen competencia privativa: 1º) Para conocer de las infracciones que consideradas como delitos o faltas por la legislación común, sean atribuidas a menores cuya edad no exceda de dieciséis años”.
- 24 Ciertamente con el advenimiento del nuevo Código Penal hubo necesidad de darle una respuestas diferenciada y de favorabilidad a las personas que teniendo dieciséis años de edad al momento de cometerse el hecho criminal, habían sido condenados como adultos de conformidad al Código Penal de 1973, en tal sentido la opción fue que las causas de los procesados y aun los condenados fueran remitidas a la justicia penal juvenil para que se les aplicará la nueva normativa, así dispuso el artículo 406 del Código Penal vigente: “En los procesos pendientes o en los que ya hubiere recaído sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, si el indiciado al momento de delinquir hubiese sido mayor de dieciséis años y menor de dieciocho los jueces o tribunales que estuvieren conociendo de tales procesos, al entrar en vigencia este Código, remitirán los reos procesados o condenados a la orden del tribunal correspondiente juntamente con los procesos respectivos”.

cometerse delito, la aplicación de la ley deberá ser conforme a la normativa penal juvenil y no a la jurisdicción penal común²⁵.

2.1. La fijación de la edad para imputar penalmente en la justicia penal juvenil

Según lo que se ha venido exponiendo, el límite de la edad, se correspondería a un tiempo elegido en el desarrollo biológico de las personas, que en este caso marca el nivel de la adolescencia, así para responder ante la justicia penal juvenil se establece un rango de edad mínimo que parte de los doce años cumplidos, determinándose como otro límite el de menos de dieciocho años²⁶, generándose entre ambos límites distintos marcos de la intervención penal ajustados a la edad del infractor²⁷.

Lo anterior tampoco es un criterio retomado al azar, usualmente la edad de menos de dieciocho años se compagina con los ámbitos de un nivel de desarrollo mínimo de la persona para alcanzar un grado de racionalidad suficiente que le permita ser sujeto de una atribución penal más plena, y en la escala menor de esa edad, tener también una respuesta penal diferenciada acorde al desarrollo cognitivo que en la generalidad se presenta, lo cual ha sido retomado por la normativa de carácter internacional que asegura la tutela de las personas adolescentes²⁸.

Según lo expuesto en materia de gestión de la criminalidad, la reacción punitiva diversa entre adultos y adolescentes, se justifica ante las diferencias que presenta una persona menor de edad de dieciocho años de una

25 “[...] serán considerados menores de dieciocho años de edad para los efectos penales aquellas personas que no hubieren cumplido dicha edad, y se entenderá que aún no han cumplido esta edad, cuando no hayan transcurrido las veinticuatro horas del día en que cumplieron sus dieciocho años, en consecuencia por toda conducta delictiva que hayan realizado hasta las veinticuatro horas del día en que cumplieron sus dieciocho años de edad, les será aplicable el régimen especial de menores. De ahí entonces que serán mayores de dieciocho años de edad, los que hayan cumplido dicha edad [24 horas del día de cumpleaños] y ha comenzado el siguiente día siguiente al que cumplieron sus dieciocho años de edad [...]”. Ref. 776-CAS-2008 Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal de las doce horas y veinte minutos del veintitrés de noviembre de dos mil once.

26 Conforme a lo anterior, se dispone como norma de competencia para la justicia penal juvenil la siguiente regla: “Esta ley se aplicará a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho”.

27 La escala de tratamiento de intervención del estado parte de tres grupos de edad importante, la de mayor intervención entre los dieciséis y dieciocho años de edad; la otra que tiene un ámbito de intervención de menor escala parte de los doce hasta los dieciséis años; y la última que se fija en la minoría de los doce años de edad, genera excepción de responsabilidad penal y determina régimen de protección. Lo anterior se desarrolla en los incisos segundo, tercero y cuarto de la Ley Penal Juvenil.

28 Ello fue determinado inclusive desde los inicios de la normativa que aseguraba declarativamente los derechos de los niños y niñas, así se establecía en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, un conjunto de derechos establecidos sobre la base de principios ordenadores, y que posteriormente permitieron fijar ya en la respectiva Convención una edad determinada para fijar la edad máxima de quien sería entendido como niño según el contexto de la época.

persona joven o adulta, para la cual, el grado de significación de sus actos se entiende distinto del realizado por aquéllos que tienen un mayor grado de evolución en sus facultades intelectivas²⁹, en tal sentido la decisión de reaccionar penalmente de una manera diferente entre niños, adolescentes, jóvenes, adultos y ancianos obedece a la necesidad de diferenciar los ámbitos distintos de la responsabilidad penal, personal, pero también de contexto³⁰.

Es importante además señalar –por parte de la psicología evolutiva³¹– que la temporalidad y la percepción y juicio de los hechos desarrollados en la vida, se presentan de manera diferencial entre niños, adolescentes, jóvenes, adultos y senescentes, con lo cual, el proceso formativo de la persona y la construcción y adopción de su propia personalidad tiene un marco trascendental, las relaciones familiares, de carácter interpersonal con grupos más cercanos, de convivencia social, de afectividad comunitaria, con lo cual, es necesario que el Estado reaccione de manera diferente a la expresión delictiva de los menores de dieciocho años, por cuanto su constructo de vida resulta ser diferente.

En síntesis, es menester señalar que siendo necesario la sanción de las conductas punibles de los adolescentes –cuando se implementa un modelo de responsabilidad penal– el ejercicio de esta forma de poder penal estatal debe construirse de manera sensiblemente diferenciada³², y aun cuando se manifiesta una reacción de carácter penal con un sentido de cierta gravedad, es un aspecto clave de política de gestión penal, mantener las diferencias sustantivas que hacen desigual el sistema penal de adultos

29 Precisamente por ello, los avances de los procesos de socialización formales e informales y las características psico-biológicas de los menores en cuanto a su desarrollo cognitivo, que generan usualmente una introyección de sus actos de una manera distinta de la exigida a los adultos, exigen un tratamiento diferente, en cuanto al ámbito de la determinación de la responsabilidad penal según la edad de la persona.

30 Ampliamente sobre ello ver BELOFF Mary “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos” en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*. Emilio García Méndez. Compilador. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 39 a 48.

31 La psicología evolutiva, modernamente llamada también “Psicología de la edad evolutiva” precisamente investiga los planos del desarrollo de los seres humanos y se dice que es un: “Sector de la psicología que estudia el proceso del desarrollo y de organización del individuo desde el nacimiento hasta aproximadamente los 25 años de edad cronológica. Durante este período la personalidad va adquiriendo, mediante procesos evolutivos, tanto biológicos, como psicológicos, una mayor y más eficiente armonización de las energías de que dispone, con creciente posibilidad de autonomía y de formas nuevas, y más maduras de comprensión, de participación afectiva y de socialización [...]”. GALIMBERTI Umberto “Diccionario de Psicología. Traducción de María Emilia G. de Quevedo. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. Argentina 2002 p 866.

32 Por ejemplo se indica que esta forma de administrar los delitos de los menores se ha vuelto común en diferentes países sobre la base del modelo de responsabilidad así: CARRANZA Elías. MAXERA Rita “El sistema de justicia penal juvenil de Costa Rica en el contexto de América Latina” en *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*. Javier Llobet Rodríguez (Coordinador). Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2007 p 552.

respecto del de menores, en todo caso, ello también es una exigencia de índole normativa constitucional por el principio de proporcionalidad en este caso respecto de la sanción penal.

Ahora conviene examinar el aspecto de la capacidad de reproche que se puede sustentar en relación a los adolescentes, por cuanto al afirmarse el modelo de responsabilidad, para superar el correccional, se asienta también jurídicamente, aunque con matices distintos la afirmación de la capacidad de las personas mayores de doce años y menores de dieciocho para ser imputables en relación a los actos que ejecuten cuando sus conductas encajen en una tipificación penal, respecto de las cuales se les pueda atribuir responsabilidad personal por el acto cometido.

Sobre ese aspecto debe señalarse que ciertamente la cuestión de la responsabilidad –o culpabilidad– en el ámbito del derecho penal juvenil, se encuentra íntimamente relacionado a la capacidad de imputabilidad de los menores, es decir a la determinación de que ellos, son responsables de sus actos y que tiene –aun de manera diferenciada– capacidad de juicio para poder soportar la exigencia del reproche penal³³, ello es esencial, en la concepción del modelo de responsabilidad que campea en el ámbito del derecho penal juvenil, y el cual se ha ido configurando en todos los modelos que se han impulsado en diferentes regiones³⁴.

Esta capacidad de responsabilidad de quienes presentan una edad menor a los dieciocho años, está firmemente expresada en la Convención de los Derechos del Niño, en la cual se reconoce a los como personas jurídicamente responsable a los adolescentes, ello implica que el reconocimiento de la capacidad de los menores como personas a quienes se les puede atribuir una conducta delictiva, y formularles un juicio de culpabilidad³⁵; para lo cual el criterio de la edad es fundamental, tanto en la aplicación de la competencia de los jueces en la justicia penal juvenil,

33 Claro está, en atención a estas diferencias reconocidas, es que precisamente también la reacción de las consecuencias jurídico penales deben ser diferentes, pues si el grado de imputabilidad es diferencial, la sanción que se imponga y la manera en la cual se ejecute, debe respetar este aspecto disímil, ello significa que la construcción normativa debe estar orientada hacia la diferenciación en la sanción penal de los jóvenes.

34 Sobre el alcance del modelo de responsabilidad ver TIFFER SOTOMAYOR Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ Javier DÜNKEL Frieder "Derecho Penal Juvenil". 2º edición. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2014 pp 201 a 203.

35 Específicamente dice el artículo 12 de la citada Convención: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño teniéndose debidamente cuenta las opiniones del niño, en función de la edad, y madurez del niño. Con tal fin, se darán en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecten al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

como de las consecuencias que pueden imponérselos, pero también como una forma de separación de la justicia penal de los adultos.

Lo anterior tiene sustento con lo preceptuado en el artículo 40. 3 (b) de la precitada Convención, por cuanto se determina el parámetro de que salvo el criterio de irresponsabilidad penal, los menores que queden arriba de ese límite son responsables penalmente, es decir que se les puede atribuir un juicio de culpabilidad. Así, la Convención señala la necesidad de establecer un límite de edad, bajo el cual los menores son estimados irresponsables³⁶, es decir que no se les puede irrogar capacidad de culpabilidad penal, para formularles, un juicio de reproche sobre delito³⁷, y ello queda reflejado en la determinación legislativa sobre la opción de que a cierta edad las persona menores se entienden para efectos penales no responsables³⁸, con lo cual también se traza una línea importante respecto de la forma de distribuir la responsabilidad, hasta antes de los doce años, la respuesta es meramente institucional, y después de los doce años hasta no cumplir los dieciocho será de índole punitivo pero diferenciada³⁹.

Sobre ese contexto, debe indicarse que la doctrina de la responsabilidad de manera diferente, implica que el menor es un ser humano responsable en atención al carácter intrínseco de su dignidad de persona humana⁴⁰,

36 El artículo 40.3. (a) dice: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

37 Fuera de este marco de edad, que determina el límite de responsabilidad penal, los menores se consideran irresponsables para los efectos del derecho penal, precisamente por ello es que el artículo 2 inciso final de la Ley Penal Juvenil, establece diferentes edades respecto de los menores, para la configuración de la responsabilidad, penal, así se estiman responsables, a los menores que tengan una edad entre dieciséis y dieciocho años; de igual manera jurídicamente se consideran responsables a los menores entre doce a dieciséis años de edad; y únicamente los menores que no hubieren cumplido los doce años se entienden exentos de responsabilidad penal

38 El inciso final del artículo 2 LPJ reza así: Los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común; están exentos de responsabilidad y, en su caso deberá darse aviso inmediatamente al instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia para su protección integral”.

39 Se quiere indicar con ello, que para los fines específicos de la Ley Penal Juvenil, los niños menores de doce años, al no ser responsables penalmente se entienden que no tienen capacidad de culpabilidad penal, y ello significa que para el derecho penal, son inimputables, en cuanto a las transgresiones de la ley penal respecto de los actos que ejecuten; pero al contrario, los restantes menores sí que son imputables penalmente, aunque de acuerdo a su edad, el régimen de sanción varíe en cuanto a las necesidades del control de su conducta, y a la defensa de los bienes jurídicos que la sociedad estime valiosos, confluye acá, una importante combinación entre el merecimiento de las sanciones y las necesidades de la coerción penal en sentido material.

40 El aspecto de la responsabilidad del ser humano, se encuentra asociado ciertamente al de su dignidad, como tal, la posibilidad de escoger aleticamente las opciones que se nos presentan mediante una decisión –al menos teñida– de racionalidad nos distingue de otros seres vivos, y cuando estas funciones están sensiblemente alteradas en el ser humano, la respuesta penal es de otro nivel, ahora bien, en los menores su edad cronológica y su capacidad síquica no queda afectada en razón de ese criterio psico-biológico, y aun cuando se entienda que penalmente no son capaces de ser responsables jurídicamente de sus actos por un parámetro normativo, la responsabilidad es asumida desde otra dimensión diferente del control social.

por lo cual, la intervención del Estado, sólo resulta posible cuando las acciones por el realizados le puedan ser atribuidos como objeto de su propia responsabilidad, así únicamente la conducta descrita legalmente como hecho punible puede ser objeto de atribución personal, para lo cual, el menor tiene que ser en todo caso responsable del acto cometido, con ello al tipo de injusto debe agregarse el criterio de responsabilidad personal⁴¹.

Respecto de los adolescentes que son objeto de responsabilidad penal, debe indicarse que el criterio de culpabilidad de los mismos, debe ser necesariamente diferenciada de la de aquellas personas que el sistema penal ha considerado ya jóvenes o adultos, para los fines del derecho penal, es decir para los fines de la determinación abstracta y concreta de la pena, para la formad de realización del proceso penal, y de manera sustancial para los ámbitos de su ejecución, ello es un aspecto diferencial en la configuración de las normas penales que es menester que se mantenga⁴².

Un primer aspecto esencial que genera este tratamiento desigual –que es necesario por imperativo constitucional, art. 35 Cn– es el grado diferente de imputabilidad, que puede predicarse de un menor respecto de una persona que es adulta⁴³; lo anterior, significa que en la composición de la categoría jurídica denominada “imputabilidad” no obstante, estimarse

41 Por el contrario, el delito que no pueden atribuirse a la responsabilidad del menor, no pueden generar ningún tipo de limitación de sus derechos fundamentales al menos desde una óptica marcadamente sancionadora. Así, cuando el menor, es una persona de menos de doce años, ninguna acto suyo, sea delito o no sea delito, puede implicar responsabilidad en el sentido de la intervención del Estado en su sentido de reacción penal, por cuanto la doctrina paternalista del correccionalismo, esta desterrada por el principio de culpabilidad; y cuando la persona por su edad, es irresponsablemente penalmente, lo es de toda consecuencia del sistema penal, inclusive aquella que pueda pretenderse “benefactora” o tuteladora, insistimos, el tipo de control social que se ejerce por el Estado debe tener matices diferenciados en esta realidad, que se manifiesta siempre en el modelo de la intervención institucionalizadora del Estado.

42 Lo anterior es uno de los fundamentos esenciales que distinguen al derecho penal juvenil del derecho penal convencional que se aplica para los mayores de dieciocho años de prisión. Y el efecto más notorio de ello, es la diferencia de la consecuencia jurídica que se depara para los delitos cometidos por adultos, que para los cometidos por menores, el régimen sancionatorio, es completamente diferente y ello es necesario que así sea, en cuanto a lo diferencial del parámetro de culpabilidad, sin ello, la debida diferencia entre los régimen sancionatorios penales sería una quimera de alcanzar, o dicho de otra manera, no se podría configurar debidamente la igualdad entre menores y adultos, dadas sus notorias diferencias y la necesidad de un tratamiento diferenciado.

43 Ciertamente media una diferencia de gradualidad en la formación de la racionalidad de los menores en todo su proceso de cognición evolutiva, así se ha señalado que son dos distintos los periodos de formación de valores en la persona, y aunque se destaquen cronológicamente son flexibles, el primer periodo es inductivo de la moralidad del adulto hacia el menor y alcanza hasta los siete año, luego se sucede otros de carácter participativo, siendo ellos el de desarrollo de la noción de cooperación entre ocho y diez años; y la perfección del mismo entre los once y doce años, y a partir de los mismos se clasifican estadios evolutivos de la conciencia moral de la persona lo cual se corresponde con seis etapas, la primera y segunda aluden a la moral pre-convencional, el de moralidad convencional desarrolla los estadios 3 y 4, los restantes el llamado post-convencional –*Piaget, Kohlberg*– en resumen, el desarrollo del sentido moral, y de racionalidad del ser humano respecto de las conductas que realiza es continuo, y ciertamente gradual y diferenciado entre los menores y adultos, vistos desde un estándar general.

a los adolescentes en relación a los jóvenes y a los adultos imputables de una manera distinta⁴⁴.

Sobre lo anterior convendría apostillar, que la menor edad de los jóvenes, respecto de los adultos, así como la caracterización psico-biológica de los primeros en relación a la forma de introyección de pautas, normas y valores, en una personalidad que todavía se está formando, permiten diferenciar un tipo diferente de imputabilidad, lo cual influye en la conformación de la culpabilidad y del reproche que tenga que hacerse jurídicamente de ella; es más, el aspecto de la experiencia de la vida en toda su integralidad que todavía no ha alcanzado a desarrollar una persona menor de dieciocho años, dimensionan otra diferencia en el ámbito mismo de la culpabilidad, que aconseja un tratamiento diferenciado⁴⁵.

En tal sentido debe indicarse que tratándose de menores de dieciocho años, se está ante una persona que se encuentra en un proceso complejo y delicado de formación de su propia identidad personal, es decir de la configuración de su propia personalidad, en una doble visión propia y en relación a los demás, y por ello, la propia evolución de lo personal, se encuentra todavía en una situación de evolución constante, sin que pueda esperarse en su generalidad, que la formación de la misma se encuentra solidificada⁴⁶, por cuanto es el proceso de construcción de vida lo que marcara la consolidación gradual de la misma.

Si se quisiera graficar lo anterior, se diría que el menor de dieciocho años, no ha construido de manera estable su personalidad tanto en el ámbito psíquico como en el social, el adolescente, es una persona que está todavía en un proceso educativo que se va perfeccionando; sus relaciones sociales, no han terminado de construirse, no es una persona que en ese momento debiera afrontar la conformación de una familia propia, no es

44 En el ámbito penal, tal categorización de la capacidad de ser culpables, debe ser construida reconociéndose la diferencia respecto de unos y otros, y así debe ser reflejada tanto en la construcción de las normas sancionatorias de la ley penal juvenil, como en los juicios de reproche que tengan que formularse a los menores de dieciocho años respecto de los delitos que se les atribuyan y de las consecuencias jurídicas sancionatorias que se les puedan imponer.

45 Ello es posible advertirlo en la configuración de la responsabilidad de los menores y así se tiene que se dispone sobre ello en la actual Ley Penal Juvenil la diferente gradualidad de las medidas que se pueden imponer precisamente con relación al artículo 2 y a lo previsto en el artículo 1 y a la forma en la cual las personas menores de dieciocho años quedan sujetas a tal normativa penal.

46 Es más el proceso de formación de la conciencia de la persona es un *continuum* y pecaríamos de ingenuos si sostuviéramos que al alcanzar la mayoría de edad, es decir dieciocho años, la persona ha completado su proceso de formación, racionalización y capacidad cognitiva respecto de lo relacional de la vida, ello no se alcanza simplemente por el transcurso cronológico, ni a ese límite de edad por arte de magia ocurre una transformación en los seres humanos, el límite de edad como aspecto de seguridad jurídica es necesaria para determinar con que intensidad responderá el derecho penal, pero no significa la superposición de lo jurídico sobre lo ontológico, es decir sobre la capacidad particular alcanzada por un ser humano en cuanto a los aspectos psicosociales que integran su personalidad y la capacidad de juicio.

una persona que por regla general, esta insertada en el ámbito laboral, es una persona que no ha conformado de manera decisiva su *ethos*⁴⁷ y su dimensión crítica; se trata, de un ser humano, que está en el desarrollo esencial de su propia identidad como persona⁴⁸.

Resulta entonces razonable que ante una persona que se encuentra en el proceso esencial de formación de su conciencia como ser humano, la respuesta penal sea completamente diferente, por cuanto el grado de imputabilidad que puede exigírsele es diverso, respecto de aquel que se podría exigir a una persona joven o adulta y por ello, se justifica un tratamiento diferenciado de responsabilidades, el cual también debe ser ejercido por una jurisdicción también especializada con un procedimiento distinto al que se sigue respecto de los jóvenes o adultos, y con un sistema sancionador también distinto.

En ese contexto, para adecuarse al parámetro convencional que establece como edad de responsabilidad diferenciada de las personas adolescentes el ser menores de dieciocho años⁴⁹, en el ámbito de la ley de protección también se fija ese parámetro de edad, con lo cual, los niños y adolescentes quedan sujetos a regímenes distintos de protección, lo cual obliga a que cuando a ellos se les sindicara de haber cometido una infracción penal, su proceso debe seguirse ante una autoridad especialmente establecida –el juez penal juvenil– sin que puedan ser procesados o juzgados por jueces ordinarios que tienen competencia para las personas adultas.

47 Utilizo el vocablo *Ethos* en el sentido de reflexión moral vivida y pensada, desde la conciencia o según lo expresa Zubiri “El vocablo griego *ethos* tiene un sentido infinitamente más amplio que el hoy damos a la palabra ética. Lo ético comprende, ante todo, las disposiciones del hombre en la vida, su carácter, sus costumbres, y naturalmente también la moral. En realidad se podría traducir por “modo o forma de vida”. Es como una segunda naturaleza, es decir, la conducta humana, libre y responsable, en cuanto que por ella, el hombre va conquistando nuevas realidades. Y como es consciente de que debe hacer su vida conforme a unos fines [pautas] el *Ethos* significa moralidad, relación entre lo que es de hecho, y lo que debe de ser”. BLÁZQUEZ Feliciano “Diccionario de las Ciencias Humanas”. EVD. Navarra. España. 1997 p 156

48 Esta perspectiva del derecho penal juvenil, es harto interesante y manifiesta su especialidad diferencial en cuanto a la construcción y reformulación de algunas de sus categorías, por ejemplo en el ámbito de la culpabilidad del derecho penal juvenil, el hecho de que el menor sea una persona que no tenga un proyecto de vida construida, impacta de manera decisiva en la conformación de las consecuencias jurídicas que se adoptan para enfrentar el delito cometido, ello sería impensable en el ámbito del derecho penal de adultos, por cuanto en este aspecto la culpabilidad por la forma de asumir la vida, se encuentra vedado, por el mismo principio de culpabilidad; empero esta misma culpabilidad por la vida, en el derecho penal juvenil, implica un diferente tratamiento, que redundará en la menor intervención del poder penal, es decir se vuelve un aspecto garantizador.

49 La Convención de los Derechos del Niño establece en el artículo 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”; y específicamente respecto de la atribución de conductas delictivas, el artículo 40.3 letra “a” dice: Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades, e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes y en particular: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

3. La importancia de la identificación de la persona en el proceso penal

Dicho todo lo anterior, es importante indicar que una cuestión fundamental en el procesamiento de las personas adultas, la práctica de la identificación de la misma, ello por cuanto, una actuación exigente en cuanto a los parámetros de identificar a las personas imputadas de cometer delitos, el poder separar a los jóvenes y a los adultos respecto de los adolescentes para evitar que estos últimos por cuestiones de identificación personal y aquí específicamente de su edad, sean procesados en el sistema penal de adultos cuando son personas sujetas a la ley penal juvenil⁵⁰.

Ante ello, las actuaciones en las diligencias iniciales de investigación imponen un deber de extremar las precauciones para lograr eficazmente la identificación personal de quien ha sido objeto de persecución penal⁵¹, se encuentre o no detenido⁵², la realización de los actos mínimos de indagar la completa identidad de las personas sujetas a investigación, incluida la edad que tengan es una cuestión que no debe verse como rutinaria, ni sin importancia, por cuanto la edad, es el parámetro que fija la competencia de la autoridad que conocerá del asunto, si resulta ser adulto, será el juez penal ordinario, pero si resulta ser adolescente entonces el conocimiento privativo le corresponde a una autoridad especialmente determinada para ello, y dicha cuestión de competencia no es baladí, sino que puede tener importantes implicaciones.

3.1. En el ámbito policial

La Policía Nacional Civil, es la primera de las autoridades que puede tener

50 En la práctica sucede que en muchos hechos denunciados o investigados, no se tiene al inicio identificada a la persona que es objeto de la denuncia o de la investigación, que a veces solo se le conoce por un nombre o un alias o apodo, sin que se sepa a cabalidad si la persona es mayor o menor de dieciocho años, en esos casos, la actividad de la autoridad que dirige y controla la investigación en su fase inicial –Fiscalía y Policía– deben extremar las medidas de indagación para poder identificar fehacientemente a la persona y determinar su edad, ello será fundamental para la mayor eficacia de las investigaciones.

51 Por ejemplo en la actividad policial y fiscal que se realiza, a esta última institución le corresponde la dirección de la investigación penal, y ello debe hacerlo en el cumplimiento de la estricta legalidad, como lo disponen los artículos 2, 10, 11 y 18 letras “d” y “f” de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y 3 y 19 del Reglamento Especial de la Fiscalía General de la República; dentro de esas actividad de legalidad, deben entenderse las actuaciones dirigidas a identificar a las personas y determinar su edad.

52 También ocurre, cuando se trata de detenciones en flagrancia que la persona privada de libertad, no tiene documento de identidad, que aunque se identifique con un nombre no de correctamente su edad, o pretenda dar falsamente estos datos, aun por cuestión de idiosincrasia sobre todo en el área rural, las personas dicen tener una edad ya cumplida, cuando han cumplido la edad precedente, por ejemplo, si cumplió diecisiete años a veces la gente dice tener dieciocho, porque entiende que “anda en dieciocho” y para ellos, esa es la edad que se tiene; como quiera que sea, la autoridad que tiene a su cargo las primeras pesquisas no deberían confiarse de la información que los imputados le proporcionan y es su deber investigar la identidad de aquel, y de manera importante su edad.

contacto con un hecho delictivo, por denuncia⁵³ o por haber capturado en flagrante delito a la persona sospechosa de cometer un hecho criminal⁵⁴, generalmente sucederá de esta manera sobre todo cuando se trata de la privación de libertad de las personas, puesto que esta actividad la realiza efectivamente el personal policial, tanto en las labores de prevención como de investigación, de resultas de ello, es que los agentes policiales serán casi siempre la primera autoridad que entra en contacto con el justiciable, y sus actuaciones deben encaminarse a la identificación de los mismos.

Así, uno de los aspectos más importantes que deben acompañar a la privación de libertad de una persona, son los actos tendientes a la averiguación de su identidad personal, y con énfasis a la determinación de la edad que tiene la persona, puesto que es un deber legal el identificar a los imputados⁵⁵, y esa actividad de inicio la ley la establece respecto de los agentes de policía⁵⁶, quienes deben actuar en estos casos bajo la dirección fiscal⁵⁷.

Se concretiza entonces para la policía cuando en las investigaciones penales indaga a las personas, proceder a identificarlos cuando los cita o los priva de libertad, y para ello, debe determinar en la medida de lo posible las generales, el domicilio y la residencia del imputado⁵⁸, y dentro

53 Por ejemplo el artículo 267 CPP que dice: “Cuando la denuncia o querrela sea presentada ante la policía, ésta actuará con arreglo a lo dispuesto en este Código, informando de su recibo a la Fiscalía General de la República dentro de un plazo máximo de ocho horas.

54 Así lo permite el artículo 13 inciso primero Cn, que dice “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente”. El artículo 323 inciso primero CPP dice: “La policía aprenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil para el inicio de la investigación correspondiente.

55 Efectivamente, la persona que es señalada como participante de un hecho delictivo adquiere la calidad de imputado [art. 80 inciso primero CPP] y es un deber legal proceder a su identificación como lo dispone el artículo 83 CPP que dice: “La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar estos datos o los proporciona falsamente se procederá a la identificación por testigos en la forma prevista para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles”.

56 Las acciones de aprehensión e identificación de los imputados son deberes que la policía debe cumplir como lo manda el artículo 271 inciso primero CPP que dice: “La policía, por iniciativa propia, por denuncia, aviso, o por orden del fiscal, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, a identificar y aprehender a los autores o partícipes; recogerán las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación”.

57 Así se encuentra prescrito, por el artículo 272 inciso primero CPP que reza: “Los oficiales, agentes y auxiliares de la policía, cumplirán funciones en la investigación de los hechos punibles bajo el control de los fiscales y ejecutarán las ordenes de estos y las judiciales de conformidad con este Código”.

58 Lo señala el artículo 273 N° 7 y 8 que en su orden prescriben: “Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes [...] citar o aprender al imputado en los casos y formas que este Código autoriza [...] identificar al imputado, determinando su generales, domicilio y residencia.

de sus generales, queda comprendida precisamente la edad de la persona investigada⁵⁹; esta actividad de indagación que hace la policía debe ser informada a la fiscalía y debe documentarse los actos que se practiquen tendientes a la identificación de la persona en la forma en que el Código lo autoriza⁶⁰.

3.2. En el ámbito fiscal

Si a la policía le corresponde realizar actos positivos para la identificación de los imputados y la determinación de su edad, esa misma obligación con un ámbito de mayor exigencia por ser los directores de la investigación penal cuando se practican las diligencias iniciales de indagación corresponde a la Fiscalía General de la República quien legalmente tiene la atribución de investigación de los delitos.

Dentro de la atribución de investigar los hechos delictivos⁶¹, corresponde a los fiscales, la dirección, coordinación y el control jurídico de las investigaciones⁶², de ahí que la dirección para que se indague la identificación del imputado y se puedan establecer sus generales entre ellos, la edad es una competencia del fiscal director de los actos de investigación, y para ello se encuentra investido de poderes especiales⁶³, teniendo un predominio importante en la investigación que se realiza aun en la etapa instructoría⁶⁴, su deber entonces se corresponde con investigar

59 La frase generales aparece en el vocabulario jurídico como “generales de ley” vinculándose a las preguntas que a las personas deben hacerse y significa “La serie de aquellas que se dirigen a todo testigo para determinar su nombre, edad, estado y condición y otros datos de interés [...]”. CABANELLAS DE TORRES Guillermo “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo N° 6. Heliasta. Buenos Aires. Argentina 2009 p 404

60 Lo prescriben así el artículo 276 inciso primero y segundo CPP que dice: “Los oficiales o agentes de la policía informarán a la Fiscalía General de la República dentro del plazo máximo de ocho horas, de todos los delitos que lleguen a su conocimiento y practicaran una investigación inicial para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga y ocultamiento de los sospechosos. En todo caso actuarán bajo la dirección de los fiscales. Para documentar sus actos, la policía observará en lo posible las reglas previstas para la instrucción. Bastará asentar en acta, con la mayor exactitud posible las diligencias de utilidad para la investigación”.

61 Lo señala el artículo 74 inciso primero CPP que dice: “Corresponderá a la Fiscalía General de la República dirigir la investigación de los delitos y promover la acción penal ante los jueces y tribunales correspondientes.

62 Reglado en el artículo 75 inciso primero que manda: “Al fiscal le corresponde de manera exclusiva la dirección, coordinación y control jurídico de las actividades de investigación del delito que desarrolle la policía [...]”.

63 Así se determina en el artículo 77 inciso primero y segundo que en lo pertinente dicen: “En el ejercicio de sus funciones, los fiscales tendrán el poder de solicitar informaciones, requerir la colaboración de los funcionarios públicos, autoridades o personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, quienes tendrán la obligación de prestar la colaboración y expedir la información que se les solicite sin demora alguna cuando sea procedente. También podrán citar a testigos y víctimas, practicar todas las diligencias que considere pertinentes para la investigación [...]”.

64 Se dice en el artículo 270 incisos primero y segundo CPP “Tan pronto como la Fiscalía General de la República tenga conocimiento de un hecho punible sea de oficio, por denuncia, querrela o aviso, procurará que no se produzcan consecuencias ulteriores e iniciara la investigación, salvo los casos autorizados por

todos los aspectos del delito, quedando incluido entre ellos, el autor del mismo, su identificación y dentro de lo que aquí nos ocupa su edad.

La determinación de la edad del imputado es fundamental, porque tal condición es un punto elemental en la comprobación de su identidad personal, con la exigencia añadida de que la edad de las personas justiciables, por expresa disposición constitucional y legal⁶⁵, separa en materia penal las jurisdicción ordinaria y especial, la primera para los jóvenes, adultos y senescentes, y la segunda para los adolescentes, de ahí que la indagación de la edad de la persona imputada es un acto importante⁶⁶ y que se exige legalmente para la formulación del requerimiento fiscal, en el cual deben plasmarse como fruto de la investigación realizada las generales del imputado, siendo decisiva su edad⁶⁷.

3.3. En sede de justicia de Paz

Ahora bien, si se ha dicho que tanto policía tienen deberes de identificación del imputado al cual han indagado, y dentro de esa determinación de identidad es aspecto primordial la edad, por que conforme a la misma se determinará el aspecto de la competencia material que corresponderá al juez que deba conocer, esa cuestión también genera deber de control para el juez ante quien se presenta el requerimiento, que en este caso es el Juez de Paz.

En efecto, la ley ha señalado en un sentido general que el Código Penal,

este Código o por la ley. El fiscal extenderá la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las sirven para descargo del imputado procurando recoger los elementos de prueba cuya pérdida es de temer. Si estima necesaria la práctica de un acto urgente de comprobación que requiera autorización judicial o un anticipo de prueba, la requerirá en seguida al juez competente; en caso de urgencia al más próximo. También realizará las investigaciones que solicite el imputado o su defensor para aclarar el hecho y su situación.

65 En este caso los artículos 35 de la Constitución, en cuanto a la jurisdicción especial a la cual quedan sujetas los menores, 17 del Código Penal en cuanto a la exigencia de aplicar el Código Penal para las personas mayores de dieciocho años; el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 2 de la Ley Penal Juvenil, art. 3 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

66 Por ello, el fiscal no debe confiarse en la información inicial que se pueda indagar por el policía y menos cuando dicha información tenga como única fuente los datos proporcionados por el imputado, por cuanto, los mismos pueden ser inexactos o maliciosamente distorsionados, por ello, el acto de identificación del imputado con sus datos y su edad, en la medida de lo posible habrá de sustentarse en documentos que tengan carácter oficial o de autenticidad, por ejemplo, Certificación de Partida de Nacimiento, Documento Único de Identidad, Pasaporte, es decir la indagación fiscal debe procurar que la persona resulte identificada por documentos que auténticamente garanticen la información por su condición de documentos públicos, esa es una actividad primordial en las diligencias iniciales de investigación que no debería soslayarse.

67 El requerimiento fiscal que es la actuación con la cual se inicia el ejercicio de la acción penal, es un acto de estricta seriedad, y aun cuando la investigación puede estarse iniciando, uno de los aspectos más importantes que el fiscal debe realizar es la identificación del imputado por los documentos que más garanticen su identidad, y dentro de ellos su edad, por cuanto el requerimiento fiscal exige la determinación de las generales del imputado, así lo prescribe el artículo 294 N° 1 CPP que reza: "La solicitud contendrá: Las generales del imputado o las señas para identificarlo".

solo puede ser aplicado en la jurisdicción ordinaria, a las personas mayores de dieciocho años, y ha establecido a su vez la obligación de que el imputado deba ser identificado⁶⁸, y si tal actividad en las diligencias iniciales de investigación son obligatorias para los policías y fiscales, en sede judicial, habiéndose ya judicializado la investigación tal obligación de control, le corresponde al juez de paz que conoce del requerimiento fiscal presentado⁶⁹.

Lo anterior, es así, puesto que de la edad de la persona dependerá la atribución de la competencia material para juzgar adultos e impedir el juzgamiento en esa jurisdicción de personas adolescentes⁷⁰, de manera que el juez habrá de actuar aun cuando el término puede ser corto, con la mayor diligencia posible, ello indica tratar de establecer por los medios adecuados la edad de la persona justiciada⁷¹.

Conforme a lo dicho, será importante que el juez de paz en la actividad de control sobre esta primera fase inicial del procedimiento, que se concentra en la presentación del requerimiento fiscal, en el transcurso del termino de inquirir cuando se ha decretado tal clase de detención y en la celebración de la audiencia inicial, se desarrollen todos los necesarios para ejercer un adecuado control del requerimiento fiscal, teniéndose en cuenta también

68 Precisamente aquí aplica lo dispuesto en el artículo 83 inciso primero CPP que manda: “La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar estos datos o los proporciona falsamente se procederá a la identificación por testigos en la forma prevista para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles”. Adviértase que la disposición la ley nada a que inclusive ante la posibilidad del justiciable de ser reticente a dar sus datos, o sí se tiene sospecha de haberlos dados falsamente, se pueda recurrir a testigos de identidad para que el imputado pueda ser identificado.

69 Ciertamente la actividad de control sobre el requerimiento fiscal se determina como atribución del juez de paz, según lo establece el artículo 56 letra “b” puesto que dicho requerimiento se conoce precisamente en audiencia inicial, así dice la disposición precitada “Los Juzgados de Paz conocerán [...] De la audiencia inicial” y el artículo 297 CPP reza. “No podrá realizarse la audiencia inicial ni iniciarse la instrucción formal sin el respectivo requerimiento fiscal”.

70 Respecto de ello, en materia de competencia, se distingue claramente la competencia ordinaria y la ordinaria especializada, siendo jurisdicciones *ratio materia* cuyo conocimiento es privativo de cada una de ellas, y a diferencia de otra clase de competencia la prohibición de conocer de esas materias, es absoluta, no sólo por la garantía del juez natural, sino porque respecto de los adolescentes constitucionalmente se ha establecido la sujeción a una competencia especial. El artículo 49 en sus incisos primero y segundo dice: “Son organismos ordinarios comunes que ejercen permanentemente competencia penal: la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Penal de la misma, las cámaras de segunda instancia y los juzgados de primera instancia a los que la ley dé tal competencia, y a los juzgados de Paz. Son organismos ordinarios especializados los juzgados y Cámaras de segunda instancia a quienes se les ha otorgado tales competencias.

71 Para resolver la cuestión de la audiencia inicial, y la situación jurídica del procesado, los términos previstos legalmente realmente resultan cortos, setenta y dos horas según el término de inquirir si la persona se encuentra detenida [art. 298 N° 1 CPP] y cinco días hábiles cuando la persona no se encuentra detenida; en todo caso, es menester que el juez de paz, no se confíe en la información que se le brinda por mera información en el requerimiento fiscal, sino que en la medida de lo posible realice todas las actividades que pueda para documentar la identidad del procesado y de manera primordial su edad, puesto que con ello asegurará en la mayoría de los casos, que no está procesando a personas que son adolescentes y respecto de los cuales no tiene competencia para su juzgamiento.

de manera importante el control sobre la edad de la persona requerida penalmente⁷².

Para asegurar la identificación del imputado y primordialmente su edad, el momento también oportuno para que el juez se cerciore de lo anterior es la etapa de la intimación⁷³, acto en el cual se le hacen saber al imputado los cargos que le han sido atribuidos por la fiscalía y se procede a realizar la posibilidad de indagarlo⁷⁴, y aunque el justiciable no decida rendir su indagatoria de participación, si es obligación del juez para fines de identificación procesal, tomarle la indagatoria de identificación⁷⁵, momento en el cual, podrá cerciorarse de la edad que manifiesta el imputado y ante situación de sospecha que podría ser un adolescente debe el juez proceder a tratar de confirmar su edad⁷⁶.

72 Precisamente dentro de las facultades de control, el juez de la audiencia inicial, debe examinar si el requerimiento que ha presentado la fiscalía cumple todos los requisitos previstos por la ley para el mismo, y en caso de no cumplirse debe prevenirse su cumplimiento; así, cuando se determina por el fiscal la edad de la persona sin documento que ampare tal dato, y pueda tenerse sospecha fundada que la edad de la persona pueda resultar no cierta y el justiciable posiblemente sea menor de dieciocho años, la autoridad judicial debería tratar de asegurar la veracidad del dato, requiriendo a las oficinas correspondientes la certificación de partida de nacimiento, o el asiento de registro del documento único de identidad, como medidas iniciales por cuanto lo que debe asegurarse es que no se trata de una persona adolescente al momento de haberse cometido la infracción penal, sino que se trata de una persona joven o adulta al momento de los hechos delictivos que fueron cometidos. El artículo 294 inciso final CPP dice: Si falta alguno de estos requisitos el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial, si el imputado estuviera detenido, o fijará un plazo de tres días para ello, si el imputado no lo estuviere. Si los datos no son completados el requerimiento será declarado inadmisibles”.

73 La intimación es el acto procesal por el cual la autoridad hace del conocimiento del procesado los hechos que se le atribuyen y como tal es un derecho del imputado según lo prescribe el artículo 82 N° 1 CPP que establece: “El imputado tendrá derecho a: Ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido”;

74 La indagación es una figura constitucional que tiene mayor efecto cuando la persona se encuentra detenida, y es un acto personal del juez respecto del imputado, así dice en lo atinente el artículo 13 inciso tercero de la Constitución “La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas, y el tribunal correspondiente estará obligado a notificarle al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria [...]”. Precisamente el artículo 90 inciso primero CPP regula la cuestión de la indagatoria y dice: Antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente y de un modo comprensible al imputado el hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en la medida conocida [...]

75 Sobre ello, el artículo 91 CPP preceptúa: “El juez indagará la identidad del imputado, preguntándole su nombre, apellido, u otro dato que le permita identificarlo, edad, estado familiar, profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida, nombres de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente e hijos y de las personas con quien vive, de las cuales depende o están bajo su tutela.

76 Si se advierte, dentro de lo que el precepto anterior manda examinar, se encuentran la edad del justiciable, el lugar y fecha de nacimiento y el nombre de sus padres, es decir, la indagatoria de filiación bien realizada permite al juez darse cuenta de datos esenciales sobre la identidad del imputado; como se ha venido resaltando la edad, es un aspecto importante de indagar, puesto que determina la competencia del juez, y tal autoridad debe ser celoso, cuando según la información de los hechos y la brindada por el imputado, pudiese resultar ser éste adolescente al momento de cometerse el hecho criminal, siendo a guisa de ejemplo casos sospechosos: a) la persona es bastante joven, según la edad declarada [18 a 20] años de edad, en relación a los hechos, y no hay documento de respaldo sobre la edad que el imputado afirma tener; b) la persona afirma categóricamente ser menor de dieciocho años, no teniéndose documento de respaldo; c) los hechos resultan ser varios y confusos, no determinándose claramente el tiempo de ocurrencia, y ello podría tener incidencia en la edad de la persona cuando fueron cometidos; d) los hechos investigados sucedieron tiempo atrás, y aunque se esté con una persona joven o adulta, debe determinarse su edad,

Para lo anterior, es menester que el juez realice las actividades que sean más necesarias a fin de lograr no solo la correcta identificación del imputado, sino de manera más importante su edad⁷⁷, en estos casos, de ser posible deben agotarse actos de comprobación de edad que permitan preliminarmente determinar si la persona podría ser mayor o menor de dieciocho años⁷⁸.

Es de importancia lo que se indica cuanto ello determinará su competencia⁷⁹, resultando que si es menor de la edad pre citada, sin mayor trámite el juez de paz debería reconocer su no competencia por razón de la materia y remitir al adolescente al juez penal juvenil, por ello la determinación de la edad del imputado en esta etapa puede ser crucial, y en tal sentido la ordenación de los actos necesarios incluida la pericia respectiva es un aspecto que debe tenerse muy en cuenta, a fin de evitar

conforme al tiempo de los hechos sucedidos, no habiendo claridad en ello; e] los hechos imputados son delitos de pertenencia con carácter permanente, de manera que aunque se esté actualmente ante una persona joven o adulta, al momento de iniciarse su ejecución, la persona podría haber sido adolescente, *vervi gratia* el delito de agrupaciones ilícitas; f] el imputado por su complexión física aparente no coincide con la edad que declara ante el juez, según el análisis de experiencia que el juez puede aplicar, es decir, dice tener más edad, pero aparenta menos y no hay documento de constatación de la edad.

77 El problema que tiene el juez en estos casos, es el de una persona que dice tener una edad, pero no hay documento con carácter suficiente que respalde esa afirmación [partida de nacimiento, documento único de identidad, asiento de registro de documento único de identidad, pasaporte] y tiene una persona o que afirma ser menor de dieciocho años, o aunque dice ser mayor de dieciocho años, concurre sospecha que podría tener menos edad al momento de cometerse los hechos, en esos casos, el juez puede acudir a testigos de identidad cuando sea posible –art. 83 inciso primero CPP– pero de manera más prudente a una pericia medica de edad media.

78 Concorre aquí cuando se tienen problemas para hacerse de la prueba documental que pueda acreditar la edad del menor, sobre todo por la urgencia del tiempo en una fase tan corta como la que resuelve la audiencia inicial, la necesidad de ordenar la práctica de la pericia de edad media, por lo cual, él o los peritos indicaran conforme al estudio corporal de la persona la edad aproximada que podría tener, sobre esa clase de prueba, se trata de métodos de identificación en personas vivas y se dice: “[...] En este examen visual se obtiene sólo una estimación aproximada de la edad del sujeto que debe ser precisada posteriormente con el examen radiográfico de los puntos de osificación y la evolución dentaria que veremos más adelante. En los niños aún pueden ser útiles las tablas de Quetelet validas hasta la edad de trece años; aunque han quedado superadas por las tablas de Sampé publicadas en 1971 que alcanzan hasta los 17 años de edad [...] Para la determinación de la edad, tanto en el cadáver como en el sujeto vivo los estudios radiográficos ofrecen mayores posibilidades que el resto de los parámetros clínicos morfológicos, tales como talla, el peso, aparición de caracteres sexuales secundarios etc., que van a verse influenciados por factores genéticos y nutricionales [...]”. GISBERT CALABUIG Juan Antonio “Medicina Legal y Toxicología”. 5ª edición. Masson. Barcelona. España. 1998 pp 1132 y 1140.

79 Se ha dicho, la necesidad de prueba documental idónea para acreditar la edad, cuando ello fuera posible, en caso de no serlo, es menester recurrir a la pericia de determinación de edad –o de edad media en el argot forense– teniendo en cuenta que dicha prueba podría ser sólo preliminar, mientras se puede determinar la edad de la persona con documentos fehacientes, tal potestad la tendría el juez de paz al amparo de los artículos 153 CPP que dice: “El juez o tribunal podrá de conformidad con la ley, dirigirse directamente a cualquier autoridad o funcionario de la República, quienes prestaran su colaboración y expedirán los informes o certificaciones que les soliciten, sin demora alguna y en forma gratuita”; y el artículo 226 inciso primero CPP que establece “El juez o tribunal ordenará peritajes cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba sea necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”. Lo importante es que el juez de paz si tiene sospecha fundada que la persona imputada que se le ha presentado como adulto podría ser menor de dieciocho años al momento de los hechos, proceda a tratar de despejar esa situación.

que adolescentes sigan procesados en la jurisdicción de adultos, cuando es posible determinar al menos con probabilidad su edad⁸⁰.

3.4. En la etapa de instrucción

Según se ha dicho, las fases del proceso penal, deberían permitir que la cuestión del control sobre la edad de la persona imputada como exigencia de su identificación, pudiesen realizarse con un ámbito de eficacia suficiente⁸¹, es decir que en aquellos momentos pudiese determinarse quien es joven o adulto, y quien menor de dieciocho años, pero la práctica ha indicado que la cuestión es problemática⁸², y que en varios casos, la persona siendo adolescente pasa a la fase de instrucción procesado como adulto, con lo cual, se impone también al juez instructor un mayor protagonismo en el ámbito de su competencia para detectar y evitar que personas menores de dieciocho años sean procesados como adultos⁸³.

Como consecuencia de lo anterior, debe señalarse que el control de la instrucción formal corresponde al juez instructor quien debe realizar todos aquellas actuaciones que permitan concluir una adecuada investigación respecto de los hechos imputados, tanto para decidir en su momento si el caso debe pasar a juicio o no, clausurando en su momento la etapa instructoría⁸⁴, dentro de esa actividad, es fundamental que el juez verifique todos los aspectos importante relativos a la edad de la persona encartada,

80 Un buen ejemplo de cómo funciona ello, puede ser lo previsto para ley penal juvenil por cuanto el artículo 26 de la Ley Penal Juvenil que dice: “La edad del menor se comprobará con la certificación de la partida de nacimiento, pero a falta de ésta se estimará con base al dictamen pericial efectuado por un médico forense del Instituto de Medicina Legal o por dos médicos en ejercicio de su profesión. El dictamen debe realizarse y remitirse en un plazo que no excederá de cuarenta y ocho horas después de notificada la resolución que la ordena.

81 Nos referimos aquí a la cuestión ya citada *supra* en el sentido que en las diligencias iniciales de investigación le correspondería a la policía, pero sobre todo a la fiscalía como ente controlador de la actividad policial y director de la investigación en esa fase el establecer la edad de las personas imputadas de delito y respecto de las cuales se presentará requerimiento fiscal; y también corresponde actividad de control al juez de paz sobre la solicitud de requerimiento fiscal en cuanto a la edad del justiciable, digamos que serían dos especies de filtros importantes para evitar el procesamiento de menores como adultos.

82 Ciertamente en la práctica, siguen presentándose diversos casos, en los cuales menores son procesados como adultos, como resultado de la mínimas actividades de confirmación sobre un dato tan importante del encartado como lo es la edad, ello sucede usualmente porque no se cuenta con documentos que puedan respaldar la edad que la persona dice tener, y si las autoridades se conforman sólo con el dicho del justiciable o con la información también verbal que en su momento expresó ante las distintas autoridades ante las cuales compareció –policías, fiscales, juez de paz– la no corroboración de ese dato, puede generar que se descubra posteriormente que la persona que aparecía como adulto era adolescente al momento de los hechos, lo cual puede hacerse más complejo, cuando se trata de casos, con mucho imputados y hechos atribuidos en distintos tiempos.

83 La competencia del juez instructor se encuentra establecida en el artículo 54 CPP dice: “Los jueces de primera instancia de instrucción conocerán “De la instrucción formal en todos los delitos de acción pública”

84 El artículo 301 CPP prescribe: “La instrucción formal tendrá por objeto la preparación de la vista pública mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado.

para garantizar que el procesamiento en este momento sólo será respecto de los adultos, y no de menores de dieciocho años.

Debe aquí reconocerse que el juez de instrucción no puede tener un papel pasivo en tal etapa, puesto que al mismo le corresponde el control de la actividad probatoria en la fase judicial, y sobre todo asegurar la tutela de los derechos de los justiciables –tanto imputado como víctima– así como garantizar el control de la actividad de contradicción entre las partes⁸⁵, y dentro de esta actividad habrá de suponerse que en esta actividad de preparación el juez instructor que tiene a cargo el plazo más largo del procedimiento⁸⁶, debe asegurar en la mayor medida posible que se juzgan no menores sino adultos⁸⁷.

En resumen, el juez de la etapa de instrucción debe desempeñar un papel importante para evitar en el mayor grado posible, que una persona que es adolescente pueda ser objeto de un procesamiento instructorio y de una elevación a juicio, por haber sido procesado como adulto, no siéndolo, para ello, los esfuerzos a fin de corroborar y acreditar fehacientemente su edad deben realizarse con la máxima exigencia e inclusive aun teniendo en cuenta la presunción de minoridad⁸⁸.

85 Así el artículo 303 inciso primero CPP indica “Corresponderá al juez de instrucción realizar los anticipos de prueba, autorizar los actos urgentes de comprobación sujetos a control judicial, resolverá sobre las excepciones y demás solicitudes y controlará el cumplimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y las leyes”.

86 En efecto, la instrucción formal puede durar hasta seis meses y podrá extenderse durante tres meses más si el delito es menos graves y hasta por seis meses más si el delito es grave, con lo cual, la investigación en esta etapa judicial podría durar de nueve a doce meses; y durante ese tiempo un aspecto importante es asegurar la edad que tiene el justiciable para evitar que solo se procesen jóvenes o adultos y no adolescentes por los tribunales ordinarios, el recibimiento de la indagatoria de filiación del imputado si fuere necesario, y la práctica de las diferentes actividades de prueba para confirmar la edad de la persona, es una cuestión importante a desarrollar, si el juez instructor tiene dudas sobre la edad del justiciable, o si específicamente las partes presentan esta cuestión.

87 Los aspectos problemáticos de la determinación de la edad pueden ser diversos, y algunos ya se han enunciado, el juez de instrucción debería entonces asumir con especial cuidado, el acreditamiento de esta circunstancia integrante de la identificación del imputado, y primero respaldar documentalmente la edad que dice tener el justiciable, como se vio, para ello se cuenta con el plazo más largo de todo el procedimiento, de ahí que, es menester que cuando el imputado no ha sido identificado con su Documento Único de Identidad el juez pueda pedir la certificación del asiento de dicho documento al registro respectivo, en su caso la certificación de partida de nacimiento u otro documento público que pueda acreditar de alguna manera fehaciente la edad de la persona; en todo caso, debería recurrir a otros medios de prueba sino se pueda contar con la documental –personas que no tienen documento, que no han sido asentadas mediante la partida de nacimiento, que son extranjeras– lo importante es poder determinar con el mayor grado de acierto que el justiciable no es un menor de dieciocho años.

88 Este es otro aspecto central, que aunque se presenta aquí puede aplicarse perfectamente ante el juez de paz o el juez sentenciador, y ello significa que si no se tiene respaldo documental apropiado sobre la edad del encartado, si la pericia de edad media, tampoco es concluyente, y no se puede saber con acierto, si la persona es adolescente o mayor de dieciocho años, lo que debe privar en todo caso es la decisión de presumirlo menor de edad, y en consecuencia tratarlo como tal, lo cual significará la estimación de no competencia del juez de adultos, con fundamento en la presunción de minoridad que se tiene establecida legalmente por una parte en la Ley Penal Juvenil, en el artículo 7 que reza: “En todo caso que no se pudiese establecer la edad de una persona presumiblemente menor, será considerada como tal, y quedará

3.5. En la fase plenaria

Según se ha venido exponiendo el agotamiento de la fase de instrucción en general⁸⁹, debería suponer que para la fase de juicio, cuando se realizado una adecuada investigación de los hechos y las personas, el establecimiento de la edad de la persona sometida a proceso penal de adultos, es una cuestión que ya debería estar acreditada con la mayor certeza posible, pero la *praxis* indica que si la cuestión de la edad no se asumió con la debida seriedad este aspecto se podría trasladar a la etapa del plenario, por lo cual, los jueces sentenciadores deben extremar las cautelas cuando puedan percibir cuestiones problemáticas respecto de la edad del justiciable⁹⁰.

Un primer momento que resulta oportuno es precisamente el inicio del plenario, en el cual una revisión meridiana del expediente judicial⁹¹, debe enfilarse al aspecto de tener claro la edad de la persona que se va a juzgar en relación a los hechos que se le atribuyen y si se tuviesen dudas respecto de la edad de la persona, podrían al inicio del plenario realizarse las comunicaciones correspondientes para verificar la edad de la persona y evitar instalarla vista pública sin tener cuando se pueda corroboración suficiente sobre este aspecto⁹².

Si el procedimiento se encuentra ya en fase de vista pública y no se realizó la revisión respectiva, la fase inicial de la vista pública, es un momento oportuno para poder dejar acreditado este aspecto siempre que se pueda

amparada por las disposiciones de esta Ley; y también en el artículo 4 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, cuando dice: En los casos de existir duda sobre la edad de una niña o niño o adolescente se presumirá niña o niño antes que adolescente. En el caso que la duda fuera sobre la persona es adolescente o mayor de edad, se presumirá adolescente”.

89 Dividida en los actos y diligencias iniciales de investigación que se desarrolla generalmente en sede fiscal y la etapa de instrucción judicial que se tramita ante los jueces de paz y de instrucción.

90 Para señalar algunos ejemplos, cuando no hay corroboración documental del acusado, y la edad que se ha declarado es cercana a los dieciocho años; cuando hay diversos hechos acusados y la edad de la persona con respecto a los hechos cometidos, podría coincidir con menos de dieciocho años, cuando no hay claridad sobre los hechos en relación al tiempo en que se cometieron y la edad de la persona podría resultar menor de dieciocho, en delitos de organización, de pertenencia o de carácter permanente en el cual, la edad de la personas podría también coincidir con menos de dieciocho años en el momento de la ejecución.

91 El artículo 366 inciso primero CPP manda: “El presidente del tribunal de sentencia dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidas las actuaciones fijará el día y la hora de la vista pública, la que no se realizara antes de diez días ni después de un mes. En los casos de conocimiento unipersonal esta facultad corresponderá al juez designado”.

92 Así en el plazo señalado de diez días previo a la instalación de la vista pública, al tenerse dudas sobre la edad de la persona, podrían librarse las comunicaciones respectivas [art. 153 CPP] para obtener los documentos respectivos que acrediten la edad de la persona [por ejemplo certificación de partida de nacimiento, certificación del asiento del registro del documento único de identidad personal] y en caso de no poderse obtener la pericia respectiva para acreditación de edad media, en todo caso es mejor anticiparse a esta situación mediante la revisión del expediente para determinar de qué forma se ha acreditado la edad de la persona, si el dato es relevante.

y el juez perciba al tener presente al imputado alguna situación de duda respecto de la edad, ello puede hacerse precisamente en el momento de intimar al imputado y recibir su indagatoria, que en el caso de la de identificación siempre resulta obligatoria⁹³.

Si de la indagatoria del imputado, de las pruebas desfiladas, o de la moción de alguna de las partes, resultase que se cuestiona la edad del justiciable, en el sentido que se afirma ser menor de dieciocho años al momento de haberse ejecutado los hechos del delito, el juez debe considerar con suma prudencia este aspecto, y deberá resolverlo de la mejor manera posible, por ejemplo, si se presenta documento idóneo que acredite la edad de la persona⁹⁴, aunque tal prueba de carácter documental no se hubiese ofrecido en la audiencia preliminar⁹⁵.

En el caso anterior, el juez tiene toda la potestad legal para admitir tal prueba de conformidad a lo previsto en lo relativo a la prueba de incorporación por lectura⁹⁶, y por ello, dicha prueba documental puede ser admitida sin que se genere quebranto legal⁹⁷, siendo aún más relevante cuando dicha prueba acredita una edad distinta de la persona que determinaría la competencia del tribunal.

93 El artículo 381 regula la declaración del encartado en el juicio y dice: “El juez que preside explicará al imputado con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, con la advertencia de que puede abstenerse de declarar y que la vista pública continuara aunque él no lo haga”. Para la indagatoria del imputado resultan aplicables lo previsto en los artículos, 90, 91, 92 y 94 CPP dentro de ello la indagatoria de filiación que es uno de los momentos adecuados para disipar cualquier cuestión dudosa respecto de la edad de la persona, sería el momento más adecuado para hacerlo.

94 Estamos hablando de documento certificación de partida de nacimiento, puesto que sucede que en muchos casos, por la no exigencia del respaldo documental de la edad de la persona, es hasta etapas avanzadas del procedimiento a que se viene a presentar la “partida de nacimiento”.

95 Por regla general la prueba se ofrece en la audiencia preliminar y ese es la etapa idónea para ofrecer y presentar las pruebas por las partes para que sea admitida para la vista pública, sin embargo la misma ley excepciona algunos supuestos permitiendo su ofrecimiento y admisión inclusive para la vista pública, tal es el caso de la prueba documental.

96 Sobre ese particular el artículo 372 N° 4 e inciso final CPP dice: Sólo se pueden ser incorporados al juicio por su lectura [...] Los reconocimientos, la denuncia, la prueba documental o de informes realizadas conforme a la ley. Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, para que tenga validez deberá hacerse previa autorización del tribunal oyendo a la parte a quienes afecte la incorporación”. La norma como se ve, permite que en el desarrollo de la vista pública la parte pueda ofrecer prueba de carácter documental que se incorpora por lectura, con lo cual el tribunal para admitirla debe escuchar a la parte contraria, y después resolver sobre si permitirá su admisión, inclusive la parte no oferente podría fundamente solicitar la suspensión de la audiencia de la vista pública –o un receso según el caso– para verificar la legalidad del asiento [art. 375 N° 6 CPP].

97 En este caso de ofrecimiento de prueba documental en la vista pública, no se correspondería ningún quebranto legal, si el juez admite dicha prueba, puesto que la norma procesal pre citado específicamente lo permite, al contrario concurriría vicio *in improcedendo* si el juez denegara dicha prueba con el argumento de que no fue ofrecida en la audiencia preliminar, por cuanto la ley si permite incorporar en el juicio por su lectura, elementos de prueba no ofrecidos anteriormente y peticionados hasta ese momento. Así Ref. AP/134/SDC/2014 Sentencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de las diez horas del doce de agosto de 2104.

El otro supuesto que puede encajar en el transcurso de la vista pública para poder acreditar debidamente la edad de una persona que se está enjuiciando como adulto y resultan sospechas fundadas que se trate de una persona menor de dieciocho años, es la opción de la prueba para mejor proveer, en estos cuando se controvierte la edad de la persona, y se generan dudas sobre si es menor o mayor de edad al momento de los hechos, que en este caso constituiría el fundamento fáctico de un hecho nuevo, el juez puede ampararse a la prueba para mejor proveer⁹⁸ y ordenar la incorporación de la prueba que estime necesaria para despejar cualquier duda sobre la edad del justiciable⁹⁹.

Si resultase de la práctica e incorporación de la prueba documental o pericial en su caso¹⁰⁰, que el encartado es menor de dieciocho años, lo que correspondería sería una declaratoria de incompetencia por razón de la materia, por lo cual el juez sentenciador en cualquier momento del plenario que tenga establecida la edad de la persona justiciada y si resultase ser adolescente tendría que dejar de conocer, según el caso declarar la nulidad de las actuaciones y remitir el caso al juez penal juvenil anunciándole competencia, en estos casos por tratarse de una cuestión de competencia en razón de la materia, el juez de lo común no podría seguir conociendo y la declaratoria de incompetencia es indefectible.

4. Las consecuencias jurídicas del procesamiento de adolescentes en la jurisdicción de adultos

Según se ha indicado, la importancia de que los operadores del sistema de justicia penal –fiscales, defensores, jueces etc.– procedan con la mayor rigurosidad al examen y acreditación de la edad de la persona que ha sido procesada, es precisamente evitar que los adolescentes sean objeto de procesamiento en la jurisdicción de adultos, por cuanto los efectos que se generan tienen trascendencia tanto para los derechos del imputado pero también para los derechos de la víctima, por cuanto, siendo la jurisdicción

98 El artículo 390 CPP establece: “El tribunal podrá ordenar, aun de oficio la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su establecimiento. Los nuevos en este caso estarían referidos a la edad de la persona, que es la cuestión dudosa, y la cual podría ser aclarada mediante la incorporación de la prueba pertinente.

99 En estos casos, debe preferirse la incorporación de prueba de carácter documental, que sería la más pertinente a fin de probar cuando nació la persona para fijar su edad biológica en el transcurso del tiempo, resultando entonces el documento público más idóneo, la certificación de partida de nacimiento, siendo aplicables los artículos 186, 187 188 y 196 del Código de Familia; el artículo 52 del Código Civil, y los artículos 4 y 34 de la Ley del Nombre.

100 Lo más conducente sería la prueba documental, pero si no se tuviese y la persona afirma ser menor de edad, debe recurrirse a la prueba de identificación personal en relación a la edad, y determinarse así la probable edad del inculpado, en caso de duda correspondería aplicar la presunción de minoridad, que operaría hasta que no se demostrase fehacientemente que la persona es mayor de edad.

penal juvenil especializada, las actuaciones realizadas por los jueces ordinarios, no tendrían valor y serían objeto de anulación.

Lo anterior significa que según el caso, el proceso en el ámbito penal juvenil podría volver a iniciarse –salvo las excepciones legales– y ello generaría mayor dilación en la resolución del conflicto penal que involucra a víctima e imputado, con lo cual, estos aspectos dilatorios se podrían evitar o minimizar, si cada operador realiza su actividad de control en relación a la persona del justiciable y a la edad que dice tener, de lo contrario, si siendo adolescente es procesado como adulto, la posterior decisión que se tome cuando se determine su edad menor a dieciocho años significará no solo el cambio de competencia de la jurisdicción ordinaria a la juvenil, sino también la posible anulación de la mayoría de actos procesales realizados, lo cual si el delito es de gravedad supondrá cuestiones insatisfactorias para los afectados.

4.1. La cuestión de competencia

El primer aspecto a considerarse es el asunto de la competencia, tras esta forma procesal, se encuentra garantizado el derecho que tienen las personas a un tribunal predeterminado que se hay fijado por ley para el conocimiento del caso, se trata de la garantía de juez natural¹⁰¹, puesto que es la ley la que define en un sentido genérico a que jueces corresponderá el conocimiento de determinados asuntos, siendo aquí el aspecto más sensible, el que no se trata de una cuestión de incompetencia territorial, sino de competencia *ratio materia*, lo cual genera efectos diferentes¹⁰².

La incompetencia cuando es por razón de la materia, sobre la base de la especialidad, genera el efecto imperativo de que no puede prorrogarse¹⁰³, de tal manera que si se determina que la persona es adolescente y no adulto, el juez se encuentra obligado a inhibir su competencia¹⁰⁴, dejar de

101 Además de la forma garantizadora predicha, también debe reconocerse la integración de otra garantía sobre la base de la estricta legalidad, y es la debido proceso, por cuanto garantizar que el juez natural juzgue a la persona, significa garantizar que el procedimiento sea desarrolle dentro de la legalidad, o como lo dice el artículo 11 de la Constitución “[...] ser juzgado conforme a las leyes [...]”.

102 Ciertamente, en las cuestiones que involucran competencia por razón del territorio, según el caso, el juez aun no siendo competente podría resolver el asunto, por cuestión de urgencia –por ejemplo término de inquirir– o por cuestión de eficacia, habiendo ya iniciado el conocimiento del asunto en la fase más avanzada del proceso, en todo caso, la ley ha habilitado este conocimiento, volviendo competente al juez que inicialmente no lo era. Por ejemplo regulación del artículo 64 en el inciso segundo que dice: “La incompetencia territorial n podrá ser alegada en la vista pública, ni modificada de oficio, una vez iniciada”.

103 Aquí sí opera con toda su fuerza el principio de improrrogabilidad de la competencia que se encuentra reconocido en el artículo 63 inciso primero CPP y que en este caso no reconoce excepciones, dice el precepto: “La competencia de los tribunales será improrrogable”.

104 En este caso, la declaratoria de incompetencia puede ocurrir en sede del juez de paz, durante el término de inquirir o durante la celebración de la audiencia inicial, de acreditarse un parámetro razonable de minoridad de edad del justiciable, el juez de paz no podría seguir conociendo; también puede ocurrir en la

conocer y requerir de competencia al juez penal juvenil para que conozca del asunto, y ello vale para cualquier estado del procedimiento¹⁰⁵, la consecuencia es indefectible, el juez que conoce de causas de mayores de edad, no puede procesar o juzgar a un menor de edad, cuando ese aspecto se ha establecido de manera suficiente¹⁰⁶.

Ahora bien, la inhibitoria de competencia obliga al juez a remitir de inmediato la causa al juez que estime competente que en este caso es el juez penal juvenil¹⁰⁷, quien deberá decidir si acepta o no la competencia de la cual ha sido requerido, en este punto, sólo si se corresponden situaciones evidentes de que la persona no es menor de dieciocho años al momento de los hechos, el juez penal juvenil tendría fundamento razonable para declinar la competencia, en cuyo caso se formaría el conflicto de competencia¹⁰⁸.

En el caso de controversia sobre la competencia para conocer del asunto, el juez requerido de competencia que la declina debe observar escrupulosamente lo que manda el artículo que regula la cuestión del conflicto de competencia, en el sentido que el juez que declina conocer del asunto, no puede volver a remitir la causa al tribunal que se ha inhibido de competencia, sino que debe emitir su pronunciamiento razonados sobre los motivos que tiene para declinar la competencia, y debe remitir las copias necesarias a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva dicho

etapa instructoria, fase más larga, en la cual, si se determina que el encartado es menor de edad respecto del hecho imputado, ello llevará la declaratoria de incompetencia, y ésta debe ocurrir en el momento que se acredita la circunstancia de menor edad, sin esperar que continúe el proceso; también puede ocurrir en el plenario y en la vista pública, como último momento procesal de esa fase, en todo caso, si se determina que la persona sometida a juicio, es menor de dieciocho años, el juez sentenciador debe proceder a la declaratoria respectiva de incompetencia por inhibición.

105 Así lo dice el inciso tercero del artículo 64 CPP que manda: "La incompetencia por razón de la materia, será declarada en cualquier estado del procedimiento; el juez que la declare remitirá las actuaciones a quien considere competente y pondrá a su disposición los detenidos"; la norma es imperativa, obliga ante la situación de incompetencia material a dejar de conocer, y remitir el proceso al juez que se estima competente en este caso sería el juez penal juvenil.

106 Conviene aquí indicar un aspecto importante, en el sentido que el elemento de prueba que sustenta la declaratoria de incompetencia de un menor de dieciocho años, debe tener la calidad de necesario, ello según las condiciones del caso, sea prueba documental, sea prueba pericial, o en último caso, ante la duda haciendo uso de la presunción de minoridad, lo importante es que tal cuestión pueda sostenerse con el mejor elemento de convicción del cual se disponga para determinar la edad de la persona.

107 Es lo regulado en la primera parte del artículo 66 CPP que dice: "En cualquier estado del procedimiento el juez o tribunal que reconozca su incompetencia, remitirá las actuaciones al juez o tribunal que considere competente y pondrá a su orden a los imputados [...]".

108 Lo que se quiere indicar es que, el juez penal juvenil no necesariamente queda vinculado a aceptar la competencia de la cual ha sido requerido, pero la debe declinar solo cuando se evidente que la persona no es menor de dieciocho años, que la cuestión de competencia ha sido mal aplicada por el juez que la declinado, y que se tiene evidencia sustentable de la mayoría de edad al momento de cometerse los hechos, para ello si fuera necesario el juez especial podría realizar las indagaciones necesarias, por ejemplo cuando se ha aplicado presunción de minoridad o peritaje de edad media, y en tal sentido, sí después se establece que la persona es mayor de edad, el juez penal juvenil tendría que declinar la competencia y dar paso al respectivo conflicto negativo para conocer.

conflicto, pero debe continuar conociendo del trámite del asunto hasta que no se haya resuelto tal conflicto¹⁰⁹ por la los magistrados de la Corte¹¹⁰.

4.2. La nulidad de las actuaciones

El otro aspecto importante radica en la consecuencia de nulidad, que necesariamente habrá de generarse cuando se declare una incompetencia por razón de la materia, en este caso ya se ha dicho la importancia de esta garantía del juez natural y del debido proceso, de tal manera que los adolescentes tienen reconocido el derecho a ser procesados y juzgados por jueces especiales distintos a los jueces ordinarios; una primera consecuencia ya se dijo es la declaratoria de incompetencia, pero a ella le sigue en caso de ser necesario la declaratoria de nulidad que en este caso tiene el carácter de ser absoluta y no relativa¹¹¹.

Así, tal clase de nulidad se reconoce expresamente sobre la cuestión de incompetencia material, es decir por razón de la materia¹¹², que en este caso ha conocido un juez ordinario, cuando correspondía el conocimiento del asunto a un organismo ordinario especializado, debiéndose añadir que la cuestión de incompetencia material, en caso de la jurisdicción especializada de menores, si generará por regla general la anulación de todo lo actuado en el proceso penal de adultos con relación al menor de edad.

En estos casos, como se indica en la disposición pertinente, la nulidad tiene que ser declarada aun de oficio en cualquier instancia o grado del proceso, puesto que debido a su carácter de defecto absoluto, no puede ser remediada ni aun por consentimiento expreso de las partes¹¹³, y debido a la

109 Esto es lo que prescribe la parte segunda del artículo 65 CPP que dice: “[...] Si el juez o tribunal requerido de competencia la declinare, continuara con la instrucción y remitirá las copias necesarias a la Corte Suprema de Justicia quien resolverá el conflicto”: Sólo queda agregar que el vocablo instrucción aquí no tiene el sentido de fase instructoria, sino de actividad de tramitación, lo que quiere decir que el juez que declina la competencia manda el asunto a la Corte para que lo dirima, pero sigue tramitando la causa.

110 Facultad que se encuentra establecida en los artículos 182 N° 2° Cn, que dice: Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia [...] Dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de cualquier fueron y naturaleza; 50 letra “b” del Código Procesal Penal que dice: La Corte Suprema de Justicia conocerá [...] De los conflictos de competencia que se susciten entre jueces y tribunales penales.

111 Al considerarse que tras la competencia se encuentran tutelados las garantías de juez natural y proceso regular o conforme a la ley, la inobservancia de tales formas procesales si el caso lo amerita daría lugar a la declaratoria de nulidad absoluta; en algunos bastará con la sola declaratoria de incompetencia y la remisión del asunto al juez competente, en otros casos, además de la declaratoria de incompetencia podría justificarse la anulación total o parcial del proceso.

112 Así lo dice el artículo 346 N° 1 CPP que prescribe: “El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos [...] Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio salvo las excepciones consignadas en este Código”.

113 Dice a esos efectos el artículo 347 inciso primero CPP “Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior no podrán cubrirse ni aún con expreso consentimiento de las partes y deberán declararse a

vulneración del procesamiento o juzgamiento del menor por la jurisdicción especial que le hubiere correspondido conocer, la consecuencia en materia de adultos sería la anulación total o parcial del procedimiento según el caso¹¹⁴, solo teniéndose como excepción la prohibición de anular actos que no se pueden repetir los cuales quedarían válidos¹¹⁵.

4.3. El control del sistema de recursos

Puede suceder como situación más extrema, que aun en la vista pública no se determine que la persona juzgada es adolescente y se le condene como mayor de edad, o que alegándose la cuestión de la minoridad de edad, el juez sentenciador haya rechazado tal pedimento, entendiendo que se trataba de un adulto, aunque se determine efectivamente que el justiciable al momento de los hechos era menor de dieciocho años, en tal caso, la solución del problema, tendrá como posibilidad el agotamiento de los recursos con alegación precisamente de haberse condenado como adulto a un menor de edad.

El primer aspecto que concurre es el recurso de apelación, en este caso se trata de un vicio de carácter *improcedendo*¹¹⁶, es decir uno de sentido procesal, por errónea aplicación de normas de carácter adjetivo¹¹⁷, se trata de una desviación de la aplicación de las normas procesales que en este caso, radicarían en un defecto sobre la competencia material del tribunal generando una consecuencia de anulación con carácter absoluto en caso de que se establezca positivamente que la persona procesada como adulto

pedimento de éstas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso”.

114 La regla que se aplica es la establecida en el inciso segundo del artículo 346 CPP que manda: “Las nulidades absolutas comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo producirán la invalidez de todo el proceso [...]; ahora bien señalamos que cuando es parcial, ello se encuentra referido a que el adolescente procesado como adulto lo era juntamente con otras personas que son adultos, en cuyo caso, el procedimientos contra estos últimos no adolece de ninguna anulación, por lo cual el mismo deberá continuar, y solamente se anulará lo atinente al menor de edad.

115 Ello tiene fundamento en el artículo 64 inciso final CPP que dice: “La inobservancia de las reglas sobre la competencia producirá la nulidad de los actos que se realicen después de que haya sido declarada la incompetencia, excepto los que sean imposibles de repetir.

116 La norma prevista es el inciso segundo del artículo 469 CPP que dice: Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su corrección o ha efectuado reserva de recurrir en apelación, salvo en los casos de nulidad absoluta o cuando se trate de los vicios de la sentencia o de la nulidad del veredicto del jurado”. Debe enfatizarse en materia de juzgamiento de menores como adultos, dado que la vulneración radica en la garantía de juez natural, y de debido proceso, tal defecto implica una nulidad absoluta y por ende, no se requiere reserva de apelación como requisito *sine quom* del recurso, en otro tipo de defectos *improcedendo*.

117 Al llamado error de procedimiento o *improcedendo* del cual se dice: “[...] es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento las irregularidades que afectan los diversos actos procesales que componen el proceso. Ver VESCOVI Enrique “Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica” Op cit p 37.

es un menor de dieciocho años¹¹⁸, así la sentencia del tribunal de segunda instancia será de anulación teniendo como fundamento la vulneración del derecho del justiciable de ser juzgado por los jueces competentes especiales para conocer de casos sometidos a la justicia penal juvenil¹¹⁹.

El otro aspecto de control de los recursos que puede presentarse, es el de casación, cuando la cuestión de la edad del justiciable, como vicio improcedendo alegado no ha sido objeto de estimación por el tribunal de segunda instancia, siendo que la persona juzgada se demuestra que efectivamente al momento de los hechos, no era mayor de edad, sino por el contrario menor de dieciocho años, en tal caso, procedería ante la

118 En tal sentido se ha resuelto que el juzgamiento de menores de dieciocho años como adultos, genera nulidad absoluta de las actuaciones, es una nulidad que se fundamenta en el artículo 346 CPP como asociada a vicio de procedimiento, y no a las típicas anulaciones en materia de apelación como aplica la formula conocida como “*iudicium rescindens*” es decir, la que genera por regla general la anulación del acto de procedimiento que fue inobservado o erróneamente aplicado, con lo cual, el vicio afecta en su generalidad a la sentencia, puesto que como toda anulación supone la invalidación del acto que contiene el defecto, y la reposición del mismo, por lo cual, el reconocimiento de este vicio, conlleva como efecto, anular la sentencia impugnada, y ordenar un nuevo juicio o en su caso, la reposición de otros actos a los cuales, alcanza el vicio de procedimiento, los cuales pueden ser aun anteriores a la sentencia. El vicio de procedimiento, cuando procede por vulneración sustancial de la norma de procedimiento genera como consecuencia la anulación, lo que significa que el tribunal superior no puede directamente enmendar el vicio, sino que debe ordenarse el reenvío del procedimiento; solo que en este caso, la anulación deberá ordenar que la causa sea remitida al tribunal competente que es el de materia penal juvenil, remisión que materialmente deberá realizar el juez sentenciador.

119 Así se ha dicho: Visto lo anterior, un tribunal de sentencia que tiene asentada su competencia orgánica material conforme a los artículos 49 inciso primero y 53 del CPP no es un tribunal competente para juzgar a personas menores de dieciocho años, puesto que el artículo 2 inciso primero de la Ley Penal Juvenil sujeta a los menores de dieciocho años a la aplicación de la ley especial, y establece como garantía fundamental la competencia del juez de menores según los artículos 5 letra “c” que dice: “A tener un proceso justo, oral y reservado, sin demora, ante el tribunal de menores y fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto; y el art. 42 letra “a” que dice: “Los jueces de menores tienen competencia para: conocer de las infracciones tipificadas como delitos o faltas por la legislación penal, atribuidas al menor sujeto a esta ley”. [...] La consecuencia de lo anterior, es que la inobservancia de las reglas de competencia por cuestión de la materia objetiva—en este caso de un proceso que está sujeto al conocimiento del juez de menores y no de adultos— es que se genera una nulidad de carácter absoluto, tal como lo tienen prescrito los artículos 345 y 346 N° 1 CPP. La primera de las disposiciones dice en su inciso primero: “Ningún trámite ni acto de procedimiento será declarado nulo, si la nulidad no está expresamente determinada por la ley; y aún en este caso no se declarará la nulidad si apareciere que el defecto que la motivó no ha producido ni puede producir perjuicio o agravio al derecho o defensa de la parte que la lega o en cuyo favor se haya establecido”; y el siguiente precepto dice: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte solamente en los siguientes casos: [1] Cuando el juez carece de competencia por razón de la materia o por razón del territorio, salvo las excepciones consignadas en este Código” [...] Así, el enjuiciamiento y condena por el Tribunal Cuarto de Sentencia del imputado Wilfredo Humberto Díaz Rodríguez quien al momento de los hechos que se le acusan, era menor de dieciocho años, quebranta las reglas de competencia material, puesto que un tribunal ordinario que tiene competencia para juzgar personas mayores de dieciocho años, no tiene competencia para juzgar a una persona menor de esa edad, al momento de haberse cometido los hechos; y la afectación de esa regla de competencia genera una nulidad absoluta del proceso que es de obligatoria declaración tal como lo dice el art. 347 CPP que prescribe: “Las nulidades absolutas señaladas en el artículo anterior, no podrán cubrirse ni aun con expreso consentimiento de las partes, y deberán declararse a pedimento de estas o de oficio, en cualquier estado o grado del proceso”. En este caso advertida la nulidad absoluta que ha acaecido por mandato legal el Tribunal de Segunda Instancia debe declararla, puesto que dichas nulidades importan transgresión de normas de índole constitucional, en este caso la garantía del juez natural, y ser juzgado conforme a las leyes, ambas integrantes del debido proceso, que se reconoce en nuestra Constitución en el artículo 11 cuando dice. “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes [...]”.

sentencia de la Cámara, la interposición del recurso de casación por vicio de carácter improcedendo que genera nulidad absoluta¹²⁰.

El aspecto que daría con lugar la casación, sería establecer que la persona siendo menor de dieciocho años cometió el delito atribuido, y no obstante estar sujeto a un jurisdicción con carácter especial, ha sido procesado y condenado como persona mayor de dieciocho años, lo cual, generaría violación de normas de carácter constitucional, convencional y de ley secundaria que generarían un defecto absoluto de nulidad, solo reparado por esa vía, por lo cual el tribunal de Casación debería anular la sentencia¹²¹.

Pero podría suceder, que la cuestión de la edad del justiciable, sólo sea conocida y establecida habiendo pasado la oportunidad de recurrir en apelación o en casación en su caso, es decir, que la sentencia de condena haya quedado firme¹²², en ese caso, siendo que en materia penal solo se tiene por constatada la cosa juzgada formal y no material, la sentencia aun firme podría ser recurrida por vía de revisión¹²³.

En tal caso, la cuestión esencial es determinar que la persona cometió el hecho delictivo imputado siendo menor de dieciocho años, en cuyo caso, el juzgamiento no correspondía a la jurisdicción ordinaria, sino a la especializada, tal inobservancia ha generado un vicio absoluto sobre la competencia del tribunal y el quebrantamiento de garantías de orden constitucional –de juez natural y debido proceso– que habilita el conocimiento nuevo del caso por vía recurso de revisión¹²⁴.

120 En este caso, la regla aplicable resulta ser la errática aplicación de un precepto legal que genera consecuencias de anulación absoluta, previsto así en el artículo 478 Inciso primero y N° 1 CPP que dice: “El recurso de casación procederá por inobservancia o errónea aplicación de preceptos de orden legal exclusivamente en los casos siguientes: Por inobservancia de normas procesales establecidas bajo pena de nulidad [...]; aunque también podría plantearse defecto de fondo o *in iudicando* por errónea interpretación del artículo 17 del Código Penal que es el que tiene prevista la aplicación de la ley penal a las personas el cual se habría interpretado de manera incorrecta al aplicarse el régimen penal de adultos a un menor de dieciocho años.

121 Como ejemplo de ello se ha dicho: “[...] Conforme a lo expresado, atendiendo a los principios de trascendencia, de conservación, o convalidación y de proporcionalidad que rigen las nulidades, de conformidad con el art. 224 número 1, inciso segundo Pr. Pn., en relación con los artículos 56, 72 y 223 Pr. Pn., es procedente declarar la nulidad parcial de la sentencia impugnada y el juicio que la motivó, únicamente en lo que se refiere a la condena del imputado [...]”. Ref. 776-CAS-2008 Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal de las doce horas y veinte minutos del veintitrés de noviembre de dos mil once.

122 La firmeza de las decisiones en materia penal ocurre según lo prescrito en el artículo 147 CPP que establece: “Las resoluciones judiciales quedaran firmes y ejecutoriadas mediante su declaración en cuanto no sean oportunamente recurridas”.

123 Que precisamente es lo que se regula en el inciso segundo del artículo 147 del Código Procesal penal que dice: “Sentencia firme es aquella contra la cual no cabe recurso alguno, excepto el de revisión”.

124 En efecto, la causal invocada se acoge a la violación de garantías de orden constitucional según lo dice el art. 489 N° 6 CPP “La revisión procederá contra la sentencia definitiva condenatoria firme en todo tiempo y únicamente a favor del imputado en los casos siguientes [...] Cuando la sentencia violenta de manera

II. El procedimiento abreviado en la justicia penal juvenil

Un cuestión que se ha planteado de manera interesante en la justicia penal juvenil es sí el procedimiento especial abreviado podría aplicarse a los adolescentes de quienes se alegará haber cometido una infracción penal, y respecto de los cuales se hubiese presentado una acción penal de persecución por parte de la Fiscalía General de la República¹²⁵.

Debe señalarse que en la justicia penal de adultos, el procedimiento abreviado, tiene una importante aplicación como una forma general de simplificación del proceso penal¹²⁶, aunque muy probablemente por la estructura en la cual funciona el procedimiento abreviado, el acogerse al mismo podría significar una probable condena para el procesado adulto¹²⁷; en todo caso, dicho procedimiento solamente podría aplicarse con una expresa habilitación del encartado asumida plena, consciente e informadamente de las posibles consecuencias de tal procedimiento¹²⁸.

Ahora bien, debe señalarse que tal procedimiento no estaría pensado para ser aplicado a la justicia penal juvenil, la cual si bien es cierto, dentro de sus aspectos esenciales, puede acudir a la simplificación penal¹²⁹, y en la

directa y manifiesta una garantía constitucional”.

125 Parecería sin tener datos que confirmen confiablemente este aspecto, que el procedimiento abreviado se ha estado aplicando a los adolescentes como una forma de resolver el delito que se le imputa y que para ello se ha utilizado la figura establecida como procedimiento especial en el Código Procesal Penal.

126 La simplificación penal obedece a criterios de obtener una mayor eficacia entendiendo por ella, en un sentido si se quiere económico de maximizar los recursos que se tienen para resolver con la menor inversión de ellos, la mayor cantidad de casos posibles, dándoles una solución con sentido satisfactorio; como el proceso penal actual, tiene una inversión onerosa en dinero, se trata de reducir en la mayor medida de lo posibles sus costos, siendo que a esa idea responden los procedimientos simplificados, es decir más reducidos en tiempo y forma, dentro de ellos, el abreviado; se trata de un dimensión con sentido económico que trata de justificar el uso de los recursos, y este aspecto siempre ha sido bandera para el procedimiento abreviado ver SALAZAR MURILLO Ronal “El Juicio Abreviado”. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 2003 pp 456 a 458

127 En nuestro modelo procesal, el procedimiento abreviado no funciona como en otros en los cuales se implementa bajo la figura del *plea bargaining*, en estos últimos la alegación de culpabilidad siempre significara una sentencia de culpabilidad; en nuestro caso, aunque el justiciable se acoja a un procedimiento abreviado y confiese los hechos, ello no garantiza siempre una sentencia de culpabilidad, pero tal decisión podría ser la más probable.

128 Este aspecto es fundamental, para el buen funcionamiento del procedimiento abreviado, la reducción de la garantía del proceso, para estar ajustada a parámetros de constitucionalidad, debe ser una decisión completamente libre e informada del justiciable, que acepta someterse a un procedimiento más rápido, renunciando a un proceso más completo, aceptando confesar los hechos que se le atribuyen, y pactando una pena que es rebajada en caso de ser encontrado culpable.

129 Pero habrá de señalarse que la simplificación en materia de derecho penal juvenil, no puede operar con criterios que aunque sean de eficiencia puedan significar un grado de restricción de mayor entidad de los derechos fundamentales del adolescente, por ello, aunque se admite la simplificación penal no es cualquier tipo de ella, sino sólo aquella que tenga un sentido de menor desjudicialización para resolver el conflicto penal del adolescente sin que ello signifique un acrecimiento de la punición. Una mirada sobre esos aspectos menos intervencionistas de hacer justicia por mecanismos alternos se expone en FELLINI Zulita “Mediación Penal Juvenil” en Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal

medida de lo posible a parámetros de desjudicialización menos formal que permitan resolver el asunto¹³⁰, tal cuestión no respondería a los parámetros que informan el procedimiento abreviado, que implicaría probablemente una condena para el menor, que no sería completamente ajustada al marco de menor formalización del tratamiento del conflicto, puesto que en estos casos, como consecuencia de la condena y declaratoria de responsabilidad necesariamente debe concurrir la imposición de una medida, no siendo ese el parámetro elegido para tratar de aplicar una justicia menos convencional para los adolescentes.

Ciertamente, en la justicia penal juvenil se trata de que los conflictos del adolescente con la ley penal, se puedan resolver hasta donde sea posible con una menor intervención punitiva del Estado, y que mecanismos de solución de conflictos diferentes al tradicional sistema de sanción¹³¹, puedan ser impulsados para lograr una mejor respuesta sin acudir a la figura sancionatoria¹³², por ello, mecanismos alternos para la solución de conflictos, que son parte de la simplificación penal¹³³, tienen un

Juvenil. LexisNexis. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2002 pp 11 a 31.

- 130 Dentro del ámbito del derecho penal juvenil se reconoce una posibilidad de amplia interpretación, no solo basada estrictamente en la ley formal, sino que los parámetros de aplicación de las fuentes pueden tener un variado contenido, debido a la complejidad del contexto en el cual los adolescentes se encuentran dentro de la sociedad, por ello, legalmente se permite acudir a fuentes normativas variadas dentro de la cual, los procesos de reducción de la respuesta penal tienen un sentido privilegiado, tal forma de interpretación la establece por ejemplo el artículo 4 de la Ley Penal Juvenil que dice: "La interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Ley, deberá hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, y con la doctrina y normativa internacional en materia de menores, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador".
- 131 Sobre estos modelos se ha dicho: "Para algunos la RAC presenta como un nuevo modelo de encarar la solución de conflictos que se caracteriza precisamente por ser distinto (alternativo) al modo tradicional de intervenir en los conflictos propios del sistema judicial. Así, a la formalización excesiva le oponen flexibilidad e informalidad, al temor que inspiran los tribunales, confianza y credibilidad; a la lejanía y deshumanización, contacto personal y comprensión. En fin, se trata de humanizar, y por lo tanto, volver más efectiva la intervención en estos casos". BINDER Alberto M. OBANDO Jorge "De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2004 p 470.
- 132 En materia de política de intervención penal, tal forma de administrar el conflicto de los adolescentes haciendo descender el modelo punitivo, es una directriz importante para lograr una mejor opción en el tratamiento de los casos, por ejemplo en las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil [Directrices de Riad] se establece: "Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos e intereses, así como las posibilidades de remitir los casos a los servicios disponibles [...]" [Regla VI Legislación y administración de la justicia de menores. Número 57].
- 133 Más concreto resulta en este caso La Convención sobre los Derechos del Niño que establece en dos preceptos diferentes una opción distinta del uso de la sanción penal, procurando cuando sea posible un sentido constructivo en la respuesta para el adolescente, dentro del cual encajarían un modelo de mecanismos alternos, así el artículo 40. 1 dice: "Los estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros y en las que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad"; y el punto 4 que dice: "Se dispondrá de diversas medidas tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad

reconocimiento importante en las fuentes que informan a la justicia penal juvenil¹³⁴, empero el procedimiento abreviado, aunque es parte de la simplificación de los procesos penales, no es un sistema alterno de resolución de conflictos de índole penal¹³⁵.

1. La dimensión del procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado, según se ha dicho entonces, supone una forma de justicia “negociada”¹³⁶ en la cual el Estado por medio del Fiscal, y el imputado asesorado por su defensor, convienen en reducir el procedimiento, abreviando las fases de este, para ello se acuerda que el justiciable deberá rendir una confesión sobre los hechos, y que entre el ministerio fiscal y el imputado representado por su defensor se acordara un régimen especial de pena que es sustancialmente reducido¹³⁷.

Todos los acuerdos anteriores, deben ser objeto de escrupuloso control del juez para autorizar el procedimiento abreviado, sobre todo, en cuanto a asegurarse que el imputado ha actuado libremente, que no ha sido objeto de coerción¹³⁸, y que además ha comprendido cabalmente

vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibles alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

- 134 Ya en materia de regulación normativa, uno de las formas tradicionales de simplificación penal como métodos alternativos de solución de conflictos, es la conciliación y la Ley Penal Juvenil por ejemplo la reconoce dedicándole todo un capítulo completo [el V] y su sentido es estrictamente educativo cuando dice: “En todo caso, propiciará la educación en responsabilidad del menor” [art. 59 inciso segundo Ley Penal Juvenil; siendo una de las formas de terminación del proceso en forma anticipada la conciliación cuando sus condiciones se han cumplido [art. 36 de la Ley Penal Juvenil].
- 135 Este punto debe distinguirse para evitar confusiones, el procedimiento abreviado es parte de la simplificación penal, pero no es un mecanismo alterno para la solución de los conflictos ni en materia de adulto, ni tampoco para adolescentes, por cuanto el abreviado solo tiene por finalidad reducir la duración del procedimiento, pero se termina con una sentencia de carácter definitivo, que dada las características de dicho proceso especial, usualmente podrá ser condenatoria, con lo cual se privilegia la sanción penal aunque de manera reducida.
- 136 Este aspecto que es realístico en los sistemas anglosajones con un sentido muy pragmático de administrar justicia, ha sido cuestionado por el carácter demasiado económico que tiene un modelo de esta naturaleza, por ejemplo ver: LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar”. ARMIJO SANCHO Gilbert en “Nuevo Proceso Penal y Constitución”. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998 pp 165 a 166; indicando claramente la noción de *negotiated plea* DE DIEGO DÍEZ Luis Alfredo “Justicia Criminal Consensuada”. Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal”. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999 pp 35 a 38.
- 137 El régimen de penas si es sensiblemente atenuado y según el artículo opera de la siguiente manera: “El régimen de las penas que podrá acordarse entre el fiscal, el imputado y su defensor será el siguiente: a) la aplicación desde la tercera parte del mínimo hasta el mínimo de la pena de prisión prevista para el delito imputado; b) la solicitud de penas distintas a la prisión cuando del delito tenga prevista penas conjuntas o alternativas; c) La reducción a la mitad del mínimo de las penas de arresto de fin de semana, arresto domiciliar o de la pena de multa”.
- 138 Quizá aún, en la doctrina anglófona, este aspecto sea el más criticado, en el sentido que la negociación de la pena, en los procedimientos de *guilty plea* no son totalmente voluntarios, y que concurre una situación de

los alcances del procedimiento abreviado, y de sus consecuencias, como lo es la probabilidad de una condena con pena reducida, y que estando plenamente consciente de ello ha prestado su consentimiento para su aplicación.

2. Las limitaciones del procedimiento abreviado

Lo dicho con anterioridad es fundamental para entender la negación del procedimiento abreviado en la justicia penal juvenil, en primer lugar, por cuanto no se trata de una forma alterna de solución de conflictos menos formalizada, sino que al revés, es altamente institucionalizada, y su sentido de aplicación –que lleva si bien es cierto a la reducción del procedimiento acortando los costos– genera una probabilidad alta de que la persona sea encontrado responsable por el hecho confesado, y que entonces se genere una imposición de la sanción penal, en tal sentido, en materia de menores de dieciocho años sería una forma procesal que agudizaría la respuesta punitiva aunque con sanciones –imposición de medidas– de menor intensidad.

Pero además la crítica que se hace a los sistemas de procedimientos abreviados, en el sentido de generar algún grado de constreñimiento en la persona del imputado¹³⁹, que tendría en materia de adultos a lo mejor una respuesta diferente, no podría sostenerse con la misma justificación en el ámbito de la justicia penal juvenil, en cuanto a garantizar una mayor grado de conciencia del menor para someterse a dicho procedimiento, dado el nivel de evolución de sus capacidades intelectivas en desarrollo.

Lo anterior debe tenerse en cuenta, por cuanto, ello es el fundamento esencial para que el adolescente acceda a mecanismos diferenciados de responsabilidad y que por ello, podrían en entredicho la capacidad fuerte de consentir midiendo todos los alcances de la renuncia del procedimiento pleno al cual tendría derecho, concurriendo además normas que evitan en una mayor medida la posibilidad de compulsión respecto de la voluntad de los menores¹⁴⁰, y en tal sentido, ello sería un aspecto negativo esencial,

coerción del Estado, por ejemplo ver: LANGBEIN John H. “Tortura y *Plea bargaining*”. Traducción de María Lousteau y Alberto Bovino en “El Procedimiento Abreviado”. Julio B.J. Maier. Alberto Bovino (comps.) Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp 19 a 24.

139 Se dicho por ejemplo: “Por otro lado, las críticas son varias y referidas a diferentes cuestiones. Una de las críticas más usuales destaca en la gran discreción otorgada al fiscal. Las críticas más fuertes destacan el efecto coercitivo de las prácticas de *plea bargaining* al sostener que el efecto producido es cualitativamente comparable a la tortura. Langbein por ejemplo afirma que existe una diferencia entre soportar que le trituren los miembros y sufrir algunos años adicionales de prisión si uno rehúsa a confesar pero la diferencia es de grado no de calidad. El *plea bargaining* al igual que la tortura es coercitivo” BOVINO Alberto “Procedimiento abreviado y juicio por jurados” en “El Procedimiento Abreviado”. Julio B.J. Maier. Alberto Bovino (comps.) Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 63.

140 Por ejemplo se prescribe: En la Convención sobre los Derechos del Niño art. 40 numero 2 letra “b” [iv] Con

para reconocer la aplicación del procedimiento abreviado en la justicia penal juvenil.

En resumidas cuentas, la simplificación penal que para los adultos proporciona el procedimiento abreviado, incluyendo una justicia más rápida¹⁴¹, no resulta un parámetro adecuado de justificación para la justicia penal juvenil, y por ello no resultaría recomendable aplicar a los adolescentes la figura del procedimiento especial abreviado, puesto que desnaturalizaría el modelo de simplificación en la jurisdicción juvenil, generándose además un riesgo de mayor coerción sobre el adolescente que no resultaría aceptable.

3. Los alcances de la cláusula de supletoriedad del Código Procesal Penal

Conviene aquí ocuparse de un último aspecto, el de la cláusula de remisión para aplicación supletoria del Código Procesal penal, que permite la integración de normas del proceso penal de adultos respecto del proceso penal para adolescentes, dicho reenvío en este caso es expreso¹⁴², por cuanto el legislante no configuró de manera completa la normativa penal juvenil, sino sólo estructuró aquellas instituciones que entendía con carácter más fundamental para poder ejercer el poder penal respecto de los menores de dieciocho años.

Ahora bien, aun reconociendo ese reenvío expreso, debe señalarse que el mismo no puede tener un carácter absoluto, en el sentido que todas las instituciones del Código Procesal Penal puedan ser objeto de referencia

ese fin y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán en particular [...] Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable [...]”; y en la Ley Penal Juvenil se expresa en el artículo 5 letra “J” A no ser obligado a prestar testimonio ni a declarar contra sí mismo [...]”.

141 El fundamento de una justicia sobre la base de la celeridad, en materia penal juvenil se encuentra concretamente establecida tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en la Ley Penal Juvenil, prescribiéndose en ambas normativas en el orden dicho: “Que la causa será dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley” [art. 40 N° 2 letra “b” [iii]; “A tener un proceso, justo, oral, reservado sin demora, ante el Tribunal de Menores y fundamentado sobre las bases de la responsabilidad por el acto”.

142 Específicamente dice el artículo 41 LPJ “En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicará supletoriamente la Legislación Penal, y el Código Procesal Penal; también se aplicaran supletoriamente las leyes referentes a la familia y el Código de Procedimientos Civiles”. La norma de remisión que es amplia, debe restringirse a que los preceptos que podrían integrarse cumplan la finalidad esencial de la ley penal juvenil como instrumento garantizador de un procedo adecuado para juzgar a los menores según lo declara expresamente uno de los considerando de la Ley que dice: “Que de acuerdo a los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por El Salvador, a los menores que hayan infringido las Leyes Penales, les serán respetados todos sus derechos fundamentales. Que el actual Código de Menores no responde a los principios reconocidos en la Constitución y en la legislación internacional, respecto del menor que ha infringido la Ley Penal; siendo por ello indispensable decretar una Ley Especial que regule la materia e incorpore los referidos principios, adecuándolos a nuestra realidad social” [Considerando III y IV de la Ley Penal Juvenil].

para la ley penal juvenil, ello no me parecería acertado, por cuanto la lógica de ambos cuerpos normativos es diferente, como diferente son sus destinatarios, y si se siguiese un modelo de remisión absoluto, se estaría ante el riesgo de adultizar el proceso penal juvenil.

Por lo anterior, creo que las remisiones del Código Procesal Penal, salvo las expresamente consignadas como obligatorias¹⁴³, deben sopesarse prudentemente, teniendo en cuenta los fines, la naturaleza, y el modelo del proceso de adolescentes, lo cual limita la aplicación de normas de carácter restrictivo o de mayor intervención en sede del proceso penal de menores de edad; así solo se concibe una remisión del Código Procesal Penal limitada bajo la condición de no afectar la estructura fundamental del procedimiento penal de adolescentes.

Conforme a lo anterior, la aplicación de normas procesales podría tener un sentido de justificación cuando mejorase notablemente la administración de la justicia penal juvenil, haciéndola más plena y protectora de los derechos del justiciable en consonancia a los principios rectores que informan al modelo de la justicia para adolescentes¹⁴⁴, y por ello, sería posible una remisión al Código Procesal Penal cuando: a] Cuando la institución procesal establezca una condición de mejor garantía para los justiciables¹⁴⁵; b] Cuando la forma procesal sea de aplicación necesaria para cubrir un aspecto no regulado que puede generar laguna¹⁴⁶; c] cuando la figura procesal no sea contraria a los principios que estructuran la ley penal juvenil¹⁴⁷; d] Cuando se genere un mejor control de los actos de autoridad¹⁴⁸.

Sobre ello, debe entonces enfatizarse, que la supletoriedad establecida por decisión del legisferante, es de condición limitada y no absoluta, primero no puede aplicarse cuando haya regulación expresa en la normativa juvenil, y solo puede aplicarse cuando aunque no haya regulación la institución que opera en el ámbito de la jurisdicción de adultos, no desnaturalice ni se contraponga a la finalidad especial de la Ley Penal Juvenil.

143 Por ejemplo son remisiones de carácter obligatorio y específico lo previsto en los artículos 5, 33, 35, 44, 97,

144 Son principios especiales que rigen la Ley Penal Juvenil, por ejemplo, el de protección integral del menor, el de interés superior, el de respeto de sus derechos humanos, el de formación integral, el de reinserción, el de beneficencia, el principio educativo entre otros.

145 Para el caso, todo el conjunto de principios y garantías reconocidos en el Procedimiento penal.

146 El caso de los impedimentos [art. 66 y ss]; de los actos procesales art. 134 y ss; de las actas [art. 139 y ss; de los actos y resoluciones [art. 141 y ss] todos del Código Procesal Penal.

147 Por ejemplo la figura de la mediación que es distinta a la conciliación y que actualmente se encuentra prevista en el artículo 38 y ss CPP y que en este caso fortalecería el aspecto de desjudicialización y resolución de conflictos de una manera menos punitivista.

148 Tal es el caso del sistema de nulidades artículo 345 CPP o como forma de controlar mejor la sentencia dictada por los jueces, la formulación de vicios de la sentencia del artículo 400 CPP.

III. Principios generales de prueba en el proceso penal juvenil

Ahora conviene examinar otro punto de remisión complementaria de la Ley Penal Juvenil y se trata de un tema de capital importancia, puesto que se encuentra referido a los fundamentos de la prueba, es decir los métodos elegidos para la comprobación de los hechos y circunstancias que se debaten en un proceso por las partes, dentro de ellos, con carácter esencial los referidos a la comprobación de la imputación penal o de la defensa del justiciable.

La Ley Penal Juvenil no adoptó una configuración autónoma de la prueba, sino que refirió de manera específica a la regulación que adopta el Código Procesal Penal, de manera en materia de pruebas, debe señalarse que la remisión es de carácter obligatorio hacia la legislación procesal penal, la cual habrá de tenerse en cuenta aquí de manera completa para el desarrollo de toda la actividad que tenga que ver con la institución de la prueba.

1. La remisión expresa del modelo de prueba procesal a la justicia penal juvenil

En este caso, se trata de un modelo de remisión específica completa, por lo cual no se acude por la ley penal juvenil a remisiones parciales, sino que de una manera expresa se remite todo lo atinente de la prueba a la regulación del Código Procesal Penal¹⁴⁹, y se remite la totalidad del ámbito de la prueba, quedando excluida en este caso, la remisión de otras legislaciones, puesto que expresamente se determina la aplicación directa de lo regulado en la normativa procesal penal¹⁵⁰.

Lo anterior genera la consecuencia de que todo el sistema de prueba que se utiliza en el proceso penal de adultos, pueda ser también utilizado de la misma manera en la jurisdicción penal juvenil, sin más limitaciones que el respeto esencial de los principios rectores que gobierna la forma de impartir justicia en materia de adolescentes, pero más allá de esta fundamental sujeción, el modelo adoptado por el Código Procesal Penal es el que resulta reenviado para ser aplicado en la jurisdicción penal de adolescentes.

149 El artículo 33 inciso primero de la Ley Penal Juvenil prescribe: En el procedimiento serán admisibles los medios probatorios regulados en el Código Procesal Penal.

150 En este caso, como se trata de una remisión de carácter específico, y no general, la cual se hace a una determinada legislación que es la procesal penal, ello impide remisiones a otro tipo de legislaciones en materia de pruebas, por ejemplo la de familia, o la del Código Procesal Civil y Mercantil –ahora vigente– que sustituyó al Código de Procedimientos Civiles, en este caso, la remisión general del artículo 41 LPJ no tiene aplicación, puesto que de manera concreta y singular se optó por los mecanismos de prueba previstos con exclusividad en el Código Procesal Penal, de ahí que es la única regulación normativa aplicable en esta materia de carácter probatorio.

En tal sentido, en carácter de materia de derecho probatorio resulta aplicable para la justicia penal juvenil: a) el régimen de los grandes principios que informan a la teoría de la prueba, lo cual se encuentra previsto en las disposiciones generales sobre la actividad probatoria¹⁵¹; b) lo relativo a cada medio autónomo de prueba de tal manera que todos ellos, resultan aplicables a la materia penal juvenil¹⁵²; c) la aplicación de figuras procesales que se encuentran íntimamente ligada a las cuestiones probatorias; d) el sistema de régimen de valoración de prueba.

2. La Finalidad de la prueba

Respecto del fin de las pruebas es importante señalar al menos dos aspectos, uno relativo al tema de la significación de las pruebas, y el otro relativo a cuál es la finalidad de las mismas en el proceso penal, ambos aspectos se encuentran íntimamente ligados, y dependerá del sentido y alcance que se les determine para poder resaltar la importancia que tienen las pruebas en el procedimiento penal, en este caso en el procedimiento que será aplicado en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Son muchos los conceptos de prueba, en la mayoría de los casos, la noción de la misma se vincula a la concepción que de la misma tenga un autor, por ello¹⁵³, conviene aquí indicar que por prueba se ha entendido generalmente como: “Todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva¹⁵⁴”.

La importancia de la prueba puede ser resaltada –entre otros aspectos– en tres cuestiones esenciales: a) Que mediante su uso se pueden acreditar todas las cuestiones relativas a la infracción penal¹⁵⁵; b) Que mediante

151 Los principios generales de la prueba, son las grandes reglas que se aplicaran en un sentido general a toda la actividad de carácter probatoria, y por ello, son un presupuesto *sine quoniam* de la actividad y del uso de los medios de prueba.

152 En este caso, la regulación es específica, a cada medio de prueba en particular, así se encuentran previsto para ser utilizados en la justicia penal juvenil: a) Los actos urgentes de comprobación; b) La prueba testimonial; c) La prueba de peritos; d) La prueba mediante objetos; e) La prueba documental; f) Los reconocimientos; g) La confesión. Todos ellos con sus respectivas variantes de prueba.

153 Sólo para ejemplificar se citan algunos autores connotados que han definido la prueba, entre ellos: BENTHAM Jeremías “Tratado de las Pruebas Judiciales”. Traducción de Manuel Ossorio Florit. EJEA. Tomo I. Buenos Aires. Argentina p 30; DEVIS ECHANDÍA Hernando “Compendio de la prueba judicial”. Tomo I. Rubinzal. Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1984 p 33; FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Volumen I. Cuarta edición. Temis. Bogotá, Colombia. 1992 pp 95 a 96; FLORIAN Eugenio “De las Pruebas Penales”. Tomo I. Reimpresión de la tercera edición. Bogotá. Colombia. 1990 pp 45 a 46; CLARÍA OLMEDO Jorge A. Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998 p 305.

154 Así CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal”. 3ª edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 4.

155 Ciertamente en el proceso penal, se discute no otra cosa, que aspectos propios de la dogmática penal,

la prueba se establecen todas las circunstancias de hecho de un caso penal¹⁵⁶; c) Que la prueba tiene un carácter externo del juez, por ello, se dimensiona en su objetividad y no con fundamento en la subjetividad de las partes o del juzgador¹⁵⁷.

Ahora bien, la finalidad de las pruebas es generar conocimiento para las partes intervinientes y para el juez respecto de todos los hechos y circunstancias que son objeto de investigación y del juicio¹⁵⁸; haciéndose énfasis en lo relativo a lo medular del objeto del proceso, que es lo atinente a la imputación penal; y como consecuencia a la responsabilidad civil que se deriva del delito¹⁵⁹.

quien es autor o cómplice en un delito, es el delito tentado o consumado, ha concurrido un error de tipo o de prohibición, es una persona inimputable; ha mediado un obrar imprudente, o negligente; tiene alguien alguna calidad especial etcétera.

- 156 Efectivamente, toda acreditación de hechos de cualquier naturaleza en el proceso penal, debe hacerse mediante la prueba respectiva, es decir utilizando el medio de prueba que sea útil para dar por establecida la cuestión fáctica; la única posibilidad de no establecer hechos con prueba, serían la acreditación de los llamados hechos notorios, respecto de los que se señala: “Ninguna regla escrita excluye estos hechos de la necesidad de prueba, pero un importante sector doctrinal entiende en atención al mismo concepto de notoriedad que están excluidos de prueba, si bien cuando este criterio se traslada al proceso penal, algunos autores insisten con razón en que la notoriedad que revela de la prueba es la que tiene carácter absoluto y general”. ALMAGRO NOSETE José “Teoría General de la Prueba en el Proceso Penal” en La Prueba en el Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 1992 p 29. Por ejemplo que fulano es el Presidente de la República; que El Salvador se encuentra ubicado en Centroamérica etc.
- 157 Uno de los aspectos más importantes de la prueba es su carácter de objetividad, lo cual, significa que el dato de conocimiento es externo a las partes procesales –jueces, fiscales, defensores, mandatarios– y se tiene concurrido, únicamente por el medio de prueba que es el trámite establecido en la ley para lograr el ingreso del elemento de prueba, que es el dato objetivo que incorporado conforme a la ley es capaz de generar un conocimiento respecto del hecho al cual se encuentra referido. En conclusión el conocimiento privado de las partes y del juez, se encuentra prohibido para establecer hechos; lo cual es distinto a la valoración de los mismos.
- 158 Debe aquí señalarse, que la noción de prueba cumple un papel sistemático durante todo el proceso penal, pero la apreciación de lo que llamaríamos “prueba” tiene un diferente sentido de conocimiento durante las fases del proceso; así los elementos de convicción que se recolectan en las diligencias iniciales de investigación, son valorados por el juez de paz en la audiencia inicial, tanto para calificar provisionalmente el hecho imputado, para adoptar medidas cautelares, para declarar falta un hecho punible, para estimar una excepción o nulidad, o para dictar cuando correspondiere el sobreseimiento definitivo; por su parte el juez de instrucción completada la investigación instructiva, valorara con probabilidad, los elementos de prueba recabados en esa fase para determinar la procedencia de la apertura a juicio; o por su parte la adopción del sobreseimiento que corresponda; finalmente al juez sentenciador, le corresponderá la valoración únicamente de la prueba legalmente admitida para juicio, a fin de determinar los hechos que deben tenerse por probados.
- 159 Debe indicarse que la prueba, no sólo se encuentra referida a la cuestión penal, sino también a la cuestión de la responsabilidad civil, por ello, es fundamental que las partes sustenten sus pretensiones civiles en aspectos probatorios, la cuestión atinente a la responsabilidad civil también debe ser probada; y debe tenerse en cuenta particularmente, que aunque la responsabilidad civil se deriva como fuente de obligación del delito –arts. 114 y 116 inciso primero CP– y la acreditación de un delito atribuido una persona declarada culpable es prueba de la responsabilidad civil derivada de ese delito; no es la así, la cuantificación del perjuicio tanto material como moral, por ello, es que para precisar la cuantía de los daños materiales y morales que sufren las víctimas y los terceros afectados, es menester que se comprueben, los concretos perjuicios causados para darles un valor económico, razón por la cual la cuantía de los perjuicios sí debe ser probada, por cualquier medio legal de prueba, en virtud de la libertad probatoria, pudiendo ser prueba testimonial, pericial, documental, de informes etc.; y conforme a la prueba presentada sobre los perjuicios el juez debe apreciar tal prueba y sí corresponde fijar su cuantía económica, tanto para los daños materiales

Pero lo anterior requiere de alguna precisión, en el sentido de entender que las cuestiones a probar, no sólo se encuentran referidas a la imputación penal, y a la civil que se deriva de la misma, sino también a otros aspectos circundantes que tengan relación con las cuestiones predichas, ello se entiende de la frase “[...] especialmente lo relativo a la responsabilidad penal y civil derivada de los mismos [...]”; así, podría ser finalidad de la prueba demostrar la veracidad o falencia de otros elementos de prueba¹⁶⁰, quedando comprendida la necesidad de la prueba también a cualquier otra circunstancias de relevancia para las partes que son los que tienen en principio el derecho a la prueba¹⁶¹.

Por último la finalidad de la prueba concentrada en la exigencia de llevar conocimiento al juez sobre los hechos y circunstancias objeto del proceso penal, tanto de índole central como periférico, permiten sostener el principio de necesidad de la prueba, en el sentido que la alegación de todo hecho o circunstancia, debe ser demostrada necesariamente, por elementos objetivos de prueba y ello con independencia del conocimiento personal que tenga el juez o las partes sobre un asunto¹⁶²; en tal sentido, los hechos y circunstancias se demuestran en el proceso penal, mediante las pruebas que sean necesarias, estando prohibido el conocimiento personal del juez o de las partes para tener un hecho por probado¹⁶³.

como para los morales.

- 160 Por ejemplo podría ser necesario, llevar conocimiento al juez mediante la prueba, de la falsedad de un documento, o de aspectos negligentes de un perito, o de la inclinación de un testigo a mentir, o sobre la reputación buena o mala de una persona que declarará sobre un hecho; o del interés de una persona, etcétera; así las pruebas en cuanto finalidad, aunque se dirijan centralmente a comprobar la existencia o inexistencia de un delito y de las personas que son responsables, y de los perjuicios civiles, también se encuentran dirigidas a establecer, cualquier otra circunstancia de relevancia en el proceso penal. Siempre que se justifique su necesidad en cuanto forma de generar conocimiento sobre un punto de relevancia principal o accesorio.
- 161 Ciertamente el derecho de probar se integra –según se informa– por: a) “el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión”; b) “el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas”; d) “la obligación de motivar las decisiones judiciales”. FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración racional de la prueba”. Marcial Pons. Madrid. España. 2007 p 54 a 57.
- 162 Alude por ejemplo al principio de necesidad de la prueba VÉLEZ MARICONDE Alfredo “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Lerner Córdoba. Argentina. 1981 p 342.
- 163 Indicando la prohibición del conocimiento privado del juez. DEVIS ECHANDÍA Hernando “Compendio de la prueba judicial”. Tomo I. Op cit p 43. Aunque debe diferenciarse lo siguiente, la prohibición del conocimiento privado del juez radica en la acreditación de los hechos, el juez no puede en el sentido de proceso probatorio tener acreditado un hecho por su conocimiento personal; ello debe distinguirse de los aspectos de valoración propiamente dichos, que se refieren ya a hechos probados, y respecto de los cuales el juez tiene que ponderarlos y valorarlos, en un proceso cognitivo de análisis, para lo cual se requieren conocimientos de valoración general en disciplinas que podrían resultar aplicables, como criminología, sociología, psicología, medicina forense, criminalística etcétera; el punto fundamental es que el juez no puede acreditar hechos, pero si puede realizar valoraciones sobre hechos ya acreditados que es distinto, y tales valores implican conocimientos especializados del juez en su formación profesional que si podría aplicar en el juicio de valoración, lo cual es distinto a la acreditación de una situación fáctica, que es lo prohibido al juez en cuanto a su conocimiento personal; en otras palabras el juez no es un órgano de prueba, pero si es el sujeto procesal que valora la prueba con carácter decisivo.

3. Los principios generales que informan la prueba

Aquí se presentaran una breves reflexiones sobre la regulación de principios en materia de prueba, no serán objeto de tratamiento todos los axiomas que podrían considerarse en el ámbito del derecho probatorio, sino sólo aquellos que se derivan de la regulación del Código Procesal Penal, en tal sentido serán abarcados únicamente los aspectos generales sobre la aplicación de las pruebas, y dentro de ellos, los aspectos que podrían tener una mayor incidencia en el uso de los distintos medios de prueba.

3.1. Principio de legalidad de la prueba

El aspecto primordial es la regulación de la regla general de licitud de la prueba, es fundamental que la prueba obtenida sea lícita, tanto en su forma inicial de captación como en el proceso de incorporación, la ley señala esta doble garantía respecto de la prueba que se obtenga, su licitud debe versar desde el momento en el cual se obtiene el elemento de prueba –han sido obtenidas– pero también se somete a la regularidad de la ley su incorporación al proceso penal –e incorporadas al procedimiento– dentro de las formas previstas legalmente.

Lo anterior lleva a indicar que el proceso respecto de la prueba no es de absoluta libertad, sino que deben respetarse esencialmente la legalidad, tanto en el momento en el cual se obtiene la prueba, como en el momento en el cual el elemento de prueba se incorpora al proceso, en el cual debe respetarse por los intervinientes, las reglas que previamente el legislador ha definido como las establecidas para que ocurra la incorporación de las pruebas, tales formas pueden entonces resultar esenciales para la incorporación del elemento de prueba, y deben ser observadas por que son mandatos legales.

La consecuencia de lo anterior, radica, en que solo resulta legítima, la prueba obtenida por medios lícitos, e incorporado según cada rito procesal para el correspondiente medio de prueba, en cuanto se respeten sus formas esenciales de incorporación, según los preceptos legales aplicables, si la prueba no es lícita en su obtención o en su incorporación puede resultar la ilicitud de la misma, lo cual devendría en la imposibilidad de valorar tal elemento de prueba por haber sido obtenida ilícitamente o incorporada contrariando los preceptos legales en su dimensión esencial, el efecto es entonces el no concederle valor probatorio a la prueba¹⁶⁴.

164 Debe entonces señalarse que el efecto legal por el que ha optado el legislante es el de la exclusión de la prueba, lo cual significa negarle valor probatorio, sea porque no se admita, sea porque aun admitida, si se determina ilicitud en su obtención o incorporación contraria a la ley, se le priva del efecto de acreditación, es decir se le niega valor por exclusión, puesto que priva en estos casos, los fines del derecho en el sentido

Se tratan además, tres cuestiones esenciales: la prueba ilícita, la llamada regla de exclusión de prueba; y las excepciones a las reglas de exclusión. La primera de ellas, hace relación directa al mecanismo de obtención de la prueba, es lícita la prueba que se obtiene en virtud de un procedimiento o medio ilícito, y por regla general no tiene ningún valor; la segunda hace referencia, a que la prueba ilícitamente obtenida, debe ser excluida, y no puede determinar hechos, ni fundar la decisión, por ende debe ser necesariamente excluida del proceso de valoración¹⁶⁵; la tercera hace referencia a las excepciones en las cuales se puede valorar por el juez prueba que ha sido obtenida ilícitamente, dichas excepciones solo se encuentran referidas al proceso originario de obtención de la prueba, y en tal caso, la consecuencia, es que no opera la regla de exclusión de la prueba, y ésta puede ser objeto de valoración¹⁶⁶.

En tal sentido, la llamada regla de exclusión probatoria que regula en el marco del proceso penal la legalidad de la prueba se encuentra establecida en el inciso primero del artículo 175 del Código Procesal Penal, así procede aplicar la regla de exclusión –también llamada *exclusionary rule*– cuando se obtiene ilícitamente prueba, la regla prueba ilícita solo tiene lugar cuando la obtención de la prueba se realiza con violación de garantías o derechos fundamentales¹⁶⁷; también puede constituir prueba ilícita, la incorporación

que la obtención de la prueba en su generalidad, ha de ser siempre por medios lícitos, y respetando el procedimiento legal para su incorporación, esa es digamos la regla general que se establece, solo se admite para probar hechos la prueba lícita y legalmente incorporada; la que contraviene estos aspectos debe ser por lo general excluida; anótese entonces, que no se trata de un cuestión de nulidad –arts. 345 y ss CPP– sino que se optó por las formas de licitud e ilicitud de prueba, con sus reglas de exclusión y las excepciones a dichas reglas; la cuestión de nulidad, aunque puede tener algunos aspectos coincidentes, es atinente más a la práctica del acto procesal en sí; y su control es diferente a la cuestión de prueba lícita e ilícita, sobre todo en materia de obtención de pruebas.

165 La consecuencia de la inobservancia de las reglas de ilicitud de la prueba y de su exclusión en cuanto se afirma: “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito” es la concurrencia del vicio del número 3 del artículo 400 CPP que la sentencia se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio; tal regla comprendería tanto la ilegal obtención de la prueba, como su indebida incorporación con violación de preceptos legales, siempre que el vicio sea sustancial, y decisivo para la anulación de la sentencia, es decir que se trate de prueba decisiva, por cuanto podría una sentencia tener contener la valoración de una prueba ilícita, pero si excluida o suprima la misma, la restante prueba determina siempre los hechos que deben sustentarse no tendría por qué afectarse la sentencia, siendo necesario únicamente excluir la prueba; ahora bien si la prueba es fundamental para determinar un hecho trascendental de la sentencia, la anulación de ella es inevitable por la valoración de prueba ilícita, sea en su obtención o en su incorporación.

166 En este último caso, aunque la obtención de la prueba fue por medios ilícitos, en razón de las excepciones legales que el legislador expresamente ha regulado, se le permite al juez la admisión y valoración de aquella prueba originalmente ilícita, pero que concurriendo un motivo de excepción puede ser valorada, sin que afecte la legalidad de la sentencia, los motivos de excepción si son taxativos, y de reserva legislativa, por lo cual solo pueden aplicarse esas excepciones a la regla de exclusión y no otras.

167 Por ejemplo actos de allanamiento, confesiones, requisas, intervenciones corporales, quebrantándose las normas previstas para la obtención de la prueba pero además, vulnerándose derechos fundamentales de las personas o las garantías primarias que aseguran aquellos.

de la prueba con violación sustancial de regla legales cuando tienen un carácter sustancial o cuando se vulnere el derecho de defensa¹⁶⁸.

La cuestión de la prueba ilícitamente obtenida, y las formas de exclusión de la misma, respecto de los actos de prueba que deban ser suprimidos o no valorados para establecer hechos en juicio, encuentran amparo en la regla procesal que determina la legalidad de la prueba –Art. 175 CPP– con sus diferentes supuestos y las excepciones a la regla de exclusión pueden sintetizarse de la manera siguiente: a) determinación de la prueba ilícita, art. 175 inciso primero; b) la regla de exclusión de prueba –artículo 175 inciso segundo parte primera CPP; b) la doctrina de la *Teoría del árbol del fruto envenenado* o de los frutos venenosos o ponzoñosos –la llamada *fruits of the poisonous tree* o *fruits doctrine*– o regla de conexión de antijuridicidad para el derecho continental –artículo 175 inciso segundo parte primera– ; c) las excepciones a la regla de exclusión de prueba, constituida por la buena fe, el hallazgo inevitable, y la de fuente independiente–artículo 175 inciso segundo parte segunda–.

Cuando se trata de excluir prueba para su valoración –o en su caso para su admisión– el régimen establecido, es precisamente el del artículo 175 CPP “Legalidad de la Prueba”, y no tiene aplicación –como ya se dijo– el régimen de nulidades que tiene un sentido diferente como instituto procesal. De tal manera que en lo relativo a las pruebas y a su licitud o ilicitud, ellas deben ser consideradas en relación a su exclusión para acreditar hechos mediante la regla de exclusión (art. 175 inciso primero CPP) a la vinculación de los efectos ilícitos de prueba de esa naturaleza a pruebas lícitamente obtenidas, pero que en virtud del defecto originario constituyen siempre una prueba ilícita (inciso segundo parte primera del art. 175 CPP) que es lo que constituye la doctrina de los frutos envenenados.

Y respecto de los casos en los cuales no obstante que la prueba sea de carácter ilícito, no aplica la regla de exclusión, ni la doctrina de los frutos ilícitos, y por la tanto la prueba resulta legítima para su admisión y valoración, lo cual constituye las llamadas excepciones a la regla de exclusión (inciso segundo parte final del art. 175 CPP) lo cual significa que aunque la obtención de la prueba presente una situación defectuosa, la misma no será objeto de exclusión y se valorará a efectos de fijar su estimación probatoria, en resumen la prueba no obstante el defecto que se presenta, no se excluye de la valoración no siendo entonces prueba ilegal.

Las excepciones previstas para las reglas de exclusión de prueba son tres, siendo los casos siguientes:

168 Ver. Ref. 308-CAS-2008 Sentencia de la Sala de lo Penal del dieciocho de octubre de dos mil once.

a) excepción de buena fe;

b) hallazgo inevitable;

c) la existencia de una fuente independiente. Debe señalarse lo esencial que significa entender que estas formas de excepción a las reglas de exclusión de la prueba ilícita, operan única y exclusivamente, a los supuestos de obtención ilegal o ilícita de prueba, tanto por fuente originaria como por fuente derivada; se trata entonces de supuestos en los cuales, el elemento de prueba respectivo –confesión, registro, allanamiento, requisita, intervención corporal etcétera– es obtenido por medios ilícitos, sean directo o indirectos¹⁶⁹; no se trata entonces de supuestos de ilegal incorporación de la prueba, es decir, del acto de la producción de la prueba en el juicio, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba, sólo se refieren al momento de su obtención sea por procedimiento ilícito o medio ilícito¹⁷⁰.

En resumen se puede decir sobre ellas:

a) en atención a la llamada excepción de buena fe –o *good faith exception*¹⁷¹– se ha entendido que ella aplica cuando los funcionarios del Estado –usualmente policías– no han procedido maliciosamente o muy temerariamente a la transgresión de una garantía de índole constitucional

169 Por ejemplo es obtención ilícita directa, la práctica de un allanamiento ilegal, es decir fuera de los casos contemplados en la Constitución y la ley; es obtención indirecta de prueba ilícita, la realización de una confesión coactiva o mediante fuerza, en la cual el imputado indique donde se encuentra la evidencia –por ejemplo pistola– y posteriormente con esa información obtenida ilícitamente, se tramita legalmente un allanamiento y se obtiene la evidencia; dado que la fuente originaria fue ilícita, también el fruto obtenido de esa fuente se entiende ilícito por derivación, es precisamente lo que la doctrina anglófona llamó en su momento los frutos envenenados o la *fruit doctrine* o en el caso de la doctrina continental –Alemania, España, Italia– se le denomina con variante regla de conexión de la antijuridicidad.

170 Este aspecto es importante de aclararlo, aunque se hace referencia a una “[...] información originada en un procedimiento o medio ilícito [...]”; los supuestos se encuentran referidos con exclusividad al momento de captación u obtención del elemento de prueba, la palabra procedimiento no debe ser entendida en su sentido de fase de incorporación de la prueba, que es la que se realiza en el juicio oral que ocurre en cualquier clase de procedimiento común o especial; aquí procedimiento se encuentra referido al acto de captación inmediato de la prueba, y es ese procedimiento que siendo sustancial se vulnera deliberadamente para obtener ilícitamente la prueba; así la referencia al procedimiento ilícito, daría lugar a la concreta regla de prueba ilícita autónoma, es decir la obtención de una prueba de manera directa con violación de garantías constitucionales, por ejemplo un allanamiento ilícito; el medio ilícito, estaría dirigido a la doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso o envenenado; por el cual, el medio utilizado es el ilícito, y después se sigue un procedimiento legal que obtiene una prueba, que tiene como fundamento un medio ilícito, y por ello debe ser excluido, se trata aquí de prueba ilícita por derivación.

171 Los precedentes más antiguos que documentan una aplicación inicial de la excepción de buena fe, son *Terry vs. Ohio* 392. U.S. [1968] en el cual se expresó –sintetizando– que cuando la policía registra a una persona sobre la base de sospecha fundada de una portación de armas, el hallazgo de otra evidencia es legítimo y no debe ser excluido. El precedente fue retomado posteriormente en *Adams vs Williams* por el cual se detuvo al justiciable *Adams*, por sospecha de portar armas, pero en lugar de encontrar armas le encontraron estupefacientes, y se sostuvo que el resultado era válido, por cuanto los agentes de policía estaban habilitados para registrar a una persona si se sospechaba que portaba armas y en consecuencia el hallazgo de droga no era de mala fe, estimándose valido bajo la doctrina *Terry*.

en la obtención de la prueba¹⁷², por ende al no proceder de mala sino de buena fe, no resulta razonable por efectos disuasivos excluir la evidencia que se haya obtenido¹⁷³, no obstante la vulneración de una regla de garantía, por eso no se aplica a la regla de exclusión de prueba, y la misma puede ser valorada por el juez sin afectación de su ilicitud, aunque también se ha determinado en el derecho comparado, excepciones a la excepción de buena fe¹⁷⁴.

b) La excepción conocida como de la fuente independiente tiene aplicación cuando a la información probatoria obtenida ilegalmente, se ha obtenido también por una fuente diferente, que no tiene vinculación alguna con la práctica del acto ilícito, al no haber conexión entre la prueba obtenida ilícitamente, y la otra fuente por la cual se ha llegado a la misma, no es razonable excluir la evidencia¹⁷⁵.

La teoría de la fuente independiente como excepción a la regla de exclusión tiene antecedentes antiguos, así en el caso *Silverthorne* se había ya señalado que no resultaba razonable la exclusión de evidencia cuando estas procedían de fuentes independientes y que en tal caso podían ser utilizadas como prueba¹⁷⁶; uno de los casos más completos en aplicación

172 Como se puede advertir, la excepción de buena fe, usualmente ha tenido un gran ámbito de aplicación en casos de requisas de persona, allanamientos y registros, actos urgentes de comprobación –entre nosotros– en los cuales se podría afectar garantías de índole constitucional, si se procede arbitrariamente a practicarlos, por ello, la excepción usualmente se dirige al control del actuar policial, y solo se aplica cuando los oficiales han procedido dolosamente o de manera muy descuidada a quebrantar una garantía de índole constitucional.

173 El precedente paradigmático de la excepción que se trata ha sido *Leon vs United States*. 468. U.S. 897 S.Ct. 3405. [1984] en este caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, considero centrandolo su análisis en la Cuarta Enmienda que no debe ser excluida evidencia obtenida en una actividad policial de acuerdo a un procedimiento legal aparentemente valido, aunque es defectuoso, si la policía ha actuado de buena fe, por ello la actuación se considera una excepción a la regla de exclusión de evidencia. Posteriormente esta doctrina ha sido reiterado por ejemplo en *Massachusetts vs Sheppard*. 468. U.S. 981 [1984]; *Illinois vs Krull*. 480. U.S. 340 [1987]; *Arizona vs. Evans*. 63. LW. U.S. 4179 [1995] entre otros.

174 Las excepciones a las excepción de buena fe, son variadas, las mismas se han enunciado en parte en el fallo *Leon vs United States*; y tienen fundamento en otros precedentes como por ejemplo *Franks vs. Delaware*. 438. U.S. 154 [1978] cuando el oficial engaña al juez con información incompleta; o *Lo-Ji Sales Inc. vs. New York*. 442 U.S. 319 99 S Ct. 2319 [1979] cuando el juez abandona su función de control por negligencia. Ver SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos “La regla de exclusión de prueba ilícita y la excepción de buena fe. Una aproximación desde el precedente *León* en el Modelo del *commom law* y sus implicaciones en el sistema continental” en Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. Compiladores. Javier Llobet Rodríguez. Douglas Durán Chavarría. 1° edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2010 p 646 y siguientes.

175 Por ejemplo aunque se hubiese obtenido evidencia de un robo por un registro ilegal o por una declaración de un imputado sin los requisitos legales –actos de prueba ilícita–; otras fuentes, como testimonios han indicado el lugar donde se ocultaron los objetos robados, por haber presenciado esos hechos –fuente independiente–; y por ello, al no haber conexión entre ambas fuentes de prueba no se estima que proceda la exclusión de la prueba por ilicitud.

176 Precisamente en *Silverthorne Lumber Co. vs United States* 251 US 385 [1920] el voto del juez Holmes expresa que la regla de exclusión de prueba no es absoluta: “[...] si el conocimiento de ellas es obtenido de una fuente independiente, puede servir como prueba como cualquier otra [...]”. La doctrina de la llamada fuente independiente – *independent source* – cobro brío nuevamente en el precedente *Wong Sun vs.*

de la fuente independiente, ha sido *Murray v U.S.*, en el cual se indicaron aspectos esenciales sobre la excepción y también algunos aspectos en los cuales no se aplica la excepción¹⁷⁷.

Así una de las variantes cuando para el ofrecimiento de una prueba una de las fuentes es ilegal y la otra legal, éste última de carácter independiente; sea que se ofrezcan ambas pruebas o solo una de ellas –la de carácter legal– por tratarse de una fuente independiente no resulta prudente excluir evidencia que se deriva de fuente completamente legítima y no viciada por conexión –que sería la tradicional aplicación de la *fruit doctrine*– con aquella prueba que ha tenido un carácter ilegal; así el sentido independiente de la otra prueba es lo que sustenta su no exclusión¹⁷⁸ y se reconoce el derecho a utilizar la evidencia¹⁷⁹; sin embargo se ha señalado también que la excepción no aplicaría –en tal caso no se podría valorar la evidencia y se excluiría– cuando no se tiene una razonable certeza que la información posterior se haya derivado de una fuente independiente, y no de la información ilícitamente obtenida¹⁸⁰.

En el ámbito continental la excepción de la fuente independiente, ha obtenido un buen respaldo, señalándose que cuando no concurre contaminación de la prueba de la fuente independiente de la ilícitamente obtenida, porque no media conexión de causal de índole ilícito, no debe excluirse la prueba, y ella pueda ser válidamente apreciada debido a la autonomía que posee¹⁸¹; también debe señalarse que una variante de la fuente independiente, es la doctrina del hallazgo casual por el cual, la evidencia de un delito encontrada en la búsqueda de otro delito, no se excluye y debe ser apreciada.

United States. 371. U.S. 471 [1963] en el cual se señaló que no opera la doctrina de los frutos envenenados si ha concurrido una fuente independiente.

177 *Murray vs. United States*. 487 US 533 [1988] en el cual se indica que aunque concurra evidencia ilegalmente obtenida, si fuentes de carácter independiente han informado sobre la evidencia está no debe ser excluida.

178 Son ejemplos de casos admitidos bajo esta regla, la práctica de reconocimientos sin defensor –que no tendría validez– y un reconocimiento posterior espontáneo del imputado, por ejemplo al declarar en la vista pública, en tal sentido *United States vs. Wade*. 388 US. 218 [1967]; o cuando la privación de libertad no ha sido del todo legal *United States vs. Crews*. 445 U.S. 463 [1980].

179 Así *Ker vs. Illinois*. 119 U.S. 436 [1986].

180 En tal sentido se ha planteado la no aplicación de la excepción de fuente independiente –dado la situación de duda– y la exclusión de la prueba. Por ejemplo *Segura vs. United States*. 468 U.S. 796 [1984].

181 Así se ha indicado que no se excluye la prueba por no haber contaminación, si resulta posible establecer desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas, sino que debe concurrir necesariamente una “conexión de antijuridicidad” Ver ARMENTA DEU Teresa “La prueba ilícita. Un estudio comparado. Marcial Pons. Madrid. España. 2009 p 104; y privilegiando la fuente independiente “[...] si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución”. ARMIJO SANCHO Gilbert “Garantías Constitucionales, Prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1997 p 153.

c) Por último la excepción del descubrimiento inevitable excepciona la regla de exclusión de evidencia, cuando se ha obtenido evidencia mediante la utilización de formas ilícitas de obtención directa o indirecta –allanamiento ilegal, declaración forzada etc.– pero se determina razonablemente que la prueba indefectiblemente sería encontrada, y esa inevitabilidad de su hallazgo, hace que la prueba no resulte excluida¹⁸².

Como en los otros casos, la excepción tiene un origen anglófono en el precedente *Nix vs. Williams*¹⁸³ por medio del cual se precisó no excluir la evidencia encontrada, bajo la doctrina de la regla de exclusión de prueba, por tratarse de una situación en la cual la evidencia se hubiese encontrado siempre irremisiblemente desde una perspectiva de razonabilidad¹⁸⁴.

Si debe señalarse que esta doctrina del hallazgo casual ha sido utilizada muy restrictivamente en casos de registros y allanamientos, es decir en tales casos, no ha tenido una mayor aplicación¹⁸⁵, y se ha establecido que por hallazgos inevitables no pueden afectarse garantías básicas como la inviolabilidad de la morada; de ahí que su aplicación tenga un sentido bastante limitado¹⁸⁶.

Se regula además la referencia de una cláusula de proscripción dirigida a lograr declaraciones de personas sospechosas de haber cometido un delito,

182 Conviene aquí indicar la diferencia entre la fuente independiente y la doctrina del hallazgo inevitable; la primera se refiere a cuestiones concretas y acasadas, es decir la fuente independiente, es un elemento de prueba que se obtuvo en realidad; en cambio bajo la excepción del hallazgo inevitable, no se obtiene una nueva información probatoria –como en la fuente independiente– sino que, se trata de un razonamiento hipotético que determina razonablemente la factibilidad del hallazgo en una situación que sería forzosamente necesaria, por la actividad que se estaba realizando. Sobre este aspecto de la probabilidad razonable ver –con cita de Roxin– LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Proceso Penal Comentado”. LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Proceso Penal Comentado”. 4ª edición. Editorial Jurídica. Continental. San José. Costa Rica. 2009 p 318

183 *Nix vs. Williams*. 467. U.S. 431. 442-443 [1984] el resumen del caso indica que una persona insana mentalmente se había fugado del psiquiátrico y mató a una niña, fue aconsejado por la defensa a no contestar el interrogatorio policial; pero la policía lo llevo a la zona del hecho, y le pidió que indicara en qué lugar se encontraba el cuerpo porque era necesario sepultarlo cristianamente, el imputado indicó el lugar del cuerpo, el cual fue encontrado.

184 El fundamento esencial para no excluir la prueba, mediante la doctrina del hallazgo casual, fue el razonamiento, de que independientemente de la declaración ilícitamente obtenida por la policía, los agentes del orden, siempre hubieran encontrado el cuerpo, puesto que se había desarrollado una búsqueda meticulosa en toda la zona, la cual de manera inevitable terminaría encontrando el cuerpo de la niña asesinada.

185 Una aplicación bastante restringida del hallazgo casual fue precisamente el caso ya citado de *Murray vs. United States*. 487. U.S. 533 [1988] en el cual, se determinó la probabilidad razonable de un hallazgo inevitable.

186 Ciertamente se ha indicado que tal excepción por lo general no debe ser admitida cuando se trata de allanamientos ilegales, porque se vulnera de manera directa y sensible una garantía constitucional, por ejemplo sobre ello *State vs. Ault*. 150 Arizona. 459.724 P. 2 [1986]; con lo cual, se privilegia la primacía del orden constitucional así se ha expresado: “[...] la doctrina del descubrimiento inevitable debe ser usada con restricción para que no se convierta en un vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irrazonables [...]. *State vs. Kennedy*. 134 Wisconci. 2. 308. 318.396 [1986].

forzando su voluntad para ello; de ahí es fundamental que prohíban todos los mecanismos usuales de compulsión para lograr obtener información o declaraciones sin el consentimiento de la persona, se entienden decididamente ilícitas, y por ende prohibidas en un sentido general¹⁸⁷.

La manera de generalizar sobre esta verdadera prohibición probatoria¹⁸⁸, es meramente ejemplificativa, el legislante señala las formas más relevantes de obtener información o declaraciones en contra de la voluntad – tormentos, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños¹⁸⁹; pero debe de indicarse, que aunque la forma usual, es lograr declaraciones ilícitas¹⁹⁰; la prohibición se extiende también a otro tipo de comportamientos que pudiesen vulnerar la autonomía personal, para permitir actos compulsivos fuera de las regulaciones legales; de ahí que la obtención de prueba cuando se utilicen medios de coerción, deben ser únicamente en los supuestos habilitados legalmente¹⁹¹.

187 En el derecho anglófono, la obtención de información compulsiva, es clásicamente una prueba ilícita bajo el precedente *Miranda vs Arizona* 384 U.S. 430 [1966]; y *Orozco vs Texas*. 394 U.S. 324 326-327 [1969]; así cuando se obtiene información o una declaración si el consentimiento de la persona que la brinda, tal elemento de prueba en lo general es excluido.

188 Son prohibiciones probatorias, aquellas que no permiten que prueba obtenida violando normas constitucionales pueda ser utilizada, por ello, se prohíbe su uso; en tal sentido, la obtención de la prueba, se asienta en intereses en principio distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad real, en el sentido de pura utilidad, que incluye tanto casos de no admisión de pruebas en virtud de la tutela de intereses ajenos al procedimiento penal concreto (por ejemplo el secreto profesional) como casos de exclusión de prueba ilícitamente obtenida por la persecución penal, es decir prueba obtenida mediante la lesión de un precepto legal (constitucional o de derecho común) aplicable al acto de recolección de prueba en cuestión”. GUARIGLIA Fabricio “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 19. La exclusión y prohibición de pruebas tendrían puntos comunes en cuanto a no utilizar prueba ilegalmente obtenida.

189 El significado es el general así: tormentos; “Antiguo y violento sistema para obligar por la fuerza y el sufrimiento físico a declarar a los testigos reacios o a confesar a los sospechosos y acusados”; malos tratos “Todo acto contrario al respeto corporal o moral [...] En la esfera pública los malos tratos proceden todavía de los métodos brutales del aparato represivo del Estado cuando la policía, en sus diversas organizaciones mantiene la perversidad de las épocas del tormento o recibe concretas instrucciones para proceder a tortura de detenidos o presos arrancarles la confesión del caso”; coacciones “Fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarlo a decir o hacer algo; amenazas, “Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal”; engaño “Falta de verdad en lo que se dice o se hace con ánimo de perjudicar a otro”. CABANELLAS DE TORRES Guillermo “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2009.

190 En tal sentido, este precepto es esencialmente comprendido junto a la previsión legal del artículo 93 CPP que tiene determinada los métodos prohibidos para interrogar al imputado, los cuales presentan otros supuestos de interdicción para obtener declaraciones; y con la regla del artículo 259 N° 3 CPP en relación a la declaración extrajudicial; sin embargo el supuesto que aquí se examina es más amplio y permite amparar no solo al imputado, sino a otras personas, respecto de las cuales se utilicen medios compulsivos no autorizados legalmente.

191 Debe aquí señalarse, que pueden haber formas legalmente compulsivas, previstas por la ley para obtener información probatoria, pero que su utilización se encuentra ya ponderada legalmente, y por ello no sería objeto de la prohibición en comento; así por ejemplo en el caso de los testigos, su declaración necesariamente debe ser bajo juramento –arts. 137 y 209 CPP– pero dicho constreñimiento moral para que el testigo declare la verdad de lo que sabe, no se entiende como una afectación ilegal o violatoria de su autonomía; también la requisita, es un acto de coerción personal, en el cual una persona sospechosa de llevar consigo objetos relacionados al delito puede ser objeto de cacheo, pero al ser este un acto urgente de comprobación, si se practica de conformidad con la ley, no se entienden actos ilegales respecto a la

Se trata también el problema de las diferentes gradualidades de control sobre la legalidad que puede ser vulnerada, por los sujetos procesales, por los órganos de investigación, por los particulares, o por las autoridades judiciales; de tal manera que para preservar el derecho a un juicio con todas las garantías, conforme a la legalidad procesal, se determina una regla de interdicción respecto de actividades de prueba.

Tal regla tiene diversos supuestos, el último de ellos, es una regla de carácter residual para habilitar prueba, pero su carácter, precisamente es excepcional, no configura una regla genérica de aplicación, sólo se admite extraordinariamente, y jamás puede ser utilizada, cuando aspectos esenciales respecto de la prueba se han incumplido, puesto que ello llevaría sin duda a la ilegalidad masificada, así como a la anarquía en la aplicación de la ley, con lo cual, la regla de legalidad del proceso –a ellas pertenece la regla de legalidad de la prueba– quedaría pulverizada, y el proceso, a merced de partes y jueces, en un ámbito de arbitrariedad, que es incompatible con la legalidad¹⁹².

De ahí que la regla de imposición categórica –como regla general– es que la prueba solo puede tener valor probatorio, si ha sido obtenida lícitamente e incorporada legalmente al procedimiento, esto último significa incorporada conforme a las previsiones legales, y ello implica el desarrollo del principio constitucional de legalidad del proceso, o del proceso sometido a la ley¹⁹³, la sujeción del juez a la norma es fundamental para evitar la discreción judicial y asegurar el efectivo cumplimiento de la ley.

Así, debe señalarse que la legalidad de la prueba como regla de sujeción a la forma del proceso probatorio –búsqueda, ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba– priva totalmente sobre la regla residual de habilitación prevista en el inciso final, puesto que ésta última no se requiera a convalidar los yerros esenciales que se cometan en la cuestión de la obtención y producción de la prueba, sino únicamente como el texto del precepto lo indica a sus formalidades, lo cual habrá de entenderse como los aspectos meramente formales de un acto, que no quitan la esencia protectora y garantizadora del mismo, y que son meramente accesorios, precisamente ante esa residual formalidad o ritualidad, es que puede dispensarse sin perjuicio su no cumplimiento,

autonomía de las personas.

192 Efectivamente el principio de legalidad, general es de rango constitucional y significa la interdicción de la arbitrariedad de los funcionarios, los cuales únicamente pueden ejercer sus funciones en el marco de lo que estrictamente la ley les permite; con lo cual la autoridad habrá de ceñirse escrupulosamente al mandato legal, desde la Constitución hasta las restantes normas que vinculen su actuación.

193 Tal principio se encuentra reconocido en el artículo once de la Constitución que manda: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes [...]”.

pero ello no ocurre con las formas esenciales previstas para el acto de prueba en todo sus manifestaciones¹⁹⁴.

En tal sentido, dos aspectos deben distinguirse respecto del supuesto del inciso final del artículo 175 CPP; el primero de ellos, es que el legislador hizo referencia, específicamente al elemento de prueba, no al medio de prueba en sí¹⁹⁵; lo relevante de preservar en cuanto a la forma es el medio de prueba, respecto del elemento de prueba, si concurre la inobservancia de alguna formalidad no esencial, podrá realizarse una valoración sobre el mismo.

De ahí que, la regla residual de habilitación, está referida exclusivamente al elemento de prueba, pero no al medio de prueba; y es que interpretar lo contrario no sería conveniente, puesto que si el procedimiento probatorio en su aspecto esencial, fuera abarcado por tal regla, desaparecería prácticamente la forma como medio de legalidad para garantizar la prueba, con lo cual, a su libre arbitrio, discreción y abuso –volviéndose verdaderos legisladores– las partes o los jueces, decidirán como, cuando y de qué manera se incorpora la prueba, lo cual arrasaría la legalidad, y predecibilidad del procedimiento, el cual busca generar seguridad jurídica¹⁹⁶.

Así, conviene sostener que la forma debe respetarse, es decir el tipo procesal creado por voluntad legislativa debe ser acatado, y ello trasladado a la prueba, significa que las formas previstas por el legislador para incorporar un aspecto tan trascendental como la prueba, deben significar respeto para los sujetos del proceso penal, es decir, apegarse al procedimiento establecido para el medio de prueba en cuanto a su obtención, admisión, producción, para que el mismo pueda ser objeto de una legítima valoración, legitimidad que comienza con el respeto a la ley¹⁹⁷; por ello, la violación

194 Sobre ello ver Ref. 83-SC-2013 Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del centro Sentencia de las dieciséis horas del siete de junio de dos mil trece.

195 y sabido es la diferencia teórica conceptual de ambos, puesto que el elemento de prueba, no es, ni debe confundirse con el medio de prueba, para citar la ilustrada opinión de un ínclito procesalista se distingue entre ambos de la manera siguiente: es medio de prueba: “[...] el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso”; es elemento de prueba: “[...] todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”. CAFFERATA NORES José I “La prueba en el Proceso Penal”. Op cit p 16 a 23.

196 La seguridad jurídica, se determina por la Sala de lo Constitucional como un derecho fundamental y se ha dicho respecto de ella: “[...]”

197 El restante aspecto de la cláusula residual, también genera una interpretación restrictiva en su uso, la norma después de referirse al elemento de prueba –no al medio de prueba que sigue incólume– hace alusión a la formalidad, la referencia expresa es: “[...] con las formalidades previstas [...]”; adviértase entonces que no se encuentra referido a la forma en su sentido general, sino a una de sus características, la formalidad, es decir una expresión accesoria de la forma principal; precisamente en la doctrina se distingue entre formas intrínsecas y extrínsecas; las primeras resguardan aspectos nucleares, del acto que se practica; y no pueden

de formas esenciales, no tiene aplicación en la regla residual, y únicamente puede aplicarse a la no observancia de formalidades no esenciales, lo cual dependerá de cada precepto procesal que se dirija a la cuestión del procedimiento probatorio, desde su obtención hasta su incorporación.

3.2. Principio de Libertad probatoria

El núcleo central del precepto, es configurar un ámbito de ejercicio de la prueba, basado en la libertad de la utilización de los medios de prueba, pero no se trata de un ámbito de absoluta libertad, sino de un ejercicio reglado de la misma respecto de la prueba¹⁹⁸; se pretende que la prueba dentro de un marco legalizado, tenga opciones suficientes de libertad para que los sujetos procesales –partes– puedan ante el juez, tratar de establecer los hechos relativos a sus correspondientes teorías fácticas y jurídicas del caso.

Se ha señalado que el procedimiento probatorio –según el énfasis del modelo que adopte– puede optar por una mayor o menor regulación de la prueba, en tal sentido se ha indicado, que un modelo menos flexible en cuanto a la discrecionalidad de lo que se puede probar y los medios utilizados, es un modelo cerrado, y un mayor ámbito de discreción importa un modelo abierto¹⁹⁹. El modelo cerrado implica una tendencia a una mayor regulación de todo el fenómeno de la prueba, y por ende excluye toda aquella actividad que se aparte de las regulaciones formales

ser vistas precisamente como meros ritos, formalidades o tecnicismos, puesto que la esencia del acto practicado, radica en el cumplimiento del modo previsto para su realización, así, el medio de prueba, es la forma intrínseca prevista por el legislador para la realización del acto, el mismo, no es una formalidad, y no queda comprendida en el supuesto residual de habilitación del inciso final del artículo 175 CPP; con lo cual, su inobservancia, genera imposibilidad de valoración, prueba ilegal si la misma se valora positivamente; y no puede ser objeto de valoración como indicio, ante el incumplimiento de una formalidad, porque se trata, de la esencia del tipo procesal en el sentido tradicional que lo configuraba Beling, el cual conforme a la legalidad –al igual que en el derecho penal– debe ser objeto de respeto.

198 El punto de partida es la determinación de lo que usualmente en el ámbito forense se conoce como “prueba”, de manera simplificada, por tal vocablo se entienden las actividades formalizadas que se orientan a acreditar –probar– la existencia o inexistencia de hechos relevantes en relación a un delito para adoptar una decisión, de ahí que, en el proceso penal la acreditación de todo hecho –pasa por así decirlo– por su determinación mediante la prueba, ello significa ni más ni menos que los elementos de una conducta criminal han de ser demostrados al juez. Si es oportuno indicar que el proceso de la prueba se entiende de dos maneras uno de carácter retórico o argumentativo, en el cual la prueba es entendida como una actividad dirigida a persuadir al juez de la ocurrencia de determinados hechos; la restante entiende a la prueba desde una dimensión cognoscitiva, por la cual la prueba es una actividad desarrollada para conocer o acreditar la verdad de los hechos que se controvierten; dichos modelos han encontrado sustentación en el *common law* y en el *civil law*. Sobre el particular Ver en detalle. GASCÓN AVELLAN Marina GARCÍA FIGUEROA Alfonso “Interpretación y Argumentación Jurídica”. 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003 pp 195 a 197.

199 Sobre los aspectos históricos de un modelo de preeminencia legal en cuanto a los sistemas continentales y del *common law* y sus repercusiones Ver. DAMASKA Mirjan R. “Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal”. Traducción de Andrés Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2000 pp. 55 a 61 y 76 a 80.

a pesar de que las mismas puedan ser fuente de conocimiento. En cambio en el modelo abierto, impera una mayor discrecionalidad respecto de las regulaciones jurídicas para demostrar los hechos litigados, en tal sentido la regulación jurídica se restringe para permitir una mayor flexibilidad, y sólo excepcionalmente no es posible admitir determinadas pruebas²⁰⁰.

Pero debe señalarse que la desregulación de la prueba aún en los modelos abiertos no es absoluta, pues ello implicaría la asunción de un modelo que no tutela valores fundamentales²⁰¹ ni libertades públicas²⁰², los cuales se encuentran por sobre la búsqueda de la verdad, aunque la investigación resulte limitada, si ello es así en el modelo del *comom law*,²⁰³ en el modelo románico la preservación de reglas jurídicas es más notoria, por cuanto la normativización de los tipos procesales no sólo aseguran la búsqueda de la verdad, sino también garantizan el debido proceso, en este esquema, dirimir el conflicto judicialmente no es un fin exclusivo y excluyente, sino también se busca preservar un modelo jurídico-constitucional para resolver la cuestión penal²⁰⁴.

Lo anterior señala que en materia de obtención de conocimiento, aquellas actividades que violen garantías de un rango superior, no pueden ser admitidas como formas para el conocimiento de la verdad, se establece aquí un aspecto ponderativo entre conocimiento de la verdad –basado en una garantía epistemológica– y como un límite a la forma del conocimiento –garantía ideológica-normativa– en tal sentido, concurren ciertos valores jurídicos, que estructuran a su vez reglas jurídicas para el control de la

200 Sobre los modelos abiertos y cerrados ver TARUFFO Miguel “La prueba de los Hechos”. Traducción de José Ferrer. Trotta. Madrid. España. 2002 p 341 y ss.

201 Debe reconocerse que aún en el modelo anglosajón se ha sostenido, que la verdad no puede ser alcanzada a toda costa, y que para su obtención deben respetarse ciertos, derechos, bienes y valores. Confrontar RAWLS Jhon “El Liberalismo Político”. Traducción de A. Domenech. Editorial Crítica. Barcelona. España. 1996 pp. 253 a 254.

202 Ciertamente la tutela de las libertades fundamentales se encuentra arraigada en la teoría política, filosófica y jurídica del sistema norteamericano, pero de una manera diferente de acuerdo a su propia tradición cultural, y se ha expresado de la siguiente manera: “Me refiero primero a la Constitución, y en particular a las garantías fundamentales que otorga al individuo. No se puede privar a nadie de la libertad sin que medie un procedimiento judicial previamente establecido. Aquí tenemos un concepto del más amplio grado de generalidad. Sin embargo se presenta en forma global. No se define la libertad; sus límites no han sido trazados ni establecidos”. CARDOZO Benjamín Nathan “La Función Judicial”. Traducción de Victoria Cisneros y Leonel Perezniato Castro. Pérez Nieto Editores. México. 1996 p 36.

203 Sobre ese aspecto se dice: “Algunos países de la órbita de influencia del *Common Law* como los Estados Unidos casi siempre han tenido muy claro que la vulneración de garantías constitucionales lleva implícita la obligación de excluir semejante material probatorio”. ARMIJO SANCHO Gilbert LLOBET RODRÍGUEZ Javier RIVERO SÁNCHEZ Juan Marcos “Nuevo Proceso Penal y Constitución”. 1° edición. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998 p 337.

204 Como se ha expresado en la tradición continental se preserva un determinada ideología jurídica que determina un máximo de control, y la preservación de ciertas garantías bajo la tutela del juez, sobre ello *in extenso* ver el capítulo tres de GASCÓN ABELLÁN Marina “Los Hechos en el Derecho”. Bases argumentales de la prueba. 2° edición. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004 p 125 y ss.

prueba, que deben ser obligatoriamente observados, aunque ello en el plano del conocimiento implique la limitación de la averiguación de la verdad²⁰⁵.

Dicho lo anterior conviene indicar que la libertad probatoria es un principio de la prueba²⁰⁶ que determina esencialmente que todos los hechos relacionados al objeto del proceso²⁰⁷, pueden ser comprobados por cualquier medio legal de prueba de los establecidos en la normativa procesal penal²⁰⁸; es fundamental la operatividad del principio, puesto que quiebra la visión tradicional de la prueba tasada²⁰⁹, y permite que los hechos, puedan ser objeto para su comprobación de cualquier medio de prueba de los previstos legalmente²¹⁰.

La dimensión del principio de libertad probatoria, radica en que no se compele para acreditar un hecho, a un determinado medio de prueba, sino que pueden utilizarse todos los que se encuentren permitidos por la regulación de los medios de prueba que ha dispuesto la normativa procesal, sin que se establezca *prima facie* una ineficacia probatoria respecto del hecho a acreditar²¹¹; así para tratar de alcanzar la verdad todos los medios

205 Así puede sostenerse que en nuestro sistema procesal penal de tradición jurídica continental no campea un modelo de libertad probatoria abierto, es decir un modelo de los llamados *freedom of proof* como el que se recepta en los modelos anglosajones. Ver GASCÓN ABELLÁN Marina "La Interpretación Constitucional". 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2004 p 66.

206 Sobre tal principio se ha dicho: "Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar [...]". DEVIS ECHANDÍA Hernando "Compendio de Derecho Procesal". Tomo II. Pruebas Judiciales. Octava edición. Editorial ABC. Bogotá. Colombia. 1984 p 23

207 Como se expresó el objeto del proceso penal, es determinar si se cometió, un delito, quien participó en el delito, la responsabilidad civil que se deriva del delito, y las circunstancias que puedan tener relevancia en la investigación y acreditación de los hechos.

208 Debe precisarse aquí que medio de prueba es "[...] el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso". CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el proceso penal" Op cit p 23.

209 Por prueba tasada o de tarifa legal, es aquella en la que se predetermina un determinado medio de prueba para acreditar cierto hecho, y se le asigna un valor probatorio; su origen es antiguo –vinculado a los sistemas inquisitivos– y a pesar de las críticas, por su carácter excesivamente reglamentado, se le vincula con un ámbito de mayor seguridad en la cuestión de las pruebas. Por ejemplo Couture Eduardo J. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires. Argentina. 1948-1950 p 84; MITTERMAIER "Tratado de la prueba en materia criminal. Reus. Madrid. 1959. Tomo I. p 70

210 Así, el principio no es de libertad absoluta, puesto que reconoce límites, uno de ellos, es por ejemplo la licitud, otro es la pertinencia, puesto que los hechos a probar deben estar relacionados directa o indirectamente al objeto del proceso, en este último sentido por ejemplo SCHMIDT Eberhard "Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal" Traducción de José Manuel Núñez. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1957 p 198.

211 Sin embargo, en el plano valorativo, debe señalarse, que usualmente será mejor optar por el medio de prueba que garantice una mayor certidumbre probatoria y un rendimiento de mayor eficacia, en cuanto sea posible, aquí se trata ya de una cuestión de efectividad de las pruebas,

de prueba previstos pueden ser de utilidad, sin que haya limitación alguna sobre ellos.

Si debe señalarse, que no obstante la regulación legal de los medios de prueba que hace el código procesal penal, ello no es indicativo de un sistema estrictamente taxativo²¹², puesto que el precepto utiliza una forma de extensión a otras formas de prueba que podrían no estar inicialmente previstas²¹³, pero que se permiten su utilización, siempre que para su obtención, producción e incorporación se apegue a las reglas ya previstas para medios de prueba de carácter similar²¹⁴.

Pero además la utilización de formas no previstas de prueba, tiene otra importante limitación –distinta a la equiparación de medios de prueba similares– y consiste en todo caso, que cuando se utilicen medios de pruebas no previstos en la regulación legal, éstos no deben generar vulneración de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así se impone un marco de respeto estricto sobre el carácter de licitud de los medios de prueba, la utilización es flexible, pero tiene como límite la no trasgresión de las garantías de orden constitucional, convencional o legal²¹⁵.

3.3 Principio de Pertinencia de la prueba

El primer aspecto para ser abordado es determinar el sentido de pertinencia de la prueba²¹⁶, se dice que una prueba es pertinente, cuando hace de

212 Por lo menos, no en el sentido clásico que se asignaba a los medios de prueba como un catálogo estrictamente cerrado, como lo expone LEONE Giovanni “Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo Tomo II. EJEA. Buenos Aires. Argentina. 1963 p 175.

213 Por ello el precepto indica: “podrán ser probadas por cualquier medio legal de prueba establecido en este Código y en su defecto de la manera que este prevista la incorporación de prueba similares [...] [el subrayado es nuestro].

214 Se toma aquí una opción que maximiza la libertad probatoria, en el sentido, que siendo que los tiempos evolucionan y generalmente su dinámica rebasa, la reglamentación legal, las formas en las cuales se pueda acreditar un hecho pueden evolucionar a nuevos mecanismos; para evitar una constante de reformas, sobre este aspecto, con fundamento en la libertad de prueba, se permite acreditar hechos, aun por medios no previstos originalmente en el marco de los medios de prueba; pero teniendo en cuenta un aspecto importante que es decisivo para limitar su utilización –lo cual impide una libertad absoluta que no es aconsejable tampoco– y es que estas forma de prueba, deben ser análogas a los medios ya establecidos, por lo cual, el medio de prueba que más se asemeja, será el que se utilice para la obtención e incorporación de la información probatoria; este balance permite un uso adecuado de formas de prueba no previstas inicialmente, pero en todo caso sujetas a la legalidad.

215 Este último aspecto, es importante, puesto que en la utilización de medios de prueba legalmente previstos por el legislador, las formas elegidas, establecen el nivel de respeto de los derechos y garantías fundamentales; en cambio en los medios de prueba inicialmente no previstos, por su propia naturaleza, no pueden diseñarse límites específicos de tutela de garantías constitucionales; por ello, la limitación genérica de que se permite su utilización siempre que se respeten el conjunto de garantías primarias, que se derivan de la Constitución y de las leyes que adoptan un sistema de protección reforzada.

216 Los sistemas de pertinencia de la prueba pueden ser variados, cada sistema estructura el contenido de

alguna manera referencia al hecho constitutivo del objeto del proceso²¹⁷, en una primera distinción la prueba pertinente se referirá al objeto principal, es decir al hecho delictivo o a las personas que han intervenido en el mismo, y puede vincularse a tratar de demostrar la existencia de ese hecho, su inexistencia, su acaecimiento de forma diferente, o referirse a la participación de las personas a quienes se atribuye el delito²¹⁸.

Sin embargo, debe señalarse que la pertinencia tiene un ámbito de mayor aplicación no solo referida al hecho delictivo en concreto²¹⁹, sino además puede vincularse a otros aspectos circunstanciales que se quieran demostrar en el procedimiento, por ejemplo el uso de prueba para demostrar que un hecho se ha realizado como debía realizarse²²⁰, es decir acreditar la realización de un determinado acto procesal que es relevante dentro del caso que se conoce.

Otro ámbito de la pertinencia, que es menester indicar, es cuando la demostración de hechos o circunstancias se dirigen específicamente a verificar la idoneidad de otro elemento de prueba que se encuentra relacionada directa o indirectamente con el hecho principal, así las prueba que se dirigen a dar corroboración, a refutar la idoneidad o credibilidad de

pertinencia que dará a las prueba, por ejemplo en Puerto Rico las reglas de evidencia indican: “Evidencia pertinente es aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe a su vez referirse a una cuestión en controversia, o a la credibilidad de algún testigo o declarante [Regla 18] RAMOS GONZÁLEZ Carlos, VÉLEZ RODRÍGUEZ Enrique “Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. *Michie Butterworth*. San Juan. Puerto Rico. 1996 p 197. En las actuales reglas de evidencia se expresa en la regla 401 del Capítulo IV: “Evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho que tiene consecuencia para la adjudicación de la acción, más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye evidencia que sirve para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o declarante”. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 2009. Enmendadas por la Ley Número 46 del treinta de julio de 2009 en vigor desde el 1 de enero de 2010.

217 En general se indica sobre el principio de pertinencia de la prueba: “La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello, es conocida como “pertinencia” de la prueba”. CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el proceso penal” Op cit p 22; también se indica por este principio: “Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente es por el contrario, aquella que no versa sobre las preposiciones y hechos que son objeto de demostración”. COUTURE Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Tercera Edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977 p 238.

218 Este aspecto, se conoce usualmente como pertinencia directa, y es la que se relaciona de manera específica con el hecho delictivo y sus partícipes entendiéndose que es el objeto central del proceso penal; por ello es que el precepto expresa: “[...] y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio [...]”; la pertinencia directa se vincula específicamente a la imputación penal, y a las formas de acreditarla en toda su dimensión o de desacreditarla.

219 En cuanto a los extremos del mismo, es decir, existencia o cuerpo del delito y de la participación criminal.

220 Se trata aquí por ejemplo de la demostración de formas, que en algunos casos si podría tener un efecto relevante, en cuanto al cumplimiento de ciertos aspectos requeridos por ley en el sentido que se practiquen de un determinado modo, en este caso la prueba también sería pertinente, por ejemplo la forma en la cual se practicó una requisita, una allanamiento, una inspección corporal etc., si se pretende demostrar fundamente la vulneración de ciertas reglas sobre la práctica de determinados actos, la prueba será pertinente para ello.

un medio de prueba también quedan cubiertas por la regla del pertinencia aunque en este caso se le denomina pertinencia periférica o indirecta²²¹; y en tal caso la prueba es pertinente, aunque no se dirija directamente al objeto del proceso penal que es la imputación delictiva.

En resumen tanto la pertinencia directa como la indirecta justificaría la admisión de la prueba, puesto que el precepto admite ambas formas de pertinencia²²²; y por ello, la extensión del precepto sobre la pertinencia debe ajustarse en su exacta dimensión; así el señalamiento que se hace a la referencia “indirecta” permite sostener que los aspectos que prosiguen –identidad del imputado, responsabilidad, credibilidad de los testigos o peritos– son enunciativos en el precepto, pero no excluyentes de otras posibilidades de aplicación de la pertinencia como regla para tratar de acreditar por una prueba un hecho o circunstancia determinada que sea de interés relevante para la parte que la propone²²³.

3.4 Principio de utilidad de la prueba

En cambio la utilidad de la prueba²²⁴, se encuentra relacionada con la relevancia que tenga el elemento de prueba que se ofrece respecto del tema que se quiere probar, es decir dice de la importancia y eficiencia de la prueba para demostrar de mejor manera un determinado hecho, en tal sentido la prueba además de pertinente debe ser de utilidad según la proyección de la prueba, se trata de un principio de optimización que categoriza mejor la prueba por la idoneidad que presenta para mejor demostrar los hechos.

221 Ciertamente esta clase de pertinencia es fundamental, por cuanto la corroboración o refutación de una prueba es un aspecto esencial en el contradictorio de la prueba, y más en sistemas adversariales, por ello, el ofrecimiento de un documento, o un testigo, para refutar a otro testigo o para fortalecer su dicho, es pertinente por vía periférica, siempre que la información sea esencial y necesaria. El precepto la refiere básicamente a “[...] o a la credibilidad de los testigos o peritos.

222 En efecto, dice el art. 177 inciso primero “Será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio [...]”

223 Así, una prueba dirigida a cuestionar la validez de un documento privado o público, podría ser pertinente, por la vía indirecta, aunque no estuviese mencionada en los aspectos particulares de la regla; puesto que la categoría de referencia indirecta, es más amplia y permite extenderla a otros aspectos, que sean calificados de relevantes por su utilidad; en resumen la pertinencia de la prueba es una regla que debe aplicarse con mínimas restricciones, y no entenderse únicamente referida al objeto central del proceso penal, sino también dirigida a los aspectos periféricos o accesorios, siempre que tengan relevancia; en todo caso, la cuestión de la pertinencia en cuanto a su estimación y a la consecuencia de la admisibilidad o inadmisibilidad de una prueba, puede plantearse como error de interpretación improcedendo. Art. 469 inciso segundo CPP.

224 Respecto de la utilidad de la prueba se ha dicho: “está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad, y eficacia para verificar el mismo. Pues además de ser pertinente, la prueba debe ser útil. Será inútil, aquel elemento que carezca de toda importancia en cuanto relevancia para verificar el hecho investigado”. JAUCHEN Eduardo “Tratado de la Prueba en Materia Penal”. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002 p 25.

Ahora bien, cuando la prueba es pertinente y útil resulta admisible²²⁵, aspecto que es fundamental respecto de las probanzas, y que se encuentra establecido normativamente en el precepto; así por regla general aquella prueba que tenga carácter de pertinente y utilidad, debe ser usualmente admitida²²⁶, y al contrario, la prueba que no es pertinente, ni presenta utilidad, puede ser declarada inadmisibile; así aunque la pertinencia y la utilidad se relacionan con la admisibilidad de la prueba son aspectos diferentes²²⁷.

Solo resta señalar que el precepto acoge también el principio de verdad de la prueba²²⁸, lo cual es esencial, puesto que la actividad del proceso y de la prueba tiene como objetivo la búsqueda de la verdad sobre los hechos²²⁹, aunque desde un ámbito reglado y no absolutamente discrecional²³⁰; este aspecto también debe ser contextualizado, puesto que aun siendo una finalidad sustantiva que se encuentre la verdad, su alcance presenta importantes limitaciones que no pueden ser rebasadas, y que se ciñen al respeto esencial del Estado de Derecho y el respeto de los derechos y garantías fundamentales²³¹.

225 En efecto el precepto dice: “Será admisible la prueba [...]”; de ahí que, cuando las pruebas que se ofrezcan colmen el requisito de pertinencia y utilidad, la regla es que se declare su admisibilidad, siempre que se cumplan todos los restantes parámetros para su ofrecimiento; por ejemplo las reglas que se establecen en el artículo 359 CPP o los requisitos para ofrecer prueba de referencia art. 221 y 223 CPP.

226 Otro aspecto importante para la admisión de la prueba es que ella sea lícita, puesto que una prueba podrá ser pertinente, podría tener utilidad, pero si presenta ilicitud sustancial, no podría ser objeto de admisión, dado el carácter ilícito que tiene, sin que concurren excepciones que permitan su admisibilidad, en este caso, priva el interés de licitud de la prueba, en tal sentido FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración Racional de la Prueba” Op cit p 43.

227 Con acierto se indica sobre este punto: “En cambio de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad, de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla”. COUTURE Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Op cit p 238.

228 En efecto el precepto señala “Será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad [...]”. La búsqueda de la verdad ha sido un aspecto esencial para un sector de la doctrina en materia de prueba, sólo para ejemplificar: “

229 Habrá de señalarse como usualmente se indica sobre este aspecto, que el encuentro de la verdad real, historia o verdaderamente acontecida, es una meta difícil en el proceso penal, dada su configuración de mecanismo de intervención posterior a los hechos, y que la información siempre resultara mediatizada al juez por el tiempo y los órganos de prueba; en todo caso, se aspira a al mayor acercamiento de la verdad y por ello su dimensión de *veritas* forense en el sentido de una verdad formalizada. FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. España. Segunda edición. 1997 pp 36 a 38; CAFFERATA NORES José I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp 117 a 123; JAUCHEN Eduardo “Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2013 pp 705 a 706; DÖHRING Erich “La Prueba. Práctica y apreciación. Leyer. Bogotá. Colombia. 2008 p 12 a 18.

230 Así, TARUFFO Michele “La prueba de los Hechos”. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán Editorial Trotta. Madrid, España. 2002 p 343.

231 Sobre ello GASCÓN ABELLÁN Marina “Los hechos en el derecho” Op cit. 2001 pp 112 A 113; MIRANDA ESTRAMPES Manuel “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2ª edición. J. M. Bosch. Barcelona. España. 1999 p 55.

IV. Sistema de Valoración de la prueba

En materia penal juvenil, el legislante optó por adoptar el sistema más tradicional de apreciación de las probanzas, en ello no hizo una remisión al código procesal penal, sino que con carácter específico señaló cual sería el método de valoración de prueba que los jueces de la materia penal juvenil deberían emplear a fin de ponderar la acreditación de los hechos y circunstancias, siendo el mismo el de la sana crítica²³².

Ahora bien, debe comenzarse señalando que el método utilizado, es de una libre convicción respecto de la valoración de las pruebas, el cual se sustenta en un sistema de íntima convicción, del cual la sana crítica es una modalidad del mismo²³³; siendo el aspecto central, que no se predeterminan parámetros de valoración respecto de las pruebas –como se haría en un modelo de prueba legal²³⁴– pero con más o menos rigurosidad se determina la necesidad de que el juez exprese las razones de su decisión²³⁵, así sin fijarle un estándar previo para que se le conceda valor positivo o negativo a una prueba, se permite que el juez fije libremente su convicción judicial, con la exigencia que exprese las razones del porque le convencen o no, tal o cual pruebas²³⁶; en tal sentido, el proceso de valoración de prueba tiene como finalidad determinar la veracidad o falsedad de las teorías fácticas y de los hechos que se pretenden acreditar²³⁷.

232 Ciertamente el inciso segundo del artículo 33 de la Ley Penal Juvenil expresa: “La valoración de la prueba se hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Debe añadirse entonces que hay plena coincidencia entre la normativa penal juvenil y el Código Procesal Penal que también establece como método de valoración de la prueba la sana crítica.

233 En tal sentido ver CASADO PÉREZ José María y otros “Código Procesal Penal. Comentado. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2001 pp 548 a 549; FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración racional de la prueba” Op cit pp 45 a 46.

234 “Este sistema se basaba en la aplicación de reglas –en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos– que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba –y a veces de todos ellos–. TARUFFO Michele “La Prueba”. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid. España. 2008 p 133.

235 Se ha señalado en esta modalidad que la libre convicción de la prueba oscila entre modelos “persuasivos” que se caracterizan por: a) la utilización de la íntima convicción como parámetro de la decisión; b) la aplicación del principio de intermediación con un carácter absoluto; c) un escaso deber de motivación de la decisión; d) un sistema limitadísimo del control de la decisión por la vía del recurso. El otro modelo es llamado racionalista en el cual destacan: a) la corroboración y refutación de hipótesis sobre los hechos probados como forma de la valoración de la prueba; b) una función limitada del principio de intermediación; c) un ámbito exigente de motivación sobre los hechos; d) un sistema de recursos de mayor control sobre la decisión. Ver. FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración racional de la prueba” Op cit pp 61 a 66. Ciertamente este último modelo de la libre convicción por referencia a la sana crítica tendría más compatibilidad con nuestro sistema, al menos en la decisión que dictan los jueces cuando fallan de pleno derecho.

236 Sobre ese aspecto: GASCÓN ABELLÁN María “Los hechos en el Derecho” p 49.

237 Sobre ello se ha indicado: “La valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo en qué grado. Esta definición se centra en el resultado de la valoración que lleva a cabo el juzgador: un enunciado sobre los hechos está probado cuando

Al respecto debe considerarse algunas breves apostillas sobre un aspecto que es decisivo en la valoración de la prueba, es decir el método que se expresa por ley para la valoración probatoria, la cual según se indica debe regirse por las reglas de la sana crítica²³⁸, sistema de valoración que, si bien establece la más plena libertad de convencimiento, exige que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye²³⁹.

Así, la sana crítica se encuentra integrada por regla general conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. En principio, la sana crítica significa libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia²⁴⁰. Implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivos de análisis y vinculados al *thema probandum*; la sana crítica como forma de la libre valoración de la prueba supondrá libertad para apreciar el conjunto de pruebas que se han incorporado²⁴¹.

Dada la elección que hace el legislante, sobre el método de valoración de prueba, debe indicarse la noción de sana crítica que podría utilizarse para la apreciación de las pruebas, sobre ello, habrá de señalarse una perspectiva clásica de la tal metodología, que la ciñe a la observancia de la lógica, la experiencia y la psicología²⁴²; una visión más renovada

sobre la base de pruebas, se considera verdadero. A la inversa, un enunciado sobre los hechos es verdadero cuando se ha probado debidamente mediante pruebas presentadas ante el tribunal [...] Del mismo modo, un enunciado sobre los hechos es falso cuando se ha probado que los hechos son inexistentes. Cuando un hecho no está probado porque no hay medios de prueba que lo apoyen, o porque hay algunos pero no los suficientes para apoyar una conclusión sobre la verdad del enunciado acerca de él, entonces ese enunciado también se considera como si fuera falso". TARUFFO Michele "La Prueba" Op cit p 132.

238 En tal sentido el precepto en comento expresa "[...] Los jueces deberán valorar en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica [...]; y el 394 Inc. 1° CPP dispone "[...] El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica; y el artículo 400 N° 5 CPP reconoce como vicio de la sentencia: "[...] Cuando no se han observado las reglas de la sana crítica con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

239 Cafferata Nores, José I. "La Prueba en el Proceso Penal" Op cit pp 45 a 46.

240 Indicándola como un variante de la libre apreciación de la prueba TARUFFO Michele "La Prueba" Op cit p 135.

241 Sobre la libre valoración se expone: "[...] El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas; tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a los estándares flexibles, y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto del litigio, sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles" TARUFFO Michele "La Prueba" Op cit p 135.

242 En efecto, una visión tradicional de la sana crítica hace descansar tal método de valoración de prueba, en tales principios así se ha dicho: "El Tribunal de Casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado

de la sana crítica –como forma de la libre valoración racional de la prueba– determina la concurrencia de determinados criterios –lógica y racionalidad– que sustentan la apreciación de las pruebas, pero no son un sistema cerrado de la apreciación de las pruebas²⁴³.

En tal sentido, podría sostenerse que aunque son importantes los criterios, de la lógica²⁴⁴, la experiencia²⁴⁵ y la psicología²⁴⁶, podrían también derivarse otros, que pudiesen abonar a la concreta valoración de la prueba, aportando parámetros racionales para fundar un convencimiento sobre los hechos que deben ser probados²⁴⁷; ahora bien, tales criterios conformadores –de entre otros– de la sana crítica, habrá de ajustarse necesariamente a la cuestión jurídica que se valora, específicamente a las reglas de valoración probatoria.

Así las cuestiones de la lógica deben matizarse en el ámbito jurídico, no se trata de un análisis de la prueba sujeto a la formalización del pensamiento lógico en un sentido estrictamente formalizado, en cual la veracidad de las proposiciones son necesarias para la afirmación de la conclusión; se requiere más de un fundamento lógico de la decisión sustentado en la coherencia y la derivación²⁴⁸, pero vinculados a la cuestión penal, y

las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia”. DE LA RÚA Fernando “El Recurso de Casación”. Víctor P. de Zavallía. Editor. Buenos Aires. Argentina. 1968 pp 175 a 176.

243 Así por ejemplo FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración racional de la prueba” Op cit p 45.

244 En el sentido tradicional se ha entendido la lógica en su sentido formal, sustentada en los principios de coherencia y derivación, del cual se desarrollan otros subprincipios, así se ha dicho: “[...] De la ley fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento a saber: a) de identidad; cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico –total o parcialmente– al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente o pueden ser ambos verdaderos; c) del tercero excluido dos juicios opuestos entre sí, contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos, es verdadero y ninguno otro es posible. A su vez de la ley de la derivación se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual, todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega, con la pretensión de que sea verdad”. DE LA RÚA Fernando “El Recurso de Casación” Op cit p 181.

245 Sobre las reglas de la experiencia se indica: “[...] son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles. La sentencia que razone en contra de esas máximas, o que se funde en pretendidas máximas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación que será controlable en casación. *Ibid* p 186.

246 Se hace aquí mención de ciertos aspectos de carácter interno al ser humano, propios de su fuero interno. *Ibid*.

247 Lo que se indica es los estándares, criterios o reglas para la valoración pueden ser variados, aunque la mayoría de ellos poseen un sentido de generalidad. Ver TARUFFO Michele “La prueba de los Hechos” Op cit pp 371 a 375.

248 Así la coherencia del razonamiento indicaría concordancia entre las afirmaciones y conclusiones que hace el juez respecto de la prueba y los hechos probados, sin que concurren contradicciones sustanciales; y la derivación significaría una relación entre las afirmaciones y las conclusiones; de tal manera que cada afirmación tenga su razón; o en términos de valoración probatoria, que cada hecho afirmado, tenga a su base una prueba que lo sustente.

particularmente a la probatoria, que debe afirmar los hechos tenidos como ciertos²⁴⁹.

En relación a las reglas de experiencia, se indica que es más factibles, ubicar este criterio sobre la base de la aplicación práctica y cotidiana que hacen y desarrollan las personas usualmente en las actividades del diario vivir²⁵⁰; con lo cual, el hecho de carácter fáctico ocurrido se contraponen a una regla de experiencia también de carácter empírico para considerar, si razonablemente el evento afirmado ocurriría conforme a la experiencia general o máxima de experiencia²⁵¹.

Debe tenerse en cuenta que las llamadas máximas de experiencia general tienen una amplia variedad y pueden abarcar diferentes ámbitos²⁵²; pero su valoración debe adaptarse al caso particular y a los hechos sucedidos²⁵³, no se trata de una regla infalible, pero sí de trascendencia para valorar los hechos afirmados mediante las pruebas practicadas²⁵⁴, lo cual debe llevar a considerar que las reglas de la experiencia deben considerarse según los hechos probados del caso particular, y determinar si le son aplicables al mismo, para verificar la suficiencia del proceso valorativo²⁵⁵, con lo cual, se trata de la aplicación de una regla con sentido de variabilidad según el tipo de hechos que se acredite, y en el contexto que se haga, puesto que

249 Así, la razón suficiente indicaría que para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera –derivación– este principio permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas –coherencia– en otras palabras los hechos deben derivarse de las pruebas, y no ser sustancialmente contrarios o contradictorios entre sí.

250 Sobre tal aspecto ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, RODRÍGUEZ CAMPOS Alexander “Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal”. Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002 p 91

251 Sobre las máximas de experiencia se ha dicho: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes, de los casos particulares e cuya observación se han inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. STEIN Friedrich “El conocimiento privado del juez”. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Traducción de Andrés de la Oliva Santos. Segunda edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1988 p 27

252 Ver ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto “Valoración de la prueba en el Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2003 pp 108 a 110.

253 Se indica aquí diferencias entre las normas de experiencia y las llamadas reglas de experiencia técnica que estarían vinculadas al saber disciplinario y científico, pero que se afirman sobre conocimientos generalizados. STEIN Friedrich “El conocimiento privado del juez” Op cit p 31 a 32.

254 *Ibid* p 37.

255 Así, las reglas o máximas de la experiencia, nos encontramos ante un conjunto formado por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares, pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.), consideradas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios. Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio; y están encaminadas a argumentar el valor pro

no todas las circunstancias son las mismas en cuanto a la comprobación de los hechos²⁵⁶.

El otro aspecto que se debe tener en cuenta son las reglas de la psicología²⁵⁷, pero ello debe matizarse, no se trata de una consideración fundada en la disciplina como tal²⁵⁸, sino en ciertos aspectos que son imprescindibles en el ser humano al momento de conocer un hecho, y poder posteriormente racionalizarlo en su sentido más general; la apreciación de las reglas de la psicología, no estarían sustentadas en las bases epistemológicas del saber psicológico como disciplina especializada²⁵⁹, sino en algunas de las manifestaciones exteriores del ser humano, que ante la realidad externa e interna, desarrolla procesos sensoriales, afectivos, racionales, cognitivos, etcétera, sobre los cuales el juez podría desarrollar determinadas valoraciones que no implican un saber especializado, sino un análisis general y de conjunto²⁶⁰.

256 Es decir, la regla de experiencia como parte de un criterio valorativo de la prueba, obedece a un contexto determinado, por ello, la aplicación singular del aspecto práctico o de experiencia general debe ajustarse al entorno del caso que se trata, no es una cuestión de generalización absoluta, puesto que si se modifica el contexto –otro por ejemplo– la aplicación de la regla podría variar. Sobre ello ver. FERRER BELTRÁN Jordi “Prueba y verdad en el Derecho”. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid. España. 2002 p 104 y siguientes.

257 La psicología como disciplina ha tenido una añeja raíz filosófica –vista como ciencia del alma por Aristóteles– quien entendía el sentido de *psique* –alma– como aquello por lo que primeramente vivimos, sentimos, cambiamos de lugar y entendemos; según se indica la psicología hasta la segunda mitad del siglo XIX se entendía todavía vinculada a la filosofía como parte de la psicología racionalista; y fue con los trabajos de Wundt y Watson que refirieron el concepto de *psique* a la mente, y una derivación al carácter introspectivo y conductual de la psicología; y su referencia actual a las dimensiones orgánicas, volitivas, emotivas, de la personalidad, afectivas, cognitivas, etc., hace que la ciencia psicológica se haya complejizado y se encuentra conformada por diferentes corrientes y múltiples ramas o campos de aplicación. Ver BLÁZQUEZ Feliciano “Diccionario de las Ciencias Humanas”. EVD. Navarra. España. 1997 pp 404 a 405; BELTRÁN LLERA Jesús “Para comprender la Psicología”. EVD. Navarra. España. 2002 pp 10 a 25. No resulta extraño, que en la finalidad del derecho de parecerse a una ciencia con carácter positivista, acudiese a fórmulas precisamente sustentadas en el carácter científico, de ahí –por ejemplo– la vinculación de la regla de apreciación de la prueba, al parámetro psicológico, como un elemento integrador de la sana crítica; más cuando la prueba testimonial en el proceso antiguo –al igual que la confesión– eran pruebas de estimada relevancia, y había discernir, sobre si una persona, mentía o decía la verdad, sobre su personalidad, afectos y emociones; aspectos que se consideran vinculados a un análisis de índole psicológico, y ello explicaría la usanza de la fórmula.

258 Debe aquí considerarse, que una de los enfoques de la valoración de la prueba, es precisamente el de índole psicologista, el cual centra su fundamento el examinar los procesos psíquicos del juez ante la valoración de la prueba; por ello, resultaría también explicativo de la subsistencia de esta regla tan tradicionalmente citada en la composición de la sana crítica. Ver TARUFFO Michele “La prueba de los Hechos” Op cit p 133.

259 Por ejemplo sobre la psicología en su sentido significativo se ha dicho: “La mayoría de los psicólogos contemporáneos estaría de acuerdo en que la psicología es la ciencia de la conducta y los procesos mentales. Pero esta definición general no refleja la amplitud, profundidad o lo apasionante del campo. Los psicólogos pretenden explicar cómo percibimos, aprendemos, recordamos, resolvemos problemas, nos comunicamos, sentimos y nos relacionamos con otras personas desde el nacimiento hasta la muerte en relaciones íntimas y de grupos”. MORRIS Charles G. MAISTO Albert E. “Psicología”. Decimotercera edición. Pearson. México 2009 p 4.

260 Así se requeriría del juez, un conocimiento básico de ciertos aspectos de índole psicológico, para aplicarlos como regla de apreciación relativo a como las personas, pueden percibir hechos, memorizarlos, recordarlos, expresarlos, como se evidencian aspectos de sensaciones, emociones, etc., pero todo ello a nivel muy básico; lo cual puede tener diferentes aplicaciones como por ejemplo, diferenciar entre la declaración de un niño y un adulto; entre una persona triste, o alegre; lo que no resulta aplicable, es exigir al juez

Muy cercano al criterio anterior²⁶¹, serían las consideraciones básicas sobre las reglas de la ciencia o los conocimientos científicos, en tal sentido, hay que considerar que las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que deba recurrir en ciertos hechos a cuestiones con carácter científico o disciplinario especializado, o sea, a conocimientos que se forman por fuera del derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan las investigaciones y búsquedas de carácter científico²⁶².

En resumen, debe considerarse que este sistema de valoración probatoria se caracteriza, en primer lugar, por la posibilidad de que el juzgador logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando las reglas y principios que sustentan la sana crítica o la racionalidad afirmada sobre criterios generales de valoración²⁶³; se trata en todo caso, de aspectos que permitan un grado de corroboración aceptable de la decisión, es decir que la hagan más razonable²⁶⁴, pero examinando caso por caso, sin que las reglas se apliquen en un sentido genérico para todos²⁶⁵.

De tal manera que la actividad valorativa del juez, es libre, en el sentido que no se le predeterminan *ab initio* formulas o valores probatorios, pero

conocimientos especiales de psicología, para valorar la prueba, más allá de que la formación especializada del juez, exija una base mínima de conocimientos, que debe ser útil en su formación y en su ejercicio profesional.

261 Básicamente, la evolución de las reglas de la sana crítica, a un saber racionalizado, significaría la consideración en la decisión de ciertos aspectos sustentados por determinadas áreas científicas o de carácter disciplinar, dentro de los cuales concurriría como otras ciencias, la psicología, de ahí que el carácter de exclusividad de la psicología, se vea ampliado al espectro de otras ciencias y disciplinas, cuando sea necesaria una consideración especial; en general, lo anterior, estará sustentado en la prueba pericial, la cual también el juez debe ponderar; pero como se expresó, puede tratarse también de cuestiones básicas, referidas a una situación determinada que indica la prueba.

262 Empero, debe señalarse que dado el avance vertiginoso de la ciencia, el juez sólo puede emplear para la valoración de la prueba aquellos conocimientos científicos cuya aceptabilidad resulte segura. Dicho de otro modo, deberá aplicar las reglas de la ciencia o conocimientos científicos asentados, conocidos por la generalidad, según la particular apreciación de los hechos sometidos a valoración, y sobre los cuales sería necesario pronunciarse, por ejemplo, cuando valora prueba pericial, pero debe añadirse, que esta valoración se hace integrándola al resto de la prueba, y ajustándola a las cuestiones jurídicas que son propias del tema a probar.

263 MONTERO AROCA J "La Prueba". Consejo General del Poder Judicial Madrid. España 2000 p 60; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto "Estudios de derecho probatorio". Universidad de Concepción. Chile. 1965 pp 122 a 126.

264 Así se sostiene: "[...] La concepción racionalista basa la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probado. Es cierto que nadie puede escapar a sus creencias; ahora bien, la pregunta relevante es ¿qué justifica la decisión, el hecho de tener creencias o el hecho de que el contenido de ésta, la hipótesis este corroborada? Optando por la segunda alternativa podemos empezar a diseñar métodos de valoración de la prueba, y dispondremos, por otra parte, de criterios para juzgar si el juez se equivocó o no en la valoración de la prueba realizada. FERRER BELTRÁN Jordi "La valoración racional de la prueba" Op cit p 65.

265 TARUFFO Michele "La Prueba" Op cit p 136.

para evitar la discrecionalidad o el arbitrio del juez en la decisión, como forma de control, se exige que explique los motivos de la decisión para determinar, si los mismos, serían –en un proceso de verificación– tenidos como razonables, es decir –aunque no verdaderos en sentido ontológico– sí justificativos de la decisión por la que el juez ha optado.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, que se impone a los jueces la obligación de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas²⁶⁶. Lo anterior requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio, precisando el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo concretamente el dato probatorio –fundamentación descriptiva– pues sólo así será posible verificar si la conclusión a que arriba deriva racionalmente de esas probanzas invocadas en su sustento. La segunda operación es la *valoración crítica o analítica*, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya –fundamentación analítica o intelectual–²⁶⁷; en suma el juez debe motivar la decisión que asume respecto de la credibilidad o no credibilidad en relación a la prueba incorporada²⁶⁸.

El otro aspecto esencial en la valoración de sana crítica, es que la prueba debe ser valorada en su conjunto o integralidad²⁶⁹; es fundamental que la prueba después de la apreciación particular de cada una de ellas en cuanto a su suficiencia para acreditar hechos, sea valorada en un sentido de conjunto, pero con un sentido de corroboración o de afirmación²⁷⁰,

266 FERRER BELTRÁN Jordi “La valoración racional de la prueba” Op cit p 57. La motivación es una exigencia de índole constitucional, que asegura el derecho a la seguridad jurídica, en este caso, teniéndose en cuenta que el juez expondrá las razones de su preferencia sobre la prueba en sentido positivo o negativo, evitando al menos la discreción objetiva, y ello además permite el ejercicio del derecho de defensa, en el control de la decisión.

267 CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal” Op cit Págs. 46 a 47;

268 Así habrá de señalarse que la motivación sobre la prueba tiene un fundamento constitucional, puesto que el derecho de defensa quedaría comprometido, al no darse a conocer por el juez las razones de su decisión para efectos de control. Ver GUZMÁN Leandro “Derecho a una sentencia motivada”. Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2013 pp 146 a 151. Sobre la motivación en el ámbito constitucional ver. Ref. 513/2005 Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del quince de octubre de 2010. Ref. 116/CAS/2011 Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 31 de agosto de 2012.

269 Ver. Ref. 628/CAS/2009 Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 27 de abril de 2011; Ref. 674/CAS/2009 Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 1 de febrero de 2012.

270 La visión del conjunto de pruebas, no debe desnaturalizarse, supone primero el análisis particular del elemento de prueba y posteriormente el análisis integral de la misma, que en este sentido si sería aceptado como parámetro de corroboración. Ver IGARTÚA José “La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. 2003 p 151 y ss; TARUFFO Michele “La Prueba” Op cit p 142.

en el sentido de estimar que pruebas pueden tener un mejor parámetro de credibilidad, y por ende de elección, para ser tomadas como ciertas y establecer ciertos hechos probados²⁷¹.

Por último debe indicarse que la valoración circunstancial –de indicios– o inferencial de la prueba, se corresponde ya en el código no con un medio de prueba específico; sino como una forma de expresión del estándar de la libre apreciación de las pruebas²⁷², según la sana crítica, así la valoración de la llamada prueba indirecta²⁷³ –por oposición a la prueba directa– puede generar una valoración de diferentes elementos de prueba, que unidos entre sí, acreditan ciertos hechos, y de los cuales se permiten inferir otros hechos no probados directamente, pero deducidos mediante el conjunto de la prueba²⁷⁴;

Lo anterior es sustancial en el proceso penal, pues no siempre se contara con prueba directa, así el uso de la llamada prueba indirecta o circunstancial es legítima, siempre que se encuentre apoyada en una multiplicidad de indicios, que permitan arribar a conclusiones lógicas, si la conclusión es de certeza en un sentido de razonabilidad, la prueba será apta para sostener una decisión de condena y vencer la presunción de inocencia²⁷⁵, sin que concurran aspectos que afecten este principio, puesto que se colmará el estándar de mínima actividad probatoria para sostener con razonabilidad la acreditación de hechos, la comprobación de los mismos, y una decisión de condena, lo cual ha sido respaldado ampliamente por la jurisprudencia²⁷⁶.

271 La valoración conjunta e integral de la prueba, supone un doble ejercicio, un primer aspecto relativo a la valoración individual de las pruebas; el restante es una análisis sistemático o integral de los elementos de prueba, por lo cual, se examina, su concordancia y coherencia en cuanto conjuntos de pruebas, es decir se examinan los ámbitos de relación, corroboración, lo cual es importante para determinar aspectos de confirmación o negación de las pruebas; así el examen de la integralidad del conjunto de prueba es un aspecto también necesario, pero supone primeramente el análisis individualizado de los elementos de prueba, para después examinar su coherencia de relación

272 Sobre ello por ejemplo: CASADO PÉREZ José María y otros “Código Procesal Penal. Comentado” Op cit pp 551 a 552; ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto “En torno a la jurisdicción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007 pp 202 a 203.

273 Se ha indicado: “La situación es mucho más complicada cuando los medios de prueba son indirectos o circunstanciales. En ese caso, el resulta inmediato de la actividad probatoria es la determinación de la verdad de un hecho circunstancial sobre la base de los medios de prueba disponible, pero ese hecho es un *factum probans* y no el *factum probandum*. Por consiguiente se deberá realizar una inferencia del hecho probatorio que ha sido probado al hecho principal que tiene que ser probado, con el fin de establecer si el primero apoya una conclusión respecto del segundo. Esa inferencia se obtiene a partir de los estándares de razonamiento adecuado para establecer una conexión entre los dos hechos en cuestión” TARUFFO Michele “La Prueba” Op cit p 140.

274 Sobre ello CLIMENT DURÁN Carlos “La Prueba Penal. 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2005 pp 95 a 97

275 Sobre ello CAFFERATA NORES José I. La prueba en el Proceso Penal” Op cit p 195

276 En tal sentido por ejemplo: Ref. 92/CAS/2010 Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 29 de agosto de 2012; Ref. 406/CAS/2010 Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema

Conclusión

Comenzare por el final, en materia de justicia penal juvenil –como en cualquier otra– es importante tener en cuenta la relevancia que tiene la prueba para acreditar los hechos, pero los mecanismos concretos de los medios de prueba se encuentran circunscritos a unos principios ordenadores que legitiman el uso de aquélla, éstos no pueden ser inobservados al momento de realizarse los diferentes procesos de actividad probatoria. En cuanto al procedimiento abreviado, aunque tal institución pueda aportar mayor eficacia al sistema penal de adultos, el uso del mismo no parece adecuado a la justicia penal juvenil que se erige sobre otros pilares para resolver los conflictos de los adolescentes. En cuanto a la cuestión del juzgamiento de adolescentes como adultos, este aspecto me parece que con buenas prácticas de todas las instituciones puede ser minimizado –por no decir erradicado– eso sí, se requiere para ello compromiso en una cuestión que nos puede parecer trivial o ritual –establecer la edad del imputado– pero que es decisiva para la calidad de justicia que se presta a los justiciables y sobre todo a los que por su edad resultan más vulnerables.

Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto “Estudios de derecho probatorio”. Universidad de Concepción. Chile. 1965.

ALMAGRO NOSETE José “Teoría General de la Prueba en el Proceso Penal” en La Prueba en el Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 1992.

ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto “En torno a la jurisdicción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007.

ANDRÉS IBÁÑEZ Perfecto “Valoración de la prueba en el Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2003.

ARMENTA DEU Teresa “La prueba ilícita. Un estudio comparado. Marcial Pons. Madrid. España. 2009

ARMIJO SANCHO Gilbert “Garantías Constitucionales, Prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1997.

ARMIJO SANCHO Gilbert LLOBET RODRÍGUEZ Javier RIVERO

SÁNCHEZ Juan Marcos "Nuevo Proceso Penal y Constitución". 1° edición. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998.

ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel, RODRÍGUEZ CAMPOS Alexánder "Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal". Segunda Edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002.

BELOFF Mary "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos" en Adolescentes y Responsabilidad Penal. Emilio García Méndez. Compilador. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2001.

BELTRÁN LLERA Jesús "Para comprender la Psicología". EVD. Navarra. España. 2002.

BENTHAM Jeremías "Tratado de las Pruebas Judiciales". Traducción de Manuel Ossorio Florit. EJE. Tomo I. Buenos Aires. Argentina.

BINDER Alberto M. OBANDO Jorge "De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2004.

BLÁZQUEZ Feliciano "Diccionario de las Ciencias Humanas". EVD. Navarra. España. 1997.

BOVINO Alberto "Procedimiento abreviado y juicio por jurados" en "El Procedimiento Abreviado". Julio B.J. Maier. Alberto Bovino (comps.) Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2009.

CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". 3ª edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CARDOZO Benjamín Nathan "La Función Judicial". Traducción de Victoria Cisneros y Leonel Pereznieto Castro. Pereznieto Editores. México. 1996.

CARRANZA Elías. MAXERA Rita "El sistema de justicia penal juvenil de Costa Rica en el contexto de América Latina" en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. Javier Llobet Rodríguez (Coordinador). Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2007

CASADO PÉREZ José María y otros "Código Procesal Penal. Comentado. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2001.

CLARÁ OLMEDO Jorge A. *Derecho Procesal Penal*". Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998.

CLIMENT DURÁN Carlos "La Prueba Penal. 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2005

Couture Eduardo J. "Estudios de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires. Argentina. 1948-1950

COUTURE Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1977.

DAMASKA Mirjan R. "Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal". Traducción de Andrés Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 2000.

DE DIEGO DÍEZ Luis Alfredo "Justicia Criminal Consensuada". Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal". Tirant lo Blanch. Valencia. España. 1999.

DE LA RÚA Fernando "El Recurso de Casación". Víctor P. de Zavalía. Editor. Buenos Aires. Argentina. 1968.

DEVIS ECHANDÍA Hernando "Compendio de Derecho Procesal". Tomo II. Pruebas Judiciales. 8a edición. Editorial ABC. Bogotá. Colombia. 1984.

DEVIS ECHANDÍA Hernando "Compendio de la prueba judicial". Tomo I. Rubinzal. Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1984.

FELLINI Zulita "Mediación Penal Juvenil" en *Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil*. LexisNexis. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 2002.

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. España. Segunda edición. 1997.

FERRER BELTRÁN Jordi "La valoración racional de la prueba". Marcial Pons. Madrid. España. 2007.

FERRER BELTRÁN Jordi "Prueba y verdad en el Derecho". 2ª edición. Marcial Pons. Madrid. España. 2002.

FLORIAN Eugenio "De las Pruebas Penales". Tomo I. Reimpresión de la tercera edición. Bogotá. Colombia. 1990.

Consejo Nacional de la Judicatura
Escuela de Capacitación Judicial

FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Volumen I. Cuarta edición. Temis. Bogotá, Colombia. 1992.

GALIMBERTI Umberto "Diccionario de Psicología. Traducción de María Emilia G. de Quevedo. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. Argentina 2002.

GASCÓN ABELLÁN Marina "La Interpretación Constitucional". 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2004.

GASCÓN ABELLÁN Marina "Los Hechos en el Derecho". Bases argumentales de la prueba. 2° edición. Marcial Pons. Barcelona. España. 2004.

GASCÓN AVELLAN Marina GARCÍA FIGUEROA Alfonso "Interpretación y Argumentación Jurídica". 1° edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

GISBERT CALABUIG Juan Antonio "Medicina Legal y Toxicología". 5° edición. Masson. Barcelona. España. 1998.

GUARIGLIA Fabricio "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005.

GUZMÁN Leandro "Derecho a una sentencia motivada". Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2013.

IGARTÚA José "La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. 2003.

JAUCHEN Eduardo "Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2013.

DÖHRING Erich "La Prueba. Práctica y apreciación. Leyer. Bogotá. Colombia. 2008.

JAUCHEN Eduardo "Tratado de la Prueba en Materia Penal". Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002.

LANGBEIN John H. "Tortura y *Plea bargaining*". Traducción de María Lousteau y Alberto Bovino en "El Procedimiento Abreviado".

Julio B.J. Maier. Alberto Bovino (comps.) Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2001.

LEONE Giovanni "Tratado de Derecho Procesal Penal. Traducción de Santiago Sentís Melendo Tomo II. EJE. Buenos Aires. Argentina. 1963.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar". ARMIJO SANCHO Gilbert en "Nuevo Proceso Penal y Constitución". Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado". 4ª edición. Editorial Jurídica. Continental. San José. Costa Rica. 2009.

MIRANDA ESTRAMPES Manuel "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2ª edición. J. M. Bosch. Barcelona. España. 1999.

MITTERMAIER "Tratado de la prueba en materia criminal. Tomo I. Reus. Madrid. 1959.

MONTERO AROCA J "La Prueba". Consejo General del Poder Judicial Madrid. España 2000.

MORENO RODRÍGUEZ Rogelio "Diccionario de Ciencias Penales. Ad-Hoc. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MORRIS Charles G. MAISTO Albert E. "Psicología". Decimotercera edición. Pearson. México 2009.

PACHECO Máximo "Los Derechos Humanos". Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987.

PEDRAZ PENALVA Ernesto, MARTÍNEZ LÁZARO Javier "Comentarios al Código Procesal Penal". 1º edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2003.

RAMOS GONZÁLEZ Carlos, VÉLEZ RODRÍGUEZ Enrique "Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. *Michie Butterworth*. San Juan. Puerto Rico. 1996.

RAWLS Jhon "El Liberalismo Político". Traducción de A. Domenech. Editorial Crítica. Barcelona. España. 1996.

SALAZAR MURILLO Ronal "El Juicio Abreviado". Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 2003.

SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos “La regla de exclusión de prueba ilícita y la excepción de buena fe. Una aproximación desde el precedente *León* en el Modelo del *commom law* y sus implicaciones en el sistema continental” en *Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*. Compiladores. Javier Llobet Rodríguez. Douglas Durán Chavarría. 1° edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2010.

SCHMIDT Eberhard “Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal” Traducción de José Manuel Núñez. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1957.

STEIN Friedrich “El conocimiento privado del juez”. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Traducción de Andrés de la Oliva Santos. Segunda edición. Temis. Bogotá. Colombia. 1988.

TARUFFO Michele “La prueba de los Hechos”. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán Editorial Trotta. Madrid, España. 2002.

TIFFER SOTOMAYOR Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ Javier DÜNKEL Frieder “Derecho Penal Juvenil”. 2° edición. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2014.

TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUÍN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999.

VÉLEZ MARICONDE Alfredo “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Lerner Córdova. Argentina. 1981.

**El dilema de la edad
en la responsabilidad
penal juvenil**

El dilema de la edad en la responsabilidad Penal juvenil²⁷⁷

Prof. Dr. Carlos Tiffer
Profesor del Posgrado en Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica

Sumario:

1. Presentación. 2. El carácter primordial de la seguridad ciudadana en Uruguay y Costa Rica. 3. Algunos mitos sobre la participación de los menores de edad en el delito. 4. Criterios de determinación de la edad de la responsabilidad penal. 5. Algunas características del modelo de justicia juvenil. 6. La edad y la culpabilidad penal juvenil. 7. La edad de la responsabilidad penal juvenil. 8. Tendencias de la política criminal en América Latina. 9. Edad de la responsabilidad penal juvenil en Europa. 10. Edad de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá. 11. Reflexiones finales. 12. Bibliografía

Dedicatoria a mi Prof. Dr. Luis Paulino Mora Mora

Don Luis Paulino como cariñosamente siempre le llame fue mi Profesor de Derecho Penal General, en una época muy importante de mi formación. Precisamente al inicio de mis estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. También para don Luis Paulino eran sus inicios en la Facultad, luego de regresar de sus estudios doctorales en España, con el prestigioso tratadista, José María Rodríguez Devesa. Cuando uno inicia, como en mi caso, los estudios de Derecho a muy temprana edad, saliendo del Colegio, todavía un adolescente, encontrarse con un Profesor como don Luis Paulino definitivamente deja una huella profunda. Es de esos privilegios y regalos que la vida le ofrece. Tener un Profesor como don Luis Paulino, no solo para este servidor, sino para todas las generaciones de estudiantes que tuvimos ese privilegio, nos permitió conocer a un ser humano excepcional, bueno, humilde, generoso, honesto, sincero y probo, siempre dispuesto a ayudar a los demás, comprometido con las mejores causas. Lo que pudimos confirmar en el transcurso del tiempo, ya como profesionales, Don Luis Paulino, siempre se mostró interesado en ayudar, en escuchar y apoyar a sus ex alumnos. Pero tuvimos otra ventaja especial, conocer y entender el Derecho Penal, como un medio, no un fin en sí mismo. Un Derecho Penal humanista, democrático y sobre todo respetuoso de la dignidad humana. Un instrumento necesario para la convivencia pacífica y necesaria en la sociedad. Como tan bien lo decía don Luis Paulino; *“Un instrumento al servicio del Sistema Democrático de Derecho”*.

A mi Maestro don Luis Paulino quien durante toda su carrera, como Abogado,

277 Este artículo se confeccionó a partir de la Conferencia impartida por el autor en la Universidad de la República, Uruguay, el 3 de junio de 2013, dentro del Ciclo de Conferencias Internacionales sobre Justicia Penal Adolescente, organizado por UNICEF Uruguay. Este artículo fue publicado en el libro en homenaje al Dr. Luis Paulino Mora Mora. Derecho Penal y Constitución. Daniel González/Javier Llobet (coordinadores), San José, Costa Rica, 2015.

Juez, Profesor y especialmente integrante de la Sala Constitucional, fue el mejor luchador de las garantías de todos los ciudadanos, especialmente de los más débiles e indefensos, dedico este pequeño artículo²⁷⁸ Gracias Maestro.

1. Presentación

Realmente para mí siempre es un placer y un gusto venir a un país como Uruguay. Uruguay es un país muy conocido, un país muy admirado por Costa Rica. Es un país con el que Costa Rica siempre se le compara en el cumplimiento de los estándares internacionales. Es un país de referencia siempre para los costarricenses y de ahí entonces, que tener la oportunidad de venir para mí es muy importante. Además resulta curioso e interesante el ver cómo dos países que están tan alejados geográficamente, comparten una historia común, una estructura social y una estructura jurídica similar, que nos hace ser siempre dos países de referencia.

Deseo en este espacio abordar un tema de mucha relevancia y actualidad, como es el tema de la edad de la responsabilidad penal juvenil partiendo del siguiente índice general. Inicio exponiendo sobre aspectos introductorios, aquí vamos a tratar específicamente dos temas que son relevantes y de gran interés actual: la vinculación de la delincuencia juvenil y la seguridad ciudadana. Posteriormente vamos a presentar algunos mitos y realidades sobre este fenómeno delictivo juvenil. Después expondré sobre los criterios de la determinación de la edad de la responsabilidad penal juvenil, donde vamos a analizar los tres criterios que históricamente se han aplicado. Lo anterior porque en Uruguay están justamente discutiendo sobre estos últimos temas. Luego vamos a analizar algunas características del modelo de justicia penal juvenil, que se desprenden de la Convención de los Derechos del Niño, por ser el modelo no solamente vigente sino también vinculante y obligatorio para países como Uruguay o Costa Rica, que han incorporado este instrumento internacional. Luego vamos a tratar el tema de la edad y la culpabilidad. Porque es imprescindible cuando se habla del tema de la culpabilidad, relacionarlo con la edad de la responsabilidad penal juvenil, exponiendo una presentación de la edad mínima y la edad máxima de la responsabilidad y algunas ideas de las tendencias de política criminal en América Latina. Especialmente sobre el tema de la política criminal juvenil. Para finalizar presentando unas tablas comparativas de la edad, tanto de América Latina como de los países de Europa.

278 Don Luis Paulino también se ocupó del derecho penal juvenil. Incluso fue un promotor de la reforma legislativa de 1996, en donde participó activamente. Lo mismo que como Magistrado de la Sala Constitucional, mostró su preocupación por los Derechos y Garantías de Niños y Adolescentes. Un año después de aprobada la Ley de Justicia Penal Juvenil, don Luis Paulino participó en el seminario taller de análisis de este primer año de vigencia y manifestó lo siguiente: "Existe consenso en que la Ley de Justicia Penal Juvenil nos permitió dar un paso necesario hacia una justicia más humana en la materia, pero lo más importante es que vino a adecuar nuestro sistema de justicia penal juvenil a la ideología de nuestro sistema político, es decir, de un sistema democrático de derecho" Mora Mora, L.P., "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica. Contexto nacional y comparado." En: Seminario Taller. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria., UNICEF, San José, 1998, Pág. 28.

2. El carácter primordial de la seguridad ciudadana en Uruguay y Costa Rica

Lo primero que me parece importante mencionar, es que en Uruguay, al igual que en la mayoría de los países de nuestra región, el tema de la seguridad o inseguridad ciudadana tiene un carácter de relevancia social primordial. Este carácter de relevancia primordial ha sido medido por las encuestas en casi todos nuestros países y ocupa un lugar destacado, incluso a veces un lugar tan destacado dentro de la ciudadanía, superando otros temas de relevancia social como podrían ser el empleo, la educación o el tema de la vivienda²⁷⁹. Al ser un tema tan relevante socialmente también despierta el interés de todos los sectores sociales y particularmente el interés de los políticos.²⁸⁰

El debate sobre el tema de la seguridad es un muy actual, no sólo en Uruguay, sino en todos los países de la región. Se percibe a la sociedad actual como altamente violenta o a la violencia como una característica actual de la sociedad y esta se aprecia como una sociedad con violencia individual, con violencia grupal, con violencia intrafamiliar, con presencia del crimen organizado, del narcotráfico y de las armas de fuego. Esta característica de la sociedad actual como una sociedad violenta, forma parte de lo que posteriormente voy mencionar, como uno de los mitos sobre la seguridad ciudadana y el delito. Para decidir que la sociedad actual es más violenta que la sociedad del pasado, es muy difícil su cuantificación. Lo importante es que se vincula ese tema de inseguridad ciudadana al tema de la violencia y ante esta violencia se demanda un mayor incremento de la punibilidad o del castigo, se proponen estrategias simplistas para la búsqueda de la solución a la violencia y al delito. Omitiendo un análisis realmente explicativo del fenómeno de la violencia.²⁸¹

Las principales propuestas que se escuchan se podrían resumir en cuatro estrategias: i. un mayor incremento en el número de conductas delictivas, es decir penalizar las conductas que antes no eran delito, aunque quedan

279 Una muestra de la importancia del tema de la seguridad ciudadana en nuestro país, es el informe "Construyendo una agenda de desarrollo para Costa Rica, suscrito entre el PNUD y el Ministerio de Planificación de Costa Rica del año 2013 y la cual se encuentra en el siguiente enlace <http://www.pnud.or.cr/images/stories/MundoQueremosWeb-FINAL.pdf> En dicha encuesta, el 59,1% de las personas entrevistadas considera que la seguridad ciudadana es peor que hace 15 años, mientras que el 44,7% de las personas considera que la seguridad ciudadana empeorará en los próximos 15 años. Razón por la cual los costarricenses consideran que el problema de la seguridad ciudadana no es solo presente sino incluso es un problema del futuro, más grave que la pobreza, en donde solo el 27,4% de las personas considera que hoy en día la situación es peor que hace 15 años; o la desigualdad social, en la cual solo el 26,6% de la población considera que el problema es más grave que hace 15 años.

280 El tema de la seguridad ciudadana es quizás el de mayor relevancia actualmente en la mayoría de países de la región. Superando otros temas sociales, como el empleo, la vivienda o la educación. Uno de los estudios más serios y actuales es el del PNUD titulado Seguridad Ciudadana con Rostro Humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013, consultable en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

281 Sobre estudios de la violencia en particular con un visión integral y con una importante contribución metodológica así como propuestas de intervención y prevención, ver; Campos Santilices, Armando, Violencia Social, Editorial Universidad Estatal a Distancia, ILANUD, San José, 2010.

muy pocas conductas que no son delito. Pero siempre se encuentra la idea de incrementar las conductas delictivas, por ejemplo en el tema de la violencia intrafamiliar. ii. El incremento de las penas de prisión, generalmente como una estrategia de política criminal que centra la respuesta al delito en la pena privativa de libertad, iii. La reducción de las garantías judiciales, por ejemplo en el tema de la prisión preventiva, ordenarla automáticamente por algún tipo de delito, la prolongación de los plazos de la prisión preventiva e incluso la reducción de la utilización de los recursos legales. También dentro de estas estrategias se encuentra el tema de esta conferencia, iv. El rebajo de la edad de la responsabilidad penal. Precisamente por el involucramiento de personas menores de edad en delitos violentos.

El rebajo de la edad de la responsabilidad penal se presenta como parte de las propuestas de solución al tema de la violencia y el delito. Este tema ha sido debatido y ha sido discutido en varios países de América Latina y en Costa Rica hubo un proyecto de ley que intentó rebajar la edad de responsabilidad penal. Afortunadamente los diputados llegaron a la conclusión de que el rebajo de la edad era incompatible con la Convención de los Derechos del Niño y además con las interpretaciones del Tribunal Constitucional, entonces el proyecto se archivó.²⁸²

La realidad del delito en general resulta compleja. El delito y la violencia no suceden en el vacío y es el resultado de los diferentes factores de riesgo sobre los cuales se debería centrarse la acción del Estado, en lugar de favorecer la represión. Lo anterior porque el delito es una consecuencia o un resultado de la convergencia de factores de riesgo con una conducta determinada. Quizás esta idea se entiende mejor con un ejemplo, si sabemos que el fumado es un factor de riesgo para producir cáncer del pulmón, deberíamos de centrarnos en estrategias para reducir el fumado y consecuentemente reducir el riesgo de cáncer en el pulmón. Entonces, las verdaderas estrategias que puedan prevenir el delito, son las estrategias que se centran en precisamente los factores de riesgo, en esta dirección es que la política criminal debería orientarse, aunque la realidad nos indica que la dirección de esta política criminal es otra.

3. Algunos mitos sobre la participación de los menores de edad en el delito

Como parte de las ideas introductorias me gustaría también explicarles algunos mitos sobre la violencia y la participación de las personas menores de edad en el delito. En realidad la concepción social sobre el delito está

282 Aunque también se escuchan y reciben propuestas serias, con correctos diagnósticos y líneas estratégicas de intervención en la dirección adecuada. Sin embargo, con poca y nula aplicación, tal es el caso en Costa Rica de la denominada propuesta Polsepaz, Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social. PNUD, San José, 2010. Además, referente a este proyecto de ley que pretendió reformar la ley penal juvenil y aplicar el Código Penal de los adultos, a los adolescentes, ver Tiffer C. Juzgar a los Adolescentes como adultos. La Nación 28 de octubre del 2010.

elaborada con fundamento en algunos de estos mitos, lo cual es muy interesante no solamente desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino desde el punto de vista de la psicología social y de la construcción de la realidad. Algunos de estos mitos son los siguientes:²⁸³

El primer mito que me gustaría mencionar es que **la sociedad actual es más violenta** (el pasado siempre fue mejor). Esto generalmente uno lo escucha, lo dice, especialmente cuando uno se está haciendo viejo y tenemos la percepción de que el pasado siempre fue mejor, entonces decimos: “*la sociedad actual es más violenta, antes no sucedía esto en Montevideo o en San José*” y entonces se percibe el tiempo como un condicionante importante y que establece diferencias. Lamentablemente también hay que reconocer que la violencia es una marca indeleble en la historia de la humanidad, la violencia siempre ha existido, lo que en realidad existe son diferentes manifestaciones de violencia dependientes de la época y de la estructura social.²⁸⁴

Otro mito es que **sólo ciertos individuos y ciertos lugares son proclives para la violencia**. Socialmente ciertos individuos se encuentran estigmatizados como individuos violentos. También ciertos lugares en todas las ciudades están estigmatizados como lugares violentos. Por ejemplo, en Europa se percibe a los extranjeros como personas violentas o algunos lugares donde habitan se identifican como lugares violentos, en todas nuestras ciudades hay barrios o zonas, los cuales se perciben como lugares peligrosos. Eso también es un mito, porque la violencia sucede en todos los estratos sociales y también sucede en cualquier lugar y con cualquier individuo y el ejemplo más claro de esto son los centros educativos. Los centros educativos deberían ser los lugares más seguros, cuando dejamos a nuestros hijos en el centro educativo creemos que están en un lugar seguro, pero realmente los centros educativos son centros donde hay una alta cantidad de violencia, no solamente violencia entre los estudiantes sino también violencia entre los estudiantes y los educadores y entre los mismos educadores. Por lo que es un mito creer que solo ciertos individuos o lugares son proclives a la violencia.

Otro mito es que **los adolescentes son los responsables del aumento de la violencia**. Hay sectores sociales que les sirve hacer creer que los

283 Más que estos mitos, que pueden tener valor interpretativo de las construcciones sociales, se debe poner énfasis en los verdaderos factores de riesgos que inciden en la comisión de delitos, tales como por ejemplo; la pertenencia de los niños a familias desestructurales (broken homes), la agresión infantil, la marginación socioeconómica o pobreza, la deserción y el fracaso escolar, el desempleo, tanto de los padres como de los jóvenes en edad laboral, el consumo de drogas y sustancias tóxicas, entre otros. Además, de las propuestas de intervención específicas que buscan precisamente incidir y reducir estos factores de riesgo. En detalle al respecto puede consultarse. Tiffer, C., “Factores de riesgo que inciden en la comisión de delitos juveniles”. En: Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia, No. 2, San José, 2008, págs. 23-26.

284 Un estudio que resulta indispensable hacer referencia, el cual contiene una visión global de la problemática de la violencia en la que se encuentran las personas menores de edad es el excelente trabajo de Pinheiro, P. G., Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, localizable en [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

responsables de la inseguridad y de la violencia son los adolescentes, cuando en realidad habría que decir que el delito que cometen los adolescentes es un delito que estadísticamente por lo general en los países no supera el 10%. Incluso en ocasiones mucho menos. Pero se les atribuye la responsabilidad por el aumento la violencia y del delito que se genera en forma violenta. Quizás debería contarles que ayer un periodista me preguntaba cuando yo le explicaba esta idea, ¿y por qué es que se percibe que los adolescentes son responsables del aumento de la violencia? La respuesta fue la siguiente: los delitos que cometen los adolescentes es un delito que produce mayor alarma social que el que cometen los adultos. Cuando un adulto comete un homicidio, estoy hablando que mañana si los medios de comunicación lo divulgan no produce el mismo efecto que si ese mismo delito, ese mismo homicidio lo comete un adolescente, es decir, produce mayor alarma social el homicidio cometido por el adolescente. Entonces lo interesante es por qué produce mayor alarma social. Mi profesor en Alemania, el profesor Kaiser se responde a esa pregunta y dice él, que produce mayor alarma social porque la sociedad percibe no solamente el delito juvenil presente, sino que también lo percibe como un delito del futuro, precisamente por la edad en la que se encuentra el adolescente.²⁸⁵

No voy a poder explicar todos estos mitos. Son muy interesantes, por ***ejemplo el tema de la impunidad***, a pesar que existen leyes como aquí en Uruguay y muchos países en donde se castiga, donde realmente hay una sanción, pero la sociedad percibe de que los adolescentes actúan impunemente, lo mismo que las sanciones alternativas no funcionan y que la única sanción eficaz es la sanción privativa de libertad.

Otro mito para concluir esta parte, es ***considerar los responsables de que los adolescentes comentan delitos a sus familias y a sus maestros o que las políticas cero tolerancia o mano dura son las más exitosas***. Para lo anterior voy a presentarles al final una filmina de países en donde se han aplicado estas políticas de cero tolerancia, o políticas altamente represivas para que observen de que en realidad no se produce una mayor seguridad en estos países ni que tampoco hay que aplicar la ley penal de los adultos a los adolescentes, rebajando la edad de la responsabilidad penal para lograr mayor seguridad ciudadana. Estos son algunos de los mitos, como señalé no los puedo explicar todos pero en realidad ninguna de estas ideas o estos presupuestos que están aquí establecidos, han sido sometidos a algún tipo de comprobación seria o una comprobación empírica que realmente produzca lo que se estaría buscando que es mayor seguridad ciudadana.

4. Criterios de determinación de la edad de la responsabilidad penal

La doctrina, no solo la doctrina jurídica, sino que también otros saberes

285 Kaiser, G. Kriminologie. Ein Lehrbuch. 3 Auflage. C. F. Mueller Verlag, 1996, pág. 565. También puede consultarse la versión española de la obra del profesor Kaiser, G. Introducción a la Criminología. 7 edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1989, págs. 265-287.

como la filosofía, la teología, historia, se han planteado el tema de la responsabilidad. Sobre todo preguntándose a partir de cuándo considerar a un sujeto responsable de sus actos. El primer criterio que se encuentra codificado es el criterio de discernimiento. Sobre el criterio del discernimiento es muy importante señalar que este coincide con un modelo punitivo o una etapa penal indiferenciada, que significa que no había ninguna diferenciación con respecto a la responsabilidad de una persona menor de edad y la responsabilidad de un adulto. Esto corresponde a los conceptos de la escuela clásica del Derecho Penal. El discernimiento funcionó para determinar la responsabilidad penal en España, en donde se incorporó en el Código Penal de 1822, época en que casi todos los países de América Latina estaban adquiriendo la independencia o recientemente la habían adquirido. Por lo que el Código español de 1822, que es la recepción del Código Penal francés de 1810, influyó en todos los Códigos Penales de los países de América Latina. Costa Rica por ejemplo, obtuvo su independencia en 1821 y España acababa de aprobar un Código Penal, razón por la cual lo más sencillo fue simplemente copiarlo. Imagino que en la mayoría de los países de nuestra región sucedió lo mismo. Esta idea coincide con lo que el profesor Zaffaroni llama el primer desembarco de Códigos Penales, que explica en su libro sobre *“Los Códigos Penales de los Países de América Latina”*.²⁸⁶

En los primeros desembarcos de Legislación se consignaba el criterio de discernimiento, para el año 1822. Quisiera hacer énfasis al tema histórico porque al estar ustedes planteando aquí en Uruguay, la aplicación del criterio del discernimiento, yo lo veo como estar volviendo a 1822. Este criterio fue utilizado en todos los países de América Latina y Chile fue el último país que lo mantuvo vigente hasta el año 2005 y en ningún otro país de América Latina que conozca, se encuentra actualmente regulado. Es un criterio que se utilizó en todos los países latinoamericanos y hay una frase de Jiménez de Asúa, que todos conocemos que dice *“es la piedra angular de la inimputabilidad de los menores”* y esa expresión de Jiménez de Asúa la tiene en un trabajo que precisamente tiene como lugar de publicación aquí Montevideo en 1929 el cual se titula *“Delincuencia juvenil y tribunal de los niños”*. En esa publicación Luis Jiménez de Asúa, que considero uno de los penalistas de lengua castellana que más ha escrito, se fundamenta precisamente en el discernimiento y lo menciona como una piedra angular de la inimputabilidad de los menores.²⁸⁷

286 Una explicación detallada de la genealogía de los diferentes Códigos Penales de América latina; se encuentra en este importante trabajo del Profesor Zaffaroni, en donde se detallan cuatro desembarques de textos en los que se expone no solo el desarrollo histórico, sino datos de la realidad y los intereses legislativos en la criminalización de determinadas conductas y sujetos. Ver Códigos Penales de América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente ILANUD/Comisión Europea. México, 2000.

287 Jiménez de Asúa distinguió cuatro orientaciones para el concepto discernimiento. El jurídico basado en la inteligencia de la antijuridicidad del acto; el moral, entendido como la inteligencia para diferenciar el bien del mal y también lo justo de lo injusto; un tercer criterio que combina los anteriores, moral y jurídico, y por fin el discernimiento social basado en el carácter e instintos del menor y su entorno. Cfr. Jimenez de Asúa, L. / Anton Oneca, J. Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General, tI, Madrid, 1929 págs.

El discernimiento funcionó entonces como un criterio delimitador de la responsabilidad penal. La definición de discernimiento no es sencilla, precisamente fue por eso que este concepto se eliminó, ya que involucra aspectos sociales, psicológicos, morales, legales, incluso religiosos como el libre albedrío. No existe en realidad un consenso sobre el significado del discernimiento y en realidad se trata casi de un sistema de libre apreciación de parte del tribunal, es decir, es el ejemplo más claro de la mayor discrecionalidad posible porque es el tribunal, es decir el juez es el que va a decir si la persona actuó o no con discernimiento. Este concepto ha sido cuestionado, sobre todo en países como los nuestros. ¿Cómo establecer un criterio de discernimiento de un adolescente? imaginémosnos por ejemplo, un adolescente de una zona urbana, un adolescente de una zona rural, un adolescente indígena, un adolescente de padres académicos u obreros. En fin, es sumamente impreciso, es un concepto completamente inseguro y ese fue uno de los cuestionamientos por los cuales ese criterio se consideró superado.

Este criterio del discernimiento en realidad consideraba a los niños como adultos pequeños y los niños eran sometidos a las mismas reglas de las personas adultas, con la excepción de la atenuación de las penas, dentro de una concepción retributiva de la ley penal y desde luego no se consideraba ningún tipo de garantía judicial para los niños.

El segundo criterio que se utilizó para el tema de la responsabilidad de carácter penal es el que se ha denominado de anormalidad personal. Este coincide con un modelo de justicia juvenil que todos conocemos que es el modelo tutelar. En este modelo tutelar las personas menores de edad son consideradas como personas incompletas, anormales, necesitadas de asistencia. Precisamente por eso necesitaban de una medida tutelar o asistencial, es decir una medida que tiene teóricamente una connotación de carácter positiva. Además este modelo, es el reflejo de la ideología del positivismo, el juez médico, que en realidad va a sanar o a curar precisamente todas las anormalidades de la persona y en este caso de los menores. Este criterio de la anormalidad personal se caracteriza también, entre otros aspectos, porque la intervención de los jueces no tiene ningún límite inferior de edad, todos los niños podían ser sujetos de la jurisdicción tutelar y de la imposición de estas medidas tutelares. Como ustedes saben tiene como base la conocida "*situación irregular*" y esta situación irregular, además de la comisión de un delito, podía ser cualquier condición socialmente adversa de los niños. Esto lo definirían muy bien las mismas legislaciones, las que se referían a una "*ausencia material y moral*" en que se encontraban los niños. Este modelo no reconoce ningún tipo de garantías propias de un Estado democrático de Derecho y este modelo,

238 y ss. Citado por: Batista Sposato, K. "Desafíos duraderos en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad: Un estudio crítico a la luz de los 18 años de vigencia y del modelo español". En: Justicia y Derechos del Niño, No.10, Bogotá, 2008, pags.113-131.

desde un punto de vista formal, dejó de tener vigencia desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989.²⁸⁸

El otro criterio, es el criterio actualmente vigente y que proviene del acervo del sistema de las Naciones Unidas, es el criterio “del sujeto de derecho” y consiste en entender a los niños y a los adolescentes en general, no solo para la responsabilidad penal, como sujetos de derecho. Esto coincide con el modelo de Justicia, un modelo de responsabilidad y que precisamente se caracteriza, no solamente por otorgar derechos a las personas menores de edad, sino por reconocer una capacidad de responsabilidad por los hechos de carácter delictivo. Esta concepción de sujeto de derecho superó dos aspectos fundamentales y de enorme discusión en el Derecho Penal, que son los temas de la imputabilidad y el tema de la capacidad de culpabilidad. Tradicionalmente se decía “*los niños son inimputables*” y consecuentemente no podían ser declarados culpables y no son sujetos del Derecho Penal. La misma Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados pueden acusar y declarar culpables a los niños, cuando infringen las leyes penales. Esto significa consecuentemente que se les reconoce como imputables y con capacidad de culpabilidad²⁸⁹.

288 Un clásico para el estudio de la intervención histórica de la infancia en América Latina, en donde se detalla la vigencia de este modelo tutelar es el libro organizado por Emilio García Méndez y Elías Carranza, en donde se presentan los casos de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, y un recuento de los Congresos Panamericanos de Niño ver: *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa.* Editorial Galerna. Buenos Aires, 1992.

289 Sobre la culpabilidad de las personas menores de edad, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a

Ahora bien, la construcción de esa imputabilidad y de esta culpabilidad, es diferente a la de las personas mayores de edad. No se trata de la misma imputabilidad y culpabilidad pero este modelo, establece claramente este principio de responsabilidad.

También tiene este modelo un criterio más objetivo de la determinación de la responsabilidad penal, fijándola por medio de una edad cronológica.²⁹⁰ Es un criterio jurídico normativo y la tendencia de los países de América Latina es fijar a partir de los 12 años, esta capacidad de imputabilidad y de culpabilidad especial, diferente al de los adultos y como frontera, los menores de 18 años de edad. En Europa la tendencia es a partir de los 14 años de edad. Este criterio de la edad puede ser cuestionados y discutido, porque no hay un consenso internacional con respecto a estas edades. Es producto de un consenso que podría variarse y que demuestra la preponderancia de la política criminal frente a la dogmática. Se trata de un verdadero dilema de la política criminal de cada Estado. Es importante que este criterio de la edad produce seguridad jurídica y reduce la discrecionalidad y la arbitrariedad de carácter judicial, cuando se empleaban criterios como el discernimiento o el grado de madurez suficiente y el libre albedrío. La edad es un criterio de carácter objetivo para fijar la responsabilidad penal juvenil y cumplir con un objetivo primordial de la justicia; la seguridad jurídica.

5. Algunas características del modelo de justicia juvenil

Podemos mencionar primero que se fundamenta en la Convención de los Derechos del Niño pero no solamente en esto sino que en reglas y directrices que el Sistema de Naciones Unidas elaboró antes de la Convención de 1989. También es importante dentro de nuestro continente la Convención Americana de Derechos Humanos. En este modelo se da un acercamiento a la Justicia penal de los adultos, pero con respecto a los derechos y a las garantías con un reforzamiento de estas garantías para los menores de edad. Se refuerza la posición legal de los adolescentes en comparación a la de los adultos. La privación de la libertad es posible dentro de este modelo, solo de manera realmente excepcional y por el menor tiempo posible, tanto como medida cautelar o de detención provisional, como sanción penal juvenil.²⁹¹

esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. (...)"

290 Aunque la Convención de Derechos del Niño no fija una edad mínima, el Comité Internacional de los Derechos del Niño ha establecido como límite para esta responsabilidad los 12 años. Debajo de esta edad, no se considera válido fijar ninguna responsabilidad de carácter penal y para la franja de 12 a menos 18 años de edad, debe establecerse una responsabilidad penal juvenil, diferenciada de la responsabilidad de los adultos.

291 Un análisis sobre los diferentes instrumentos internacionales de Naciones Unidas, desde la Convención de los derechos de Niño, así como las declaraciones y directrices sobre justicia juvenil y su incorporación en el modelo de justicia juvenil de Costa Rica, se encuentra en Tiffer, C./ Llobet, J./Dünkel, F. Derecho Penal Juvenil. Editorial Mundo Grafico. San José, 2002, pág. 55 y sigs.

Se considera al adolescente con capacidad para infringir las leyes penales con posibilidad de ser declarado culpable. Se superan estos dos importantes criterios históricos y además se reconoce una capacidad de culpabilidad especial y diferente a la culpabilidad de los adultos. También es importante que esta Justicia Juvenil fundamentada en el acervo del Sistema de las Naciones Unidas, debe entenderse como una justicia autónoma en comparación a la justicia penal de los adultos. No puede ser una justicia penal dentro de la justicia de los adultos y esta autonomía está relacionada con un principio muy importante, que es el principio de la especialización que manda el acervo del sistema de las Naciones Unidas. Es una justicia especializada dentro de la justicia ordinaria. No se trata de otra justicia. Es solo justicia ordinaria especializada para personas menores de 18 años. Lo que significa entre otras cosas Policías, Fiscales, Defensores, Jueces, funcionarios de la ejecución, especializados en materia penal juvenil. Uruguay tiene una excelente oportunidad, porque sé que en la última reforma el Legislativo le ordena al Ejecutivo la elaboración de un proyecto de ley, el cual me parece una muy buena oportunidad para desarrollar un verdadero sistema de justicia penal juvenil especializada, acorde con los estándares internacionales de los Derechos Humanos y el derecho internacional.

Algunas ideas importantes de tipo procesal de este modelos es la fijación de un proceso limpio, transparente, o como lo conocemos nosotros un debido proceso. Porque no se podría concebir en el Estado democrático la posibilidad de la imputabilidad y la posibilidad de la declaración de culpabilidad de personas menores de edad, sin que exista precisamente, un proceso en donde se cumpla con las garantías que internacionalmente se reconocen por ejemplo, el derecho a conocer de la acusación, el derecho a la defensa, el derecho a los recursos legales, la prohibición de la autoincriminación y todas las garantías procesales que ustedes conocen.

Es importante también que este modelo establece un amplio catálogo de sanciones penales juveniles. Si analizamos los catálogos de las legislaciones penales de adultos, o los Códigos Penales, vemos que todos los delitos tienen pena de prisión, tal vez la pena de multa o tal vez una pena específica como la inhabilitación. Una característica del modelo de justicia penal juvenil especializada es un catálogo amplio de sanciones, las cuales tienen una finalidad primordialmente socioeducativa y que se orientan bajo una prevención especial positiva. Es decir, la reinserción social y familiar de los adolescentes infractores de la ley penal.

En este modelo se establecen límites inferiores de edad de la responsabilidad, en los cuales se considera que no existe una capacidad de culpabilidad. El sistema de las Naciones Unidas no ha establecido un límite inferior de edad, pero sí es importante mencionar, que hay un pronunciamiento del Comité Internacional de los Derechos del Niño que considera que la franja es de los 12 años, como el límite mediante el cual debería establecerse la responsabilidad penal y resultaría inaceptable una responsabilidad penal

inferior al límite de 12 años de edad.²⁹² En algunos países de América Latina el límite es de 12, 13 o 14 años. Sin embargo hay algunos países, especialmente del Caribe, que tienen una tradición jurídica inglesa que establecen un límite de responsabilidad, incluso inferior a los 12 años. Hay un consenso sobre los límites superiores, al establecerse la mayoría de la responsabilidad penal a los 18 años de edad.²⁹³

En este modelo también es importante que se limita la intervención de la Justicia Penal. No es que la Convención de los Derechos del Niño promueva una idea de responsabilidad penal. Todo lo contrario, más bien obliga a los Estados a tomar medidas para evitar que los conflictos delictivos incidan o sea dirigidos hacia la Justicia Penal. ²⁹⁴Esto se fundamenta en los principios de intervención mínima y de subsidiariedad a través de la desjudicialización. El cual es un concepto muy importante que consiste en todas las estrategias que se deben de utilizar para evitar que los conflictos que han llegado al sistema judicial terminen con una sentencia. Por ejemplo, el criterio de oportunidad, los archivos fiscales, el desistimiento, también en el ámbito jurisdiccional las conciliaciones, la suspensión del proceso a prueba, la reparación de los daños. Es decir, implementar una estrategia desjudicializadora del conflicto para evitar que la mayoría de los conflictos penales lleguen a una sentencia y consecuentemente a una posible condena.²⁹⁵

En la mayoría de los países de América Latina se ha incorporado formalmente este modelo y estos criterios, ya que todos los países de América Latina han suscrito todos los instrumentos y los convenios internacionales de Naciones Unidas referente a la justicia juvenil. Pero eso no significa que sean una

292 Al respecto de la edad mínima de responsabilidad penal, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Nº 10 del año 2007, estableció lo siguiente: “32. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP (edad mínima a efectos de responsabilidad penal) no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola. 33. Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. (...)”

293 Referente a la edad de la responsabilidad penal juvenil en los diferentes modelos de justicia. Ver; Dünkel, F. “El futuro de la justicia juvenil. Perspectivas europeas”. En: Revista Estudios de la niñez y la adolescencia. No. 2, 2008, San José, págs. 27-37.

294 Precisamente por esto la Convención de los Derechos de los Niños, claramente establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido esas leyes, y en particular...Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. Artículo 40.3.b.

295 La desjudicialización debe ser considerada dentro de las políticas de persecución y en todo los casos de infracción a la ley penal, en los que estén involucrados personas menores de edad, dejar solo para los casos graves la judicialización de los conflictos que realmente lo ameriten. Ver; Tiffer, C., Llobet, J., Dünkel, F. Derecho Penal Juvenil. Editorial Mundo Grafico. San José, 2002, pág. 307-363.

realidad o que se encuentren vigentes. Por lo anterior en este punto se afirma que legislativamente este modelo ha sido incorporado siguiendo esas directrices, pero esto no significa que se haya implementado o que se esté implementando. De ahí que se mantiene esta dicotomía en nuestros países, de lo que las legislaciones dicen y lo que en la práctica o la realidad sucede. Existe falta de compromiso y de recursos, de los cuales siempre se habla, pero que realidad se trata de inconsistencias y contradicciones entre la política criminal, local o doméstica y los convenios internacionales.

6. La edad y la culpabilidad penal juvenil

Primero habría que mencionar que la culpabilidad es un principio fundamental en el Estado de Derecho, tanto para el derecho penal de adultos como para el Derecho Penal Juvenil. Para este último resulta de enorme importancia la incorporación del principio de la culpabilidad. Dentro de la culpabilidad se encuentran también inmersas todas las teorías de la pena o las teorías de la sanción, dependiendo de qué concepción tengamos o en qué teoría se hable de la sanción, por ejemplo teorías absolutas, estableciendo el castigo por el castigo, o las teorías relativas en las cuales se establecen fines de prevención general o fines de prevención especial o teorías integradoras que combinan los aspectos de la prevención general y la prevención individual. Es importante que la culpabilidad debe reconocerse como una garantía, de ahí que toda sanción supone la necesaria demostración de la culpabilidad y la sanción no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. (Prohibición de rebasamiento de la culpabilidad). La culpabilidad se determina por el hecho (derecho penal del acto).

En la Justicia Penal Juvenil hay que hacer algunas precisiones al respecto de la culpabilidad. La culpabilidad es una superación del modelo tutelar y por supuesto de la situación irregular, y además, tiene que entenderse que la sanción puede ser inferior a la culpabilidad. Incluso Roxin propone *“que la disminución de la sanción puede llegar hasta tanto lo permitan los criterios preventivos”*.²⁹⁶ Es decir, aquí Roxin nos está guiando sobre lo que anteriormente mencionaba sobre los fines que se establecen, es decir los fines de carácter preventivo especiales positivos, que deben de considerarse para efectos de la disminución de la sanción y particularmente en la Justicia Penal Juvenil.²⁹⁷

En el derecho penal juvenil la culpabilidad debe de complementarse con el principio de la proporcionalidad.²⁹⁸ En especial los sub-principios de

296 Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, Madrid, 1997, pag.791 y sigs.

297 Una explicación clara y detallada de las diferentes teorías de la pena, así como fines retributivos, especiales y generales de la pena en Roxin, C. Idem, pags. 78-103, ver también; Roxin, C. Política Criminal y Estructura del delito. PPU, Barcelona, 1992

298 Para una visión muy completa del principio de la proporcionalidad, tanto de su finalidad como los

la necesidad y la idoneidad. A través del sub-principio de la necesidad debe buscarse la sanción menos gravosa para la obtención de los fines y a través del sub-principio de la idoneidad, debe establecerse la sanción que mejor satisfaga los fines preventivos especiales positivos. Por ejemplo, si se dice que la sanción tiene que cumplir una finalidad de carácter educativo, debe demostrarse que esa sanción y a través de esa sanción, se va a cumplir la finalidad y solamente si la sanción cumple con los principios de la proporcionalidad, es una sanción que se ajusta a la Constitución. Una sanción que no se ajuste a la proporcionalidad resulta contraria a Constitución por ser un principio de carácter constitucional. Esto se debe utilizar también en el razonamiento del Juez, porque si el Juez impone una sanción privativa de libertad debería demostrar la necesidad de esa sanción privativa de libertad y además que esa sanción privativa de libertad cumple los fines, es decir cumple el sub-principio de la idoneidad, porque a la base de esto existe también una concepción muy importante, decir que todo el Derecho en realidad es un instrumento, en realidad el Derecho es un medio para buscar un fin, no un fin en sí mismo. La sanción y el Derecho no son un fin en sí mismo y ¿cuál es el eje central de todo un sistema democrático de un Estado de Derecho? la persona. Me gusta reafirmarlo por la naturaleza que debe de tener la determinación de una sanción, más tratándose de personas menores de edad en proceso de formación, el cumplimiento no solo del principio de culpabilidad sino de proporcionalidad, resulta fundamental.

Muy importante es el tema de la determinación de las sanciones y aquí me gusta siempre mencionarlo y hacer partícipes sobre todo a los Jueces quienes son lo que deciden el tipo de la sanción y el “quantum” de la sanción.²⁹⁹

Para la determinación de la sanción deben de considerarse no solo las condiciones objetivas, como la gravedad del hecho y la reprochabilidad que se puede hacer al adolescente en la Justicia Juvenil. Deben de considerarse particularmente el tipo de delito y muy importante considerar al delito juvenil como de carácter episódico. Es decir un delito que cometen los adolescentes no es el mismo delito que cometen los adultos. Ese carácter episódico del delito juvenil es considerar el delito de un adolescente como una experiencia dentro del desarrollo de su personalidad, por eso yo

subprincipios de idoneidad y necesidad, en el ámbito constitucional y penal, ver González-Cuellar Serrano, N. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Editorial Colex, Madrid, 1990.

299 Sobre el concepto de determinación de la pena en forma breve pero correcta según Ziffer, “La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible”. Ziffer, P. Lineamientos de la Determinación de Pena. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1996, pág. 23. Referente a la determinación de las sanciones penales juveniles ver: Tiffer, C. “Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.” En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, Nº 4, 2012, págs. 323-368.

siempre he estado tan opuesto a los Registros de Sentenciados Juveniles. En Costa Rica tenemos un debate en el cual no nos ponemos de acuerdo, referente a registrar las condenas de las personas menores de edad ni mucho menos utilizar las condenas para la edad adulta, porque registrar las condenas y utilizarlas en la edad adulta es realmente inscribir a un adolescente en una carrera delictiva. Hay que entender el delito juvenil como un episodio, como un capítulo dentro de su proceso de desarrollo que el adolescente puede superar.³⁰⁰

Es algo también importante para entender la culpabilidad juvenil y es relevante en la justicia penal juvenil, centrarse también en los aspectos de carácter subjetivo. La culpabilidad debe estar orientada a los fines como anteriormente mencionamos y todo el derecho penal juvenil se justifica precisamente por la condición de los sujetos a los cuales va dirigido, adolescentes que son personas en formación, es decir no son adultos. Lo importante en el principio de la culpabilidad referente a adolescentes, es el tema de la exigibilidad, la motivación y el juicio del reproche. No puede ser el mismo análisis que se realice a una persona adulta.

Para el análisis de estos tres aspectos en un adolescente, debe considerarse especialmente su situación social, que la mayoría de ocasiones se trata de situaciones sociales difíciles y adversas. En las cuales la mayoría de estos adolescentes se encuentran y que forman parte de los infractores de la ley penal. Es una característica que se encuentra en todos los perfiles sociales que se realizan en este tipo de infractores penales. Es decir, la escasa vigencia de este tipo de derechos, tales como derechos económicos, derechos sociales, derechos de carácter cultural. Incluso ya se ha mencionado un concepto de responsabilidad de carácter social. El profesor Zaffaroni lo dice en palabras muy sugestivas, como un verdadero ideólogo del Derecho Penal. El cual habla de una "co-culpabilidad de la sociedad"³⁰¹ la que tiene gran relevancia en la delincuencia juvenil en relación a las carencias afectivas, educativas y sociales que ha tenido el joven en su vida. Esto resulta muy bien e interesante, debería de consignarse más que en un discurso, en una sentencia por parte de los jueces, al momento de la determinación de la sanción. Lo importante es que para determinar la culpabilidad de un adolescente, no se puede dejar de considerar la escasa vigencia de otros derechos y además, el proceso de selección que tiene el mismo proceso penal y el fenómeno de la criminalización. Que es un fenómeno diferente al crimen o al delito. Ya que en todas nuestras ciudades se da el fenómeno de individuos que están criminalizados y en los cuales las policías juegan un rol muy importante en su selección. Esto pasa en San José y me imagino igual en Montevideo. Pasan tres adolescentes y la policía los detiene, les cuestiona y a veces los requisa. Pasan uno o dos

300 Referente a la concepción del delito juvenil y su carácter episódico ver: Kaiser, G. Ob Cit. Introducción... pág. 285.

301 Referente a este concepto de co-culpabilidad social expuesto por el profesor Zaffaroni y las circunstancias sociales que deben de considerarse a la hora de determinar la responsabilidad penal ver: Zaffaroni, R. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Editorial EDIAR, Buenos Aires. 1999. Págs. 65-66.

adultos y nadie los detiene y menos los reclusa y esto es precisamente la construcción social del joven como un joven criminalizado socialmente. Por último es muy importante para el principio de la culpabilidad el concepto de la autonomía progresiva³⁰², que se ha establecido en la Convención de los Derechos del Niño, porque la responsabilidad tiene que ser gradual, no puede ser una misma responsabilidad de un adolescente de 13 años que la de un adolescente de 15 o 16 o 17 años. Esos aspectos son los que tienen que considerar los jueces al momento de determinar una sanción, es decir escoger el tipo de sanción y el *quantum*, siempre considerando los fines de la sanción penal juvenil.

7. La edad de la responsabilidad penal juvenil

A continuación analizaremos un tema actual y de interés, el tema de la edad de la responsabilidad penal. Vamos a empezar con la edad máxima de la responsabilidad penal. La Convención de los Derechos del Niño define al niño como toda persona que no ha cumplido los 18 años, es decir la Convención no establece el concepto propiamente de la adolescencia, solamente define a los niños como las personas de 0 a menos 18 años de edad.³⁰³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó este criterio de la Convención.³⁰⁴ Lo anterior es importante ya que, posteriormente mencionaré un caso que ha sido sometido a la jurisdicción de la Corte. Existe un consenso internacional sobre la mayoría de edad a los 18 años cumplidos. Lo cual está acorde con la observación general número 10 del Comité Internacional de los Derechos del Niño³⁰⁵. Consecuentemente existe una obligación de parte de los Estados de establecer un régimen especial de responsabilidad penal para las personas menores de 18 años. Es decir, los 18 años se convierten en una frontera, en un límite, en el cual bajo de esa edad hay una obligación internacional de establecer un sistema de responsabilidad especializado diferente a los adultos o las personas mayores de 18 años de edad.

302 Al respecto de la autonomía progresiva, señala el autor Miguel Cillero Bruñol lo siguiente: "El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado". Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n.º 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

303 El artículo 1º de la Convención sobre Derechos del Niño señala: "Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

304 Ver Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida el 28 de agosto de 2002, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 38-42.

305 En detalle sobre los contenidos de la observación general Nº 10 visitar http://www.2ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc

Algunos países tienen como límite superior para la aplicación de un sistema de justicia juvenil, límites inferiores a los 18 años de edad. Es el caso de los Estados Unidos de América. En algunos Estados de este país, como por ejemplo en Nueva York, y Carolina del Norte, la edad es a partir de los 16 años, mientras que es a los 17 años en Estados como Illinois, Louisiana, Massachusetts, New Hampshire, Texas, Georgia, Michigan, Missouri, South Carolina y Wisconsin. Es decir, a los niños menores de 18 años se les procesa como adultos y en algunos Estados, los Jueces tienen la potestad de decidir si a estos niños se les juzga como niños o como adultos.³⁰⁶ Incluso los someten a condiciones como el cumplimiento de algunos programas, como en el Estado de La Florida. En donde pude observar un programa muy interesante que se llama en español *“El rancho de la última oportunidad”*. El juez envía a ciertos adolescentes a cumplir este programa y en caso de que lo incumplan, el juez puede decidir si ese caso lo somete a la Justicia Penal de los adultos. También algunos países o Estados caribeños el límite superior de responsabilidad es de 16 años o menos.

Someter a las personas menores de 18 años a la Justicia Penal de los Adultos desde mi punto de vista, es una violación al Derecho Internacional. Lo anterior es importante y se debe dejar sentado como premisa, de que se trata de una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los niños, que no autoriza a un Estado a juzgar a una persona menor de 18 años como si fuera un adulto. Considero más bien que por el contrario, como sucede en Alemania y Austria, las leyes de los jóvenes pueden aplicarse en algunos casos a los adultos. En estos dos países existe un criterio que permite a los adultos beneficiarse de las leyes penales juveniles, por ejemplo para los jóvenes desde los 18 y hasta los 21 años, el juez puede aplicar la ley de justicia penal juvenil dependiendo del delito. A estos jóvenes se les denomina como *“jóvenes adultos”*. Esto responde a la idea de que realmente el desarrollo de una persona es algo mucho más amplio que simplemente cumplir la edad de 18 años. Por lo que la justicia juvenil se extiende hasta edades superiores. Lo anterior resulta muy beneficioso y deberíamos alentar a nuestros sistemas penales para establecer la posibilidad del juzgamiento según la justicia juvenil, a personas entre 18 y menos 21 años de edad.

Al contrario de la edad máxima, el tema problemático y de constante discusión es el tema de la edad mínima de la responsabilidad penal juvenil. Lo primero que me gustaría mencionar es que no todos los niños menores de 18 años deben de ser sometidos al Sistema de Justicia Juvenil. Todo lo contrario, la Convención establece que debe establecerse una edad mínima de responsabilidad, en el artículo 40 del párrafo tercero,

306 En detalle sobre la edad de la responsabilidad penal juvenil en los Estados Unidos ver: Bowman, L., Hart, G., Lee, S.J., Montecalvo, K., Wilcox, M., *The Minimum Age of Criminal Responsibility. A Study of the Implications of Treating Seventeen-Year-Olds as Adults in the New Hampshire Criminal Justice System*, 2011, En: http://rockefeller.dartmouth.edu/shop/juvenile_justice_prsreportfinal_061411.pdf

inciso A³⁰⁷, así como la regla 4 de Beijing³⁰⁸. Existe una obligación de parte de los Estados de promover una edad mínima de responsabilidad penal, fijando una presunción de inimputabilidad. Actualmente se presenta una falta de consenso de carácter internacional, a pesar de la Observación General número 10 del Comité Internacional de los Derechos del Niño, dice que no debe establecerse edades de responsabilidad muy tempranas y que resulta inaceptable someter a personas menores de 12 años a alguna responsabilidad penal. La falta de un presupuesto esencial para tener capacidad de infringir la ley penal no significa que la acción debiera quedar sin respuesta. La reacción debe ser fuera del sistema de justicia penal juvenil, con una orientación eminentemente socioeducativa y no represiva, tomando en cuenta sobre todo el interés superior del niño, el principio del desarrollo integral del niño y el respeto indispensable de las garantías de un debido proceso.³⁰⁹

La tendencia de la mayoría de los países de América Latina es establecer la edad de la responsabilidad penal a partir de los 12 años, estamos en el límite inferior según la Observación General número 10 antes mencionada. Aunque también en América Latina se presentan casos extremos como son los países de Granada, Trinidad y Tobago, donde el límite de la responsabilidad es de 7 años. Otro ejemplo es el caso de Argentina que establece como límite mayor los 16 años. Argentina es un caso especial porque no solamente está juzgando a personas mayores de 16 años y menores de 18 como adultos, sino que también les ha impuesto sancione de adultos, como las penas privativas de libertad perpetuas. Por este caso de imposición de sanciones perpetuas, Argentina está siendo juzgada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte ha anunciado que pronto va a dictar la sentencia con respecto a este tema.³¹⁰ Sería importante para cualquier país, incluso para Uruguay, si está pensando hacer algún

307 "Artículo 40: (...) 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; (...)" Conforme a lo anterior, se evidencia que la Convención no tomó una posición sobre la edad mínima de la edad responsabilidad penal juvenil y dejó a cada Estado parte de la Convención, que estableciera esta edad mínima de responsabilidad.

308 En el mismo sentido de la Convención, también las reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil, estableció en su regla 4: "4. Mayoría de edad penal. 4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual."

309 Sobre el principio de interés superior ver: Cillero Bruñol, Miguel, "El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", En: Justicia y Derechos del Niño. Número 9, UNICEF, 2007, Págs. 125-142.

310 Para la fecha de la conferencia, La Corte Interamericana de Derechos Humanos no había dictado la sentencia en este caso y como se esperaba, Argentina fue condenada por el juzgamiento de personas menores de edad y la imposición de sanciones de carácter perpetuas. Ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina, emitida el 14 de Mayo del 2013; y Tiffer, C, "Argentina Condenada" En: La Nación del 9 de agosto del 2013 y ver: Tiffer, C, "Argentina en su Laberinto. A propósito de la Privación de Libertad de Personas Menores de Edad." En: Revista Digital Maestría en Ciencias Penales. N° 1, Año 2009. San José, pp. 135-218.

tipo de reforma, esperar ese pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque podría, posteriormente, verse en exigencias de carácter internacional.

La disminución de la edad de la responsabilidad penal ha sido un tema de discusión, como es el caso ahora de Uruguay, lo ha sido en Perú y en Costa Rica. Como les dije en Costa Rica se discutía un proyecto de ley que fue rápidamente retirado de la Asamblea Legislativa. Importante de señalar es que una vez fijada la edad mínima de la responsabilidad penal, no podría rebajarse. Como sucedió en Panamá en el año 2010, que paso de 14 a 12 años de edad. Es una política contraria a los estándares internacionales y al principio de progresividad y no de regresividad de los Derechos Humanos, es decir, hay prohibición contra la disminución de la protección ya acordada. Estos dos principios son muy importantes para un país como Uruguay, que siempre se ha distinguido por ser un país progresista y democrático, un país respetuoso de los Derechos Humanos. Por lo que rebajar la edad de responsabilidad penal, significaría contrariar este principio de la progresividad y no de regresividad.

Este principio de no regresividad significa que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo están limitados en las posibilidades de la reglamentación de los derechos de las personas menores de edad y los derechos que ya están adquiridos no podrían, posteriormente reducirse o eliminarse. Por el contrario, debe procurarse más bien la realización de los derechos ya consagrados, sin que existan retrocesos. Hay una prohibición de la reducción de sus niveles de protección en la aplicación de los derechos ya existentes e incluso de derogar los derechos ya vigentes. Se puede considerar la definición de la edad mínima de la responsabilidad penal, como un derecho adquirido y vigente. Consecuentemente hay una prohibición de derogar ese derecho o de adoptar en general, políticas o medidas que empeoren la situación jurídica de las personas que disfrutaban de ese derecho. Lo anterior por cuanto, este derecho fue adquirido como un reconocimiento al incorporar un tratado internacional como la Convención de los Derechos del Niño, así como sus mejoras progresivas para garantizar su reconocimiento y su tutela. Uruguay al haber adoptado la Convención de los Derechos del Niño e incorporado sus derechos en la legislación interna, no podría establecer limitaciones o derogaciones a los derechos ya reconocidos.

Rebajar la edad de la responsabilidad penal resulta incompatible con la Convención de los Derechos del Niño y afecta también el derecho a la no discriminación. Sería una medida discriminatoria porque afectaría el principio de la igualdad, que obliga al reconocimiento de las diferencias entre los niños y lo adultos. Precisamente en eso se sustenta la obligación del Estado de establecer un régimen especial y diferente de juzgamiento para las personas menores de edad.

También resulta inaceptable la categorización de delitos graves para

considerar excepciones a la edad mínima de la responsabilidad penal por infringir las leyes penales. En algunas propuestas legislativas se establece la posibilidad de someter a personas menores de edad de 12 años al sistema penal de adultos, solo cuando comenten determinados delitos, generalmente graves como por ejemplo: los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, narcotráfico o terrorismo. Sin embargo, este trato diferenciado no se justifica y sería contrario a las obligaciones adquiridas por los Estados suscriptores de la Convención de los Derechos del Niño. Igualmente resultaría inaceptable la aplicación de la justicia ordinaria de los adultos, a los adolescentes entre la franja de 12 a menos 18 años de edad, cuando comentan estos delitos graves.

La Convención de los Derechos del Niño como ustedes saben, tiene muchas particularidades y una de estas es su carácter programático. Es decir, la Convención no quiere ser simplemente un enunciado de principios y de buenas intenciones, como otras convenciones internacionales. Los Estados tienen la obligación rendir cuentas al Comité Internacional de los Derechos del Niño, sobre la vigencia y la progresividad de los derechos reconocidos a los niños.

El establecimiento de la edad mínima debe darse de acuerdo a los estándares pero sobre todo a los objetivos del Sistema de Naciones Unidas, el cual establece como objetivo la integración familiar y social, no la exclusión social de los menores de edad. Es decir, una política criminal orientada a la inclusión social es la política acorde a los objetivos y a los fines del Sistema de Justicia Juvenil promovido por Naciones Unidas. Por lo que es importante no confundir los términos de responsabilidad con criminalización.

El otro tema que me gustaría explicar de manera muy resumida por razones de tiempo, es que si bien el Estado puede ejercer el poder punitivo contra las personas menores de edad que cometan un delito, esta potestad punitiva encuentra límites.³¹¹ Es importante mencionar que es un valor jurídico y social el tema de la seguridad ciudadana. Me parece apropiado y correcto que los políticos y el Estado se preocupen por la seguridad ciudadana, porque todos los ciudadanos merecemos vivir en seguridad y vivir en paz. No es que estamos desvalorando un valor social tan importante como es la seguridad, pero también es importante reconocer que el Estado tiene límites para ejercer su potestad punitiva y debemos entender la función del Derecho Penal. Por lo menos en un Estado democrático, su función básica, no solamente es el establecimiento de conductas punitivas y de sanción, sino la racionalización del poder punitivo. Por lo que el Estado se encuentra limitado por importantes principios que solo voy a mencionar. Como el principio de humanidad, el principio de la racionalidad, de la

311 Un estudio amplio y detallado sobre los límites del Poder Punitivo, especialmente en relación al principio de proporcionalidad con datos empíricos del Uruguay se encuentra en el trabajo colectivo de Silva Balerio, D. Cohen, J. Terra, F. Brunet, N., Límites al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de la proporcionalidad en el sistema penal juvenil uruguayano. UNICEF, Montevideo, 2008.

legalidad, de la proporcionalidad, la culpabilidad y la protección de los bienes jurídicos indispensables. Solo cuando el Estado reconoce estos límites y posteriormente ejerce el poder punitivo, es que este poder se encuentra legitimado dentro de una concepción democrática. Es el dilema del Estado democrático que para otorgar seguridad a sus ciudadanos, debe restringir derechos. Por eso, su poder punitivo no resulta irrestricto, sino por el contrario se encuentra limitado. Más cuando se trata del juzgamiento de personas menores de edad.

8. Tendencias de la política criminal en América Latina

La Organización de Estados Americanos está compuesta por 34 países, incluyendo a Estados Unidos y Canadá. Pese a una historia común de estos países latinoamericanos, las diferencias culturales, sociales y económicas también están bien marcadas. Las sociedades latinoamericanas muy lamentablemente se han caracterizado históricamente por ser sociedades violentas con conflictos sociales y políticos permanentes. Las formas de Estado autoritarias o totalitarias han sido la regla y la democracia es débil e incipiente. Esto puede considerarse como un enfoque crítico y cuestionable. Pero considero que el Estado Democrático de Derecho en la mayoría de nuestros países es todavía una aspiración. También nos encontramos muy lejos de ser verdaderos Estados sociales. Hay pocos países y Estados en el mundo que son realmente Estados sociales y también existen pocos Estados de Derecho en América Latina. Siempre se escucha hablar del hombre fuerte de Panamá o del hombre fuerte de Venezuela. Pero no se escucha la institución fuerte de Venezuela o de Panamá. Porque lo que realmente distingue a un Estado Democrático y de Derecho no son las personas, sino las instituciones. Hay que decirlo y lamentablemente el Poder Judicial no siempre ha estado al servicio de la ley, le guste o no le guste a algunas personas. En América Latina el Poder Judicial muchas veces ha estado al servicio del poder. Otra característica de estos Estados es su falta o débil política social. Incluso países como Costa Rica y Uruguay, que se caracterizaron por su amplia clase media, actualmente esta clase social tan importante se encuentra estancada. Precisamente por eso es una de las zonas del mundo con mayor desigualdad. Por ejemplo en el caso de Costa Rica, a pesar de que puede verse un poquito mejor, la política social sigue siendo débil y lamentablemente la desigualdad ha aumentado. Esta falta de política social y aumento de la desigualdad afecta especialmente y en forma más dura a mujeres, niños y adolescentes.

Con respecto a los niños existe mucho eufemismo y se ratifican instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pero la realidad no cambia y por el contrario, se ejercen políticas altamente represivas contra niños y adolescentes. Como es el caso Argentino, al aplicar penas perpetuas para adolescentes o las políticas de exterminio de niños y adolescentes que han existido en Brasil, en Honduras, en El Salvador y en Guatemala. Continúa en América Latina la histórica dicotomía entre lo que la Ley dice y lo que realmente se ejecuta, en realidad son sociedades violentas con

alta discriminación, exclusión, desempleo y también, lamentablemente racismo.³¹²

En América Central, particularmente en Honduras y El Salvador se han utilizado estas políticas represivas denominadas de mano dura, que han sido un completo fracaso ya que estos países son los que tienen las tasas más altas de homicidio y de encierro. Estas políticas orientadas en la mano dura o súper mano dura no producen mayor seguridad, sino todo lo contrario y el ejemplo es América Central. Pretender la solución al delito, a través del endurecimiento del Sistema Penal, con penas severas y disminución de la edad de la responsabilidad, no produce un efecto de mayor seguridad en los ciudadanos. Falta una cultura de paz y negociación en América Central. La ausencia de esta cultura de paz y de negociación es la consecuencia de conflictos sociales y militares concluidos recientemente. En Nicaragua en 1990, en El Salvador en 1992, en Guatemala en 1996 y Panamá tuvo una invasión militar en 1989, Belice, apenas obtuvo su independencia en 1981. Por esto he dicho que estos Estados se encuentran en formación y son débiles y están muy alejados de ser Estados sociales de Derecho. No debemos de olvidar el reciente golpe de Estado de Honduras y también el que ocurrió recientemente muy cerca del Uruguay, aquí en América del Sur.

9. Edad de la responsabilidad penal juvenil en Europa

A continuación vamos a presentar las tablas comparativas de la edad de la responsabilidad penal en Europa y América Latina. En Europa, la tendencia en casi todos los países es establecer una edad de responsabilidad a partir de los 14 años, con la excepción de los países del Commonwealth como Inglaterra, Gales, e Irlanda, que tienen unas edades más bajas de responsabilidad. Aunque es interesante señalar que estos países tienen prohibiciones para el decreto de medidas privativas de libertad, es decir no se pueden imponer medidas privativas de libertad (ni como medidas cautelares ni como sanciones) por ejemplo, hasta los 16 o los 18 años de edad. La tabla muestra todos los países europeos ordenados alfabéticamente desde Alemania hasta Ucrania.

312 Sobre las condiciones de la niñez en el mundo y en particular de América Latina, con datos cuantitativos ver: El Estado Mundial de la Infancia del 2014. Todos los niños y niñas cuentan. Revelando las disparidades para impulsar los derechos de la niñez. En: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/emi_2014_0.pdf

Tabla N°1: Comparación de la edad de responsabilidad penal en Europa³¹³

País	Edad mínima para medidas educativas de la familia/ corte juvenil (Ley de bienestar juvenil)	Edad de responsabilidad penal (Derecho penal juvenil)	Responsabilidad penal completa (Derecho penal adulto puede/debe ser aplicado; derecho juvenil o sanciones del Derecho juvenil pueden ser empleadas)*	Rango de edad para encarcelamiento/custodia o formas similares de privación de libertad
Alemania		14	18/21	14-24
Austria		14	18/21	14-27
Bélgica		18	16 ^b /18	Sólo instituciones de bienestar
Bielorrusia		14 ^c /16	14/16	14-21
Bulgaria		14	18	14-21
Croacia		14/16 ^a	18/21	14-21
Chipre		14	16/18/21	14-21
República Checa		15	18/18 + (mit. sent.)	15-19
Dinamarca ^d		14	14/18/21	14-23
Inglaterra/Gales		10/12/15 ^a	18	10/15-21
Estonia		14	18	14-21
Finlandia ^d		15	15/18	15-21
Francia	10	13	18	13-18 + 6 m./23
Grecia	8	13/15 ^a	18/21	15-21/25
Hungría		14	18	14-24
Irlanda		10/12/16 ^a	18	10/12/16-18/21
Italia		14	18/21	14-21
Kosovo		14	18/21	16-23
Latvia		14	18	14-21
Lituania		14 ^c /16	18/21	14-21
Macedonia		14 ^c /16	14/16	14-21
Moldova		14 ^c /16	14/16	14-21
Montenegro		14/16 ^a	18/21	16-23
Países Bajos		12	16/18/21	12-21
Irlanda del Norte		10	17/18/21	10-16/17-21
Noruega ^d		15	18	15-21
Polonia	13		15/17/18	13-18/15-21
Portugal	12		16/21	12/16-21
Rumania		14/16	18/(20)	14-21
Rusia		14 ^c /16	18/21	14-21
Escocia		8 ^e /16	16/21	16-21
Serbia		14/16 ^a	18/21	14-23
Eslovaquia		14/15	18/21	14-18
Eslovenia		14/16 ^a	18/21	14-23
España		14	18	14-21
Suecia ^d		15	15/18/21	15-21 ^a
Suiza		10	18 ^f	10-22
Turquía		12	15/18	12-18/21
Ucrania		14 ^c /16	18	14-22

313 Dünkler, Frieder/ Grzywa, Joanna / Horsfield, Philip / Pruin, Ineke (Eds.), *Juvenile Justice System in Europe. Current Situation and Reform Developments*, Vol. 4, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, Alemania, 2010, pgs. 1767-1768.

(*) El rango de edad de 21 también puede significar que las sanciones penales de la ley penal general son aplicables, pero que ciertas posibilidades existen para mitigar sentencias, dada la corta edad del adulto.

- a) Mayoría penal con respecto a detención juvenil (encarcelamiento juvenil o sanciones similares privativas de libertad bajo el régimen del Ministerio de Justicia).
- b) Solamente para infracciones de tráfico y excepcionalmente para delitos muy graves.
- c) Sólo para delitos graves.
- d) Sólo migración de sentencias sin legislación de justicia juvenil separada.
- e) La edad de responsabilidad es de 8, pero hasta la edad de 16 aplica el Sistema de Audiencias Juveniles para así prevenir más procesos criminales formales.
- f) El Derecho penal suizo para adultos provee como una forma especial de detención una sentencia de prisión para adultos jóvenes de 18 a 25 años, quienes son puestos en una institución para jóvenes adultos, ya que ellos pueden permanecer ahí hasta alcanzar los 30, ver art. 61 del Código penal suizo.
- g) Detención de menores; existen también departamentos especiales para delincuentes juveniles en el sistema penitenciario (para adultos jóvenes hasta los 25 años de edad).

10. Edad de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá

La tabla comparativa de la edad de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá, refleja los países de la Organización de los Estados Americanos. La confeccioné con base en el excelente informe del año 2011, realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, titulado *“Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”*. En la cual tuvo una destacada participación mi colega y amigo uruguayo el Dr. Javier Palummo. Este es un documento muy valioso y que recomiendo su lectura porque hace no solamente un análisis del sistema de justicia juvenil en América Latina, sino que informa sobre la vigencia o aplicación de los principios y garantías en el sistema de justicia juvenil en nuestro continente. De este documento se observa que la tendencia en la mayoría de los países es fijar la edad de la responsabilidad penal juvenil a partir de los 12 años, como es el caso de los países de Belice, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Brasil, El Salvador, Ecuador, México, Panamá, Perú, Venezuela y Honduras. Mientras que cinco países fijan la edad en 13 años, entre los cuales está Uruguay. Otros países fijan la edad en 14 años como Chile, Colombia y Paraguay; y Argentina es un caso especial, en donde la edad mínima establecida es de 16 años.

Tabla N° 2: Edad comparativa de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá³¹⁴

Límite de Responsabilidad	País	País	País
7 años de edad	Granada	Trinidad y Tobago	
8 años de edad	Antigua y Barbuda	Saint Kitts y Nevis	San Vicente / Granadinas
10 años de edad	Bahamas	Guyana	Suriname
11 años de edad	Barbados		
12 años de edad	Dominica	Brasil	México
	Santa Lucía	Canadá	Panamá
	Jamaica	Costa Rica	Perú
	Belice	Ecuador	Venezuela
	Bolivia	El Salvador	Honduras
13 años de edad	Haití	Guatemala	Nicaragua
	República Dominicana	Uruguay	
14 años de edad	Chile	Colombia	Paraguay
16 años de edad	Argentina		

11. Reflexiones finales

La Justicia Juvenil debe tener fines muy modestos, debe utilizarse como un último recurso y solamente para los casos realmente graves y que así lo ameriten. La problemática de la mayoría de estos jóvenes no se va a solucionar a través de la Justicia Penal. Deben privar los principios de subsidiariedad, intervención mínima y desjudicialización.

El estándar de 12 años de edad para adquirir una responsabilidad penal juvenil, aunque sea disminuida, es bajo en comparación de países europeos. Debería alentarse subir este límite a los 14 años, como sucede en países como Chile, Colombia y Paraguay y establecerse la categoría de los jóvenes adultos que les mencionaba (18-21 años), como el ejemplo de Alemania y de Austria, para extender la aplicación del Sistema de Justicia Juvenil, según el caso y el tipo de delito.

En ningún caso debería una vez fijada, rebajarse la edad de la responsabilidad penal, en perjuicio de los derechos del niño protegidos y reconocidos. La reducción o disminución de los derechos no significa beneficios como mayor seguridad y disminución del delito, por el contrario se va a aumentar la exclusión, va a aumentar la violencia y va a aumentar el delito.

¿Cómo debería ser la respuesta ante el delito juvenil? Yo la resumiría en tres ideas principales, enfocadas en primer lugar en políticas de prevención, con una mínima intervención judicial y con programas efectivos de reinserción familiar y de reinserción social. No debemos olvidar que las sociedades que tienen más derechos y más libertades son las sociedades más seguras.

314 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre Derecho de la Niñez. O.E.A. 2011.

12. Bibliografía

BATISTA SPOSATO, K. “Desafíos duraderos en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad: Un estudio crítico a la luz de los 18 años de vigencia y del modelo español”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, No.10, Bogotá, 2008, pags.113-131.

BOWMAN, L., HART, G., LEE, S.J., MONTECALVO, K., WILCOX, M., *The Minimum Age of Criminal Responsibility. A Study of the Implications of Treating Seventeen-Year-Olds as Adults in the New Hampshire Criminal Justice System*, 2011, En: http://rockefeller.dartmouth.edu/shop/juvenile_justice_prsreportfinal_061411.pdf

CAMPOS SANTILICES, Armando, *Violencia Social*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, ILANUD, San José, 2010.

CARRANZA, E., GARCÍA MÉNDEZ, E. y, *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Editorial Galerna. Buenos Aires, 1992.

CILLERO BRUÑOL, “Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, En: *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, N.º 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

—, “El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, En: *Justicia y Derechos del Niño. Número 9*, UNICEF, 2007, Págs. 125-142.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatoría sobre Derecho de la Niñez*. O.E.A. 2011.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N° 10*, 2007, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, del 28 de agosto de 2002.

Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina, sentencia emitida el 14 de Mayo del 2013.

DÜNKEL, F. “El futuro de la justicia juvenil. Perspectivas europeas”. En: *Revista Estudios de la niñez y la adolescencia*. No. 2, 2008, San José, págs. 27-37.

DÜNKEL, F., GRZYWA, J., HORSFIELD, P., PRUIN, I., (Eds.), *Juvenile Justice System in Europe. Current Situation and Reform Developments*, Vol. 4, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, Alemania, 2010.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990.

JIMENEZ DE ASÚA, L. / ANTON ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928*. Parte General, tl, Madrid, 1929.

KAISER, G. *Introducción a la Criminología*. 7 edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1989.

—, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*. 3 Auflage. C. F. Mueller Verlag, 1996.

MORA MORA, L.P., "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica. Contexto nacional y comparado." En: *Seminario Taller. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria.*, UNICEF, San José, 1998.

ONU, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, 1985.

Convención de los Derechos de los Niños, 1989.

PINHEIRO, P. G., *Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, localizable en [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

PNUD, *Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social*. PNUD, San José, 2010.

Seguridad Ciudadana con Rostro Humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013, consultable en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

ROXIN, C. *Política Criminal y Estructura del delito*. PPU, Barcelona, 1992
Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SILVA BALERIO, D. COHEN, J. TERRA, F. BRUNET, N., *Límites al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de la proporcionalidad en el sistema penal juvenil motevideano*. UNICEF, Montevideo, 2008.

TIFFER, C., LLOBET, J., DÜNKEL, F. *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Mundo Grafico. San José, 2002.

TIFFER, C., "Factores de riesgo que inciden en la comisión de delitos juveniles". En: *Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia*, No. 2, San José, 2008, págs. 23-26.

—, “Argentina en su Laberinto. A propósito de la Privación de Libertad de Personas Menores de Edad.” En: *Revista Digital Maestría en Ciencias Penales*. N° 1, Año 2009. San José, pp. 135-218.

Juzgar a los Adolescentes como adultos. La Nación 28 de octubre del 2010. “Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.” En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N° 4, 2012, págs. 323-368.
ARGENTINA CONDENADA. LA NACIÓN 9 DE AGOSTO DEL 2013.

ZAFFARONI, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV*. Editorial EDIAR, Buenos Aires. 1999. Págs. 65-66.

Códigos Penales de América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente ILANUD/Comisión Europea. México, 2000.

ZIFFER, P. *Lineamientos de la Determinación de Pena*. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1996

Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil

Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil³¹⁵

Javier Llobet Rodríguez

Sumario:

I. Concepto de Justicia Restaurativa; II. Los Primeros Proyectos de Justicia Restaurativa; III. Justicia Restaurativa e Interés en la Víctima; IV. La Justicia Restaurativa en el Derecho Consuetudinario Indígena; V. Justicia Restaurativa y Abolicionismo; VI. La Justificación de la Justicia Restaurativa Como Alternativa a la Justicia Retributiva y la Rehabilitadora; VII. La Justicia Restaurativa en la Doctrina de la Protección Integral del Derecho Penal Juvenil; VIII. Extensión Internacional de las ideas de Justicia Restaurativa en la Justicia Penal Juvenil; IX. La admisión de las ideas de Justicia Restaurativa en el Derecho Penal de Adultos; X. Justicia Restaurativa y los fines de la pena; XII. Justicia restaurativa y el peligro de la extensión de las redes del control social; XIII. Justicia restaurativa y “privatización” del derecho penal; XIV. La justicia restaurativa y el derecho de abstención de declarar; XVI. Conclusiones; XVII. Bibliografía.

I. Concepto de justicia restaurativa

La justicia restaurativa es un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos de América y en Canadá en la década de los setenta del siglo XX, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir en la resolución del conflicto. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación autor-víctima, más que a la imposición de una pena³¹⁶.

En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los

315 Publicado en: Tiffer/Llobet Rodríguez/Dünkel. Derecho Penal Juvenil. San José, Editorial Jurídica Continental/ILANUD/DAAD, 2014.

316 Sobre la justicia restaurativa: Morris/Maxwell (Editores). Restorative Justice for Juveniles. Portland, Hart Publishing, 2002; Bazemore/Walgrave (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999; Roig Torres. La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales). Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 365-367; Rivero Llano. La victimología ¿Un problema criminológico? Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1997, pp. 341-344; García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos. Valencia, Tirant lo blanch, 2005, pp. 624-657; Weigend. Täter-Opfer-Ausgleich in den USA. En: MschrKrim, Heft 2/3, 1992, pp. 105-114; Lamnek. Neue Theorien abweichenden Verhaltens. Munich, Wilhelm Fink Verlag, 1994, pp. 364-403; Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil. En: Baigún, David y otros (Compiladores). Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886; Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (Compiladoras). Justicia restaurativa. Acercamientos teóricos y prácticos. San José, CONAMAJ, 2007; Cario, Robert. Justice restaurative. París, 2005; Neuman, E. La mediación penal y la justicia restaurativa. México, Porrúa, 2005; Tamarit Sumalla (Coordinador). La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones. Granada, Editorial Comares, 2012; Barona Vilar, Silvia. Mediación Penal. Fundamento fines y régimen jurídico. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; Gordillo Santana, Luis. La justicia restaurativa y la mediación penal. Madrid, Lustel, 2007; Chinchilla Fernández, Max. Justicia restaurativa en Costa Rica. Instauración de la justicia restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales retos. San José, Tesis para optar al título de Maestría en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Américas, 2009.

ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible³¹⁷.

La idea de la sanación de las heridas causadas por el hecho delictivo tiene un carácter esencial en la justicia restaurativa, lo anterior tanto con respecto a las víctimas como a los victimarios.

En la justificación de los principios básicos de la ONU para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal de 2002, se expresa claramente esta idea de la sanación de las heridas. Se dice:

“Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”.

Debe resaltarse que en lo atinente a las víctimas con mucha frecuencia el hecho delictivo les causa heridas tan profundas, que no pueden continuar luego del mismo con su vida cotidiana, han perdido la paz interna, y su vida gira en torno al gran enojo que sienten, lo que en definitiva afecta también a las diversas personas que están en su entorno, por ejemplo sus familiares, amigos y compañeros de trabajo. Ello les impide seguir desarrollándose. No puede desconocerse que también los victimarios pueden ser afectados por el hecho delictivo, habiendo sido marcados por el mismo. La justicia restaurativa trata de buscar precisamente la superación de esa situación, permitiendo la superación de las heridas producidas por el hecho delictivo. Para ello la forma tradicional de la mediación autor-víctima, permite el encuentro entre ambos, con la intervención de un experto en mediación, que previamente ha tenido una serie de entrevistas con la víctima y el victimario, procurando que el encuentro cara a cara entre autor y víctima se realice en condiciones de seguridad, evitando, por ejemplo, que lejos de superar las heridas, las mismas se vayan a agravar, evitándose, por ejemplo que se vaya a producir una segunda victimización³¹⁸. Hoy día incluso se ha

317 Sobre ello: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 54-57; Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, *Introducing Restorative Justice*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 5-6.

318 Acerca del papel del mediador indican Joseph Ma. Tamarit y Carolina Villacampa: “El proceso reparador exige una conducción profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas, favoreciendo que ellas mismas encuentren soluciones viables y proporcionadas”. Tamarit, J. M./Villacampa, C. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 303. Agregan dichos autores: “La profesionalidad del facilitador debe dotarle de los instrumentos necesarios para gestionar cada situación concreta en función, principalmente, de las

tendido a ampliar el grupo de personas que participan en el procedimiento restaurativo, por ejemplo, en los encuentros tienen participación también miembros de la familia de la víctima y del victimario, tomando en cuenta que por un hecho delictivo no solamente se afectan los que intervienen directamente como sujeto activo y pasivo, sino también los familiares de estos. A la mediación y los encuentros, se agregan los círculos, que han venido siendo utilizados con gran éxito, e implican una ampliación de las personas que participan en el procedimiento restaurativo, incluyéndose no solamente a la víctima y victimario, lo mismo que a los familiares, sino también a miembros de la comunidad³¹⁹. Para ello se considera también la importancia que tiene dicha participación, de la comunidad, en cuanto no solamente es afectada por el hecho delictivo, sino también que la comunidad puede desempeñar un rol importante en la búsqueda de resoluciones restaurativas que permiten en definitiva la incorporación plena de la víctima y del victimario a dicha comunidad, en cuanto el hecho delictivo podría haberles producido un aislamiento, no solamente auto-producido, sino también un rechazo de la comunidad, especialmente ello con respecto al victimario³²⁰. Debe resaltarse que el procedimiento penal no facilita el diálogo entre autor-víctima, sino todo lo contrario, fomenta el enfrentamiento.

Muchas veces para la víctima es muy importante poder expresarle al victimario el daño que le ha causado el hecho delictivo y para el mismo victimario es relevante tomar conciencia de dicho daño³²¹. Además tiene relevancia la humanización del otro. Por ello, ese cara a cara puede tener efectos positivos para la superación del hecho delictivo y poder continuar con la vida.

Debe resaltarse que la justicia restaurativa es mucho más que una forma de solución de los conflictos producidos por un hecho delictivo, sino que ha sido utilizada con gran éxito para solucionar problemas que se presentan en el ámbito educativo, familiar, laboral y corporativo. Se habla así, por ejemplo, de círculos escolares, que *“pueden ser utilizados por maestros y profesores para tratar asuntos de la clase o como un método de aprendizaje”*³²², igualmente de círculos de violencia doméstica que

necesidades de la víctima, reforzando su autoestima y evitando contactos que pueden ser dañinos o a los que la víctima se puede ver impulsada por razones exteriores o poco maduras (presiones del entorno, prejuicios morales...)” (p. 308).

319 Sobre los círculos: Pranis, K. Manual para facilitadores de círculos. San José, CONAMAJ, 2009; Pranis, K./Stuart, B./Wedge, M. Peacemaking circles. From Crime to Community. Minesotta, Living Justice Press, 2003.

320 Cf. Larrauri, E. Tendencias actuales de la justicia restaurativa. En: Pérez Álvarez, F. (Coordinador). Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, 2004, p. 446, en donde señala los pros y los contras de la participación comunitaria.

321 Indica Elena Larrauri: “El diálogo se defiende en primer lugar porque se cree que es beneficioso para la víctima ya que ésta puede expresar directamente al infractor sus sentimientos de ira, miedo o angustia y contribuir de este motivo a superar el impacto del delito”. Larrauri. Tendencias..., p. 444.

322 Pranis, Kay. Manual..., p. 12; Costello, B./Wachtel, J./Wachtel, T. Manual de prácticas restaurativas para

“abordan el daño causado en el hogar”³²³. También las ideas de justicia restaurativa han sido muy utilizadas para solucionar problemas en el sistema penitenciario, ello con respecto a las relaciones de convivencia entre las personas privadas de libertad. Se agrega a ello que la justicia restaurativa no solamente tiene importancia como una forma de solución de conflictos durante el procedimiento penal, sino también durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

Con la justicia restaurativa se hace referencia en general a una serie de principios en que se basa la misma, pero que los diversos programas existentes presentan importantes diferencias entre sí³²⁴. Así en los últimos años se ha ampliado el marco en que opera la justicia restaurativa, de modo que diversos programas involucran no solamente a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta a la comunidad.

Se considera a la justicia restaurativa como un nuevo paradigma, que se agrega a la justicia retributiva, como se caracteriza al sistema penal³²⁵, y a la justicia rehabilitadora, propia de la ideología del tratamiento³²⁶.

Dentro de las ideas que han impulsado la justicia restaurativa deben resaltarse: a) el renacimiento en el interés por la protección de la víctima, en la década de los setenta del siglo XX³²⁷; b) las ideas religiosas, en particular de los menonitas³²⁸. Desde la perspectiva religiosa se ha tratado de justificar las ideas de justicia restaurativa desde el punto de vista de la ética

docentes, personal responsable de disciplina y administradores de instituciones educativas. San José, International Institute for restorative practices, 2010.

323 Prani, Kay. *Manual...*, p. 12.

324 Con respecto a ello: García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 995.

325 Los defensores de la justicia restaurativa parten de que la justicia penal tiene un carácter retributivo. Hoy día debe reconocerse que se tiende a crítica cuando se le asigna a la justicia penal un carácter meramente retributivo, propio de una teoría absoluta de la pena. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Beccaria y el Derecho Penal de hoy*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 202-216; Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos en la justicia penal*. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 349-362.

326 Una comparación entre la justicia retributiva y la restaurativa: Rivera Llano, op. cit., pp. 341-343.

327 Con respecto a ello se dijo por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal: “La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier. *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*, pp. 876-877.

328 Sobre ello: McCold, Paul. En: *Primary Restorative Justice Practices*. Morris/Maxwell (Editores), op. cit., p. 43; Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica en el Derecho Comparado*. En: Beristain (Editor). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, p. 120; Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999, p. 16.

cristiana³²⁹, lo mismo que de la judía³³⁰; c) los antecedentes de la diversion o diversificación en el Derecho Penal Juvenil; d) la tradición norteamericana de la oportunidad en la persecución penal; e) el escepticismo con respecto a la rehabilitación a través de la privación de libertad, ello con la crisis de la llamada ideología del tratamiento³³¹; f) el reconocimiento del valor de las formas de solución del conflicto por los pueblos indígenas, no sólo en América, sino también en Australia, Nueva Zelanda y África³³² y g) la corriente criminológica que ha defendido, principalmente en Holanda y los países escandinavos el abolicionismo³³³.

Las diversas concepciones, arriba mencionadas, que han inspirado e impulsado la justicia restaurativa, no son homogéneas³³⁴. La justicia restaurativa ha recibido influencia de diversas concepciones muy diversas, no siempre concordantes entre sí, desde concepciones religiosas hasta otras laicas, desde posiciones pragmáticas anglosajonas, hasta otras ligadas a la dogmática penal alemana, desde posiciones enmarcadas dentro de la criminología tradicional, pero que enfatizan la importancia de la victimología dentro de la criminología, hasta posiciones dentro de la criminología crítica, incluyendo el garantismo y el abolicionismo penal.

Por ello mismo, mientras unos critican la justicia restaurativa como una forma de quebranto a las garantías propias de un Estado de Derecho, otros defienden la justicia restaurativa como una forma de garantizar el principio de intervención mínima del Estado de Derecho y de que el Estado cumpla con su función de estar al servicio de los seres humanos (víctimas, victimarios y el entorno social a su alrededor).

329 Se han buscado una serie de fundamentos bíblicos a la justicia restaurativa. Así se afirma que el arrepentimiento y el perdón tienen una gran importancia en la ética cristiana (Lucas, 19, 1-10). Se cita con frecuencia lo indicado por Mateo (5, 25), en cuanto indica: "Llega a un acuerdo con tu enemigo mientras van de camino, no sea que tu enemigo te entregue al juez y el juez al carcelero y te echen en el calabozo". En el mismo sentido se indica en Lucas 12,58, en cuanto señala "Y mientras vas donde las autoridades con tu enemigo, aprovecha, la caminata para reconciliarte con él, no sea que te arrastren delante del juez y que el juez te aplique la justicia y te echen a la cárcel" (Tomado de: La Biblia Latinoamericana. Madrid, Ediciones Paulinas). El poner la otra mejilla, como dice Jean Marie Müller (no refiriéndose propiamente a la justicia restaurativa) es un desafío frente al ofensor que pretende hacerle reflexionar sobre su acción. El respeto al prójimo no supone no inculparle, sino darle una oportunidad. No se trata de no sancionar en absoluto, sino hacerlo con bondad y no se trata de excluirlo de la comunidad, sino se permitirle reintegrarse a ella. Cf. Müller, Jean-Marie. El coraje de la no violencia. Santander, Editorial Sal Terrae, 2004, pp. 133-135.

330 Gustavo Zagrebelsky hace mención a la *ryb* y el carácter restaurativo de la misma, a diferencia de *mishpat* o juicio, ello en el judaísmo de la época de Jesucristo. Cf. Zagrebelsky, Gustavo. La crucifixión y la democracia. Barcelona,, Ariel, 1996. Señala Elías Neuman: "En las comunidades judías de la diáspora y en el propio Estado de Israel existe, desde el siglo II, la mediación rabínica a las que las partes voluntariamente acuden y se someten. El o los rabinos actúan como conciliadores y su decisión es tan inapelable como respetada a ultranza. Ello ocurre en asuntos civiles, comerciales y ciertos casos penales (patrimoniales, familiares, injurias, amenazas, usurpaciones y otros". Neuman, E., op. cit., p. 70.

331 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, pp. 874-876.

332 Véase: IV.

333 Véase V.

334 En este sentido indica Antonio García-Pablos de Molina: "No son claros, desde luego, ni unívocos sus antecedentes ideológicos, ni sus presupuestos político criminales, dado que los modelos de conciliación, mediación y reparación beben de fuentes muy dispares". García-Pablos de Molina. Criminología..., p. 628.

La falta de homogeneidad se refleja también en los diversos programas de justicia restaurativa, distinguiéndose además entre la mediación víctima-autor, las conferencias y los círculos, caracterizándose los dos últimos porque no sólo participan el autor y la víctima, sino se involucran otras personas, ya sea de la familia o de la comunidad.

II. Los primeros proyectos de justicia restaurativa

Los proyectos de conciliación delincuente-víctima se desarrollaron inicialmente en Canadá y los Estados Unidos de América a partir de 1972, dentro del marco de la diversión precedente, habiendo tenido aplicación en el Derecho Penal Juvenil. En estos proyectos tuvieron gran influencia grupos religiosos, como los menonitas³³⁵ y los cuáqueros³³⁶. Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, ello en relación con dos jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica, en la que habrían causado daños a unas 22 propiedades. En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con las mismas para el pago de los daños causados. Dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores³³⁷. Con base en esa experiencia, en Elkhart, Indiana, empezó en 1978-1979 un programa a pequeña escala, a cargo de oficiales de libertad condicional³³⁸.

Debe resaltarse que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por los Fiscales en los Estados Unidos de América, en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción, ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas, puesto que da un gran ámbito discrecional para la aplicación de las mismas³³⁹. Por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho Penal Juvenil fue facilitado por las características de dicho Derecho, que lo han hecho favorable a la diversión con o sin intervención, para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de libertad³⁴⁰.

335 Sobre ello véase: Dünkel, Frieder, La conciliación delincuente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica en el Derecho Comparado. En: Beristain (Editor). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, p. 120; Pérez Sanzberro, Guadalupe. Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía? Granada, Editorial Comares, 1999, p. 16.

336 Cf. Dünkel, Frieder, La conciliación delincuente víctima..., p. 120. En contra del apoyo de los cuáqueros parece pronunciarse Aida Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., p. 39, nota al pie 33.

337 Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala. En: <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>. Sobre este caso véase en particular: Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., pp. 118-119.

338 Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala; Dünkel, Frieder, La conciliación..., p. 120.

339 Cf. Weigend, Thomas, Täter-Opfer-Ausgleich in den USA. En: MschrKrim (Alemania), Heft 2/3, 1992, p. 106,

340 Como antecedentes relacionados con la diversion debe mencionarse el proyecto Highfields llevado a cabo en los Estados Unidos en la década de los cincuenta del siglo pasado, el que trató de evitar sobre todo la privación de libertad en la justicia juvenil, aunque fundamentalmente en relación con la condena condicional de la pena, relacionada más con la probation, que con la diversion. Cf. Lammeck, Siegfried, Neue

III. Justicia restaurativa e interés en la víctima

No puede dejarse de considerar, como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el Derecho Penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto provocado por el hecho delictivo, ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada. Así se ha tendido a mencionar diversas etapas históricas con respecto a la consideración de la víctima, indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da la neutralización de la misma, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la reparación del daño³⁴¹. En definitiva el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima³⁴², que

Teorien abweichenden Verhaltens. Múnich, W. Fink, 1994, p. 276. Por otro lado, de gran importancia en los Estados Unidos de América fue el proyecto presentado en 1967 por la Comisión de Aplicación del Derecho y Administración de Justicia, que estableció que con respecto a los jóvenes debían evitarse sanciones formales, debiendo utilizarse sanciones menos gravosas. La Comisión de la Oficina de Justicia del Reich alemán de 1903 (Alemania) propuso una reforma del CP, basada en que debían evitarse los perjuicios que para los jóvenes representaba la persecución penal. Se señaló que los jóvenes debían ser protegidos no solamente de un juicio y condenatoria pública, sino también debía evitarse la persecución en aquellos casos en que fuera suficiente una mera advertencia. En 1909 se presentó un proyecto de reforma a la Ordenanza Procesal Penal alemana en la Dieta (Reichstag), que contemplaba la posibilidad del archivo de un proceso en contra de un joven, ello para evitarle los daños unidos a un proceso penal. La ley de los Tribunales de Jóvenes del 16 de febrero de 1923 estableció en Alemania por primera vez la posibilidad del archivo del proceso, regulándose el principio de oportunidad e indicándose en la fundamentación que la pena no debía ser un fin en sí mismo, de modo que cuando puede obtenerse de otro modo el resultado que se persigue con la pena, no es justificado acudir a la utilización del particularmente peligroso medio de la pena.

341 Con respecto a los antecedentes históricos de la justicia restaurativa: Weitekamp, Elmar, *The History of Restorative Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 75-102.

342 Cf. Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 13-52; Strang, Heather, *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 183-193. Indica García-Pablos de Molina que en los programas anglosajones de la década de los setenta: "el sistema (...) deposita una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos. Y conlleva, desde luego, una decidida tendencia a desjudicializar y dejuridicar aquellos optando por una mediación flexible de instancias no oficiales de carácter comunitario y por procedimientos informales, siempre más pacificadores". García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 640. Sin embargo, afirma también Antonio García-Pablos de Molina que las ideas que dan fundamento a la justicia restaurativa no son unitarias, siendo dispares sus antecedentes ideológicos. Así dice: "No son claros, desde luego sus antecedentes ideológicos ni sus presupuestos políticos criminales, dado que los modelos de conciliación, mediación y reparación beben de fuentes muy dispares. Las dos tradiciones histórico-culturales del control social desembocan, por caminos diferentes, en fórmulas alternativas, sustitutivas o complementarias del sistema penal, en procedimientos informales de solución de los conflictos. Estos constituyen, en efecto, la propuesta emblemática de los sistemas de 'diversion'. Pero, también, del pensamiento 'aboliconista' de la 'non radical intervention' y de las tendencias victimológicas que surgen en la década de los cuarenta. Sin olvidar las corrientes 'reprivatizadoras' radicales., partidarias de la devolución del conflicto a sus

ocurre principalmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Con respecto a ello se dijo por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal:

“La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”³⁴³.

En la justicia restaurativa se tiende a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente. Ello se trata de reflejar desde un punto de vista semántico al indicarse en los Estados Unidos de América, que se trata de la compensación víctima-autor, en donde la víctima es mencionada de primero en la misma denominación, a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en Alemania, en la que se hace mención a la mediación autor-víctima³⁴⁴.

IV. La justicia restaurativa en el derecho consuetudinario indígena

Se menciona dentro de los antecedentes de la justicia restaurativa la forma de solución de los conflictos de acuerdo con el Derecho consuetudinario de los grupos indígenas de diversas partes del mundo, que se mantiene hasta hoy día. Ello ocurre, por ejemplo en Australia y Nueva Zelanda³⁴⁵, pero también en otras regiones, por ejemplo en África y América. Se agrega

protagonistas, orientaciones, como es lógico, muy proclives a estas vías alternativas del control social formal. Todo ello demuestra, sin embargo, que la racionalidad del nuevo modelo tiene y cuenta con una fundamentación ideológica muy variada: la necesidad de evitar el impacto estigmatizante del sistema penal y sus agencias e instancias oficiales ('diversion'), la mejor satisfacción de las justas expectativas de uno de los protagonistas del conflicto criminal ('movimientos victimológicos'), la intrínseca falta de legitimación activa del sistema para arrebatar el conflicto a sus 'propietarios' ('abolicionismo' y tendencias privatizadoras radicales), etc. O lo que es lo mismo: que falta una base común, un sustrato ideológico homogéneo, un hilo conductor a sus diversas manifestaciones". García-Pablos de Molina, Antonio. Criminología..., p. 628.

343 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, Justicia restaurativa. Informe del Secretario General. E/CN.15/2002/5/Add.1, p. 7.

344 Weitekamp, Elmar, Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). Restorative Justice for Juveniles. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 145-146. Acerca de la importancia en la consideración de la víctima dentro de las ideas de justicia restaurativa: Kemelmayer de Carlucci, op. cit., pp. 145-147.

345 Cf. Blagg, Harry, Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). Restorative Justice for Juveniles. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 227-242.

a ello que los círculos de paz, como una de las expresiones de la justicia restaurativa, se encuentran inspirados en los principios y prácticas de solución de conflictos de las comunidades aborígenes de Yukón (Canadá), Nueva Guinea, Hawai y Nueva Zelanda³⁴⁶.

Sobre ello en las discusiones desarrolladas por el grupo de expertos que elaboró los principios básicos para la utilización de programas restaurativos en materia penal, aprobados en 2002, se enfatizó los antecedentes que tiene la justicia restaurativa en las formas de resolución de conflictos por los grupos aborígenes. Así consta:

“10. La reunión fue inaugurada por Stephen Owen, Secretario Parlamentario del Ministro de Justicia del Canadá. El Sr. Owen esbozó la experiencia del Canadá en materia de opciones restaurativas, en particular en el contexto de las iniciativas que se habían adoptado en el ámbito de programas de justicia aborígen. Comparó esas iniciativas con medidas similares adoptadas en otros países. Los procesos restaurativos, como la utilización de medios tradicionales de solución de conflictos, eran a menudo adecuados en esos entornos, dado que además de que tomaban en cuenta la cultura y las necesidades concretas de los interesados podían ser ejecutados muchas veces por las propias personas a nivel local, creándose programas eficaces con recursos financieros y profesionales limitados (...)”.

Además:

“15. Se señaló que sería muy difícil determinar el momento o lugar exactos en los que se originó la justicia restaurativa. Las formas tradicionales y autóctonas de justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas. Los enfoques restaurativos ocupaban un lugar destacado en los códigos jurídicos de civilizaciones que habían sentado las bases de los modernos ordenamientos jurídicos. Los elementos restaurativos habían existido en los principales ordenamientos jurídicos de todo el mundo durante decenios y en algunos casos siglos”.

Importante en cuanto al derecho consuetudinario indígena, cuyas formas de solución del conflicto deben ser respetadas de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es que a pesar de las diferencias que existen entre los diversos pueblos indígenas americanos, un rasgo que se aprecia en común es el carácter fundamentalmente

³⁴⁶ Cf. Stuart, B./Panis, K. Círculos de paz. Reflexiones sobre sus características y principales resultados. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) Justicia restaurativa en Costa Rica. San José, CONAMAJ, 2006, p. 122.

reparatorio de la solución de conflictos³⁴⁷. Ello ocurre, por ejemplo en el derecho consuetudinario indígena del pueblo Bibri de la comunidad de Cabagra, en Costa Rica³⁴⁸.

El desarrollo de la justicia restaurativa con frecuencia pretende rescatar esas formas de solución del conflicto, estudiándolas e imitándolas, recalando como la comunidad en forma pacífica a través del acuerdo logra restablecer la paz perturbada por el hecho delictivo³⁴⁹.

Se ha tratado dentro de la justicia restaurativa de rescatar las prácticas de las comunidades indígenas y de aprender de éstas, lo que se refleja, por ejemplo en los círculos restaurativos, los que se basan precisamente en prácticas indígenas de solución de conflictos.

En este sentido en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, celebrado en la ciudad de Acapulco del Estado de Guerrero, se resaltó la relevancia de los procedimientos restaurativos de los pueblos indígenas y la necesidad de aprender de los mismos. Así en el pronunciamiento del 13 de marzo de 2010 referente al sistema de justicia de comunidades indígenas se dijo:

“Los sistemas de justicia de comunidades originarias en México, contemplan procedimientos orales en materia penal, así como modelos restaurativos y de ejecución de sanciones reeducativas.

Ello compromete a investigadores, legisladores, organizaciones de gobernadores, de tribunales de justicia y de procuradurías para que analicen y evalúen las aportaciones de estas comunidades en materia de oralidad y justicia restaurativa.

Un ejemplo concreto es el sistema de justicia comunitaria de las comunidades originarias de la costa chica y de la montaña de Guerrero, cuyas experiencias ancestrales en la materia constituyen un ejemplo de buenas prácticas en la materia.

Ante la violencia y la inseguridad pública que produce temor y zozobra en la ciudadanía, son tiempos en los que debemos aprender de los sistemas de justicia de nuestras comunidades

347 Cf. Borja, Emiliano. Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena. Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 134-137.

348 Cf. Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibri. En: Borja, Emiliano (Compilador). Diversidad cultural: conflicto y derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 83-102.

349 Al respecto no puede dejarse de considerar que el respeto del Derecho consuetudinario indígena se enmarca dentro de los derechos de la tercera generación, de modo que desde la perspectiva del mismo la ofensa provocada por el hecho trasciende en su afectación a la víctima, perturbando a la comunidad como un todo. Sobre ello: Borja, op. cit., p. 134.

originarias y que a la vez les transmitamos las estrategias exitosas que hemos generado en la temática.

En consecuencia, se exhorta a los operadores ya mencionados para que a la brevedad posible se profundice en sistema de justicia como el ya citado”.

V. Justicia restaurativa y abolicionismo

En Europa las ideas de justicia restaurativa encontraron buen eco en los reclamos formulados desde la perspectiva del abolicionismo, en cuanto ha alegado que la justicia penal expropió el conflicto a los actores del mismo, convirtiéndolo en un conflicto Estado-autor y no en un conflicto autor-víctima³⁵⁰.

Dentro de las ideas fundamentales en que se basa la justicia restaurativa se encuentra la concepción de que el delito produce un conflicto, en el que los participantes son fundamentalmente el autor y la víctima, siendo la mejor forma de solución del conflicto el acuerdo entre ambos participantes, logrado a través del diálogo entre ellos. Es importante resaltar los puntos de contacto de esta concepción con el abolicionismo, que ha sido defendido principalmente en Europa, en los países escandinavos, habiendo tenido también una recepción de importancia en Latinoamérica.

La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal, es clara en cuanto este último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el Estado y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto, de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas, a través del diálogo³⁵¹.

350 Cf. Chrirstie, Nils, Los conflictos como pertenencia. En: Eser y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 157-182; Christie, Nils, Los límites del dolor. México, Fondo de Cultura Económica, 1984; Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Sistema penal y seguridad ciudadana. Barcelona, Ariel, 1984. Sobre el abolicionismo: Bovino, Alberto, La víctima como preocupación del abolicionismo penal. En: Eser y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 261-279; Bovino, Alberto, Manual del buen abolicionista. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 16, 1999, pp. 47-50; Larrauri, Elena, Abolicionismo del Derecho Penal. Propuestas del movimiento abolicionista. En: Poder y control (España), No. 3, 1987, pp.95-116; Martínez, Mauricio, La abolición del sistema penal. Bogotá, Temis, 1990; Pérez Pinzón, Orlando, La perspectiva abolicionista. Bogotá, Temis, 1989; Sánchez Romero, Cecilia/Houed Vega, Mario, La abolición del sistema penal. San José, Editec, 1992, pp. 101-104; Zaffaroni, Raúl, En busca de las penas perdidas. Bogotá, Temis, 1993, pp. 75-88; Lasocik, Zbigniew/Patek, Monika/Rzeplinska, Irena (Editores), Abolicionism in History. Varsovia, 1991.

351 Cf. Christie, Nils, Los conflictos como pertenencia, pp. 157-182. Señala Louk Hulsman: “La víctima no puede detener la ‘acción pública’ una vez que ésta se ‘ha puesto en movimiento’, le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el ‘autor’; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida... A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible”. Hulsman, Louk/Bernat de Celis, op. cit., pp. 71-72.

Esta influencia del abolicionismo ha llevado en ocasiones a criticar la desjudicialización, que se produce a través de institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, por ser una expresión del abolicionismo³⁵². No se puede negar que un sector de los defensores de la justicia restaurativa asume posiciones abolicionistas. Sin embargo, debe reconocerse que en general los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal³⁵³, por lo que no llegan al abolicionismo de éste, de modo que el sistema penal se mantiene, dejándose que se produzca una desformalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor, a través del diálogo y acuerdo entre ellos. Así ello no implica que no continúe existiendo como otra vía el sistema penal, el que opera, debe reconocerse, como un estímulo para que el autor acepte participar en el proceso de mediación y la reparación, puesto que con ello evitará la prosecución del proceso penal y con ello la eventual imposición de una pena. Esta es la concepción de la que parte, por ejemplo, el Derecho Penal Juvenil, con base en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del Derecho Penal Juvenil y de la imposición de sanciones a través del mismo, aunque se persigue una restricción de las mismas y la búsqueda de alternativas, cuando es posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño³⁵⁴.

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima, siendo más bien una tercera vía que se ha creado³⁵⁵, tendiente hacia la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales. Se agrega a todo ello que si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos, a lo que debería llegarse es precisamente al abolicionismo penal, de

352 Véase la crítica que desde una perspectiva conservadora hizo Fabián Volio en Costa Rica: Volio, Fabián, *Abolir el abolicionismo*. En: *La Nación* (periódico), San José, 14 de agosto de 2000; Volio, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*. En: *La Nación* (periódico), San José, 24 de agosto de 2000.

353 Sobre ello: Roig Torres, Margarita, op. cit., pp. 454-455; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 151-152. Al respecto se dijo por el Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que: "(...) las ideas y posibilidades que ofrecía la justicia restaurativa debían considerarse un complemento de las prácticas de justicia penal vigentes e inscribirse en el marco de las prácticas nacionales establecidas y de las circunstancias, sociales, culturales, económicas y de otra índole en las que se desarrollan". Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 3. Sobre la relación entre el abolicionismo y la justicia restaurativa: Larrauri. *Tendencias...*, pp. 440-441. Nils Christie ha llegado a reconocer la imposibilidad de abolir el sistema penal. Se pronuncia por un minimalismo penal e indica que en ciertos casos el castigo es inevitable. Cf. Christie, N. *Una cantidad sensata de delitos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 120-128.

354 Sobre ello: Tiffer Sotomayor, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-367.

355 En contra: Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 129-131; Bovino, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, pp. 430-432.

modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran totalmente aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa de una justicia penal, la que debería ser eliminada totalmente, por no tener razón de ser. Ello no necesariamente operaría en beneficio de los autores de hechos delictivos, puesto que puede favorecer las reacciones de hecho, a lo que ha hecho mención Luigi Ferrajoli en su crítica al abolicionismo³⁵⁶. De todas maneras es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa tienden a eliminar la posibilidad de aplicación en los delitos de gravedad, ello ya que se considera que sería contrario a la prevención general³⁵⁷, lo que no es conforme a la adopción de una concepción abolicionista. En este sentido con respecto a los delitos graves el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, indicó:

“Los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño. En esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido. A menudo la mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas. Un ejemplo era la reciente labor de la Comisión de Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica”³⁵⁸.

356 Ferrajoli, Luigi, El Derecho Penal Mínimo. En: Poder y Control (España), No. 0, 1986, pp. 25-48; Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, 1995, pp. 338-341.

357 Señala Antonio García-Pablos de Molina refiriéndose a las infracciones de especial gravedad: “Motivos de prevención general no permiten sustraer éstas del enjuiciamiento convencional o someterlas al libre juego de fuerzas de la negociación, el pacto y el arreglo entre los litigantes”. García-Pablos de Molina. Criminología..., p. 649 (véase también p. 633). Indican Tamarit, J. M./Villacampa (op. cit., p. 311): “La experiencia señala que es en los supuestos de gravedad mediana con cierto impacto psíquico (como podría ser un robo en domicilio) y de violencia no severa (por ejemplo, robos con violencia o intimidación, agresiones o lesiones) donde la mediación tiene mayores perspectivas de éxito”.

358 Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 7. Debe tenerse en cuenta en cuanto al abolicionismo, que si se desarrolla en forma coherente éste, debería llevar también a la despenalización de las violaciones de derechos humanos por parte de funcionarios estatales o grupos paramilitares, lo que es particularmente grave en la realidad latinoamericana. En este sentido indica Mauricio Martínez: “El abolicionismo al tomar solo el sistema penal ‘visible’, desconoce la existencia de sistemas punitivos paralelos y clandestinos constituidos por escuadrones de la muerte, grupos de auto defensa o comandos paramilitares ligados con las autoridades oficiales y que ha sido una práctica común en la mayoría de Estados latinoamericanos para combatir a lo que conciben como ‘enemigo político’ o incluso a los parias que el Estado mismo engendra”. Martínez, Mauricio, op. cit., p. 65. Véase también: Pérez Pinzón, Orlando, op. cit., p. 84. Una de las críticas al abolicionismo es precisamente que tiene un carácter utópico, haciendo referencia generalmente a delincuencia bagatelaria, con respecto a la cual debería pensarse en la decriminalización, pero no trata casos de delincuencia violenta privada o estatal. Las dificultades del abolicionismo para tratar los actos de terrorismo han sido reconocidos por el mismo Hulsman, el que dijo en una entrevista: “Por cuanto se refiere al terrorismo, tengo la impresión que efectivamente, la desaparición del derecho penal comportaría en este campo los mayores problemas. Aún después de la abolición del sistema penal, los mecanismos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos típicos del control. Se debería en tal caso buscar una limitación y jurisdiccionalización de su uso. Personalmente pienso que el sistema comprendería, por un lado, los elementos del derecho de guerra y, por otro, elementos bastante próximos al actual derecho penal”. Cita conforme a la traducción que aparece en: Pavarini, Massimo, El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo. En: Poder y Control (España), No. 1, 1987, p. 156, cita al pie 39. Polémico es el “acto de fe” de Hulsman en el sentido de que “El crimen organizado existe sólo como producto del sistema penal; la desaparición de éste eliminaría también

A pesar de lo anterior, debe resaltarse la importancia que puede tener la aplicación de ideas de justicia restaurativa aun en delitos de gravedad, debiendo considerarse que no necesariamente la aplicación de ideas de justicia restaurativa está asociada con la simple búsqueda de una solución reparadora, que excluya totalmente la imposición de una sanción. En el Primer Congreso Mundial de Justicia Restaurativa Juvenil, llevado a cabo en Lima en 2009 se indicó en las conclusiones:

“La justicia juvenil restaurativa no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que la justicia juvenil restaurativa también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Por ejemplo, en diversos conflictos armados los niños son utilizados como niños soldados y obligados a cometer delitos indescriptibles especialmente contra los miembros de sus propias familias, sus vecinos y sus comunidades. La justicia restaurativa es, con frecuencia, la única forma de generar la reconciliación entre las víctimas y los agresores por igual en una sociedad castigada por la guerra en la que las víctimas de las agresiones sufren al igual que los niños agresores, quienes son forzados a cometer las agresiones. Sin dicha reconciliación, la reintegración de los niños soldados a sus comunidades no será posible, en perjuicio en muchos casos del niño que fue excluido así como de la comunidad que es privada de su fuerza laboral, y con la amenaza de un comportamiento criminal por parte del niño excluido”.

También en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, llevado a cabo en Acapulco, se resaltó la importancia de la aplicación de las ideas de justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, ello en las conclusiones del foro de análisis dialéctico sobre justicia penal restaurativa y salidas alternas al juicio oral, dadas el 13 de marzo de 2010³⁵⁹.

VI. La justificación de la justicia restaurativa como alternativa a la justicia retributiva y la rehabilitadora

El caso Gault, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1967, resaltó que con la argumentación de tratar de proteger a los jóvenes, en la justicia juvenil se había llegado a una intervención mucho más fuerte que la que ocurría en la justicia penal de adultos, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso. El caso Gault puso

este problema”. En: Pavarini, Massimo, El sistema..., p. 156, nota al pie 37.

359 Se indicó: “Considerando que los adolescentes, en conflicto con la ley penal, independientemente de su peligrosidad y de que Estado y Sociedad somos corresponsables de sus conductas, se ha probado que los procesos restaurativos contribuyen eficazmente a su arrepentimiento, toma de conciencia y genuina responsabilización”.

en crisis la concepción que se había sostenido de la justicia juvenil hasta ese entonces, que partía de que en definitiva no eran importantes las garantías al joven, puesto que todo era en su beneficio, al tratarse de salvarlo³⁶⁰. En la resolución del caso Gault no se puso en duda expresamente la ideología del tratamiento, que imperaba en la justicia penal juvenil, habiendo tenido su auge principalmente en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado. En dicha ideología se expresaba la confianza en que a través de la intervención de un equipo interdisciplinario de profesionales podría obtenerse la rehabilitación de los delincuentes, en especial de los juveniles. Sin embargo, en 1974 Robert Martinson publicó un artículo titulado “¿Qué funciona? Preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión?”, en donde indicó que con pocas excepciones aisladas, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados lejanamente han tenido un efecto apreciable. Formuló en ese artículo la expresión “Nada funciona” (“Nothing works”), que adquirió una gran difusión³⁶¹.

El escepticismo en relación con la sanción privativa de libertad produjo una crisis de la justicia penal juvenil en los Estados Unidos de América, que se tradujo en el auge del neoclasicismo, llevando a un vuelta de las ideas retribucionistas, lo mismo que de las ideas de prevención general negativa, que han producido a un endurecimiento del Derecho Penal, incluyendo el Derecho Penal Juvenil³⁶². Ello ha conducido a una tendencia en los Estados Unidos de América al juzgamiento de los jóvenes como adultos, al cumplimiento de la sanción junto con adultos e incluso a la aplicación de la pena de muerte a menores de edad.

Sin embargo, en forma paralela, el escepticismo con la sanción privativa de libertad condujo en los Estados Unidos de América al auge de las ideas de la justicia restaurativa³⁶³, que surgen como una concepción que se enfrenta

360 In re Gault (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso In re Gault en: Barker, Licius/Barker, Twiley, Civil liberties and the Constitution. Nueva Jersey, 1982, pp. 362-369. Sobre el caso Gault: Zaffaroni, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 1980, T. I, p. 226; Fletcher, George, Basic Concepts of Criminal Law. Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 26-27; Fletcher, George, Conceptos básicos de Derecho Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 51; Platt, Anthony, Los salvadores del niño. México, Siglo XXI, 1982, pp. 173-176; Burt, Robert, La constitución de la familia. En: Beloff, Mary (Editora). Derecho, infancia y familia. Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 53-58; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 67-73. Sin embargo, no se llegó a reconocer el derecho de los jóvenes a un jurado, el que dentro del Derecho de los Estados Unidos de América ha tenido una gran trascendencia. La negación de ese derecho se dispuso, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso Mc. Keiver en contra de Pennsylvania y In re Burrus (403 U.S. 528. 1971). Cf. Barker, Lucius/Barker, Twiley, op. cit., p. 319

361 Martinson, Robert. What Works? – questions and answers about prison reform. En: The Public Interest, número 35, 1974, pp. 22-54. Con respecto a las críticas de Martinson: Bazemore, Gordon, After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 156-159.

362 Este endurecimiento del Derecho Penal de adultos y del Derecho Penal Juvenil no era, sin embargo, un efecto pretendido por Robert Martinson, quien más bien se caracterizó por sus posiciones progresistas y la defensa de los derechos civiles. Cf. Anitua, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 475.

363 Sobre estas tendencias paradójicas indica: Frieder Dünkel: “En el transcurso de los últimos años se observó sobre todo en Estados Unidos, una decisión sobre las tendencias a poner en marcha, de cara a

a la justicia penal tradicional, que se dice se basa en ideas retributivas. Así la concepción de la justicia restaurativa se ha concebido como un nuevo paradigma que debe ser diferenciado de la justicia rehabilitadora, relacionada con la ideología del tratamiento, lo mismo que de la justicia retributiva, como es que desde la perspectiva de la justicia restaurativa se llega a caracterizar a la justicia penal y a la imposición de una pena en ésta³⁶⁴. Debe tenerse en cuenta que la justicia restaurativa se da como parte de lo que en Norteamérica se ha llamado la crisis de la justicia penal juvenil, debido al auge de las ideas retributivas en relación con el juzgamiento de la delincuencia juvenil, lo mismo que al escepticismo frente a las ideas rehabilitadoras, que habían tenido especial acogida en el Derecho Penal Juvenil³⁶⁵.

Las ideas de justicia restaurativa en los Estados Unidos de América y Canadá han estado relacionadas con organizaciones no gubernamentales, en las cuales voluntarios prestan gratuitamente su labor de mediación, ello fuera del proceso penal. Desde esa perspectiva la justicia restaurativa se ha llegado a concebir como una alternativa a la justicia penal. Sin embargo, debe reconocerse que los centros de mediación no parten de una clara distinción entre asuntos penales y civiles, funcionando en general como centros para la solución de conflictos³⁶⁶.

VII. La justicia restaurativa en la doctrina de la protección integral del derecho penal juvenil

Hoy día se reconoce que las ideas de justicia restaurativa tienen una gran acogida dentro del nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, que supuso la adopción de la llamada doctrina de la protección integral, a través de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan. Ello implicó la asunción por el Derecho Penal Juvenil de las garantías que tradicionalmente sólo se aplicaban al Derecho Penal de adultos, a las que se agregaron una serie de garantías adicionales propias de la justicia juvenil, que son propiamente las que caracterizan a la misma.

la criminalidad grave y reiterada de jóvenes, un derecho penal de adultos más severo. El uso creciente de tales decisiones 'waiver', corresponde a una evolución de la política criminal que por un lado intenta el tratar siempre con más moderación los desvíos, por medio de diversion (desjudicialización) y sobre todo evitar el encarcelamiento". Dünkel, Frieder, Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, DAAD/ UNICEF, 2002, p. 527.

364 Cf. Feld, Barry, Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 18-44.

365 Con respecto a la justicia restaurativa como respuesta a la crisis de la justicia juvenil: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 1-13.

366 Weigend, Thomas, op. cit., 1992, p. 107.

Dentro del sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil uno de los que sobresale es la búsqueda de la desjudicialización, ello a través de la diversión, ya sea con intervención o sin intervención. Se parte en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas delictivas de los jóvenes³⁶⁷, siendo en gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasada la misma necesariamente impliquen que se va a continuar una carrera delictiva³⁶⁸. Se agrega a ello que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal. Precisamente en relación con la desjudicialización con intervención es que encuentra cabida la justicia restaurativa, llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como restaurativa.

A pesar de ello aunque actualmente las ideas de justicia restaurativa reciben un reconocimiento general a nivel internacional, al momento de aprobación de las reglas mínimas de la justicia penal juvenil en 1985 y de la Convención de Derechos del niño y de la niña en 1989, todavía no habían logrado suficiente reconocimiento, por lo que en dichos instrumentos no se menciona expresamente la justicia restaurativa, sino lo que se expresan son ideas relacionadas con la diversión.

Sin embargo, la desjudicialización, que es expresión del principio de ultima ratio, se encuentra prevista en la regla 11 de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que dice:

Remisión de casos

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (o sea corte tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a

367 Cf. Dünkel, Frieder, Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002, p. 545.

368 Así se indica en los comentarios a las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, ello al comentarse la regla de la remisión. Véase además: Tiffer Sotomayor, Carlos, Desjudicialización..., p. 318.

disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas”.

A través de la remisión pueden llegarse a favorecer soluciones de justicia restaurativa, aunque debe anotarse que la remisión implica que las mismas se den fuera del ámbito de la justicia penal juvenil, lo que es concordante con la concepción de la justicia restaurativa tal y como se da en los Estados Unidos de América, en donde intervienen organizaciones privadas en la mediación.

En los comentarios a dichas Reglas se señala que la remisión:

“Sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada, y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”.

Se indica además que se recomienda: *“que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales”.*

Con ello, al hacerse referencia a la indemnización a la víctima a través de la avenencia, se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987. Recomendó:

“2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación

sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección a la infancia de estos procedimientos”.

“3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:

- se aseguren la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia.

- se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del autor”.

La Convención de Derechos del Niño de 1989 señala en su artículo 40 inciso 3 b):

“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Se trata de una norma muy general, que da lugar tanto a la diversión sin intervención, que se favorece, como a la diversión con intervención, dentro de la cual se ubica la justicia restaurativa.

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia expresa a la desjudicialización y con ello tampoco a la justicia restaurativa. Sin embargo, es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el caso de “Los niños de la calle”, por sentencia del 19 de noviembre de 1999, había admitido la posibilidad de que la Convención de Derechos del Niño sirviera para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana. Por su parte, en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, en la que desautorizó una justicia penal juvenil que se rigiera por el sistema de la situación irregular, hizo mención expresa a la desjudicialización, indicando

Justicia alternativa

“135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución

de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad".

Debe resaltarse que las ideas de justicia restaurativa fueron desarrolladas en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, habiendo tenido una influencia posterior en el Derecho Penal de adultos, como se indica luego, aunque siempre con una amplitud menor que la asignada en el Derecho Penal Juvenil. De gran relevancia con respecto a la importancia de la justicia restaurativa en el mismo fue la celebración del Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, que fue organizado por la Fundación Terre des hommes (Lausanne), con la colaboración de la Fiscalía de la Nación del Perú, la Universidad Pontificia del Perú y la Asociación Encuentros – Casa de la Juventud. Dicho evento se llevó a cabo en Lima del 4 al 7 de noviembre de 2009 y contó con la participación de aproximadamente 1,000 personas, provenientes de 63 países. En dicho Congreso se recomendó el fomento de la justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, indicándose las particularidades de la delincuencia juvenil, por ejemplo en relación con las personas menores de edad que viven en la calle y aquellas que han sido reclutadas por grupos dentro de los conflictos bélicos que se llevan a cabo en Latinoamérica.

VIII. Extensión internacional de las ideas de justicia restaurativa en la justicia penal juvenil

Los proyectos de justicia restaurativa, los que varían unos de otros en cuanto a requisitos y consecuencias, han llegado a extenderse a diversos países, por ejemplo Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Lovaina (en Bélgica), Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Cataluña (en España), Japón, Brasil, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia³⁶⁹.

El auge de las ideas de justicia restaurativa se expresa en la extensión de los programas de mediación víctima-autor, puesto que a pesar de que a finales de la década de los setenta del siglo pasado existían solamente unos pocos programas en Estados Unidos y Canadá, a mediados de los noventa se calculaba la cantidad de programas existentes en unos mil, existiendo aproximadamente 318 en América del Norte y 712 en Europa³⁷⁰.

Las ideas de justicia restaurativa se han extendido en el Derecho Penal Juvenil latinoamericano, a través de instituciones como la suspensión del

369 Cf. García-Pablos de Molina, Antonio. Tratado de Criminología, p. 1016.

370 Cf. Umbreit, Mark, Avoiding The Marginalization and "McDonalization" of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, p. 213.

proceso a prueba y la conciliación, lo mismo que en el Derecho Procesal Penal de adultos, como consecuencia del impulso reformador del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988³⁷¹. Sin embargo, no debe perderse de vista que si bien la suspensión del proceso y prueba y la conciliación pueden ser expresión de ideas de justicia restaurativa, no necesariamente ocurre eso en todos los casos. Esto puede suceder cuando la aplicación de dichos institutos no se lleva a cabo con frecuencia a partir del encuentro autor-víctima, sino solamente de una manera formalizada, en que ni siquiera se llega a producir dicho encuentro, siendo la solución obtenida meramente producto de un acuerdo en que los que intervienen son los abogados de cada parte. Idea fundamental de la justicia restaurativa es la sanación de las heridas producidas por el hecho delictivo, tanto para la víctima como para el autor, lo que no se obtiene cuando se está ante un acuerdo meramente formal, que deja las heridas abiertas y en ocasiones incluso las agrava, a partir de la incompreensión de la posición del otro³⁷². La víctima puede sentir que el autor no ha reconocido su falta y la lesión causada por la misma y que en definitiva se ha salido con la suya, al liberarse de la imposición de una sanción propiamente dicha. El autor puede, por su parte, considerar que la víctima se ha aprovechado de la situación, para obtener beneficios indebidos. Todo ello lleva a una falta de empatía con el otro.

IX. La admisión de las ideas de justicia restaurativa en el derecho penal de adultos

Dentro del Derecho Penal Juvenil es en donde se empezó a buscar la aplicación de la justicia restaurativa, como consecuencia de las características propias del mismo y del énfasis del principio educativo.

En los últimos tiempos dicha tendencia se aprecia también en el Derecho Penal de adultos, que ha llegado a aprobar también recomendaciones en el ámbito de la ONU en ese sentido. A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder del 29 de noviembre de 1985. Así se estableció en el numeral 7:

“Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación,

371 Este Código, sin embargo, previó solamente la suspensión del proceso a prueba. A pesar de la importancia en la difusión de las ideas de la justicia restaurativa, solo en forma parcial es expresión de ellas, puesto que no exige la conformidad de la víctima (Art. 83). Cf. Llobet Rodríguez, Javier, *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*. San José, Escuela Judicial, 1993, p. 94. En ello se han apartado en general los Códigos que se han venido aprobando en los últimos años en Latinoamérica.

372 Sobre ello: Arias Madrigal, D. *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) *Justicia restaurativa en Costa Rica*. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 180-181. Acerca de las posibilidades que existen de utilizar los institutos existentes conforme a los principios de la justicia restaurativa: Mayorga Agüero, Michel. *Incorporación del modelo de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil costarricense*. En: Ministerio Público. *Fiscalía Adjunta Penal Juvenil. Quince años de justicia penal juvenil en Costa Rica*. San José, 2011, pp. 86-93.

el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de favor de las víctimas”.

En las normas de aplicación dicha declaración del 24 de mayo de 1989 se señaló:

“Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias (se recomienda) velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, porque se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial”.

A ello se agrega la recomendación No. R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa del 28 de junio de 1985, que recomendó *“examinar las posibles ventajas de la mediación y la conciliación”* (II. 1).

Puede afirmarse que existe una tendencia internacional en el Derecho Penal de adultos, bajo la influencia del Derecho Penal Juvenil, al reconocimiento de la reparación como causal que da lugar al archivo del proceso o bien a prescindir o atenuar la pena³⁷³. A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la extensión de la admisión de la justicia restaurativa en el Derecho Penal de adultos, no llega a tener la amplitud que presenta en el Derecho Penal Juvenil.

De gran importancia, por la difusión que ha tenido, es el proyecto alternativo de reparación, presentado en 1992 por un grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos³⁷⁴. Sin embargo, el proyecto, de gran relevancia en cuanto a la justificación de la reparación de acuerdo con los fines de la pena, ha sido superado en cuanto a la extensión de la aplicación de la reparación por las legislaciones procesales penales latinoamericanas, en cuanto han previsto la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño como causales que dan lugar al archivo del proceso³⁷⁵.

373 Sobre ello: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990; Wambach, Thomas, *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1996; Pérez Sanzberro, Guadalupe, op. cit.; Alastuey Dobón, Carmen, op. cit.; Varona, Gema, op. cit.; Rodríguez Fernández, Gabriela (Compiladora), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

374 Cf. Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler, op. cit.; Proyecto alternativo sobre reparación penal, op. cit.

375 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. La víctima en el proceso penal centroamericano. En: Bertolino, Pedro (Editor). Buenos Aires (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 359-366.

El 28 de julio de 1999 el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó una resolución recomendando a los Estados miembros el uso de la mediación y la justicia restaurativa cuando el caso fuese apropiado para ello y llamó a la Comisión para la Prevención del Delito para que considerara el desarrollo de unos principios para el uso de esos programas³⁷⁶.

La declaración de Viena sobre delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI, tomada por RES/55/59 del 4 de Diciembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas, indicó:

“28. Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas”.

Por su parte la resolución RES/56/261, tomada durante la 93ª. Sesión plenaria de Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de enero de 2002, correspondiente a los planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, al referirse a las medidas relativas a la justicia restitutiva, recomendó como medidas nacionales para dar cumplimiento y seguimiento a los compromisos adquiridos con arreglo al párrafo 28 de la declaración de Viena y promover el empleo de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva:

Individual y colectivamente, según proceda, los Estados se esforzarán por apoyar las medidas siguientes:

a) Tener en cuenta la resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2000, titulada ‘Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal’, al examinar la conveniencia y los medios de establecer principios comunes;

b) Tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía, conforme a la práctica consuetudinaria en lo tocante a la justicia restitutiva, cuando exista tal práctica y ésta sea apropiada, a condición de que con ello se respeten los derechos humanos y se cuente con el consentimiento de los interesados;

c) Utilizar los medios conciliatorios previstos en la legislación interna para resolver los delitos, especialmente los de menor cuantía, entre las partes, recurriendo, por ejemplo, a la mediación, la reparación civil o los acuerdos de indemnización de la víctima por parte del delincuente;

376 Sobre ello: Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, op. cit., p. 11.

d) Promover una cultura favorable a la mediación y la justicia restitutiva entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, judiciales y sociales competentes, así como entre las comunidades locales;

e) Impartir formación apropiada a los encargados de la elaboración y la ejecución de las políticas y programas de justicia restitutiva;

f) Fomentar la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes juveniles alentando, cuando proceda, el recurso a la mediación, la solución de conflictos, la conciliación y otras medidas de justicia restitutiva en sustitución de las actuaciones judiciales y las sanciones privativas de la libertad;

g) Elaborar y aplicar políticas y programas de justicia restitutiva, teniendo en cuenta los compromisos internacionales contraídos con respecto a las víctimas, en particular la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder;

h) Fomentar la cooperación entre los gobiernos y la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales pertinentes, para ejecutar programas de justicia restitutiva y obtener apoyo público para la aplicación de los principios de la justicia restitutiva".

La relevancia de las ideas de justicia restaurativa queda clara a nivel internacional con el informe de Expertos en justicia restaurativa presentado en el Consejo Económico y Social de la ONU para su distribución general el 7 de enero del 2002, con el que se presentaron los elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. En el preámbulo se hace referencia a los antecedentes en la forma de solución de conflictos por los grupos indígenas, recalándose además la importancia que pueden tener las ideas de justicia restaurativa para lograr la armonía social, mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. En relación con las ideas de justicia restaurativa se recalca el interés en la protección del interés de las víctimas, pero también los efectos positivos que desde el punto de vista preventivo puede tener la justicia restaurativa. Además se enfatizan los beneficios obtenidos por la comunidad. Así se dice:

"Este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender

*las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia*³⁷⁷.

En cuanto al concepto de “proceso restaurativo”, se dice que se:

*“(...) se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias”*³⁷⁸.

Por otro lado, por “resultado restaurativo” se entiende: *“(...) un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente”*³⁷⁹.

En lo concerniente a Costa Rica debe resaltarse la Declaración de Costa Rica sobre justicia restaurativa en América Latina, tomada el 6 de diciembre de 2005, tomada en Santo Domingo de Heredia, luego del “Seminario Construyendo la justicia restaurativa en América Latina”, llevado a cabo del 21 al 24 de septiembre de 2005. En la misma se insta a establecer procedimientos y soluciones restaurativas, como una forma de justicia más humana y como una alternativa a la pena privativa de libertad.

X. Justicia restaurativa y los fines de la pena

En los Estados Unidos y Canadá no se persigue en general una justificación de la justicia restaurativa dentro de los fines de la sanción penal, aunque no faltan referencias al respecto. Lo anterior en gran parte debido al carácter práctico que caracteriza al sistema jurídico anglosajón, el que no tiene las preocupaciones teóricas que existen en el sistema continental europeo.

El sistema penal no puede justificar las ideas de justicia restaurativa en la mera satisfacción de los intereses de la víctima, puesto que precisamente el sistema penal interviene frente a las graves infracciones a la vida en sociedad que trascienden en definitiva los intereses de la víctima. En otras palabras, si se tratara simplemente de un conflicto privado entre autor y víctima, entonces no tendría razón de establecerse la conducta como

377 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

378 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

379 Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

delictiva, ni de pensarse como tal en caso de ausencia de acuerdo con la víctima. Por ello es de gran importancia la justificación que se le ha tratado de dar por Claus Roxin a la relevancia al acuerdo autor-víctima en cuanto a la reparación³⁸⁰ y que recibió acogida en el Proyecto Alternativo de reparación, presentado por profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992. Se ha sostenido así que la reparación cumple en definitiva funciones de prevención general positiva y de prevención especial positiva, ello ya que en delitos no graves se logra que se restablezca la paz jurídica perturbada por el hecho delictivo, esto a través del reconocimiento de su falta por parte del autor, unido a que tiene también efectos de prevención especial positiva, en cuanto lleva al enfrentamiento del autor con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima y a la asunción de su responsabilidad con ella, lo que es positivo desde el punto de vista rehabilitador. Se asocia ello con la concepción de que para la imposición de una pena debe haber necesidad de ella, de modo que si a través de la reparación se logran efectos de prevención general positiva y prevención especial positiva, la imposición de una pena se torna innecesaria, actuándose en definitiva de acuerdo con el principio de ultima ratio o mínima intervención, ya que se evita imponer una pena, la que reúne un carácter más gravoso que las obligaciones asumidas por el imputado a través de la reparación. Así se señala en el proyecto Alternativo de reparación:

“La reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y especial. En el caso del efecto preventivo-general, sólo puede tratarse, en correspondencia con el contenido constructivo de la reparación, de la variante positiva – la prevención de integración (...). A este respecto ya hace mucho que se observó que el sentimiento en la comunidad de preocupación sobre la infracción de la norma y de estar en peligro, originado por la comisión del delito, puede ser suprimido mediante la reconciliación entre autor y víctima (...). Además, la reparación es capaz de proporcionar a la comunidad el convencimiento de que el Estado se ocupa de los intereses de la víctima. Por tanto, las aspiraciones centrales de una prevención general dirigida hacia integración y satisfacción para la restauración de la paz jurídica son el efecto de confianza, cuando el hecho se impone para el ciudadano, y el efecto de satisfacción, cuando el delincuente ha hecho tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor (...). Simultáneamente, el autor que repara el daño voluntariamente reconoce demostrativamente la vigencia de las normas lesionadas por él. En muchos casos, la comunidad jurídica podrá darse por satisfecha con ello. Factores de acción preventivo-especial se dan en varios extremos: A través

380 Cf. Roxin. C.: Schlussbericht. En: Eser/Kaier/Madlener (Editores). Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 367-375; Roxin, C.: La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: Maier y otros De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-156.

de la posibilidad de la reparación voluntaria con consecuencias positivas para la sanción, el autor es motivado a enfrentarse con las consecuencias del hecho y el dolor de la víctima. Esto puede conducir a una consternación favorecedora de la resolución (...). Por consiguiente, la experiencia del hecho y el intento de reparación son puntos de partida decisivos para el aprendizaje social referido al hecho – por tanto, específicamente penal. En el caso concreto pueden desarrollarse una sensibilidad social para los derechos de otros y una actitud de autonomía y diálogo en la superación de conflictos³⁸¹.

Esta justificación se da tanto en el Derecho Penal de adultos, como en el Derecho Penal Juvenil, solamente con la diferencia de que en este último el carácter esencial que tiene el principio educativo, asociado a la prevención especial positiva, hace que ésta tenga el carácter preponderante, de modo que la consecución de fines de prevención general positiva, adquiere un carácter meramente secundario.

Frente a aquellos que afirman que las ideas de justicia restaurativa llevan a un aumento de la criminalidad, en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, llevado a cabo en Acapulco en 2010, se resaltó más bien la importancia de la justicia restaurativa como una forma de combatir la inseguridad ciudadana y en definitiva de prevenir la delincuencia, sin recurrir a las disfunciones que provoca en ocasiones el sistema penal, haciéndose con ello referencia no solamente al Derecho Penal Juvenil, sino también al Derecho Penal de adultos, resultando que el énfasis del Congreso fue precisamente con respecto al Derecho de adultos.

Se hizo referencia allí a los efectos negativos que tiene el encarcelamiento y la incidencia rehabilitadora que tiene la aplicación de procedimientos restaurativos. Así entre otros aspectos se indicó en el manifiesto de justicia restaurativa y oralidad, conocido como “Manifiesto de Guerrero”:

“1. Es urgente que Estado y sociedad establezcamos un pacto para prevenir y enfrentar la criminalidad con una concepción humanística fundamentada en la premisa de que la paz y la seguridad sociales son posibles.

2. Los delitos son expresión del fracaso en el proceso desocialización; de ahí que en las respuestas al fenómeno criminal se debe considerar la corresponsabilidad de la familia, del sistema educativo, de la comunidad próxima y de los demás agentes formales e informales de dicha socialización fallida.

381 Proyecto alternativo sobre reparación penal (Traducción: Beatriz de la Gándara Vallejo). Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, 1998 pp. 44-45. Véase el proyecto en alemán: Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Múnich, 1992.

3. *La escuela penal restaurativa y el procedimiento acusatorio y oral deben construir una eficaz respuesta a la criminalidad para lo cual se tiene que atender a las necesidades de los protagonistas del conflicto y de los afectados indirectos (...)*”.

XI. Resultados de los proyectos de justicia restaurativa

En lo atinente a la justicia penal juvenil se han realizado diversos estudios con respecto a los efectos preventivos de los proyectos de justicia restaurativa. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos de América que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba. Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima³⁸².

En otros estudios de los Estados Unidos de América se comparó la asistencia a prueba tradicional, la suspensión condicional con la obligación de reparar y la pena privativa de libertad y se llegó a la conclusión de que, a la vista de la casi identidad de los índices de reincidencia, desde el punto de la rentabilidad, el programa de reparación era más favorable³⁸³.

XII. Justicia restaurativa y el peligro de la extensión de las redes del control social

La justicia restaurativa puede llevar a un Derecho Penal Mínimo, en cuanto puede desarrollarse a partir de la misma el principio de última ratio de la sanción penal o de última ratio, provocando además una disminución de los privados de libertad. Ideas de justicia restaurativa han sido propiciadas por Alessandro Baratta³⁸⁴, aunque no se encuentran dentro del plan del Derecho Penal Mínimo desarrollado por Luigi Ferrajoli³⁸⁵.

382 Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima...*, p. 137.

383 Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima...*, p. 137.

384 Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, Editorial, B de f, 2004, p. 325, quien formula como un principio del Derecho Penal Mínimo el de “privatización de los conflictos”. Dice: “Se trata de una de ‘reapropiación de los conflictos’, que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho repositivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación”.

385 Cf. Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta, 1995. Este se pronuncia en particular en contra de los acuerdos entre el imputado y el Ministerio Público (pp. 61, 568-570, 621, 726, 746-750), por medio de los cuales se llega a prescindir del juicio oral y a la imposición de una pena. Sin embargo, no se pronuncia con respecto a la conciliación autor-víctima. Debe reconocerse que aparentemente no está a favor de la misma en cuanto se pronuncia en contra de las “transacciones, aceptaciones o renunciaciones, entre las partes en causa” (p. 570), aunque la referencia a ello es en particular con relación al imputado y el órgano de la acusación (Ministerio Público). La propuesta que hace es más

Se debe ser vigilante en cuanto al desarrollo de la práctica de la justicia restaurativa, para la misma se constituya realmente en una reducción de la reacción penal estatal, de modo que el principio educativo, que está detrás de dicha justicia, no conduzca, al igual que como ocurría en la doctrina de la situación irregular, a una extensión del control social, llegándose en definitiva a unas “redes más amplias y sutiles”, que ha sido una de las críticas que ha formulado la criminología crítica con respecto a las penas alternativas³⁸⁶.

Uno de los peligros que existen es que se llegue a utilizar la justicia restaurativa en un sentido retributivo, que lleve a la necesidad de “reparación económica” para acceder a las alternativas a la sanción y a la sanción no privativa de libertad, o bien a una liberación anticipada. Ello no

bien la decriminalización y prever los delitos patrimoniales (pp. 478-479) y en general los que afectan bienes disponibles como delitos perseguibles a instancia privada (pp. 572-573). El escepticismo de Luigi Ferrajoli se debe posiblemente a que a pesar de que las ideas de justicia restaurativa pueden ser expresión del principio de intervención mínima, no dejan de tener problemas con el principio de presunción de inocencia y el de abstención de declarar. En la doctrina ilustrada Jean Paul Marat se pronunció expresamente en contra de la relevancia de los acuerdos entre imputado y víctima. Cf. Marat, Jean Paul. Plan de legislación criminal (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 168; Marat, Jean Paul. Plan einer Criminalgesetzgebung (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso). Berlín, 1955, p. 135. Esta prohibición era conforme al pensamiento de Cesare Beccaria, el que con base en el principio de infalibilidad de las penas se pronunció por la irrelevancia del perdón del ofendido. Cf. Beccaria, De los delitos y de las penas (Traducción de Juan Antonio de las Casas). Madrid, Editorial Alianza, 1988, capítulo 29, p.8. En contra de ello Francisco Mario Pagano admitió la transacción entre el imputado y el Ministerio Público, previa remisión de la parte ofendida. Señaló que la transacción se justificaba por la incerteza sobre el resultado del juicio, debido a la debilidad de las pruebas que disponía el Fiscal, aunque los indicios no debían ser débiles y vagos. Indicó que en la transacción se llega por el reo y por el acusador a perdonar alguna cosa. El efecto de la transacción – dijo – no es sólo la suspensión de la acusación y la absolución de la instancia, sino la total extinción del delito, puesto que el reo sufre en parte la pena que en la transacción acepta. Cf. Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal (Traducción: Zaffaroni). Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 72-74.

- 386 Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier, El interés superior del niño y garantías procesales y penales. En: UNICEF (Editor). Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, 2000, pp. 49-50; Llobet Rodríguez, Javier, Interés superior del niño, protección integral y garantismo (En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil). En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José, ILANUD/UNICEF/ Unión Europea, 1999, pp. 19-20. Sobre ello dice Albrecht: “En la lectura de toma de posición en la praxis de diversificación en Estados Unidos tiene que tomarse en cuenta como tenor esencial del reproche la ampliación del control social, designada a menudo con el concepto ‘widening the net’ (ampliación de la red de control social)... Este reproche surgió inicialmente en los Estados Unidos. Allí rige el principio de oportunidad, que coloca a la policía en la situación de sólo amonestar a sospechosos menores, sin incoar un procedimiento penal formal. En el marco del programa de diversificación, una parte de los menores, respecto de los cuales se habría evitado previamente un procedimiento penal, fueron sometidos ahora a un programa de ‘tratamiento’ social (terapia, trabajo social, etc.) en el marco de la diversificación... de este modo, ciertamente, la cantidad de menores incorporados a las ‘correctional facilities’ propias de la justicia disminuyó; sin embargo, el número de menores en conjunto en conexión con delincuencia sometidos estacionariamente aumentó”. Albrecht, Peter-Alexis, El Derecho Penal de Menores. Barcelona, PPU, 1990, p. 159. En Costa Rica en materia penal juvenil esta ampliación del control social hasta la fecha no se ha dado, pero debe reconocerse que han existido una serie de casos en los que las condiciones impuestas para la suspensión del proceso a prueba eran excesivas y con ello desproporcionadas. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal Penal Juvenil mediante el voto 180-2000 del 23 de noviembre del 2000. Véase también el caso referido por Juan Marcos Rivero en: UNICEF (Editor), Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil. San José, UNICEF, 2001, p. 89. Con respecto al Derecho Penal de adultos las soluciones alternativas, aunque han llevado a una disminución de la cantidad de penas, no han podido impedir que se haya aumentado la cantidad de personas privadas de libertad. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 206-207.

lleva solamente a una extensión de las redes del control social, sino parte de un concepto de reparación propio del Derecho Civil, el que no puede ser admitido y no corresponde a las ideas de la justicia restaurativa, tal y como se indica luego.

Sobre ello debe anotarse que algunos de los que reclaman en contra de la impunidad que indican que existe en el sistema penal y en contra de la lenidad del mismo, se han pronunciado como favorables a la justicia restaurativa. Debe determinarse qué están entendiendo por justicia restaurativa, siendo poco probable que el sentido que siguen esté asociado a ideas de derecho penal mínimo.

XIII. Justicia restaurativa y “privatización” del derecho penal

Una de las críticas que se hacen con frecuencia a la justicia restaurativa y en particular al otorgamiento de relevancia a la reparación del daño como un supuesto que puede dar lugar al archivo del asunto, es que se vuelve a hacer una confusión entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, lo que se suponía que era una etapa superada en el desarrollo histórico del Derecho Penal. Se parte para ello de las concepciones de la Escuela Clásica, que a diferencia de la Escuela Positivista, establece una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Se llega a afirmar que se realiza una mercantilización del Derecho Penal, de modo que la “impunidad” se compra con dinero, lo que lleva además a una desigualdad entre ricos y pobres³⁸⁷.

Ello es lo que lleva a Juan Marcos Rivero a criticar fuertemente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño por tratarse de una “civilización” del Derecho Penal, atribuyéndole además a la reparación funciones penales, con lo que se penaliza el Derecho Civil³⁸⁸.

Con respecto a ello, debe indicarse que aunque en la justicia restaurativa con frecuencia se utiliza el término “reparación”, para hacer referencia al resultado restaurativo, este término no debe ser identificado con el concepto de reparación del Derecho Civil, que envuelva la necesidad de

387 En Latinoamérica es relevante lo dicho por el colombiano Fernando Velásquez Velásquez, el que señala que la regulación de la indemnización integral del daño como causa de extinción de la acción penal en determinadas figuras penales “... es de carácter desigualitario y clasista, y ... ha sido pensada para beneficiar a los sectores más pudientes de la población, algo verdaderamente preocupante en una sociedad caracterizada por profundos abismos de clase (...).Velásquez Velásquez. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, 1995, p. 668.

388 Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004, pp. 163, 170-185; Rivero Sánchez. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134. Albin Eser hace referencia a los diversos problemas que implican las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que llevan a una “reprivatización” del Derecho Penal, lo que conduce a un enfrentamiento con las máximas en que se ha basado. Aun cuando advierte frente a los problemas que ello puede traer, no se pronuncia en contra de ello. Eser. Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatisierung” des Strafrechts? En: Kroeschell (Editor). Recht und Verfahren, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53.

restablecimiento al estado anterior de las cosas y subsidiariamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso, incluyendo tanto los daños materiales como los daños morales.

Debe tenerse en cuenta que la utilización del concepto civil de reparación haría justificadas las críticas de Juan Marcos Rivero, a lo que se une que la reparación en el Derecho Civil no guarda ninguna relación de proporcionalidad con la acción atribuible al sujeto con base en la cual se imputa el resultado dañoso. Por ello una culpa leve puede provocar daños de una gran envergadura y una culpa de gran gravedad daños de escaso monto. Ello revela los problemas que implica utilizar el concepto civil de reparación, el que haría justificada además la crítica de que la justicia penal se puede comprar con dinero y que se llega a una desigualdad entre los que pueden pagar monetariamente y los que no pueden hacerlo.

Debe reconocerse que con frecuencia en la práctica del Derecho Penal de adultos se ha entendido la reparación en el sentido civilista del término y que los acuerdos conciliatorios y la reparación integral del daño se han entendido en el pago de una indemnización monetaria que compense los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, el concepto de reparación del que se parte en la justicia restaurativa es diverso, ya que más bien hace referencia a la sanación de las heridas producidas por el hecho dañoso, lo que puede implicar la reparación meramente simbólica³⁸⁹. Ello tiene especialmente importancia en materia penal juvenil, en donde por la naturaleza de la delincuencia juvenil las reparaciones meramente monetarias pueden llegar a ser contraproducente. Por otro lado, esta concepción de la reparación supera las críticas al quebranto al principio de igualdad entre ricos y pobres.

En el sentido indicado Heinz Müller Dietz hace referencia a la liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista en lo relativo a la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento. Indica que si bien el Derecho Civil tiene una influencia con respecto a la reparación, porque no puede disponerse la reparación cuando no sea procedente de acuerdo al Derecho Civil, o bien no puede disponerse una reparación superior a la que correspondería de acuerdo con el Derecho Civil, la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento hay que buscarla en el Derecho Penal y no en el Derecho Civil³⁹⁰.

389 Sobre ello; Tamarit, J. M./Villacampa, op. cit., pp. 310, quienes indican: "Se aduce que con la introducción de la reparación se atenta contra el orden público del Derecho Penal y contra el principio de igualdad, ya que la reacción frente al delito estaría condicionada por la capacidad de pago del culpable (...). La respuesta a tales críticas pasa por enfatizar el distinto sentido de la reparación penal respecto a la responsabilidad civil derivada del delito que se concreta en las siguientes notas: a) el valor punitivo no está en la reparación íntegra, sino en el esfuerzo reparador; b) la reparación puede hacerse a favor de la comunidad (reparación simbólica o social); c) la reparación no tiene sólo una dimensión económica sino también (e incluso en gran medida preferentemente) psíquica y emocional, por lo que debe ir acompañada de una disculpa seria; d) la reparación no es transferible ni divisible, sino que debe prestarse personalmente".

390 Cf. Müller-Dietz. Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB). En: Jahr (Editor). Gedächtnisschrift für Dietrich

La asignación de una naturaleza penal y no civil a la reparación, tiene implicaciones prácticas, dentro de las cuales se puede enumerar:

- a. La reparación no se rige por los principios del derecho civil. No se requiere la reparación integral del daño, pudiendo tratarse de una reparación simbólica. Importante desde el punto de vista de la igualdad.
- b. La aceptación de la reparación por la víctima no implica renuncia al derecho resarcitorio, salvo que del acuerdo se extraiga.
- c. Se justifica por la falta de necesidad de la pena, ya que se le asignan funciones preventivas a la reparación. Desde esta perspectiva se ha afirmado que la reparación es una tercera vía, que se agrega a las penas y las medidas de seguridad.
- d. No se aplica cuando hay necesidades preventivas de que se llegue a imponer una pena, por ejemplo se limita la aplicación de la reparación en delitos graves.
- e. No se aplica el efecto extensivo de la reparación, sino se beneficia solamente el que interviene reparando.

XIV. La justicia restaurativa y el derecho de abstención de declarar

Se critica si la aceptación de someterse al procedimiento restaurativo, implica un quebranto al principio de abstención de declarar, en cuanto a que decisión se acudir a dicho procedimiento y de aceptar una solución restaurativa no es una decisión libre, ya que se toma bajo la amenaza de que en caso contrario puede llegarse a imponer una pena elevada. En efecto no puede dejarse de considerar que, como dice Julio Maier, el imputado *“(...) se ve sometido a una propuesta compensatoria, bajo la ‘espada de Damocles’ de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo – absolución o condena – él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos”*³⁹¹.

Lo anterior es reconocido por el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que indicó: *“El Grupo de Expertos era consciente de que la mayor parte de las veces los delincuentes se enfrentaban con la alternativa del enjuiciamiento y el castigo si no participaban, y estimó que, en ese sentido, debía entenderse*

Schutz. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269..

391 Maier, Julio, El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino. En: Maier, Julio/Binder, Alberto. El Derecho Penal hoy. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 47. Esta problemática es resaltada en Alemania por Schünemann. Citado por Wambach, Thomas, Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag). En: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener; Kurt. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, p. 87.

que la palabra 'coaccionar' se refería únicamente a una coacción extrajudicial o indebida y no a las influencias derivadas de la posibilidad de enjuiciamiento, castigo u otros procedimientos judiciales"³⁹².

Con respecto a ello debe indicarse que en la justicia restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. La necesidad del consentimiento del imputado es enfatizada por las Reglas de Tokio, al indicar: "3.4 Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento". Desde esta perspectiva no podría imponerse al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones no aceptadas por él³⁹³. Al carácter voluntario de la participación en el procedimiento restaurativo se refieren también los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa, por ejemplo la regla 7.

Debe resaltarse además que el presunto victimario puede en cualquier momento retirar su anuencia a seguir participando en el procedimiento restaurativo. Además en caso de incumplimiento del acuerdo, ello no puede ser considerado para aumentarle la pena. Se suma a todo ello que el trato más favorable que se da quien acude a un procedimiento restaurativo y llega a una solución restaurativa, se justifica desde la perspectiva de los efectos positivos que tiene todo ello para la sanación de las heridas de la víctima y del presunto victimario y la relación de todo ello con la consecución de efectos preventivos de prevención general positiva y de prevención especial positiva.

XV. Contenido de la obligación reparatoria y su problemática con la presunción de inocencia

Se ha afirmado por algunos que en la justicia restaurativa se llega a quebrantar la presunción de inocencia, ya que las obligaciones que asume el presunto victimario como parte del acuerdo restaurativo, llegan a suponer restricciones de derechos, reuniendo el carácter de una sanción. Para ello se indica que la misma justificación de la y alternativo alemán de reparación y por la doctrina alemana, reconoce el carácter sancionador de las obligaciones que asume el supuesto victimario como consecuencia del acuerdo reparatorio, llegándose a indicar, como se dijo antes, que debido al carácter sancionatorio que tiene el acuerdo y a que el mismo puede cumplir

392 Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., pp. 9-10. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier, Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho. En: Armijo, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos. Proceso Penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 213-217, en donde se indica que en definitiva el trato diverso que se da al imputado que interviene en la conciliación está justificado desde la perspectiva de la teoría de la fijación de la pena, ello siguiendo la concepción del no rebasamiento de la culpabilidad, que permite una sanción menor a la culpabilidad o incluso hasta prescindir de una sanción, cuando existe una falta de necesidad de la pena.

393 Sobre la voluntariedad como presupuesto necesario: Kemelmeyer de Carlucci, op. cit., pp. 194-196.

adecuadamente funciones de prevención especial positiva y prevención general positiva, se hace innecesaria la imposición de una pena en delitos que no sean de gravedad. Esta relación entre las medidas alternativas que se disponen en el procedimiento penal y las penas (sanciones) que se imponen en el caso de sentencia condenatoria, se aprecia del listado de condiciones que se pueden imponer en la suspensión del procedimiento a prueba, previsto en el artículo 26 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

Todavía es más clara la relación entre las obligaciones que se asumen en la suspensión del procedimiento a prueba y el sistema de sanciones en la ley de justicia penal juvenil costarricense. Así el artículo 89 de dicha ley indica que al disponerse la suspensión del proceso a prueba, el juez puede decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en la ley. Resulta así que se remite en cuanto a las condiciones a cumplir en el proceso a prueba a la regulación de la sanción de órdenes de orientación y supervisión, que forma parte de las sanciones que se pueden disponer en el caso de que se ordene una sentencia condenatoria.

Debe tenerse en cuenta que la regulación de la suspensión del proceso a prueba en ley de justicia penal juvenil es uno de los instrumentos que se pueden utilizar para aplicar ideas de justicia restaurativa.

Todo ello plantea del problema de que en definitiva a través de institutos como la suspensión del proceso a prueba, se llegan a imponer sanciones, ello sin que se haya realizado un juicio oral en que se haya demostrado la culpabilidad del sujeto³⁹⁴.

En este sentido un sector importante de la doctrina a considerar, refiriéndose al archivo del proceso bajo el cumplimiento de condiciones previsto en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que se violenta la presunción de inocencia, ya que se impone una sanción sin la necesaria demostración de la culpabilidad, ello a alguien que se haya protegido con la mencionada presunción³⁹⁵.

Algunos tratan de justificar los acuerdos reparatorios producto de la justicia restaurativa con el argumento de que los mismos proceden cuando hay prueba suficiente en contra del imputado, de modo que la presunción de inocencia ha venido a menos. Igualmente se ha indicado que para la aplicación del procedimiento restaurativo en principio debe existir concordancia entre el imputado y la víctima con respecto a una base de los hechos, ya que no se puede llegar a aplicar dicho procedimiento cuando el imputado simplemente niega los hechos atribuidos o trata de utilizar el procedimiento para tratar de convencer a la víctima de su inocencia.

394 Sobre esta problemática: Llobet Rodríguez, Javier, Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho, pp. 208-213.

395 Cf. Dencker. Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB. En: JZ (Alemania), 1973, p. 150: Meyer. Grenzen der Unschuldsvormutung. En: Festschrift für Herberth Tröndle (Editor: H.H: Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 64-65

Dentro de las concepciones sobre la presunción de inocencia se encuentra la que Sax en Alemania denomina la psicológica, expresada también con anterioridad por Enrico Ferri y a la que con frecuencia acude la doctrina colombiana. De acuerdo con Sax cuando la fuerza de la sospecha de comisión del hecho aumenta de modo que se condensa en un convencimiento de la culpabilidad, la presunción de inocencia se debilita, para terminar disolviéndose en el convencimiento de la culpabilidad y viceversa³⁹⁶. En el mismo sentido el colombiano *Hernando Londoño* ha indicado que pareciera que mientras más se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le sigue, en esa misma intensidad va disminuyendo la presunción de inocencia³⁹⁷. O en otras palabras - agrega - mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, va disminuyendo la presunción de inocencia, ello en la misma proporción a los grados procesales de la acusación³⁹⁸. La presunción de inocencia - indica - se irá destruyendo gradualmente por la situación de captura en fragancia, por una orden de captura escrita, por la declaración indagatoria del imputado, por la elevación a juicio de la causa, por la comparecencia en calidad de acusado en la audiencia pública, por la sentencia condenatoria, etc.³⁹⁹. Esta posición ha llevado a algunos a justificar la posible renuncia a la presunción de inocencia por parte del imputado cuando llega a aceptar los hechos atribuidos⁴⁰⁰.

Debe reconocerse que los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa de 2002 indican

“7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente (...)”.

396 Cf. Sax, op.cit., p. 987. En el sentido de un concepto psicológico de la presunción de inocencia debe entenderse lo indicado por Kühne, al decir que al valorarse la sospecha de culpabilidad se hace un balance entre la culpabilidad y la presunción de inocencia: Kühne, H.H.: Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen. En: NJW (Alemania) (1979), p. 622; Kühne, H. H.: Strafprozeßlehre. Heidelberg, 1993, Par. 23, No. 183. Un concepto psicológico de la presunción de inocencia puede encontrarse en las “bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos”, elaboradas por el profesor español Víctor Fairén Guillén. Cf. Fairén Guillén, V.: Principios básicos para un proyectado “Código Tipo” para los países iberoamericanos y sus relaciones con los derechos fundamentales. En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 1 (1990), p. 16; Fairén Guillén, V.: Bases o principios para un Código-Tipo de Derecho Procesal Penal en los países iberoamericanos. En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José 1992, p. 405.

397 Londoño Jiménez, De la captura a la excarcelación. Bogotá, 1983, p. 30. En el mismo sentido: Londoño Jiménez, H.: Principios de garantía jurídico procesal. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 11 (1981), pp. 289-295; Tocora. Política criminal en América Latina. Bogotá, 1990, p. 101; Velásquez Velásquez, Principios rectores de la nueva ley procesal penal. Bogotá, 1987, pp. 28-29.

398 Londoño Jiménez, H.: De la captura a la excarcelación, p. 31.

399 Londoño Jiménez. De la captura..., p. 31.

400 Esta argumentación de que con la confesión del imputado se renuncia a la presunción de inocencia ha sido utilizada por algunos, por ejemplo por Gerlach, para indicar que con los acuerdos (por ejemplo el acuerdo sobre el procedimiento abreviado), el imputado renuncia a la presunción de inocencia. Cf. Gerlach. Absprachen im Strafverfahren. Frankfurt del Meno, 1992, pp. 66-67.

Sin embargo, la exigencia de que hayan pruebas suficientes para inculpan al delincuencia para que pueda aplicarse el proceso restaurativo no debe entenderse en el sentido de que la presunción de inocencia ha decaído como consecuencia de ello, sino más bien como un requisito que es consecuencia del principio de proporcionalidad, la aplicación del procedimiento restaurativo cuando no existiera prueba suficiente inculpativa. Si no existiera un requisito de esta índole se llegaría efectivamente a unas redes más amplias y sutiles del control social.

Debe tenerse en cuenta que el principio de presunción de inocencia, como lo indica la doctrina mayoritaria, es un principio constante, que se mantiene hasta tanto no se haya dictado sentencia condenatoria firme. En este sentido Krauß formula, con acierto, una concepción normativa de la presunción de inocencia, la que implica un decisivo factor normativo, constante durante el transcurso de todo el proceso. La pretensión punitiva - indica - surge con la sentencia condenatoria, y no proporcionalmente al paulatino convencimiento creciente de la autoría por parte del tribunal⁴⁰¹.

De acuerdo con ello no puede justificarse la aplicación del procedimiento restaurativo con base a una renuncia del imputado a la presunción de inocencia, ni a la exigencia de prueba suficiente en su contra que hace que se haya relativizado dicho principio.

A pesar de ello es absurdo que se llegue a negar la posibilidad de la reparación como causal de archivo del asunto y que como consecuencia de ello se exija que se tenga que continuar el proceso y se pueda llegar a imponer una pena, que podría ser privativa de libertad. Como lo indica Luciano Varela señala, refiriéndose a la suspensión del proceso, "(...) resulta difícil explicar que se limite aquella autonomía so pretexto de garantía del individuo al que se le niega. Así, aun cuando éste rechazo el estrépito del proceso o la demora de su resolución, deberá soportar uno y otra en aras de la protección frente a sospechados ataques a su libertad. Algo así como empeorar al enfermo suministrándole dosis de salud"⁴⁰².

La doctrina latinoamericana tiende a afirmar que el principio de proporcionalidad es consecuencia del de presunción de inocencia⁴⁰³,

401 Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, p. 158. En este sentido también: Burmann, M.: Die Sicherungshaft gemäß § 453 c) StPO. Gelsenkirchen, 1984, p. 22; Gropp, W.: Zum verfahrenslimitierten Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung. En: JZ (Alemania) (1991), pp. 805-806; Linß, T.: Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis. Tesis doctoral. Gotinga, 1991, p. 40.

402 Varela. Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso. En: La victimología (Editor: Consejo Nacional del Poder Judicial). Madrid, 1993, p. 117.

403 Araujo Junior. Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil. En: RIDP (Francia), 1993, p. 986; De la Rúa/Maier. Informe sobre las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982, pp. 90-91; Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (_Argentina), No. 41, 1988, p. 93; Maier. Derecho Procesal penal argentino. Buenos Aires, T. Ib), 1989, pp. 287-294; Maier.

mientras que la alemana señala por el contrario que la presunción de inocencia deriva del principio de proporcionalidad⁴⁰⁴. Se trata en realidad de dos principios diversos, protectores ambos en el proceso penal del imputado, en cuanto a imponer límites a la injerencia estatal. Demostración de que se trata de dos principios diferentes y que incluso pueden entrar en conflicto, es la problemática mencionada con respecto a la justicia restaurativa. De importancia es que al ser la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad dos principios protectores del imputado, en los casos de conflicto entre ambos debe estarse al principio más protector de los dos⁴⁰⁵. Por ello en lo relativo a la justicia restaurativa, el posible quebranto a la presunción de inocencia no debe llevar a negar la posibilidad de dicha suspensión⁴⁰⁶, ello con base en el principio de proporcionalidad.

En esta relación entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, es importante considerar la existencia de una decisión del imputado en cuanto a participar en el procedimiento restaurativo, debiéndose considerar dicha opinión en cuanto a qué es lo más beneficioso para él, debiendo además considerarse como determinante en particular que en cualquier momento puede revocar dicho consentimiento. Además que en definitiva el resultado restaurativo, aunque implique una “sanción”, no es propiamente una pena y no implica una privación de libertad, a lo que se une que el incumplimiento del acuerdo simplemente debe llevar a que continúe el procedimiento y no puede ser utilizado para un aumento de la pena en caso de que se dicte una sentencia condenatoria. Sobre ello los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa

Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981, p. 139; Rojas/García. Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad. En: Doctrina Penal (Argentina), 1991, p. 206.

404 BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); BVerfGE 36, 264 (270); BVerfGE 53, 152 (158); Corts/Hege. Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren. En: JA (Alemania), 1976, p. 308. Se ha visto como un quebranto a la presunción de inocencia cuando la prisión preventiva parece un sacrificio inexigible para una persona que ex post resulte inocente. Cf. Arbeitskreis Strafprozessreform. Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung. Heidelberg, 1983, p. 32; Böing. Der Schütz der Menschenrechte im Strafverfahren. En: ZStW (Alemania), 1979, p. 380, Burmann, op. cit., p. 22; Dahs. Das “Anti-Terroristen-Gesetz” - eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW (Alemania), 1976, p. 2146; Geppert. Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention. En: Jura (Alemania), 1993, p. 161; Grünwald. Menschenrechte im Strafprozess. En: StV (Alemania), 1987, p. 457; Krauss. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia, 1971, p. 176; Kühne. Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmassnahmen. En: NJW (Alemania), 1979, p. 617; Müller. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976, p. 1066; Rönnau. Die Absprachen im Strafprozess. Kiel. Tesis doctoral, 1990, pp. 173-174.

405 Cf. Llobet Rodríguez. La prisión preventiva (Límites constitucionales). San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 254-262; Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo en Brisgovia (RFA), Editorial del Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, pp. 160-161.

406 Llobet Rodríguez, J.: La reforma procesal penal, p. 31, nota al pie 66.

restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá utilizarse como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal”.

Se une a ello que en caso de que no exista acuerdo, las conversaciones que se hayan sostenido no pueden ser utilizadas en contra del imputado. En este sentido los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“8. (...). La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores»⁴⁰⁷.

Para la aceptación de las ideas de justicia restaurativa es fundamental que el incumplimiento de un acuerdo no podrá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. Así los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal”.

Por otro lado, para justificar la aplicación de las ideas de justicia restaurativa, aun con los problemas que presenta con la presunción de inocencia, es fundamental que aunque el imputado asume obligaciones que implican una restricción de derechos, su incumplimiento no puede llevar a que se le agrave la pena, sino implica solamente la continuación del proceso penal.

XVI. Conclusiones

El reconocimiento de la justicia restaurativa en la Justicia Juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener acogida dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comprendiendo dentro de éste no sólo a los menores de edad, sino también a los adultos.

En el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, el mismo fue influenciado por el Derecho Penal de adultos, en cuanto se asumieron las garantías de Derecho Penal y Procesal Penal que habían sido reconocidas en éste.

407 Sobre el secreto de las deliberaciones producidas bajo el marco de la justicia restaurativa: Larrauri. Tendencias..., pp. 450-451.

Sin embargo, a la inversa el Derecho Penal Juvenil ha influenciado al Derecho de adultos, esto, por ejemplo, en lo atinente a las ideas de justicia restaurativa, aunque debe reconocerse que siempre el Derecho Penal Juvenil va más adelante que el Derecho de adultos. Así en lo relativo a la justicia restaurativa, como expresión de la desformalización, el Derecho Penal Juvenil implica posibilidades más amplias de aplicar las ideas de justicia restaurativa.

Debe actuarse con cuidado con las ideas de justicia restaurativa, ya que deben realizarse una serie de juicios de ponderación de derechos constitucionales en la misma, debiéndose ser vigilante para que lejos de convertirse en una expresión del principio de proporcionalidad, que lleva a la prioridad de la diversión con y sin intervención en la justicia penal juvenil, se llegue a convertir en una extensión del control punitivo, como pretenden algunos al invocarla.

XVII. Bibliografía

Alastuey Dobón, Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, PPU, 1990.

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Araujo Junior. Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil. En: RIDP (Francia), 1993.

Arbeitskreis Strafprozessreform. *Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung*. Heidelberg, 1983.

Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*. Múnich, Verlag C. H. Beck, 1992.

Arias Madrigal, D. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) *Justicia restaurativa en Costa Rica*. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 164-185.

Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, Editorial, B de f, 2004.

Barker, Licius/Barker, Twiley. *Civil liberties and the Constitution*. Nueva Jersey, 1982.

- Barona Vilar, Silvia. *Mediación Penal. Fundamento fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Bazemore, Gordon. *After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 175-194.
- Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999.
- Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. *Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 1-13.
- Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 45-74.
- Beccaria, De los delitos y de las penas (Traducción de Juan Antonio de las Casas). Madrid, Editorial Alianza, 1988.
- Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (Compiladoras). *Justicia restaurativa. Acercamientos teóricos y prácticos*. San José, CONAMAJ, 2007.
- Blagg, Harry. *Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 227-242.
- Böing. *Der Schütz der Menschenrechte im Strafverfahren*. en: ZStW (Alemania), 1979.
- Borja, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, Tirant lo blanch, 2001.
- Bovino, Alberto. *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 261-279;
- Bovino, Alberto, *Manual del buen abolicionista*. En: *Ciencias Penales (Costa Rica)*, No. 16, 1999, pp. 47-50.

- Bovino, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Bovino, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, pp. 409-454.
- Burmann, M.: *Die Sicherungshaft gemäß § 453 c) StPO*. Gelsenkirchen, 1984.
- Burt, Robert. *La constitución de la familia*. En: Beloff, Mary (Editora). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- Cario, Robert. *Justice restaurative*. París, 2005.
- Chinchilla Fernández, Max. *Justicia restaurativa en Costa Rica. Instauración de la justicia restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales retos*. San José, Tesis para optar al título de Maestría en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Américas, 2009.
- Christie, Nils, *Los límites del dolor*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 157-182.
- Christie, N. *Una cantidad sensata de delitos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*. E/ CN.15/2002/5/Add.1.
- Corts/Hege. *Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren*. En: JA (Alemania), 1976.
- Costello, B./Wachtel, J./Wachtel, T. *Manual de prácticas restaurativas para docentes, personal responsable de disciplina y administradores de instituciones educativas*. San José, International Institute for restorative practices, 2010.
- Dahs. *Das "Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats*. En: NJW (Alemania), 1976.
- De la Rúa/Maier. *Informe sobre las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal"*.

Consejo Nacional de la Judicatura
Escuela de Capacitación Judicial

En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982.

- Dencker, F. Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB. En: JZ (Alemania), 1973, pp. 144-151.
- Dünkel, Frieder, *La conciliación delinciente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica del Derecho Penal en el Derecho Comparado*. En: Victimología (Editor: Beristain, Antonio). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, pp. 113-147.
- Dünkel, Frieder. *Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, DAAD/UNICEF, 2002, pp. 491-541.
- Dünkel, Frieder. *Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 543-619.
- Eser, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*. En: Eser, Albin y otros. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 13-52.
- Eser, Albin. *Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafrechts?* En: Kroeschell (Editor). Recht und Verfahren, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53.
- Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990.
- Fairén Guillén, V.: Principios básicos para un proyectado "Código Tipo" para los países iberoamericanos y sus relaciones con los derechos fundamentales. En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 1 (1990), pp. 7-28.
- Fairén Guillén, V.: Bases o principios para un Código-Tipo de Derecho Procesal Penal en los países iberoamericanos. En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José 1992, pp. 399-417.
- Feld, Barry. *Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave,

- Lode. (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 18-44.
- Ferrajoli, Luigi. *El Derecho Penal Mínimo*. En: Poder y Control (España), No. 0, 1986, pp. 25-48.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- Fletcher, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Fletcher, George. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- García-Pablos de Molina. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- Geppert. Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention. en: Jura (Alemania), 1993.
- Gerlanch. Absprachen im Strafverfahren. Frankfurt del Meno, 1992.
- Gordillo Santana, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, Iustel, 2007
- Grünwald. Menschenrechte im Strafprozess. En: StV (Alemania), 1987.
- Hulsman, Louk/Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona, Ariel, 1984.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, pp. 139-178.
- Kühne, H.H.: Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen. En: NJW (Alemania) (1979), pp. 617-622.

- Kühne, H. H.: *Strafprozeßlehre*. Heidelberg, 1993.
La Biblia Latinoamericana. Madrid, Ediciones Paulinas, sf.
- Lammek, Siegfried, *Neue Teorien abweichenden Verhaltens*. München, W. Fink, 1994.
- Larrauri, Elena. *Abolicionismo del Derecho Penal. Propuestas del movimiento abolicionista*. En: Poder y control (España), No. 3, 1987, pp.95-116.
- Larrauri. Tendencias actuales de la justicia restaurativa. En: Pérez Álvarez, F. (Coordinador). Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, 2004, pp. 440-464.
- Lasocik, Zbigniew/Patek, Monika/Rzeplinska, Irena (Editores). *Abolicionism in History*. Varsovia, 1991.
- Linß, T.: *Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis*. Tesis doctoral. Gotinga, 1991.
- Londoño Jiménez, H.: Principios de garantía jurídico procesal. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 11 (1981), pp. 274-300.
- Londoño Jiménez, H.: *De la captura a la excarcelación*. Bogotá 1983.
- Llobet Rodríguez, Javier. *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*. San José, Escuela Judicial, 1993.
- Llobet Rodríguez. *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*. Friburgo en Brisgovia (RFA), Editorial del Max Planck Institut für Strafrecht, 1995.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*. En: Armijo, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 187-222.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Interés superior del niño, protección integral y garantismo (En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil)*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 1-29.
- Llobet Rodríguez, Javier. *El interés superior del niño y garantías procesales y penales*. En: UNICEF (Editor). *Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*. San José, UNICEF, 2000, pp. 45-54.

- Llobet Rodríguez, Javier. *La víctima en el proceso penal centroamericano*. En: Bertolino, Pedro (Editor). Buenos Aires (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 345-376.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*. En: Libro en Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Beccaria y el Derecho Penal de hoy*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.
- Llobet Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos en la justicia penal*. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 349-362.
- Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010.
- McCold, Paul/Wachtel, Ted. *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. En: www.restorativepractices.org/Pages/paradigm.
- Maier. *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso*. Buenos Aires, 1981.
- Maier. *Derecho Procesal penal argentino*. Buenos Aires, T. Ib), 1989.
- Maier, Julio. *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino*. En: Maier, Julio/Binder, Alberto. *El Derecho Penal hoy*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 27-52.
- Marat, Jean Paul. *Plan de legislación criminal (Traductor: A. E. L.)*. Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- Marat, Jean Paul. *Plan einer Criminalgesetzgebung (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso)*. Berlín, 1955
- Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis, 1990.
- Martinson, Robert. *What Works? – questions and answers about prison reform*. En: *The Public Interest*, número 35, 1974, pp. 22-54.
- Mayorga Agüero, Michel. *Incorporación del modelo de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil costarricense*. En: Ministerio Público. *Fiscalía Adjunta Penal Juvenil. Quince años de justicia penal juvenil en Costa Rica*. San José, 2011, pp. 67-104.

- Meyer, K. Grenzen der Unschuldsvermutung. En: Festschrift für Herberth Tröndle (Editor: H. H. Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 61-75.
- Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 41, 1988.
- Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002.
- Müller. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976.
- Müller, Jean-Marie. El coraje de la no violencia. Santander, Editorial Sal Terrae, 2004.
- Müller-Dietz. *Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB)*. En: Jahr (Editor). Gedächtnisschrift für Dietrich Schutz. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269.
- Neuman, E. La mediación penal y la justicia restaurativa. México, Porrúa, 2005.
- Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal (Traducción: Zaffaroni). Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- Pavarini, Massimo. *El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo*. En: Poder y Control (España), No. 1, 1987, pp. 141-157.
- Pérez Pinzón, Orlando. *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis, 1989.
- Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999.
- Platt, Anthony. *Los salvadores del niño*. México, Siglo XXI, 1982.
- Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibrí. En: Borja, Emiliano (Compilador). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 83-102.
- Pranis, K. Manual para facilitadores de círculos. San José, CONAMAJ, 2009.
- Pranis, K./Stuart, B./Wedge, M. Peacemaking circles. From Crime to

- Community. Minesotta, Living Justice Press, 2003.
- Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala. En: <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>.
- Proyecto alternativo sobre reparación penal* (Traducción: Beatriz de la Gándara Vallejo). Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, 1998.
- Rivero Llano, Abelardo. *La victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1997.
- Rivero Sánchez. *¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal?* En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*. Granada. Editorial Comares, 2004.
- Rodríguez Fernández, Gabriela (Compiladora). *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Roig Torres, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.
- Rojas/García. Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad. En: *Doctrina Penal (Argentina)*, 1991.
- Rönnau. *Die Absprachen im Strafprozess*. Kiel. Tesis doctoral, 1990.
- Roxin. C. *Schlussbericht*. En: Eser/Kaier/Madlener (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 367-375.
- Roxin, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 129-153.
- Sánchez Romero, Cecilia/Houed Vega, Mario. *La abolición del sistema penal*. San José, Editec, 1992.
- Stuart, B./Panis, K. *Círculos de paz. Reflexiones sobre sus características y principales resultados*. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) *Justicia restaurativa en Costa Rica*. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 122-146.

Consejo Nacional de la Judicatura
Escuela de Capacitación Judicial

- Strang, Heather. *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 183-193.
- Tamarit, J. M./Millacampa, C. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá, Ibáñez, 2006.
- Tamarit Sumalla (Coordinador). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada, Editorial Comares, 2012.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-367.
- Umbreit, Mark. *Avoiding The Marginalization and “McDonalization” of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 213-234.
- UNICEF (Editor). *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*. San José, UNICEF, 2001.
- Varela Castro, L. *Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso*. En: *Victimología* (Editor: Consejo del Poder Judicial). Madrid, 1993, pp. 95-159.
- Varona, Gema. *Mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada, Editorial Comares, 1998.
- Velásquez Velásquez, F.: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá, 1987.
- Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, 1995, p. 668.
- Volio, Fabián. *Abolir el abolicionismo*. En: *La Nación* (periódico), San José, 14 de agosto del 2000.
- Volio, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*. En: *La Nación* (periódico), San José, 24 de agosto del 2000.
- Wambach, Thomas. *Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag)*. En: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madllener,

Monográfico Justicia Penal Juvenil

- Kurt. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 83-90.
- Wambach, Thomas. *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1996.
- Weigend, Thomas. *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*. En: MschrKrim, Heft 2/3, 1992.
- Weitekamp, Elmar. *The History of Restorative Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 75-102.
- Weitekamp, Elmar. *Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). Restorative Justice for Juveniles. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 145-160.
- Zaffaroni, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1980, T. I.
- Zaffaroni, Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993.
- Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona,,Ariel, 1996.

**Derecho a un juzgamiento
especializado de los
jóvenes infractores en el
derecho comparado**

Derecho a un juzgamiento Especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado

Mauricio Duce

Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

Jaime Couso

Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

Sumario:

1. Introducción; 2.- Explicación Panorámica de los Sistemas Objeto de Estudio; 2.2.- Costa Rica; 2.4.- Estados Unidos de Norteamérica; 3.- Primer Eje: Estrategias de Reforzamiento del Debido Proceso en el Derecho Comparado; 3.1.- Fortalecimiento de la Libertad y Mayores Restricciones a su Privación en el Proceso; 3.1.1. Procedencia de la Prisión Preventiva; 3.1.2. Duración o Extensión Temporal de la Prisión Preventiva; 3.1.3.- Condiciones de Cumplimiento de la Prisión Preventiva; 3.2.- Exigencias más Estrictas Respecto a la Extensión Temporal del Proceso; 3.3. Mayores Resguardos al Derecho de Defensa; 3.3.1. Derecho a la Información Directa y sin Demora de los Cargos; 3.3.2. Derecho a Ser Escuchado en Forma Directa; 3.3.3. Derecho a la Asistencia Apropiaada; 3.4. Exigencias más Estrictas para la Renuncia de Derechos que Integran al Debido Proceso; 4. Segundo Eje: Estrategias Vinculadas a la Estructura General del Procedimiento en el Derecho Comparado; 4.1. Necesidad de un Proceso Flexible y Liviano; 4.1.1.- Simplificación Procesal; 4.1.2.- Abreviación de Plazos; 4.1.3.- Limitación de Sistemas de Impugnación; 4.1.4. Limitación de Contenidos a Discutir en el Proceso Penal Juvenil; 4.2. Protección de la Privacidad (vida privada); 4.2.1. Reconocimiento General de la Privacidad; 4.2.2. Privacidad y Publicidad del Juicio Oral; 4.2.3. Uso de Antecedentes o Registros del Sistema Juvenil; 4.3. Énfasis en el Joven; 4.3.1. Cesura o División del Debate: establecimiento de una fase procesal especial para determinar las consecuencias de la infracción juvenil; 4.3.2. Producción de Información Especializada; 5.- Conclusión; Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo corresponde a la segunda parte de una investigación realizada con el propósito de revisar los alcances del derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes que cometen delitos. El proyecto ha identificado la existencia de estándares especiales para el juzgamiento de niños y adolescentes por infracciones penales contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos y luego ha pretendido establecer la manera en que ellos son recogidos por las legislaciones nacionales en diversos países. En este contexto, el objetivo específico del presente trabajo es analizar la forma en que dicho derecho ha sido regulado en la normativa y la práctica jurisprudencial en cuatro países de importancia e influencia en el diseño del sistema nacional como son: Alemania, Costa Rica, España y Estados Unidos. La regulación de este derecho es analizado en dos ejes centrales: reforzamiento del debido proceso y aspectos de estructura procesal. El trabajo permite identificar la existencia de diversos mecanismos legales desarrollados en el derecho comparado que tienen por propósito asegurar el derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores.

Palabras clave

Proceso Penal Juvenil, Derecho Comparado, Juzgamiento Especializado.

1.- Introducción

En un trabajo anterior hemos tenido oportunidad de revisar como el derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes que cometen delitos ha sido consagrado ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos (tantos en normas internacionales generales como en otros instrumentos especializados). Hemos denominado a este derecho como el principio de especialidad. Además, pudimos constatar que el sistema internacional ha precisado a través de sus normas, jurisprudencia y distintas recomendaciones e instrumentos los principales alcances y contenidos de este derecho. En dicha oportunidad identificamos que el derecho a un juzgamiento especializado, de acuerdo a su regulación en el derecho internacional de los derechos humanos, se traducía en el desarrollo de tres ejes centrales en los cuales las legislaciones nacionales deben contemplar regulaciones especiales tratándose de niños o jóvenes infractores. Estos tres ejes fueron identificados como: reforzamiento del debido proceso; aspectos de estructura procesal; y, necesidad de contar una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos.

En el contexto descrito, el presente trabajo pretende revisar la manera en que estos criterios y estándares desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos han sido recogidos en el derecho comparado marcando un tratamiento especial en el juzgamiento por infracciones a la ley penal de los niños y jóvenes respecto de los adultos. En consecuencia, a partir de la identificación que hemos realizado de los ejes en donde se debiera focalizar la regulación especializada a nivel nacional se intentará determinar el cómo ellas han sido recogidas y desarrolladas por la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada. Con todo, debido a la amplitud del tema y a la gran diversidad de herramientas legales contempladas en el derecho comparado, en este trabajo hemos limitado nuestro análisis a dos de los ejes: reforzamiento del debido proceso y aspectos de estructura procesal. Cabe señalar que al elegir los dos ejes y examinar los temas que en cada uno de ellos hemos seleccionado, estamos dejando algunas manifestaciones del derecho al juzgamiento especializado fuera de nuestro análisis. En este sentido el trabajo no pretende cubrir exhaustivamente todas las manifestaciones posibles de este derecho sino sólo aquellas que nos han parecido más centrales y que son posibles de ser rastreadas en las legislaciones nacionales.

Como podrá apreciar el lector, la tarea de describir la forma en que estos ejes han sido reconocidos y desarrollados en el derecho comparado en forma amplia resulta impracticable para un trabajo con objetivos acotados como el presente. Como ha sido señalado por un destacado especialista en

derecho comparado, la diversidad de arreglos en los cuales se organizan los sistemas judiciales es inmensa e imposible de abarcar. Esto es igualmente cierto -e incluso se agrava- tratándose de los sistemas de responsabilidad juvenil en donde pareciera haber menos niveles de acuerdo acerca de un modelo básico a partir de los objetivos que debieran inspirar al sistema. Esto lleva a que se constate en el ámbito comparado una tendencia a una cada vez mayor complejidad y mixtura en los sistemas que lidian con la justicia juvenil.

No obstante la Convención de Derechos del Niño (en adelante la Convención) ha sido ratificada por prácticamente todos los Estados a nivel mundial y por vía de ella se han introducido exigencias comunes a todos los países que debieran llevar a la convergencia de los sistemas legales, ello choca con la práctica en cómo dichos mandatos se articulan y respetan a nivel interno. Así, en opinión de algunos autores, es posible constatar que siendo la Convención el tratado internacional que cuenta con el mayor número de ratificaciones en el área del derecho internacional de los derechos humanos, es también el que mayores niveles de violación presenta por los Estados partes. A todo lo anterior debe sumarse la gran distancia que existe en esta materia entre el derecho en los libros y su funcionamiento práctico, lo que dificulta aún más el trabajo de estudio comparado.

En este complejo escenario, el análisis comparado que pretende realizar este trabajo se ha sido limitado a cuatro países de diversas tradiciones jurídicas y ubicación geográfica que representan modelos paradigmáticos de implementación de sistemas de responsabilidad especial para los niños y jóvenes y que tradicionalmente han sido de mucho influencia en nuestra legislación. Se trata específicamente de Alemania, Costa Rica, España y Estados Unidos. En el caso de España y Costa Rica, el propio Mensaje del Ejecutivo del Proyecto de Ley de nuestra actual Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (en adelante LRPA) los señaló como fuentes directas de inspiración (Mensaje 68-347 de 2 de agosto de 2002, página 9). Estados Unidos y Alemania, en cambio, se eligen por la enorme influencia cultural que poseen como modelos de derecho comparado que inspiran a una cantidad importante de países, entre ellos también a España y Costa Rica.

Con ello pretendemos limitar el problema de la extrema diversidad de alternativas de análisis a la vez que nos permite profundizar el análisis de cada caso. Para ello, en cada uno de los países objeto de estudio hemos revisado la legislación pertinente y lo que la doctrina nacional ha escrito sobre la estructura de su sistema. Para evitar que el trabajo sea sólo una descripción del “derecho en los libros” hemos incluido en nuestra investigación la revisión de jurisprudencia relevante en todas estas jurisdicciones y, en tres de los países, hemos realizado entrevistas con expertos locales que han intentado indagar en la práctica específica del sistema en su respectivo país. Si bien este trabajo no tiene una pretensión

de realizar una caracterización empírica detallada de los sistemas objeto de estudio, sí nos interesa describir, al máximo de lo posible, no sólo los diseños legales de estos países sino la forma en que dichos diseños operan en la práctica, especialmente en cómo han sido recibidos y comprendidos por la práctica jurisprudencial.

Para cumplir con los objetivos descritos, el presente trabajo se divide en cinco capítulos incluyendo dentro de ellos esta introducción. El capítulo dos estará destinado a realizar una breve explicación introductoria de los cuatro sistemas jurídicos seleccionados. Para ello se entregarán algunos datos generales sobre el sistema legal vigente en cada uno de ellos. Los capítulos tres y cuatro estarán destinados a revisar la forma en que han sido recogidos los elementos centrales del derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores, agrupados en los dos ejes que ya han sido mencionados: reforzamiento del debido proceso (capítulo tres) y aspectos de estructura procesal (capítulo cuatro). El trabajo finalizará en su capítulo cinco con algunas breves conclusiones y comentarios generales. Se puede apreciar que hemos restringido nuestro análisis a dos de los tres ejes identificados debido a la extensión y complejidad que ha tenido la investigación. Hemos preferido centrarnos en dos temas que nos permiten lograr más profundidad y en los que hemos podido identificar mayor información en cada uno de los sistemas objeto de nuestro estudio.

2.- Explicación Panorámica de los Sistemas Objeto de Estudio

Como hemos indicado en la introducción, nuestro análisis de derecho comparado ha sido restringido al caso de las legislaciones especiales juveniles de cuatro países. Se trata de Alemania y España en Europa y de Costa Rica y Estados Unidos en las Américas. Nos parece que estos cuatro ejemplos constituyen casos paradigmáticos de la diversidad de organizaciones de sistemas especializados juveniles que comparten principios similares a los que se han tenido a la vista en la elaboración del sistema nacional (y que tradicionalmente han sido muy influyentes en esta materia), pero además que cuentan con un asentamiento doctrinario y jurisprudencial importante que permite un trabajo de investigación de esta naturaleza.

Se trata de cuatro ejemplos que parten de la base de la idea de la especialidad que debe tener el juzgamiento de jóvenes infractores en relación con el tratamiento que reciben los adultos. Así, por ejemplo, el mensaje de la Ley Orgánica 5/2000 de España (Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en adelante "LO 5/2000") señala en su párrafo 4 acerca los objetivos tenidos en vista al elaborarse que "(...)asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes

a todo justiciable.” Ideas similares han sido expresadas por la doctrina que describe al sistema de responsabilidad penal juvenil de Costa Rica establecido el año 1996, y por la jurisprudencia en Alemania y en los Estados Unidos.

A continuación revisaremos de manera somera cuáles son las bases estructurales en la configuración de los sistemas procesales juveniles en los cuatro países seleccionados. La idea de esta presentación es que ella sirva de marco que facilite la comprensión de los distintos temas específicos que analizaremos a propósito de los dos ejes objeto de análisis en este trabajo.

2.1.- Alemania

Alemania cuenta con una legislación penal especial para menores de edad desde 1923, año de la promulgación de la Ley de Tribunales Juveniles (*Jugendgerichtsgesetz*, en adelante también JGG). La JGG de 1923 fue posteriormente sustituida por la Ley de Tribunales Juveniles del Imperio, la RJGG de 1943, dictada por los nazis en plena segunda guerra mundial, y más tarde, por la JGG de 1953. Esta última, si bien tras una importante reforma el año 1990, es la que se encuentra actualmente vigente.

La JGG se aplica a adolescentes de entre 14 y 18 años de edad, así como a los jóvenes mayores de 18 y menores de 21 años de edad que tengan una madurez (“desarrollo moral y mental”) propia de un adolescente o que hayan cometido una infracción penal propia de adolescentes (§105 de la JGG).

Con anterioridad a la promulgación de la primera JGG, de 1923, los menores de 18 y mayores de 12 años de edad, tenían una imputabilidad condicionada, respondiendo sólo si se juzgaba que contaban con un nivel de comprensión suficiente para reconocer la punibilidad del hecho, caso en el cual se les aplicaba plenamente el régimen penal común, gozando de una atenuación de pena a partir de los marcos penales aplicados a los adultos.

La nueva legislación, enmarcada dentro del movimiento de reforma que a nivel internacional promovió la creación de tribunales especiales para menores, orientados a la tutela y corrección de los infractores de ley penal, buscó sustituir la respuesta puramente punitiva por una inspirada en el “principio educativo” (*Erziehungsgedanken*), que confiere a la JGG el carácter de un derecho penal fundamentalmente preventivo-especial, sin renunciar, con todo, a la imposición de penas, ni a la prevención general (o a la retribución). De hecho, la JGG de 1923 distinguió dos formas de intervención alternativas, frente a los delitos cometidos por adolescentes: las medidas educativas (*Erziehungsmaßregeln*) y la pena juvenil (*Jugendstrafe*). La RJGG de 1943 introdujo una tercera forma de reacción: los medios disciplinarios (*Zuchtmittel*), que, con modificaciones, también conserva la JGG hasta la actualidad.

La pena juvenil, de naturaleza privativa de libertad, y cuya extensión máxima alcanza a los diez años, se reserva para casos en que las medidas educativas “no basten”, y siempre que la “gravedad de la culpabilidad” del autor por el hecho, o sus “tendencias nocivas” hagan necesario recurrir a esa medida (§§ 5.2 y 17 de la JGG). Por su parte, las medidas educativas (que incluyen la imposición de “instrucciones” – como la de someterse a la orientación y supervisión de un adulto, compensar a la víctima, etc. – o de “asistencia educativa”), y los medios disciplinarios (salvo el arresto juvenil), en la actualidad son no privativos de libertad.

También en materia procesal la JGG, desde 1923, considera reglas especiales, inspiradas en el “principio educativo”. Fuera de la creación de órganos especializados – partiendo por los tribunales juveniles, pero incluyendo además, hoy en día, fiscales juveniles, y un servicio de Asistencia a los Tribunales Juveniles –, desde un principio, la JGG consideró diferencias con el proceso penal de adultos, al excluir la participación de público en el juicio oral y flexibilizar el principio de legalidad procesal, permitiendo terminar el proceso anticipadamente por razones de oportunidad; esta posibilidad, de la que dispone no sólo el fiscal (§ 45 JGG), sino también el propio juez (§ 47 JGG), fue enormemente reforzada por la reforma de la JGG de 1990.

Otras manifestaciones de la especialidad del estatuto legal del adolescente durante los procesos penales, contemplados en el texto (o desarrollados por la aplicación práctica) de la JGG, se dan en materia de:

- Los límites a la actividad investigativa desarrollada por la policía y los fiscales
- La investigación sobre la personalidad y el entorno familiar y social del adolescente
- La declaración personal del adolescente imputado ante el juez, previa al juicio oral
- La orden de que el adolescente (y, en su caso, sus familiares y representante) se retiren de forma temporal de la sala, durante ciertas actuaciones del juicio oral que puedan ser perjudiciales para su educación
- Exigencias específicas sobre el contenido de la fundamentación de la sentencia
- La reserva frente al adolescente condenado, de información relevante para la condena, pero perjudicial para su educación
- Presencia de los padres o guardadores del adolescente acusado durante el juicio oral
- Regulación especial del procedimiento simplificado
- Restricción (ya no prohibición) a las facultades de la víctima para interponer querrela
- Restricción de los recursos disponibles para impugnar resoluciones judiciales
- Medidas cautelares y presupuestos para la imposición de la prisión preventiva o internación provisoria

- Ampliación de los casos de designación forzosa de un defensor

La JGG alemana, la más antigua de las legislaciones que contemplan un sistema de justicia penal juvenil – distinto de la justicia penal de adultos y de la legislación tutelar de menores – no está ajena a los debates surgidos en Europa y en otros continentes acerca de la conveniencia o no de endurecer la respuesta penal frente a la delincuencia juvenil, para acercarla más, en su caso, a la justicia penal de adultos; sin embargo, hasta ahora, se mantiene en lo esencial, como un sistema de justicia penal especial, con diferencias significativas en intensidad y cualidad de la respuesta penal, en comparación con el sistema penal de adulto, sin renunciar por ello a (la mayor parte de) las garantías básicas vigentes en éste. Las últimas reformas introducidas, con todo, manifiestan esta ambigüedad, entre especialidad y rigor punitivo.

2.2.- Costa Rica

Durante los años 1994 y 1998 se creó en Costa Rica la Comisión Especial de Reformas Penales, con el objeto de actualizar y mejorar la legislación penal del país, respondiendo así a una serie de críticas presentes en diversos grupos sociales al sistema en general. En el ámbito de la adolescencia, esta reforma se materializó en la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), del año 1996, la cual no sólo derogó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (1963) sino que marcó el término de la doctrina de la “situación irregular” para dar paso a la de “protección integral”, estableciendo un modelo de responsabilidad que sincera y regula el tratamiento penal de los jóvenes. Se trató de uno de los primeros cambios en esta dirección emprendidos en Latinoamérica. Por estas razones se ha destacado que esta reforma “representó un avance significativo en la transformación de la justicia juvenil latinoamericana al abandonar la denominación de medidas para las consecuencias jurídicas de la conducta infractora de la ley penal, y adoptar la denominación de sanciones”.

Este modelo de responsabilidad busca dar una respuesta especial al adolescente que ha realizado hechos delictivos. En la exposición de motivos de la LJPJ se señala expresamente que el derecho penal juvenil costarricense ha adoptado una concepción punitivo-garantista, respetuoso de los derechos y garantías generales, pero que, al mismo tiempo, se hace cargo de la especial regulación que corresponde a los niños y jóvenes en todos los ámbitos de intervención –incluyendo la jurídica–.

Con el fin de enmarcarse en la regulación internacional sobre la niñez, la LJPJ limitó su ámbito de aplicación a niños y jóvenes entre doce y diecisiete años. Bajo esta edad, los niños no pueden ser objeto de persecución penal, estableciendo la ley una norma expresa al respecto (artículo 6 de la LJPJ). De la misma manera, la LJPJ buscó poner el acento de las diferencias entre la legislación penal juvenil y la adulta en cuanto a los fines perseguidos, señalando en su artículo 7 que la ley está orientada a la protección integral

del menor, al respeto de su interés superior y demás derechos, y a que la aplicación de la ley está dirigida a la formación integral y a la reinserción del menor a la familia y a la sociedad. A este respecto, el artículo 44 agrega que el objetivo del proceso no es tan solo la determinación del hecho delictivo y la aplicación de la sanción correspondiente, sino que también la reincorporación del joven con su familia y, en general, en la sociedad. Por su parte, en el ámbito de la ejecución de las sanciones, se ha establecido una finalidad primordialmente educativa por sobre los preventivos generales, otorgando la flexibilidad necesaria para la consecución de dicho fin (Ver artículos 123 y 133).

En términos generales, la LJPJ fue capaz de incorporar los principios recogidos en los instrumentos internacionales que regulan el ámbito de la niñez, al adaptar las diversas instituciones del derecho penal y procesal de adultos a la especialidad requerida por este nuevo sistema, complementándolo además con nuevas figuras. De lo anterior se pueden dar como ejemplos la especialización de los actores, la flexibilización del proceso y la ampliación del catálogo de sanciones contempladas que permiten dar una respuesta más adecuada al adolescente. A este respecto se pueden distinguir tres tipos de sanciones: las socio-educativas, las de órdenes de orientación y supervisión y las sanciones privativas de libertad, estableciendo expresamente el carácter de última ratio que tiene esta última clase de sanción. Sobre este punto, un tema que ha sido polémico se refiere al elevado límite superior que contemplan las sanciones privativas de libertad o de internamiento, siendo éstas de diez años en el caso de los jóvenes entre 12 y 15 años y de quince años para los mayores.

Hasta la fecha, la LJPJ no ha sufrido grandes modificaciones. Las existentes no han estado exentas de la tendencia comparada a endurecer el tratamiento penal, que en el caso concreto de la LJPJ se llevó a cabo a través de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles la que amplió la duración de las sanciones de menor intensidad.

2.3.- España

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es el principal esfuerzo de la legislación española para regular de forma completa el ámbito penal de los niños y jóvenes, a la luz los principios de la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, los cambios hacia un sistema de responsabilidad habían comenzado a gestarse casi una década antes, proceso en el cual es posible identificar diversos hitos. En primer lugar, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 36/1991, de 14 de febrero de 1991, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Dicho artículo disponía expresamente que los procedimientos dirigidos a corregir a los menores no se sometieran a las reglas procesales vigentes, en manifiesta contradicción con los principios de seguridad jurídica e igualdad consagrados en la Constitución española.

La antigua ley de menores era tributaria de la doctrina de la “situación irregular” y ella entraba en conflicto con disposiciones constitucionales básicas reconocidas en favor de todas las personas.

Producto del fallo del TC, de las solicitudes emanadas del propio Poder Judicial y de la opinión de un importante sector de la comunidad legal, se dictó la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio de 1992, que reformó y modificó la Ley de Tribunales de Menores de 1985, con el fin de regular un procedimiento propio para los jóvenes que hubiesen cometido infracciones a la ley penal, lo que constituyó el segundo hito en el establecimiento de un sistema basado en los principios de la Convención. Con todo, se trató de una reforma de carácter parcial. En ella sólo pueden identificarse algunos rasgos de especialidad exigidos por la legislación internacional, por ejemplo, se estableció un principio de oportunidad más amplio que el de adultos, sanciones especiales y el refuerzo de algunas de las garantías a nivel procesal. No obstante, el carácter urgente y parcial de esta reforma se tradujo en una serie de vacíos, que finalmente pretendieron ser resueltos con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000. Al respecto, E. Fernández señala que la Ley “permitió saldar la deuda que el legislador había adquirido con la jurisdicción de menores, siendo su objetivo fundamental consolidar legislativamente el modelo de responsabilidad, que en la práctica se venía aplicando hace muchos años”.

El objetivo de la LO 5/2000 es dar una respuesta especial de carácter educativo a los jóvenes que han realizado conductas delictivas, por lo mismo declara su rechazo a los fines retributivo o de prevención general del derecho penal de adultos. Sin embargo, tal como expresa Fernández, la exposición de motivos no se condice con el tratamiento que da la Ley a cierto tipo de delitos –lo más graves o donde exista reincidencia-, cuya regulación contiene una marcada tendencia preventiva general, especialmente después de la serie de reformas que ha sufrido la ley desde su proyecto original hasta la fecha. Desde estos fines se ha debido estructurar el sistema de responsabilidad de menores español, buscando, por una parte, crear un sistema especializado en concordancia con los principios básicos derivados de la regulación internacional de los derechos del niño, y por otra, la necesidad social de sancionar penalmente los hechos delictivos cometidos por jóvenes, adaptando el sistema punitivo a su especial condición.

La LO 5/2000 se aplica en principio a niños y jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años, distinguiéndose para efectos de la graduación de las consecuencias de su actuar dos tramos: entre mayores de 14 y menores de 16 y entre mayores de 16 y menores 18 años (artículo 1º). Además, se admite bajo ciertos supuestos (establecidos en el artículo 4º) que la ley sea aplicada a mayores de 18 años y menores de 21 años. Como características más relevantes de este sistema se pueden mencionar las siguientes: el procedimiento aplicable a los menores está inspirado en el abreviado de adultos, contemplado en la Ley de Enjuiciamiento criminal;

existe una separación de las funciones de instruir y enjuiciar, a cargo respectivamente, de un Fiscal y un Juez especializado; se otorga al MP un amplio principio de oportunidad –solo limitado si los hechos pueden ser constitutivos de un delito grave o donde existe violencia o intimidación, o si el joven es reincidente–; prevalece el principio acusatorio; la medida de internación tiene carácter excepcional, contemplando un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad fundadas en el fin educativo; se consagra el derecho a defensa desde la incoación del expediente; se admite la mediación como forma de resolución de conflicto; se contempla un recurso de casación especial del sistema; y se establece la necesaria especialización de todos aquellos que tenga relación con el menor durante el proceso.

Desde antes de la entrada en vigencia de la LO 5/2000 ésta ha sido constantemente modificada. Se puede mencionar así la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre de 2000, en relación a los delitos de terrorismo; la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre de 2000 sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de la Justicia, que suprimió las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y dilató la entrada en vigencia de la aplicación de la LO 5/2000 a los jóvenes entre 18 y 21 años; Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre de 2002, que modificó el Código Penal y el Código Civil en materia de sustracción de menores, y que nuevamente postergó la aplicación de la Ley hasta el año 2007 a los jóvenes entre 18 y 21 años; y, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, que estableció acusación particular sin límites en el procedimiento de menores.

Sin duda, la reforma de mayor relevancia es la que realizó la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, la cual modificó alrededor de la mitad de los artículos de la LO 5/2000, y tuvo como objetivo principal endurecer el tratamiento penal a los adolescente infractores (por ejemplo en el tipo de consecuencias posibles frente a la comisión de delitos y en el uso del internamiento provisorio). Según el mensaje, este endurecimiento se justifica debido a que “las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, los que han causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales”. Se trató de una reforma que ha generado mucha polémica en la doctrina española tanto respecto a su contenido como al supuesto fáctico en el que se fundó.

2.4.- Estados Unidos de Norteamérica

El sistema de justicia juvenil de los Estados Unidos representa un caso un tanto diverso respecto a Costa Rica y España. Hemos visto que en ellos los actuales sistemas de justicia juvenil corresponden a reformas significativas implementadas en las últimas décadas con el propósito explícito de

establecer sistemas de responsabilidad especializados compatibles con las normas internacionales sobre la materia. Así, estos nuevos sistemas de responsabilidad penal juvenil se han construido a partir de una reforma legislativa que ha pretendido realizar un cambio de paradigma radical respecto a los sistemas tutelares vigentes en dichos países en forma previa. En los Estados Unidos, en cambio, se puede apreciar que el actual sistema corresponde más bien la evolución que ha experimentado la justicia juvenil especializada desde su establecimiento a principios del siglo XX. En alguna medida esto lo acerca más al desarrollo que el sistema experimentó en Alemania según ya tuvimos oportunidad de revisar.

Hasta antes del surgimiento de las cortes juveniles especializadas (cuyo hito inicial fue el establecimiento de la corte juvenil especializada en el Estado de Illinois en 1899 por medio de la Illinois Juvenile Court Act del mismo año) la persecución penal de los jóvenes estuvo entregada fundamentalmente a los sistemas de adultos. Con el surgimiento de los nuevos sistemas especializados durante el siglo XX, estos tuvieron a cargo el conocimiento de las infracciones juveniles. La filosofía central que animó dicho sistema fue la de considerar que los jóvenes no podían ser penalmente responsables por los delitos que hubieran cometido y, por tanto, el objetivo central del sistema era buscar la ayuda y rehabilitación de los jóvenes infractores. El paradigma instalado fue, en consecuencia, el tutelar o de la "situación irregular".

Hasta la segunda mitad del siglo XX los diversos sistemas de justicia juvenil en los Estados Unidos no fueron objeto de supervisión constitucional de parte de la Corte Suprema Federal, lo que les entregó en la práctica un margen amplio de discrecionalidad a los Estados para regular de manera bastante flexible la organización de los procesos juveniles. En su mayoría esa regulación reflejó la ideología tutelar instalada desde el nacimiento del sistema, lo que se tradujo en un escaso reconocimiento de garantías constitucionales en favor de los jóvenes imputados y, por otra parte, la conceptualización del proceso por infracciones juveniles como un proceso de carácter civil y no penal. Con todo, a partir de la década de los sesenta una serie de decisiones de la Corte Suprema cambiaron completamente el panorama. El caso más relevante y paradigmático fue la decisión de la Corte Suprema en *In Re Gault* 1967, por medio de la cual la Corte reconoció que los jóvenes eran titulares de un conjunto de derechos básicos del debido proceso reconocidos también en favor de adultos en la Constitución, indicando que la falta de estas protecciones procesales en las cortes juveniles había derivado en "arbitrariedad". Según el fallo, la Corte estimaba que ser menor de edad no habilitaba a tener un "Kangaroo Court", poniéndose de manifiesto la necesidad de resguardar mínimas garantías. Con todo, al mismo tiempo, la Corte Suprema reconoce que los derechos en favor de los jóvenes no son exactamente los mismos que los que disponen los adultos. Es así como en una serie de fallos posteriores, la propia Corte Suprema tuvo la posibilidad de ir precisando los alcances de los derechos del debido proceso en favor de jóvenes, en algunos

casos ampliando la aplicación de garantías procesales mencionadas originalmente en Gault y, en otros, estableciendo límites a las mismas.

Más allá de la precisión de los contornos de las garantías aplicables, las decisiones de la Corte Suprema, en especial en Gault, produjeron un impacto significativo en las legislaciones a nivel estatal que se vieron obligadas a cambiar la orientación de sistemas preponderantemente basados en la ideología tutelar a sistemas pensados desde la lógica de las garantías individuales. No obstante esto, como todo proceso de evolución gradual, no se ha tratado de un cambio absoluto o radical de sistema, por lo que es posible apreciar que en la actualidad, como veremos en los próximos capítulos, en los distintos sistemas de justicia juvenil en los Estados Unidos todavía conviven -con niveles de tensión importantes- sistemas inspirados tanto por la lógica tutelar como por la lógica de las garantías. Esta variedad es consecuencia, también, del sistema federal que permite que cada Estado tenga autonomía para regular normativamente los procesos de responsabilidad juvenil.

Debido a la diversidad de regulaciones es difícil explicar un modelo detalladamente en el caso de los Estados Unidos, por eso sólo mencionaremos algunos principios fundamentales de carácter muy general sobre los que se estructuran los sistemas de justicia juvenil en dicho país. Un primer elemento que hay que considerar es que la competencia que disponen las cortes juveniles especializadas normalmente abarca dos tipos de conductas. Por una parte están los casos de "delinquency", que corresponden a comportamientos o conductas que, cometidos por adultos, darían lugar a una persecución penal por un delito. De otra parte, también conocen las denominadas "status offenses" que incluyen un conjunto de conductas prohibidas a los niños y jóvenes, como por ejemplo el ausentismo escolar y abandono del hogar, debido a las especiales necesidades de atención y cuidado requeridos por los menores de edad. Como se puede apreciar, se trata de comportamientos muy diversos en los cuales el sistema debiera presentar diferencias. Para los efectos de nuestro trabajo nos centraremos en el análisis de las reglas que regulan los procesos por el primer tipo de conductas y no los "status offenses" ya que ellas son comparables con el resto de los sistemas objeto de nuestro estudio.

Respecto a las edades mínimas y máximas existen bastantes diferencias. Lo más usual es que el límite de edad máximo sea los 18 años, aún cuando existen jurisdicciones que ponen el límite un poco más bajo (17 o 16 años). En cuanto a la edad mínima, no obstante también presentarse diferencias relevantes entre Estados, muchos de ellos siguen la regla tradicional del Common Law que fija el mínimo en siete años. Una característica muy importante es que los jóvenes que quedan sometidos a la jurisdicción juvenil especializada no tienen "derecho" a ser juzgados necesariamente por estos tribunales especializados. En casi todos los Estados se admite, en al menos algunas hipótesis, que un caso de "delinquency" sea conocido por las cortes de adultos, para lo cual debe hacerse una transferencia de

jurisdicción (Waivers of Jurisdiction). La forma más común de hacer la transferencia es por decisión judicial de la corte juvenil la cual, previa evaluación del caso y del joven imputado, puede decidir que este se quede en el sistema juvenil o sea enviado al sistema ordinario de adultos. Los criterios para la transferencia son muy variables entre las jurisdicciones pero en general entregan un marco importante de discrecionalidad a los jueces para la decisión.

En materia de estructura procesal, el procedimiento para conocer de las conductas de “delinquency” se estructura sobre bases similares al del proceso de adultos por infracciones de carácter penal. En general, se trata de un procedimiento de rasgos adversariales y con reconocimiento de garantías básicas del debido proceso (como ya hemos visto como consecuencia de Gault y la jurisprudencia posterior). En los próximos capítulos tendremos oportunidad de ver con detalle algunas regulaciones específicas, con todo, si interesa señalar que sigue definiéndose no como un proceso penal, aun cuando se reconozca sus similitudes, no lo es y eso justifica que el reconocimiento de garantías haya sido limitado hasta el momento.

3.- Primer Eje: Estrategias de Reforzamiento del Debido Proceso en el Derecho Comparado

Un primer eje temático en donde el principio de especialidad tiene un impacto relevante en materia procesal penal es en el reforzamiento de ciertas garantías que integran al debido proceso. Esta idea de reforzamiento se refleja con mucha claridad en la LJPJ de Costa Rica, la que en su capítulo II -referido a los derechos y garantías fundamentales- señala en su artículo 10 que desde el inicio de la investigación policial y durante el desarrollo de todo el proceso a los jóvenes se les deben respetar las garantías procesales básicas para el juzgamiento de adultos pero “además, las que correspondan por su condición especial”. Cabe señalar, además, que dentro de las garantías procesales básicas se consideran no sólo aquellas desarrolladas en la legislación interna (constitucional y legal) sino que todas aquellas consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Como veíamos en el trabajo que sirve de base a esta investigación, un análisis más específico de los instrumentos del sistema internacional lleva a concluir que los principales aspectos en donde el principio de especialidad se traduce en diferencias significativas de reforzamiento o ampliación de garantías del debido proceso son cuatro: El fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa (en diversas manifestaciones); y, exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso. A continuación revisaremos la manera en que cada uno de estos cuatro temas ha sido consagrada a nivel normativo y luego desarrollada jurisprudencialmente en los países objeto de nuestra investigación.

3.1.- Fortalecimiento de la Libertad y Mayores Restricciones a su Privación en el Proceso

La privación de libertad en el proceso a la espera de una decisión definitiva constituye una de las afectaciones más significativas a los derechos de las personas objeto de una investigación criminal y, por lo mismo, es objeto de preocupación especial en la legislación internacional de derechos humanos y comparada tanto tratándose de adultos como jóvenes. Ya tuvimos oportunidad de señalar en otro trabajo que esto se ha reflejado con particular intensidad en la legislación internacional juvenil. El punto que justifica esta preocupación es que los niños y jóvenes, por su estado de desarrollo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos que hace que los efectos negativos de la privación de libertad sean más profundos y tengan consecuencias que se extiendan por un período más largo. Estas exigencias más altas se traducen en las mayores restricciones a la procedencia de esta medida, a su duración temporal y a las condiciones de su cumplimiento, que ya se tuvo oportunidad de analizar en el mismo trabajo.

Las ideas descritas se encuentran recogidas en las cuatro legislaciones revisadas. En general, en todas ellas se asume con claridad que la privación de libertad de los jóvenes imputados debiera ser una medida de excepcionalidad y restringida a casos específicos. De esta manera se refuerza la idea que el derecho central de una persona objeto de un proceso es su libertad. Con todo, la forma en que se articulan estos principios a nivel legislativo, y el cómo ellos son aplicados por los tribunales, presentan diferencias en algunos casos importantes, de tal manera que a menudo las prácticas desarrolladas a nivel interno no se diferencien mucho, a favor de los jóvenes, de las que se mantienen con imputados mayores de edad.

A continuación revisaremos cómo estos elementos han sido reconocidos en los cuatro países que constituyen objeto de nuestro estudio.

3.1.1. Procedencia de la Prisión Preventiva

Como ya señalábamos, la regla general en los países objeto de nuestra observación es la definición básica de que la prisión preventiva constituye una medida cautelar excepcional tratándose de jóvenes imputados por infracciones penales.

Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye el caso de la JGG alemana, que en materia de presupuestos para la imposición de la prisión preventiva (Untersuchungshaft) contempla a lo menos tres diferencias explícitas con la regulación que sobre la materia contiene la legislación procesal penal de adultos (la "Ordenanza Procesal Penal", en adelante StPO – su sigla alemana –): 1ª, la consagración expresa de una cláusula de subsidiariedad de la prisión preventiva respecto de a otras medidas educativas o cautelares;

2ª, una regulación especial del principio de proporcionalidad, en lo que atañe a la necesaria consideración de los perjuicios que la ejecución de la prisión preventiva podría acarrear al adolescente; y 3ª, una restricción, respecto de los menores de 16 años, de la procedencia de la prisión preventiva fundada en el peligro de fuga.

Esas restricciones se añaden a las que ya contempla la regulación común de la prisión preventiva en la StPO, conforme a la cual, esta medida cautelar sólo procede si, existiendo una “fundada sospecha” (*dringender Verdacht*) de que el imputado ha cometido un delito, se da alguno de los presupuestos o motivos que legalmente pueden fundamentar el recurso a la prisión (*Haftgrund*): fuga u ocultamiento del imputado; peligro de fuga; peligro de ocultamiento o destrucción de evidencias probatorias; especial gravedad del delito imputado (asesinato, homicidio, formación de una organización terrorista, incendio, detonación de bombas, etc.); y, peligro de reiteración de determinados delitos. En todos esos casos, además, la prisión preventiva no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del asunto y la pena esperada.

Volviendo ahora al reforzamiento del carácter excepcional de esta medida en la legislación especial para adolescentes, su primera manifestación es la cláusula de subsidiariedad, contemplada en el § 72 de la JGG –y que la StPO, en cambio, desconoce para los adultos–, conforme a la cual “la prisión preventiva sólo puede ser impuesta y ejecutada cuando su finalidad no pueda ser alcanzada a través de una disposición provisoria sobre la educación o a través de otras medidas”. Las medidas educativas pueden consistir en un “acompañamiento educativo” o la acogida del adolescente en un hogar comunitario o en una familia u hogar institucional, así como la asignación o cambio de una plaza laboral o de capacitación profesional, el alejamiento del adolescente de un grupo que se considera una influencia negativa para él, etc. Las “otras medidas” podrían consistir en un compromiso de palabra asumido por el joven ante el juez (respecto de su conducta), la imposición de determinados deberes de presentarse ante, o de reunirse con, personas de confianza del joven o del tribunal. Para promover la efectiva consideración de estas alternativas, los §§ 72a y 72b de la JGG disponen que debe informarse de la detención y, en su caso, de la orden de prisión preventiva de un adolescente, al servicio de Asistencia a los Tribunales Juveniles (*Jugendgerichtshilfe*), al que se permitirá comunicarse con el adolescente con la misma facilidad que a su abogado, con el objetivo de que este servicio cumpla con la trascendental misión de investigar – o contribuir a crear – las condiciones que permitirían evitar la prisión preventiva y recurrir, en cambio, a una medida alternativa. Sin embargo, conforme a la advertencia de Hans-Jörg Albrecht, este objetivo de evitación de la prisión preventiva, a través de las medidas introducidas por la reforma a la JGG de 1990, no habría dado los resultados esperados, especialmente respecto de adolescentes de familias inmigrantes, que representan la mayoría de los imputados de esa edad sometidos a dicha medida cautelar.

Por lo que respecta a la regulación especial del principio de proporcionalidad, a las exigencias ya establecidas por la regulación procesal penal común – conforme a la cual, como se vio, la imposición de la prisión preventiva no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del asunto y la pena esperada –, el § 72 de la JGG exige al juez “considerar los especiales costos de la ejecución para los adolescentes” y explicitar en la resolución respectiva las razones que le llevan a concluir que las demás medidas disponibles (en particular, la acogida provisoria del adolescente en un hogar del servicio de Asistencia a la Juventud) no son suficientes y que la prisión preventiva no es desproporcionada, lo que viene a configurar un “especial deber de fundamentación”. La exigencia de que se tomen en cuenta, al realizar el juicio de proporcionalidad, los “especiales costos” de la prisión preventiva para el adolescente, se entiende en el sentido de poner en la balanza los perjuicios psíquicos causados por la medida (cuya realidad, para el Consejo Federal alemán, está “fuera de toda discusión”), así como sus efectos negativos en los ámbitos social, educacional y laboral – teniendo en cuenta que, en Alemania, un 50% de los adolescentes o jóvenes adultos que tenían un puesto de trabajo o estaban matriculadas en la enseñanza formal al momento de entrar en prisión preventiva, no la recuperaron al quedar en libertad –, e incluso otros elementos, como el elevado peligro de suicidio. Sin embargo, el respeto efectivo del principio de proporcionalidad, en lo que respecta a la consideración de la pena esperada, es muy limitado, si se tiene en cuenta el elevado porcentaje de casos (cerca del 50 %) en los que, habiéndose decretado previamente la prisión preventiva, el imputado finalmente no fue condenado a una pena privativa de libertad efectiva, proporción muy similar a la que se presenta entre imputados mayores de edad. Además, se cuestiona el eventual efecto de prejuzgamiento (como “profecía auto cumplida”) que el cálculo de la pena probable, para los efectos del juicio de proporcionalidad de la prisión preventiva, puede producir en un juez que posteriormente podría terminar decidiendo e individualizando efectivamente la pena a imponer.

Por último, en lo que atañe a la regulación restrictiva que favorece a los menores de 16 años, para la aplicación de la prisión preventiva fundada en el “peligro de fuga”, de conformidad con el § 72, párrafo 2, de la JGG, esta causal sólo tiene aplicación si el imputado “1° ya se ha sustraído al proceso o ha dado muestras de querer hacerlo, o; 2° no cuenta con domicilio o lugar de residencia dentro del territorio en el que esta ley tiene aplicación”, restricción relevante si se tiene en cuenta que esta causal (o “fundamento”) de aplicación de la prisión preventiva, en la praxis judicial, se emplea con más frecuencia para casos en que el delito imputado es menos grave, usualmente como un paraguas para ocultar otro tipo de razones, los denominados “fundamentos apócrifos” de la prisión, como la conveniencia de una “intervención en crisis” para prevenir nuevos delitos, o el interés en practicar una “terapia de choque” que genere en el adolescente adhesión a un tratamiento o medida alternativa, por ejemplo un tratamiento de drogas (en su caso, a través del llamado “taste of prison approach”), etc., y tiende a aplicarse de forma selectiva en perjuicio

de adolescentes de un nivel socioeconómico bajo y de extranjeros (todos ellos, con una situación laboral y residencial más precaria).

También la legislación de Costa Rica consagra como principio la excepcionalidad de la privación de libertad cautelar. Así, el artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996 de Costa Rica (en adelante la "LJPJ") reconoce explícitamente esta idea señalando que "...la detención provisional tendrá carácter excepcional...". Esta misma disposición realiza una diferenciación tratándose de los menores de entre 12 y 15 años, caso en el cual el uso de la privación de libertad durante el proceso debiera ser extremadamente excepcional, incluso en comparación con el caso de jóvenes de más de 15 y menos de 18 años. Al justificarse este principio, la doctrina de dicho país lo ha hecho apoyándose en la idea del daño potencial que la privación de libertad produciría en los jóvenes.

No obstante lo anterior, en Costa Rica no pareciera existir un estatuto diferenciado para jóvenes y adultos respecto de las reglas generales que regulan la procedencia del supuesto material y la necesidad de cautela que justifica el uso de la prisión preventiva, así como tampoco contempla normas especiales de improcedencia de la misma, distintas de las establecidas por la legislación procesal penal ordinaria, para el caso de los mayores de edad. Esto llevaría, en opinión de algunos, a que la forma en que los jueces aplican las reglas a los adolescentes no se diferencie mucho, en la práctica, de la manera en que ellas funcionan tratándose de los adultos.

Un área problemática en donde se ha producido tensiones con la excepcionalidad en el uso de esta medida cautelar se produce respecto a la procedencia de la detención provisional en casos en donde el joven es imputado por un delito que no establece como sanción posible la privación de libertad (internación). En principio, en estos casos debería declararse improcedente la privación de libertad durante el proceso, ya que ella lesionaría el principio de proporcionalidad. Con todo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha validado su uso en aquellos casos excepcionales en los que no sea posible obtener por otro medio razonable el aseguramiento de la víctima o de los fines del proceso.

No obstante lo anterior, existe la percepción de que el uso de la detención provisional es excepcional, particularmente a la luz de la existencia de un amplio catálogo de alternativas a ella, conocidas como órdenes de orientación y supervisión. En este sentido, se estaría siguiendo una de las recomendaciones emanadas de la legislación internacional, que promueve el uso de medidas alternativas a la privación de libertad como estrategia para hacer que ésta sea efectivamente excepcional.

El artículo 87 de la LJPJ de Costa Rica establece que el juez puede decretar la detención provisional o la imposición provisional de cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión contempladas por la ley. De esta

forma se establece la posibilidad de privilegiar el uso de las alternativas a la detención provisional, cuestión que ha sido luego objeto de desarrollo jurisprudencial de parte de la Corte Suprema. Estas órdenes están contenidas en el art. 121 b) de la LJPJ, e incluyen la obligación de: (1) instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él; (2) abandonar el trato con determinadas personas; (3) eliminar la visita a bares, discotecas o centros de diversión determinados; (4) matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; (5) adquirir trabajo; (6) abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; y, (7) ordenar internamiento o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

Como puede apreciarse, se trata de un catálogo bastante amplio de alternativas al uso de la privación de libertad que, por lo mismo, ofrece opciones para dejar a ésta como último recurso. Con todo, la práctica en Costa Rica parece mostrar que existen una serie de problemas para un uso más efectivo de las medidas de orientación y supervisión. Por una parte, existe una crítica teórica importante que cuestiona la legitimidad al uso de estas medidas debido al hecho que varias de ellas no se orientan a satisfacer las necesidades de cautela previstas en la LJPJ que autorizan a las restricciones a la libertad (fines fundamentalmente cautelares o de protección del proceso). Se trataría de un problema derivado del hecho que las medidas de orientación y supervisión están reguladas fundamentalmente como consecuencias de la responsabilidad del joven y no cómo medidas cautelares propiamente tales, lo que genera algunas tensiones respecto a sus objetivos. Pero más allá de esto, se plantean problemas concretos como la falta de control de las medidas –lo que deslegitima su uso frente a los jueces – y de diseño normativo, como el hecho de que el plazo máximo establecido por el propio artículo 87 de la LJPJ, para las órdenes de orientación y supervisión, no puede exceder de seis semanas. Ello dificultaría que cumpla las finalidades de cautela del proceso e incentivaría a que los fiscales soliciten la detención provisional que, como veremos, cuenta con plazos más amplios.

La legislación española y la práctica jurisprudencial surgida en torno a ella muestran que también se trata de un sistema en el que no pareciera haber diferencias significativas, a favor de los jóvenes, en el uso de la prisión preventiva (internamiento provisional). En efecto, el artículo 28.1 de las LO 5/2000 establece como presupuestos básicos de la procedencia de la internación provisoria tanto la existencia de indicios racionales de que el delito ha sido cometido (supuesto material) como el que exista una necesidad concreta de su uso (necesidad de cautela), muy similares a los establecidos en la legislación de adultos. La revisión de las necesidades de cautela que la legislación española autoriza, especialmente a partir de la modificación realizada el año 2006, permite apreciar que se trata de causales bastante amplias, las que incluyen no sólo el peligro de fuga sino

que también el riesgo de obstrucción a la justicia y el atentado contra los bienes jurídicos de la víctima. Además, el artículo 28.2 señala que para que se adopte la medida de internamiento debe atenderse a la gravedad de hechos, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga y si el menor hubiera cometido con anterioridad o no otros hechos graves de la misma naturaleza. No obstante esta cláusula abre el espectro de consideraciones sobre las cuáles los jueces deben determinar la procedencia del internamiento provisorio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha limitado la interpretación de la misma estableciendo con claridad que la gravedad del delito por sí sola no es suficiente para decretar esta medida cautelar. Con todo, esto deja abierto particularmente el tema de la consideración de las circunstancias “personales y sociales” del joven como fundamento para decidir la imposición de la prisión preventiva, en casos en los que no se dan las necesidades de cautela específicas contenidas en la ley. Una revisión de diversa jurisprudencia emanada de audiencias provinciales también nos muestra que en el día a día el razonamiento de los tribunales no difiere significativamente respecto del tipo de argumentación utilizada respecto de adultos.

Al igual que en Costa Rica, la legislación española establece un conjunto de medidas cautelares personales distintas al internamiento provisorio que buscan ofrecer alternativas al uso de ésta y así asegurar su excepcionalidad. El artículo 28.1 de la LO 5/2000 establece, como posibles medidas cautelares alternativas, la libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez y la prohibición de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Se trata de menos opciones que en el caso de Costa Rica y tampoco exentas de polémica, especialmente la referida a la prohibición de convivencia, que es vista por un sector de la doctrina como una medida inapropiada a los fines de cautela.

En los Estados Unidos la regulación que es posible identificar a nivel estatal también presenta algunos aspectos positivos, pero a la vez varias cuestiones problemáticas en materia de especialidad y excepcionalidad. El principio rector que orienta a la mayoría de las jurisdicciones es la idea básica de que la prisión preventiva debiera ser procedente sólo en casos en que sea necesario y de manera excepcional (al igual que el caso de adultos). Con todo, diversos Estados admiten como causales de procedencia situaciones bastante abiertas, incluyendo dentro de ellas la posibilidad de que el joven vuelva a cometer un delito en el futuro. También se ha considerado que las reglas constitucionales y legales de adultos referidas a las fianzas no son aplicables en las cortes juveniles, no obstante algunos Estados las han extendido y han hecho aplicables a los jóvenes objeto de persecución penal. En consecuencia, se trata de un régimen que permite – al menos desde el punto de vista de diseño normativo- un uso más abierto de la prisión preventiva que tratándose de adultos, aun cuando con importantes restricciones temporales como veremos en la próxima sección.

3.1.2. Duración o Extensión Temporal de la Prisión Preventiva

La afirmación de la garantía de la libertad individual no sólo debe traducirse en una preocupación en el uso restringido de la privación de libertad durante el proceso seguido en contra de jóvenes, sino que también debe reflejarse, en los casos excepcionales en que sea procedente, en restricciones temporales muy estrictas a su extensión. En este sentido, tuvimos oportunidad de mencionar en el trabajo base del presente que, en los tres instrumentos internacionales específicos en materia de proceso juvenil, el énfasis en la regulación de la garantía específica en la materia está en la idea que el plazo de privación de libertad durante el proceso en contra de un joven sea “lo más breve posible”, lo que constituye un lenguaje mucho más estricto que la noción más abierta de “plazo razonable” establecida para adultos. En este contexto, el Comité de Derechos del Niño recomienda dos tipos de acciones legislativas a los Estados parte para hacer efectivo este derecho. Por una parte, la necesidad de que las leyes internas establezcan límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, por la otra, un sistema de examen o revisión periódica de la misma.

La observación de las cuatro legislaciones en estudio nos muestra que en general los países se hacen cargo de esta garantía específica recurriendo a mecanismos similares a los que han sido recomendados por el Comité de Derechos del Niño, particularmente en la idea de establecer limitaciones temporales fijas para la duración de la internación provisional.

Costa Rica y España son un buen ejemplo de establecimientos de plazos máximos de duración de la prisión preventiva. En el primero de estos, el artículo 59 inciso segundo de la LJPJ establece como límite temporal máximo dos meses, plazo que puede ser prorrogado hasta por un máximo de dos meses más. En el caso español, el artículo 28.3 de la LO 5/2000 plazo máximo seis meses, prorrogables por otros tres más como máximo a instancia del fiscal y por resolución motivada del juez. Como se puede observar, se trata de plazos bastante más estrictos que los que rigen para el proceso y la prisión preventiva de adultos, en las legislaciones de esos mismos países.

Además de estas normas de plazo, la legislación de Costa Rica establece otras reglas que refuerzan la idea de duración temporal limitada de la internación provisoria de jóvenes. Así, el artículo 52 de la LJPJ, establece una regla según la cual los plazos procesales establecidos en la misma ley para desarrollar el proceso juvenil se transforman en improrrogables cuando hay un joven privado de libertad y a su vencimiento se caduca la facultad respectiva. En cambio, si se trata de jóvenes no privados de libertad, dichos plazos son prorrogables de acuerdo a las reglas generales. Todo ello se complementa con una norma de carácter general contenida en el artículo 60 de la LJPJ que establece el principio de “máxima prioridad”, según el cual tanto los tribunales penales juveniles como los órganos encargados

de la investigación deben darle esa prioridad a la tramitación de un caso en la que un joven esté en situación de detención provisional. Con todo, a diferencia del mecanismo del artículo 52 se trata de una norma más bien programática sin efectos muy concretos o precisos.

En este contexto positivo, la jurisprudencia de Costa Rica ha desarrollado algunas posibilidades adicionales de ampliación del plazo de la detención provisional de los jóvenes que elevan significativamente las limitaciones ya revisadas. Se trata de los casos en los que los jóvenes han sido condenados por decisión de instancia y el fallo no se encuentra ejecutoriado debido a la existencia de recursos pendientes. La Sala Constitucional de la Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que estas hipótesis se hace aplicable la regla del artículo 258 del Código Procesal Penal de dicho país que permite una prórroga de hasta por seis meses de la detención provisional. Con todo, al momento de decretarse la prórroga, el tribunal debe fijar un plazo concreto dentro del límite máximo permitido por la ley. Como puede observarse, si es que hay condena el plazo adicional que podría entregarse supera el plazo máximo completo de todo el proceso. Esto se explica en buena medida como consecuencia que la norma utilizada para justificar dicha ampliación de plazos de la detención provisoria está prevista para adultos en donde mencionamos los plazos son mucho más extensos, consistente con el hecho que las exigencias internacionales no sean tan estrictas.

En los Estados Unidos la limitación temporal al uso de la prisión preventiva está asociada a la cláusula constitucional que establece el derecho a un juicio rápido (*speedy trial*). Todavía no existe una posición clara en la jurisprudencia de dicho país respecto a la aplicabilidad de la garantía constitucional en materia juvenil ya que no hay una decisión de la Corte Suprema que de manera explícita haya hecho extensivo este derecho a la materia. Con todo, ella se encuentra recogida a nivel legal en buena parte de los Estados y también en la jurisprudencia de cortes estatales. En estas regulaciones se establecen diversos plazos de duración máxima de la privación de libertad de jóvenes durante el proceso y consecuencias a su incumplimiento. En general, se puede apreciar una protección bien intensa de la extensión temporal de la prisión preventiva, aun cuando los mecanismos y consecuencias para el control sean similares a los que se utilizan tratándose de adultos.

A nivel federal, la sección 5036 de la FJDA establece la garantía de juicio rápido (*speedy trial*) en favor de los jóvenes detenidos, estableciendo su derecho a ser llevado a juicio en un plazo máximo de 30 días desde el momento en que la detención comenzó. La jurisprudencia de dicho país entiende que se trata de una detención cuando se está en presencia de una custodia no voluntaria en manos de autoridades federales una vez que se han imputado cargos, pero sin incluir el período que corre entre la admisión de culpabilidad y la dictación de la sentencia. La propia sección establece las excepciones admitidas a los 30 días. Se trata de tres

hipótesis: (a) cuando el retardo adicional ha sido causado por el joven o su abogado; (b) cuando el retardo adicional ha sido consentido por el joven y su abogado; y, (c) cuando el retardo es justificado por un interés en la justicia. Sobre esta última excepción existe variada jurisprudencia de las cortes federales de dicho país que ha admitido en reiteradas ocasiones que una detención por un plazo superior a los 30 días podría no constituir una violación de la FJDA en la medida que la demora hubiera sido explicada por una razón de “interés de la justicia” considerando, en todo caso, que no quedan cubiertos por la excepción las demoras producto de la congestión de la agenda de los tribunales.

La sección 5036 establece también con claridad la sanción en caso de incumplimiento de la cláusula de Speedy Trial sin que exista una excepción justificada. Se trata de una sanción severa ya que consiste en la desestimación del caso sin llegar al juicio (dismissal on motion).

En el caso de la JGG alemana, a diferencia de varias de las jurisdicciones mencionadas más arriba, no se contempla un límite temporal máximo específico para la prisión preventiva de adolescentes. Por ello, rigen los límites generales de la prisión preventiva de adultos, de los §§ 121 y ss. de la StPO, que, en cualquier caso, son bastante exigentes, disponiendo como duración máxima, por regla general, 6 meses, plazo que sólo podrá extenderse por disposición de un tribunal superior (el Oberlandesgericht), en atención a la especial gravedad del hecho, a la especial envergadura de la investigación o a otro motivo grave, siendo prescriptiva, en tal caso, una nueva revisión cada tres meses; esa misma regulación general establece que la prisión preventiva basada en la causal de peligro de reiteración en caso alguno podrá durar más de un año. Más allá de esos plazos máximos generales, el § 72, párrafo 5, de la JGG establece un deber judicial de “conducir el proceso con especial celeridad” cuando un adolescente se encuentra en prisión preventiva. Este deber, de acuerdo con la jurisprudencia y la praxis judicial de dicho país, se traduce en exigencias organizacionales concretas, como la de separar los procedimientos seguidos contra imputados que se encuentren en prisión preventiva, reproducir copias de las carpetas de actuaciones procesales para el defensor de cada imputado, etc., medidas que, de no adoptarse, pueden dar lugar a la revocación de la medida cautelar.

Por otra parte, también como una forma de reducir la duración temporal de la prisión preventiva, en Alemania se asigna gran importancia a la tarea que corresponde al Servicio de Asistencia a los Tribunales Juveniles en la creación de condiciones que permitan adoptar medidas sustitutas de la prisión preventiva, si es que no ha podido evitarse desde un inicio, gracias a esas condiciones, el decreto de aquella medida cautelar. En cumplimiento de esa tarea, en muchas jurisdicciones se cuenta con un funcionario de tal servicio los 7 días de la semana, las 24 horas del día, disponible para recibir la notificación prescrita por la ley, cada vez que sea de detenido un menor de edad, momento a partir del cual rige el deber

de crear las condiciones que permitan evitar la prisión preventiva o su sustitución, lo más pronto posible.

Como contrapartida, sin embargo, en su relación con la pena privativa de libertad que le sucede, la regulación de la prisión preventiva en Alemania no respeta el principio que prescribe reducir al mínimo su duración, cuando el § 52a de la JGG permite al tribunal decidir no imputar a la pena privativa de libertad impuesta el tiempo de prisión preventiva ya cumplido, si la imputación pudiese impedir obtener el “efecto educativo” esperado de la pena, lo que especialmente ocurre cuando, tras la imputación del tiempo de prisión preventiva, restarían menos de seis meses de cumplimiento de pena privativa de libertad.

3.1.3.- Condiciones de Cumplimiento de la Prisión Preventiva

Las condiciones de cumplimiento de la prisión preventiva representan otra área en donde identificamos la existencia de un conjunto de garantías específicas en favor de los niños y jóvenes imputados que no se contemplan en favor de los adultos en la legislación internacional.

Señalamos que la manifestación más evidente de estas condiciones especiales es la necesidad que exista separación entre adultos y jóvenes sometidos a prisión preventiva. La revisión de la legislación comparada muestra que se trata de un elemento reconocido ampliamente a nivel normativo, no obstante presentarse diversos problemas en su cumplimiento práctico.

Así, el § 93 de la JGG alemana y el § 78 de la Ordenanza de Ejecución de la Prisión preventiva (Untersuchungshaftvollzugsordnung, UVollzO) contemplan el principio de separación entre adolescentes y mayores de edad, en la ejecución de esta medida cautelar, que se suma al principio general (no sólo para adolescentes) de separación entre condenados a penas privativas de libertad e imputados sometidos a prisión preventiva. Esta doble exigencia de separación, sin embargo, provoca dificultades, en varias jurisdicciones, para el cumplimiento de alguna de ellas, a falta de secciones especiales para adolescentes en los centros de cumplimiento de la prisión preventiva, caso en que, la doctrina promueve claramente la ejecución de la medida cautelar en centros de cumplimiento de penas privativas de libertad para adolescentes o en centros de cumplimiento de la pena de arresto juvenil. La regulación especial para adolescentes contemplada por los §§ 77 a 85 de la UVollzO considera, además, otros derechos especiales de los adolescentes sometidos a prisión preventiva, en particular, en relación con el acceso a formación e instrucción, libros, diarios y revistas, actividades deportivas, contacto con el exterior, etc. Más en general, tanto estas normas, como el § 93 de la JGG, exigen que la ejecución de esta medida cautelar se configure de forma educativa, lo que, sin embargo, ha sido criticado como una intervención injustificada en los derechos parentales a dirigir la educación de sus hijos (todavía no

sujetos a una potestad especial del estado de intervenir educativamente en sus vidas, que recién surgiría, una vez vencida la presunción de inocencia, con la condena a una pena con finalidad educativa).

El artículo 27 LJPJ Costa Rica, por su parte, regula las hipótesis de internamiento de jóvenes privados de libertad estableciendo que no importando que ésta sea provisional o definitiva, ellos tienen el derecho a ser internados en un centro exclusivo para menores de edad (esta regla se repite en el artículo 58 de la LJPJ, pero referido exclusivamente a la detención provisional). Resulta interesante que la norma en análisis está redactada en clave de “derecho” del joven y no como una orden de organización administrativa que hace el legislador, lo cual satisface la exigencia contenida en el sistema internacional.

El artículo 27 de la LJPJ también se regula la situación de los jóvenes privados temporalmente de libertad como consecuencia de una detención policial. En dicho caso se establece la necesidad que la policía destine áreas especiales para su detención y remita a los jóvenes lo antes posible a los centros especializados. Sobre este último aspecto de la regla existe un cierto debate en cuanto a la existencia de problemas de falta de segregación en cuarteles policiales.

La separación de jóvenes y adultos en centros de privación de libertad también es regla reconocida de manera explícita en la legislación española. El artículo 17.3 de la LO 5/2000 regula que la detención de los jóvenes debe realizarse en “dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad”. Esta regla se refuerza con lo dispuesto en el artículo 54 de la misma ley que regula con mayor detenimiento el mismo aspecto. En efecto, el artículo 54.1 se señala que tanto las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares se deberán ejecutar en centros específicos para menores infractores diferentes de los adultos. El artículo 54.3 va un poco más allá al establecer la necesidad que los centros de internación juvenil se dividan de acuerdo a la edad madurez, necesidades y habilidades sociales de los jóvenes internados.

La legislación española también es explícita en el reconocimiento del conjunto de otros derechos asociados a las condiciones en que se debe cumplir la prisión preventiva. El artículo 17.3 de la LO 5/2000 establece que durante la privación de libertad los jóvenes recibirán cuidados, protección, asistencia social, psicológica, médica y física que requieran. Se trata, con todo, de una norma bastante abierta y programática.

En el sistema federal de los Estados Unidos la sección 5035 de la FDJA se ocupa del tema de regular algunas condiciones básicas de cumplimiento de la prisión preventiva en los jóvenes privados de libertad conforme al sistema juvenil federal. La regla general es que la privación de libertad de un joven debe llevarse adelante en un recinto juvenil, pero se establece la posibilidad de que el fiscal general designe un lugar distinto en la medida

que sea adecuado. En todo caso, se establece el principio de separación ya que se ordena que ningún joven pueda estar privado de libertad con adultos, ya sea condenado o en espera de su juicio. Además, se establece un mandato en términos de evitar al máximo el contacto de jóvenes en prisión preventiva con otros que ya estén condenados. No se trata en todo caso de una prohibición absoluta de contacto sino que una orientación deseable. Finalmente, la sección 5035 establece también un conjunto de otros derechos respecto del joven privado de libertad en prisión preventiva estableciendo que durante su detención se les debe proveer comida, calefacción, luz, facilidades sanitarias, cama, ropa, recreación, educación y cuidados médicos (incluyendo tratamiento psiquiátrico y psicológico y otro tipo de cuidados y tratamientos), todos ellos en un estándar "adecuado".

3.2.-Exigencias más Estrictas Respecto a la Extensión Temporal del Proceso

Según se analizó en el primer trabajo de esta investigación, la extensión temporal de los procesos es una preocupación muy importante en el sistema internacional de derechos humanos a tal punto que una garantía central del debido proceso es el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Las ideas que fundamentan a esta garantía tienen que ver tanto con el impacto negativo que la extensión temporal del proceso produce en los derechos de las personas imputadas (extendiendo en demasía el estado de incertidumbre generado por el proceso, dificultando la posibilidad de ejercer derecho de defensa, entre otros) como en la legitimidad del sistema frente a la comunidad. Estas razones han hecho que se trate de una garantía con amplio reconocimiento en el derecho comparado.

Como ya vimos, dicha garantía ha sido reconocida de una forma especial por la legislación internacional juvenil al exigirse que en los procesos en contra de niños y jóvenes infractores la duración total del proceso para ellos debiera ser más breve que tratándose de adultos, aún cuando no hubiera privación de libertad en su desarrollo.

El mecanismo principal a través del cual esta garantía se regula en el derecho comparado es a través de establecimiento de plazos máximos de duración del proceso que en general tienden a ser bastante más breves que los existentes en los procesos de adultos. En esta dirección es posible constatar que se está en presencia de una característica común en los cuatro ordenamientos objeto de estudio.

Un caso ejemplar de análisis en este tema es España. El diseño del procedimiento juvenil contenido en la LO 5/2000 está basado en el procedimiento abreviado regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de adultos. Esto implica desde su diseño se trata de un proceso que está pensado de una manera más simple (con menos trámites y etapas procesales) y, por lo mismo, con una posibilidad menor de extenderse temporalmente

en forma excesiva. Esto se refuerza luego con el establecimiento de plazos relativamente breves en las distintas fases procesales reguladas en los artículos 31 a 38 de la ley (por ejemplo el plazo para dictar sentencia de cinco días previsto en el artículo 38). Pero más allá de la regulación normativa, la idea que el derecho de los jóvenes a ser juzgados en un plazo razonable es más estricto que el de los adultos ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con bastante fuerza. Es así como ya en el año 1991, aún antes de la vigencia de la LO 5/2000, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de señalar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas debía ser respetado también tratándose de los procesos seguidos contra menores. En un fallo más reciente, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera explícita que “La tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores”, asumiendo la idea que el plazo razonable debe ser más estricto. Con todo, al momento de justificar las razones de esta postura, nos parece que el Tribunal Constitucional tiende a confundir el carácter de garantía de la idea de plazo razonable con el rol que cumplen los procesos breves en asegurar los fines educativos del procedimiento juvenil. Así, el tribunal señala “...si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir...”.

La regulación del proceso juvenil en Costa Rica se estructura sobre la base de ideas similares a las reguladas en el ordenamiento español. En efecto, el diseño del proceso está pensado desde una lógica de brevedad y sencillez que representa una simplificación importante que el proceso penal de adultos.

Como complemento de ellos los plazos entre las distintas etapas procesales son muy breves. Finalmente, se regulan procedimientos especiales con menor cantidad de pasos y etapas que el procedimiento ordinario, como es el caso de los hechos sorprendidos en flagrancia, en los cuáles el artículo 79 de la LJPJ establece que el fiscal tiene el deber de presentar su acusación dentro de los cinco días siguientes a la detención. Es decir, hay un diseño procesal pensado en asegurar el cumplimiento del plazo razonable, entendiendo que éste requiere reglas más estrictas para los jóvenes. La importancia del tema se puede ver también en que la LJPJ entrega competencia de manera explícita, en su artículo 30 letra b), al Tribunal Superior Penal Juvenil para controlar el cumplimiento de los plazos fijados en la misma. Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de control adicional al que el propio juez del caso debiera realizar.

A nivel más general, la garantía del plazo razonable también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte

Suprema en Costa Rica. Así, por ejemplo, en una decisión del año 1996 la Sala señaló "...La autoridades públicas deben actuar con la mayor celeridad posible en apego al principio de justicia pronta y cumplida, sin que su inercia los derechos fundamentales del acusado". Con todo, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la doctrina que se refiere al derecho del joven a ser juzgado en un plazo razonable tiende a asociar el fundamento de este derecho con el fin educativo del mismo, lo que nuestra opinión debilita su comprensión como derecho fundamental.

En Alemania, por su parte, el "principio de celeridad" (Beschleunigungsprinzip) supuestamente forma parte de las notas distintivas del proceso penal de adolescentes, pero no está expresamente establecido en la ley, si bien se expresa en determinadas particularidades de la regulación, como la reducción de las posibilidades de impugnar ciertas decisiones judiciales (especialmente, la exclusión de los recursos en contra de la determinación de la naturaleza y cuantía de las medidas no privativas de libertad) o las normas sobre el procedimiento simplificado y las que permiten emplear estrategias de "diversificación". Su fundamento se formula, a veces, en función de necesidades educativas asociadas a una sanción pronta (lo que se supone necesario para un "efecto educativo" de la misma); a veces, en función de la protección del adolescente en contra de los efectos negativos de una exposición muy prolongada a la justicia penal – no sólo en el caso más evidente del adolescente sometido a prisión preventiva – así como en contra de la carga que para una persona de su edad significa la incertidumbre y miedo frente al desenlace que podría tener el proceso.

Este principio, con todo, entra en tensión con las exigencias de un "proceso justo", por una parte (amenazado precisamente por la restricción de las posibilidades de recurrir en contra de las sentencias, entre otras medidas); y con el interés de alcanzar un "resultado de calidad", por otra parte, que podría requerir de más tiempo para buscar opciones y permitirle al tribunal barajarlas y configurarlas (por ejemplo, una conciliación entre autor y víctima). En cualquier caso, se ha observado críticamente que estas diferencias introducidas en el proceso penal de adolescentes, en comparación con el de adultos, en lo que atañe a su ritualidad y etapas, no siempre están al servicio de la celeridad, ni sirven siempre a la protección de los intereses del adolescente, pues algunas de ellas más bien tienden a demorar el proceso, al servicio de otros intereses, como las disposiciones sobre la investigación de la personalidad del adolescente, por parte de la Asistencia a los Tribunales Juveniles, o las que prohíben aplicar el "procedimiento acelerado" o el "procedimiento por mandato penal" del proceso penal de adultos (que guarda similitudes con el procedimiento monitorio del CPP) en causas penales de adolescentes; por ello, no debe extrañar que desde los años noventa la duración de los procesos penales de adolescentes ha venido incrementándose.

Se puede observar que la idea del juzgamiento en un plazo razonable

es recogida en todos los países objeto de nuestra investigación con especial fuerza. Con todo, se puede apreciar que la justificación detrás de los mecanismos legales específicos y las decisiones jurisprudenciales citadas mezcla ideas propias de la noción de derecho fundamental que se encuentra detrás de la garantía en estudio con nociones propias de las consecuencias procesales que tiene la especialidad del procedimiento juvenil que no necesariamente están pensadas en lógica de garantías en su favor (las que analizaremos a propósito del próximo eje). Esta tensión de objetivos debilita en nuestra opinión el asentamiento de esta garantía.

3.3. Mayores Resguardos al Derecho de Defensa

Otra de las garantías bases del debido proceso general y en el que hemos visto la legislación internacional exige reforzamiento en favor de los jóvenes está constituida por el derecho de defensa. Como ya señalamos en el trabajo que sirve de base a este estudio, el derecho de defensa es uno de los componentes del debido proceso de mayor complejidad en relación a los elementos que lo integran. A continuación, revisaremos cómo han sido recogidas en las legislaciones en estudio las tres principales manifestaciones del derecho de defensa en donde identificamos existían exigencias especiales en el derecho internacional.

3.3.1. Derecho a la Información Directa y sin Demora de los Cargos

El elemento base sobre el cual se construye el derecho de defensa es el conocimiento oportuno de los cargos que se imputan a la persona objeto de persecución penal de manera tal que, a partir de ese conocimiento, pueda desarrollar actividades conducentes a la construcción de su defensa. Sin información de cargos no hay posibilidad de desarrollar una estrategia de defensa efectiva. Es por ello que la legislación internacional ha exigido que esta información se realice en forma temprana y, especialmente, que la comunicación de los cargos se haga de una manera que sea comprensible en relación al nivel de desarrollo y madurez del joven imputado.

De las cuatro legislaciones en estudio la que regula con mayor precisión este tema pareciera ser la LO 5/2000 de España. En efecto, en ella se contienen diversas disposiciones que se hacen cargo del tema. En primer lugar, es posible mencionar al artículo 17.1 que, a propósito de la detención, establece la obligación de las autoridades y funcionarios respectivos de informarle de manera “inmediata” al joven detenido de los hechos que se le imputan “en un lenguaje claro y comprensible”. Se puede apreciar que esta disposición se hace cargo de los dos aspectos centrales exigidos por la legislación internacional en la materia. Con todo, sólo resuelve con claridad la situación de los jóvenes detenidos y no de los casos en que las investigaciones han sido llevadas adelante sin detención. Para esos casos, el artículo 22, referido a la incoación del expediente que debe

hacer el Ministerio Público cuando toma conocimiento de hechos que son constitutivos de delitos, establece el derecho del joven de ser informado inmediatamente de los derechos que le asisten (art. 22.1 a).

La regla del artículo 22.1 a) ha presentado algunos problemas interpretativos que podrían afectar la sustancia del derecho a ser informado del joven. La primera tiene que ver con la autoridad o funcionario que tiene el deber de entregarle la información. El artículo en análisis establece que este deber puede ser cumplido tanto por el juez, el Ministerio fiscal o el agente de la policía. No obstante esto, la doctrina ha entendido, en nuestra opinión correctamente, que quien por regla general debe hacerlo es el Ministerio Fiscal, lo que asegura la rapidez en la entrega de la información (cuando estamos en presencia de una incoación del expediente se trata de una etapa en que normalmente ni la policía ni el juez intervienen). Un segundo aspecto tiene que ver con los alcances de la información que debe ser entregado por la autoridad. En estricto rigor el artículo 22.1 a) establece la obligación de informar derechos y no de los cargos que se imputan al joven. No obstante esto, la interpretación que ha dado la propia fiscalía es que el decreto de incoación debe incluir también una relación sucinta del hecho imputado o el atestado policial o denuncia que haya motivado su adopción. Esto ha sido reforzado por la jurisprudencia. Es así como identificamos casos en los que establece que en caso de no dar a conocer los hechos objeto de la imputación los tribunales consideran que "... se ha vulnerado el derecho de defensa de las menores afectadas y las exigencias propias del principio acusatorio, aplicable a la fase de instrucción, entre las que se encuentra en que las menores conozcan los hechos por los que se le incoan el expediente". No obstante esto, la jurisprudencia pareciera también ser tener un nivel de flexibilidad respecto de los contenidos mínimos que deben informarse para efectos de dar por cumplido este derecho en la medida que el joven efectivamente haya estado en conocimiento y comprensión de la imputación.

La legislación española pone un especial énfasis en la idea que la información que se entregue de parte de las diversas autoridades y funcionarios al joven imputado deba ser clara. Esto lleva a que sea un tema que se repita no sólo como una exigencia de la comunicación de la imputación sino que en otros momentos procesales posteriores. Así, el artículo 36.1 de la LO 5/2000, referido a la audiencia de juicio, establece que ésta se inicia con la información, que en lenguaje comprensible y adaptado a su edad, debe entregarle el secretario del tribunal, respecto de los hechos de la causa (además de las acusaciones en su contra). El artículo 39.2, referido a la sentencia, señala en su numeral 2 que "El juez, al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor". Se trata, en todo caso, de normas cuyo cumplimiento adecuado es difícil de identificar sin una observación directa de las prácticas concretas.

En el caso de los Estados Unidos, el derecho de los jóvenes de ser informados

tempranamente de los cargos que se le imputan se encuentra recogido en la actualidad en la mayoría de las legislaciones estatales. El hito principal por medio del cual se entregó amplio reconocimiento a esta garantía fue el caso Gault. En su decisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos identificó en forma expresa a esta garantía como uno de los elementos mínimos para cumplir con los requerimientos del debido proceso haciéndose cargo de la forma en que debe hacerse la comunicación, su temporalidad y su contenido.

En relación a la forma, la Corte sostuvo que el niño y sus padres o guardianes debían ser notificados por escrito. Respecto a la temporalidad, la Corte señaló que “La comunicación, para cumplir con las exigencias del debido proceso, debe ser realizada con suficiente anticipación de la audiencia judicial de manera de entregar una razonable posibilidad de prepararse...” y que “...la comunicación escrita debe ser realizada al momento más temprano que sea posible, en todo caso con la anticipación suficiente para permitir su preparación”. Para entender cómo se articula este elemento es indispensable tener presente que, a diferencia de cómo opera la mayoría de los modelos continentales, en los Estados Unidos la intervención de los fiscales se produce cuando la policía tiene bien avanzada la investigación en contra del imputado. Por lo mismo, la intervención más formal del sistema se producirá a partir de la solicitud que el fiscal realice de una audiencia lo que no coincide necesariamente con los momentos iniciales de la persecución.

De esta forma, las legislaciones estatales regulan diversos plazos mínimos entre la notificación y la realización de la audiencia. Finalmente, la Corte también se hizo cargo de la especificidad requerida por la comunicación para cumplir con su propósito de garantía. Señaló que la comunicación debía contener “...la conducta imputada con especificidad” y que ella debía incluir “...el cargo específico o las alegaciones de hecho que serían consideradas en la audiencia”. Este estándar ha sido recogido con variedad en la jurisprudencia estatal. Mientras en algunos Estados se pide que la comunicación satisfaga los mismos estándares que serían exigibles a la acusación (indictment) en tanto que otras limitan las exigencias formales en la medida en que la comunicación entregue detalles de los hechos que permitan informar sobre la naturaleza de la infracción y se le entregue de información adecuada para preparar su defensa.

La legislación de Costa Rica no establece reglas específicas en su LJPJ acerca del derecho del joven a ser informado directamente y sin demora de los cargos que se le imputan. Con todo, la doctrina especializada en materia juvenil entiende que su vigencia se deriva del derecho a la inviolabilidad de la defensa. De otra parte, debe recordarse que el artículo 10 de la LJPJ hace aplicable en forma directa las garantías del debido proceso establecidas en los tratados internacionales y las establecidas en la legislación procesal de adultos. En esta última materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de Costa Rica, han reconocido que el derecho de

conocer los hechos que se imputan a una persona desde los momentos iniciales de la persecución penal constituye un elemento clave del derecho de defensa. Desde esa perspectiva se trata de un derecho indiscutiblemente reconocido también en favor de los jóvenes. Con todo, la falta de una normativa especial en la materia hace que los alcances de esta garantía no se perfilen con diferencias explícitas que recojan la especialidad del sistema juvenil que parece exigir la legislación internacional en la materia.

La legislación alemana casi no contempla normas especiales sobre este derecho del adolescente. Las normas que rigen son las del proceso penal de adultos, a saber: el § 136, de la StPO, que establecen el deber de informar al imputado, en la primera ocasión en que se le tome declaración, sobre los hechos que se le imputan y las respectivas disposiciones penales que vienen a colación, así como sobre su derecho a guardar silencio y a contar con un defensor; y el § 201 de la StPO, que regula la comunicación, al acusado, del escrito de acusación. De hecho, en los comentarios doctrinales de la JGG se destaca que la aplicación de los preceptos generales (en particular, el § 136 de la StPO) representa un límite garantista a los intereses educativos del proceso penal de adolescentes, en el sentido de que la desformalización de las audiencias, que es propia de la justicia penal de adolescentes, encuentra un límite, cuando se trata de su primera declaración, en el respeto de los derechos generales de todo imputado, a conocer claramente los cargos que se le formulan, etc. La única referencia especial en la JGG se encuentra en el § 46, y establece que al darse a conocer el escrito de acusación por parte del fiscal al adolescente, debe procurarse hacerlo de tal modo de no perjudicar su educación, lo que también se ha entendido como un llamado a que dicha comunicación se haga de una forma comprensible para el adolescente, conforme a su edad. Una peculiaridad adicional, que resulta de la relación sistemática del § 67 de la JGG con las diversas reglas procesales aplicables a las causas de adolescentes, es que no sólo el defensor, sino también la persona encargada de la educación del adolescente, pueden acompañarlo en sus comparecencias, de modo que pueden servirle de apoyo para la comprensión de los cargos que se le notifican o de la acusación que se le comunica.

3.3.2. Derecho a Ser Escuchado en Forma Directa

Un elemento central del derecho de defensa establecido en favor de los jóvenes objeto de una imputación penal es el derecho que tienen a ser escuchado por las diversas autoridades y en las diversas etapas de tramitación de los procesos penales. En esta dirección, según tuvimos oportunidad de analizar, la CDN contempla exigencias fuertes respecto a la participación de los niños en el proceso, especialmente enfatizando la posibilidad que intervengan en forma directa dando su opinión respecto a las decisiones que lo puedan afectar, lo cual supone como mínimo contar con información que permita a los jóvenes expresar su punto de vista. La importancia de este derecho ha sido recientemente enfatizada

por el Comité de Derechos del Niño por medio de la elaboración de una nueva observación general referida específicamente al tema del derecho del niño a ser oído. En la sección relativa al derecho a ser escuchado en procedimientos penales judiciales, se contienen recomendaciones similares a las ya identificadas en el trabajo que sirve de base del presente.

De las legislaciones en estudio, pareciera que la LO 5/2000 de España es que la manifiesta mayor preocupación por hacerse cargo de las características especiales de este derecho. Así, en diversas secciones de la ley se manifiesta la especial preocupación del legislador que el joven sea escuchado (por ejemplo artículos 19, 32, 36, 37.2, 56.2, 58.2 y 60). Tal vez si la norma más explícita y genérica es la contenida en el artículo 22.1 letra d) que establece que desde el momento de incoación del expediente el joven tiene derecho a ser oído por el juez o tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente. Se trata de una norma bastante amplia, pero que presenta el problema que para su vigencia aparentemente requiere que el propio joven haga un ejercicio activo de su derecho. Sin que exista un mecanismo concreto de información específica para cada decisión podría tratarse más que de un derecho, de una orientación programática. En este sentido, es interesante una decisión del Tribunal Constitucional en una materia que podría considerarse análoga. En efecto, en un caso sobre el derecho a la última palabra de la defensa que veremos con más detalle, el Tribunal Constitucional señaló que "...el hecho que no se solicite por el propio recurrente o por su asistencia letrada no empece que el órgano judicial tenga el deber de ofrecer esta garantía..." . Si esta lógica se extiende al derecho a ser escuchado en general, éste impone una carga de comunicación a los tribunales que permite hacerlo efectivo.

En el contexto español, nuestra investigación nos permitió encontrar jurisprudencia relevante sólo en una de las manifestaciones específicas del derecho en análisis en la legislación de dicho país: el derecho del acusado a la última palabra contenido en el artículo 37.2 que regula la dinámica de la audiencia de juicio. Dicho precepto establece que antes de finalizar la audiencia de juicio pero luego de producida la prueba y la participación de todos los intervinientes, el "juez oirá al menor". A partir de ese momento el caso queda en condición de ser resuelto. El Tribunal Constitucional, en la sentencia que citamos en forma reciente, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este derecho. En lo que nos parece más relevante, el Tribunal establece que se trata de una garantía que favorece a los jóvenes por expreso reconocimiento de la LO 5/2000 y no solo por derivación de las reglas generales contenidas en la ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, se reconoce específicamente el hecho que esta garantía forma parte del derecho de defensa y, particularmente, al derecho de defensa personal. En una buena parte de su desarrollo el Tribunal justifica la función que este derecho cumple, pero especialmente tomando en consideración las reglas establecidas en la legislación española sobre la materia.

La regulación descrita contrasta con lo establecido en la LJPJ de Costa Rica.

En efecto, el artículo 24 de la misma contempla el derecho de los jóvenes a ser oídos bajo la idea del principio contradictorio. Sin embargo, la misma disposición señala luego este derecho está garantizado por la intervención de un defensor y del Ministerio Público dentro del proceso. Nos parece que la confusión se produce precisamente por tratar sistemáticamente el derecho a ser oído exclusivamente como parte del derecho a la contradictoriedad y no de la defensa personal. Esto permitiría que por la participación del defensor en las distintas actuaciones se entienda satisfecha la garantía sin necesidad de escuchar al joven imputado.

La legislación alemana, por último, establece la posibilidad o el deber de escuchar al adolescente de forma algo fragmentaria. Así, por ejemplo, conforme al § 44 de la JGG, el fiscal o el presidente del tribunal juvenil deberían escuchar personalmente al adolescente, antes de que se formule la acusación, cuando es de esperar la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad), audiencia que apuntaría a ofrecer al fiscal o los jueces la oportunidad de hacerse “una impresión” personal sobre el adolescente, incluso sobre su grado de desarrollo, en una atmósfera algo más “relajada” en la que el adolescente pueda expresarse de forma más desinhibida. La disposición, sin embargo, tiene muy escasa aplicación, por no estar formulada en términos categóricos. Otras disposiciones particulares establecen la audiencia del adolescente, por ejemplo, cuando se decide suspender la pena juvenil (privativa de libertad) a prueba y se determinan las condiciones de tal suspensión (§§ 57 y 58 de la JGG). Con todo, de la garantía constitucional establecida en el Art. 103.1 de la Constitución Federal Alemana se desprende, también para el proceso penal de adolescentes, un derecho del adolescente (que también es un deber, conforme a la legislación procesal penal común, aplicable también a la JGG) a estar presente en el juicio, y el derecho a ser oído sobre todas las cuestiones relevantes para la decisión. La JGG debe interpretarse y aplicarse en concordancia con esa garantía, si bien alguna tensión surge de la protección de los “intereses educativos” del adolescente, que explican la limitación al derecho a estar presente en el juicio, establecida por el § 51 de la ley, disposición que permite al presidente del tribunal hacer salir al adolescente cuando su presencia podría perjudicar su educación, regulación que despierta críticas y demandas de una interpretación y aplicación restrictiva.

Las legislaciones analizadas parecieran recoger, con distinta intensidad, la necesidad de contemplar mecanismos que permitan la posibilidad al joven de manifestar su opinión y la posibilidad de ser oído en diversos momentos por los jueces. Con todo, pudimos apreciar una cierta constante en el hecho que esos mecanismos no cuentan con una práctica de los tribunales que promueva de manera activa que la posibilidad de intervenir se transforme en una actividad cotidiana y cierta de dichos sistemas. En consecuencia, pareciera que la sola regulación de la posibilidad de ser oídos no basta para asegurar el ejercicio de este derecho en la práctica sino es acompañado de otros elementos que promuevan su uso activo.

3.3.3. Derecho a la Asistencia Apropriada

El ejercicio personal del derecho de defensa por parte del joven y el cumplimiento del derecho a ser oído normalmente no bastarán por sí solos para asegurar una defensa efectiva de los niños y jóvenes imputados. Para estos efectos, un derecho adicional contemplado en la legislación internacional es el de contar con una asistencia apropiada. Como tuvimos oportunidad de señalar, la legislación internacional, en especial la CDN, permite que esa asistencia sea prestada por otros profesionales (por ejemplo asistentes sociales) en la medida que sea “apropiada”. Además, vimos que para satisfacerse adecuadamente esta garantía requería que la asistencia fuera prestada en forma oportuna (desde los momentos iniciales de la persecución penal), gratuita y permanente (es decir durante todos las etapas del proceso).

La revisión de las legislaciones en estudio nos lleva a concluir que se trata en general de un derecho que encuentra un nivel fuerte de protección, incluso con estándares superiores a los establecidos en el ámbito internacional. Por ejemplo, este pareciera claramente el caso del sistema de Costa Rica. En efecto, el derecho del joven a una asistencia apropiada es comprendido en el sistema de dicho país como el derecho a contar con asistencia letrada (artículos 22 y 37 de la LJPJ), ello precisamente en la idea de contar con profesionales más cualificados en la asesoría de los jóvenes. Se entiende, además, que ese derecho es universal, es decir, todos los jóvenes lo tienen si hacer distinciones acerca de la relevancia o complejidad del caso.

El estudio detallado de las normas que establecen el derecho a la asistencia apropiada así como de la doctrina de Costa Rica permite observar que este derecho se hace operativo en la práctica cumpliendo las exigencias de oportunidad, gratuidad y permanencia establecidas en la legislación internacional. Sobre la oportunidad, tanto el artículo 22 como el 37 de la LJPJ establecen que el derecho a ser asistido por un defensor se tiene “desde el inicio de la investigación policial” (art. 22) y desde “el inicio de la investigación” (art. 37). La doctrina entiende que esto se refiere al primer momento de la persecución penal. Las mismas disposiciones citadas también resuelven la exigencia de la “permanencia” de la asistencia apropiada al establecer que ella se extiende “durante todo el proceso” (art. 37) y hasta que los jóvenes “cumplan con la sanción impuesta” (art. 22). Es decir, en donde se asegura la presencia del defensor no sólo a aquellas etapas procesales más tradicionales sino que se amplía a todo el período de ejecución de las consecuencias o sanciones establecidas por el sistema. Finalmente, la gratuidad es resuelta normativamente en el inciso segundo del artículo 37 de la LJPJ que señala que el Estado brindará un defensor público a los jóvenes que no cuentan con recursos económicos. Dicha norma se encuentra complementada por el artículo 4 del Código de la Niñez y Adolescencia de 1998 que establece que es obligación del Estado adoptar las medidas (administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole) para garantizar la plena efectividad de los derechos

fundamentales de los menores de edad. En la práctica, este derecho se hace efectivo por la existencia de un sistema de defensa pública, especializado de carácter estatal que atiende a un porcentaje mayoritario de las defensas del sistema.

En España se presenta una situación similar a la descrita en Costa Rica. En general, se entiende que el derecho a contar con asistencia apropiada se satisface cuando el joven cuenta con asistencia letrada. Esta exigencia es de mayor amplitud que tratándose de los adultos ya que en casos de simples faltas estos podrían asistir a juicio sin contar con un abogado, en tanto en los procesos seguidos contra jóvenes -sin distinción (faltas o delitos)- se debe contar con asistencia de un letrado. Tal vez si una particularidad interesante de la legislación española que la diferencia con la LJPJ de Costa Rica es que la regulación de este derecho no se agota sólo con la consagración de la asistencia letrada. En efecto, el artículo 22.1 e) amplía este derecho a contar con “asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento”, lo que involucra la asistencia de los padres u otra persona que indique el joven y la participación de psicólogos que forman parte de los equipos técnicos de tribunales, todos en apoyo del imputado.

El análisis de las reglas de la LO 5/2000, la doctrina y jurisprudencia española también permiten concluir que en dicho sistema el derecho a la asistencia apropiada se cumple respetando exigencias de oportunidad, permanencia y gratuidad. En materia de oportunidad, diversas normas dejan en claro que la idea del legislador es permitir la intervención del letrado desde los primeros momentos de la persecución penal. Esta situación se ha visto reforzada con la reforma introducida en la LO 8/2006 que esclareció la intervención del letrado aún antes de la toma de declaración que puede hacer la policía o el fiscal luego de practicada su detención. En efecto, el artículo 17.2 regula que el joven detenido tiene derecho a que su declaración se lleve en presencia de su abogado. Establece, además, que el joven tiene derecho entrevistarse con el letrado en forma reservada con anterioridad y al término de la declaración. Complementa a lo anterior el artículo 22.1 a) que establece el derecho del joven a designar abogado desde el momento de incoación del expediente y a entrevistarse con él antes de prestar declaración. Se trata de una norma que permite la intervención temprana del letrado en casos en que podrían iniciarse sin detención y que, por lo mismo, complementa la disposición del artículo 17. Además, el artículo 22.2 establece la obligación del fiscal, al comunicar la incoación del expediente, de requerir al joven y a sus representantes legales la designación de un defensor dentro del plazo de tres días. La jurisprudencia ha recogido con fuerza estos mandatos anulando casos en los que la intervención del joven imputado en el proceso se produjo sin una designación temprana del defensor en los términos que señala la ley.

En cuanto a la permanencia, de acuerdo al artículo 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la presencia del abogado defensor en todas las etapas

del proceso es considerada imprescindible, entendiéndose que ello cubre desde la detención hasta la ejecución de la pena.

Finalmente, respecto a la gratuidad, el artículo 22.2 de la LO 5/2000 señala que en caso que el joven no designe defensor dentro del plazo de tres días en que se le ha notificado la incoación del expediente, se le nombrará a un abogado de oficio del turno de especialistas del Colegio de Abogados. Ello se complementa con las reglas de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que son aplicables al proceso penal juvenil y aseguran la gratuidad del servicio.

En la JGG alemana también se ha ampliado la garantía de la defensa letrada, en comparación con la extensión que tiene en el proceso penal de adultos, pero no tiene los alcances generales que se le concede en Costa Rica y España. Así, si bien todo imputado tiene teóricamente derecho a designar un defensor de su elección en cualquier etapa del procedimiento (desde antes de que se inicie la etapa de investigación hasta después de concluida la ejecución de la sanción), ello no asegura, en la mayoría de los casos, el acceso a la defensa (ya en primer lugar, por la imposibilidad de solventar los costos, cuya regulación no difiere de la del proceso penal de adultos), que sólo queda garantizada en los casos de defensa obligatoria, establecidos, no con alcance general, sino sólo para determinados supuestos, que, con todo, son bastante amplios. Así, la defensa está asegurada (de forma gratuita), en concreto, en los casos de defensa obligatoria establecidos por el § 140 de la StPO – referidos, entre otros, a personas imputadas por delitos graves o especialmente complejos, sometidas a prisión preventiva, y personas que no pueden defenderse a sí mismas – y en los casos adicionales contemplados por el § 68 de la JGG, referidos al adolescente cuyo apoderado o representante legal ha sido privado de sus derechos parentales o de representación, y al adolescente que ha sido internado para la preparación de una pericia sobre su estado de desarrollo o, en general, ha sido objeto de internación provisoria.

La jurisprudencia alemana tiende a interpretar la causal de “gravedad del delito” (o “de la culpabilidad”) en función de la posibilidad de que por tal delito se imponga al adolescente una pena juvenil (privativa de libertad). La causal que más discusión parece generar en la jurisprudencia es la de que el inculpado “no pueda defenderse por sí mismo”, cuestión que ha tendido a afirmarse en casos de adolescentes inmigrantes con bajo dominio del idioma, o de adolescentes con un “nivel de formación [apenas] elemental”, o con “inteligencia disminuida”, así como, en ciertas ocasiones, para adolescentes con problemas de aprendizaje y especialmente, con problemas de dependencia de las drogas, y, en caso de adolescentes co-imputados, cuando algunos de ellos ya tienen defensor (lo que podría perjudicar al que no lo tiene) , lo que ha llevado a afirmar que la mayor parte de los adolescentes imputados deberían gozar de defensa obligatoria.

Por lo que respecta a la permanencia de la defensa obligatoria, está asegurada, en principio, hasta que la sentencia definitiva quede firme, pero también se extiende a las decisiones que pueden alterar el contenido de dicha sentencia, en sede de control judicial de la ejecución, particularmente en lo que respecta a la defensa obligatoria establecida en atención a la “gravedad de la culpabilidad” y en atención a la “incapacidad [del adolescente] de defenderse a sí mismo”. Desde el punto de vista de la oportunidad de la defensa obligatoria, en cambio, Eisenberg destaca, críticamente, que si bien es perfectamente posible designar defensor en esta etapa (por ejemplo, bajo la causal de imposibilidad de defenderse por sí mismo), rara vez se hace uso de este derecho, y que la presencia obligada del defensor sólo rige en la práctica durante el juicio oral (su ausencia es un motivo absoluto de nulidad), deficiencia que bien puede tener consecuencias durante el propio juicio, a raíz de errores cometidos en la etapa de investigación que impactan en él (peritajes y declaraciones que pueden llegar a ser empleados como prueba después). Dünkel confirma, por su parte, que empíricamente los adolescentes cuentan con abogado con menor frecuencia que los imputados adultos, pero destaca que la nueva regulación legal de la ejecución penal juvenil que abre importante campo a la defensa durante esta fase.

Los defensores, en todo caso, en Alemania no tienen una exigencia especial de capacitación o especialización en Derecho penal de adolescentes y criminalidad de adolescentes. Sin embargo, la exigencia de “especialización”, en el sentido de cierta disposición “educativa” en el ejercicio de su labor, puede llegar a ser problemática, cuando una defensa enérgica, más bien desarrollada en términos estrictamente contradictorios, es calificada de “confrontacional” (con el tribunal), lo que en casos aislados ha llevado a que sean excluidos por el tribunal de la defensa, bajo el pretexto de que no son “idóneos educativamente”, lo que ha sido enérgicamente criticado por la doctrina, que destaca cómo lo central en la relación defensor-adolescente es la relación de lealtad y confianza. De hecho, el “principio de confianza” es de especial importancia en relación con la elección del defensor. Conforme a este principio, que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), el tribunal debe dejar la elección a la decisión del imputado y, en caso necesario, darle oportunidad para informarse; conforme al § 142, párrafo 1, segunda frase, de la StPO, el tribunal debe respetar la decisión del imputado si no hay importantes razones para no hacerlo.

En los Estados Unidos, nuevamente el hito central a partir del cual se ha construido el derecho de asistencia apropiada del joven es el caso Gault. Sin perjuicio de la existencia de jurisprudencia previa en varios estados, es a partir de Gault donde la Corte Suprema toma una posición fuerte exigencia que el joven sea representado por un abogado en los casos de delinquency. Como puede observarse, nuevamente este derecho se articula con una exigencia más alta que la establecida en el sistema internacional ya que se considera como apropiada la asistencia cuando éste es prestada

en principio por un abogado. Con todo, es necesario tener presente que Gault se aplica a los casos de delinquency y, por tanto, no representa una obligación universal que cubra toda comparecencia de un joven a un proceso judicial. Incluso en dichos casos, la exigencia de asistencia letrada existe en la medida que el joven vea comprometida su libertad como consecuencia del caso que se sigue en su contra. En consecuencia, el estándar del tipo de asistencia es más alto en la cualificación profesional de quien la presta, pero presenta limitaciones respecto de los jóvenes que se benefician del mismo. En esta dirección, Costa Rica y España parecen mostrar un nivel mayor de protección.

Las autoridades estatales (policías o jueces por ejemplo) deben informar al joven de su derecho a designar a un defensor desde temprano, lo cual permite que este derecho se haga efectivo de manera oportuna. Como reforzamiento de esto Gault establece que también los padres del joven deben ser notificados del mismo derecho.

La revisión de la literatura y jurisprudencia de los Estados Unidos muestra que no existen diferencias importantes respecto a las exigencias de la permanencia (tampoco hay dudas acerca de la extensión del derecho durante todo el proceso) y gratuidad que hemos visto anteriormente, por lo que no nos detendremos en estos aspectos. Si parece más relevante consignar información acerca de la forma concreta en que los Estados implementan la decisión de Gault ya que ello da cuenta de cómo en la práctica es comprendido este derecho.

La forma en que Gault ha sido implementado en los distintos Estados presenta variaciones importantes. Así, aparentemente una minoría de Estados ha establecido la obligatoriedad de contar con un abogado ya sea durante todo el proceso (Iowa y Texas) o al menos a un asesoramiento preliminar. Es decir, el derecho de defensa letrado como obligatorio. La mayoría, en cambio, ha mantenido el criterio tradicional existente para adultos que permite al joven renunciar al derecho a ser asesorado por un abogado, es decir, que el derecho a defenderse personalmente es posible y válido. A partir de Gault se ha entendido que es posible renunciar al derecho a contar con un abogado en la medida que dicha decisión haya sido adoptada "competently and intelligently". Es decir, se permite la renuncia cuando el tribunal que conoce del caso puede asegurarse -debido a la edad del joven, su nivel de educación, la información que disponía y otros hechos relevantes- que éste podía tomar una decisión "inteligente" sobre su derecho. Básicamente, lo que se trata de evitar es que un derecho de la importancia que tiene el de asistencia apropiada pueda ser renunciado, generando perjuicio significativo al joven si es que éste no tenía competencia para tomar una decisión voluntaria, informada y con comprensión de sus consecuencias. Como se puede observar, se trata de un estándar bastante abierto y complejo, lo que se ha traducido en una cantidad enorme de jurisprudencia, tanto a nivel federal como local, en el que se intentan precisar situaciones en que corresponde o no admitir el

desistimiento del derecho. También se identifican regulaciones legales que establecen exigencias o requerimientos distintos para admitir la validez de los desistimientos. Todo ello da cuenta que no obstante la renuncia al derecho de defensa letrada es común para adultos y jóvenes, en estos últimos, derivado de su estado de desarrollo y madurez, se generan reglas más estrictas que tratan de lidiar con los mayores riesgos que significa la admisión de la renuncia.

Para tener una imagen gruesa de diversos mecanismos legales y jurisprudenciales establecidos para recoger esta diferencia del joven resulta útil la identificación que hace Shepherd en donde agrupa tres categorías: (a) Estados o casos que imponen para validar el ejercicio del desistimiento que el joven sea asesorado por un abogado para la toma de su decisión; (b) Estados o casos en los que sólo se admite la validez del desistimiento luego que el joven consulte con sus padres o tutores; y, (c) Estados o casos que aceptan la renuncia caso a caso sobre la base de considerar la totalidad de las circunstancias que rodean al ejercicio de la renuncia.

Volviendo al tema principal, a nivel federal las regulaciones principales sobre esta materia se encuentran en la FJDA, específicamente en su sección 5034 referida a las obligaciones de los jueces respecto de los jóvenes objeto de persecución federal. Así, una primera obligación del juez federal es la de asegurarse que el joven tenga representación de un abogado antes de cualquier “etapa crítica” del proceso. Se puede observar que no se trata de una garantía universal para “toda” etapa sino sólo las críticas. Ahora bien, el juez procederá a designar a un abogado si el joven, sus padres o guardianes no tienen condiciones financieras para pagar al abogado o, teniéndolas, no han designado a un abogado (en este último caso puede ordenar que se le pague al abogado una tasa razonable por su trabajo). La sección 5034 refuerza la representación del joven estableciendo que el juez debe también designar un “curador ad litem” si es que los padres o tutores del joven no están presentes o si estándolo ellos no ayudaran al joven a la preparación del juicio o hay razones para creer que sus intereses son adversos a los del joven.

3.4. Exigencias más Estrictas para la Renuncia de Derechos que Integran al Debido Proceso

En el trabajo previo establecimos que la legislación internacional reconocía a niños y jóvenes que son objeto de persecución penal la posibilidad de renunciar a ciertos derechos procesales, especialmente cuando esa renuncia les puede permitir obtener una mejor posición para satisfacer sus intereses. En ese contexto, señalamos que el gran desafío que impone la legislación internacional a los Estados es el de reforzar los mecanismos de aseguramiento de la voluntariedad e información que deben tener los jóvenes al momento de renunciar a un derecho, tomando especialmente en consideración que por su madurez y estado de desarrollo personal no tienen las mismas capacidades que un adulto para comprender las

consecuencias de sus decisiones. Señalamos que un caso paradigmático en esta materia está constituido por el derecho a no auto incriminarse, no obstante se trata de un tema que tiene varias otras manifestaciones posibles de ser analizadas.

En lo que sigue analizaremos las condiciones bajo las cuales las legislaciones en estudio permiten la renuncia a este derecho. Es decir, la posibilidad que tienen los jóvenes de no ejercer su derecho a guardar silencio y prestar declaración en el desarrollo de un proceso seguido en su contra.

Tanto en Costa Rica como en España se permite la posibilidad que el joven imputado preste declaración en el desarrollo del proceso, lo que incluye potencialmente la declaración en el momento inicial en que han sido detenidos. Con todo, esta declaración sólo es admisible en la medida en que se presta con la asistencia de un abogado, lo que establece un sistema de control bastante fuerte destinado a asegurar que el joven tome la decisión de declarar informado acerca de las consecuencias de la renuncia a su derecho. A continuación revisaremos con algo más de detalle cómo se articulan normativamente estas regulaciones.

La LJPJ reconoce el derecho a no auto incriminarse del joven imputado en su artículo 17 al establecer que “Ningún menor de edad está obligado a declarar en contra suyo” y en el artículo 81 inciso segundo que establece que “Los menores de edad pueden abstenerse a declarar”. A su vez, el procedimiento contenido en la LJPJ se estructura sobre de la existencia de una declaración del joven imputado desde etapas tempranas del procedimiento. En efecto, el artículo 81 establece que una vez que el joven sea puesto a la disposición del Juez Penal Juvenil, éste debe –dentro de las 24 horas- proceder a tomarle declaración. En este escenario, la LJPJ establece diversas regulaciones que pretenden asegurar que el joven pueda ejercer su derecho a no auto incriminarse o renunciar al mismo. El artículo 37 establece que no puede recibirse ninguna declaración a un joven sin que cuente con la asistencia de un abogado. Dicha regla es luego desarrollada con mayor especialidad en los artículos 82 y 83. Ambos artículos se ocupan de la declaración prestada por el niño o joven haciendo una diferenciación si estos tienen más de 12 y menos de 15 (caso en el cual se aplica el artículo 82) y más de quince y menos de 18 (se hace aplicable el artículo 83). La principal diferencia entre ambos estatutos es la aplicabilidad de las reglas de la declaración de adultos o no. Básicamente la LJPJ señala que ellas no se aplican a los menores de 15 y sí a los mayores. Esto ha generado una polémica importante ya que podría ser leído como una restricción de garantías en favor de los niños que se encuentran en una posición más vulnerable. Con todo, como sostiene un autor, la lectura más lógica de la misma no es que se reducen las garantías sino que la declaración debe realizarse en un ambiente de distensión. Además, ambas normas establecen que la declaración debe producirse –además de en presencia de los abogados- de los padres, tutores, guardadores o representantes.

La LO 5/2000 de España presenta una regulación más sencilla que la de Costa Rica, pero con bastante similitud. Así, el artículo 17.2, que regula la situación de los jóvenes detenidos, establece que declaraciones se llevarán a cabo en presencia de letrado y de aquellos que ejerzan patria y potestad (salvo que las circunstancias no aconsejen la presencia de estos últimos). A falta de estas personas (por ejemplo porque no pudieron ser ubicadas) la LO 5/2000 establece que debe haber presencia de un fiscal distinto al responsable de la instrucción. Como se puede apreciar, se trata de establecer protecciones que son muy superiores a las previstas para adultos ya que involucran a terceros distintos al joven y su abogado.

En los Estados Unidos también es posible encontrar un reconocimiento fuerte del derecho a no auto incriminarse. En efecto, desde Gault en adelante la Corte Suprema de dicho país ha reconocido que en los procesos penales en contra de jóvenes se hace aplicable el derecho a no auto incriminarse, debiendo tenerse presente que varios Estados habían llegado a la misma conclusión en forma previa a dicha decisión. Las diferencias con los otros países que hemos revisado, significativas en algunos casos, se presentan en el conjunto de protecciones establecidas en favor de los jóvenes para hacer válida su renuncia. En principio, la principal protección está constituida por la obligación que tienen los agentes estatales de informar al joven de sus derechos Miranda antes de proceder a cualquier interrogación en condiciones de custodia. Los derechos Miranda incluyen como elemento central la información del derecho a guardar silencio, de que todo lo que diga el joven pueda ser utilizado en su contra, del derecho que tiene de tener un abogado presente en el momento de la interrogación y que ese derecho corre por cuenta del Estado sino tiene medios para solventarlo. En ese contexto, si el joven decide “voluntariamente” renunciar a sus derechos Miranda, la declaración prestada será legítima y podrá ser utilizada por el sistema. Para determinar la voluntariedad de una confesión, el tribunal respectivo debe ponderar la totalidad de las circunstancias en las que se produjo la declaración, considerando diversos factores vinculados a la madurez, nivel de educación, conocimiento y comprensión de los cargos, entre otros. Como se puede apreciar, en esta lógica no existe la obligatoriedad de la presencia del abogado u otro tercero como ocurre en España o Costa Rica a menos que el joven así lo exija. Como veremos un poco más adelante, hay varios Estados que han establecido exigencias adicionales que se apartan de este estatuto.

La lógica descrita tiende a ser una reproducción de la forma es que está regulada la renuncia al derecho a guardar silencio en el caso de los adultos. Con todo, tanto la jurisprudencia como la doctrina, acuerdan que los estándares para analizar la voluntariedad de la renuncia del joven deben tener un cuidado mayor que tratándose de un adulto debido a la especial posición en que se encuentran los primeros. Aquí aparece un elemento claro de especialidad en el tratamiento en favor de los jóvenes.

Como anticipábamos, diversos Estados han establecido regulaciones

más exigentes que la analizada hasta el momento para darle validez a la renuncia del derecho a guardar silencio, fundamentalmente por medio de establecer la necesidad de asesoramiento o la presencia del abogado o una persona adulta responsable del joven al momento de tomar la decisión de prestar declaración. Un ejemplo a nivel legislativo es el Estado de Colorado en donde se establece como un requisito de admisibilidad de la declaración del joven la presencia de un padre o guardador en el interrogatorio. Además, es posible identificar varios estados donde es la jurisprudencia la que exige la presencia de un adulto responsable (padre, tutor o guardador) e incluso la de un abogado como requisito de validez de la renuncia al derecho a guardar silencio. El Estado de Vermont es uno de aquellos en los cuales la jurisprudencia ha establecido exigencias adicionales al desarrollo a nivel federal, justificando su posición en el reconocimiento explícito de la diferencia existente entre jóvenes y adultos y la necesidad, a partir de dicha diferencia, de establecer protecciones especiales. La Corte Suprema de dicho Estado ha sostenido que para renunciar al derecho a ser asesorado por un abogado y a guardar silencio se requiere previamente que el joven sea asesorado o reciba el consejo de un tutor o consejero responsable y que, además, se notifique a su representante antes de cualquier interrogatorio. Se ha establecido también que el adulto que cumple la función de consejero o asesor no sólo debe estar genuinamente interesado en el bienestar del joven sino que ser completamente independiente de la persecución penal y estar informado de los derechos de la persona a quien presta consejo.

En el caso alemán, frente a la pretensión que algún comentarista (bajo una comprensión tutelar del “principio educativo”) manifestaba hace algunos años, de que los objetivos educativos justificarían que la presión psicológica que el proceso y, particularmente, la prisión preventiva, producían al adolescente fuese aprovechada para provocar en él una “catarsis”, que le llevase a “abrirse”, reconociendo su responsabilidad (lo que se entendía como un resultado positivo para su “educación”), en años más recientes se ha impuesto la doctrina conforme a la cual el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra, con base constitucional (Arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental) y legal (§§ 136 y 136a de la StPO) en el proceso penal de adultos, también rige plenamente para los adolescentes, y prohíbe restringir el derecho del adolescente a guardar silencio, a consultar con un abogado y a no ser sometido a ningún tipo de métodos de interrogación que afecten su libertad para decidir, por supuestas razones educativas.

Más allá de esta aplicación a los adolescentes de las garantías generales del proceso penal, no hay reglas que explícitamente les den protección reforzada. Pero la doctrina sí da cuenta del desarrollo de interpretaciones de las garantías generales, que atienden a la especial situación del imputado adolescente.

Ello ocurre, por ejemplo, con la determinación del umbral que debe emplearse para dar por presentes en el caso alguno de los métodos de

interrogatorio prohibidos por el § 136a de la StPO (como interrogar en situación de agotamiento físico, apremios y afectación relevante al bienestar del imputado, así como de sufrimiento psicológico).

También se interpretan de forma especial para el caso de los adolescentes algunas de las reglas que, en el § 136 de la StPO obligan a informar al imputado sobre sus derechos. Una primera precisión que la doctrina hace es que, exigiendo estas normas, más que una información, una “instrucción” (Belehrung) al imputado, ello supone por parte de quien la práctica, asegurarse de que el imputado entiende bien aquello sobre lo que se le está instruyendo, con evidentes exigencias especiales de claridad frente a un imputado adolescente.

Por su parte, si bien la aplicación “especializada” de estas reglas ya no parece traducirse en restricciones, “educativamente” fundadas, a la extensión que se da a la información e instrucción (como las que proponía Brunner), sin embargo, algunas zonas grises subsisten, como la declaración del adolescente ante un perito, o ante al representante de la Asistencia a los Tribunales Juveniles que debe efectuar el diagnóstico sobre su desarrollo y sus condiciones de vida e informar al Tribunal, declaración respecto de la cual hay disputa sobre si está sujeta o no al § 136 de la StPO ; en el segundo caso, con todo, parece imponerse la visión de que es obligatorio informar al adolescente sobre sus derechos, al punto de que su omisión se traduce en prohibición de valorar la información ahí obtenida, , si bien la presencia de un defensor sólo tiene lugar excepcionalmente, ante una exigencia explícita del adolescente.

Por último, otro punto en que alguna doctrina plantea la importancia de una interpretación atenta a las particularidades del adolescente, es en la determinación de la frontera entre la “conversación informal” que la policía puede tener con un adolescente, aun no considerado imputado, y el interrogatorio formal, al que debe preceder una instrucción de sus derechos, frontera que, respecto de adolescentes, con menor capacidad para poner límites a la injerencia de la autoridad policial, debe ser adelantada en el tiempo, de modo que el espacio de “conversación informal” se reduzca drásticamente y al adolescente se le instruya muy pronto sobre sus derechos; todo ello, teniendo en cuenta el peligro de que afirmaciones hechas por el imputado en la conversación informal sean retomadas luego en la interrogación propiamente tal, en perjuicio del imputado.

4. Segundo Eje: Estrategias Vinculadas a la Estructura General del Procedimiento en el Derecho Comparado

Un segundo eje de análisis en donde el principio de especialidad tiene un impacto relevante en el diseño de los procesos juveniles está vinculado a la protección de un conjunto de valores propios del sistema juvenil que necesariamente tienen consecuencias procesales, tales como la prioridad de los fines de prevención especial positiva, que, en algunos sistemas

comparados se expresa en términos de un “principio educativo”. En un trabajo anterior se explicó esto con más detalle, por lo que no se volverá aquí sobre ello. En dicha ocasión se identificó tres elementos estructurales de diseño procesal concretos que surgen como consecuencia de la consideración de estos valores específicos que el sistema de justicia juvenil debe satisfacer, se trata de: la flexibilidad del proceso; la protección de la privacidad de los jóvenes y el énfasis en el joven.

En lo que sigue, veremos cómo estos tres aspectos han sido recogidos en el ámbito comparado en las legislaciones en estudio.

4.1. Necesidad de un Proceso Flexible y Liviano

La idea que los procesos seguidos en contra de niños y jóvenes presenten niveles mayores de flexibilidad o sean concebidos como “más livianos” que los de los adultos es, en buena medida, una consecuencia de la prioridad de los fines de prevención especial, que impera en los sistemas de justicia juvenil. Esta es una idea que parece estar asentada claramente en la doctrina de los países objeto de nuestro estudio, si bien, con frecuencia, con una cierta ambigüedad respecto de los fines que persigue.

En el caso alemán, Albrecht sostiene que la doctrina enfatiza que, a partir del “principio educativo”, el proceso penal debe ser especialmente elástico y que preceptos rígidos deben mantenerse circunscritos a la medida mínima inevitable pues la hipertrofia de lo formal impide a menudo -ya en el planteamiento- la realización del “principio educativo”. De ello precisamente deduce la necesidad de una celeridad especial de este tipo de procedimientos. Este “principio de celeridad” (*Beschleunigungsprinzip*), como se vio, se fundamenta, en parte, en función de necesidades educativas asociadas a una sanción pronta (para asegurar su “efecto educativo”); en parte, en función de la protección del adolescente en contra de una exposición muy prolongada a la justicia penal o contra la incertidumbre y miedo frente al desenlace que podría tener el proceso. También se fundamenta, complementariamente, en meras razones de economía procesal.

En España, por su parte, Ornos fundamenta la celeridad, no tanto en la idea de garantía de “plazo razonable” destinada a evitar el estado de incertidumbre generado por el proceso, ni en el desmedro que su extensión podría tener para la presunción de inocencia, sino principalmente en el propósito de asegurar aquella finalidad: “...la actuación judicial debe ser rápida porque el tiempo en los menores no es igual que los adultos y si la respuesta judicial a la comisión de un hecho delictivo se demora en el tiempo, la finalidad educativa que se persigue queda totalmente distorsionada y en muchos casos, puede ser contraria a ese fin”.

La flexibilidad procesal, con todo, que, como se ve, no siempre se funda en la protección de garantías procesales, a veces parece colisionar con

parecer entrar en tensión con ellas; por ejemplo cuando a partir de una excesiva celeridad o flexibilidad del procedimiento no se otorgue un espacio real al adolescente para el ejercicio del derecho de defensa. En alguna medida, el debate en los Estados Unidos se orienta en la dirección descrita. En efecto, históricamente en dicho país el proceso juvenil ha sido considerado como un proceso muy dinámico y extremadamente flexible, entregando niveles importantes de discrecionalidad a los jueces para que sea llevado adelante. Con todo, esa discrecionalidad permitió que durante varias décadas se tratara de un proceso con un respeto mínimo de garantías individuales de los jóvenes no obstante estos enfrentar consecuencias igualmente severas que las que se pueden derivar de un proceso penal de adultos. Ello ha llevado a que a partir de Gault, la tendencia del sistema sea reconocer más garantías para limitar la discrecionalidad y de esa manera formalizar un poco más el proceso, el que en todo caso se sigue manteniendo en lo esencial como un procedimiento flexible e informal. Como se vio, también en Alemania se ha advertido que una dimensión de la flexibilidad, el “principio de aceleración”, puede entrar en tensión con las exigencias de un “proceso justo”.

En las legislaciones en estudio, nos parece identificar cuatro estrategias procesales específicas que pretenden plasmar esta idea de flexibilidad y sencillez del proceso juvenil.

4.1.1.- Simplificación Procesal

En primer lugar, están las estrategias que se podrían denominar como simplificación procesal. Es decir, estructurar al procedimiento juvenil desde un modelo simplificado o más sencillo que el proceso de adultos. Esto se logra fundamentalmente eliminando o centrando etapas o pasos procesales, de forma de evitar que por vía de trámites excesivos se produzcan alargamiento innecesario del proceso.

En el caso de Alemania, la simplificación procesal encuentra, en cierto sentido, una primera, y muy temprana (desde 1923, reformada en 1953), expresión en la facultad del juez (independiente de la aplicación del principio de oportunidad por parte del fiscal), de suspender de propia iniciativa (o a iniciativa del fiscal) el proceso formal, para proceder en su lugar a la imposición de una de las “medidas educativas” de la ley (que son consecuencias jurídicas formales, también susceptibles de ser impuestas previa condena) o procurar la conciliación entre el adolescente y la víctima. Fuera de esa institución, que en cierto sentido puede verse más como una forma de “diversificación procesal”, que como una de simplificación del proceso, el principal mecanismo de simplificación procesal, propiamente tal formal, contemplado por la JGG alemana, con su ambivalente fundamentación (respuesta educativa oportuna, protección de garantías, economía procesal), es el procedimiento simplificado (en los §§ 76 y ss. de la JGG), procedente en los casos en que el fiscal no pida la suspensión del procedimiento, pero tampoco considere necesario seguir

un proceso con todas las formalidades del procedimiento intermedio y el juicio oral, y siempre que se trate de casos de criminalidad leve o mediana, en que sea improbable la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad), y que no presenten complejidades probatorias. Sin perjuicio de esta institución, propia del proceso penal de adolescentes, se ha criticado que, en aras de otras particularidades del proceso de la JGG, que atienden a fines distintos, en los proceso penal de adolescentes se excluya, como se vio, la aplicación de instituciones procesales comunes que también están al servicio de la celeridad, como el “procedimiento acelerado” o el “procedimiento por mandato penal”.

La misma lógica de simplificación procesal inspira el diseño de los procesos en España y Costa Rica. En ambos es posible identificar una orientación simplificadora del proceso establecido en relación a las regulaciones del proceso ordinario para adultos, especialmente en materia del desarrollo de la etapa de investigación.

Como tuvimos oportunidad de mencionar, en España el proceso juvenil se construye a partir del procedimiento abreviado regulado para los adultos en el título II del Libro IV (artículos 757 y siguientes) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata de un procedimiento que se utiliza respecto de hechos delictivos con penas potenciales de mediana gravedad, por lo que tiene una vocación por una mayor sencillez en las formas y trámites procesales en general, pero con especial énfasis en la etapa de instrucción.

En el caso de Costa Rica, como señala Tiffer, el diseño del proceso juvenil es muy flexible que el de adultos ya que “...es un proceso que no está estructurado en fases, es un proceso que se diferencia del de adultos porque no tiene un carácter lineal.” Esto también se refleja en una tendencia general del proceso de Costa Rica a operar sin una etapa de instrucción demasiado formalizada con posterioridad a la intervención del juez de control de garantías. El reflejo más intenso de esta lógica está contenido en el artículo 79 de la LJPJ que regula un procedimiento acelerado tratándose de hechos sorprendidos en flagrancia. En efecto, de acuerdo a esta norma, el Ministerio Público tiene un plazo de cinco días siguientes a que el joven haya sido puesto a disposición del Juez Penal Juvenil, es decir, en donde derechamente no se contempla una verdadera etapa de instrucción y se obliga muy rápidamente al fiscal a requerir la realización del juicio.

4.1.2.- Abreviación de Plazos

Un segundo tipo de estrategias para lograr el objetivo de tener un proceso liviano es el establecimiento de plazos más breves o límites temporales más estrictos para las distintas actividades procesales en el proceso juvenil en relación al de adultos.

Como ya tuvimos oportunidad de revisar en secciones anteriores,

especialmente en materia de duración de la prisión preventiva, existe una tendencia importante de las legislaciones en estudio a establecer plazos más acotados que tratándose de la legislación de adultos. Costa Rica y España, parecen claramente caer dentro de esta descripción.

En el caso de Costa Rica, esta tendencia general se refuerza con el artículo 53 LJPJ. Esta disposición regula los casos en donde la ley no establece plazos y le entrega la facultad al juez de fijarlo “racionalmente” para lo cual se establecen como parámetros “la naturaleza del procedimiento y la importancia de la actividad que deba cumplirse.” Al incluir el criterio de la “naturaleza del procedimiento” es juez necesariamente debe considerar las características especiales del sistema juvenil que aconsejan contar con plazos más breves que los adultos. En este sentido Tiffer afirma “la autoridad jurisdiccional al fijar los plazos o su extensión debe no sólo considerar la racionalidad, naturaleza e importancia del acto, sino que también debe tomar en cuenta los principios de sumariedad y celeridad del proceso penal juvenil”.

En el caso de Alemania, como se vio, no se contemplan plazos especiales, más breves, para el proceso, si bien el “principio de celeridad” se traduce, en general, en procesos más reducidos, y, respecto de los adolescentes sometidos a prisión preventiva, rigen los plazos máximos de la legislación procesal penal común (seis meses, prorrogables bajo condiciones relativamente exigentes), además de algunas medidas desarrolladas por la práctica judicial y la jurisprudencia, que tienden a acortar su duración en comparación con los procesos penales seguidos contra mayores de edad.

4.1.3.- Limitación de Sistemas de Impugnación

Un tercer tipo de estrategias para lograr la rapidez del proceso consiste en el rediseño de los sistemas de impugnación, particularmente de la sentencia definitiva. En efecto, en muchos sistemas jurídicos una buena parte de la extensión de los procesos se explica a partir de la multiplicidad de mecanismos de impugnación disponibles y de las demoras que se producen a partir de la tramitación de los mismos. En consecuencia, una restricción en el uso de los mismos podría traducirse en ganancias importantes en materia de abreviamento de los plazos de duración de un proceso.

Cuando se habla de restricción de vías de impugnación no sólo se está pensando en la eliminación de un recurso específico, sino por ejemplo en limitar sus alcances o contenidos o la legitimación activa del mismo (por ejemplo excluir a los fiscales como potenciales agraviados que pueda recurrir). Una restricción excesiva de recursos podría afectar potencialmente el derecho de un joven de recurrir en contra de una sentencia condenatoria, contemplado como un derecho en los tratados internacionales de derechos humanos.

Dentro de las legislaciones estudiadas es posible notar que en su mayoría el sistema recursivo del proceso juvenil sigue de cerca las pautas del establecido para adultos. Este es el caso de Costa Rica, España y Estados Unidos. El único sistema que presenta diferencias significativas es Alemania, donde, como se vio, la JGG, fuera de eliminar la posibilidad de interponer, sucesivamente, apelación y revisión, que sí se contempla en la legislación procesal penal común, forzando a interponer una u otra (dependiendo del tipo de decisión recurrida) , excluye la posibilidad de recurrir en contra de la determinación de la naturaleza y cuantía de las medidas no privativas de libertad, restricción que, no obstante su positivo efecto en la reducción de la duración del proceso, incluso cuando se fundamenta en el “principio de celeridad”, puede ser problemático por entrar en tensión con las exigencias de un “proceso justo” , más problemático todavía parece cuando se la fundamenta en la “necesidad educativa” de mantener ante el adolescente, la “autoridad” del fallo y del juez que lo dictó, o en puras razones de economía procesal.

4.1.4. Limitación de Contenidos a Discutir en el Proceso Penal Juvenil

Finalmente, una cuarta posibilidad para lograr un proceso más liviano y breve está en excluir del proceso juvenil algunos debates que normalmente forman parte de los procesos penales de adultos y que, por complejizar los contenidos de la discusión, tienden naturalmente a alargar el desarrollo de las distintas etapas del proceso. La idea entonces es que al limitarse los contenidos a debatir en el proceso esto debiera naturalmente producir una simplificación y acortamiento del mismo.

El ejemplo más paradigmático en este punto está constituido por la determinación de la responsabilidad civil derivada del hecho constitutivo del delito juzgado. Con la excepción del caso de los Estados Unidos, las legislaciones en estudio permiten que en el proceso penal de adultos sea tramitada también la acción civil destinada a establecer la responsabilidad en este ámbito. Se trata de un debate que generalmente agrega aspectos probatorios nuevos no incluidos en la cuestión penal, como también debates jurídicos diversos, por lo que se aumenta la complejidad del proceso.

En este contexto, Costa Rica constituye un ejemplo de esta estrategia de simplificación del procedimiento. En efecto, el artículo 55 de la LJPJ establece que la acción civil destinada a obtener el pago de daños y perjuicios ocasionados por los hechos imputados al joven deben tramitarse ante los tribunales civiles de acuerdo a las reglas establecidas en la legislación procesal civil y con prescindencia de lo dispuesto por la resolución que adopte el Juez Penal Juvenil. Algo similar ocurre en la legislación alemana ya que de acuerdo al artículo 81 de la JGG no se aplican al proceso penal juvenil las disposiciones de la Ordenanza Procesal Penal en materia de indemnización a la víctima por las consecuencias sufridas por el delito. En

España, la LO 5/2000 permite la discusión de la acción civil (artículos 61 a 64), pero establece que ello debe hacerse en un proceso en un proceso especial y separado del procedimiento penal. En consecuencia, si bien no se saca completamente el debate de la cuestión civil, al menos se intenta por vía de abrir un cuaderno separado resolver este asunto sin interferir en la parte penal del proceso.

4.2. Protección de la Privacidad (vida privada)

Otro mandato central de las normas internacionales en relación a la estructura del proceso es que en éste debe resguardarse al máximo la vida privada de los niños en todas sus etapas. La protección de la privacidad del niño durante el proceso seguido en su contra es un valor del sistema que corre bastante alto y que es propio o específico de los sistemas de responsabilidad juvenil y que encuentra un fuerte reconocimiento en la legislación internacional según se tuvo oportunidad de analizar. En este marco, la protección de la privacidad del niño presenta tres alcances con implicancias de carácter procesal sobre los cuales analizaremos las legislaciones en estudio.

4.2.1. Reconocimiento General de la Privacidad

Un primer elemento en análisis es identificar la manera en que en cada uno de los países es reconocido el derecho del joven a la privacidad. En general, podemos afirmar que las legislaciones en estudio entregan amplio reconocimiento a este derecho en diversas disposiciones legales. Con todo, como veremos más adelante, ellas tienden a regular con más detalle algunas de las manifestaciones específicas de la privacidad y no establecer el ámbito general de la misma.

Dentro de las legislaciones revisadas, la de Costa Rica pareciera ser la que se hace cargo en forma más explícita e intensa del tema en términos de principio general. En efecto, el artículo 20 regula el derecho a la privacidad estableciendo que los jóvenes tienen derecho a que se respete su vida privada y la de su familia, lo que se traduce en la prohibición de divulgar “la identidad del menor de edad sometido al proceso”. El artículo 21 de la LJPJ complementa lo anterior al regular el “principio de confidencialidad”, según el cual deben tener tal calidad los datos sobre los hechos cometidos por los jóvenes objeto de persecución penal de conformidad a la LJPJ. Además, se establece la obligación de en todo momento respetar la identidad e imagen del menor de edad. A lo anterior, es necesario agregar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 21 de la LJPJ que establece el deber a los jueces penales juveniles de procurar que la información que brinden sobre estadísticas judiciales no contravenga a los derechos a la privacidad y a la confidencialidad.

Se puede ver que se trata de un nivel de protección bastante intenso. Por

ejemplo, como destaca Amador sobre la confidencialidad, ésta no sólo cubre el expediente o carpeta de investigación sino que el dato “En otras palabras la confidencialidad de los datos debe ser guardada por aquellos funcionarios y oficinas que los generaron... Ese mismo alcance tendrá el registro del resultado del proceso seguido en contra del menor de edad, siendo confidenciales los registros donde se archiven dichos datos”.

Las disposiciones de la LJPJ se complementan con diversas normas contenidas en el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica. El artículo 27 de dicho cuerpo legal contempla la prohibición de difusión de fotografías e imágenes de los jóvenes y la publicación del nombre u otro dato personal del joven imputado que permita su identificación. El artículo 28 establece la posibilidad de utilizar una medida cautelar de suspensión del acto en el que se infrinjan las prohibiciones del artículo 27. Además, los artículos 188 y 190 establecen sanciones a quienes infrinjan las disposiciones del artículo 27. Para los funcionarios públicos ellas en una falta grave que admite despido justificado y para todo el resto la posibilidad de aplicar una multa.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional también ha reconocido la importancia de estas regulaciones. Así, ha sostenido que “Todo menor a que se le imputa la comisión de un hecho punible, es titular del derecho a la intimidad y privacidad de los acontecimientos que tienen relación con el hecho que se le atribuye, de tal razón que en atención a las especiales condiciones de estas personas y con la finalidad de no causar en forma innecesaria una lesión a la honra de éstas, lo dispuesto por estos artículos resulta ser un derecho fundamental que debe protegerse en esta sede...”.

En el caso de la legislación Española, el texto original de la LO 5/2000 no establecía ninguna regla general sobre materia de privacidad o confidencialidad. Sólo a partir de la reforma introducida en la LO 8/2006 se avanzó en esta dirección por medio de la incorporación del artículo 35.3 que establece que quienes ejerciten la acción penal deben respetar rigurosamente el derecho del joven a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que consten en el expediente seguido en su contra. Además, establece que los infractores de esta regla se hacen acreedores de responsabilidades civiles y penales que correspondan. Esto se complementa con el artículo 64.5 que, a propósito del procedimiento para determinar la responsabilidad civil, señala que al juez le corresponde establecer las condiciones que permiten preservar la intimidad del menor. Se puede apreciar se trata de una regulación más escueta que la de Costa Rica pero orientada en una dirección muy similar.

A nivel federal en los Estados Unidos, la regla de confidencialidad de los procedimientos está regulada en la sección 5038 de la FJDA. El principio rector de la regla es que tanto durante como una vez finalizado el proceso penal juvenil los registros del mismo deben ser salvaguardados frente al acceso de personas “no autorizadas”. La regla luego identifica seis

casos en los cuáles sí debe darse acceso necesariamente a los registros. En todo caso, se esclarece que no se liberan los registros tratándose de postulaciones a trabajos, licencias u otros derechos y privilegios.

Según la jurisprudencia asentada en dicho país, dicha regla autoriza como legítimo el establecimiento de confidencialidad de los procesos juveniles, pero no obliga a que esto sea así. En otras palabras, se entrega discrecionalidad al juez para determinar en cualquier momento la necesidad o no que los procesos sean llevados de manera confidencial. Por lo mismo, se trata de una decisión que debe tomarse caso a caso.

La sección 5038(e) aborda específicamente el tema de la difusión del nombre y fotografías de los jóvenes sujetos al procedimiento juvenil, estableciendo restricciones sobre la misma pero no una confidencialidad absoluta, entregándole también discreción al juez para decidir sobre el tema. En este sentido, hay jurisprudencia federal que ha señalado que la prohibición de hacer público el nombre o la fotografía de un joven es compatible con la constitución, pero no puede aplicarse a los medios de comunicación del sector privado.

En Alemania, el principio general del proceso penal de adolescentes de exclusión de la publicidad del juicio, también sirve de base a la doctrina, y a alguna jurisprudencia, para afirmar una serie de restricciones que pretenden preservar la privacidad e imagen del adolescente acusado, por ejemplo, la prohibición de divulgar su identidad en los letreros que identifican la causa en los paneles publicados fuera de la sala, o en la citación para una apelación, así como la prohibición a los reporteros, en caso de que por excepción hayan sido admitidos en la sala de juicio, de divulgar cualquier dato o imagen que pueda conducir a la identificación del adolescente.

4.2.2. Privacidad y Publicidad del Juicio Oral

Las normas que establecen la privacidad o confidencialidad de los procesos juveniles tienen un impacto muy significativo en una de las características básicas del proceso de adultos: su publicidad. En las cuatro legislaciones en estudio el carácter público del proceso de adultos, en especial del juicio oral, constituye un punto central de su diseño. En estos mismos países es posible encontrar claras restricciones a dicha publicidad tratándose de juicios seguidos en contra de jóvenes.

El artículo 99 de la LJPJ de Costa Rica regula esta materia en forma específica. Al establecer que la audiencia de juicio deberá ser “oral y privada” so pena de ser declarada nula en caso de incumplimiento. De esta forma la legislación de Costa Rica opta por entregar una mayor al valor de la intimidad que la publicidad del proceso. En todo caso se entiende que la privacidad de la audiencia no incluye ni a la víctima ni a los padres del acusado que pueden participar en la misma.

En una dirección similar se orienta también la regulación alemana. En efecto, el § 48, párrafo 1, de la JGG regula la no publicidad de las audiencias (señalándose un breve listado de personas habilitadas para presenciarlas, sin perjuicio de la facultad del juez de admitir a otras, por razones especiales, a saber, “fines educativos”), restricción inspirada en el propósito de proteger al adolescente imputado del efecto estigmatizante y de otros menoscabos que un proceso público podría acarrearle, o incluso en objetivos vinculados con el éxito de la tarea judicial, en particular, crear mejores condiciones para que el tribunal se haga una idea del grado de desarrollo mental y moral del adolescente (presupuesto de su responsabilidad, conforme al § 3 de la JGG), lo que no es de esperar respecto de un adolescente cohibido o intimidado por la presencia de público. Con todo, el párrafo 3 de la misma disposición establece una excepción al principio de no publicidad y es que éste no opera cuando en el mismo proceso están involucrado adultos u otros jóvenes adultos (entre 18 y 21 años), si bien, aun en este caso, el tribunal puede, por razones “educativas” excluir la publicidad. A diferencia de Costa Rica, los efectos de incumplimiento del principio no son tan severos. Tal como lo señala Albrecht, la jurisprudencia ha establecido que una contravención al artículo 48 de la JGG no constituye una causal de casación absoluta sino relativa, cuyo resultado debe en consecuencia analizarse caso a caso.

La legislación Española presenta una regulación algo distinta en la materia hasta lo que hemos revisado aquí. El artículo 35.2 de la LO 5/2000 establece como punto de partida inicial que la audiencia de juicio es pública de conformidad a las reglas generales. Con todo, admite que el juez autorice que las sesiones no sean públicas “en interés de la persona imputada o la víctima”. Se puede apreciar que la lógica es algo inversa a la de países como Costa Rica y Alemania, lo que hace que un sector de la doctrina postule que lo más conveniente es que la regla general fuese inversa. Debe notarse también que la hipótesis en la que se autoriza la restricción a la publicidad está pensada no solo en favor del imputado, sino que también potencialmente en favor de la víctima. Es decir, las restricciones no se justifican exclusivamente en favor del joven objeto de persecución penal.

Junto con lo anterior, el artículo 35.2 de la LO 5/2000 establece una regla de prohibición absoluta a los medios de comunicación de obtener y difundir imágenes del joven y de datos que permitan su identificación. Con esto se limitan los efectos dañinos que potencialmente podría tener la sobre exposición de un joven por haber sido objeto de un juicio público.

Finalmente, en los Estados Unidos también es posible observar una evolución en un sentido diverso a lo ocurrido en países como Alemania o Costa Rica. En este país históricamente los juicios han sido realizados sin público o en reserva, producto más bien del objetivo proteccionista que ha tenido en él la justicia juvenil que como consecuencia del cumplimiento de las disposiciones internacionales en la materia. Esto se ha traducido en que históricamente la mayoría de las legislaciones estatales hayan tenido

como regla general la exclusión del público en los juicios en contra de jóvenes, no obstante entregar cierta discreción al tribunal para admitir a personas que tengan intereses relevantes en el proceso.

En este contexto, el debate en los Estados Unidos en las últimas décadas ha estado más orientado a que se consagre el favor de los jóvenes el derecho a un juicio público y no a la ampliación de la reserva o confidencialidad del mismo. La “lucha política” detrás del debate es lograr la extensión o ampliación a los jóvenes de las garantías del debido proceso reconocidas tradicionalmente a los adultos en base a los mismos principios que justifican la publicidad en tal caso. En este sentido, por ejemplo, la Corte Suprema del Estado de Alaska ha reconocido el derecho de los jóvenes a un juicio público señalando que “Las razones de las garantías constitucionales del juicio público se aplican tanto a los procesos penales juveniles como a los de adultos. Los procesos penales juveniles, tanto como los de adultos, pueden ser usados como un instrumento de persecución y ser objeto de abuso judicial. El proceso de apelación no es suficiente control de los tribunales juveniles...”. En este sentido, se pretende aumentar el control del trabajo de los tribunales juveniles para eliminar descuidos y abusos, promover el conocimiento público del trabajo y políticas de los tribunales juveniles y mejorar la calidad de la información que aportan los testigos en el juicio.

Un estudio que analiza las legislaciones estatales en la materia constata que al año 1993 sólo siete estados reconocían el derecho al juicio público en favor de los jóvenes imputados. Con todo, también se constata que ha existido una creciente apertura de los juicios juveniles por vía de cuatro estrategias: (a) reconocimiento del derecho a un juicio público en virtud de la enmienda sexta; (b) reconocimiento del derecho de la prensa a presenciar juicios juveniles como consecuencia de la primera enmienda (libertad de expresión); (c) permitir la presencia del público en las salas en donde se realizan juicios juveniles; y, (d) permitiendo la publicación de la identidad del joven o de sus antecedentes o de ambos. En esta dirección, el mismo estudio constata en el año 1993 que 34 jurisdicciones estatales habían avanzado a mayores niveles de publicidad utilizando alguna o varias de estas estrategias, 17 mantenía completa reserva del juicio y otras 16 le habían entregado control a los propios jóvenes sobre la publicidad de las audiencias.

Un área específica en donde se ha producido debate jurisprudencial intenso en los Estados Unidos es acerca de la posibilidad que miembros de la prensa tengan derecho a estar presente en los juicios de jóvenes como consecuencia de la primera enmienda (referida a libertad de expresión), derecho que ha sido reconocido tratándose de los juicios seguidos contra adultos. No ha existido un pronunciamiento explícito de la Corte Suprema Federal en la materia, pero sí de varias cortes estatales que han dado validez a las leyes locales que prohíben la presencia de la prensa en los juicios juveniles. En dicho contexto, la Corte Suprema Federal ha establecido

en *Smith v. Daily Mail Publishing* que los estados no pueden imponer penas criminales a los medios de comunicación que publiquen el nombre de los jóvenes objetos de persecución que hayan sido obtenidos en forma legal. De esta forma, si bien no se establece su derecho a estar presente en las audiencias, si se les reconoce su derecho a informar respecto de las cuestiones que tomen conocimiento por vías legítimas (por ejemplo lo que les informe un testigo).

4.2.3. Uso de Antecedentes o Registros del Sistema Juvenil

Un último aspecto que suele ser cubierto de manera específica por las normas de protección de la privacidad de los jóvenes tiene que ver con el uso de antecedentes o registros como consecuencia de la persecución en contra de un niño. Como señalamos en el trabajo que sirve de base a la presente investigación, la exigencia internacional apunta a impedir que un registro o antecedente juvenil pueda ser invocado en un caso contra la misma persona en el sistema de adultos o al menos a limitarlo en forma importante. Sobre este asunto, se cuenta con información relevante respecto de Estados Unidos y de Alemania.

A nivel federal, en los Estados Unidos, nuevamente la sección 5038 de la FJDA establece algunas reglas relevantes en la materia que dan cuenta que las posibilidades de limitar el uso de los antecedentes juveniles para persecuciones posteriores son escasas. Como se recordará, el principio general de esta disposición es que los registros del caso juvenil no pueden divulgarse luego de su conclusión, salvo que se trate de personas autorizadas para obtenerlos. La misma sección 5038(a) contiene un listado con las excepciones. Una revisión de las mismas permite apreciar que dentro de las personas autorizadas hay tres hipótesis en las que de manera explícita la apertura de los registros cumple propósitos en persecuciones penales diferentes: (a) cuando se trata de investigaciones llevadas a cabo por otros tribunales (5038 (a) 1); (b) cuando se trata de investigaciones llevadas adelante por agencias encargadas de elaborar un informe presentencial para otro tribunal (5038 (a) 2); y, (c) cuando se trata de investigaciones desarrolladas por agencias de persecución penal (law enforcement agencies) para obtener información relativa a la comisión de un delito (5038 (a) 3).

Sin perjuicio de lo anterior, el problema de la estigmatización de un joven a futuro por los antecedentes de su historial criminal juvenil es reconocido en los Estados Unidos y por eso un número importante de estados ha establecido leyes destinadas a permitir, una vez transcurrido un tiempo desde la condena juvenil sin que se vuelva a cometer delitos, la posibilidad de “limpiar los antecedentes”. Las formas de limpieza de antecedentes adoptan también diversas modalidades: sello de los antecedentes, destrucción, se borran los registros, etc.

En el caso alemán, se parte de la base de una colisión de intereses,

en el propio seno de la justicia penal de adolescentes, entre el interés en que los tribunales cuenten en el futuro con información sobre las conductas previas, penalmente relevantes, de un adolescente, y el tipo de reacción de que ellas fueron objeto, por una parte, y la evitación de efectos estigmatizantes del registro de esa información. Sin embargo, la consideración, empíricamente fundada, de que la mayor parte de la criminalidad de adolescentes es episódica hace que el interés en contar con información, por ejemplo, de quien es “primerizo”, decaiga con el tiempo, mientras que su condición de personas en desarrollo puede convertir al registro de sus antecedentes en un impedimento persistente para su futuro laboral y sus posibilidades de desarrollo. Por ello la Ley del Registro Central Federal contempla disposiciones que privilegian la posición de estos intereses del adolescente, en comparación con las que rigen para condenados mayores de edad; contemplan la existencia de un Registro Educativo, con información sobre las “medidas educativas” impuestas, que no es incorporada en el Registro Central Federal; y permiten la eliminación de las anotaciones penales antes de que se cumplan los plazos generales que permiten cancelar una anotación.

4.3. Énfasis en el Joven

Cuando revisamos la legislación internacional identificamos que el sistema para jóvenes infractores opera con un supuesto básico y es que las decisiones que se adopten por parte de las autoridades, particularmente al momento de establecer consecuencia para la conducta que se imputa, se hagan considerando de manera especial las características y necesidades concretas y específicas del joven infractor. A esto lo llamamos el énfasis en el joven.

Esta orientación se presenta con fuerza en las cuatro legislaciones en estudio. En Alemania, por ejemplo, sin perjuicio de la importancia creciente que se da a la aplicación de todas las garantías penales y procesal-penales propias del derecho penal y procesal penal común, es frecuente calificar el Derecho penal juvenil como un “derecho penal de autor”, en el sentido de que la orientación a la prevención especial positiva, para promover una vida futura sin delitos, constituye, bajo la idea del “principio educativo”, la base de todas las reglas de esa rama del derecho. Ello se traduce, entre otras consecuencias, en un gran interés por la investigación de las condiciones de vida y estado de desarrollo del autor del delito, a cuyo servicio está la intervención de la Asistencia a los Tribunales Juveniles, formalmente reconocida en la JGG (§ 38 JGG), en la investigación de esas condiciones y la información al tribunal que debe decidir un curso de acción sobre el adolescente (§ 43 JGG).

En el caso de Costa Rica también se aprecia esta orientación. Así, si se revisa el artículo 122 de la LJPJ de Costa Rica que señala los criterios a considerar para la determinación de sanciones aplicables a los jóvenes se incluyen elementos que tienen un fuerte vínculo con elementos de

la personalidad o circunstancias personales que normalmente no se consideran en la determinación de sanciones penales para adultos. Así, la letra a) de dicha disposición señala que debe tenerse en cuenta la vida del menor de edad antes de la conducta punible, la letra d) que debe considerarse la capacidad del joven para cumplir la sanción y la letra e) la edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales. De manera similar, el artículo 7.3 de la LO 5/2000 de España señala que para establecer la medida que corresponda aplicar a los jóvenes infractores el juez debe considerar especialmente, además de la prueba y consideraciones jurídicas sobre el hecho, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del joven. Detrás de estas normas está la idea que uno de los objetivos centrales del sistema juvenil es lograr el desarrollo integral de la personalidad del joven imputado por el sistema y, por lo mismo, que la consecuencia del proceso no sólo cumple con la función de castigo sino también de educación.

Esta orientación especial de la legislación juvenil se debiera traducir en diversos impactos en el diseño procesal que recojan la posibilidad que el sistema produzca información diversa a la que normalmente se requiere para resolver un caso de adultos y luego permita valorar adecuadamente esa información al momento de tomar las decisiones que correspondan. En lo que sigue, revisaremos dos de estos posibles impactos y la forma en que ellos han sido recogidos en las legislaciones en estudio.

4.3.1. Cesura o División del Debate: establecimiento de una fase procesal especial para determinar las consecuencias de la infracción juvenil

Una primera consecuencia procesal tiene que ver con la necesidad del proceso penal juvenil de contar con un procedimiento de determinación de consecuencias o penas más sofisticado que el de los adultos de forma de abrir espacio para la introducción y el debate de información no vinculada con los hechos y la responsabilidad del joven.

De no contar con una fase procesal específica se corre el riesgo de que el conjunto de variables especiales que las legislaciones en estudio establecen para determinar las consecuencias tengan menos posibilidades de ser presentadas y valoradas adecuadamente. Como lo demuestra la experiencia del proceso penal de adultos en la tradición continental o inquisitiva, el concentrar en un mismo debate tanto los aspectos propios de la determinación de responsabilidad (esclarecimiento del hecho y la participación) como los vinculados a la individualización de la pena ha relegado los ejercicios de individualización de la pena a cuestiones muy abstractas o formales. Para ponerlo de una forma un poco más gráfica, el debate principal sobre responsabilidad ha tendido a “engullirse” al debate sobre determinación de pena. Llevado esto al ámbito juvenil, se traduce en que todos los mandatos de consideración especial del niño para

determinar la sanción adecuada se transformen en una pura formalidad. Una solución procesal al problema planteado es la denominada cesura o división del debate de juicio en dos partes distintas, una exclusivamente destinada a la discusión de la responsabilidad y otra a la determinación de consecuencias.

El análisis de las legislaciones en estudio da cuenta de una orientación muy diversa en esta materia. Los tres países de tradición continental (Alemania, España y Costa Rica) mantienen una estructura bastante tradicional en el proceso de determinación de consecuencias o sanciones. De esta forma, el debate del juicio presenta una estructura concentrada que también es común en sus legislaciones procesales de adultos.

Un ejemplo de lo anterior es Costa Rica. La LJPJ no ha establecido la posibilidad de realizar una división del debate, lo que puede apreciarse cuando se revisan las normas que regulan la dinámica del juicio oral y los contenidos que debe tener la sentencia (artículos 100 a 107). Incluso se produce la paradoja en dicho país que el proceso de adultos permite una cesura eventual y el juvenil no la establece. Otro ejemplo es España, la LO 5/2000 establece en su artículo 39 que una vez concluida la audiencia de juicio el Juez de menores dispone de un plazo de cinco días para dictar sentencia, la que debe resolver sobre la o las medidas propuestas tomando en consideración, entre otros elementos, "...todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor...". Como se puede apreciar, dicha norma gira en torno a la idea que en la audiencia de juicio deben incorporarse y debatirse todos los elementos especiales para definir la sanción aplicable al joven ya que luego la sentencia que debe ser dictada en un plazo breve debe hacerse cargo de ellos en forma exhaustiva y detallada. En Alemania, por su parte, no obstante las detalladas referencias legales a la tarea de investigación sobre la personalidad y condiciones de vida del adolescente, falta una regulación clara de una instancia procesal, como la que en otras jurisdicciones permite la cesura, para debatir específicamente en torno a esas condiciones para la determinación de la sanción; por lo demás, la tarea de la Asistencia a los Tribunales Juveniles, lejos de la lógica de la cesura del debate entre culpabilidad y determinación de pena, abarca simultáneamente la investigación sobre la madurez del adolescente (lo que es condición de su responsabilidad penal, es decir, del juicio de culpabilidad) y sobre las condiciones de vida del mismo, que han de tener una influencia en la determinación de una sanción personalizada. Y si bien existe una instancia judicial formal, durante el procedimiento previo (etapa de instrucción), al servicio de la producción de información sobre la personalidad del adolescente, a saber, una declaración judicial especial del adolescente (conforme al § 44 de la JGG) para que el tribunal se forme una "impresión directa" sobre él, nuevamente, lejos de la lógica de la cesura, esta declaración también puede servir al esclarecimiento de su responsabilidad en los hechos.

En el otro extremo se encuentra los Estados Unidos. En dicho país la división o cesura del debate es un elemento característico de su diseño procesal de adultos, el cual proviene de la tradición anglosajona. Así, por ejemplo, se ha sostenido a propósito de la tradición del common law que para ella es "...hasta deseable, disociar la decisión acerca de culpabilidad, de la que se refiere a la pena". En materia juvenil la tendencia de las legislaciones estatales ha sido evolutiva. Se ha pasado de tener preferentemente sistemas de audiencias concentradas en la era previa a Gault a contar en la actualidad con sistemas mayoritariamente "bifurcados" de audiencias. Las dos audiencias son conocidas como audiencia de "adjudicación" (destinada a la determinación de la responsabilidad y que corresponde a la audiencia de juicio más tradicional) y audiencia de "disposición" (destinada a establecer las consecuencias una vez determinada la responsabilidad).

Para comprender bien este diseño procesal es necesario tener presente que el sistema bifurcado no establece solamente la existencia de dos audiencias, sino que en verdad se abre un nuevo procedimiento a partir de la conclusión de la primera audiencia. Este procedimiento tiene por objeto producir información específica sobre la sanción a establecer que luego se discutirá en la segunda audiencia. Además, la segunda audiencia (de disposición) se regirá por reglas algo diversas a las de la audiencia de adjudicación.

Como consecuencia de lo anterior, la audiencia de disposición no se realiza normalmente en forma inmediata a la conclusión de la audiencia de adjudicación sino que transcurrido un cierto plazo que permita su preparación. Por ejemplo, la FJDA que establece las reglas para los procesos federales, establece en su sección 5037 que el plazo máximo para realizar esta segunda audiencia es de 20 días desde la finalización de la audiencia de adjudicación (a menos que se está en una situación especial que permita un aumento de dicho plazo). En la audiencia misma, las principales diferencias se producen respecto a las reglas de evidencia que la rigen. Así, en general en estas audiencias se relajan reglas más estrictas de admisibilidad que se aplican en juicio, por ejemplo permitiendo introducir en forma más amplia prueba de referencia. En algunos estados no se hacen aplicables las reglas de exclusión de prueba, se disminuyen las formalidades para los interrogatorios a los jóvenes y se limitan la posibilidad de contraexaminar testigos. Finalmente, el estándar de convicción exigido para que el tribunal pueda dar por establecido un hecho que permita tomar la decisión de "disposición" del caso es más bajo que el que se aplica en las audiencias de adjudicación.

4.3.2. Producción de Información Especializada

Una segunda derivación relevante para el diseño de los procesos juveniles que surge del énfasis especial que se pone en el joven para determinar las consecuencias de los hechos delictivos que cometen, tiene que ver con la necesidad que surge de producir de información sobre el niño que es

objeto de persecución penal que le permita al sistema hacer un ejercicio de individualización adecuado de la respuesta al caso concreto. Se trata de información para determinar la consecuencia y no la responsabilidad.

Este es un tema que presenta ramificaciones tanto orgánicas como procesales en su estudio. Dentro de las orgánicas está el identificar la existencia de normas e instituciones que contemplen la existencia de equipos técnicos especializados o de cuerpos de expertos que tienen por función el producir esta información para ponerla a disposición de fiscales o jueces encargados de llevar adelante el proceso juvenil. En las ramificaciones procesales básicamente lo que se debe observar es la existencia de reglas que regulen la forma de incorporar esta información en el proceso y el rol que ella cumple en las decisiones que se adoptan en su desarrollo. En esta sección nos referiremos sólo a estas cuestiones procesales y no realizaremos un análisis de los aspectos orgánicos.

La revisión de las legislaciones en estudio nos permite constatar que parte de las deficiencias que podrían derivarse de la no existencia de una audiencia especializada para la determinación de las consecuencias en los países de la tradición continental se “compensan” de una manera significativa con una regulación bastante detallada respecto a la necesidad de introducir información especial sobre el joven a la audiencia de juicio concentrada.

Así, como ya se ha señalado, una de las manifestaciones de la especialidad del proceso penal de adolescentes en Alemania es el importante papel asignado a la investigación sobre la personalidad, el desarrollo y el entorno del adolescente imputado, investigación que debe ser llevada a cabo por la Asistencia a los Tribunales Juveniles tan pronto como sea posible (§§ 38 y 43 JGG). En todo caso, la investigación de estas circunstancias se realiza bajo la autoridad del fiscal, como órgano encargado, en general, de dirigir las investigaciones durante el procedimiento previo (etapa de instrucción) y, como éste se define mucho más en su rol de órgano acusador, que en un papel de autoridad neutral para la investigación sobre el adolescente, el fiscal tiende a prestar mucho menos atención a esta investigación sobre la persona del adolescente que la que presta a la investigación sobre su responsabilidad en los hechos. Fuera de ello, debe recordarse que el tribunal también tiene la posibilidad de tomar especialmente declaración al adolescente (conforme al § 44 de la JGG), también (no únicamente) con la finalidad de informarse sobre su personalidad y condiciones de vida; sin embargo, los tribunales rara vez hace uso de esta facultad.

También en la LJPJ de Costa Rica se aprecia un especial interés en producir información sobre el joven acusado. En efecto, el artículo 93 de la misma establece que admitida la acusación a juicio en los casos en los que prima facie se considere que es posible aplicar una sanción privativa de libertad, el Juez penal debe ordenar un estudio psicosocial del joven acusado. Además se señala que en estos casos es un estudio indispensable para

dictar la resolución final del caso. Es decir, se eleva a una exigencia de validez de la decisión en los casos en que se podría esperar una sanción de privación de libertad. Como complemento de lo anterior, el artículo 94 de la LJPJ señala que para la determinar y escoger la sanción el Juez puede remitir al joven al organismo pericial para que se le efectúen exámenes psiquiátricos, físicos y químicos. Se destaca que en especial con el objetivo de detectar adicción a sustancias psicotrópicas. Con todo, esta segunda norma no establece que estos informes sean un requisito de validez de la decisión como en el caso del artículo 93. En todo caso, como puntualiza Tiffer, estos estudios en ningún caso debieran ser utilizados como prueba para determinar la culpabilidad del joven.

En España también se contemplan diversas disposiciones que dan cuenta de la importancia que tiene para el sistema la producción de información especializada para determinar la consecuencia idónea para el joven. La principal está contenida en el artículo 27 de la LO 5/2000 que establece que desde la instrucción del expediente, los fiscales deben requerir al equipo técnico la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del joven, así como sobre su entorno social y sobre cualquier otras circunstancia relevante para efectos de que se adopten las medidas contempladas en la misma ley. Este informe es considerado un “pilar básico” del sistema ya que permite al fiscal proponer al juez una propuesta educativa idónea a las necesidades del joven en el caso concreto. La importancia y rol del informe en el proceso se pueden apreciar luego en diversas disposiciones de la LO 5/2000 que regulan su incorporación al juicio. Así, el artículo 35.1 establece que el juicio debe realizarse en presencia de un representante del equipo técnico que haya elaborado el informe. El artículo 37.2 indica que el en la audiencia de juicio el tribunal debe escuchar al representante del equipo técnico respecto a la procedencia de las medidas propuestas. Finalmente, el artículo 39, referido a los contenidos de la sentencia, indica que el juez debe hacerse cargo en ella toda la prueba producida en el juicio, lo que incluye el informe técnico.

5.- Conclusión:

Para concluir, en estas breves reflexiones finales, quisiéramos ofrecer una mirada general de nuestro objeto de estudio en este trabajo.

Una primera cuestión, anticipada en la introducción, es que la revisión particular de cada país nos muestra que existe una gran diversidad de mecanismos y regulaciones legales en cada uno de ellos, que intentan recoger los distintos ejes de especialidad del proceso penal juvenil sobre los que hemos trabajado en este trabajo. Se trata de una riqueza muy significativa que da cuenta de que aproximarse a un sistema especializado de justicia no pasa necesariamente por una receta única. En este mismo sentido, hemos visto que el derecho internacional de los derechos humanos entrega un margen de apreciación importante a los países para definir

su propia estrategia de cumplimiento de los estándares internacionales. Los países analizados parecen efectivamente buscar a través de caminos propios el logro del ideal especializado.

No obstante esta diversidad, es posible apreciar que algunos mecanismos tienden a repetirse. Por ejemplo, para asegurar que el proceso juvenil sea llevado adelante “sin demora”, pudimos observar cómo la técnica de establecer plazos más estrictos que tratándose del proceso penal de adultos era una medida bastante común. Con todo, al examinar cada uno de estos plazos se puede observar nuevamente bastante heterogeneidad en las reglas acerca de la extensión de los mismos, las que además suelen complementarse con otros arreglos legales e institucionales que difieren de país en país. Por lo mismo, la valoración que se puede hacer de esas reglas debe incorporar variables adicionales al mero establecimiento de un plazo específico en la norma respectiva.

Lo anterior dificulta en extremo el hacer juicios categóricos acerca de la bondad o los problemas de algunos mecanismos específicos contemplados en la legislación comparada, sin contextualizar dicho juicio en la lógica y funcionamiento general del sistema respectivo. De hecho, un problema común que se encuentra en parte de nuestra literatura, consiste en la tendencia a tomar como recetas ciertos desarrollos experimentados en el derecho comparado sin analizar el sentido de esas reglas en el contexto general de su propio sistema.

Esto nos lleva a una segunda observación. La revisión que hemos hecho de la doctrina, jurisprudencia y opiniones de expertos en los países en estudio da cuenta que más allá de las regulaciones legales, en la práctica de todos los sistemas analizados existen fuertes polémicas y varios cuestionamientos a la capacidad de los mismos para cumplir efectivamente varios de los valores recogidos en la legislación internacional. Por ejemplo, la procedencia de la prisión preventiva tratándose de jóvenes infractores sigue siendo, en diversas latitudes, un problema delicado y que no se ha resuelto sólo por vía de establecer normas legales más estrictas en relación a su uso. El punto que nos interesa destacar es que, aún en los casos en que algunas reglas aparecen como bien diseñadas, la experiencia de los cuatro países en estudio nos da cuenta de que se presentan brechas importantes entre las regulaciones legales y el asentamiento en la práctica de los principios y valores que están detrás de las mismas. Esto nos entrega una lección importante, que también suele ser olvidada en una parte significativa de la literatura legal en nuestro país: la capacidad limitada que tiene la ley por sí sola para cambiar realidades complejas.

Tomando en consideración las reflexiones anteriores, nos parece que este trabajo debiera contribuir a mejorar la calidad del debate que se está dando en el país en torno a la necesidad de perfeccionar nuestro sistema de justicia juvenil. Creemos que la experiencia comparada, con todas las limitaciones ya indicadas, es rica en la indicación de caminos posibles de

acción o, por lo menos, en la enseñanza de experiencias útiles para un sistema tan joven como el nuestro.

Bibliografía

ALBRECHT, Hans-Jörg, *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?*, Munich: Beck, 2002.

ALBRECHT, Hans-Jörg, "Youth Justice in Germany", en *Youth Crime and Youth Justice. Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 2004, pp. 443-493.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*, Barcelona, PPU, 1990.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, Múnich: Beck, 3ª edición, 2000.

AMADOR, Gary, *La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil*, San José: Editorial Jurídica Continental, 2006.

AMADOR, Gary, "Algunos Problemas Respecto a la Aplicación de la Prisión Preventiva en el Proceso Penal Juvenil", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 115, San José, Enero-Abril 2008, pp. 62-65.

ARMIJO, Gilbert, "Las Alternativas a la Detención Provisional", en *Lecciones Aprendidas. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica*, San José: UNICEF, 2000.

BAYTELMAN, Andrés, "Tiene Derecho a Guardar Silencio (...) la Jurisprudencia Norteamericana sobre Declaración Policial", *Informe de Investigación n° 13*, Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2002.

BELOFF, Mary, "Los nuevos sistema de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)", *Justicia y Derechos del Niño n° 9*, Santiago, 2007, pp. 177-217.

BLUM, George, "Validity and Efficacy of Minor's Waiver of Right to Counsel-Cases Decided Since the Application of Gault", *American Law Reports n° 101*, 2002.

BOCKRATH, Joseph T., *Right of Bail in Proceedings in Juvenile Courts*, *American Law Reports n° 53* (originalmente publicado en 1973 y actualizado a 2008).

BREITENBACH, Eugene, "Juvenile Court Proceedings", *American Jurisprudence Trials*, n° 137, 2008 (updated).

CAMPOS, Mayra, "Análisis de la Detención Provisional en Materia Penal Juvenil (1 de enero al 30 de junio de 1998)", en AAVV, Lecciones Aprendidas. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, San José: UNICEF, 2000, pp. 79-90.

CAMPOS, Mayra, "El Ministerio Público: Órgano Promotor de la Justicia Juvenil y su Relación con la Policía Judicial", en De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica, San José: UNICEF, 2000, pp.385-444.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España. Barcelona: Atelier, 2006.

COUSO, Jaime, "Sustitución y Remisión de Sanciones Penales de Adolescentes, Criterios y Límites para las Decisiones en Sede de Control Judicial de las Sanciones", en AAVV, Estudios de derecho penal juvenil II, Santiago: Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2011, pp. 269-355.

COUSO, Jaime, "Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el Artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente", Documento de Trabajo N° 15, Santiago, Chile: Unidad de Defensa Penal Juvenil, 2009, en AAVV, Estudios de derecho penal juvenil I, Santiago: Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009, pp. 173-229.

DAMASKA, Mirjan, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven: Yale University Press, 1986.

DÍAZ, Manuel; LUACES, Ana, "El proceso Penal de menores (I)", en Derecho Penal Juvenil, Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

DRESSLER, Joshua; MICHAELS, Alan, Understanding Criminal Procedure Vol. 2, New York: Mathew Bender, 2006.

DUCE, Mauricio, "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil", *Ius et Praxis*, año 15 – n° 1 (2009), pp. 73 a -120.

DÜNKEL, Frieder, "Reacciones en los Campos de la Administración de Justicia y la Pedagogía Social a la Delincuencia Infantil y Juvenil: Un Estudio Comparativo a Escala Europea", en: TIFFER, Carlos; LLOBET, Javier;

DÜNKEL, Frieder, Derecho Penal Juvenil, San José: ILANUD-DAAD, 2002, pp. 543 a 619.

DÜNKEL, Frieder, *Juvenile Justice in Germany*, 2005, 42 pp., disponible en <http://www.rsf.uni-reifswald.de/fileadmin/mediapool/lehrstuehle/duenkel/JuvenileJustice.pdf> [visitada el 07.06.2010].

EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, Munich: Beck, 11ª edición, 2006.

ESTRADA, Francisco, "La Renuncia del Derecho a Guardar a Silencio por un Adolescente en Nuestro Ordenamiento Jurídico y en el Estadounidense. Comentario a propósito del fallo In Re E.T.C Juvenile 141 Vt. 375 (1982) Corte Suprema de Vermont 24 de junio de 1982", en *Revista de Derechos del Niño* n° 3/4, Santiago 2006, pp. 181-196.

EYINS, D. E., "Voluntariness and admissibility of minor's confession", *American Law Reports ALR2d* n° 87 (publicado originalmente en 1963 y actualizado hasta el año 2008).

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, *Entre la educación y el castigo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura jurídica Francesa y Common Law*, Bogotá: Legis, 2006.

GARDNER, Martin, *Understanding Juvenile Law*, New York: Mathew Bender, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Tuición Procesal Penal de Menores y Jóvenes", en *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp.155-193.

HINZ, Werner, "Nebenklage im Verfahren gegen Jugendliche, Gedanken zum neuen § 80 Abs. 3 JGG", en *Juristische Rundschau*, n° 4 (2007).

KRISBERG, Barry, "Rediscovering the Juvenile Justice Ideal in the United States", en *Comparative Youth Justice*, London: Sage, 2006, pp. 6-18.

KUHN, Thomas, *Verfahrensfairneß im Jugendstrafrecht. Das deutsche Recht und das Recht der USA im Vergleich*, Munich: VVF, 1996.

LAUBENTHAL, Klaus; BAIER, Helmut, *Jugendstrafrecht*, Springer: Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2005.

LLOBET, Javier, *Derecho Procesal Penal: Garantías Procesales* (segunda parte), San José: Editorial Jurídica Continental, 2007.

LLOBET, Javier, "La Detención provisional en la Justicia Penal Juvenil", en *AAVV, Derecho Penal Juvenil*, San José: DAAD, 2002, pp. 203-250.

LLOBET, Javier, "Las Garantías en el Proceso Penal Juvenil", en Derecho Penal Juvenil, San José: DAAD, 2002, pp. 141-201.

MAIER, Derecho Procesal Penal Tomo I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

MERTENS, Andreas, Schnell oder gut? Die Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes im Jugendstrafverfahren, Frankfurt: Peter Lang, 2003.

MUNCIE, John; GOLDSON, Barry (Eds.), Comparative Youth Justice, Londres: SAGE, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "Recensión: VORMABUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal)". Polít. crim. n° 7, (2009), R1-7, pp. 1-16, en: http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf [visitado el 3.12.2011].

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, Derecho Penal de Menores, 4ª edición, Barcelona: Bosch, 2007.

PELÁEZ, Vicente, "La Intervención del Abogado en la Justicia de Menores en España", en Los Derechos de los Niños: Perspectivas Sociales Políticas Jurídicas y Filosóficas, Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

RADLER, Jean, "Treatment Under Federal Delinquency Act (18 U.S.C.A 5031-5042) of Juvenile Alleged to Have Violated Law of United States", en American Law Reports Federal, n° 137 (1997).

ROJAS, Alejandro, "El Derecho de Defensa en el Proceso Penal Juvenil Costarricense", en: GONZALEZ, Mauricio; TIFFER, Carlos (Coords.) De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad penal en Costa Rica, San José: UNICEF, 2000, pp. 333 a 384.

ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht. 24ª edición, Múnich: Beck, 1995.

SANBORN, Joseph, "The Right to a Public Jury Trial: a Need for Today's Juvenile Court", Judicature n° 30 (1993).

SCHAFFSTEIN, Friedrich; BEULKE, Werner, Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung, Stuttgart: Kohlhammer, 14ª edición, 2002.

SCHAFFSTEIN / BEULKE, Jugendstrafrecht, cit. nota n° 14, pp. 34 y ss. Críticamente, VOß, Michael: Jugend ohne Rechte. Die Entwicklung des Jugendstrafrechts, Frankfurt-New York: Campus Verlag, 1986.

SHEPHERD, Robert, "Still Seeking the Promise of Gault: Juveniles and the Right to Counsel", Criminal Justice Magazine, vol. 18 n° 2 2003, en:

http://www.americanbar.org/tools/digitalassetabstract.html/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_magazine/crimjust_mo_premium_cr_cjmag_18_2_promiseofgault.pdf [visitado el 16.04.2012].

SHEPHERD, Robert, "Speedy Trials for Juveniles", *Criminal Justice Magazine* vol. 4 n° 4 (2000), en: <http://www.abanet.org/crimjust/juvjus/speedytrial.html> [visitado el 10.07.2009].

SHEPHERD, Robert, "Juveniles' Waiver of the Right to Counsel", *Criminal Justice Magazine* n° 1 Vol. 13 (1998), en: http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_magazine_home/crimjust_juvjus_13_1jwr.html [visitada El 16.04.2012].

SCHWARTZ, Allan L., "Failure to give adequate notice to juvenile's parents as ground for reversal of determination of juvenile delinquency under Federal Juvenile Delinquency Act (18 U.S.C.A. §§ 5031 to 5042)", *American Law Reports ALR Federal* n° 30, 475 (publicado originalmente el año 1976).

STROBEL, Sonia, *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke*. Aachen, Alemania: Shaker Verlag, 2006.

TAMARIT, Joseph, "Principios Político Criminales y Dogmáticos del Sistema Penal de Menores", en *Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, Barcelona: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 13-46.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Ley de Justicia juvenil*, 2º Edición, San José: Juristexto, 2004.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, "La Ley de Justicia Penal Juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales", en: *De la Arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica.*, Serie de Políticas #5, San José: Unicef, 2000, pp. 91-180.

TONRY, Michael; DOOB, Anthony (Eds.), *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª edición, Berlín-Heidelberg: Springer Verlag, 2011.

La desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad

La desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad⁴⁰⁸

Ronald Augusto González Revolorio⁴⁰⁹

Agradecer a las autoridades de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, del Consejo Nacional de la Judicatura, por permitirme realizar estas reflexiones dentro del marco del Primer Congreso de Justicia Penal Juvenil.

Para tal efecto he dividido la exposición en tres partes:

- a) La primera en cuanto a la contextualización de la situación del derecho penal juvenil en El Salvador;
- b) La segunda referida a manera de introducción en el tema de algunos principios fundamentales del derecho penal juvenil;
- c) Y la tercera ya en la temática de la desjudicialización propiamente.

A veinte años de vigencia de la Ley Penal Juvenil en el caso específico de El Salvador y en muchos países de América Latina en general; hubiera parecido que ese cambio paradigmático de legislaciones, tendría como una lógica conclusión sistemas de justicia penales juveniles empoderados y con un notable reconocimiento en cuanto a una progresión en materia de derechos y garantías de adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal; al contrario la influencia de la violencia social, la delincuencia común, la construcción del imaginario colectivo en cuanto a la percepción de los delitos cometidos por adolescentes, la realidad de delitos graves cometidos por adolescentes; ha evidenciado lo contrario y presenta una regresión en materia de derechos de niñez y adolescencia, no solamente dentro del ámbito de la justicia penal juvenil; sino de igual manera en cuanto a los sistemas de protección.

La situación actual de violencia que ha caracterizado al llamado triángulo norte, países como Guatemala, Honduras y El Salvador⁴¹⁰, la utilización de la población de adolescentes en la comisión de hechos delictivos por parte del crimen organizado, la utilización de adolescentes por parte de

408 La presente es una de las ponencias dictadas en el Primer Congreso de Justicia Penal Juvenil, desarrollado en San Salvador, los días 3 y 4 de septiembre de 2015, auspiciado por la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, en coordinación con UNICEF y National Center for State Courts (NCSC).

409 Abogado, Magister en Derechos Humanos, Diplomado en Derechos Humanos, Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial en el Área del Derecho Penal Juvenil, Catedrático Universitario.

410 “... De acuerdo a los registros oficiales, entre 1990 y 2013 han sido asesinadas en El Salvador un poco más de 73,00 personas, cifra cercana las muertes que se calculan ocurrieron durante el pasado conflicto armado. Estos datos han situado recurrentemente a El Salvador entre los países más violentos del globo. Hasta el 2011, El Salvador figuró como el segundo país con la mayor tasa de homicidios por cada 100,000 habitantes del hemisferio, después de Honduras...” IUDOP, 2014.

las denominadas maras o pandillas, la adolescencia en esa doble calidad de víctimas⁴¹¹ y victimarios y el avance de sociedades globalizadas con el uso masivo de ciertas formas tecnológicas han conllevado a desdibujar la concepción de los modelos de responsabilidad penal juvenil, sin ser la Ley Penal Juvenil la excepción.

Lo anterior implica varios aspectos, así mencionar y al que se hace especial énfasis es el requerimiento hacia los sistemas de justicia en general y el de justicia penal juvenil en particular en cuanto a la persecución delictual. Los que tendrían que irse modernizando y respondiendo de una forma acertada y apropiada a las necesidades que las sociedades demandan, incluyendo bajo esa idea de grupo social (a víctimas y victimarios adolescentes); sin perder de vista que esa acomodación tendría que producirse bajo una refundación en los presupuestos de los modelos de responsabilidad penal juvenil, principios y naturaleza filosófica de los mismos, consagrados y conquistados a partir de los años noventa.

Esto obliga el profundizar en dos aspectos, primeramente la progresión en materia de derechos humanos de la adolescencia a quienes se acuse de la comisión de hechos delictivos y el segundo aspecto que refiere a la aplicación vía supletoriedad de algunas instituciones del proceso penal de adultos.

Aspectos ambos que debido al realizar un juicio básico y comparativo entre personas menores de edad y personas adultas a quienes se acuse de la comisión de hechos delictivos evidencian que existe una similitud, que si bien es cierta y real, resulta peligrosa al pretender concluir que entre el sistema de justicia penal juvenil y el sistema de justicia penal de adultos no existen diferencias, dejando por un lado toda idea o caracterización que implica la especialización en materia de tratamiento de adolescentes y que sin duda alguna reviste el punto de divergencia entre ambos sistemas.

Esta especialización del derecho penal juvenil debería de regir todo el proceso y procedimiento penal juvenil y que se puede advertir en tres esferas:

Primera esfera

Una que apunta hacia la concepción jurídica filosófica y doctrinal del tratamiento jurídico diferenciado, idea que parte en un primer momento de la psicología del desarrollo y que se va potenciando en la medida del avance en cuanto al reconocimiento de grupos de específicos dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

411 "... Tradicionalmente, los principales blancos de muertes violentas en el país han sido los hombres entre los 15 y 35 años. Hasta inicios de la década pasada, un poco más del 90% de todas las víctimas de homicidios registrados en el país correspondía a los hombres...".

Guarda relación con la construcción teórica de la doctrina de la protección integral y que refiere a todo sustento en cuanto al avance del derecho internacional de derechos humanos en materia de niñez y adolescencia y toda la comprensión del CORPUS IURIS, que se constituyen en el bloque o el conjunto de derechos y garantías que como un plus se aplican a parte de los generales a adolescentes que han cometido hechos delictivos.

Reviste suma importancia el aspecto mencionado, en razón que período posterior a entrada en vigencia de la CIDN, se produce todo un proceso de acomodación legal en América Latina, este proceso fundamenta en gran medida bajo la influencia de la denominada doctrina de la protección integral, no dejando de mencionar que, para muchos la incorporación de la población de adolescentes que hubieran cometido hechos delictivos al proceso penal, era una situación que independientemente del empuje del texto Convencional se hubiera producido, lo que permite advertir el verdadero rol de la CIDN, que es como una especie de contrapeso al reconocimiento de derechos y garantías de este tipo de población.

Segunda esfera

La segunda esfera con una estrecha relación con la primera y que bajo el supuesto del criterio diferenciador entre adolescentes y adultos, implican el remarcar aspectos que ante una similitud de garantías y derechos procedimentales con relación a las personas adultas significan esas diferencias y que conducen y orientan hacia la idea de reeducación, con un componente muy básico de la prevención especial positiva.

Ahora bien importante es remarcar dentro del enfoque de la reeducación el objeto de la Ley Penal Juvenil, que a simple vista pareciera que el objetivo primordial, como lo dice el artículo 22 de la Ley Penal Juvenil: "... Sería el establecer la existencia de una infracción penal, determinar quién es su autor o participe y ordenar la aplicación de las medidas que correspondan...".

Así al realizar un análisis de carácter teleológico y sistémico evidenciando además esa parte histórica del desarrollo en cuanto a la evolución de niñez y adolescencia en conflicto con la ley, sería garantizar a todas las personas menores de edad el establecimiento de todo un sistema jurídico de juzgamiento que cumpla con derechos y garantías, la reducción de cierto nivel de impunidad, el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal juvenil fundamentado, independiente, imparcial y diferente del que se aplica a las personas adultas. Reviste mucha relevancia esto debido a que se advertía desde el texto Constitucional que en su artículo 35, ya refería la existencia de un régimen jurídico especial.

Para la comprensión del objetivo fundamental del proceso penal juvenil es importante mencionar esa parte histórica, instrumental y de desarrollo en cuanto a niñez y adolescencia, desde Eglantyne Jebb en su concepción de

niñez y adolescencia objeto-sujeto, la misma Declaración de los Derechos del Niño en sus postulados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con su acertado criterio diferenciador desde 1966, el caso Gault, el primer Tribunal de Menores de Chicago de 1889; aspectos emblemáticos históricos que con cada uno de sus aportes fueron construyendo esa teoría moderna de la protección integral, la que aunada a postulados del derecho penal moderno, los diferentes modelos de justicia juvenil, desde el educativo, el comunal hasta el sistema de responsabilidad, sirvieron de sustento a los sistemas de justicia penal juvenil; sin dejar de mencionar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dejar claro que los modelos de responsabilidad penal juvenil, nunca han tenido como objetivo principal la eliminación del fenómeno delictivo como tal, esto en razón que el fenómeno delictivo en general es de carácter complejo, multicausal y en específico el derecho penal juvenil, reviste una caracterización especialísima de complejidad, debido al tratamiento de adolescentes como sujetos activos, que no solamente aplica el ámbito represivo del derecho penal; sino que como antes se mencionó concreta en la idea de reeducación.

Esto no es obstáculo para advertir que si bien es cierto las legislaciones penales juveniles no tienen como premisa la disminución del delito en estricto sentido; si implican la idea de convivencia y paz social, este es un aspecto que remarca la idea de reeducación bajo ese aspecto de la prevención especial positiva que en materia de justicia penal juvenil reviste mucha importancia, esto con una comprensión de prevención especial positiva que permite advertir que en la medida que un adolescente entre bajo el ámbito de la reeducación, evitaría ser reincidente, evitaría ingresar a la delincuencia de adultos y garantizaría la paz y convivencia social.

En este aspecto se manifiestan las reglas de Beijing concretamente en la 1.4, refiere que la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo de casos en que haya que intervenir el sistema de justicia de menores, y a su vez disminuiría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.

La idea de reeducación de la que hemos venido hablando lleva también implícita una característica principal como lo es la responsabilidad penal de adolescentes, donde a las personas menores de edad se les ubicó como sujetos con responsabilidad penal, aspecto que reviste más que una

caracterización del derecho penal mínimo una idea de política criminal de carácter social.

Tercera esfera

En lo atinente a la tercera esfera precisamente dentro de esa caracterización de especialidad ha permitido permiti6 el dibujar el proceso penal juvenil nos referimos al proceso y al procedimiento, el que se trata de una justicia especializada dentro de la justicia penal ordinaria.

Esta justicia especializada que es uno de los fundamentos del modelo de justicia penal juvenil, basada en modelos de responsabilidad, el cual se refleja, tanto en el proceso, como en los 6rganos, los funcionarios, las instituciones; y especialmente en los principios propios de la materia penal juvenil.

Este modelo de justicia penal juvenil, que comprende todo un sistema de juzgamiento, el cual est6 constituido por tribunales exclusivos para la materia penal juvenil, fiscales, abogados, defensores y polic6as especializados, as6 tambi6n por un juez especializado en cuanto al cumplimiento de sanciones.

As6 el modelo de responsabilidad penal juvenil, en el caso espec6fico de la Ley Penal Juvenil, se orient6:

- El establecimiento de un procedimiento sumario, con plazos cortos y en concordancia con lo establecido en los art6culos 37 y 40 de la CIDN.
- La flexibilidad en cuanto a la imposici6n de penas, la Ley Penal Juvenil, refiere algunos quantum m6nimos y m6ximos de penas.
- El proceso y procedimiento es conocido por un 6nico Juez.
- En cuanto a las sanciones tienen una finalidad estrictamente socioeducativas, ubic6ndose dentro del 6mbito de lo que se denomina como prevenci6n especial positiva, sin que se deje por un lado el inter6s de la sociedad y la v6ctima, advirti6ndose as6 el 6mbito de la prevenci6n general.
- Logra advertirse que la especificidad y el marco diferenciador del proceso penal de adolescentes con el de adultos, se encuentra precisamente en las sanciones, esto debido a la calidad de los autores.

Miguel Cillero a este respecto extrae de la Convenci6n Sobre los Derechos del Ni6o, las proposiciones que permitir6an organizar el sistema de justicia penal juvenil de una manera adecuada a las obligaciones previstas por aquellas:

- 1) Consideración del adolescente como sujeto de derechos y de responsabilidad progresiva;
- 2) Atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible;
- 3) Principio de legalidad penal;
- 4) Aplicación del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general;
- 5) Aplicación intensiva de las garantías penales y procesales;
- 6) Dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables;
- 7) Reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos de las sanciones; y
- 8) Regulación estricta del uso, duración y condiciones de privación de libertad.

Aporta además Cillero con relación a la finalidad de las sanciones, que las consecuencias jurídicas deben fortalecer el respeto del joven por las reglas de convivencia social fundadas en el respeto de la demás personas, tiene que recibir un tipo de consecuencia que promueva su sentido de respeto a la convivencia social.

La desjudicialización

Al haber mencionado anteriormente, los presupuestos que deben configurar el procedimiento penal juvenil, haber referido en términos generales que la especialización se convierte en una garantía diferenciadora entre el tratamiento de adolescentes y adultos.

Desde otra perspectiva y de un exhaustivo análisis del derecho internacional de los derechos humanos se ha concluido que respecto a los adolescentes se debe reconocer el derecho a un juzgamiento especializado de sus infracciones penales, esta idea de especialidad artículo 40.3 CDN, cuando dice: "...los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido las leyes...".

Para Jaime Couso, los artículos 37 y 40 de la Convención establecen ciertas garantías especiales de los adolescentes como expresión de su derecho a una respuesta penal especial, distinta de los adultos, ante las infracciones penales que cometan. Estos derechos particularmente serían:

- 1) Una respuesta cualitativamente diferente a la de los adultos;
- 2) Una respuesta cuantitativamente menos aflictiva;
- 3) A especiales garantías durante la ejecución de las sanciones; y
- 4) A que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá ninguna sanción.

Con relación a los primeros puntos mencionados que refieren a la expresión de una respuesta cualitativa y cuantitativamente diferentes, el sistema de justicia penal juvenil debería funcionar sobre la base de poder distinguir aquellos casos en que sea más conveniente emplear una estrategia despenalizadora y aquéllos en los que se requeriría algún tipo de intervención penal mayor.

Sigue manifestando que al primer grupo de casos se asocian diseños legales y operativos que permiten la aplicación de las alternativas al proceso y a la sanción penal, tales como: acuerdos de carácter reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento. En cambio, por tratarse de situaciones más graves, se justificaría la imposición de medidas no privativas de libertad y de manera excepcional la privación de libertad de los adolescentes.

Para orientar la toma de decisiones en la aplicación de cada uno de los mecanismos procesales y penales mencionados sigue refiriendo Couso, se identifican las principales necesidades político-criminales sobre la base de dos grupos de supuestos: criminalidad leve o de mediana gravedad versus criminalidad grave, y criminalidad ocasional versus criminalidad habitual.

En materia procesal penal, este derecho se puede descomponer en tres ejes centrales donde la especialidad se debe de manifestar en especial intensidad:

- 1) El reforzamiento del debido proceso;
- 2) A la estructura procesal; y
- 3) Una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos.

En cuanto al reforzamiento del debido proceso, se señala que para los adolescentes debería de traducirse en el fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso.

Con respecto a la generación de una política más amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos, tiene su fundamento entre otras en la parte criminológica y en especial consideración a los impactos negativos, estigmatizadores y criminogénicos, que ello produciría en sus vidas.

Si se tiene en cuenta la razón anterior sería posible introducir un matiz entre los fines considerados para los adolescentes y los fines previstos para los adultos relativos al uso de estos mecanismos procesales. Esto en razón que para los adultos el motivo principal de su aplicación sería diferente en una porción importante estas instituciones no apuntan como eje central al beneficio del imputado sino más bien a los efectos positivos para el sistema, a diferencia del proceso penal de adultos en cuanto a la aplicación de distintas herramientas de diversión.

Lo anterior conlleva a precisar que instituciones del proceso penal de adultos tales como: La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, la Suspensión Condicional del Procedimiento y el procedimiento abreviado no tienen ninguna cabida dentro del proceso penal de adolescentes; especial mención merece el Criterio de Oportunidad del artículo 18 y siguientes del Código Procesal Penal, donde su única existencia dentro del proceso penal de adultos, obliga a la supletoriedad y aplicación dentro del proceso penal de adolescentes, con serias dificultades en cuanto a los plazos y términos, esto debido a que la diferenciación del proceso penal de adultos, se convierte en un eje transversal.

Ahora siguiendo con la diversificación de respuestas y desestimación de casos en la lógica del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a adolescentes, se advierten:

- 1) Remisión o desestimación no condicionada previa a la intervención judicial;
- 2) Remisión o desestimación con medidas o condiciones antes de la intervención judicial; y,
- 3) Remisión o desestimación una vez producida la intervención judicial.

En cuanto a remisión o desestimación no condicionada previa a la intervención judicial y la remisión o desestimación con medidas o condiciones antes de la intervención judicial, se logra la regla 11 de Beijing, refiere:

Remisión de casos

- *Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, para que los juzguen oficialmente.*
- *La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial*
- *Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor;*
- *Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.*

Aspectos que de una forma clara la Ley Penal Juvenil refieren, el artículo 37 relacionado a la *Renuncia de la acción*, menciona:

Art. 70.- La Fiscalía General de la República podrá renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal, como faltas o delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no exceda de tres años.

Tendrá en cuenta las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño.

En los casos señalados en el Inciso anterior, si la reparación del daño fuere total, la Fiscalía deberá renunciar a la acción.

La renuncia impide promover la acción ante el Tribunal de Menores.

De igual manera la conciliación en sede administrativa, es decir en Fiscalía General de la República. En cuanto a la remisión o desestimación una vez producida la intervención judicial; la Ley Penal Juvenil, refiere:

Formas de terminación

Art. 36.- El proceso termina en forma anticipada por el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión, la renuncia de la acción y la cesación del proceso.

Remisión

Art. 37.- El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviere sancionado en la Legislación Penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso.

Conciliación

Art. 59.- Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto... a) los delitos de homicidio simple y agravado; b) la extorsión; c) los delitos de privación de libertad, secuestro y atentados contra la libertad individual agravados; d) los delitos relativos a la libertad sexual; e) los delitos que afecten intereses difusos de la sociedad; y f) los delitos cometidos por menores que hayan concludido la misma clase de delitos dolosos...

Consentimiento

Art. 60.- La conciliación es un acto voluntario entre el ofendido o víctima y el menor, quienes son las partes necesarias en la conciliación. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse cualquier persona.

No podrá autorizarse la conciliación cuando se vulnere el interés superior del menor.

Ahora en cuanto a las medidas de carácter sancionatorio, logran advertirse en la Ley Penal Juvenil:

Medidas

Art. 8.- El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y apoyo socio familiar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento.

Algunos presupuestos a considerar en cuanto a la aplicación de medidas desjudicializadoras:

- La concepción jurídica, filosófica y doctrinal del tratamiento jurídico diferenciado, aspecto que como lo hemos mencionado constituye parte del núcleo o sustrato de los modelos de responsabilidad penal juvenil.
- El proceso de acomodación en América Latina que implicó el marco de la CIDN, el reconocimiento de derechos y garantías; consideración en cuanto a la progresión de derechos humanos es especial referencia a adolescencia en conflicto con la ley penal.
- La comprensión de la justicia penal juvenil, como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y que debería de administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad (regla 1.4 Beijing).
- El establecimiento de una justicia especializada, los modelos de responsabilidad, que implican el proceso, los órganos, los funcionarios, las instituciones y los principios propios de la justicia penal juvenil. (Artículo 40. 3 CIDN).
- La respuesta a la situación de adolescentes en conflicto con la ley que tendrían que ser cualitativamente distintas a las respuestas que se otorgan a adultos (Jaime Couso).
- Los diseños legales y operativos que permiten la aplicación de las alternativas al proceso y a la sanción penal, tales como; acuerdos de carácter reparatorio.
- Una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos. Tanto en sede policial, fiscal y judicial.
- La posibilidad de ocuparse de la delincuencia juvenil, sin necesidad de recurrir a las autoridades judiciales (sede policial-fiscal).

- La facultad discrecional de la Fiscalía y la Policía Nacional Civil, de resolver discrecionalmente en los casos de delincuencia juvenil.
- Establecimiento de programas comunitarios, con clara orientación y participación de la víctima.
- El derecho penal juvenil como terreno fértil de prácticas restaurativas; debiendo realizar énfasis en la participación comunitaria en dos vías, la primera con la idea de una sociedad inclusiva y solidaria con los adolescentes que refieren a la inclusión comunitaria que permite además establecer un reproche al adolescente por la conducta cometida, que trastoca la convivencia social y que daña a la víctima.

El privilegio de la desjudicialización, la justicia restaurativa, el nuevo rostro de la víctima y las dificultades de la retribución. Algunos aspectos:

- El privilegio de la desjudicialización que en el tratamiento de adolescentes que hayan cometido algún hecho delictivo⁴¹².
- La comprensión de la justicia restaurativa, como se ha mencionado anteriormente orienta a una aplicación pertinente dentro de los modelos de responsabilidad penal juvenil esta consideración debería ser no solamente para delitos de mediana gravedad o leves; sino aún para delitos de gravedad con el consentimiento de la víctima.

Con relación a lo anterior entre los objetivos y fines de los programas de Justicia Restaurativa Tiffer los menciona, a saber:

Rol protagónico de las víctimas del delito: Voz, participación y reparación, que implican la comprensión de las necesidades de las víctimas, apoyo a nivel moral, psicológico y material.

Reparación de la convivencia social, trascender de la visión abstracta del delito y la comprensión como daño y alteración a la convivencia social.

Fomentar especialmente en el infractor la responsabilidad por sus actos, el infractor asume no solamente frente al infractor sino ante la sociedad, la responsabilidad por la comisión del delito cometido.

412 Para Tiffer, Llobet y otro (2014). La desjudicialización nos lleva a la vigencia de dos principios; la intervención mínima y la subsidiariedad. Si bien debe entenderse la Justicia Juvenil dentro del marco de la prevención especial positiva, esta política criminal para estar acorde con los principios del Derecho Penal moderno deben fundamentarse en la idea de la intervención mínima o sea limitar al máximo la intervención del Estado por medio de la ley penal, de ahí a que la política criminal de un Estado con respecto a jóvenes infractores debería tener pretensiones modestas. Es decir, promover la diversificación de las reacciones penales, esto identifica a la política criminal de un Estado moderno. Esta diversificación nos lleva a la justicia restaurativa, porque estamos proponiendo un modelo de justicia restaurativa, precisamente como una alternativa a la justicia tradicional, y para que exista una alternativa debe existir la posibilidad de diversificar la reacción penal.

Resultados restaurativos. Reparación del daño integral, simbólico y significativo, una reparación holística del daño causado, con la participación y aceptación de la víctima.

Reducción de la reincidencia: Reintegración común, que implica más allá y no menos importante que al reparación del daño, el cambio de la conducta del infractor que lo aleje del delito y que permita su reintegración dentro del tejido social.

Identificación de factores de riesgo de comisión de los delitos. Estrategias de prevención, identificación de factores de riesgo que llevan a adolescentes a encontrarse en conflicto con la ley penal y la intervención de los equipos multidisciplinarios en el abordaje para la superación de estos factores.

Reducir la intervención formal del sistema de justicia penal, la visión de la justicia restaurativa como una forma alternativa, que implica no la anulación de la justicia tradicional, sino que el sistema penal se ocupe de casos que realmente lo ameriten.

Procurar un sentido de justicia al conflicto, lograr así acuerdos y consenso, tanto del autor, la víctima y la sociedad.

- La comprensión del Principio de Autonomía de la Víctima, reconocimiento de derechos y garantías.
- La dignidad de la víctima como presupuesto básico de los derechos humanos.
- La aplicación del CORPUS IURIS de los derechos de las víctimas.
- Especial atención a la condición de vulnerabilidad, de víctimas menores de edad, el derecho de estos de expresar su opinión y que esta tenga que ser tomada en consideración.
- La comprensión del conflicto no con una orientación vertical, sino triangular, donde el Estado no puede asumir en su totalidad la resolución de este.

Con relación a la participación de la víctima como se había mencionado anteriormente el artículo 22 de la Ley Penal Juvenil, menciona que ante la comisión de un hecho delictivo, deberían de aplicarse al autor las medidas que le correspondan; así el artículo 51 de la Ley Penal Juvenil referida, establece todo un catálogo de derechos que evidencian la participación activa de la víctima, pero que también responden precisamente a conformar un tratamiento de esta con dignidad, y evitarla revictimización en sus diferentes modalidades. Pero que además exige la respuesta del Estado a través de su aparataje investigativo y sancionador pueda garantizar en su concepción más amplia la idea de acceso a la justicia.

Bajo lo anteriormente expuesto, se pueden anotar tres aspectos con relación a los derechos de las víctimas: la satisfacción de las necesidades de las víctimas, partiendo como se ha mencionado con un rol activo y el respeto a su voluntad.

Así también el minimizar los daños que dependen no solamente de la ley, sino de la actitud de los operadores en cuanto a la participación dentro del proceso y fuera de este, es decir trascender del rol de la víctima pasivo y en atención a Principios como el de humanidad y el de Dignidad mencionados y la comprensión del proceso penal juvenil, no como una ventaja que permite la generación de oportunidad, sino que al contrario aquel que permite en mayor medida la satisfacción de intereses de las víctimas y la comprensión de responsabilidad de los adolescentes.

Redefinición de los roles de los diferentes actores:

- Refundación de los modelos de responsabilidad penal juvenil; naturaleza y comprensión filosófica, la acomodación a la misión, visión y funciones de cada una de las instituciones: Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Policía Nacional Civil.
- Especialidad de los diferentes actores/as que intervienen en el proceso penal de adolescentes, Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Órgano Judicial y ONG'S.
- El enfoque y visión de género, especial consideración a víctimas y victimarias mujeres.
- Liberación de prejuicios y la carga ideológica en cuanto al tratamiento de adolescentes. (superar la visión adultocentrista)
- El establecimiento de programas comunitarios por parte de los entes rectores, así como la participación de la sociedad civil. (CONNA, ISNA, gobiernos locales).
- Participación activa de la sociedad civil.
- Involucramiento de adolescentes en cuanto al establecimiento de programas comunitarios y la empatía con la víctima.

Reflexiones finales:

- 1) A 20 años de vigencia de la Ley Penal Juvenil; esta necesariamente tendría que revisarse, pero esta revisión sin duda alguna debería de ser libre de todo pasionismo adultocentrista, basada en datos objetivos, despojándose de toda carga ideológica que implica el hablar de adolescencia en conflicto con la ley penal, refundándose en todo su marco teórico, en su naturaleza y filosofía y en esa concepción tan valiosa que implica la protección integral y volver

a trazar esas líneas que algún momento determinado permitieron el advertir con claridad la estructura del proceso y procedimiento penal juvenil.

- 2) En estrecha relación a lo mencionado especial atención debería de revestir que no debe asumirse bajo ningún supuesto la aplicación indiscriminada del procedimiento penal de adultos en la jurisdicción penal juvenil; al contrario debería deberían de potenciarse figuras que dentro de la ley Penal Juvenil, permiten la orientación del sentido restaurativo, satisface los intereses de las víctimas y permite la reinserción del adolescente y garantiza la convivencia social. Esto sin duda alguna, al advertir principios básicos del derecho penal juvenil con el derecho penal de adultos, concretamente el de especialidad, implica que los sistemas de responsabilidad penal juvenil, pueden enriquecerse, potenciarse y mejorarse; pero bajo ninguna óptica aplicando instituciones y figuras del proceso penal de adultos de una forma supletoria.
- 3) La desjudicialización permite entre otras cosas el materializar la idea de prevención especial positiva, aspecto que resulta básico para construir una sociedad, más justa, pacífica y el logro de la paz social, al apuntalar y evitar que adolescentes se vean involucrados en la comisión de hechos delictivos, y forma parte de una política criminal clara diferenciadora con relación a adolescentes.

Referencias bibliográficas:

- Amador Badilla, Gary. *La detención provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 2006.
- Casado Pérez, José María. *Análisis Jurídico-procesal de la Ley del Menor Infractor*, Costa Rica 2001.
- Cillero, Miguel. *Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, Justicia y Derechos del Niño, Buenos Aires, 2000.
- Couso, Jaime. *La Especialidad del Derecho Penal de Adolescentes, Fundamentos Empíricos y Normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er. Semestre) [pp.267-322]. <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a07.pdf>. [consulta 8 de noviembre de 2015].
- González Navarro, Antonio Luis. *El Juicio en el Sistema Penal Acusatorio*, Colombia, Leyer Editores, 2011.
- Guzmán Fluja, Vicente Carlos y otros. *Apuntes sobre el Proceso de Menores en El Salvador*, El Salvador, 2002.

Monográfico Justicia Penal Juvenil

- Martínez Osorio, Martín Alexander. *Temas fundamentales de la Niñez y Adolescencia en la Justicia Penal Juvenil*, El Salvador, Talleres Gráficos UCA, 2013.
- Sanchez Escobar, Carlos Ernesto y otros. *Responsabilidad Sanción y Justicia Penal Juvenil*, El Salvador, Procesos Gráficos, 2011.
- Santacruz Giral y otros. *Encuesta Nacional de Juventud, Análisis de resultados*, El Salvador, Talleres Gráficos UCA, 2009.
- Tiffer Sotomayor, Carlos y otros. *Derecho Penal Juvenil*, Segunda Edición, Costa Rica, Servicios Gráficos, 2014.

**Las destrezas del
interrogatorio y
contrainterrogatorio
en el proceso penal
juvenil salvadoreño**

Las destrezas del interrogatorio y contrainterrogatorio en el proceso penal juvenil salvadoreño⁴¹³

Rommel I. Sandoval R.⁴¹⁴

Sumario

Introducción. 1.- Las fuentes y los medios de prueba. 2.- Los principios de la práctica probatoria. 3.- La práctica de los interrogatorios de los medios de prueba: i) interrogatorio directo ii) Contrainterrogatorio iii) Interrogatorio Re-directo y Re-contrainterrogatorio. 4.-Las objeciones o reparos en los interrogatorios. Reflexión. Bibliografía

Abreviaturas

Art: Artículo

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

Cn: Constitución de El Salvador

CPP: Código Procesal Penal

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil

FGR: Fiscalía General de la República

LPJ: Ley Penal Juvenil

A Milagro, Fer, Noé, Ale y Javier.

Introducción

Las constantes noticias de la violencia fratricida en El Salvador, especialmente la que se atribuye que es generada por las pandillas o maras, ahora consideradas por una decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como organizaciones capaces de cometer delitos de terrorismo, han permeado sobre la opinión pública. La mayor parte de comentarios de los ciudadanos en cualquier parte y en las redes sociales solicitan o exigen medidas violentas del Estado hacia las pandillas, incluso en contra de adolescentes, no solo de la maximización de la pena de castigo, sino hasta con una respuesta ilegal.

La falta de estrategia general y de un plan basado en conocimiento técnico y científico del fenómeno de la violencia y de las organizaciones

413 Material para el Concurso Interuniversitario sobre Competencias para Juicios Orales en Materia Penal Juvenil

414 Abogado y Notario salvadoreño, Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" de El Salvador. Fue miembro de las comisiones redactoras de los proyectos de Código Procesal Penal (2010) y Código Procesal Penal (2010) en El Salvador. Es miembro de I&D Consulting y de SBA firma legal y se encuentra apoyando el proyecto de justicia ejecutado por National Center for States Courts (NCSC), entre ellos el concurso interuniversitario de litigación oral. Email: rommellsand@yahoo.com

pandilleras, por parte de las instituciones estatales, para generar políticas públicas para la prevención del delito, para el desarrollo de medidas de cohesión social en todo el territorio y para la conducción de los conflictos a través del proceso penal juvenil ha hecho que los ciudadanos dejen de confiar en el Estado.

La respuesta del Estado frente a los hechos de la violencia no puede ser violatoria a los derechos fundamentales de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Debe ser respetuosa de las reglas del debido proceso, incluyendo la identificación de prueba lícita que establezca la responsabilidad penal de los adolescentes, y se deben imponer medidas de reparación a la víctima.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) define como “niño” a toda persona menor de 18 años de edad, y compromete a sus Estados miembros, incluyendo a El Salvador para configurar un sistema penal especializado para adolescentes en conflicto con la ley penal⁴¹⁵.

Este sistema especializado implica, pero no debe entenderse que está limitado a:

- a) Crear una jurisdicción especializada con jueces, fiscales, defensores y procuradores expertos en justicia penal juvenil⁴¹⁶;
- b) Organizar un modelo de garantías para la protección de los derechos del adolescente en conflicto con la ley penal, bajo el principio de inmediatez judicial;
- c) Instituir procedimientos ágiles y eficientes para determinar el estatuto de la responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal; y,

415 Ver: REGLAS MÍNIMAS PARA LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES (REGLAS DE BEIJING, (1985)

La regla 2.3. Expresa lo siguiente “En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores”⁴⁵.

Esta regla contiene lo que es la especialidad del proceso de menores, ya que a partir del proceso mismo como de las personas que participan en dicho proceso deben ser capacitadas para desempeñar trabajo con menores en conflicto con la ley atendiendo a las necesidades de los jóvenes y a las doctrinas de protección Integral que se han implementado en los últimos años.”

LAS DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD, 1990) 46

I. Principios fundamentales: ART.5. “Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir:

b) La formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien.”

416 El art.35 Cn establece: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.

La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.”

- d) Crear un sistema de medidas de libertad y otros de internamiento especializados. Los establecimientos de ejecución de las medidas deben ser especiales y bajo control judicial.

Es decir, la CDN obliga a que los Estados organicen un régimen jurídico y una serie de instituciones especializadas que actúen específicamente en la investigación y sanción de los delitos cometidos por los adolescentes. La CDN requiere a los Estados que los funcionarios de estos órganos estén capacitados en el proceso penal juvenil.

El principio de legalidad penal de la CDN establece que la justicia penal para adolescentes sólo debe actuar cuando exista evidencia que un adolescente cometió un delito. El artículo 40 de la CDN expresa que no puede iniciarse un proceso penal ni condenarse a un adolescente si no existe un tipo penal previamente establecido por la ley. Las Directrices de Riad, en este mismo orden de ideas, declaran que ningún acto que no constituya un delito por la ley penal, puede ser atribuido a un adolescente.

En el proceso penal juvenil, los adolescentes en conflicto con la ley penal, deben contar con iguales garantías penales que los adultos, así todo hecho que se le atribuya a un menor debió haber sido lesivo; el hecho debe ser imputable subjetivamente al autor (dolo o culpa); y que el infractor haya tenido la posibilidad conocer la antijuridicidad del acto y haber podido dirigir su conducta para evitar la comisión del hecho punible.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño se desarrolla el modelo de responsabilidad (protección integral). El Modelo de Responsabilidad de acuerdo a la CDN se fundamenta en el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos superando la idea de ser objeto de derechos. Se caracteriza por ser un sistema de justicia especializada. El derecho penal juvenil es autónomo con respecto al derecho penal común. Esta es una característica del derecho penal juvenil que se manifiesta en el uso de sanciones de carácter educativo.

El principio de mínima intervención del Estado implica la excepcionalidad de la pena privativa de libertad, sin dejar de lado que las sanciones de este sistema son con fines reeducativos y resocializadores. De allí que la Ley Penal Juvenil tiene por objeto: a) Regular los derechos del menor a quien se le atribuyere o declarare ser autor o partícipe de la comisión de una infracción penal; b) Establecer los principios rectores que orienten la aplicación e interpretación de la misma y de los desarrollos normativos e institucionales que se creen para darle cumplimiento; c) Determinar las medidas que deben aplicarse al menor que cometiere una infracción penal d) Establecer los procedimientos que garanticen los derechos del menor sujeto a esta Ley.

Dentro de las garantías básicas, el sistema penal juvenil debe hacer efectivo el principio de inocencia. Esto es que todo adolescente sospechoso de

la comisión de un hecho debe ser considerado inocente mientras no se pruebe su responsabilidad en un proceso penal ante un juez competencia, y el que el adolescente o su abogado, tenga toda la libertad de confrontar la prueba de cargo. De hecho, en un proceso penal juvenil el responsable de la prueba de cargo es el Fiscal especial de menores.

El adolescente, durante todo el proceso penal juvenil, debe ser informado en forma inmediata de la acusación que se le imputa y de su derecho a la defensa. Además, el abogado que lo represente debe tener toda la libertad para buscar evidencia en favor de su defendido y se le debe permitir confrontar la credibilidad de la prueba de cargo.

Este proceso penal juvenil especializado contenido en la LEY PENAL JUVENIL (LPJ) es el que desarrolla las reglas, principios y garantías del proceso penal juvenil. Este documento que se ofrece es justamente para permitir el conocimiento de las destrezas de litigación oral en esta jurisdicción especializada, que los futuros jueces, abogados, fiscales y procuradores deberán haber desarrollado para el mejor ejercicio de su rol y de su función en el sistema de justicia.

De conformidad al art. 5 LPJ, el menor o adolescente en conflicto con la ley penal goza de los mismos derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratados internacionales y demás leyes aplicables a los mayores de 18 años, por lo que conforme a los arts. 1, 2, 11, 12 y 13 de la Constitución, tiene derecho a un juicio público con todas sus garantías. La LPJ denomina a la etapa de juicio como “vista de la causa”.

Es así que bajo los arts. 1, 5, 83 y 93 de la LPJ, la etapa del juicio es la fase esencial del proceso penal juvenil con el cuál se valorará la evidencia que presente el fiscal o el querellante en forma oral, contradictoria y concentrada.

De acuerdo a la LPJ, la vista de la causa se realizará sobre la base del requerimiento fiscal fundamentado en forma breve y motivado en el cual explique al Juez de menores la existencia de mérito para promover la acción penal, la existencia de evidencias sobre los hechos e indicios suficientes de la autoría o participación del menor en ellos.

Es decir, que las partes (el fiscal de menores, el defensor o procurador de menores) desarrollarán su actividad probatoria en “la vista de la causa” del proceso penal juvenil para convencer al juez de menores de la verdad de los hechos y para fijarla para los efectos del proceso. La finalidad de la prueba practicada consistirá en lograr convencer al juez de menores sobre la veracidad de los hechos en los que se fundamentan la pretensión punitiva o la defensa. La decisión que resulte del juez de menores se basará en el respeto al principio contradictorio, a las garantías procesales tendentes a verificar su espontaneidad y al respeto de los medios lícitos para la introducción de la prueba.

El modelo de enjuiciamiento que adoptó la Ley del Menor Infractor y que ha seguido la LPJ separó las funciones de los sujetos procesales en un proceso penal juvenil oral. De acuerdo al principio de aportación de parte de los medios probatorios, la LPJ entiende que al órgano jurisdiccional no le incumbe investigar ni comprobar los hechos sino que son las partes las que introducirán en el proceso las fuentes de prueba con los que comprueban sus alegaciones. Específicamente corresponde a la Fiscalía General de la República la “carga de la prueba”, como manifiesta el art. 193 de la Constitución y CPP, así como la política de persecución fiscal.

La carga de la prueba en el proceso penal juvenil corresponderá, por lo tanto, al Fiscal, quien deberá probar en la vista de la causa, conforme al art. 83 y 93 LPJ, los hechos que fundamentan su acusación. Para todos los efectos de un proceso penal juvenil constitucionalmente configurado, la vista de la causa es el derecho a un “juicio oral y contradictorio” como exigen los arts. 1, 2, 11, 12 y 13 de la Constitución.

Consecuentemente, la función exclusiva de juzgamiento de las afirmaciones realizadas a través de los medios probatorios aportados queda en manos del Órgano Judicial, por medio de los jueces de menores.

Las técnicas de práctica probatoria en la vista de la causa, en el proceso penal juvenil, son desarrolladas en los tribunales de menores, desde la entrada en vigor de pionera Ley de Menor Infractor. Vale aclarar que la justicia penal juvenil y la justicia de familia fueron los sistemas que introdujeron los juicios orales en El Salvador en el año de 1995.

Ahora bien las reglas procesales del sistema adversativo fueron aprobadas hasta en el año 2004. Especialmente en el art. 90 LPJ. Esta reforma introdujo los turnos de interrogatorio, contrainterrogatorio, interrogatorio redirecto y recontrainterrogatorio, como lo establece la misma ley y de manera supletoria el CPP y el CPCM.

En las siguientes páginas se explican los alcances de la regulación de las destrezas de oralidad que, de conformidad a la LPJ alcanzan su mayor despliegue en la vista de la causa o etapa del juicio en el proceso penal juvenil (arts. 83, 34, 3,4, 5 y 6 LPJ) con el medio probatorio testifical (art. 89 y 90 LPJ) y pericial (art. 88 y 90 LPJ), pero también son aplicables a otros medios de prueba (art. 92 LPJ).

1.- Las fuentes y los medios de prueba

La LPJ, en el art. 33 establece una libertad de fuentes de prueba, siempre que se respete su legal obtención, así manifiesta que “en el procedimiento serán admisibles los medios probatorios regulados en el Código Procesal

Penal. La valoración de las pruebas se hará de acuerdo a las reglas de la sana crítica⁴¹⁷.

El art. 33 LPJ citado remite al CPP la regulación de la libertad probatoria, así establece el art. 176 CPP que “los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio de prueba establecido en este Código y en su defecto, de la manera que este prevista la incorporación de pruebas similares, siempre que se respeten las garantías fundamentales de las personas consagradas en la Constitución y demás leyes”

Al existir libertad probatoria en el proceso penal juvenil para la identificación de los elementos o fuentes de prueba, que establezcan la existencia del hecho punible y la responsabilidad del infractor, éstos deberán ser introducidos al conocimiento judicial a través de los medios de prueba establecidos en tanto en la LPJ como en el CPP.

Los medios probatorios reconocidos en la LPJ, se encuentran entre los arts. 86 a 93 LPJ, y se le aplicarán los principios y procedimientos del CPP que sean compatibles:

- i. Declaración de menor, art. 84 LPJ. Esta disposición está en consonancia con el art. 82 y 90 CPP. El menor tiene derecho a dar una declaración ante el juez para explicar los hechos. Sin embargo, la recomendación que un buen defensor debe dar es que se abstenga su cliente a declarar. Es un derecho constitucional el que un adulto o un menor acusado no declare ni puede ser obligado a declarar. Asimismo, su silencio tampoco puede ser comentado ni por el juez ni por la parte contraria. La defensa puede objetar cualquier conducta de la parte o del tribunal que intente hacer ver que el adolescente que no declara es porque asume su responsabilidad en los hechos;
- ii. Prueba testimonial (art. 89 LPJ, art. 202 CPP y sgtes, arts. 220 CPP y sgtes; art. 388 CPP), como expresan el art. 90 LPJ, y arts. 202 a 219 CPP. Vale aclarar que también deben ser aplicadas las reglas sobre prueba de referencia dispuesto en los arts. 223 y ss del CPP y la prueba de carácter y hábito, regulados en los arts. 224 y 225 CPP;
- iii. Prueba de peritos, como señalan los arts. 88 y 90 LPJ, arts. 226 a 241 CPP, 387 CPP;
- iv. Prueba mediante objetos, tal y como disponen los arts. 92 inc. 2º LPJ y arts. 242 a 243 CPP;

417 Por su parte, el art. 179 CPP, se refiere a la valoración de pruebas “los jueces deberán valorar, en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las pruebas lícitas, pertinentes y útiles que hubiesen sido admitidas y producidas conforme a las previsiones de este Código”.

- v. Prueba documental o instrumental, establecidos en los arts. 92 LPJ, 244 a 249 CPP;
- vi. Otros medios de prueba (art. 92 LPJ, arts. 224, 225 relacionada a la prueba de carácter y prueba de hábito; prueba mediante objetos, arts. 242 CPP y sptes, arts. 389 CPP).

Al proceso penal juvenil de menores, también se le deben aplicar en cuanto al régimen probatorio, las disposiciones del Código Procesal Penal relacionadas a las reglas de cadena de custodia (arts. 250 a 253 CPP); estipulaciones probatorias (art. 178 CPP); las reglas de reconocimiento de personas (arts. 253 a 257 CPP), que dicho sea de paso no fue una incorrección técnica del legislador darle el carácter de prueba, cuando es un acto de investigación propio de la etapa administrativa; y por último la valoración sobre la confesión entendida como declaración espontánea de la comisión de un hecho delictivo, arts. 258 CPP y 84 LPJ, siempre y cuando no se le vulnere su derecho a no prestar testimonio ni a declarar contra sí mismo, como estipula el art. 5 letra j) LPJ.

La columna vertebral del sistema probatorio salvadoreño de adultos es la práctica de éstas en juicio oral y público por medio del interrogatorio directo y contrainterrogatorio (así como examen redirecto y recontrainterrogatorio). En el sistema procesal penal de menores, cuyo régimen es especial, la práctica probatoria en la vista de la causa, será en audiencia reservada y sin jurado, pero no elimina la práctica de la prueba de manera oral y adversarial, al contrario, cualquier otra actividad probatoria, por ejemplo regresar a un sistema inquisitivo, escrito y secreto, sería ilegal y tendría como efecto la nulidad de la audiencia, como disponen los artículos 3, 4 y 24 LPJ en relación a los arts. 1, 3, 6, 346 CPP.

Es decir, bajo la técnica de litigación adversativa es que debería de llevarse a cabo la producción probatoria en la vista de la causa, bajo los principios propios del proceso penal juvenil.

En este régimen especial, el Juez de menores inicia explicando al menor infractor el objeto de la audiencia y sus derechos, luego se inicia la oportunidad para su declaración. Al finalizar la oportunidad procesal de la declaración del menor, se pasa con la presentación de los dictámenes periciales, luego se pasa al interrogatorio de testigos; y las partes, pueden interrogar a los peritos bajo la técnica adversativa (arts. 83, 86, 88, 89, 90, 92 y 93 LPJ). Si las partes y el juez de menores se ponen de acuerdo pueden considerar cambiar el orden de la práctica de la prueba (art. 86 LPJ)

El procedimiento legal para desarrollar la técnica de interrogatorio es el siguiente:

- Interrogatorio directo: Esta actividad la hará la parte que ofreció al medio probatorio. Su finalidad es probar una afirmación fáctica.
- Contrainterrogatorio: Luego de finalizado el interrogatorio, la parte adversa, en el ejercicio del derecho de defensa (confrontación) realizará el contrainterrogatorio. La principal finalidad es impugnar la legalidad, la credibilidad o la pertinencia de la prueba.
- Interrogatorio re-directo: Lo realizará el abogado que hizo el primer interrogatorio. Tiene la finalidad de “rehabilitar” la prueba luego que sufrió la confrontación del contrainterrogatorio.
- Re-contrainterrogatorio: Este es la última oportunidad procesal, y lo hará el abogado que practicó el contrainterrogatorio. Su finalidad es continuar impugnando la credibilidad de la prueba de la parte que la ofreció.

Es decir, bajo la técnica de litigación adversarial es que se lleva a cabo la producción del medio probatorio correspondiente, en el juicio o vista de la causa. Tanto la Fiscalía General de la República, como la defensa técnica tienen las facultades para ordenar su prueba de acuerdo a sus estrategias en la audiencia probatoria (arts. 88-90 LPJ).

Dice el art. 90 LPJ:

“Interrogatorio”

Art. 90.-El juez preguntará al testigo o perito sobre sus generales y concederá la palabra a la parte que lo presentó para que formule su primer interrogatorio; si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá para tal efecto la palabra. La parte que sometió al testigo o perito al primer interrogatorio podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio; así también, la parte contraria podrá someterlo a un segundo contrainterrogatorio, a continuación del precedente. Estas dos últimas intervenciones habrán de limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior.

El juez moderará el examen del testigo o perito y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo, será permitida la sugestividad cuando se interrogue a testigos o peritos de la parte contraria y en el interrogatorio directo, cuando el testigo se identifique con aquella, se vuelva hostil, cuando se interrogue a una persona que por su mayor edad, limitada instrucción o causa similar, se le dificulte expresarse o que por razones de pudor esté renuente a declarar libremente. En todo caso se deberá respetar la dignidad del testigo.

Las respuestas de los testigos deben ser directas y concretas a las preguntas que se les formulen.

El juez podrá autorizar al testigo o perito la consulta de documentos, notas escritas o publicaciones, cuando por la naturaleza de la pregunta sea necesario, sin que por éste solo hecho, tales documentos puedan incorporarse como prueba en la vista de la causa.

Las partes podrán interponer revocatoria de las decisiones del juez de menores que imiten sus interrogatorios y objetar las preguntas que se formulen por las otras partes.

El juez podrá interrogar al testigo o perito luego de las partes, mediante preguntas aclaratorias o complementarias que no comprometan su deber de imparcialidad.

El interrogatorio de un menor será conducido por el juez, cuando lo es time necesario, con base en las preguntas presentadas por las partes. El juez, podrá valerse del auxilio de los padres y en su defecto del representante legal del menor o de un experto en psicología u otra ciencia de la conducta.

En cada una de las oportunidades procesales, las partes pueden ofrecer e introducir prueba material (documentos u objetos y autenticarlas por el procedimiento correspondiente, ver el art. 90 inciso 4 LPJ en relación al arts. 212 CPP). También puede efectuar las objeciones técnicas que sean necesarias (art. 90 inc. 5 LPJ, arts. 210-211 CPP y arts. 407 a 410 CPCM).

2.- Los principios de la práctica probatoria en la vista de la causa

En el sistema procesal penal juvenil rige un sistema de “juicio por audiencias”, por lo que le son aplicables los principios de inmediación y concentración, contradicción e igualdad, y oralidad⁴¹⁸. Será entonces en la vista de la causa en dónde la prueba se practicará de acuerdo a las estrategias que cada parte hubiere dispuesto. Es decir las partes deben ordenar su estrategia y así manifestarlo al juez, art. 86 LPJ.

Ahora bien, las audiencias no son públicas sino reservadas, por las limitaciones que ha establecido el legislador en la adopción de este régimen especial de enjuiciamiento criminal para adolescentes en conflicto con la ley penal.

De los arts, 3, 4, 5, 42, 46, 48 y 83 LPJ, se derivan los principios arriba mencionados, en lo que se dispone que los actos de prueba deben ser efectuados por las partes (fiscal y defensor o procurador) en el *juicio*, es

418 De acuerdo a GIMENO SENDRA y GOMEZ COLOMER, a partir de la relación entre el juez de menores y el material fáctico se derivan los principios de inmediación inherentes al juicio por audiencias. GIMENO SENDRA, José Vicente; Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981., pp. 33 y ss.

decir en la audiencia probatoria, especialmente por la parte que tenga la carga de probar su pretensión punitiva (FGR).

Ello implica que, la Fiscalía y el querellante, tienen la carga procesal de realizar una mínima y suficiente actividad probatoria en las audiencias y el juez de menores o tribunal tiene la responsabilidad de exigirla para la adjudicación de la controversia sometida a su conocimiento. De allí, que los jueces deben aplicar de manera muy restrictiva sus facultades de investigación del hecho punible o su actividad probatoria, arts.78 y 91 LPJ porque pueden poner en riesgo las garantías de imparcialidad en el proceso penal juvenil.

El Juez o jueza titular dirigirá la audiencia, empezando por el fiscal, quién en su alegación inicial expondrá su teoría del caso. Luego será el turno del querellante y del defensor. En el mismo orden, procederá el desahogo de la prueba de las partes.

La FGR examinará a cada uno de sus medios de prueba iniciando con el interrogatorio directo, luego el juez autorizará al defensor para que efectúe un conainterrogatorio al testigo o perito del fiscal. Al finalizar, el juez podrá autorizar el interrogatorio redirecto al fiscal, si éste no lo efectúa, entonces, el defensor no tendrá derecho a re-conainterrogar.

Al agotar la ronda de prueba de la fiscalía, el abogado defensor podrá desfilarse su prueba, iniciando con interrogatorio directo, para que el fiscal tenga libertad de efectuar el conainterrogatorio. El procedimiento puede continuar con un interrogatorio redirecto del defensor, si lo desea, para cerrar la actividad probatoria con un reconainterrogatorio del fiscal (siempre y cuando se haya efectuado el redirecto).

Si en la vista de la causa (equivalente a la audiencia probatoria, art 91 LPJ), surgen nuevos hechos desconocidos por los litigantes, el Juez podrá determinar la admisibilidad, pertinencia y utilidad de los hechos nuevos o de nuevo conocimiento para autorizar su práctica en una segunda ronda, tanto la que era desconocida como la que se refiera a la prueba sobre la prueba (prueba de refutación).

En cuanto a la valoración y fijación de la prueba en la decisión judicial, el juez será responsable de su fundamentación.

a) Los principios de inmediación y concentración

Para GIMENO SENDRA los principios de inmediación y concentración, deben ser clasificados como integrantes de los principios del procedimiento.

Los principios del procedimiento aluden a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio⁴¹⁹.

Los arts. 3, 4 y 5 LPJ establecen los principios de inmediación y concentración (arts. 12, 40.b.iv. CDN, 5 literal "c", 24, 87 y 98 LPJ) constituyen una garantía para las partes y para el sistema de justicia penal juvenil que el juez de menores estará presente durante la práctica de la prueba. Es decir, que con la plena vigencia de estos principios de inmediación y concentración se rompe con la tradición inquisitiva latinoamericana en que los actos procesales de la justicia "tutelar" de menores se escrituraban y no se efectuaban ante el juez de menores, si no ante un letrado o colaborador del juzgado.

Bajo el principio de inmediación, las audiencias en general, y en especial la vista de la causa, se efectúan bajo la relación particular del Juez de menores con la prueba y con las partes, si bien bajo un régimen reservado. Todo el material probatorio sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilarse en la vista de la causa. En la audiencia de la vista de la causa es en donde las partes practicarán sus pruebas con la intención de lograr el convencimiento judicial⁴²⁰.

La audiencia permite al juez de menores la oportunidad de evaluar la credibilidad de los hechos narrados y la conducta del medio probatorio (testigo, perito o infractor) mientras declara en audiencia. Esta capacidad de análisis que hace el juez de menores sobre el lenguaje corporal del medio probatorio que depone en audiencia se denomina "demeanor". De allí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad que el juez de menores esté en contacto directo con la práctica de la prueba. Este gran avance procesal ya había sido establecido por la Ley del Menor Infractor en El Salvador como parte del proceso de modernización que ha ido llevando a cabo el sistema judicial.

El *demeanor*, es la capacidad del Juez de menores de evaluar la conducta del testigo, del perito o del menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal mientras declara en audiencia, es un aspecto relevante para que el juzgador pueda darle credibilidad a la práctica de la prueba y al contenido de la información sobre los hechos vertida en la audiencia.

De igual manera la audiencia es importante, para que los abogados de las partes, fiscal, procurador o defensor puedan impugnar la credibilidad de testigos y peritos mediante el contrainterrogatorio y, en su caso, rehabilitar su credibilidad, mediante interrogatorio redirecto.

419 GIMENO SENDRA, José Vicente; Fundamentos del Derecho Procesal, op. cit., pp. 228 a 232. GIMENO SENDRA, José Vicente; Derecho Procesal. Proceso penal juvenil, en AAVV, op. cit., p. 83.

420 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales, op. cit., pp. 395 y 404.

Bajo el principio de concentración, los actos procesales se efectuarán con la mayor proximidad temporal entre ellos.

b) Los principios de contradicción o confrontación e igualdad de las partes

El principio de contradicción de la prueba se establece como un derivado lógico del derecho de defensa. En el proceso penal juvenil están definidos los distintos roles procesales y debe existir un equilibrio entre los sujetos procesales, en el que se permita tanto al que pretende la aplicación de una sanción penal como el que la contradice la oportunidad de hacer valer sus razones y su evidencia ante un órgano jurisdiccional especializado (Arts. 11 Cn., 8.2 CADH, 12 y 40.2.b CDN, 7.1; 14.1; 14.2 y 15.2 Reglas de Beijing).

Desde la perspectiva de GIMENO SENDRA, el principio de contradicción o confrontación, y el de igualdad de las partes integran los principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso penal juvenil con vocación democrática. En otras palabras, los sujetos procesales, especialmente las partes (fiscal o querellante y defensor), tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales de manera adversarial en el procedimiento⁴²¹.

Los principios de defensa y contradicción se encuentran contenidos en los arts. 3,4 y 5 LPJ, que resguardan el derecho a la presunción de inocencia del menor infractor inculcado y el derecho a no declarar contra sí mismo que tiene el menor infractor o adolescente en conflicto con la ley pena.

De allí la razón que un proceso penal juvenil adversativo, la parte que acusa tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal, quien no tiene obligación de decir nada ni aportar material probatorio en su contra, y a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa material y técnica para confrontar las pretensiones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

Una de las exigencias esenciales para que se verifique el principio de contradicción es el acceso de los sujetos procesales al órgano jurisdiccional para exigir la tutela de sus pretensiones y oposiciones. Junto a esta posibilidad, el órgano jurisdiccional les debe reconocer un estatuto procesal de "partes", para que éstos hagan valer sus derechos y cumplir con las cargas u obligaciones procesales.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso

421 GIMENO SENDRA, José Vicente; Derecho Procesal. Proceso penal juvenil, con AAVV, op.cit, p. 48-49.

penal juvenil es esencial para garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión punitiva y defensa) y para equilibrar las fuerzas en el proceso bajo las reglas del juego limpio y de la lealtad procesal

El principio de confrontación o contradicción, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal pueda “carearse” con los testigos u otros medios probatorios de cargo presentados por la Fiscalía. Pero el careo implica, en un proceso adversativo, que el menor infractor inculcado pueda estar presente en la audiencia en dónde los testigos o medios probatorios de la parte acusadora estén deponiendo y pueda confrontarlas por intermedio de su defensor técnico, por medio de un contrainterrogatorio, o llevando prueba de descargo.

El contrainterrogatorio, bajo la técnica de preguntas sugestivas, es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. La técnica de preguntas sugestivas en el interrogatorio cruzado ha sido un hito en la cultura jurídica procesal latinoamericana. No todas las leyes penales juveniles de la región ni los Códigos Procesales Penales admiten contrainterrogatorios con preguntas sugestivas, como la legislación salvadoreña.

Asimismo, le asiste al menor infractor inculcado el derecho de confrontar a sus propios testigos, cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia, por medio de la técnica de preguntas sugestivas si lo autoriza el juez de menores ante un testigo hostil. Por otra parte, al menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal, le asiste el derecho de solicitar la exclusión de prueba prohibida, la no admisión de prueba de referencia mediante las objeciones que se plantearán en la vista de la causa, puesto que su inclusión al proceso no permite un adecuado ejercicio del derecho de confrontación⁴²².

El principio de igualdad completa al principio de contradicción en el proceso, ya que tanto la parte menor infractor inculcado como la defensa deben tener las mismas posibilidades de alegar, probar o impugnar. Para que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre los hechos en controversia necesita que las partes del proceso puedan ejercer las mismas facultades y derechos.

A fin de evitar que la celebración de una vista de la causa se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los

422 CHIESA APONTE, Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V.1, op.cit, p . 389-390.

hechos, o en el peor de los casos trasladen los actos de investigación criminal sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial⁴²³.

c) Los principios de oralidad y reserva en el proceso penal juvenil

Los principios del procedimiento penal, que involucran la forma de la actividad procesal y la comunicación entre los sujetos procesales, son denominados principios del procedimiento relativos a la formación de los actos procesales.

La oralidad tiene un rango constitucional y de protección reforzada por la Convención Americana de Derechos Humanos ya que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, tiene que la facultad de confrontar la prueba de cargo mediante el contrainterrogatorio o a presentar prueba que le favorezca para defenderse de las pretensiones contrarias efectuadas por el demandante.

El legislador dispuso que las actuaciones en audiencia en el proceso penal juvenil son orales, so pena de nulidad, así se expresa en la LPJ:

“Oralidad”

Art. 24.- La vista de la causa y demás audiencias previstas en la ley serán orales, bajo pena de Nulidad.

En la vista de la causa, las actuaciones probatorias son reservadas, es decir no están abiertas al público para proteger la intimidad del adolescente bajo el “principio del interés superior del niño”. Pero la práctica de la prueba es a través de interrogatorios. Esa es la oralidad.

La práctica de la oralidad no es solo el cumplimiento formal de una “comunicación verbal entre las partes”, como expone algún sector de la doctrina procesal iberoamericana, en las que se deja al juez interrogar y realizar el trabajo de los abogados. La regla de la oralidad implica hacer efectiva las garantías procesales y derechos fundamentales, especialmente el de la práctica de la prueba de cargo, para que se permita la confrontación de ésta por la defensa técnica del adolescente procesado.

QUIÑONES VARGAS insiste que “la prueba en un proceso acusatorio (adversativo oral) sólo puede surgir del testimonio de los testigos que tienen conocimiento personal de los hechos en controversia, del testimonio de peritos o de los documentos o evidencias físicas que se admitan en el

423 MIRANDA ESTRAMPES dice que los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica de desarrollo es distinta: de ahí que en el juicio oral no se trata simplemente de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio es fruto de la actividad de todas las partes y del tribunal; mientras que en los actos de investigación el protagonismo corresponde a una parte. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso penal juvenil, op.cit, p. 274.

proceso. Las partes litigantes...no son testigos en el juicio. No puede, por voz de ninguno de ellos surgir prueba alguna de los hechos que se juzgan o que están por juzgarse"⁴²⁴. Esta cita se traslada para que el operador jurídico en materia penal juvenil pueda comprender el sentido de la prueba en el sistema adversativo. La plena efectividad del principio de oralidad implica que las actuaciones probatorias y las comunicaciones que realicen los sujetos procesales durante las audiencias deberán utilizar las técnicas propias de litigación.

En el procedimiento penal común de adultos (CPP) se encuentran varios mandatos en los que se resaltan que el órgano jurisdiccional debe celebrar las audiencias en forma oral y pública (arts. 366, 367 y 369 CPP). Es así que el juez o tribunal de sentencia en materia penal de adultos debe fundamenta su resolución definitiva en el material probatorio que se produjo en audiencia.

En lo que respecta a la jurisdicción especializada de menores, el juez de menores deberá fundar su decisión utilizando exclusivamente el material fáctico y probatorio que se introdujo en la audiencia.

Bajo el principio de oralidad, los actos procesales tienen la ventaja de facilitar y hacer que concurren los otros principios, como son la inmediación y la concentración⁴²⁵. Las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, ha dicho Julio FONTANET, "cada día la práctica legal...se torna más contenciosa, requiriendo de los abogados el continuar desarrollando técnicas de litigación que le permitan hacer frente a esa realidad. Por otro lado, en los últimos años tanto en Europa Continental y Latino América, han surgido cambios dramáticos a sus sistemas de Derecho Procesal. Algunos países han adoptado y otros han desarrollado, modelos acusatorios, orales y adversativos. Para la implementación óptima de este modelo, es necesario el desarrollo de destrezas y técnicas para aquellos que participan en el proceso..."⁴²⁶.

A lo que se refiere FONTANET, con cambios dramáticos, es que hay un paulatino alejamiento de la figura del juez de menores "inquisidor" ("juez de instrucción") en el juicio penal en la práctica de pruebas. Por medio de la práctica de la prueba en la vista de la causa, el adolescente en conflicto con la ley, puede escuchar la prueba de la parte contraria y puede

424 QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil Salvadoreño, op. cit., p.188. En el derecho continental existe la tendencia a valorar lo dicho por los abogados y no a exigir la práctica y confrontación de la prueba. En el caso penal salvadoreño la práctica de la audiencia inicial y la audiencia preliminar es una batalla sobre la teoría del delito expuesta por la doctrina más avanzada y no sobre la práctica de la evidencia de los elementos fácticos.

425 El proceso oral favorece el descubrimiento de la verdad y evita la delegación de funciones para la práctica y valoración de la prueba. Diríamos que favorece que las partes obtengan la convicción judicial a sus afirmaciones.

426 FONTANET, Julio. Principios y Técnicas de la Práctica Forense, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002, p. v.

defenderse apropiadamente; inclusive el sistema oral facilita la resolución de los conflictos por medio de la conciliación u otras salidas alternas. La oralidad permite el acceso de las partes para controlar la actividad jurisdiccional facilitando la transparencia.

En el proceso penal juvenil la actividad procesal se concentrará en la vista de la causa, o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada por ser la etapa del juicio, en donde las partes expondrán sus hipótesis, argumentos, sus probanzas y alegaciones finales. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes permite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad requirente como defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

El principio de publicidad del proceso penal de menores se matiza por su propia especialidad, debido a que solo las partes, como la fiscalía y la defensa técnica las que deben tener total libertad de acceso al caso y al expediente. No es el público⁴²⁷. En el proceso penal juvenil la CDN requiere que no se haga público, es decir, por los medios de comunicación sobre el resultado del juicio contra un adolescente por las consecuencias estigmatizantes, sus secuelas y para respetar la intimidad del niño.

3.- La práctica de los interrogatorios de los medios de prueba

Bajo la LPJ y el CPP se admite la realización de interrogatorios. Sin embargo, cada medio probatorio tiene sus propias particularidades. Especialmente la declaración del menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal, ya que bajo la presunción de inocencia, aquél no tiene la obligación de declarar. Es la Fiscalía es la responsable de identificar los medios probatorios de cargo en contra del menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal.

Ahora bien, la LPJ no reconoce la declaración del menor infractor inculpado como medio probatorio de una manera clara, sino más bien, como parte del derecho de defensa. Sin embargo, admite que la declaración que desee realizar el menor infractor inculpado a su favor, sea para explicar los hechos o para expresar atenuantes o causas de exculpación o de responsabilidad penal, sea efectuada a través de interrogatorio. Aunque la ley obliga al juez a moderar los interrogatorios.

Pero una vez que se realice la declaración, las partes técnicas, como la Fiscalía o la defensa podrán efectuar sus interrogatorios bajo la técnica adversativa. Si bien la práctica forense puede diferir de esta apreciación de las reglas del art. 84 LPJ.

⁴²⁷ Es público solo para las partes que intervienen, no así para terceros que no tienen ningún vínculo con dicho proceso, como dispone los arts. 8.5 CADH, 8 y 21 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 19 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, 5 literal "b" y "c" LPJ.

Ahora bien, sin querer entrar a la polémica sobre si la declaración del menor infractor inculcado es o no un medio de prueba, hay que dejar claro que una recomendación estratégica que debe hacer el abogado defensor a su defendido es no declarar. Ello debido a que quién tiene que destruir la presunción de inocencia por medio de prueba de cargo es la Fiscalía General de la República. De allí la reflexión a que los jueces eviten la práctica de prueba para mejor proveer u oficiosa porque pueden poner en peligro su imparcialidad.

En cuanto a la prueba pericial, basta con señalar que normalmente quién asume el carácter de perito es un tercero ajeno al proceso que es experto en una técnica, ciencia o arte y que es instruido, sea por la parte (perito de parte) o por el juez de menores (perito judicial) para que realice una determinada investigación técnica, científica o artística sobre determinados hechos en controversia para que explique conforme a su saber qué fue lo que pasó, cómo sucedió, quién pudo ser el responsable, cuál es el nexo causal y cuáles son los resultados o consecuencias.

Ahora bien, un perito en principio no ha presenciado los hechos constitutivos del delito, llega después a la escena del delito o es invitado posteriormente a que realice las investigaciones y análisis técnicos que sean necesarios. En algunos casos es llevado a declarar a audiencia judicial mediante interrogatorio y contrainterrogatorio, pero si no existe controversia sobre su informe pericial, éste puede ser “estipulado” art. 178 CPP, sin necesidad que declare en audiencia.

La fuente de prueba, denominada “testigo” se pueden conceptualizar como una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial (o las partes procesales) con el fin que preste declaración de hechos relevantes que le consten y que haya presenciado a través de sus facultades sensoriales. Dice MORENO CATENA, “el testigo es la fuente de la prueba y el testimonio el medio probatorio. El testigo es un “tercero” en el proceso. El testigo, que ha de ser -y esto no se cuestiona- una persona física, debe revestir, a nuestro juicio, la nota de alteridad con respecto al órgano jurisdiccional y a los litigantes”⁴²⁸.

La calidad de testigo, se adquiere con la identificación por las partes o por el juez, durante la etapa investigación o preparación del caso.

El testimonio como medio de prueba tiene por objeto demostrar la existencia o inexistencia los hechos alegados por las partes en sus escritos o aquellos otros que puedan tener una relación directa con ellos, así como los que se aporten al proceso como alegaciones complementarias y aclaratorias.

Se trata, en cualquier caso, de hechos que han ocurrido con anterioridad al acto del juicio o de la vista. Lo que el testigo realmente hace en el juicio

428 MORENO CATENA, Víctor; *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal juvenil*, op. cit., p. 26-27.

es expresar una versión de los hechos conocidos a través de su capacidad de percepción, memoria y expresión narrativa.

Para IMWINKELRIED, en el derecho probatorio moderno se reconoce que todas las personas son aptas para ser testigos⁴²⁹. Coincide CHIESA “en Puerto Rico –al igual que en la jurisdicción federal y en las jurisdicciones estatales- existe hoy una norma de gran liberalidad en cuanto a quién puede testificar. Las viejas barreras se han derrumbado. Tales barreras son hoy, si acaso, motivo de impugnación o evaluación de credibilidad. En nuestro ordenamiento existe una regla general de toda persona es apta para ser testigo, salvo que el tribunal estimara que es incapaz de expresarse en relación al asunto sobre el cual declararía...”⁴³⁰.

Esta es la corriente doctrinaria que el legislador salvadoreño sostiene al establecer en el CPP que toda persona tiene capacidad para ser testigo: “Capacidad de testigo Art. 202- Toda persona es apta para ser testigo, salvo disposición legal en contrario” y “Obligación de testificar Art. 203.- Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado sobre los hechos que se investigan, salvo las excepciones establecidas por la ley.”

En el proceso penal juvenil el testigo tiene el deber de comparecer al acto de la audiencia probatoria, asimismo está obligado a decir la verdad, debiendo responder a las preguntas que se le formulen, estando sujeto a las responsabilidades por desobediencia a un mandato judicial. Sin embargo, el CPP admite circunstancias por medio de las cuales el testigo tiene facultades de abstención de testificar en contra del menor infractor o adolescente en conflicto con la ley penal si es el cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, art. 204 CPP.

De igual manera, el testigo tiene el deber de abstención de declarar, art. 205 CPP, en razón a su deber de guardar un secreto profesional o confesional, como abogado, médico o facultativo, por su carácter de ministro religioso.

El interrogatorio de testigos en el sistema penal juvenil, como ya se mencionó tiene cuatro etapas: Un primer interrogatorio que realiza la parte que ofreció o presentó el medio probatorio. Luego, un primer

429 IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002, p. 24.

430 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 321. Para Chiesa, el sistema probatorio americano es liberal al no exigir requisitos o restricciones para ser testigo. No existe, pues, en el sistema adversativo oral norteamericano disposición alguna que establezca, a la usanza del derecho continental, un régimen por el cual “tachar” o limitar la declaración testifical a priori por razones de parcialidad, entendimiento u otro. Si no que estas figuras, se utilizarán por los abogados de las partes en las audiencias para impugnar o evaluar, frente al juez de menores, la credibilidad del testigo. La técnica para esta impugnación o evaluación se estudia más adelante.

contrainterrogatorio que efectúa la parte contraria a la que hizo el primer interrogatorio y que tiene el objetivo general de confrontarlo.

Al finalizar el contrainterrogatorio, la parte que ofreció el testigo tiene la facultad de efectuar un segundo interrogatorio con el objetivo de rehabilitar la credibilidad del testigo y del testimonio que fue confrontado en el primer contrainterrogatorio. Finalmente, la parte que contrainterrogó puede efectuar un recontrainterrogatorio, es decir, se confronta nuevamente a la prueba de quien la ha ofrecido.

Establece el art. 89 y 90 LPJ en relación al art. 209 CPP que antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de sus obligaciones y responsabilidades, como de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto el Juez de menores les instruirá sobre los artículos pertinentes del Código Penal. Inmediatamente después los testigos prestarán ante el Juez de menores y las partes, juramento o promesa, de decir la verdad.

La dinámica del examen de testigos estará bajo la moderación del juez de menores, art. 90 LPJ, pero a petición de parte. Es decir que el juez de menores moderará la actividad de la práctica de interrogatorios y las partes pueden controlarse mutuamente o al mismo tribunal por medio de las “objeciones o reparos” fundadas, oportunas y específicas. Todo ello bajo el espíritu de un sistema adversativo.

Lo peor que pueda pasar al sistema acusatorio adversativo es que el juez que preside la audiencia decida, motu proprio, el control de la actividad probatoria de las partes en audiencia interrumpiendo u objetando a las partes, sin impulso o petición de éstas.

Para efectos de ejemplificar el procedimiento de la práctica de prueba adversativa, en la vista de la causa, se utilizará el medio probatorio testifical en las siguientes páginas, pero la misma técnica en términos generales es aplicable para el interrogatorio de peritos.

i) Interrogatorio directo

El interrogatorio directo es el primer interrogatorio que uno de los abogados efectúa a un testigo⁴³¹, art. 90 inciso 1 LPJ y art. 209 inciso 4º CPP dice: *“el juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo”*.

El interrogatorio directo solo puede ser utilizado por el abogado que llama a los testigos que está en su turno de presentación de prueba. En el interrogatorio directo: *“la parte que presenta al testigo intenta convencer*

431 STRONG, John W; McCormick on Evidence, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, pp. 10-18.

*y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones...en el interrogatorio directo el protagonista es el testigo y no el interrogador*⁴³².

En el proceso adversativo penal juvenil, cuya práctica testifical requiere establecer ante los ojos del juzgador la credibilidad de quien depone en audiencia, es fundamental acreditar la capacidad sensorial del testigo. De allí la necesidad de fundar en el interrogatorio, por el abogado que presentó el medio probatorio testifical, la capacidad sensitiva en la persona del testigo.

No podría ser, en consecuencia, una situación indiferente tanto el sentido por medio del cual el hecho o hechos entraron a integrar el conocimiento del testigo. Asimismo, el Juez de menores deberá valorar el tiempo que ha mediado entre el conocimiento del hecho y la deposición testifical, de allí la importancia que el tribunal de sentencia admita las declaraciones anteriores acaecidas, tanto en la situación de testigo disponible como testigo no disponible, cuando se esté efectuando tanto el interrogatorio como el contrainterrogatorio de testigo.

Los hechos a ser introducidos por las partes con su testigo, en el interrogatorio directo deben ser claramente expuestos, demostrando seguridad y confianza en lo que se está deponiendo ante el tribunal.

En la práctica, las preguntas que deben realizar los abogados a sus testigos tienen que ser sencillas, cortas, directas y orientadas a cubrir los hechos que le interesan fijar en la mente del juzgador. Es recomendable utilizar un sistema cronológico de preguntas y que permitan describir los hechos, a los sujetos participantes y la posición del testigo para conocer de primera mano los hechos. Los tipos de preguntas con las que se lleva a cabo el interrogatorio directo se recomienda que normalmente comiencen así: "qué, cómo, cuándo, dónde, por qué, explique, cuál, describa...Haciendo las preguntas de esta forma se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan de manera espontánea y sin sugerencia alguna del interrogador"⁴³³.

Como se trata de un medio probatorio testifical que son anunciados por la parte que hace el primer interrogatorio, el abogado no le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición que se deriva del art. 90 inciso 2° LPJ: "*en el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas*". En el CPP art. 209 inciso final, la redacción es idéntica: "*En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas...*"

Pero, el mismo artículo 90 LPJ a continuación dice: "*sin embargo, será*

432 QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil salvadoreño, op.cit, p.148.

433 MURRAY, Peter L, Basic Trial Advocacy, Aspen Law & Business, USA, 1995, p.107. QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil salvadoreño, op.cit, p.151 y sgtes.

permitida la sugestividad cuando se interrogue a testigos o peritos de la parte contraria y en el interrogatorio directo, cuando el testigo se identifique con aquella, se vuelva hostil, cuando se interrogue a una persona que por su mayor edad, limitada instrucción o causa similar, se le dificulte expresarse o que por razones de pudor esté renuente a declarar libremente. En todo caso se deberá respetar la dignidad del testigo”⁴³⁴

Es decir, que a manera de excepción los tribunales podrían autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas en el interrogatorio directo, la “excepción para que se permita preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo está basada en que si no se permitieran, sería muy difícil obtener información valiosa para la resolución de la controversia”⁴³⁵, como en los casos en los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

• Estrategia de preguntas en el interrogatorio directo

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del interrogatorio directo:

- i. Preguntas de acreditación del testigo
- ii. Preguntas introductorias sobre los hechos
- iii. Preguntas descriptivas sobre los hechos, circunstancias y el responsable.
- iv. Presentación de prueba material (ver arts. 90 inciso 4º LPI y 242-243 CPP).
- v. Corroboración del responsable.
- vi. Final probatorio.

• Lineamientos técnicos para el desarrollo en el interrogatorio directo⁴³⁶

Estos lineamientos técnicos, junto con los fines u objetivos estratégicos del interrogatorio pueden ayudar a perfilar lo que el abogado pretende probar en el tribunal.

- i. El relato sobre los hechos tiene que ser ordenado (en lo posible de modo cronológico), descriptivo, sencillo e interesante.

434 En el art. 209 CPP existe la misma redacción de la excepción de preguntas sugestivas para el interrogatorio directo, véase: “sin embargo, quien preside podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea hostil, cuando se interrogue a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor esté reacio a deponer libremente”. En efecto hay una convicción del sistema penal de adultos y menores de utilizar las mismas reglas adversativas, con sus pequeñas modificaciones.

435 EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* op.cit, p. 296.

436 Estos lineamientos son aplicables al redirecto en cuanto a la técnica, pero limitado a rehabilitar al testigo o testimonio en los temas que hubiera sido impugnado por la parte contraria en el contrainterrogatorio.

- ii. Las preguntas deben ser sencillas y comprensibles. De igual manera las respuestas. Por lo que no debe presumir que el juez de menores entiende lo que está diciendo el testigo.
- iii. Se recomiendan preguntas abiertas: ¿Quién? (las preguntas deben permitir identificar ante el juez quién es el testigo y la persona contra quién se declara); ¿Qué? (¿qué fue lo que sucedió?); ¿Cómo? (esta preguntas debe permitir que el testigo describa cómo sucedieron los hechos); ¿Dónde? (lugar de los hechos, descripción general, municipio, si fue en la calle o en un lugar cerrado como un hogar o fábrica); ¿Cuándo? (fecha y hora de los hechos?); ¿Por qué? (explicar la relación del testigo con las personas o con los hechos o porque se encontraba allí); luego se utilizan otro tipo de oraciones para que el testigo siga declarado como “explique, diga, describa testigo...”, o similares.
- iv. Es necesario recordar no hacer preguntas sugestivas. Una pregunta sugestiva contiene un hecho afirmado por el interrogador: “Lo cierto testigo...” Estas preguntas las prohíbe el art. 90 LPJ en el interrogatorio directo. Si bien en ocasiones será necesario utilizar preguntas sugestivas para acelerar el interrogatorio, siempre y cuando no sea sobre preguntas sustantivas sobre la prueba. El tribunal puede evaluar su flexibilidad.

Ahora bien, en cuanto a preguntas de fondo sobre los hechos, de manera la ley admite de manera excepcional formularlas con contenido sugestivo para impugnar un testigo propio particularmente cuando éste en la audiencia ha variado sustancialmente su testimonio, cuando no quiere declarar o tiene problemas de expresión por sus capacidades físicas o preparación. Estas circunstancias que suelen suceder deberán ser apreciadas por el litigante con base a su experiencia y a la buena preparación que haya tenido previamente con el testigo.

- El testigo tiene que captar la atención del juzgador.
 - i. El testigo debe ubicar el lugar y tiempo en donde se encontraba cuando sucedieron los hechos. Se pueden utilizar diagramas, dibujos o presentaciones como parte del interrogatorio, siempre y cuando se dejen sentadas las bases para su acreditación.
 - ii. El testigo es la “estrella” de la audiencia. No el abogado. En el conainterrogatorio el abogado es la estrella de la audiencia.
 - iii. Las preguntas deben ser cortas, directas y dirigidas a los temas de la teoría del caso que se pretenden establecer.
- El abogado debe moderar el ritmo y velocidad de las preguntas hechas al testigo y de sus respuestas. Las respuestas narrativas en

términos generales no ofrecen daños a la parte contraria, pero, en lo posible hay que evitarlas para no caer en la monotonía y para que el testigo no vierta información adicional o que no se encuentre dentro de los cálculos del abogado.

- El abogado debe escuchar las respuestas del testigo y continuar preguntando sobre dichas respuestas.

Otras recomendaciones para el buen desarrollo de un interrogatorio directo

- El abogado debe preparar las preguntas y respuestas del testigo, tanto para el interrogatorio directo como para el contrainterrogatorio. El abogado debe prever las debilidades del testigo.
- Preparar la apariencia, presencia y estilo del testigo, sin descuidar la del abogado.
- Cuidar los gestos y modulación de la voz del testigo y del abogado.

Ejemplo interrogatorio directo:

Preguntas para acreditación de testigo

- Fiscal: Señor por favor, puede indicarnos su nombre y apellidos.
- Testigo: José López.
- Fiscal: ¿A qué se dedica?
- Testigo: Soy miembro de la Policía Nacional Civil.
- Fiscal: ¿Señor López, dónde trabaja?
- Testigo: En la estación policial número 2 de ciudad de Santa Tecla.
- Fiscal: ¿Cuál es su grado?
- Testigo: Soy cabo primero.
- Fiscal: ¿Señor López cuáles son sus funciones?
- Testigo: Soy el responsable del puesto del Cafetalón de policía comunitaria
- Fiscal: ¿Señor López cuánto tiempo tiene de trabajar en la policía?
- Testigo: Aproximadamente 8 años.

Preguntas de transición y orientación

- Fiscal: Señor López ¿podría decirnos que pasó el 10 de enero del 2015, a las 10:30 am?
- Testigo: Ese día manejaba el radiopatrulla número 0524 cuando vi que de un negocio de bicicletas salía corriendo un muchacho y detrás de él una señora, que luego averigüé era la propietaria del negocio en mención.
- Abogado: ¿Puede describir al muchacho?

- Testigo: Claro que sí. Era un muchacho de tez morena, delgado, quizás de 1.65 mts de estatura. Llevaba una camisa de la Selección color azul, con el número 11 en la espalda y con el nombre del “mágico González”. Además, unos zapatos blancos tipo “nike” y unos pantalones flojos.

Control del ritmo del interrogatorio y descripción de los hechos

- Fiscal: Señor López ¿podría decirnos qué hizo usted al ver al muchacho corriendo?
- Testigo: Me acerqué al negocio y pregunté qué era lo que pasaba. La señora dueña del negocio, me informó que el muchacho se llevaba la caja con el dinero del negocio.
- Fiscal: ¿Qué hizo usted?
- Testigo: Inmediatamente llamé por radio a la estación avisando que estaba en persecución de un sospechoso y salí corriendo tras él hasta que logré capturarlo como a unos ochocientos metros del negocio de bicicletas. Es decir desde el hogar Guirola hasta la Chiltiupán, pasando por el colegio Champagnat.
- Fiscal: ¿Qué hizo usted antes de darle captura?
- Testigo: Le grité que se detuviera, que yo era miembro de la policía.
- Fiscal: ¿Qué hizo el sospechoso?
- Testigo: Siguió corriendo hasta que lo alcancé y lo tiré al suelo, le hice el “procedimiento” y luego llamé a la estación para pedir refuerzos.
- Fiscal: ¿Qué significa ¿le hice el “procedimiento”?
- Testigo: Bueno que me le tiré por la espalda, lo boté y luego lo “enchuché”.
- Fiscal: ¿Qué significa “enchuché”? explique por favor
- Testigo: Perdón le impuse las esposas en las muñecas detrás de la espalda.
- Fiscal: ¿Cuánto tiempo duró entre el momento en que le pidieron ayuda y en el momento en que le hizo el procedimiento?
- Testigo: Unos cinco minutos
- Fiscal: ¿Se encuentra en esta sala la persona que capturó? (Esta pregunta permite reconocer judicialmente al autor del hecho ante el juez, no significa ninguna práctica discriminatoria o violatoria a los derechos del adolescente. Luego vendrá el turno del conainterrogatorio para verificar si el policía/testigo dice la verdad o miente)
- Testigo: Sí está allí enfrente sentado.
- Fiscal: Gracias agente.

ii) El conainterrogatorio

Para CHIESA, el derecho a conainterrogatorio es el núcleo del derecho a defenderse mediante la confrontación de la prueba contraria “con gran frecuencia se cita a WIGMORE al caracterizar al conainterrogatorio

como la más grande arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad...⁴³⁷.

Según GOLDBERG, los testigos pueden determinar el resultado del juicio, lo cual es cierto al menos en cuanto a la credibilidad que el Juez le dé a los hechos narrados por éstos. Para que el órgano juzgador le dé autenticidad a la información proporcionada por el testigo requiere de un "test". El primer examen es que quién ofrezca un testimonio debe sostener la credibilidad del testigo en el interrogatorio directo⁴³⁸. La segunda prueba es cuando el testigo o el testimonio logra resistir un contrainterrogatorio o repreguntas, como efecto de una confrontación defensiva o del ejercicio del derecho al "careo" de la parte contraria, art. 90 inciso 1º LPJ.

Dice el artículo 90 con respecto al contrainterrogatorio: " si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá para tal efecto la palabra". Después de que el testigo o perito haya declarado puede ser contrainterrogado por la parte contraria.

Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio, admitiéndose las preguntas sugestivas.

De acuerdo a lo transcrito, el contrainterrogatorio lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria al testigo ofrecido por la parte que realiza el interrogatorio directo⁴³⁹. La "técnica del contrainterrogatorio en sus diversas fases es conocida como el *cross examination* o interrogatorio cruzado, porque la parte que no propuso al testigo o perito tiene la posibilidad de contrainterrogarlo con una técnica que en los buenos abogados y fiscales adquiere caracteres de verdadero arte..."⁴⁴⁰. Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por la parte contraria, el abogado que contrainterroga puede hacer preguntas sugestivas ya que el propósito del contrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo.

El contrainterrogatorio también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria y también el mismo

437 CHIESA, Ernesto L.; Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1, op.cit, p. 363.

438 GOLDBERG, Steven H, Mi primer Juicio Oral, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 86 y ss. Para este autor, la habilidad del abogado puede influir de manera relevante para que el órgano juzgador adquiera conciencia en la credibilidad de su testigo y en el descredito de la parte contraria.

439 STRONG, John W; McCormick on Evidence, con AAVV, op.cit pp. 34 y sgtes. Durán Ramírez, op. Cit. pp. 265-266.

440 QUIÑONES VARGAS es más dramático al describir el sentido y alcance del contrainterrogatorio cuando afirma que "el contrainterrogatorio ha sido descrito como el ataque frontal que asegura el triunfo de la verdad y la justicia", QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil Salvadoreño, op.cit, p. 207.

puede aportar aspectos positivos del caso que representa el abogado que contrainterroga⁴⁴¹.

QUIÑONES VARGAS, manifiesta que el propósito principal del contrainterrogatorio es lograr que el testigo de la parte contraria pierda credibilidad frente al tribunal, desacreditando dicho testimonio o a la persona. En la primera situación se confronta la versión de los hechos del testigo sea porque no es creíble, es ilógica, desafía las leyes de la naturaleza, se contradice con una versión anterior que hubiera depuesto o con la de otro testigo. En la segunda estrategia, se intenta arremeter contra la credibilidad del testigo, sea por su falta de criterio, por carecer de agudeza mental para entender los hechos, por su conducta o por la situación o posición que se encontraba cuando sucedieron los hechos⁴⁴².

Por su parte para MURRAY, el interrogatorio cruzado permite a los abogados la oportunidad de obtener y usar información del testigo de la parte contraria, la cual puede ser útil para sus propósitos o para desacreditar a dicho testigo⁴⁴³. Es así que los propósitos del contrainterrogatorio son:

- i. Desacreditar el testimonio de la parte contraria;
- ii. Descubrir inconsistencias de la declaración testifical contraria;
- iii. Atacar la credibilidad del testigo, utilizando técnicas sarcásticas o de incredulidad; y,
- iv. Buscar testimonio que le favorezca.

A diferencia del interrogatorio directo, en el contrainterrogatorio no se hacen preguntas cronológicas, sino específicas y definidas a atacar el testimonio o la credibilidad del testigo. La forma en que se hacen las preguntas es cerrada y sugestiva. Esto es, formuladas como aseveraciones o afirmaciones que el deponente tendrá que responder “sí” o “no”. Es decir, el abogado que contrainterroga debe mantener bajo control las respuestas del testigo para poder identificar contradicciones⁴⁴⁴.

El art. 209 del CPP sigue en la misma línea de la técnica de contrainterrogatorio cuando expresa “si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto”

441 IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, op.cit, pp. 6 y ss.

442 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil Salvadoreño*, op.cit, pp. 207-209.

443 MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995, p.155. Dice MURRAY que “in the popular image, the lawyer takes on the chief witness of the opposing side and reduces that witness to tatters with a dramatic, often sarcastic and incredulous, cross-examination”. De allí que el autor recomienda mantener el control de la declaración del testigo con preguntas sugestivas esperando respuestas afirmativas o negativas. No recomienda la realización o repetición de las preguntas del interrogatorio directo.

444 MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, op.cit, pp.182 y ss.

Los arts. 90 LPJ y 209 CPP estableces las posibilidades de “tacha” o impugnación en audiencia de vista de la causa de los testigos por medio de un conainterrogatorio que ataque la credibilidad del testigo o del testimonio. La impugnación de testigos, como se ha mencionado, es la oportunidad o chance procesal que un abogado de la parte adversa tiene para poder mostrarle al juez de menores el interés del testigo en declarar, su posible mendacidad o los problemas de memoria o de capacidad narrativa durante una audiencia. Así el abogado de la parte contraria introduce evidencia o prueba durante el conainterrogatorio para arremeter contra la credibilidad de un testigo o de su deposición⁴⁴⁵. Su objeto estratégico es disminuir al testimonio vertido en el interrogatorio directo, al testigo como tal o a ambos ante los ojos del tribunal.

En el sistema judicial anglosajón, los abogados tratan de impugnar a los testigos durante el conainterrogatorio porque pretenden desacreditar su testimonio⁴⁴⁶. La parte que conainterroga, lo que pretende con esta impugnación, es restar credibilidad ante el Juez de menores sobre un testigo o sobre la confiabilidad del conocimiento de los hechos de éste. Según CHIESA APONTE, “la credibilidad de un testigo puede ser impugnada por cualquier parte, incluyendo a la parte que llama al testigo. El testigo está obligado a contestar cualquier pregunta pertinente a su credibilidad, aunque en cuanto se le pregunte sobre materia que solo se relaciona con su credibilidad y no con los hechos sobre los que ha declarado, puede invocar el derecho contra la autoincriminación”⁴⁴⁷.

Pero en esencia cuando se impugna al testigo de la parte contraria, lo que se busca es afectar o poner en entredicho la credibilidad de su testimonio para que el juzgador lo descarte o no le dé entero crédito a todo lo que dijo. Es decir, la impugnación va dirigida a modificar el valor probatorio de la declaración y no necesariamente su admisibilidad⁴⁴⁸. La impugnación de un testigo sólo puede hacerse con prueba que sea pertinente o esté relacionada a su credibilidad.

Esta doctrina como se ha mencionado, de acuerdo a los arts. 90 LPJ y 209 CPP, es utilizada en el sistema penal juvenil salvadoreño. Las funciones defensivas del conainterrogatorio buscan, entonces, manchar el testimonio del testigo adverso y/o pretenden atacar la credibilidad del testigo debido a su parcialidad, parentesco o afinidad con alguno de los involucrados en el hecho, interés en el resultado del juicio, la percepción de los hechos o la memoria la decisión del caso en una u otra forma.

445 QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil Salvadoreño, op.cit, p. 235.

446 IMWINKELRIED, Edward J. Evidentiary Foundations, op.cit, p. 185

447 CHIESA APONTE, Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V. III, op.cit, p. 324. Para este autor, con la evidencia de impugnación lo que una parte pretende es arrojar “sombas” sobre la credibilidad de un testigo o sobre la confiabilidad de un testimonio.

448 CHIESA, Ernesto L.; Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1, op.cit, p. 365.

La declaración de un testigo perjudicial para la parte contraria se puede cuestionar identificando contradicciones del testigo entre lo que declara en ese momento en la audiencia y declaró en ocasiones anteriores, dentro o fuera del juicio. La técnica requiere que el abogado ponga, por medio de su interrogatorio cruzado (no argumentativamente) la declaración anterior del testigo, y luego contrastar al testigo con la respuesta que acabara de manifestar.

De igual manera, por medio del conainterrogatorio se pueden identificar rasgos del carácter o conducta del testigo; o se pueden buscar datos o circunstancias personales del declarante que sugieran su parcialidad o interés en el asunto judicial, intentando mostrar al juez de menores que el testigo no merece credibilidad⁴⁴⁹. De allí que esta técnica sustituye a las "tachas" de testigo. La tacha se efectúa mediante conainterrogatorio ante los sentidos del juez de menores, y no de manera previa.

• Estrategia de preguntas en el contra-interrogatorio

Este es el orden recomendado para la realización de preguntas en el turno del contra-interrogatorio preguntas sugestivas que:

- i. Comprometan al testigo con las respuestas dadas en el interrogatorio directo.
- ii. Comprometan al testigo con su compromiso con la verdad y con su declaración bajo juramento.
- iii. Impugnen las habilidades sensoriales del testigo o su interés personal en el resultado del litigio.
- iv. Pongan en duda la veracidad o el contenido del testimonio.
- v. Presentación de prueba material (ver arts. 90 inciso 4º LPJ y 242-243 CPP).
- vi. Se debe dejar que conteste el testigo impugnado y que se comprometa con sus respuestas.

• Lineamientos técnicos para el desarrollo del conainterrogatorio

La impugnación del testimonio practicado en la audiencia, implica que el abogado de la parte contraria pueda desacreditar al testigo sobre su propia

⁴⁴⁹ DURÁN RAMÍREZ, en CASADO PÉREZ, José María 7 AAVV, Código Procesal Penal Comentado, T. 1, Edición actualizada y anotada jurisprudencialmente, op.cit, p. 1345, que el conainterrogatorio al tener un propósito defensivo pretende dejar en evidencia ante el Juez de menores o tribunal algún rasgo de parcialidad y que por lo tanto, debe desechar la información que el medio probatorio le esté vertiendo.

declaración demostrando que es mendaz, por la imposibilidad que haya sucedido o porque tiene mala memoria.

En lo que respecta a la impugnación del testigo el abogado debe procurar "tachar" al mismo, intentando mostrar al juez de menores, por medio de preguntas sugestivas, que está declarando con "interés", es decir parcializado.

Estos son los lineamientos:

- **Fundamentos del conainterrogatorio**

- i. No efectuar un conainterrogatorio si no es necesario.
 - ii. Poner atención a las respuestas del testigo en audiencia así como en declaraciones anteriores.
 - iii. Determinar la utilidad del conainterrogatorio.
 - iv. No repetir el interrogatorio directo. Un conainterrogatorio jamás debe efectuarse con preguntas abiertas. Las preguntas deben ser sugestivas.
 - v. Desarrollo del conainterrogatorio
 - vi. Desarrollar un control sobre el testigo. En el interrogatorio directo la estrella de la audiencia es el testigo. En cambio en el conainterrogatorio es el abogado de la parte contraria. En el conainterrogatorio el abogado no puede admitir que el testigo explique las respuestas por esa razón deben ser controladas a través de las preguntas sugestivas. Mientras menos hable el testigo le favorece a la parte que conainterroga.
- Brevedad y organización. El conainterrogatorio debe ser breve y ajustado a las partes medulares que se quieren impugnar. No se debe hacer un contra-interrogatorio sino se tiene un objetivo definido y una respuesta previsible.
 - Ritmo y velocidad. Las preguntas deben hacer rápidamente sin que existan lapsos que permitan pensar al testigo. No se puede permitir que reflexione el testigo sobre la respuesta.
 - No llevar preguntas preparadas, es esencial la buena memoria.
 - Realizar preguntas cerradas y sugestivas para prever respuestas afirmativas, como por ejemplo:

-“Lo cierto testigo es...”

-“Dígame si es cierto testigo...”

-“Testigo a preguntas del abogado usted afirmo que...¿correcto?”
-“Testigo usted dijo...usted es...”

- Saber escuchar al testigo.
- Saber cuándo interrumpir o terminar el contra- interrogatorio.

Señala CHIESA APONTE que el medio más eficaz para impugnar la credibilidad de un testigo es traer ante la consideración del juez de menores declaraciones anteriores del testigo incompatibles con su testimonio que está efectuando. Las declaraciones pueden estar contenidas en cualquier tipo de soporte. La introducción de prueba para impugnación, no solo deja ante los ojos del juez de menores “la credibilidad del testigo en relación con el asunto específico al que se refiere la contradicción, sino también la credibilidad general del testigo”⁴⁵⁰.

Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo, cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiendo que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

Para efectos de comprender que el ordenamiento salvadoreño permite la impugnación de la credibilidad del testigo se recurre el CPCM como derecho procesal común que dice:

“Credibilidad del testigo”

Art. 356.- La credibilidad del testigo dependerá de las circunstancias o hechos que determinen la veracidad de sus declaraciones.

La parte que resulte perjudicada por la declaración de un testigo podrá alegar falta de credibilidad, mediante cualquier medio de prueba pertinente, con base en el comportamiento del testigo mientras declara o en la forma en que lo hace; en la naturaleza o carácter del testimonio, en el grado de capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar los hechos sobre los que declara, en la existencia de cualquier prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pudiera afectar el testimonio, o en manifestaciones o declaraciones anteriores del testigo. Si se presenta un acta o documento escrito donde conste dicha declaración, la parte que adversa tiene derecho a inspeccionar el escrito, a conainterrogar al testigo sobre dicha declaración y a presentar prueba pertinente contra lo declarado por el testigo.

La credibilidad de un testigo podrá ser impugnada o sostenida mediante

450 CHIESA APONTE, Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, V. III, op.cit, 1995, p. 326.

prueba de su carácter o reputación. No será admisible la prueba para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo que se refiera a sus creencias religiosas, a la carencia de ellas o a sus convicciones políticas

Pierde credibilidad un testigo cuando queda establecido en autos que su deposición está basada en un mero juicio de valor derivado de sus creencias particulares.

Para efectos de confrontación con respecto a las declaraciones anteriores del testigo o perito, debe entenderse que art. 90 LPJ, admite que los abogados durante el conainterrogatorio pueden confrontarlos con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en la vista de la causa, admitiéndose las preguntas sugestivas.

Ejemplo de conainterrogatorio al policía en calidad de testigo:

- Abogado: Testigo usted fue juramentado antes del primer interrogatorio ¿Cierto?
- Testigo: Cierto.
- Abogado: Testigo usted es una persona que dice la verdad ¿Es eso así?
- Testigo: Sí licenciado.
- Abogado: Testigo usted dijo que el 10 de enero del 2015, a las 10:30 am, se encontraba de patrulla cerca del Cafetalón, ¿cierto?
- Testigo: Sí abogado.
- Abogado: Testigo usted dijo que tiene 8 años de servicio en la policía, ¿correcto?
- Testigo: Afirmativo.
- Abogado: Durante este tiempo, se podría decir que su conducta ha sido ejemplar, ¿correcto?
- Testigo: Afirmativo.
- Abogado: Testigo, dijo que una señora salió de un negocio de bicicletas y le dijo que un muchacho le había robado una bicicleta. ¿Verdad?
- Testigo: Cierto.
- Abogado: Testigo lo cierto es que usted ese día a esa hora se encontraba bajo arresto en la estación por falta disciplinaria, ¿cierto?
- Testigo: No, abogado no es así
- Abogado: Testigo, usted está bajo juramento, ese día a esa hora usted estaba bajo arresto, ¿sí o no?
- Testigo: No recuerdo.
- Abogado: Testigo ¿cómo llevan el control de entradas y salidas de los agentes?
- Testigo: En el libro de novedades.
- Abogado: Puede usted describirnos, de manera detallada, ¿cómo es el libro de novedades?
- Testigo: En efecto es un libro azul con los símbolos de la policía.

- Abogado: Testigo si le muestro a usted ese documento, ¿lo podría reconocer?
- Testigo: Sí, claro
- Abogado: Juez de menores, con su permiso deseo mostrar al testigo un documento que él ha dicho que puede reconocer (art 90 inciso 4 LPJ)
- Juez de menores: ¿Tiene objeción el Fiscal?
- Fiscal: Ninguna.
- Abogado: Testigo, qué es lo que le estoy mostrando
- Testigo: Déjeme ver licenciado...es el libro de entradas y salidas
- Abogado: Testigo puede buscar por favor en la página 15 del libro el día y hora que están allí?
- Testigo: ---lo busca--
- Abogado: Testigo puede indicarle al tribunal qué día y hora tiene en su mano?
- Testigo: Es el 10 de enero del 2015, entre las 5 am y las 23 horas
- Abogado: ¿Dónde está su nombre en la salida de la estación?
- Testigo: No está.
- Abogado: Muchas gracias testigo.

En estos casos puede haber tentación del abogado de seguir preguntando, pero hay que saber detenerse cuando se encuentran inconsistencias en las declaraciones del testigo que le pueden favorecer. En eso consiste la impugnación de la credibilidad del testigo.

iii) Interrogatorio re-directo y re-contrainterrogatorio

El art. 90 inciso 1º LPJ manifiesta que luego que el abogado de la parte contraria termina el contrainterrogatorio, el abogado (o fiscal) que llevó a cabo el directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo. El art. 90 inciso 1º LPJ dice: *“la parte que sometió al testigo o perito al primer interrogatorio podrá interrogarlo nuevamente, después del contrainterrogatorio”, pero tiene una limitación: “estas dos últimas intervenciones habrán de limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior”*. Esto último no quiere decir, que en algún momento para que sea efectivo el contrainterrogatorio se tenga que abrir a hechos relevantes y pertinentes para rehabilitar al testigo. El juez puede requerir a la parte que realice el interrogatorio a mantenerse en los hechos, si considera que está abusando.

Al igual que el caso del contrainterrogatorio, el fiscal que hizo el interrogatorio directo tiene discrecionalidad de efectuar un re-directo, tomando como referencia que el contrainterrogatorio le hubiera afectado la credibilidad de su testigo o testimonio. En este interrogatorio re-directo, el abogado no puede hacer preguntas sugestivas, sino que las preguntas tienen que ser abiertas similares al directo pero para aclarar las respuestas que el testigo brindó a preguntas del abogado de la parte contraria.

Es decir, el fiscal (o abogado) debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo conainterrogaba. El llevar a cabo este segundo interrogatorio es opcional, no es obligatoria su realización, por lo que la parte (el litigante) debe evaluar si el conainterrogatorio le hizo daño a su medio de prueba.

El interrogatorio re-directo debe limitarse a preguntar sobre los temas o materias afectadas por el conainterrogatorio. No tiene la función de introducir nuevo material probatorio, a menos que, el conainterrogatorio lo hubiese habilitado.

Si la parte que ofreció al testigo realiza el interrogatorio re-directo, la parte contraria tendría derecho a un segundo conainterrogatorio. La última fase del examen de testigos, sería entonces el re-conainterrogatorio. Este ejercicio probatorio tendría que ocurrir inmediatamente después que un testigo hubiera sido sometido al interrogatorio re-directo, para que el abogado de la parte contraria tenga la opción o la facultad de llevar a cabo el re-conainterrogatorio⁴⁵¹. Sobre el reconainterrogatorio, la LPJ dice en el art. 90: *“así también, la parte contraria podrá someterlo a un segundo conainterrogatorio, a continuación del precedente, éstas dos últimas intervenciones habrán de limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio inmediato anterior”*.

En el re-conainterrogatorio, el abogado puede ser sugestivo, pero sus preguntas se deberán limitar las materias cubiertas en el re-directo⁴⁵². Bajo el re-conainterrogatorio se pretende ratificar la impugnación realizada a la credibilidad del testigo o testimonio efectuado en el primer conainterrogatorio. De allí que se recomienda seguir los mismos consejos que se hicieron para el ejercicio del conainterrogatorio, con la finalidad que el procurador mantenga el control sobre el medio probatorio.

4.- Las objeciones o reparos en los interrogatorios

la objeción, reparo o protesta puede definirse como un verdadero recurso procesal que tienen los abogados en los sistemas adversativos. Si bien, el art. 90 LPJ es bien parco al regular las objeciones pues nada más dice: *“objetar las preguntas que se formulen por las otras partes”*. Es necesario

451 En efecto, el abogado de la parte que efectuó su conainterrogatorio tiene la posibilidad de realizar un segundo conainterrogatorio con el propósito intentar desmerecer la credibilidad del testigo frente a los ojos del Juez de menores, después del interrogatorio re-directo, como se afirmó líneas arriba.

452 FONTANET, Julio; Principios y Técnicas de la Práctica Forense, 2 op.cit, p. 145, para FONTANET, el reconainterrogatorio se limita a las áreas cubiertas en el redirecto. La realización de esta fase no es obligatoria y más bien depende de la estrategia del litigante. VERGER GRAU, Joan, Las pruebas ante el tribunal del jurado, con AAVV en El Tribunal del Jurado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Octubre 1995, p. 417. Si bien, este es un tema probatorio penal al que hace referencia la autora, permite comparar un modelo implantado en la tradición jurídica española.

hacer un esfuerzo hermenéutico con el CPP y el CPCM para aplicarlas correctamente al proceso penal juvenil.

El CPP expresa en el art 210 "Objeciones. Procedencia. Art. 210.- Las partes podrán interponer objeciones a las preguntas formuladas por la parte contraria, durante los interrogatorios a testigos o peritos. Las objeciones deben ser oportunas y específicas.

Si no se objeta oportunamente en la audiencia, se entenderá que se ha renunciado a ejercer este derecho. Las partes podrán objetar el comportamiento, conducta o lenguaje no verbalizado.

Las preguntas formuladas al testigo en el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, podrán ser objetadas de manera continua.

Las respuestas de los testigos deberán ser directas, concretas y pertinentes a las preguntas que se les formulen y sobre los aspectos que tenga conocimiento personal, las que podrán ser objetadas por las partes. En sus declaraciones los testigos no podrán emitir especulaciones"

Y su procedimiento de resolución dice:"Trámite de la objeción Art. 211.- Interpuesta la objeción, el juez o tribunal resolverá inmediatamente, admitiéndola o rechazándola; si la admite, el juez en su caso indicará al interrogador que reformule su pregunta. Lo resuelto por el juez admitirá el recurso de revocatoria."

La objeción puede ser entendida como un mecanismo de defensa de las partes. Es una oportunidad procesal y facultad por el cual los abogados intentan defenderse en la audiencia ante la actividad probatoria impertinente de la parte contraria. Esencialmente del intento de la contraparte de introducir prueba que sea inadmisibles por ser impertinente, inútil, inconducente, repetitivo, superfluo o ilegal, entre otras razones justificables. Incluso las partes pueden defenderse de la conducta del abogado contrario o del juez de menores.

La parte que efectúa una objeción pretende llamar la atención del juez de menores ante la actividad de la parte contraria. Es decir, pretende advertir al Juez de menores que no se debe permitir la conducta y actividad probatoria de la parte contraria y que se debe evitar incurrir en errores, especialmente de permitir la producción de prueba impertinente. Además, la objeción puede justificarse, en sentido amplio, como la expresión de una insatisfacción de una de las partes ante la conducta del testigo o perito, del procurador de la parte contraria o del mismo juzgador en la audiencia probatoria, como las dilaciones indebidas, la mala fe o deslealtad procesal del litigante.

Las objeciones no tienen una raíz en el derecho procesal continental ni en el derecho escrito o tutelar de menores. Son de origen anglosajón, y que el

derecho procesal salvadoreño las adoptó del sistema puertorriqueño. Sin embargo, el foro judicial salvadoreño y su práctica ya las han incorporado tanto en justicia penal de menores, familia, penal de adultos y el proceso civil y mercantil. .

Bajo esas reglas las partes podrán objetar el intento del litigante de la parte contraria de introducir prueba que es contraria a las disposiciones de la LPJ. Como requisito de admisibilidad de una objeción se requiere que sea oportuna, fundada y específica. La objeción únicamente la puede efectuar el litigante no el juez de menores. Es decir requiere impulso de parte. Pero la parte que no objeta oportunamente se entenderá que ha renunciado a su derecho.

Las objeciones tienen una finalidad estratégica, por lo que su uso dependerá de la misma preparación técnica del abogado. Si la actividad de la contraparte no le ha causado daño, el procurador deberá valorar si vale la pena objetar. Obviamente, que si considera que le hace daño deberá objetar, especialmente si la pregunta o respuesta es impertinente o si es sugestiva (cuando es prohibida en el interrogatorio directo como el re-directo).

El juez de menores tendrá la libertad de decidir la admisión o rechazo de la objeción, fundando su decisión de manera verbal. La parte que no esté de acuerdo podrá pedir que se revise verbalmente la decisión del juez de menores. La objeción realizada de manera oportuna ante una prueba no admitida puede fortalecerla decisión del tribunal superior que revise una sentencia de primera instancia.

A manera de ejemplo o de ilustración pueden ser objetables durante las audiencias:

- i. Las preguntas formuladas por los procuradores durante los interrogatorios. Es decir, las preguntas efectuadas por los litigantes pueden ser objetables si son impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o cuando se asumen hechos no establecidos;
- ii. Las respuestas de los peritos, testigos y partes si las respuestas son prueba de referencia, o si el testigo emite opinión o si contesta más allá de lo preguntado; y,
- iii. La conducta de los abogados, por ejemplo si durante el interrogatorio cita de manera incorrecta lo expresado por un testigo; si tiene una conducta irrespetuosa hacia el testigo, parte o perito; o si obstaculiza las respuestas del testigo o lo intimida.

El que un litigante mencione una prueba en las alegaciones finales sin haberla practicado es objetable por la parte contraria. Ello es así, porque

el juez de menores deberá juzgar sobre la prueba que ha desfilado en la audiencia y no sobre supuestos o meras alegaciones. Ni por las afirmaciones de los procuradores.

El sistema de objeciones arriba descrito, no es una enumeración exegética, sino que más bien tiene un papel ilustrativo, para el proceso penal juvenil, tomando en consideración las reglas supletorias tanto del proceso penal de adultos como el proceso civil en su carácter supletorio o como derecho procesal común, ver los arts. 210 y 211 CPP y arts. 407 a 410 y 413 CPCM.

Reflexión

La Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura ha seguido, desde la entrada en vigencia de la Ley del Menor Infractor (ahora Ley Penal Juvenil) y la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor sometido a la Ley Penal Juvenil, programando y ejecutando cursos de formación continua y cursos de especialización en justicia juvenil para operadores del sistema de justicia. Este esfuerzo ha sido un compromiso que se ha ido sosteniendo en el tiempo. De hecho la Escuela ha brindado cursos y talleres a los miembros de los equipos multidisciplinarios, no solo ha brindado curso “jurídicos” para los abogados y jueces del sistema de justicia penal juvenil.

Sin embargo, es necesario abrir estas materias a los abogados particulares y profesores universitarios, puesto, que desde hace mucho tiempo en los pensum han ido desapareciendo poco a poco la materia de Derecho de Menores o de Criminología.

Los hechos actuales demuestran que es necesario fortalecer los conocimientos y experiencias de los profesionales del derecho y de otras áreas sociales y de la ciencia de conducta para enfrentar los retos de la delincuencia juvenil, y preparar respuestas técnicas y científicas para la prevención del delito como de su represión por la justicia penal de un Estado de Derecho.

Es necesario mantener el fortalecimiento de las destrezas de oralidad en la justicia juvenil para garantizar la efectividad de la justicia. Los roles de procurador o defensor y el de fiscal deben favorecer la práctica adversativa de la prueba, para que el juez pueda adjudicar de manera imparcial e impartir justicia.

Hay que reiterar que el sistema por audiencias requiere más jueces y las facilidades materiales y tecnológicas en los tribunales, lo cual es responsabilidad de la Corte Suprema de Justicia.

Las Escuelas de Derecho tienen el deber de incorporar en su pensum las materias relacionadas al derecho penal de menores y otros conocimientos

de las ciencias criminológicas, que ayuden a comprender el fenómeno de la violencia juvenil en El Salvador.

Bibliografía

BATISTA, Elpidio; *El Abogado Defensor Puertorriqueño. Litigación: Vivencias, casos y comentarios*, 2 volúmenes, 2 Edición revisada, Ediciones Situm, San Juan, 2002.

CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1 y 2*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.

CHIESA APONTE, Ernesto L; *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. I y III, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con AAVV, 3ª Edición, Editorial COLEX, 2000

DAMASKA, Mirjan, *The faces of Justice and State Authority*, Yale University, 1986, USA.

DAMASKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University, 1997, USA.

DÍAZ DÍAZ, Rafael; *Evidencia Criminal*, 1ª. Edición, First Book Publishing of P.R., Puerto Rico, 2002.

DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; *Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral*, en AAVV, Revista Justicia de Paz No. 9, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2001

EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.

GIANNELLI, Paul C; *Understandig Evidence*, 2a Edition, LexisNexis, USA, 2006

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.

Consejo Nacional de la Judicatura
Escuela de Capacitación Judicial

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso penal juvenil*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.

GOLDBERG, Steven H; *Mi primer Juicio Oral*, 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso penal juvenil*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002

LOPEZ JIMÉNEZ, Raquel; *La Prueba en el juicio por Jurados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MARABOTTO LUGARO, Jorge en AAVV *Curso sobre el Código General del Proceso*, T.1, Fundación de Cultura Universitaria, 1991

MAUET, Thomas A; *Trial Techniques*, 6a Edición, ASPEN LAW & BUSINESS, New York, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso penal juvenil*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, Juan; *Derecho Jurisdiccional I y II*, con AAVV, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso penal juvenil*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980.

MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.

NEVARES MUÑIZ, Dora; *Sumario de Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*, 6ª Edición revisada, Instituto para el Desarrollo del Derecho Inc. San Juan Puerto Rico, 2001.

QUIÑONESVARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso penal juvenil Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos y VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique; *Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico*, Michie Butterworth, Puerto Rico, 1996.

SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *Las Técnicas y Destrezas del Interrogatorio Oral en el Proceso Penal de la República de Panamá*, Revista acceso, <http://www.accesocapacitacion.com/>, 2013.

SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil*, Revista DeLegibus, No. 4, UCA, 2010.

SANDOVAL ROSALES, ROMMELL ISMAEL, *La prueba de testigos en el Nuevo Código Procesal Civil y Mercantil*, UCA Editores, 2009. Reeditado para la XXIII Conferencia Iberoamericana de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, 2010

STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.

TARUFFO, Michele, *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XV, diciembre 2003, p. 205-213, versión On-line ISSN 0718-0950.

TARUFFO, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez de menores en Europa*, Revista Ius et Praxis, 12 (2): 95 - 122, 2006

TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

VELAYOS MARTINEZ, María Isabel; *El Testigo de Referencia en el Proceso penal juvenil. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VÉLEZ, Enrique; *Derecho de la Prueba, reválida*, 1^a. Edición, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, 2000.



IMPRESO EN
EL SALVADOR, C.A.

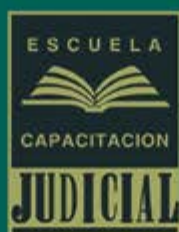
por: Asociación Institución
Salesiana

IMPRESA Y OFFSET RICADDONE

Final Av. Hno. Julio Gaitán,
Santa Tecla Telefax: 2229-0308
1000 Ejemplares
c.41903 / Enero 2016

unicef 

únete por la niñez



ESTA PUBLICACIÓN HA SIDO POSIBLE GRACIAS A LA COLABORACIÓN DEL
FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF).

EL CONTENIDO DE LA MISMA ES RESPONSABILIDAD
EXCLUSIVA DE SUS AUTORES Y NO REFLEJA NECESARIAMENTE,
LA POSTURA DEL CNJ Y DE UNICEF