Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

CAPÍTULO II

Derechos Fundamentales y Justicia Penal Juvenil

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL COSTARRICENSE

Henry Issa El Khoury

Sumario. INTRODUCCIÓN. 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1.1. Distinciones legales. 1.2. Criterio personal. 1.2.1. Un paréntesis necesario. 1.3. Criterio sustantivo. 1.3.1. Los delitos. 1.3.2. Las contravenciones. 1.3.3. Infracciones de tránsito. 1.3.4. Pasos judiciales para determinar la responsabilidad. 1.3.5. Los principios involucrados. 2. RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL DE ADULTOS Y EL DERECHO PENAL JUVENIL. 3. PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD. 4. LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO PENAL JUVENIL COSTARRICENSE. 4.1. Sobre los principios de la Ley. 4.2. Sobre el derecho penal que se extrae de la Ley. 4.3. Soluciones informales. 4.3.1. Criterio de oportunidad reglado. 4.3.2. La conciliación. 4.3.3. La suspensión del proceso a prueba. 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS. 5.1. El sistema formal (cuadro de sanciones). 5.1.1. Las sanciones socio educativas. 5.2.Inversión de la sanción. 6. COMENTARIO FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

Henry Issa El Khoury–Jacob. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde además se desempeña como director del Area de Docencia y Coordinador de las Cátedras de Derecho Penal General y Especial. Miembro del Consejo Científico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Desde 1988 es Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia. Se desempeña también como asesor del ILANUD y consultor de UNICEF. Coordinó las actividades relacionadas con la Reforma del Código Penal y fue Asesor de la Comisión Legislativa que dictaminó la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Sus publicaciones versan sobre la materia penal y la política criminal.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

INTRODUCCION

La Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) aporta al derecho penal costarricense una nueva rama: el derecho penal juvenil, disciplina reciente que presenta particularidades que deben ser detalladas en comparación con el derecho penal de adultos.

Con anterioridad a la vigencia de esta ley, una concepción con espíritu tutelar –con consecuencias jurídicas sancionatorias importantes, pero sin un marco garantista definido (precisamente por su pretensión de ser tutelar y no punitiva)–, se aplicaba no solamente a los menores transgresores, sino a los llamados por la ley anterior "menores en estado de peligro social".

La vigente LJPJ se ampara en una filosofía punitivo-garantista, que pretende promover un tipo de mentalidad judicial y general de responsabilidad con garantías, dentro de los cánones que nuestra constitución señala para la sanción.

Lo anterior, sin embargo, no permite afirmar que es a partir de la vigencia de esta ley que exista derecho penal de menores en Costa Rica. Tal afirmación es injusta y falsa por parcial. Injusta, en la medida en que la aplicación del derecho tutelar fue real, absolutamente real, en el sentido de que muchas niñas y niños sintieron su aplicación, fueron sometidos a procesos, estuvieron en encierro y llevan ahora, como adultos, la huella profunda e indeleble de esa actividad estatal. Falsa, en el tanto en que ese derecho tutelar sometió a proceso a muchas personas menores de edad y aplicó sanciones, llamadas medidas tutelares, muchas de ellas consistentes en la privación de la libertad. Lo que sí puede afirmarse de manera válida, es que a partir de mayo de 1996 el ordenamiento jurídico costarricense recurre a otras armas jurídicas para someter a control a las personas menores de 18 años que hayan realizado actos considerados como infracciones a la Ley penal.

Interesa en este espacio señalar los aspectos del derecho penal de menores que tienen correspondencia con el derecho penal de adultos, y aquellos que, al contrario, presentarían diferencias o énfasis distintivos.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.1. Distinciones legales

La ley que mencionamos hace una división de las personas menores de edad así: las personas menores de 12 años, las personas de 12 a menos 15 años y las personas de 15 años a menos 18 años. En este sentido, el legislador busca llamar la atención al juzgador sobre la diferencia de madurez entre ambos grupos de edad. Una especie de preadolescencia hasta la adolescencia propiamente dicha, que se reflejaría en el segundo grupo. Es aquí donde deberá el juez tener claros, como veremos adelante, una serie de conceptos que, aunque la Ley no los exige expresamente, sí son necesarios para un juzgamiento adecuado al grado de madurez de la persona menor cuya acción ha sido sometida a su consideración.

1.2. Criterio personal

De acuerdo con el artículo 1ero. LJPJ[1], las acciones de las personas con edades que se encuentren dentro de los 12 y los 18 años de edad, que puedan considerarse como delito o contravención, tienen consecuencias jurídico punitivas y corresponde a la jurisdicción penal juvenil encargarse de tramitar y juzgar estas acciones. A partir de esta disposición puede hablarse de un derecho penal juvenil costarricense. Este tiene las particularidades procesales y sancionatorias que señala la ley en mención y, en referencia a los delitos y contravenciones, serán todos los que señale el Código Penal y los tipos penales de cualquier otra ley.

El señalamiento que hace el artículo 1ero. mencionado, está destacando que las personas mayores de doce años y hasta los dieciocho tienen la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto propio que se encuadre en algún tipo del Código Penal o de la ley especial. Así lo acepta Tiffer en su comentario: "Se han fijado estas edades debido a que se presume que los jóvenes o adolescentes (menores de edad) poseen la capacidad de comprender sus actos, por lo que debe considerárseles responsables"[2].

---

[1] "Artículo 1. Ámbito de aplicación según los sujetos.
Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan edad comprendida entre doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o en leyes especiales".

[2] Tiffer, Carlos. Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada. San José, 1996. p. 97

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

De la relación de los artículos 1ero. y 4to. LJPJ[3], puede observarse que la Ley integra los contenidos de algunas concepciones actuales sobre adolescencia[4], pero relacionándolos con un criterio objetivo: la edad. Un criterio meramente personal de madurez implica una dificultad importante en su aplicación cotidiana, pues requiere una valoración individual, obstáculo superado por el criterio etario.

Sin embargo, lo anterior sólo permite tener claro un criterio de jurisdicción, por razón de la edad: a las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años se les aplican las disposiciones de la LJPJ y no las de las personas adultas. No obstante, esto no resuelve el problema de la reprochabilidad. El análisis de la conducta, para poder ser sometida a sanción, no se agota ni en la tipicidad, ni en la antijuridicidad. El hacer el juicio de reproche es un paso necesario, de corte constitucional, que no puede dejar de obviarse. En este sentido, el juzgador, además de detectar la intencionalidad de la conducta, debe analizar si la persona menor de edad (12 a 18 años) es reprochable, esto es, si su conducta típica y antijurídica (injusta) le puede ser reprochada, que no es otra cosa que averiguar por qué no se motivó en la norma, en el caso de que pudiera hacerlo. Y una de las fases de ese juicio de reproche es precisamente la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que implica preguntarse si quien realizó la conducta que se quiere sancionar poseía, en el momento de la acción u omisión punibles, la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto, o tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, aspectos que aluden a la capacidad mental y/o psíquica del sujeto que realizó la conducta en análisis. Así las cosas, el criterio etario sólo es un paso ordenador: permite saber a cuál jurisdicción se pertenece. Pero el criterio de discernimiento y grado de madurez suficiente, sólo lo puede determinar el juicio de reproche[5].

---

[3] "Artículo 4. Grupos etarios. Para su aplicación, esta ley diferenciará en cuanto al proceso, las sanciones y su ejecución entre dos grupos: a partir de los doce años de edad y hasta los quince..., y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho..."

[4] "Podemos definir adolescente como la persona que se encuentra en una etapa del desarrollo normal del ser humano, cuyo inicio se ubica en los cambios físicos que se operan en la niña entre los 11 y los 13 años y en el niño entre los 12 y los 15 años. ... Los cambios que se operan en esta etapa afectan también las esferas sicológica y social. ... La adolescencia finaliza de manera variable de acuerdo con las pautas vigentes en la sociedad a la que se pertenece. En nuestra sociedad, la culminación de esta etapa se relaciona con la ubicación en una profesión y con el logro de la independencia de los padres." Aldana de Conde, Graciela. La Adolescencia a su alcance. Editorial Norma, Bogotá, 1981. p. 5.

[5] Véase al respecto, entre otros: Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General. Bosch, Barcelona, 1981, pp 593 a 622.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

1.2.1. Un paréntesis necesario

La LJPJ contiene un artículo que se refiere a las personas menores de 12 años[6]. En él se indica las personas menores de esa edad que no son objeto de esta ley pero que es obligación de los juzgados penales juveniles referir el caso al Patronato Nacional de la Infancia. Igualmente el juez de ejecución penal juvenil deberá ser consultado y controlar los internamientos administrativos de estos menores.

La disposición del artículo 6 antes mencionado, merece que nos detengamos un momento, con referencia al problema de la capacidad de discernimiento: El problema de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión –que no es otro que el de la determinación de los mecanismos de discernimiento y la averiguación del grado de madurez suficiente, necesarios para hacer un juicio de reproche–, no es un problema que sólo esté ligado a la edad, aunque las legislaciones sí lo hagan. Es un asunto mucho más profundo, que requiere el examen de la psique de las personas de manera individual. Sin embargo, de acuerdo con la ley en comentario, Costa Rica opta por la posición de señalar normativamente que a partir de los 12 años las personas pueden conocer el carácter ilícito de sus actos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Esto debe llevar al juez penal juvenil, como lo debe hacer también el juzgador de los mayores de 18 años, a plantearse el asunto de la inimputabilidad. Sin embargo, el hecho de que la Ley sólo tome en consideración, para fines de imposición de la pena, a los menores a partir de los 12 años, no elimina el juicio de reproche a los que no poseen esa edad, sino que lo desplaza, lo desjudicializa y lo envía a sede administrativa. De esta manera, el artículo 6 de la Ley propone que los menores de edad sí pueden cometer hechos delictuosos, sólo que la Ley no los hace su objeto.

Por esa razón, al no hacerse cargo de estas infracciones, el juzgador debe remitirlos al Patronato Nacional de la Infancia. El artículo en comentario prevé que en sede administrativa se pueden imponer

---

[6] "ARTICULO 6. Menores de edad.
Los actos cometidos por un menor de doce años de edad, que constituyan delito o contravención, no serán objeto de esta ley. La responsabilidad civil quedará a salvo y se ejercerá ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, los juzgadores penales juveniles referirán el caso al Patronato Nacional de la Infancia, con el fin de que se le brinde la atención y el seguimiento necesarios.
Si las medidas administrativas conllevan la restricción de la libertad ambulatoria del menor de edad, deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil, quien también las controlará".

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

medidas que restrinjan la libertad del menor de hasta 12 años y que estas deberán ser consultadas al Juez de Ejecución Penal Juvenil.

Nos parece que deben observarse con un cuidado especial los aspectos que contiene este artículo: primero, porque declara que las personas menores de edad, hasta los 12 años, tienen la capacidad de cometer delitos, lo cual nos mete en honduras teóricas que luego no se dilucidan; y, segundo, porque toda restricción de la libertad ambulatoria es pena, aunque teórica o normativamente no se le llame así. Por esta razón, sería importante que el contralor judicial estuviera mejor delimitado. Ciertamente, la Ley contempla la consulta de la restricción de la libertad con el Juez de Ejecución Penal Juvenil, pero en materia tan delicada, parece conveniente, para los intereses de este grupo de menores, que el control de esas disposiciones administrativas sea una de las funciones fundamentales del Juez Penal Juvenil.

Por lo demás, el hablar de la comisión de delitos por parte de los menores de doce años puede ser visto, técnicamente de dos maneras: o bien el legislador está utilizado el término delito en sentido lato, como conducta típica; o bien al utilizarlo en sentido estricto, como injusto reprochable, está partiendo del supuesto de que un menor de doce años es reprochable en tanto tiene capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto y capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, como lo señala el artículo 42 del Código Penal vigente.

Dentro del mismo punto, al señalar el artículo la posibilidad de restricción de la libertad ambulatoria por un órgano administrativo, tendríamos que entender: o que hay un juicio de reproche formulado por el órgano administrativo y controlado por el judicial; o que se está volviendo al estado de “peligro social” de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, que creíamos superada.

En este sentido, es posible pensar que la finalidad del legislador fue no dejar en manos de los funcionarios administrativos la imposición de una medida que, aunque técnicamente no se conoce con ese nombre, para los efectos prácticos es una verdadera sanción. Resulta así de fundamental importancia este artículo, que significa un contralor judicial a actuaciones administrativas que implican privación de libertad. Sin embargo esa finalidad esperada, no resuelve las dudas antes planteadas.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

1.3. Criterio sustantivo

En concordancia con la Ley de Justicia Penal Juvenil, las personas de 12 a menos de 18 años son sujetos de juzgamiento por la justicia penal juvenil no solamente cuando su acción es señalada como delito o como contravención por el Código Penal o por leyes especiales. Por su parte, una ley especial, la de Tránsito, especializa también las infracciones a esa ley cometidas por las personas menores.

1.3.1. Los delitos

El legislador de la LJPJ no hace ninguna distinción entre delitos para adultos y delitos para personas menores de dieciocho años. Así las cosas, en Costa Rica, la legislación penal juvenil es, por razón de la materia, competente para conocer todos los hechos contemplados en el Código Penal y en las leyes especiales. En este sentido, no se discute dentro del ámbito legislativo, la posibilidad de crear un derecho penal mínimo para personas menores de edad, ni la posibilidad de una aplicación discriminada en relación con esta materia.

En ese sentido, más bien el legislador ha optado por la búsqueda de soluciones alternativas, como por ejemplo el criterio de oportunidad reglado (artículos 56 y 57) y la conciliación (artículos 61 a 67); igualmente, ha optado por llamar normativamente la atención al juzgador para que ponga cuidado en examinar la lesión o la puesta en peligro del objeto de tutela (artículo 14).

1.3.2. Las contravenciones

El legislador no quiso dejar por fuera las contravenciones, sobre todo porque el criterio de distinción en Costa Rica es meramente procesal y en algunos casos cuantitativo, pero no de fondo. El no mencionarlas sería señalar que los menores no tienen responsabilidad contravencional, opción de política criminal muy peligrosa, pues un grueso número de delitos contra la propiedad y contra las personas resultan de hechos contravencionales.

Otra solución, que no compartimos, hubiera sido dejar estos hechos a los juzgados contravencionales, ya que con esta solución se estaría lesionando el principio de justicia especializada (Art. 12). Así las cosas, corresponde también a la justicia juvenil el juzgamiento de las acciones que encuadren en una contravención, tanto de las señaladas en el Código Penal como en las leyes especiales.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

Ciertamente, el artículo primero de la Ley de Justicia Penal Juvenil es claro en señalar que a los menores de edad se les aplica la normativa si han cometido un delito o una contravención del Código Penal o de las leyes especiales.

1.3.3. Infracciones de tránsito

En la LJPJ en comentario, no encontramos referencia alguna sobre las infracciones a la Ley de Tránsito; sin embargo, la Ley respectiva en vigencia ("Ley de tránsito por vías públicas terrestres") señala en su artículo 164: "Si alguno de los imputados es menor de diecisiete años, la alcaldía remitirá el testimonio de piezas al juzgado tutelar de menores, en lo que a él respecta y continuará los procedimientos respecto de quienes sean penalmente imputables"[7].

Como la norma transcrita es anterior a la LJPJ, entendemos que debe, a partir del 96, leerse en concordancia con la nueva jurisdicción penal juvenil y así adecuar no sólo la nomenclatura, sino también las edades.

Como comentario al margen, llama la atención la frase final del artículo en comentario, que no significa sino que el legislador concebía a los menores de edad como inimputables, a pesar de la existencia de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores, por medio de la cual se podía imponer medidas tutelares que llegaban hasta el encierro.

En conclusión, por disposición de la Ley de tránsito por vías públicas, los juzgadores juveniles deben conocer las infracciones que cometan los menores contra las disposiciones de esa ley.

1.3.4. Pasos judiciales para determinar la responsabilidad

Si bien la pauta del castigo a los menores de 12 a 18 años la establecen los tipos penales y contravencionales, el marco sancionatorio debe basarse en la esfera de legalidad que señala el Código Penal, de donde se extraen las reglas generales del derecho penal. El artículo 9no. en su parte final señala que al aplicar la Ley de Justicia Penal Juvenil se deberá aplicar las disposiciones y principios del Código Penal, en tanto no contradigan norma expresa de esa ley. En ese sentido, el juzgador penal juvenil está necesariamente obligado a seguir los pasos que le propone el legislador al juez para poder arribar

[7] Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.7331 de 13 de abril de 1993. Alcance a La Gaceta N.76 de 22 de abril de 1993.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

a la imposición de una sanción. Estos son, de acuerdo con las disposiciones legales y la jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera, los siguientes:

a) Conducta. En primer lugar, constatar si hay o no acción; en este sentido, ya sea el fiscal o el juzgador juvenil deberán analizar la denuncia o acusación sometida a su conocimiento, para saber si ella fue realizada con voluntad o se trata de un acto involuntario o realizado por medio de la fuerza física irresistible o un caso fortuito.

b) Tipicidad objetiva o formal. Seguidamente se debe constatar (fiscal o juzgador) si la conducta está o no tipificada en la ley; es decir, si los hechos señalados calzan en la descripción formal señalada en una ley con conminación penal.

c) Tipicidad penal. Como tercer punto, se deberá constatar si la conducta realizada tuvo la virtud de violar la norma y de lesionar el bien jurídico tutelado[8]; en este sentido es fundamental que el juzgador realice un examen de la norma antepuesta al tipo y constate si el menor está actuando de manera antinormativa (lesionando la norma) o si su conducta está contemplada en un mandato que debe cumplir obligatoriamente. Igualmente deberá constatarse la real violación al bien jurídico tutelado, aspecto que mencionaremos más adelante.

d) Tipicidad subjetiva. De seguido, se debe constatar si en la conducta realizada hubo dolo o culpa; en este sentido el juez debe examinar la intención, si la hubo o no y si fue directa, indirecta o eventual; o bien, si el menor sometido a su jurisdicción actuó sin el cuidado necesario y conocido en ese tipo de actuaciones; igualmente, si su conducta cae bajo un error de tipo vencible o no.

e) Antijuridicidad y justificación. De inmediato el juzgador juvenil deberá constatar si la conducta del menor está o no justificada; es decir, si hubo o no permiso para realizar esa conducta: ¿Estaba el menor, en el momento de la acción, en ejercicio legítimo de un derecho, en algún caso de consentimiento legalmente posible, en estado de necesidad o en legítima defensa?

[8] Ver artículo 14 LJPJ.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

f) Reprochabilidad. De constatarse que no hay permiso, el juzgador se encuentra ante un injusto penal y a partir de allí deberá constatar si el injusto es reprochable; el siguiente paso sería constatar si el menor podía o no motivarse en la norma o por qué no se motivó en ella pudiendo haberlo hecho.

Así, los pasos para constatar el reproche serían tres:

i. Imputabilidad. Si en el momento de realizar la acción el menor tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión; este aspecto, que en doctrina se ha llamado capacidad de culpabilidad o imputabilidad, es una exigencia fundamental del juicio de reproche. En el menor de doce a dieciocho años debe constatarse su capacidad psíquica y mental de conocer y de poder introyectar esos conocimientos; de otra manera es imposible reprocharle el injusto realizado.

Este aspecto, que reviste importancia en el derecho penal de adultos, resulta básico en el de menores, sobre todo cuando se trata de menores carenciados, como son en su mayoría los que acuden a los tribunales como sujetos activos.

ii. Errores de prohibición. En segundo lugar, el juzgador constatará si al realizar el injusto el menor estaba o no en error de prohibición; esto es si conocía que el hecho estaba penalmente sancionado. En este aspecto, a pesar de que el Código Penal no es muy elocuente en su artículo 35 párrafo inicial, resoluciones sobre los problemas del error de prohibición directo, indirecto y culturalmente condicionado que registra la Sala Tercera, permiten al juzgador tomar en cuenta una serie de aspectos fundamentales en esta etapa del juicio de reproche.

iii. No exigibilidad de otra conducta. Finalmente, para saber si el injusto puede ser reprochado, el juzgador deberá verificar si el ámbito de autodeterminación del menor estaba o no reducido en el momento de realizar la acción u omisión que se está juzgando. En este caso se trata de saber si había libertad de opción en poder o no motivarse en la norma. La discusión es seria en nuestro concepto, porque, en el caso de los menores y, sobre todo, de los menores carenciados afectiva, psicológica o económicamente, el exceso de vulnerabilidad que presentan dificulta reconocer su libertad de autodeterminación.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

Estos pasos básicos, además del cumplimiento de las otras reglas generales del Código Penal (territorialidad y extraterritorialidad, tentativa, participación, omisión impropia, entre otras) deben ser fielmente cumplidas en el juzgamiento de las acciones de una persona menor de edad.

1.3.5. Los principios involucrados

En relación indisoluble con lo anterior, están los principios que debe sustentar un derecho represivo de corte republicano. Muchos de esos principios están estrechamente vinculados e implicados en el análisis de teoría del delito que hemos resumido líneas atrás. En este sentido, si bien el Código Penal sólo prevé como principios generales el de legalidad y la prohibición de la analogía, la Ley de Justicia Penal Juvenil es menos omisa y enmarca el trabajo del juzgador en una serie de principios absolutamente necesarios en la aplicación de un derecho penal republicano. Además de los principios rectores señalados en el artículo 7mo, el capítulo II, "Derechos y Garantías Fundamentales", presenta una serie de principios procesales y de fondo; dentro de estos últimos destacan los siguientes:

a) El principio de legalidad (Art. 13). Este principio, obviamente fundamental en cualquier derecho represivo, es piedra angular en la aplicación del derecho sancionatorio dentro de un sistema republicano. Este artículo 13 LJPJ deriva del 39 constitucional. Derivado fundamental de todas las luchas libertarias contra la arbitrariedad, el principio de legalidad criminal, "no hay delito ni pena, si no existe una ley anterior que los contemple", es de indispensable mención en cualquier ley represiva. Con mucho mayor razón, cuando los sujetos que se someterán a sanción son personas menores de dieciocho años.

Es importante tomar nota del tipo de estilo que presenta este artículo trece: primero que todo, señala que la persona menor de edad no puede ser sometida a un proceso por un hecho que no sea típico, ya como delito, ya como contravención; en segundo lugar señala que esa persona menor de edad tampoco puede ser sometida a sanción si la Ley no la ha señalado de previo.

b) El principio de lesividad (Art. 14), La necesidad de que el derecho represivo tenga una racionalidad, es de importancia básica en un derecho sancionatorio como el que debe derivar de nuestra Constitución Política. Esa racionalidad, entre otros aspectos, existe en tanto se parta de la necesidad de que el bien jurídico exista

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

y que verdaderamente haya sido lesionado con la conducta que se quiere someter a sanción.

A diferencia del Código Penal vigente, el artículo 14 LJPJ es claro en señalarle al juez la obligación de comprobar que la conducta que somete a examen haya dañado o puesto en peligro un bien jurídico.

c) La aplicación de la Ley y la norma más favorable (Art. 19). Este artículo textualmente señala: "Cuando a un menor de edad puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales".Nos encontramos en esta disposición un aspecto que relacionamos tanto con el artículo 7 LJPJ, como con la norma del Código de la Niñez y la Infancia, artículo 5, que se refiere al "interés superior del menor". Entendemos que esta disposición no tiene que ver con el problema concursal, esto es, que no estaría derogando la disposición del artículo 23 del Código Penal vigente, sino que se aplica cuando el problema de dos leyes en conflicto no haya podido ser resuelto claramente con la aplicación de las reglas del concurso aparente de tipos.

d) El principio de racionalidad y proporcionalidad (Art. 25). Los principios que recoge el artículo 25 resultan de fundamental importancia dentro del sistema punitivo que prevé un régimen republicano, en el que se exige que la sanción sea racional y proporcional al hecho cometido. En ese sentido, el legislador le está señalando al juez penal juvenil, que para la imposición de la sanción, debe basarse en el juicio de reproche; esto es, que la escogencia de la sanción y el monto, no pueden ser basados en criterios de alarma social ni de peligrosidad, sino dentro de las líneas técnicas que marca el juicio de reproche.

e) El principio de determinación de las sanciones (Art. 26). Derivado de la legalidad criminal, por una parte, y de la propia racionalidad del castigo, este principio exige al juez determinar claramente la pena, tanto su naturaleza como su duración. En relación con la clase o naturaleza de pena, es importante, sobre todo cuando se trata de las sanciones socio-educativas y de las órdenes de orientación y supervisión. Obviamente, la parte de la duración es, indiscutiblemente, de real importancia en un derecho sancionatorio como el que dicta la Constitución costarricense.

f) El principio de internamiento en centros especializados (Art. 27). Este principio es fundamental para salvaguardar la aplicación de la sanción y el principio de especialidad que la Ley de Justicia

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

Penal Juvenil supone. La necesidad de los centros especializados es elemental, si se atiende a que estamos adentrándonos en un derecho punitivo especializado, con un proceso de igual naturaleza, que, por tanto implica un aspecto penitenciario adecuado. Por lo demás, es necesario cumplir este principio si se quiere que la sanción penal juvenil cumpla con cometidos de reeducación acordes con la idea de lo que debe ser el trato a los menores en un sistema como el que prevén tanto esta ley en comentario, como el Código de la Niñez y la Adolescencia.

2. RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL DE ADULTOS Y JUVENIL

El derecho penal juvenil es derecho penal. En general, los calificativos al derecho sancionatorio, tales como derecho penal económico, derecho penal de los negocios, entre muchos otros, tratan de destacar una especificidad relacionada con los tipos penales, en referencia a la naturaleza del bien jurídico que esas descripciones pretenden tutelar. No obstante, en cuanto al derecho penal juvenil, la especificidad es diferente: se refiere a la aplicación de todo el derecho penal, tanto las reglas generales como los tipos penales, a un grupo de personas seleccionado entre los doce años y menos de dieciocho años de edad.

En ese sentido, estamos hablando siempre de derecho penal, pero de un derecho sancionatorio que podría presentar diferencias, que atienden a la edad de las personas a quienes se destina. Sin embargo, esta cuestión no permite suponer que exista una diferencia radical entre un derecho penal juvenil y un derecho penal de adultos, por lo menos dentro del marco del sistema jurídico costarricense; primero, porque a las personas menores de edad sometidas a la jurisdicción penal juvenil se les aplica la mayoría de las disposiciones generales del Código Penal, con excepción de la parte sancionatoria, que podría ser la gran diferencia entre el penal de adultos y el juvenil. Segundo, porque los principios que contiene la LJPJ y que no aparecen en el Código Penal, son carencias de la ley penal de adultos, que de acuerdo con la Constitución costarricense, deberían ser parte de ese derecho represivo. Por ello, observar la relación entre el derecho penal de adultos y el juvenil como un asunto casi dicotómico, es un falso problema que no responde a la realidad.

Para abundar en lo dicho, nótese cómo en el caso de un juez pe-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

nal juvenil, éste debe seguir los mismos pasos judiciales para averiguar sobre la responsabilidad de una persona menor de edad que los que sigue el juez penal de adultos.

Un derecho penal de adultos, llevado a la práctica de acuerdo con los marcos constitucionales costarricenses, es un derecho penal garantista cuyos principios buscan salvaguardar a la persona. En referencia a los menores de edad, este derecho penal cumple todos los principios necesarios, y su aplicación debe fomentarlos prolijamente, con un ingrediente adicional: el interés superior del menor, que en última instancia y parafraseando a Edson Sêda, debe ser el interés superior de la sociedad y de todos los habitantes.

El derecho de fondo es el mismo, no importa que el procedimiento judicial pueda variar. Por eso, en lugar de hablar de relaciones, nos parece más recomendable preguntarse qué elementos adicionales debe tener el derecho penal juvenil, sobre el de adultos.

En esta tesitura, existe en la Ley de Justicia Penal Juvenil un artículo que nos parece fundamental: el séptimo[9], que señala como principios rectores el interés superior del menor, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad. Porque si vemos la teoría garantista del derecho penal de adultos, todos los otros principios que hemos arriba mencionado y que contiene la Ley, son también principios fundamentales de un derecho penal de adultos, aunque nuestro Código Penal no los contemple (pero sí han sido aceptados de manera unánime por los tribunales de adultos).

En relación con el interés superior del menor, concepto difuso que podría ser llenado con contenidos varios, es importante acudir a las cartas fundamentales, y, en especial, a la Convención sobre los Derechos del Niño, a las Reglas de Beijin y al Código de la Niñez y la Adolescencia. En este sentido, y para el derecho penal de fondo, el interés superior del menor reside en el juzgamiento apegado a los principios de un derecho penal republicano.

Sin embargo, creemos que con lo dicho no queda saldado el problema: dentro de una concepción de especificidad del derecho penal juvenil, y siguiendo una orientación de un derecho penal mínimo, resulta indispensable discutir por qué se aplican a los menores de edad todos los tipos penales y contravencionales. Si estamos ante un de-

[9] En el mismo sentido, el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

recho que pretende tener especificidad en razón de la edad, sólo deberían ser castigables aquellas conductas de los menores de edad que encuadren en tipos que por la importancia social que poseen, tutelen bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y no bienes accesorios que podrían estar librados a la protección de otras ramas del Derecho. Si para el derecho penal de adultos este planteamiento no es absurdo, con mucho más razón para el derecho penal juvenil. Así, sí se podría hablar de un derecho penal de menores mínimo, en relación con el derecho penal mínimo de adultos.

Igualmente ocurre con el problema del reproche a menores carenciados afectiva, psicológica o económicamente. ¿El juzgarlos sin tomar en cuenta estos aspectos, no es desatender el interés superior del menor? ¿Cómo debe enfocarse el tema del reproche para incluir una interpretación basada en el interés superior del menor?

Para lograr un derecho penal de menores con mínima intervención, es necesario que la actividad judicial tenga siempre en cuenta y aplique sin prejuicios el principio de ofensividad, de manera que el juicio de tipicidad no quede en la mera constatación de si la conducta del menor encuadra en la descripción, sino que –como lo señalamos anteriormente al hablar de los pasos que debe seguir un juez para averiguar si la conducta es punible–, debe formularse un juicio de tipicidad penal o conglobante, como lo llama el profesor Zaffaroni, de manera que pueda hacerse un juicio válido sobre la real afectación al bien jurídico, que incluiría la constatación de la realidad de ese bien, esto es, si tiene o no sentido dentro del contexto social en el que se desenvuelven menor y víctima. (Y no es que esta interpretación sea exclusiva para el juzgamiento de menores, sino que sería en el derecho penal juvenil en donde no puede ser eludida, aunque lo recomendable es que no sea eludida para ningún juzgamiento). En este sentido, es importante señalar que ya la Sala Constitucional ha aceptado la necesidad de que exista un bien jurídico tutelado para poder sancionar la conducta.

La diferencia fundamental, en Costa Rica, entre un derecho penal de adultos y el penal juvenil radica en los siguientes aspectos básicos:

- La idea de una intervención estatal mínima, que debería tender a una desjudicialización del conflicto en los casos que lo ameriten, y que se ve reflejada en institutos procesales como el principio de oportunidad y la conciliación. (Sin embargo, esta tesis la ha seguido también el derecho penal de adultos, en el vigente Código Procesal, agregando otras instituciones como la reparación del daño).

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

- La concepción de la sanción: para el derecho de adultos, la prisión es básicamente la única pena; la multa es altamente minoritaria en comparación con la pena de cárcel. En su lugar, el derecho penal juvenil rompe el paradigma de la prisión y la relega a un último lugar, cuando el juzgado no pueda aplicar las órdenes de orientación y supervisión y las sanciones socio-educativas. Y aun dentro de la misma tesis del encierro, hay diferencias entre uno y otro, porque la LJPJ marca posibilidades de penas privativas de libertad que no otorga el derecho penal para los adultos. En este sentido, sí se destaca una gran diferencia: la idea educativa de la sanción, que no es igual a las ideas rehabilitadoras y resocializadoras que eventualmente pueden guiar la sanción en el derecho penal de adultos.

3. PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD

La responsabilidad penal en un sistema constitucional como el costarricense no puede ser acordada sin un juicio de reproche. Como señalamos en las primeras páginas, el legislador costarricense ha optado por el criterio etario para señalar la responsabilidad penal de las personas menores de edad. Este ubica a las personas menores, para efectos de responsabilidad penal, de los 12 hasta menos de 18 años. Este criterio podría coincidir en la mayoría de los casos con el de madurez, pero no es equivalente. No obstante, la utilización de un criterio de madurez únicamente, tendría inconveniencias prácticas enormes, pues obligaría a exámenes previos como requisito para someter a juicio la conducta del menor.

Si bien el criterio etario es objetivo, la utilización de las herramientas que aporta la teoría del delito al juzgador, permite ingresar el análisis de la capacidad de culpabilidad dentro del juzgamiento. De esa manera entendemos el artículo primero cuando señala: “Serán sujetos de esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención...”.

Entonces, de acuerdo con la secuencia de la teoría del delito que se ha seguido en Costa Rica, la responsabilidad de las personas de doce a menos de dieciocho años debe pasar por el tamiz de los pasos que señalábamos anteriormente, dentro de los cuales, para este apartado, destacan el saber si el hecho es acción o no para el derecho penal, si hay dolo o culpa en su actuar, y, finalmente y lo funda-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

mental, si las características de ese sujeto permiten señalar que el injusto realizado puede serle reprochado: capacidad psíquico mental, inexistencia de errores de prohibición e imposibilidad de exigir el cumplimiento por estrechamiento del ámbito de autodeterminación del menor.

No obstante lo anterior, en este apartado no podríamos dejar de remarcar aspectos que hemos enunciado líneas atrás: la vulnerabilidad de una significativa mayoría de menores en Costa Rica. En este sentido, un derecho penal de menores no podría escapar a las críticas que se hacen a todos los sistemas represivos: la selectividad y la estigmatización, como canales fundamentales por los que se alimenta el sistema judicial punitivo. De ahí que señalemos que en muchos casos el derecho penal juvenil, en Costa Rica, es un derecho penal para adolescentes y jóvenes hijos de la marginación afectiva, psicológica y/o económica, que de muchas formas deslegitima el juicio de reproche[10].

4. LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO PENAL JUVENIL COSTARRICENSE

La Ley de Justicia Penal Juvenil es una ley predominantemente procesal, con aspectos relevantes de ejecución de las penas. No es una ley penal de fondo, aunque le da al juzgador principios relativos a la aplicación sustantiva.

De una lectura integral de la Ley, se pueden extraer las siguientes afirmaciones: el derecho represivo de menores debe cumplir una serie de principios de fondo, procesales y de ejecución penal; pretende un derecho penal mínimo y las soluciones al conflicto no son sólo institucionales sino también informales.

4.1. Sobre los principios de la Ley de Justicia Penal Juvenil

En líneas atrás hemos mencionado los principios que contiene la Ley de Justicia Penal Juvenil y que atañen al derecho penal de fondo;

[10] Véase al respecto: Zaffaroni, E. Raúl. En busca de las penas perdidas. EDIAR, Buenos Aires, 1989.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

sin embargo, el legislador no ha hecho esa distinción, sino que ha señalado en conjunto una serie de principios de fondo, procesales y de ejecución de las penas, que nos dan la idea de que la Ley busca que el juzgador tenga un marco claro de aplicación garantista, sin distinguir sobre los aspectos dichos.

La Ley contiene un capítulo II que denomina "Derechos y Garantías Fundamentales"; sin embargo, de previo a ese apartado, en el capítulo I, denominado "Disposiciones Generales" el legislador coloca un principio básico, rector de todas las otras disposiciones para efectos de interpretación. Se trata del artículo sétimo, "Principios Rectores", que en lo que nos interesa, señala:

"Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad....".

Estos principios se incorporan siempre a la puesta en práctica de cualquier otro; así, es claro el artículo 10 (con el que se inicia el capítulo II mencionado), cuando señala:

"Desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los menores de edad les serán respetadas las garantía procesales básicas para el juzgamiento de adultos, además, las que les correspondan por su condición especial. Se consideran fundamentales las garantías consagradas en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y en la leyes relacionadas con el objeto de esta ley"

Es válido considerar que la frase "las que correspondan por su condición", debe leerse en concordancia con el artículo sétimo citado, además de las disposiciones que haya en otros cuerpos legales, como el Código de la Niñez y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

En el capítulo II mencionado se prescriben once principios básicos, que el legislador los encabeza con el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, mandato que se da a la policía, al ministerio público, al juzgador y a los ejecutores de la sanción.

Seguidamente, se destaca el principio de justicia especializada, que obliga al estado costarricense a crear las instituciones necesarias para que la justicia penal juvenil y la ejecución de las sanciones juve-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

niles tengan la especificidad que el tipo de sujetos a los que se les aplica amerita.

Con los dos principios anteriores, más la ya comentada pauta general del artículo 10, termina el legislador una introducción a este capítulo y de seguido enuncia el principio de legalidad del delito, la contravención y la pena, fundamental en la aplicación de cualquier derecho represivo que se precie de civilizado.

A continuación, la Ley menciona un principio que el Código Penal no contiene y que debieron pasar muchos años y mucha insistencia intelectual para que la jurisprudencia lo aceptara, principio que, sin embargo, resulta de fundamental importancia en un derecho penal como el que emana de la Constitución. Nos referimos al principio de lesividad: la conducta del menor debe ser sometida a un examen para comprobar que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado. Los alcances de este principio son fundamentales, pues da sentido de racionalidad a la actividad judicial, no solo porque obliga al juzgador –cuando no al fiscal– a buscar si el encuadramiento formal posee una lesión real, sino también porque obliga al operador judicial a cuestionarse acerca del bien jurídico que tutela la disposición: si es o no objeto de protección, y de serlo, cuál es y que alcances tiene.

Los tres artículos que siguen al comentado son normas procesales básicas en el juzgamiento constitucional de un delito o contravención: la presunción de inocencia –Art. 15–, por medio del cual el juzgador, necesariamente, debe buscar la intencionalidad en la acción y realizar el juicio de reproche al injusto del menor; el derecho al debido proceso, Art. 16; y derecho a abstenerse de declarar, Art. 17.

El artículo 18 le señala al operador judicial la necesidad de examinar con claridad si el hecho denunciado ya fue conocido por los tribunales de justicia; en este artículo el legislador hace una aclaración importante: se habla de un mismo proceso “aunque se modifique la calificación legal o se acusen nuevas circunstancias”. Mediante el artículo 19, el legislador interviene en la esfera de discusión en interpretación judicial, para cuando no funcionen las reglas del concurso aparente de tipos.

Dos principios fundamentales señala la Ley en comentario en los artículos 20 y 21; principios que, en nuestro criterio, deberían ser obligatorios para toda clase de procesos represivos: el derecho a la privacidad del artículo 20 y el principio de confidencialidad del artículo 21.

Los artículos 22, 23 y 24 vuelven a la esfera procedimental para

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

señalar, en ese orden, el principio de inviolabilidad de la defensa, que da la facultad de asistencia letrada desde el inicio de la investigación policial y hasta la fase de ejecución de la sanción; el derecho de defensa y el principio del contradictorio.

Culmina el capítulo en comentario con dos principios de derecho penal de fondo y un último de ejecución de las sanciones: el artículo 25 propone el de racionalidad y proporcionalidad, referido a las sanciones que se impongan; el 26 señala la necesidad de determinación de las sanciones; y, finalmente, el artículo 27, la obligación de que la privación de libertad provisional o definitiva, debe cumplirse en centros especializados.

4.2. Sobre el derecho penal que se extrae de la Ley de Justicia Penal Juvenil

Dentro del marco constitucional costarricense y de los principios internacionales que informan la justicia penal en general, la tendencia democrática contemporánea ha sido la de despoblar al derecho penal –no sólo de conductas innecesarias, que pueden ser resueltas por las otras ramas del derecho–, sino de sanciones que incidan sobre la personalidad de los condenados, impidiéndoles desarrollar sus capacidades y sus derechos fundamentales.

Este derecho penal mínimo se manifiesta como una conquista importante de nuestros tiempos, que no necesariamente es aceptada por las mayorías, sometidas al bombardeo de las informaciones colectivas que llenan a los habitantes de temor y les imprimen ansias de una represión sin límite para lograr una tranquilidad que no puede venir nunca de lo externo.

Si bien es cierto la Ley de Justicia Penal Juvenil no contiene ninguna disposición que discrimine la aplicación de los tipos penales y contravencionales –esto es, que todos esos tipos pueden ser aplicados a los menores sujetos de esa ley–, no obstante, algunos de los principios antes comentados permiten señalar a los tribunales un criterio de insignificancia desde la óptica del derecho de fondo, y un criterio de oportunidad al ministerio público desde el ángulo procesal, lo que nos permite señalar la tendencia de esta ley hacia un derecho penal mínimo.

La idea de un derecho penal mínimo, en contraposición con un derecho penal abultado o inflado, como suele llamársele, parte de una visión racional del derecho punitivo, en la que se toma en consi-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

deración que el sistema de justicia penal puede producir una violencia institucional que, en muchos casos, es más fuerte que la violencia delictual; en ese entendido se examina el sistema de justicia penal a la luz de los objetos de protección y de los fines mismos del derecho penal. De ese examen se concluye la existencia de una serie de hechos punitivos que no deberían ser, dentro de ese parámetro, derecho penal, pues no tutelan bienes jurídicos fundamentales ni se acercan a los fines asignados al derecho penal. Así, se concluye en la existencia de una inflación penal, perjudicial para el funcionamiento sano de un sistema de justicia penal, y por ello se propone la descriminalización de muchas conductas penalmente conminadas que no protegen bienes jurídicos fundamentales, o que remiten a conflictos sociales que pueden ser solucionados por otras ramas jurídicas con soluciones no punitivas.

Al contener la Ley en comentario un artículo como el décimo cuarto, da vía al juzgador para aplicar un derecho penal más racional, que en Costa Rica realmente no existe. Ciertamente, si examinamos los tipos penales y los contravencionales, tanto del código respectivo como de las leyes especiales, nos damos cuenta que el derecho represivo costarricense está inflado; es sólo mediante la actividad de interpretación judicial que se pueden minimizar los efectos de este abultamiento.

En cuanto a la sanción y a su aplicación, el derecho penal de menores sí tiene grandes diferencias con el derecho penal de adultos. En primer lugar, la categoría sancionatoria es prácticamente inversa, pues en el derecho penal de adultos la prisión es la pena por excelencia, en tanto que en el derecho de menores la privación de la libertad de la persona menor es la “ultima ratio”; en segundo lugar, porque el elenco de penas en el derecho penal de adultos es terriblemente limitado: prisión y multa; en tanto que en el derecho penal juvenil el elenco sancionatorio es bastante más extendido, como lo veremos en el punto referido a las consecuencias jurídicas.

4.3. Soluciones informales

Un punto que distinguió al derecho penal de menores en su nacimiento, son las soluciones informales, instituto que luego, con el recién vigente Código Procesal Penal, fue también asumido por el proceso penal de adultos.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

4.3.1. Criterio de oportunidad reglado

De acuerdo con el artículo 56, en los casos expresamente señalados por el legislador, el Ministerio Público puede solicitar al juez que prescinda de manera total o parcial de la persecución penal o la limite en relación con las infracciones o con las personas.

4.3.2. La conciliación

De acuerdo con la LJPJ, se concibe la conciliación como un acto jurisdicción voluntario, que tiene como límites la admisibilidad que señala la ley de adultos para estos casos.

Es jurisdiccional, porque esta forma de resolución alternativa del conflicto, está prevista para ser llevada a cabo dentro de la vía procesal y no como un paso previo que se suponga independiente de la jurisdicción penal juvenil.

Las partes concernidas en este acto son la persona ofendida (o en su caso, su representante) y la persona menor de edad sometida a juicio, aunque a la audiencia pueden asistir los padres encargados o tutores de la persona menor de edad y el representante del Patronato Nacional de la Infancia.

La conciliación es una manera civilizada de dirimir los conflictos entre las partes, que implica, técnicamente, la consideración de que el poder punitivo del Estado no debe llegar más allá de donde la víctima o persona ofendida desee, obviamente en aquellos casos en que no se vea involucrada la comunidad. En este sentido, el avance de esta Ley es innegable.

4.3.3. La suspensión del proceso a prueba

En realidad, de manera estricta, este instituto no es una verdadera solución informal, pero funciona como tal. Es una forma de desinstitucionalización importante, que se basa en aspectos personales, como la no peligrosidad de la persona sometida a proceso, y en aspectos de la no necesidad de la sanción: aquellos casos en que se considere que la sanción va a ser innecesaria, cuando el propio sometimiento a juicio y las advertencias hechas a la persona a quien se somete a prueba, así como el cumplimiento satisfactorio del plazo de prueba, demuestren lo innecesario del cumplimiento efectivo de la sanción y por tanto, lo innecesario de seguir adelante con el proceso.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La racionalidad de la represión penal es una de las características que atañen a cualquier derecho sancionatorio de corte republicano, como el que se desprende de la normativa constitucional costarricense.

En este sentido, el derecho penal de adultos en Costa Rica, no ha sido todo lo creativo que las necesidades sociales y del sistema de justicia penal esperarían: prácticamente existe una única forma sancionatoria, la prisión[11], que, por lo demás, presenta límites demasiado altos y se cumple en lugares que no reúnen las condiciones adecuadas[12].

De esta manera, aparece como un foco de racionalidad la LJPJ, que en su sistema de sanciones presenta al juez una serie de posibilidades sancionatorias no privativas de la libertad, y aun en las privativas de la libertad –que el legislador las señala como "ultima ratio", deja posibilidades diferentes al encierro institucionalizado.

5.1. El sistema formal (cuadro de sanciones)

La Ley de Justicia Penal Juvenil presenta distintos grupos de sanciones. La propia Ley señala esta división en tres grupos:

5.1.1 Las sanciones socio educativas.

El primer grupo punitivo lo integran una serie de sanciones distintas al encierro y la Ley las denomina sanciones socio educativas. Estas buscan integrar de manera sana a los adolescentes y jóvenes a los grupos sociales, mediante la formación de conciencia. Dentro de ese grupo se encuentran:

- La amonestación y advertencia (artículo 124), que consiste en una represión o llamada de atención clara y directa, como lo señala el artículo 324 de la Ley. Esta se hace de manera oral y en forma solemne. En esa audiencia, el juzgador se dirige al menor de edad que ha sido encontrado responsable de un hecho delictuoso y lo

[11] La pena de multa es muy poco utilizada en la legislación costarricense.

[12] Véase entre otros, Issa El Khoury, Henry y Arias, María Gerarda. Derechos humanos en el sistema penal. Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1998.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

exhorta para que se acoja a las normas de la sana convivencia familiar y social. La Ley prevé también la advertencia a los padres, tutores o responsables del menor.

- La libertad asistida (artículo 125). Esta sanción se aplica en aquellos casos en que el menor no necesita la contención. De esta manera, al determinarse la responsabilidad penal del menor, se le otorga libertad con la condición de que cumpla programas educativos. La Ley señala que en estos casos, el menor bajo libertad asistida deberá recibir la orientación y el seguimiento de la autoridad judicial con la asistencia de especialistas. La duración máxima de esta sanción es de dos años.
- La prestación de servicios a la comunidad (artículo 126). Esta forma de sanción, novedosa en nuestro medio, significa que la persona condenada deberá prestar servicios gratuitos a instituciones de asistencia públicas o privadas. Se refiere la Ley a entes tales como hospitales, escuelas, parques nacionales.

De acuerdo con el texto legal, las tareas deben prestarse en jornadas de ocho horas semanales, y en tiempos que no perjudiquen el trabajo o los estudios del menor. Igualmente deberán respetar las aptitudes de la persona a la que se le imponga. Esta sanción tiene una duración máxima de seis meses.

- La reparación de los daños a la víctima (artículo 127), que consiste en el trabajo en favor de la persona perjudicada por el delito, con el fin de que resarza el daño causado.

5.1.2. Las ordenes de orientación y supervisión

El segundo grupo se refiere a las órdenes de orientación y de supervisión (artículo 128). En el mismo sentido que el grupo de sanciones anteriormente mencionado, la órdenes de orientación y supervisión suponen una visión de la coerción basada en la racionalidad del castigo. En este tipo de sanción se alude a la personalidad del menor. Se parte de que el análisis de su conducta da como resultado algún tipo de carencia o necesidad que permite al juzgador decidir entre las siguientes órdenes:

- Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.
- Abandonar el trato con determinadas personas

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

- Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.
- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
- Adquirir trabajo.
- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.
- Ordenar el internamiento del menor de edad 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 observarse de la anterior transcripción, la órdenes de orientación y supervisión cumplen una finalidad específica: buscar que la vida en sociedad del menor transcurra sin obstáculos y sin elementos personales sociales o familiares que le inciten a la delincuencia.

5.1.3. Sanciones privativas de libertad

El tercer grupo de puniciones integra sanciones que de alguna manera implican una privación de la libertad de tránsito y culmina con el encierro institucional.

De acuerdo con la filosofía de la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, la privación de la libertad ambulatoria es el último recurso como forma de sanción que se impone a una persona menor de edad que ha cometido un hecho delictuoso.

Dentro de las privaciones de libertad como sanción, la Ley contempla tres posibilidades: el internamiento domiciliario, el internamiento durante el tiempo libre y, finalmente, el internamiento en un centro especializado.

En relación con la privación de la libertad, la voluntad legislativa se expresa con mínima utilización de la institucionalización definitiva; de ahí que el internamiento domiciliario y el de tiempo libre sean otras formas privativas de la libertad también contempladas.

- El internamiento domiciliario (artículo 129), como su nombre lo indica, consiste en el arresto que se hace al menor en su domicilio, con su familia. Esta pena no deberá afectar ni el cumplimiento del trabajo, ni de los estudios. La Ley prevé como posibilidad el in-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

ternamiento en otras viviendas cuando el menor no cuente con ningún familiar. En tal caso el menor debe ser consultado. La duración máxima de esta pena es de un año.

- El internamiento durante el tiempo libre (artículo 130). Se cumple en un centro privativo de libertad, pero en el tiempo que el menor no utilice para trabajar o para estudiar. La duración máxima es de un año.
- El internamiento en centros especializados (artículo 131). Es el encierro total de la persona menor de edad en un centro de internamiento. La Ley señala que es una privación de libertad de carácter excepcional y por ello señala expresamente los casos en que se puede aplicar, que son dos: en condena por delitos dolosos sancionados en leyes para mayores de edad con pena de prisión superior a los seis años, y cuando haya habido incumplimiento injustificado de las sanciones no privativas de libertad.

La duración máxima de este tipo de sanción es de quince años para los menores de edades entre 15 y 18 años y diez años para los menores de 15 hasta 12 años.

5.2. Inversión de la sanción

Como puede notarse del cuadro de sanciones anterior, la Ley de Justicia Penal Juvenil ha invertido la tradicional manera cómo nuestros códigos represivos señalan la sanción: primero la prisión, a la que se le da importancia fundamental; de último otras, como un mensaje acerca de qué es lo importante para el legislador. En éste, el legislador le está señalando expresamente al juzgador que tiene una serie de posibilidades diferentes al encierro y que debe utilizarlas consecuentemente. El juzgador, en este caso, deberá estar correctamente capacitado para no dejarse llevar por las campañas de alarma social e inseguridad ciudadana y para comprender que el problema de la delincuencia no se resuelve con la prisión. Por tanto, debe tener claro: primero, que el encargo social del juez no es combatir la delincuencia sino dirimir los conflictos sociales sometidos a su competencia; segundo, que siempre existirán campañas sobre inseguridad ciudadana que impulsarán la utilización de penas más elevadas y de un mayor uso de la prisión. Por ello, el juez también debe tener claro que el encierro no tiene otro sentido que la contención y la retribución. Obviamente, hay casos en que la contención es necesaria, unas veces por seguridad del menor, otras por seguridad del grupo social, y

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

en algunos casos porque es la única forma de intervención inmediata para luego acudir a otras formas de sanción.

6. Comentario final

No compartimos la posición de la existencia de una teoría independiente que pueda denominarse "derecho penal de personas menores de edad", si con ello aludimos a las reglas generales para aplicar los delitos, a las etapas que debe seguir un juez en la averiguación de la responsabilidad penal y a los tipos penales aplicables; pero sí hay especificidades que permiten distinguir al juvenil del derecho penal de adultos: una normativa más arraigada en los principios básicos que informan el derecho represivo, con un fuerte tinte en el interés superior del menor y, obviamente (la gran diferencia en Costa Rica) un sistema sancionatorio mucho más racional que el derecho penal de adultos, en donde el encierro, que sólo sirve – a veces – de contención, sea la "ultima ratio".

En este sentido, la LJPJ costarricense, marca la tónica de este derecho, si se la aplica interpretada en relación con las cartas internacionales concernidas y con el Código de la Niñez y la Adolescencia. De ahí que la gran diferencia se encuentre en la forma en que los juzgadores apliquen e interpreten las normas; observar la práctica judicial es la manera fundamental de saber cuáles son las diferencias, en Costa Rica, entre el sistema del derecho penal de adultos y el derecho represivo aplicable a las niñas, los niños y los adolescentes.

Rescatamos de esta forma un concepto fundamental, el interés superior de las personas menores de dad, principio básico de interpretación de la ley penal que permitirá en Costa Rica tener un derecho penal juvenil estrictamente apegado a las reglas que fijan las cartas internacionales sobre el tema. Se podría pensar códigos juveniles perfectos, se podría pensar disposiciones inmejorables, pero si no se pone en práctica una interpretación apegada a los principios fundamentales, esa práctica judicial será siempre colculcadora de derechos y garantías.

Las disposiciones que hemos comentado en este trabajo deben ser claramente apuntaladas por certeras resoluciones judiciales. Por eso es importante recordar los siguientes consejos:

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

6.1. Basados en el principio de proporcionalidad de las penas y en los postulados constitucionales, las penas no privativas de libertad deben preferirse a las privativas: hemos señalado que los efectos de la prisión no tienen ninguna acción rehabilitadora, y que su utilización debe ser sólo en casos de extrema necesidad. En este sentido el abanico de penas que contiene la Ley permite al juzgador "encontrar" la salida más beneficiosa a los intereses del menor. De igual manera, los montos sancionatorios bajos deben preferirse a los altos. Por la misma idea anterior, si el encierro no funciona como sanción resocializadora, en el caso de que haya que utilizarla, debe dosificarse racionalmente. En este sentido el juzgador debe cuidarse de no caer en la tentación de la alarma social.

6.2. Capacitar a jueces, fiscales y defensores sobre estos aspectos, tomando en cuenta como mínimo que:

a. Tradicionalmente el juez se limita a su función de aplicar la ley, pero en su formación no se le ha enseñado qué ocurre con sus fallos. El juez debe saber cuál es la realidad de la sanción, cómo se aplica, cuáles son sus consecuencias. Igualmente debe saber utilizar los mecanismos procesales que contiene la ley y que permiten no llegar al fallo final, tales como la conciliación.

b. El fenómeno de "alarma social" tiene efectos reales y es necesario conocerlo para que no sea factor que influya en el juez penal juvenil. En este sentido es necesario crear una conciencia de lo que son los medios de comunicación en Costa Rica y su direccionalidad.

6.3. Crear conciencia en las autoridades superiores judiciales de la importancia de la especificidad de la materia penal juvenil. Seguimos creyendo en la necesidad ed que los tribunales superiores y la casación sean especializadas en materia penal juvenil y separados de la materia penal de adultos.

Como reflexión final nos atrae el pensamiento de Salvatore Satta (Soliloqui e colloqui di un giurista): "En realidad no es el legislador quien mata sino el juez…". Ciertamente, tanto el juez como aplicador de la norma, como el funcionario de ejecución de las penas, pueden convertir en justa una ley injusta o viceversa. Por eso insistimos en la capacitación de todo tipo de personal, judicial y administrativo, técni-

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

cos y personal de apoyo, porque son todos ellos los que hacen la realidad del sistema de justicia penal.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter-Alexis. Derecho penal de menores. Editorial PPU, Barcelona, 1990, trad. Juan Bustos Ramírez.

Aldana de Conde, Graciela. La Adolescencia a su alcance. Editorial Norma, Bogotá, 1981.

Berinstain, Antonio. La pena retribución y las actuales concepciones criminológicas. Depalma, Buenos Aires, 1982.

Chirino, Alfredo. Política Criminal, Criminalización, Discriminalización y medios sustitutivos de la prisión. en: Ciencias Penales, No. 1, Diciembre, 1989.

De Olazábal, Julio. Suspensión del proceso a prueba. Astrea, Buenos Aires, 1994.

Erikson, Erik H. Sociedad y adolescencia. Siglo Veintiuno editores, Madrid, 15 edición en español, 1995.

Ferrajoli, Luigui. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales, en: Ciencias penales, No. 5, marzo-junio 1992.

Hassemer, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Bosch, Barcelona, 1984.

Infancia, ley y democracia en América Latina. Compiladores: Emilio García Méndez y Mary Beloff. Depalma, Temis, Bogotá, Buenos Aires, 1998.

Issa El Khoury, Henry y Arias, María Gerarda. Derechos humanos en el sistema penal. Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1998.

Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. Trad. S. Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981.

Tiffer Sotomayor, Carlos. Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada. Juricentro, San José, 1996.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://tinyurl.com/yyopgl6c

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 1985.

DR © 2008.
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-https://www.unicef.org/