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 III
# Derecho Procesal 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

# Tabla de abreviaturas

| | |
|---|---|
| art.: | artículo |
| arts.: | artículos |
| C.A.DD.HH.: | Convención Americana de Derechos Humanos |
| C.P.: | Código Penal de 1970 |
| C.P.P.: | Código Procesal Penal de 1996 |
| L.J.P.J.: | Ley de Justicia Penal Juvenil |
| M.P.: | Ministerio Público |
| P.I.DD.CC.PP.: | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |

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 PROCESO PENAL JUVENIL COSTARRICENSE: PRINCIPIOS Y ALTERNATIVAS A LA JUSTICIA

Francisco Dall'Anese

Sumario. INTRODUCCION. 1. PRINCIPIOS PROCESALES. 1.1.Principios Rectores. 1.1.1. Principio de Protección Integral del Menor de Edad. 1.1.2. Principio de Interés Superior del Menor de Edad.1.1.3. Principio de Respeto a los Derechos del Menor. 1.1.4. Principio de Formación Integral y Reinserción. 1.2. Principio de Proporcionalidad. 1.2.1 Definición y Fundamento Constitucional. 1.2.2. El Principio de Legalidad. 1.2.1.1. Violación de la Libertad por no Aplicación Estricta de la Ley. 1.2.1.2. Violación de la Libertad por Injerencias no Autorizadas por la Ley. 1.3. Otros Principios Procesales. 1.3.1. Debido Proceso. 1.3.2. Principio de Justicia Especializada. 1.3.3. Presunción de Inocencia. 1.3.3.1. El Principio de Onus Probandi. 1.3.3.2. La Presunción de Tortura y la Exclusión de la Prueba Ilícita. 1.3.3.3. El Principio de In Dubio Pro Reo. 1.3.4. Principio Non Bis in Idem. 1.3.5. Principio Favor Rei. 1.3.6. Principio de Privacidad y Confidencialidad. 1.3.7. Principio de Inviolabilidad de la Defensa. 1.3.7.1. Derecho de Abstención de Declarar. 1.3.7.2. Derecho a Asistencia. 1.3.7.3. Derecho de Intervención. 1.3.8. Principio del Contradictorio. 2. ALTERNATIVAS A LA JUSTICIA PENAL JUVENIL. 2.1. Criterios de Oportunidad. 2.1.1. Delito de Bagatela o de Insignificancia Social. 2.1.1.1. 2.1.1.2. Exigua Participación del Menor. 2.1.1.3. Mínima Culpabilidad. 2.1.2. Caso del Informante o Colaborador. 2.1.3. Caso de la Pena Natural. 1.2.4. Caso de la Falta de Interés en la Pena. 2.2. Conciliación. 2.3. Diversificación ("Diversión"). 2.3.1. Crítica de Campos y Cubero. 2.3.2. Crítica de Armijo. 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

Francisco Dall´Anesse. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, estudios en el Posgrado de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Profesor Derecho Penal en la Universidad Nacional y en La Escuela Libre de Derecho. Actualmente se desempeña como juez del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica.

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 Nº 7576 de 8 de marzo de 1996 (L.J.P.J.), introduce en el sistema de administración de justicia penal de menores las llamadas alternativas al proceso o a la justicia; de hecho no son figuras nuevas únicamente dentro del sistema de menores sino en todo el ordenamiento jurídico penal. De aquí la importancia de tenerlas como objeto de estudio, para lograr su desarrollo dentro del esquema político en que se ve inmerso el sistema penal.

A este respecto cabe señalar a grandes rasgos, que se observan en el Estado dos vértices definitorios del sistema: (i) el político, donde convergen todos los aspectos relativos a la libertad como son los derechos fundamentales –garantías y derechos humanos–; y (ii) el económico, en que concurren los elementos determinantes de la estructura de clase. Cada uno de esos estancos puede ser colmado de contenidos de orden liberal o intervencionista (socialista), produciéndose las distintas formas de gobierno. Así, un régimen auténticamente liberal es política y económicamente liberal, pero si es intervencionista en lo político y económico se constituirá en socialista o comunista; fuera de ellos, el Estado puede ser intervencionista en lo político y liberal en lo económico asumiendo un carácter capitalista salvaje; o por el contrario, liberal en lo político e intervencionista en lo económico, estableciendo un régimen de centro (centro derecha o centro izquierda).

La Constitución Política establece una serie de garantías de libertad en lo político y admite la intervención estatal en lo económico, de modo que el régimen político costarricense viene delineado como de centro; debería variar del centro-derecha al centro-izquierda de acuerdo a la ideología del partido en el poder. Sin embargo, se observa un deterioro de la práctica política en cuanto se aleja de la voluntad constitucional, para trastocar el componente intervencionista del perfil económico del Estado e imponer –inconstitucionalmente– el abandono a las leyes de mercado; mientras en lo político, se observa una tendencia en el discurso político (todavía no en la legislación positiva) por establecer eficientes sistemas de control de los ciudadanos, de donde se sobredetermina la voluntad de un grupo minoritario pero poderoso para la estructuración de un Estado políticamente intervencionista y económicamente liberal, esto es capitalista.

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



Esta forma de hacer política corresponde a la llamada "globalización", y es la excusa para fortalecer al minúsculo grupo libre y controlador, en detrimento del gran sector débil que cotidianamente lucha por conquistar su libertad. En esta guerra no declarada entre el ejercicio del control y el anhelo de libertad, el derecho cumple el doble papel de arma y escudo para proteger a la parte débil agredida por la minoría.

Así, el perfil político de corte liberal ha de servir al ciudadano para enfrentar al Estado cuando trate de ejercer controles y conculcar sus garantías y libertades. La comprensión de la esencia política del Estado es posible por medio del estudio y determinación de los principios procesales, en cuanto delineadores de las libertades ciudadanas ante la máxima expresión de control oficial, cual es la imposición penas –esencialmente la prisión– ante la comisión de conductas prohibidas por el grupo en el poder.

De aquí la importancia de referir la materia procesal penal –ya juvenil, ya de adultos– a los principios procesales, para así obtener el marco de libertad ciudadana en el enfrentamiento con el Estado. Los principios juegan un doble papel: (i) garante y protector de la persona y (ii) limitador del poder estatal.

En este contexto, este modesto trabajo ha tenido dos objetos de observación como son los principios procesales y las alternativas a la justicia derivadas de aquellos. Se ha trabajado sobre la hipótesis de que tanto los criterios de oportunidad como la conciliación y la diversión ("diversificación"), están informados por los principios rectores del sistema penal juvenil y, sobre todo, por el principio de proporcionalidad; este último, de naturaleza constitucional.

Con esto no se omite la conceptualización del sistema penal como arma política al servicio de la libertad de los administrados, constantemente tratada de desnaturalizar para utilizarla como instrumento de control social.

Para ello la exposición se ha dividido en dos partes: los principios procesales desarrollados en la sección 3 y las alternativas a la justicia, en la sección 4. Cada una de ellas se subdivide en las distintas figuras conformadoras del tema.

Se incluyen notas con los textos legales citados, con el propósito de facilitar la lectura sin tener que acudir a otros textos.

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. Principios procesales

Los principios procesales –principios políticos que vienen a delinear la forma de administrar justicia– derivan directamente de la Constitución Política, por ser el instrumento definitorio del enfrentamiento entre el poder estatal y el indefenso ciudadano. Debe subrayarse el verbo "derivar", por cuanto la forma de expresión del ordenamiento jurídico es por medio del ius scriptum y, el idioma siempre es limitado con relación al mensaje que se desea transmitir; la Constitución Política, igualmente, es palabra escrita y de ella debe el intérprete encontrar el contenido axiológico tutelado por el ordenamiento.

Ahora bien, en lo que hace a la ley en el Estado Constitucional de Derecho, es mediante su interpretación como debe determinarse el principio constitucional desarrollado legislativamente y con él se ha de resolver el caso concreto. Esto es, las causas no se resuelven con los preceptos legales sino con los principios constitucionales. Así, por medio de la L.J.P.J. debe ascenderse a los principios constitucionales y con ellos resolver todo aspecto procesal o de fondo[1].

---

[1] En este sentido es acertada la regla de interpretación establecida por la L.J.P.J.:

"Artículo 8. Interpretación y aplicación.
Esta ley deberá interpretarse y aplicarse en armonía con sus principios rectores, los principios generales del derecho penal, del derecho procesal penal, la doctrina y la normativa internacional en materia de menores. Todo ello en la forma que garantice mejor los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados, las convenciones y los demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica."

Además de seguir un criterio monista en lo que respecta a la incorporación de normas internacionales al derecho interno (v.: Vargas Carreño, Edmundo: Introducción al derecho internacional, Editorial Juricentro, San José, 1979, pp. 195-196), en punto a su interpretación, la Ley fija una forma acorde al Estado Constitucional de Derecho, en cuanto ninguna derivación y aplicación puede violentar los principios constitucionales, de modo tal que –según se adelantó en el texto– por medio de la Ley debe determinarse el contenido político del proceso. En esta perspectiva, el derecho penal juvenil –ya sustantivo, ya procesal– está moldeado por un corte garantista de indiscutible protección al menor de edad frente al poder estatal; ello implica la aplicación constante del derecho constitucional al caso actual. La referencia a las fuentes subsidiarias del derecho penal juvenil, supone la coexistencia del principio de autonomía con la subsidiariedad de otras normas, con lo cual se origina el principio de la subsidiariedad, de acuerdo al cual normas ajenas al derecho penal juvenil lo integrarán para cubrir las lagunas, en tanto y en cuanto no se opongan a los principios generales de la justicia de menores. Sobre esto último, v.: Lorca Navarrete, Antonio María: El proceso español del menor, Madrid, 1993, pp. 111 s.

Acerca del monismo (integración de las normas del derecho internacional público al derecho interno), importa destacar la posición de la Corte Suprema que –por medio de la Sala Constitucional– ha reconocido el valor de los tratados y convenios internaciona-

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



Se encuentra a continuación un catálogo de principios informadores de la L.J.P.J.:

## 1.1 Principios rectores

A partir del art. 7 de la L.J.P.J., se tratan los denominados principios rectores del ordenamiento regulador de la justicia penal de menores, que –como sucede con la totalidad de los principios delineadores del ordenamiento jurídico– no pueden verse en forma aislada con prescindencia de otros principios. Sin embargo, para efectos expositivos se mencionan en secciones separadas:

### 1.1.1 Principio de protección integral del menor de edad

Este, como los tres principios siguientes, encuentran su anclaje en los arts. 33[2], 40[3] y 51[4] de la Constitución Política, se-

---

les, incluso por encima de la Constitución Política: "En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional (sic) tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución (vid. sentencia Nº 3435-92 y su aclaración, Nº 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años."

Voto 2313-95.

[2] El art. 33 de la Constitución Política reza así:
"Artículo 33.– Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana."

Obviamente es posible crear condiciones especiales distintivas de grupos humanos, en defensa de su dignidad humana; de aquí la posibilidad del legislador de crear regímenes diferenciados para los menores, así como para las madres, los refugiados, etc.

[3] Dice el art. 40 de la Constitución Política:
"Artículo 40.– Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula."

De no existir un régimen diferenciado para menores habría de aplicárseles el derecho de adultos, con lo cual se les estaría sometiendo a un tratamiento degradante en violación de la Constitución Política, por cuanto se cerraría cualquier posibilidad de desarrollo humano en la etapa determinante de la vida.

[4] Señala el art. 51 de la Constitución Política:

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



gún los cuales el Estado debe, por respeto a la dignidad y condición especial que concurre en el menor de edad, discriminar su trato para protegerlo en todas las esferas de su vida. De éstas, la administración de justicia penal juvenil es sólo una, pero no debe verse en forma aislada; antes por el contrario, ha de conjugarse con los otros perfiles del desarrollo humano para postularlos en vez de obstaculizarlos.

De aquí que el proceso penal juvenil y la pena no pueden traducirse en óbice para la formación, sino en un medio de ésta. Tanto el proceso como la individualización y ejecución de la pena, deben contribuir al desarrollo del menor. Con esto las decisiones de los tribunales juveniles encuentran un límite y una orientación, porque no pueden ser deformantes.

### 1.1.2 Principio del interés superior del menor de edad

El interés del menor implica la individualización de éste, con una clara determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales (incluidas desde luego las medidas cautelares) como la pena aplicada en sentencia, sean ajustados a la medida del imputado. Surge con ello el subprincipio de adecuación, en virtud del cual la valoración del hecho delictivo debe hacerse en el contexto de la personalidad del menor, de modo que el trato que reciba debe minimizar los efectos aflictivos del proceso y de la pena[5].

Es evidente que el interés del menor es su reinserción social, pero se vería afectado si son ignoradas sus condiciones personales al aplicar las medidas cautelares o la pena. En palabras de Lorca Navarrete, no se trata de realizar una "(…) actividad permisiva o indulgente, ni represiva o ejemplar o, en fin, burocrática o automática de la aplicación de la normativa (…)"[6].

---

"Artículo 51.– La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."

Con claridad meridiana se obliga al Estado a crear un régimen diferenciado a favor del menor, del que –como ya se había indicado– lo relativo a la justicia penal juvenil es sólo una parte.

[5] v.: Lorca Navarrete: Op. cit., p. 112.

[6] v.: Lorca Navarrete: Op. cit., loc. cit.

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 acuerdo a lo anterior, se plantea un conflicto en el proceso penal juvenil: de una parte, el interés en el descubrimiento de la verdad y la realización del ius puniendi; de otra, el interés superior del menor de edad, que implica el juzgamiento del hecho histórico sin prescindir de la valoración de su personalidad. No se trata de una vuelta al sistema tutelar, sino de un derecho penal de hecho, en el que priva el principio de culpabilidad, pero sin caer en el extremo mecanicista de interrumpir "en el nombre de la ley" el proceso de recuperación del menor. Ante el conflicto entre el ius puniendi y el interés del menor, aquel ha de ceder. Este es uno de los fundamentos de las alternativas a la justicia penal juvenil que posteriormente serán estudiadas (infra 4)[7].

### 1.1.3 Principio de respeto a los derechos del menor

Al asumir la L.J.P.J. una posición garantista con relación al menor imputado, el proceso penal juvenil pierde su carácter esencial –vínculo necesario entre hecho criminal y pena– de mero instrumento de aplicación del derecho sustantivo, para convertirse en una forma de realización (de validación) de las normas constitucionales de garantía, así como de los derechos fundamentales consagrados en ordenamientos supletorios como el C.P.P. y los tratados internacionales. Así, el proceso penal juvenil es el momento de validez de las garantías, es el momento del carácter normativo de la Constitución Política[8].

El principio de respeto a los derechos del menor no es el mismo que el principio de inviolabilidad de la defensa[9], pues

[7] "…aquello que motiva el sistema procesal penal de la LECrim (se refiere el autor a la ley de enjuiciamiento criminal española), como son, de un lado, el acceso a la verdad única y cristalina, y de otro, la realización de la pretensión punitiva, no se consideran en modo alguno criterios monolíticos y que, por ello, ceden en el diseño procesal aplicable al menor ante un contradictorio subordinado a valorar especialmente el interés del menor. Esta finalidad aboca al enjuiciamiento 'parcial' del menor hacia un cometido de rango superior en el que se halla comprometido el interés-deber del Estado de recuperarlo, dando origen a posiciones parciales interactivas, que sin desconocer la importancia del dato judicializado de la imputación parcial fáctica lo subordina a la circunstancia de que el imputado es un menor particularmente protegido por la norma constitucional en su derecho a desarrollarse… Ello supone que en el ámbito de las funciones parciales de quienes se sitúan en el diseño procesal de la LRTTM la declaración jurisdiccional del hecho de la imputación propia del sistema de partes del proceso penal general de la LECrim ceda ante un modelo procesal como el del menor, que atiende más a la construcción del contradictorio en función de su personalidad, que no del hecho imputado propiamente dicho…". Lorca Navarrete: Op. cit., p. 115. (La cursiva es del original).

[8] v.: Lorca Navarrete: Op. cit., pp. 115-116.

[9] v.: infra III.C.7.

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



este último alude exclusivamente a las regulaciones procesales, en tanto aquel se refiere a todo derecho del menor, tanto sustantivo cuanto procesal. Así, educación, salud, adecuada alimentación, dignidad humana, etc.

#### 1.1.4 Principio de formación integral y reinserción

Aunque se afirmara que el proceso debe contribuir a la formación del menor, no cabe la menor duda que per se, se trata de una agresión deformante y un obstáculo para la reinserción del imputado. Por ello, ha de existir una vigilancia constante de los distintos actos procedimentales, a efecto de no acentuar la situación adversa del menor, evitar la estigmatización y facilitar su educación y desarrollo humano. Entran aquí, a manera de ejemplo, la confidencialidad del proceso[10] y cualquier providencia tomada por el M.P. y los tribunales, con la finalidad de proteger la identidad del imputado así como la de promover su superación en cualquiera de los perfiles del ser humano, para facilitar una vida futura sin reincidencia.

### 1.2 Principio de proporcionalidad

#### 1.2.1 Definición y fundamento constitucional

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el eje de la administración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y si bien nació dentro del derecho administrativo policial, después ha pasado al derecho procesal penal y es indudable su aplicación en el derecho penal sustantivo[11]; aunque, tal como lo señala González–Cuellar Serrano, se ha extendido a la totalidad de las injerencias estatales en los derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto en el ámbito del derecho público como del privado[12].

Por “injerencias” o “intervenciones estatales” debe entenderse cualquier suspensión de los derechos fundamentales en forma individualizada, en la justa media o en exceso; p.e., alla-

[10] v.: infra III.C.6.

[11] v.: Llobet Rodríguez: La prisión preventiva (límites constitucionales), Universidad para la Cooperación Internacional, San José, 1997, pp. 260 ss.

[12] González-Cuéllar Serrano, Nicolás: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial COLEX, Madrid, 1990, p. 25.

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



namientos de morada, intervenciones telefónicas, detenciones, declaraciones extrajudiciales, etc., son agresiones a la persona humana y no por estar –en algunos casos– autorizadas legalmente, dejan de percibirse como ofensas. De modo que al hablar de "injerencias", se alude a lo autorizado como a lo no autorizado.

Ciertamente la Constitución Política y los derechos humanos consagrados en textos internacionales, establecen un límite al poder de persecución estatal, a fin de que toda causa penal respete la dignidad e integridad del ser humano. Ya se ha dicho que la L.J.P.J. es de corte garantista, de modo que cualquier arbitrariedad estatal quedaría al margen de esta normativa, y el Estado debe respetar en todo momento los derechos ciudadanos. No obstante, por razones de necesidad, se podría intervenir en el ámbito del ciudadano para lograr los fines de la administración de justicia; pero el principio de proporcionalidad permite que el juez, ante la demanda de un acto o ante un acto concreto de injerencia estatal, pueda establecer si el costo para el súbdito se traduce en un exceso y por ende en una arbitrariedad inaceptable.

Esta es la esencia del principio de proporcionalidad: un poder discrecional del juzgador para rechazar o limitar la realización de un acto que podría significar un deterioro inaceptable para los derechos ciudadanos, o la exclusión de un acto ya realizado por ser abusivo. Desde luego, la extensión máxima de aceptabilidad de la injerencia estatal viene demarcada por el límite legalmente preceptuado, que nunca se debe superar.

Ante estas intervenciones necesarias del Estado en los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad es una barrera para evitar el exceso; dentro del marco legal, deja a la discreción del juez autorizar o denegar una determinada suspensión individualizada de derechos fundamentales, además de fijar el alcance en que ha de realizarse la injerencia. Esto es p.e.: la potestad judicial de reducir –aun dentro del marco legal– la aplicación de medidas cautelares[13].

Se trata de un principio general de justicia en virtud del cual los operadores jurídicos deben buscar la medida justa, sin pe-

[13] Por tratarse en esta sede un tema relativo al derecho procesal penal, se alude al principio de proporcionalidad como la potestad de restricción –dentro el marco de ley– de las medidas cautelares; no obstante, dicho principio también regula la actividad del legislador y de la administración pública.
Así González-Cuéllar Serrano: Op. cit., p. 17.

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



car por exceso o por defecto, en las intervenciones o injerencias estatales que suponen la suspensión individualizada de derechos fundamentales.

Aparece mencionado en el art. 25 de la L.J.P.J. como un principio de derecho sustantivo, limitativo del tribunal al momento de fijar la pena aplicable en caso de condena[14]; no obstante, la mejor doctrina –con criterio muy atinado– deriva de este precepto – la posibilidad de aplicar la proporcionalidad en todos los actos del proceso[15]. En consonancia con esta interpretación, el principio de proporcionalidad se encuentra en otras normas del mismo cuerpo legal, como en las referidas a la fijación de plazos por parte del tribunal[16]; a la incorporación de prueba, que debe ser legal y no lesionar derechos a alguien, pues no puede privar el interés estatal en la punición por sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos[17]; al carácter excepcional y temporalmente limitado de la detención provisional del menor[18]; o la prioridad de los asuntos con imputado de-

---

[14] Dice el art. 25 de la L.J.P.J.:
"Artículo 25. Principio de racionalidad y proporcionalidad.
Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido."

[15] Al comentar este artículo se ha dicho: "(…) Es importante que estos principios de racionalidad y proporcionalidad, tengan vigencia no solo al momento de imposición de la sanción, sino durante todo el proceso, es decir la racionalidad y proporcionalidad también deberían de aplicarse desde la investigación, y toda la intervención jurisdiccional debería estar amparada por estos principios…". Tiffer: Ley…, p. 45.

[16] "Artículo 53. Fijación judicial de los plazos.
Cuando la ley no establezca el plazo o su extensión, la autoridad judicial encargada de realizar el acto estará facultada para fijarlo, racionalmente, conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que deba cumplirse."

[17] "Artículo 54. Medios probatorios.
Serán admisibles, dentro del presente proceso, todos los medios probatorios regulados en el Código Procesal Penal, en la medida en que no afecten los fines y derechos consagrados en esta ley. Las pruebas se valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

[18] "Artículo 59. Carácter excepcional de la detención provisional.
La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.
La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.
En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga."

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



tenido, para lograr la celeridad de la justicia y la mínima aflicción originada en el encarcelamiento[19].

Sin embargo, el hecho de encontrarse en toda la L.J.P.J. no da relieve normativo suficiente al principio de proporcionalidad, como para darle rango e importancia en el desarrollo del proceso penal juvenil (o en cualquier otro caso relacionado con los derechos fundamentales), en razón de lo cual ha de buscarse –ineludiblemente– su derivación constitucional[20]. Ahora bien, el basamento constitucional del principio de proporcionalidad no es en la práctica intrascendente, pues si su naturaleza se encuentra en la Constitución Política, es claro que la aplicación de cualquier medida desproporcionada por parte del Estado en detrimento de derechos fundamentales torna viable los recursos de habeas corpus o de amparo según sea el caso. Esto es, si el principio de proporcionalidad se origina en la carta constitucional, es merecedor de la tutela de la Corte Suprema por medio de la Sala Constitucional; si, por el contrario, no se concibe el origen del principio de proporcionalidad en la Carta Fundamental, no son posibles las vías del habeas corpus y del amparo para su defensa[21].

En criterio de Llobet, el principio de comentario deriva de los arts. 1 y 40 de la Constitución Política, por cuanto, observa, es connatural a un Estado de Derecho en que el fin es el ciudadano y el aparato estatal es sólo un medio para alcanzarlo; en ese contexto el respeto a la dignidad humana impone un límite a los excesos de los entes oficiales[22].

González-Cuéllar Serrano[23] encuentra el fundamento

---

[19] "Artículo 60. Máxima prioridad.
A fin de que la detención provisional sea lo más breve posible, los Tribunales Penales Juveniles y los órganos de investigación deberán considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos en que se recurra a detener provisionalmente a un menor."

[20] v.: González-Cuéllar Serrano: Op. cit., p. 53.

[21] Así: González-Cuéllar Serrano: Op. cit., pp. 53 y 57.

[22] Llobet Rodríguez: Op. cit., pp. 263 s.

[23] Señala el autor que el Bundesgerichtshof ha otorgado al principio de proporcionalidad rango constitucional a partir del Estado de Derecho (como lo hace Llobet) y de los derechos fundamentales, pero no reconoce carácter de derecho fundamental al principio de proporcionalidad. En el caso del Tribunal Constitucional español, reconoce la constitucionalidad de este principio, pero no ha determinado su base normativa ni su alcance. González-Cuéllar Serrano: Op. cit., p. 51.

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



constitucional del principio de proporcionalidad, en primer lugar en la declaración de justicia y libertad que hace la Constitución española, pues señala –parafraseando a Larenz– que justicia es moderación y medida justa; cita además la prohibición de la arbitrariedad y la protección de los derechos fundamentales; la inviolabilidad de la vida humana; el deber de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos; la inviolabilidad de la dignidad humana; y la fuerza normativa del orden constitucional[24].

Común denominador entre estos dos autores, es encontrar el anclaje del principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional de Derecho y en el respeto a la dignidad humana –en lo que no hay mayor discusión–, pero resulta evidente que el maestro español hace una derivación que se extiende a otras garantías constitucionales.

Es una verdad indiscutible que el principio de proporcionalidad no tiene consagración literal en la Constitución Política, pero es igualmente cierto que el sistema de derechos fundamentales establecido en la Carta Política se estructura sobre la enunciación de los distintos perfiles de la vida humana de carácter inviolable, para después establecer las excepciones en que el Estado puede tener injerencia, siempre por razones de estricta necesidad y en la justa medida. De la excepcionalidad y rigurosidad de la intervención o injerencia en los derechos fundamentales, deriva el principio de proporcionalidad, que igualmente se convierte en el hilo conductor de todo acto estatal relacionado con estos derechos. Desde esta perspectiva, la inexistencia de este principio "en blanco y negro" es lo que le da mayor proyección, pues no corre el riesgo de permanecer encapsulado en una frase.

De acuerdo con lo dicho, el principio de proporcionalidad se obtiene de las normas básicas del Estado Constitucional de Derecho y del respeto a la dignidad humana, como lo señalan Llobet y González-Cuéllar Serrano, pero, además, de otras nor-

[24] González-Cuéllar Serrano: Op. cit., pp. 54-66.

[25] Dice la Constitución Política:
"Artículo 20.– Toda persona es libre en la República; quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava."

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



mas constitucionales. Así, la libertad[25], protegida en cuanto libertad física y de tránsito, interna o externa[26], que sólo puede ser afectada por la comisión de delitos[27]; la prohibición de la censura previa, que posterga la injerencia estatal por los daños que se hubieran causado[28]; la necesaria legalidad para realizar actos estatales y la correlativa responsabilidad por los daños causados por funcionarios[29], imponiéndose así un límite al Estado y a sus funcionarios para evitar el abuso; la inviolabilidad del domicilio, que solamente puede ser intervenido o allanado por orden de los tribunales[30]; la inviolabilidad de la propiedad

---

[26] Dice la Constitución Política:
"Artículo 22.- Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos queimpidan su ingreso al país".

[27] Dice la Constitución Política:
"Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indicado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (...)".

[28] Dice la Constitución Política:
"Artículo 29.- Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicados sin pevia censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca".

[29] Dice la Constitución Política:
"Artículo 11.- Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Costitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública".

[30] Dice la Constitución Política:
"Artículo 23.- El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley".

[31] Dice la Constitución Política:
"Artículo 45.– La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.
Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social."

[32] Dice la Constitución Política:
"Artículo 28.– (…). Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. (…)".

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



privada[31]; el principio de lesividad[32]; la prohibición de detenciones ilegales[33] y de las incomunicaciones[34]; los principios de legalidad penal, procesal y de defensa; el principio de juez natural[35]; la inviolabilidad de la dignidad humana; la celeridad de la justicia[36]; y la tutela judicial de derechos fundamentales[37].

Además de los enumerados, merece especial mención la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto el art. 24 de la Constitución Política se estructura estableciendo la prohibición de injerencia en la comunicaciones e intimidad privadas, para después establecer que la ley –aprobada por mayoría calificada– determinará los casos de injerencia necesaria en documentos privados y comunicaciones (proporcionalidad legislativa), lo que solamente puede autorizarse por resolución fundada del tribunal competente (proporcionalidad judicial). Igualmente delega la Constitución Política en la ley, el detalle de los casos en que funcionarios del Ministerio de Hacienda (proporcionalidad ejecutiva) y de la Contraloría General de la

---

33 Dice la Constitución Política:
"Artículo 37.– Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas."

34 Dice la Constitución Política:
"Artículo 44.– Para que la incomunicación de una persona pueda exceder de cuarenta y ocho horas, se requiere orden judicial; sólo podrá extenderse hasta por diez días consecutivos y en ningún caso impedirá que se ejerza la inspección judicial."

35 Dice la Constitución Política:
"Artículo 35.– Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución."

36 Dice la Constitución Política:
"Artículo 41.– Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

37 Dice la Constitución Política:
"Artículo 48.– Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos, aplicables en la República. (…)".

38 "Artículo 24.– Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.
Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los Diputados que forman la

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



República pueden tener acceso a la contabilidad privada[38].

Este es –en mi criterio particular– el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense. Ergo, su violación da lugar al habeas corpus o al amparo. También, si un acto procesal estuviera basado en una autorización legal, pero ésta o su propia ejecución son excesivas, deviene absolutamente defectuoso y conlleva su exclusión del proceso. Cualquier prueba o medida cautelar contrarias a la defensa, derivadas de actos desproporcionados son nulas. P.e.: el allanamiento de morada ordenado para la búsqueda y secuestro de una plancha y un pantalón, que supuestamente hubiera sustraído la trabajadora doméstica de la casa de su empleadora; es obvio que la escasa entidad de la lesión torna desproporcionada la respuesta estatal de ordenar el allanamiento, suspendiendo con ello la garantía de inviolabilidad del domicilio de los residentes de la casa; pesa más la garantía constitucional que la escasa pérdida de los bienes, de donde –a pesar de la legalidad de la diligencia– el acto deviene defectuoso, al igual que la prueba derivada de éste.

### 1.2.2 El principio de legalidad

La naturaleza de esta presentación impide un desarrollo prolijo del principio de legalidad; no obstante, su importancia hace los méritos suficientes como para incluir aquí una somera mención.

---

Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.
Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.
La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.
Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.
No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación".

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 doctrina considera el principio de legalidad un presupuesto formal del principio de proporcionalidad, en cuanto brinda la seguridad jurídica propia de toda sociedad democrática[39]. Importa tener presente el tema de la seguridad jurídica, pues por medio de la ley sabemos "a qué atenernos"; de este modo, cualquier superación de los límites legales a la injerencia, la torna desproporcionada y, obviamente, fuera del marco de la normatividad.

Los efectos inmediatos de la vigencia del principio de legalidad son los siguientes: (i) la supremacía de la Constitución Política y de las leyes; (ii) la vinculación de los poderes constitucionales a los límites establecidos por las normas; y (iii) las injerencias o intervenciones en los derechos y libertades quedan bajo reserva de ley (nulla coactio sine lege). Por ello, en cuanto a esto último, se reconoce a la norma autorizante de injerencias –en consecuencia, limitativa de derechos– tres peculiaridades fundamentales: (i) debe ser escrita (lex scripta) para que sea del conocimiento del mayor número; (ii) debe ser estricta (lex stricta), en cuanto a su emisión no son aceptables tipificaciones sustantivas o procesales en blanco, y en su aplicación no pueden superarse los límites previstos por la letra de la ley; y (iii) debe ser previa (lex praevia), de modo que su vigencia es irretroactiva[40], a menos que beneficie al interesado y no perjudique a terceros.

Únicamente resta señalar en este esquemático viaje por el principio de legalidad que, ante el surgimiento de vías alternas ofrecidas por la ley, siempre ha de optarse por favorecer la libertad (favor libertatis) del acusado[41].

Después de esta breve y general caracterización de las normas que autorizan las injerencias estatales en los derechos fundamentales, resulta patente que cualquier intervención no apoyada en la ley escrita o aplicada más allá de los límites preestablecidos o dispuesta con base en una ley posterior,

---

39 "(…) El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica.
El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos…". González-Cuéllar Serrano: Op. cit., p. 69.

40 v.: González-Cuéllar Serrano: Op. cit., pp. 70-82.

41 v.: González-Cuéllar Serrano: Op. cit., loc. cit.

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



constituye un quebranto notorio e indiscutible al principio de proporcionalidad y por lo mismo a la Constitución Política. Todos estos serían casos de conculcación de derechos fundamentales, de modo que los funcionarios actuantes entran en la categoría de agentes de violación de los derechos humanos.

#### 1.2.2.1 Violación de la libertad por no aplicación estricta de la ley

Ya se ha indicado acerca de la rigurosidad (lex stricta) de la norma autorizante de injerencias, en cuanto a la necesidad legislativa de precisar clara e indudablemente la extensión de la intervención estatal, así como la imposibilidad judicial de sobrepasar –ampliar o superar– los límites legales.

Pues bien, en lo que respecta al plazo de la detención provisional, la L.J.P.J. lo fija en dos meses con posibilidad de una prórroga por otro tanto, esto es, el máximo es de cuatro meses[42]. Sin embargo, en Costa Rica se han creado excepciones –inconstitucionales– para llevar más allá de cuatro meses el término de detención provisional, con lo cual se ha convertido en una prisión perpetua porque no tiene frontera; no se trata aquí de valorar la utilidad de la medida tomada por los tribunales en aras del eficientismo judicial, sino de la destrucción del principio de legalidad, del carácter normativo de la ley, de la seguridad jurídica (de ese saber a qué atenerse) y de la vinculación del Estado a los límites legales.

Se trata de las siguientes situaciones:

(i) La prórroga de la detención más allá de los cuatro meses

---

[42] Señala la L.J.P.J.:
"Artículo 59.– Carácter excepcional de la detención provisional.
La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.
La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan.
En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga."

[43] v.: Armijo, Gilbert: Enfoque procesal de la ley penal juvenil, ILANUD-Escuela Judicial de Costa Rica-Unión Europea, San José, 1997, p. 93.

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



autorizados por la ley, por la amenaza que el imputado representa para la víctima. El caso es expuesto sin mayor profundización por Armijo, aunque parece postular la amplificación –de facto– del plazo[43].

La violación al principio de proporcionalidad es evidente. El límite de la respuesta estatal autorizada por el ordenamiento es superado por los tribunales (autoconvertidos en agentes de violación de derechos fundamentales), en abierto quebranto del principio de legalidad (lex stricta) y del favor libertatis. Lo grave de este asunto es que la lesión de derechos ha sido bendecida por la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Constitucional. Este es un caso más que pone de manifiesto cómo Costa Rica exporta derechos humanos, pero cada vez es menos la producción para consumo interno[44].

(ii) Se utiliza la detención cuando está agotado el plazo –y legalmente no es posible la prórroga– para realizar el debate u otra diligencia[45].

#### 1.2.2.2 Violación de la libertad por injerencias no autorizadas por la ley

Otro vicio digno de destacar en lo tocante a la violación de la legalidad y, por consiguiente, al principio de proporcionalidad, es la creación de regulaciones por vía jurisprudencial que permiten ejecutar las detenciones de los menores de edad, aunque la ley no autorice la eficacia de la medida cautelar.

El caso es que la L.J.P.J. omitió indicar los efectos del recurso contra el auto que ordena la detención provisional. De haber establecido la admisión del recurso en un solo efecto (efecto devolutivo), el tribunal de primera instancia perdería temporalmente la cognitio pero no la executio, de modo que podría ejecutar la resolución. Por el contrario, si hubiera preceptuado la entrada del recurso en dos efectos (efecto devolutivo y efecto suspensivo) pierde el a quo las potestades de cognición y de ejecución. Pero al guardar silencio la L.J.P.J. a este respecto, debe interpretarse conforme al favor libertatis que la admisión del recurso contra la detención provisional es en ambos efectos, de manera que

[44] Las resoluciones constan en el Juzgado Penal Juvenil del I Circuito Judicial de San José, Exp. N° 811-5-96.

[45] v.: Armijo: Op. cit., pp. 93-95.

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



no puede materializarse el internamiento del menor hasta tanto sea resuelta la apelación por el ad quem confirmando el auto de primera instancia[46].

Obviamente esta interpretación no satisface al eficientismo judicial, opuesto al garantismo seguido por la L.J.P.J. dentro del contexto de Estado Constitucional de Derecho, liberal y democrático que todos los días pretende consolidar Costa Rica.

Los eficientistas harían un primer señalamiento referido a la naturaleza de las medidas cautelares, en cuanto pretenden el aseguramiento inmediato de una determinada situación; p.e.: embargar bienes para evitar su distracción, el decomiso para asegurar la prueba o el encarcelamiento para evitar la fuga. De acuerdo a esto, habría de interpretarse que –por su carácter de medida cautelar– la detención provisional del menor debe ejecutarse una vez que sea dispuesta, sin esperar la formulación o, en su caso, la resolución del recurso. Sin embargo, este es solamente un argumento eficientista y violatorio de la lex stricta, por lo cual también constituye un quebranto del principio de proporcionalidad.

Respeto muchísimo la seriedad de las aportaciones de Armijo al derecho procesal penal, aunque disiento de él en este aspecto, sobre todo cuando pretende descalificar a quienes suscribimos –en defensa de la libertad– la idea de una lectura y de una aplicación estricta de toda norma limitativa de la libertad personal. En concreto, el juez y profesor Armijo señala:

> "Admitir que la apelación de la detención preventiva debe entenderse con efecto suspensivo implica, bajo las causales del art. 58 LJPJ, una toma de posición ideológica con relación a la detención provisional, que equivale a abogar por su completa abolición. En efecto, si se ordena esta medida porque existen evidencias de que el menor se va a evadir y se ordena

[46] En el proceso penal de adultos, el párrafo primero del art. 256 del C.P.P. prevé expresamente que la apelación del auto que disponga la prisión preventiva es admisible en un solo efecto, lo que se traduce en la práctica en su ejecución inmediata:
"Artículo 256.– Recurso.
Durante el procedimiento preparatorio e intermedio, la resolución que decrete por primera vez la prisión preventiva o, transcurridos los primeros tres meses, rechace una medida sustitutiva, será apelable sin efecto suspensivo…".
Al estar regulada expresamente la ejecución inmediata, en adultos es materializable el encarcelamiento una vez dictado el auto en primera instancia aunque no esté firme; pero no es posible en materia penal juvenil, por cuanto no existe una regulación similar. v.: Llobet Rodríguez: Op. cit.., pp. 287 s.

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



> su detención, pero no se ejecuta hasta que el Tribunal Superior Penal Juvenil la confirme. Nos presenta dos situaciones, que el menor se evada antes que el Tribunal resuelva o que por el contrario no lo haga. Desde otro punto de vista Ferrajoli aboga por la necesidad de eliminar la prisión preventiva en la fase preparatoria, y considera que no bastan las razones procesales para justificarla debiendo el legislador eliminarla"[47].

Una cosa es defender la libertad, subrayo, desde una visión estricta de la ley –ya en su redacción, ya en su aplicación– como se sostiene en este trabajo, obedeciendo a una mínima injerencia estatal en los derechos ciudadanos; y otra muy distinta es pregonar la abolición total de la prisión como medida cautelar, tesis esta última sostenida con gran coherencia en Costa Rica por Sánchez[48]. La diferencia entre una y otra posición es clara: desde la perspectiva de esta profesora no es posible desde la Constitución Política una medida cautelar personal, en tanto quienes exigimos el respeto al principio de legalidad aceptaríamos la aplicación de una detención o prisión preventiva, dentro de los estrictos límites que establezca la ley para asegurar la realización coactiva del proceso por razones de necesidad.

Las apreciaciones del profesor Armijo en este sentido no son compartidas, pues no se ajustan a la finalidad que nos anima. Antes por el contrario, asumir una posición como la suya –desde nuestra óptica– es violatorio de los principios constitucionales de proporcionalidad y legalidad, y consecuentemente de los derechos fundamentales de los menores detenidos.

Otra objeción eficientista es invocar el carácter supletorio del C.P.P.[49], que sí establece expresamente el efecto

---

[47] Armijo: Op. cit., p. 117, n. 184.

[48] v.: Houed, Mario A.; Sánchez, Cecilia y Fallas, David: Proceso penal y derechos fundamentales, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1997, pp. 131 ss.

[49] Dice el art. 9 de la L.J.P.J.:
"Artículo 9. Leyes supletorias.
En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el Juez Penal Juvenil siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del Código Penal, en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley."

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



suspensivo del recurso contra la prisión preventiva. Pero este argumento es poco convincente porque no hay laguna en la L.J.P.J. Esta afirmación tiene su anclaje en el hecho de haber regulado este ordenamiento el recurso de apelación contra las medidas cautelares, de donde deriva que no existe un vacío normativo; ahora bien, si desarrollada legislativamente, en esta forma de impugnación no se hace referencia al efecto devolutivo ("sin efecto suspensivo"), es porque la ley desea que los recursos se admitan con efecto suspensivo. Podría replicarse a lo anterior que se trata de un olvido o error del legislador quien pretendió estructurar el recurso en forma similar al C.P.P., pero esta afirmación no es aceptable dado que "a partir de su promulgación la ley tiene vida propia" e independiente de su redactor, por ello al interpretarla ha de buscarse la voluntas legis (interpretación teleológica objetiva) y no así la voluntas legislatoris (interpretación teleológica subjetiva).

Distinto hubiera sido si la ley no hubiera establecido del todo el recurso, en cuyo caso habría un vacío normativo y supletoriamente habría de remitirse al C.P.P., pero –como se ha expuesto– este no es el caso.

## 1.3 Otros principios procesales

### 1.3.1 Debido proceso[50]

No es posible determinar el debido proceso con exactitud, y antes por el contrario se trata de una idea siempre inconclusa y en constante elaboración. Importa destacar que ha sido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que ha venido delineando el debido proceso, y en este sentido interesa rescatar las siguientes citas:

> "(…) El concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a

[50] Preceptúa la L.J.P.J.:
"Artículo 16. Derecho al debido proceso.
A los menores de edad se les debe respetar su derecho al debido proceso, tanto durante la tramitación del proceso como al imponerles una sanción."

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



secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal –procesal–; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución (…)

"V. Otro elemento constitutivo del derecho al debido proceso es su generalidad, –numerus apertus–, de manera que, ni el texto ni lo que diga la Sala agota necesariamente las posibilidades de un catálogo o tipología de sus elementos. Serán, entonces, tanto la jurisprudencia constitucional, como la de la Sala Tercera, las que amplíen sus alcances a la luz de nuevos problemas que plantee cada caso concreto (…)"[51].

Como queda claro de los extractos anteriores, son tres los campos del debido proceso: (i) los derechos constitucionales desarrollados por el proceso penal, (ii) la legalidad del proceso en su doble condición: como límite al Estado y como garantía ciudadana de seguridad jurídica, y (iii) la subordinación de todo funcionario estatal a la Constitución. Es evidente la proximidad de la estructura ideológica del debido proceso con lo expuesto acerca del principio de proporcionalidad (supra 3.B), concretamente sobre la lex praevia, lex scripta y lex stricta.

Ahora bien, en lo que nos interesa, cabe destacar cómo el tribunal de constitucionalidad considera debido proceso a toda garantía constitucional o legal, pero además todo lo que en ese sentido vengan a sentar su propia jurisprudencia así como la de la Sala de Casación Penal. Habría que agregar a esto último también la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal (que además resuelve el recurso de casación penal juvenil) cuya existencia es posterior al citado fallo del tribunal de constitucionalidad. Esto confirma lo dicho acerca del debido proceso como un concepto incompleto y en constante construcción[52].

---

[51] Sala Constitucional, 1739-92.

[52] Por no ser el debido proceso el tema principal de este trabajo, no es posible un estudio de los aspectos determinados como integradores de aquel, por los tribunales de cita. Sin embargo, para una ampliación del tema remítase el lector a la compilación de Zúñiga Morales, Ulises: Jurisprudencia de la Sala Constitucional. El debido proceso y derecho de defensa. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, s.f.

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



Cualquier violación a las normas integradoras del debido proceso, da lugar a un defecto de carácter absoluto, por lo que el acto así realizado es excluible en cualquier oportunidad; y desde luego, las violaciones cometidas en ese sentido abren la posibilidad del recurso de apelación o casación según sea el caso.

El propósito del debido proceso es la seguridad de todos los ciudadanos de ser condenados exclusivamente por medio de un juicio rodeado de todas las garantías, no para beneficiar a un culpable en detrimento de la colectividad, sino para favorecer a la sociedad cuyo interés es ver porque cada ciudadano (débil) sea respetado individualmente cuando enfrenta al Estado (fuerte).

Debe superarse la creencia de que la inseguridad ciudadana se resuelve en los tribunales, y que fiscales y jueces son los "superhéroes" de la sociedad. La política criminal predelictual, a cargo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, es la llamada a resolver por adelantado el fenómeno criminal, mediante una distribución equitativa de las oportunidades de movilidad social. Cuando el acusado llega al Poder Judicial, ya el delito se ha cometido y los bienes jurídicos han sido lesionados, se inicia la etapa posdelictual de la política criminal tendiente a dos fines: (i) establecer si el acusado es culpable y, (ii) caso positivo, cómo facilitarle las condiciones para una vida futura sin reincidir.

Las bandas de "chapulines" o de "maras"[53] se producen por la inercia del gobierno en la atención de los menores. Cuando llegan al Poder Judicial el mal está hecho y su prevención es imposible. Si hoy mismo sacáramos de circulación a estos jóvenes, encarcelándolos, rápidamente habría más "chapulines" porque todas las noches y madrugadas cientos de niños vagan por las calles de las ciudades vendiendo chicles o flores, exponiéndose a situaciones criminógenas de toda naturaleza; pero ante todo, sin oportunidad alguna de movilidad social (educación, trabajo, vivienda, salud, etc.)[54]. Esas condiciones

[53] "Chapulines" en Costa Rica o "maras" en el resto de Centroamérica, son grupos de adolescentes que atacan en bandas a los transeúntes, a veces utilizando medios muy violentos.

[54] Sobre estos aspectos ya había sido publicada mi opinión:
"…Podríamos intentar una encuesta a la sociedad civil con una pregunta solamente: ¿Qué prefiere Ud.: no ser víctima de delito o que después de ser agredido se condene a sus ofensores? El resultado es evidente aun sin recopilar la encuesta: Como priori-

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



no pueden ser modificadas por los jueces; son los políticos los llamados a resolver la situación, pero desgraciadamente no hay voluntad para el cambio, porque esto se traduciría en un adecuado reparto de la riqueza en beneficio de los más desposeídos que llegarían a formar una clase media fuerte, en detrimento de la clase económica y desmedidamente poderosa de la cual los políticos son sus incondicionales.

El debido proceso es la garantía del individuo, es la última carta liberal de su esencia ciudadana, frente a un Estado que se subordina a los grupos de poder.

Sin embargo hay quienes desde la judicatura tienen otra visión del debido proceso y, autoconvertidos en "salvadores de la sociedad" tonantes del bien y del mal, en su afán de definirlo pontifican una mezcla de derecho positivo y elementos metajurídicos como el derecho natural y aspectos morales, con lo que tornan incierto el futuro del imputado y entronizan el reino de la inseguridad jurídica. Finalmente, conciben el debido proceso como un conjunto de garantías para la realización del ius puniendi, ante el cual deben ceder los derechos ciudadanos[55]. Huelga decir que posiciones como esta no tienen cabida dentro del derecho penal liberal y democrático.

---

dad, todos queremos evitarnos ser víctimas de un delito. En este sentido debe destacarse que la responsabilidad de que no se produzcan delincuentes y que no nos agredan, no corresponde al Poder Judicial sino a los poderes Legislativo y Ejecutivo. La generación del delito y del delincuente dependen directamente de las políticas económica y social, impuestas por el presidente, los ministros de Estado y los diputados.
La satisfacción de las necesidades del pueblo por medio del gasto social y las políticas impositivas, evitan la producción criminal… Cuanto menos se satisfagan las necesidades, por disminución del gasto social y acentuación de las cargas impositivas indirectas, se da una mayor aflicción y se deprime la población originándose el delito como forma de mejoramiento de las condiciones; no sólo en los estratos bajos, sino a todo nivel porque todos realizan un esfuerzo y merecen una gratificación. Pero estos temas son responsabilidad de los órganos ejecutivo y legislativo, pues las orientaciones económica y social de un país no dependen de los administradores de justicia sino de los políticos…".
Dall'Anese, Francisco: La respuesta del sistema penal. En "Sistemas penales y derechos humanos", Unión Europea, CONAMAJ, Asociación de Ciencias Penales, San José, 1977, pp. 237 ss.

55 "(…) Recordemos que los valores de una sociedad pueden tutelarse culturalmente, sin necesidad de norma escrita, mediante la costumbre, los usos sociales, etc. Pero, es posible que encuentre sustento positivo en las mismas normas del procedimiento o, por el contrario, en normas de mayor rango, como lo son, la Constitución del Estado, los Tratados Internacionales o, en su caso el Derecho Natural… Si tratamos de conceptualizar la idea de debido proceso, analizamos los valores, derechos, obligaciones y criterios que dentro del proceso mueven la actividad del juzgador, lo que podemos denominar el "iter procesal", que, a su vez deontológicamente resulta un "iter moral o éti-

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



### 1.3.2 Principio de justicia especializada

La L.J.P.J. es de corte garantista desde que adopta el principio de culpabilidad y desarrolla una serie de principios procesales, para asegurar jurídicamente al imputado del proceso penal juvenil un juicio justo. La normativa reconoce la distinta condición de los menores con relación a los adultos, por lo que incorpora las garantías del proceso penal para personas mayores de edad, al tiempo de especializar el proceso juvenil con las regulaciones necesarias para el respeto y desarrollo integral del menor como ser humano.

Sin embargo, todo ello no sería más que un pliego de buenas intenciones si no se hubiera confiado la justicia penal juvenil a jueces especializados, capaces de comprender la problemática del menor en el contexto social, así como de calificar –en su misión integradora del ordenamiento– las regulaciones que deben sustraerse del proceso de menores a fin de lograr los propósitos de la L.J.P.J.[56]. En otros términos, no es posible la justicia penal juvenil de acuerdo a los fines previstos por la ley sino por medio de jueces especializados en la materia.

---

co" resumido en el camino que dentro de la investigación sigue el juez, que lo lleva a la verdad real en aplicación de la justicia mediante un juicio… Se entiende que los principios materiales del derecho: la igualdad, la justicia, la misma equidad, han de ser tomados en cuenta cuando se materializan en relación a un hecho concreto sobre el que el Juez debe decidir. Tales principios exigen, pues, una concreción; pero, lo que en definitiva interesa, a la hora de administrar justicia, es que ni los principios materiales del derecho, ni los principios generales, dan indicaciones inmediatas para la decisión. No son ellos los que deciden, sino el Juez. Ellos se limitan a constituir el marco dentro del cual se procede a decidir; pues el Juez en sus decisiones no puede guiarse simplemente por criterios unívocos –legales o supralegales– sino que ha de elegir conforme a su libertad de valoración… Debido proceso, entonces, no puede ser sólo resolver con prioridad al imputado, sino y, por el contrario, resolver como mejor convenga a los fines de la sociedad y, por ende, del mismo imputado. Si existe una potestad estatal: "ius puniendi", es porque existen personas que cometen delitos. La clave del proceso no es "favorecer" al imputado, sino y, por el contrario, la paz social, la tranquilidad pública, la tutela de los derechos y garantías sociales e individuales. Solo así se logra un "debido proceso" respecto al imputado…" Hidalgo Murillo, José Daniel: Introducción al código procesal penal, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 1998, pp. 75-78. (La negrita es del original.)

[56] "…El órgano jurisdiccional de menores asume la función de garantía y pureza procesal (…) el proceso ante el Juzgado de Menores ha de disponer 'de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento jurídico'. Esa actitud garantista sólo es posible justificarla en la actividad especializada que realiza, que debe ser a su vez garantía de pleno desarrollo de todos los que actúan en ese enjuiciamiento y en particular del menor, lo cual precisa que el órgano jurisdiccional de menores posea una adecuada preparación psicológica, así como conocimientos del entorno social en que habitualmente se sitúan los menores (…)" Lorca Navarrete: Op. cit., p. 53.

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



Podría tacharse esta posición de radical, no obstante, es cierto que el juez de adultos acostumbrado a un trabajo que no repara en la formación de una persona en vías de alcanzar su edad madura, no tendrá el entrenamiento suficiente como para resolver de acuerdo a los nuevos principios. No es suficiente sujetarse a la legalidad, sino desarrollar por medio de la jurisprudencia los componentes axiológicos de las normas jurídicas, traducidos en principios mucho más amplios que la letra de la ley. Un juzgador no especializado será absorbido por la justicia penal de adultos y, cuando le corresponda el juzgamiento de jóvenes, se limitará a los textos legales sin remisión y desarrollo de los principios.

Sin embargo la L.J.P.J. tiene una visión más amplia del problema y no se ha limitado a prever la intervención de tribunales especializados, sino que ha impuesto la participación de "órganos especializados", con lo cual debemos pensar en jueces, fiscales, defensores públicos y policías cuando menos[57].

### 1.3.3 Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es el reflejo procesal del principio sustantivo de culpabilidad, consagrado en el número 39 de la Constitución Política. Por alguna razón histórica que no se ha podido establecer, el constituyente no se refirió expresamente a aquella figura.

Ante esta situación la jurisprudencia ha hablado de "estado de inocencia", lo que no deja de ser una desventaja para la ciudadanía pues no se trata de una sencilla selección de términos con el mismo significado. Antes por el contrario, la presunción de inocencia es un límite al razonamiento del juez, de modo que se protege ampliamente al imputado, en tanto el estado de inocencia es simplemente una definición jurídica subjetiva individual que no establece restricción alguna al poder estatal[58].

---

[57] Dispone la L.J.P.J.:
"Artículo 12. Principio de justicia especializada.
La aplicación de esta ley, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de menores."

[58] Cf. Montero Aroca, Juan: Principios del proceso penal, Tirant lo blanc, Valencia, 1997, pp. 151 ss.

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



Posiblemente la ideología fascista de la primera mitad del Siglo XX, influyó en el constituyente de Costa Rica y por ello no se incluyó la figura en la norma fundamental del Estado[59].

Las presunciones son regulaciones procesales sobre la valoración de la prueba, cuyo destinatario es el juez que se ve limitado en su razonamiento. Existen dos clases de presunciones: (i) presunción iuris est de iure, que establece una verdad legal a priori incontestable, esto es no viene a menos aunque la totalidad de la prueba o buena parte de ella la desvirtúen; y (ii) presunción iuris tantum, según la cual el razonamiento del juzgador debe partir de una verdad legal, pero esta podría tornarse ineficaz en tanto la prueba legalmente incorporada al proceso demuestre lo contrario de esa presunción y así la destruya.

Las dos formas de presunción constituyen una barrera al razonamiento del juez, de manera que no puede resolver arbitrariamente sino dentro del marco establecido por la ley. En su caso, el estado jurídico subjetivo de inocencia no determina una forma de razonamiento y variaría de acuerdo a cada situación, de manera que puede entrarse en la peligrosa práctica de diseñar trajes a la medida.

El defecto constitucional de no prever la presunción de inocencia, fue suplido por la C.A.DD.HH. y el P.I.DD.CC.PP. que expresamente la establecieron; por ello está vigente en la justicia penal de adultos[60]. No obstante, la L.J.P.J. ha venido a colmar la ausencia constitucional de la figura pues establece expresamente la presunción de inocencia[61]. El límite al razona-

---

Acerca del estado de inocencia, v.: Mora Mora, Luis Paulino: Los principios fundamentales que informan el código procesal penal de 1998, en "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales, San José, 1996, p. 39.

[59] v.: Vegas Torres, Jaime: Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, La Ley, Madrid, 1993, pp. 20-32.

[60] Señala el art. 8.2 de la C.A.DD.HH.:
"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (…)"
En su caso dice el art. 14.2 del P.I.DD.CC.PP.:
"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."

[61] Dispone el art. 15 de la L.J.P.J.:
"Artículo 15. Presunción de inocencia.
Los menores de edad se presumirán inocentes hasta tanto no se les compruebe, por medios establecidos en esta ley u otros medios legales, la culpabilidad en los hechos que se les atribuyen."

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



miento del juez penal juvenil en la valoración de la prueba, está demarcado por esta presunción –iuris tantum– y así debe considerar inocente al menor sometido a proceso hasta que la prueba legalmente recabada revierta esa situación[62].

Ahora bien, la realización de la presunción de inocencia ha derivado, para su efectiva aplicación, el principio onus probandi, la regla de exclusión y el principio in dubio pro reo. Sin estos tres aspectos sería imposible la realización de la figura y, por consiguiente, la protección del menor de edad.

#### 1.3.3.1 El principio onus probandi

Corresponde el principio onus probandi a la vieja máxima que reza "quien acusa prueba". Así el actor penal es quien debe aportar la prueba capaz de desvirtuar la inocencia presunta del imputado, pero la defensa no está obligada a demostrar la inocencia o a desplegar actividad probatoria alguna.

La afirmación anterior no debe llevar a concluir equivocadamente que el imputado no tiene la posibilidad de ofrecer prueba, pues por el contrario, el M.P. como encargado de la investigación debe evacuar toda la prueba pertinente y útil ofrecida por la defensa. En otros términos, el imputado no está en obligación de aportar prueba de su inocencia, pero tiene el derecho de hacerlo.

Debe quedar claro que la carga de la prueba para el actor penal comprende todos los aspectos de hecho, como son la tipicidad con lo relativo a la participación criminal, la antijuricidad y la culpabilidad. No es admisible pensar que

[62] Con otro concepto de "presunción", la doctrina española señala que la de inocencia no es una verdadera presunción en sentido técnico, pues conciben la presunción así:
"En estricto sentido jurídico en toda presunción existe: 1) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte y probado después por ella, hecho que no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte, 2) Un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte, y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella, y 3) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio (que ha de ser probado) se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción no hace falta insistir en que la presunción de inocencia es una manera muy incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario." Montero Aroca: Op. cit., pp. 151 s.

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 alegarse una causal de justificación o de exculpación, la carga de la prueba se invierte y corresponde a la defensa; por el contrario, la prueba de la acción típica, de la lesión al bien jurídico y de los aspectos correspondientes a la culpabilidad siempre recaen en el actor penal.

#### 1.3.3.2 La presunción de tortura y la exclusión de la prueba ilícita[63]:

Corresponde a este apartado el tema de la prueba ilícita, aunque se tocará muy esquemáticamente. Sin embargo, importa iniciar con la determinación del contenido de algunos conceptos relativos a la "prueba".

Una cosa es el medio probatorio y otra distinta es el elemento probatorio. Lo primero se refiere al soporte de los datos que interesan a la investigación, en tanto lo segundo es la información misma. El testigo, el perito, el documento, la evidencia física p.e., son medios de prueba; los datos suministrados o derivados de cada uno de ellos son los elementos de prueba. De los medios probatorios se obtienen los elementos probatorios mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica.

A esta altura de la exposición debe visualizarse la actividad probatoria, que se produce por dos clases de actos: (i) la incorporación de prueba y (ii) la valoración de la prueba. Ahora bien, al proceso se incorporan los medios probatorios; estos deben ser lícitos, de modo que no es verdad que "se puede probar cualquier hecho por cualquier medio" como afirman muchas veces los oradores en juicio; la fórmula correcta es: "se puede probar cualquier hecho por cualquier medio lícito". Para que el medio de prueba sea lícito no debe lesionar los derechos fundamentales de los acusados, y no debe producirse o recabarse bajo condiciones que permitan un cuestionamiento posterior (p.e., recabar evidencia física sin observar las reglas de la cadena de custodia).

Una vez incorporado el medio de prueba definido como

[63] Sobre la presunción de tortura ya había adelantado algunas ideas en Dall'anese, Francisco: La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal, en "La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho", EUNED, San José, 1996, pp. 265.

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



lícito, y solamente cuando ha sido establecida su licitud, se pasa a su valoración por la sana crítica del juzgador para derivar los elementos de prueba útiles a la reconstrucción del hecho histórico. Se trata de pasos sucesivos en un orden inalterable: primero se incorporan los medios de prueba lícitos y después son valorados por el juez.

De resultar ilícito el medio probatorio, no es correcta su incorporación al proceso. Pero si la ilicitud pasa inadvertida al momento de la incorporación y es determinada en el curso de los procedimientos, el medio se excluye de inmediato; una vez fuera, no es posible contar con elementos de juicio derivados de aquel, porque no pueden obtenerse datos de medios ilícitos.

No sería legal p.e., advertir la ilegalidad de un allanamiento de morada, anular la diligencia y dar validez a la evidencia lograda con la injerencia en el domicilio privado. Debe subrayarse: una vez excluido el medio probatorio, la información que de él dependiera se excluye también.

En una investigación en curso, muchas veces los medios de prueba no aportan elementos para reconstruir el hecho histórico investigado, sino datos para llegar a otros medios de prueba de los que sí deriva información acerca de la especie bajo investigación. De resultar ilícito el medio originario que llevó a otros medios de prueba, se excluye del proceso el medio ilícito y la información que de éste se hubiera desprendido, así también es el caso de los otros medios probatorios, aunque considerados en forma aislada éstos fueran (aparentemente) legales.

Puede ensayarse el ejemplo de la declaración tomada al pariente del imputado, sin advertirle su derecho de abstenerse de declarar. El declarante señala el lugar donde se encuentran ocultas la evidencia y la identidad de los testigos presenciales del hecho. Aunque el decomiso de las cosas y la recepción de las declaraciones se practicara de acuerdo a las formalidades de ley, por ser medios probatorios derivados de otro medio ilícito, deben ser excluidos del material probatorio y no pueden tomarse en cuenta los datos que de ellos pudieran extraerse.

Igual es el caso del imputado, cuando se le toma una declaración extrajudicial –ante el M.P. o ante la policía–, to-

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



da la información que revele debe excluirse del proceso, no importa si condujo a medios de prueba que aisladamente considerados tienen la apariencia de ser legales. Es así, porque subyace una presunción de tortura: cuando se incumplen las garantías procesales del acusado y se le toma una declaración extrajudicial, no tiene que demostrar el tormento porque este se presume; sería absurdo exigir al ciudadano, privado de libertad por la policía, la prueba del maltrato dado, que no está en condiciones de documentar los abusos de que es objeto. Es el Estado –la policía es el Estado en tal caso–, el que debe demostrar que no ha violado los derechos del acusado; esto sólo es posible a priori, llamando al fiscal y procediendo a hacer las advertencias de ley y a nombrar el abogado defensor. La presunción de tortura es una presunción iuris tantum, de modo que establece un hecho que solamente puede ser desvirtuado por quien tiene la carga de la prueba, esto es, por los funcionarios del Estado.

Asumir la certeza del tormento ante el quebranto de garantías por funcionarios estatales, implica la exclusión de los actos así realizados como prevención general para evitar que la policía se constituya en el ente oficial de violación de derechos fundamentales, pues verá frustrado su trabajo cada vez que incurra en defectos procesales absolutos como es atentar contra la Constitución Política y en consecuencia contra el ciudadano. Por el contrario habrá un estímulo para la violación de garantías constitucionales, si los jueces abandonan sus funciones y como cómplices de los policías dan valor a la prueba ilegalmente obtenida[64].

La presunción de tortura es el complemento necesario del principio pro homine, definido en algunos votos salvados del Juez Piza de la Sala constitucional; en concreto ha dicho el magistrado: "(…) En todo caso, en materia de habeas corpus y amparo, no puede la persona acusada de

[64] "(…) En muchas ocasiones, sin embargo, en la práctica judicial tales declaraciones se introducen al proceso, no obstante su ilegitimidad; se convierten así en un estímulo para los agentes policiales o judiciales, puesto que, a pesar de que estos son conscientes de que están empleando un procedimiento ilegítimo para obtener la declaración del detenido, persisten en su empeño, debido a que saben que los Jueces lo aceptarán (…)" Cruz, Fernando: La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho, ILANUD, San José, 1989, p. 72.

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



violar los derechos fundamentales, invocar a su favor, principios, que como in dubio pro reo, no son aplicables en esta materia, sino propios de otros como penal. En este caso por el contrario, la duda debe jugar a favor de la víctima, principio pro homine, y no del funcionario, pues de lo contrario, se perdería el verdadero sentido de la Jurisdicción Constitucional (…)"[65]. Obviamente, si se admitiera la duda a favor del Estado, el ciudadano quedaría en total desprotección.

#### 1.3.3.3 El principio in dubio pro reo

El principio in dubio pro reo es uno de los realizadores de la presunción de inocencia, en cuanto limita al juzgador a que cada vez que enfrente una duda razonable sobre las cuestiones de hecho, resolverá lo más favorable al imputado. Se trata de una regla de valoración de la prueba, su objeto son las cuestiones de hecho; cuando se trate de conflicto de normas, el principio aplicable es el favor rei que se estudiará posteriormente (infra 3.C.5).

Importa aclarar que existen al menos dos categorías de dudas humanas: (i) La duda natural que todos experimentamos ante cualquier hecho o persona. No importa que el juez resuelva un determinado asunto –afirmando la certeza de su conocimiento– con un juicio condenatorio o absolutorio, siempre abrigará una duda (natural) acerca de la veracidad de su pronunciamiento. Pero no es a esta clase de duda a la que se refiere el in dubio pro reo. (ii) La duda razonable que supone la valoración del material probatorio, la derivación de elementos de juicio a partir de los medios de prueba y, finalmente, la existencia de conclusiones alternativas. Esto es, el resultado de la aplicación de las reglas de la sana crítica llevan a varias hipótesis acerca del quién o el cómo del hecho investigado, sin alcanzar la certeza con relación a alguna de ellas.

No es suficiente, en consecuencia, fundamentar un fallo aduciendo una duda. Por el contrario, la motivación de una sentencia basada en el in dubio pro reo, implica exponer cómo la valoración de la prueba produce hipótesis alternativas

[65] Caso Jocks, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 1-90, 14:15 hrs., 05-01-1990. Voto salvado del Juez Piza.

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



acerca del hecho que se investiga. De no ser así, no se trata de la duda razonable cuyo significado es jurídico y no natural y profano.

Esto lleva a varias consecuencias importantes: (i) La duda es controlable por el tribunal de casación. (ii) El actor penal puede impugnar la sentencia absolutoria basada en la duda, cuando la fundamentación del fallo no refiera conclusiones de hecho alternativas. En tal caso el recurso es por la forma y, de acogerse, implica la nulidad del fallo de mérito y el juicio de reenvío. Y (iii) la defensa puede impugnar el fallo de mérito basado en la certeza de la culpabilidad, exponiendo una valoración de la prueba que lleve a conclusiones alternativas.

De acogerse el recurso, no obstante estar basado en un error in procedendo, el tribunal de casación debe revocar el fallo de mérito y dictar sentencia absolutoria. Es así, por cuanto el reenvío por la casación a otro juez de juicio, después de haber anulado la sentencia original por compartir la tesis de la duda razonable argumentada por la defensa, implicaría una clara violación al principio constitucional de independencia judicial, porque de emitir el tribunal de reenvío una nueva condenatoria sabría por anticipado que se anularía su resolución pues el tribunal de casación está convencido de la aplicación del in dubio pro reo.

### 1.3.4 Principio non bis in idem:

El principio non bis in idem prohibe la doble incriminación por el mismo hecho punible. Constituye un límite para el Estado en cuanto a la persecución penal, y un derecho del ciudadano a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Debe subrayarse la palabra "hecho", para descartar de una vez la idea de una doble persecución por la misma especie con distinta calificación legal. Como tesis de principio, el imputado ejerce su defensa ante el hecho o hechos cuya autoría o participación le son atribuidos; de tal modo –ante el sobreseimiento o absolución– no es lícita la práctica de iniciar una nueva acción penal por los mismos hechos bajo distinta calificación legal. Esta práctica, que en algún momento tuvo el órgano requeriente, queda totalmente imposibilitada ante la prohibición ex-

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



presa de la L.J.P.J. –gran acierto del legislador– de incoar nuevas causas con distinta calificación legal[66].

La garantía de non bis in idem está consagrada constitucionalmente bajo la fórmula: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible"[67]. Sugiere, normalmente, la idea de no juzgar a una persona por el mismo hecho una vez que sobre el punto ha recaído sentencia con autoridad de res iudicata[68]. Sin embargo, son dos las hipótesis en que podría el imputado oponer la excepción de non bis in idem: (i) Ante una acción penal posterior a la cosa juzgada. Y (ii) frente a una acción penal coetánea; esto se da cuando existe un proceso pendiente contra un imputado por un hecho determinado y, sin haber recaído sentencia con autoridad de cosa jugada, se acciona nuevamente contra el mismo imputado y por los mismos hechos. En cualquiera de los dos casos cabe la excepción de non bis in idem, ya por la vía de la cosa juzgada o de la litis pendentia[69].

La segunda de las hipótesis asegura que el M.P. no duplicará los procesos para corregir en el segundo los defectos u omisiones en que hubiera incurrido en el primero, poniendo al acusado en grave desventaja procesal.

Ahora bien, la identidad de las causas reside en dos elementos que se convierten en el objeto de observación: (i) el imputado y (ii) los hechos. En cuanto al primero, si no es posible su identificación por el nombre u otros componentes de su estado civil (nacimiento, progenitores, nacionalidad, etc.), es suficiente con la constatación de su individualidad física. Por su parte, el estudio de los hechos de una causa debe encontrar

---

66 Prevé el art. 18 de la L.J.P.J.:
"Artículo 18. Principio de 'Non bis in idem'
Ningún menor de edad podrá ser perseguido más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique la calificación legal o se acusen nuevas circunstancias."

67 Dispone el art. 42 de la Constitución Política:
"Artículo 42.– Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible.
Se prohibe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión."

68 En ese único sentido parece entenderlo Tiffer: Ley…, p. 40.

69 Así Mora Mora: Op. cit., pp. 41-42.

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



identidad de elementos en los hechos acusados en la otra, para lo cual es irrelevante si existe equivalencia gramatical o no pues el mensaje puede ser el mismo con distintas palabras; pero la importancia del cambio de hora, fecha o lugar, al punto de modificar la especie acusada son datos que debe determinar el tribunal en cada caso concreto.

### 1.3.5 Principio favor rei

Los principios in dubio pro reo y favor rei suelen ser confundidos en la práctica cotidiana, de tal forma que ante la doble previsión legal de una misma situación (antinomia jurídica) muchos aplican la norma más favorable invocando el principio de la duda. Esto pareciera incorrecto y alejado de la técnica jurídica.

In dubio pro reo es un principio cuyo objeto es limitar el razonamiento del juzgador cuando, después de aplicar las reglas de valoración de la prueba, arriba a conclusiones fácticas alternativas o hipótesis distintas sobre el hecho histórico investigado, de manera que se le impone inclinarse por el resultado más favorable al acusado. Implica la recepción de medios probatorios lícitos, la aplicación de la sana crítica y la derivación de elementos de prueba, para tener finalmente más de una conclusión de la forma como sucedió el hecho investigado.

El principio favor rei, en cambio, supone la existencia de un conflicto de leyes que regulan la misma situación, caso en el cual debe aplicarse la norma más favorable al acusado. No tiene como objeto la determinación del hecho histórico, sino la elección de la norma más favorable en caso de conflicto de leyes

Otro caso en que opera el favor rei es aquel en que no se presenta un choque de normas jurídicas que prevén el mismo hecho, sino en el caso de conflicto entre las distintas interpretaciones de una misma ley. Así, si una norma permite derivar interpretaciones alternativas, se escogerá la que permita mayor libertad al ejercicio de los poderes y derechos procesales, desechándose en consecuencia las que limiten esos poderes y derechos[70].

[70] "(…) El favor rei –a nuestro entender– debe ante todo constituir una regla fundamental para la interpretación. Ello supone que cuando no se pueda tener una interpretación unívoca, sino sólo una situación de contraste entre dos interpretaciones de una norma legal (antinomia interpretativa), habrá que elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado (…)". Bettiol, Giuseppe: Instituciones de derecho penal y procesal, BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, 263.

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



Cuando la interpretación de la norma más allá del texto legal coarte los derechos procesales del imputado, la aplicación de derecho ha de ser restrictiva; esto es, el juzgador debe tomar la alternativa más próxima a la letra de la ley a fin de no causar perjuicio al acusado. Por el contrario, cuando el resultado hermenéutico supera al texto pero beneficia al imputado, el juez debe aplicar esta interpretación[71]. Resta un problema en esta materia, y es el conflicto de interpretaciones alternativas de una misma ley, cuando alguna perjudica al imputado y beneficia a otro sujeto procesal; en estos casos, el favor rei impone aplicar la interpretación más favorable al acusado aunque con ello se cause gravamen procesal a otro. Es así por cuanto las otras partes no tienen en juego su libertad.

Este es el sentido del art. 2º del C.P.P., aplicable supletoriamente al proceso penal juvenil[72].

### 1.3.6 Principios de privacidad y confidencialidad

Al tratar el principio de formación integral y reinserción (supra 3.A.4) quedó claro que el proceso debe contribuir al desarrollo personal del menor imputado, en vez de constituirse en un medio aflictivo y destructor. Una forma de realizar este principio se da manteniendo en privado la identidad de aquel[73], así como la confidencialidad de los hechos en que se ve envuelto[74].

---

[71] Sobre ello v.: Mora Mora: Op. cit., p. 33.

[72] Dispone el art. 2° del C.P.P.:
"Artículo 2°– Regla de interpretación.
Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohiben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento."

[73] Dispone el art. 20 de la L.J.P.J.:
"Artículo 20. Derecho a la privacidad.
Los menores de edad tendrán derecho a que se les respeten su vida privada y la de su familia. Consecuentemente, se prohibe divulgar la identidad de un menor de edad sometido a proceso."

[74] En este sentido se establece el art. 21 de la L.J.P.J.:
"Artículo 21. Principio de confidencialidad.
Serán confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por menores sometidos a esta ley. En todo momento, deberá respetarse la identidad y la imagen del menor de edad.
Los Jueces Penales Juveniles deberán procurar que la información que brinden, sobre estadísticas judiciales, no contravenga el principio de confidencialidad ni el derecho a la privacidad, consagrados en esta ley."

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 divulgación de la identidad del imputado o de los hechos, podrían desencadenar un proceso de estigmatización que conspiraría contra la formación y reinserción del menor, de modo que estos datos deben mantenerse bajo la más estricta reserva.

En este punto se acentúa la diferencia del proceso penal juvenil con el proceso penal de adultos, directamente proporcional a las distintas necesidades del joven en desarrollo y del adulto. Privacidad y confidencialidad, imperativos en el proceso de menores, se contraponen a la publicidad del proceso de adultos. Pese a la confrontación de principios, responden a necesidades distintas y por ello son garantías igualmente válidas, cada una en su ámbito de aplicación.

La publicidad del debate en el proceso de adultos significa la posibilidad de cualquier ciudadano de presenciar la audiencia, escuchar y observar la prueba para formarse su propio juicio. Es un medio que sirve a un derecho penal democrático[75] en dos sentidos: (i) para la transparencia de la administración de justicia penal, sometida al control indirecto del pueblo[76]; y (ii) como derecho del acusado de ser sometido a una pena sólo en caso de demostrarse su culpabilidad[77].

Quienes presencien el debate controlan la aplicación de los derechos constitucionales y humanos, de modo que, cuando pudieran verse en la situación del acusado tengan la seguridad de ser condenados únicamente por medio de un juicio justo y legal. No obstante, quienes presencian el juicio o se enteran de él, terminan etiquetando al imputado adulto y esto es lo que se quiere evitar al menor.

---

[75] v.: Binder, Alberto M.: Introducción al derecho procesal penal, AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, 1993, pp. 102 ss.

[76] "(…) La publicidad del juicio se relaciona, en primer lugar, con una de las funciones propias de la justicia penal: la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social (…)" Binder: loc. cit. Acerca del control del público sobre la administración de justicia penal, ver en la misma obra: pp. 239 ss.

[77] "(…) Sólo de esta manera se puede lograr que la parte esencial del procedimiento dé al acusado la posibilidad de opinar acerca de todos los puntos que pueden ser importantes para la sentencia. Al mismo tiempo se logra cierto control de la actividad judicial mediante la publicidad. Siendo público el debate, es posible examinar lo que ha determinado el juez al dictar sentencia (no debiéndose utilizar hechos secretos que sólo constan en las actas (…)" Bauman: Derecho procesal penal. Conceptos, fundamentos y principios procesales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 83.

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 adulto que ha llevado una vida sin delinquir, eventualmente podría mantener en algunos círculos una apariencia que le permitirá –dado un esfuerzo– neutralizar el estigma. Pero al menor que no pueda exhibir buenos antecedentes, lo cargaría por el resto de su vida, con lo cual estaría orientado –por factores externos– a la reincidencia quebrándose con ello el principio de formación integral y reinserción.

### 1.3.7 Principio de inviolabilidad de la defensa

El principio de inviolabilidad de la defensa toca tres áreas sensibles en el proceso: (i) el derecho de abstención de declarar, (ii) el derecho a asistencia y (iii) el derecho de intervención. El principio impone a las autoridades estatales –jueces, fiscales y policías– el deber de respeto de estos tres derechos constitucionales y, por ende, la violación de cualquiera de ellos origina un defecto de carácter absoluto declarable en cualquier oportunidad.

#### 1.3.7.1 Derecho de abstención de declarar

Este es un derecho de naturaleza constitucional pues se encuentra consagrado en el art. 36 de la Ley Fundamental[78], y se reitera en el número 17 de la L.J.P.J.[79]. En criterio del tribunal de constitucionalidad este derecho obedece a una doble finalidad: (i) de una parte, pretende evitar la tortura; y (ii) de otra, que el acusado no se cause daño a sí mismo aportando elementos idóneos para su condenación[80].

---

[78] Señala el art. 36 de la Constitución Política:
"Artículo 36.– En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad."

[79] Dice la L.J.P.J.:
"Artículo 17. Derecho de abstenerse de declarar.
Ningún menor de edad estará obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, inclusive hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad."

[80] "(…) La garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta, a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que éste es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo (…)". Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: voto N° 5977-94.

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 acuerdo a ello, no hay mayor problema en afirmar que cualquier declaración obtenida mediante tormento es nula e ineficaz, es decir todo lo que de ella derive es absolutamente nulo[81].

Sin embargo, la interrogante es determinar la extensión de este derecho en dos sentidos: (i) La extensión subjetiva, que responde a la interrogante de hasta dónde puede el imputado llegar con este derecho. Y (ii) la extensión objetiva, que indicará hasta dónde puede el Estado exigir del imputado y limitar su propia autoridad cuando lo enfrente.

En su aspecto subjetivo no hay duda en cuanto a que el derecho de abstención posibilita al imputado a no declarar o a declarar la verdad. Sin embargo hay una polémica en punto a si es derecho del imputado mentir.

Sobre este último punto la Sala Constitucional ha afirmado, reiteradamente, que del art. 36 de la Constitución Política no puede derivar un derecho a la mendacidad del imputado[82]. No obstante ese criterio, ciertamente el imputado –menor o adulto– es un sujeto de derecho privado a quien le está permitido todo aquello que no esté expresamente prohibido. Las prohibiciones se señalan directamente en derecho positivo por disposición expresa (p.e.: "Se prohibe (…)", "Queda terminantemente prohibido (…)"), o indirectamente al imponer consecuencias negativas a quien realiza la acción prohibida (p.e.: multa, inhabilitación, prisión, etc.). Así, cuando la Sala Constitucional señala que mentir no es un derecho del imputado, pero caso de hacerlo no depara consecuencia jurídica adversa, es evidente que entra en contradicción, dado que no hay una verdadera prohibición y por consiguiente hay un permiso[83].

---

81 "(…) Por mandato del artículo 36 constitucional a nadie, bajo ninguna circunstancia, podrá obligársele a declarar contra sí mismo y las deposiciones obtenidas contra esta prohibición son absolutamente nulas y no podrán surtir efectos en el proceso (…)" Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: voto N° 5630-94.

82 "(…) No es posible deducir, de la disposición 36, ni siquiera en materia penal, un derecho fundamental del imputado a mentir en el proceso. Por el contrario, tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía en cuestión, se circunscribe al derecho de no declarar de no ser obligado a ello, y al de no confesarse culpable. No obstante lo anterior, actualmente, de acuerdo con las disposiciones procesales vigentes, la falta a la verdad por parte del acusado, no lo hace incurrir en el delito de perjurio, en virtud de que la ley actual, no le crea la obligación de declarar bajo juramento (…)" Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: N° 406-94 (6460-93, 6359-93, 2429-94).

83 Cf. Hidalgo Murillo: Op. cit., pp. 92 ss.

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 lo que hace a la extensión objetiva del derecho de abstención, no existe claridad en cuanto a si este se circunscribe a la declaración del imputado, o si por el contrario alcanza la participación del imputado en algunas diligencias probatorias, como sería el caso de extracción de sangre o semen, rendir el cuerpo de escritura para una prueba grafoscópica, toma de huellas dactilares o muestras de pelo, reconocimiento en rueda de presos, etc. La jurisprudencia de la Sala Constitucional no ha sido unívoca y encontramos contradicciones, pues en algunos casos ha indicado que el derecho de abstención se ciñe a la declaración sin llegar a otras diligencias[84], mientras en otros casos ha entrado a la discusión en punto a si el imputado es fuente de prueba –objeto de prueba[85].

La solución del problema lleva a una interpretación teleológica del art. 36 de la Constitución Política, que pretende evitar la tortura y que el acusado esté en la situación de aportar los elementos en que sería fundamentada su condenatoria; así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Constitucional según fue citado. De acuerdo a esta interpretación del tribunal constitucional, cualquier participación del imputado en una diligencia probatoria lo pondría en posibilidad de aportar elementos adversos para la defensa. En consecuencia, por aplicación del principio favor rei, debe tomarse la interpretación favorable

---

84 "(…) tal y como se ha venido indicando, el alcance de la garantía en cuestión, se circunscribe al derecho de no declarar de no ser obligado a ello, y al de no confesarse culpable (…)" Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: voto N° 406-94.

85 "(…) Estima esta Sala que en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses: la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto a los derechos fundamentales del imputado, por el otro. En este contexto conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que deba utilizar su propio cuerpo. Al respecto considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente los actos que requieran colaboración pasiva del imputado v.gr. extracción de sangre, reconocimiento corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda (…)" Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional: N° 348-94 (941-92, 556-91).

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



al acusado y estimarse que el derecho de abstención se extiende (interpretación extensiva) a algunas diligencias probatorias.

Es de subrayarse la expresión "algunas diligencias probatorias", pues solamente debe aplicarse por analogía el derecho de abstención a los actos probatorios cuya estructura es análoga a la declaración. Declarar supone intervenir activamente, hablar, en el acto procesal; se trata de un hacer.

Ahora bien, las personas interventoras en las distintas diligencias probatorias pueden ser sujetos de prueba u objetos de prueba. Es sujeto de prueba quien interviene activamente en la diligencia, su participación implica hacer, p.e.: el testigo que habla, el experto que rinde la peritación, el consultor técnico que hace observaciones e interroga al perito, etc.; en cambio, es objeto de prueba quien se limita a concurrir con su presencia al acto de procesal, su intervención corresponde a estar, p.e.: quien es fotografiado o se forma la rueda de presos para reconocimiento, etc.

La declaración del imputado es similar a las diligencias probatorias en que este sería sujeto de prueba, cuando su intervención se traduce en hacer, p.e.: rendir un cuerpo de escritura para una grafoscopía, la masturbación para una comparación de semen[86] o de ácido desoxirribonucleico

[86] En caso de obtención de una muestra de semen, el imputado sería sujeto de prueba, según se desprende del siguiente criterio del tribunal constitucional: "(…) A criterio de la Sala, la extracción de semen por medio de masturbación o de masaje prostático que conlleva estímulo directo sobre la próstata por medio de tacto rectal, que son los métodos que en nuestro medio se utilizan para la extracción del semen necesario para la realización de la pericia acordada por el juez recurrido, son métodos que atentan contra la "integridad moral" del individuo pues le afectan gravemente el pudor y eventualmente pueden degradarle, razón por la que resulta contraria a las normas citadas supra, lo que conlleva a declarar con lugar el recurso en relación con este extremo, con las consecuencias correspondientes, razón por la que el peritaje acordado sólo podrá realizarse respecto al semen, con la aceptación expresa del encausado. También puede lograrse el semen por medio de intervención quirúrgica con incisión, para obtener directamente del testículo la muestra requerida, pero ello puede conllevar un grave riesgo y no resulta proporcional si puede recurrirse a otros métodos de corroboración como la sangre y la saliva (…)" Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional: N° 941-92.
Pareciera que la Sala únicamente admite la obtención de la muestra de semen mediante masturbación voluntaria expresamente declarada y documentada.
No puede dejarse pasar que la sensibilidad del tema de obtención de semen, ha llevado a la publicación de interpretaciones más cercanas al derecho indiferenciado (mixtura de derecho y fe religiosa) que un derecho procesal liberal y democrático. El peligro

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



(ADN), la grabación de la voz para una prueba espectrográfica, etc. Todos estos casos son alcanzados por el derecho de abstención del art. 36 de la Constitución Política.

Por el contrario, cuando el imputado en la diligencia probatoria solamente debe estar, sin participar activamente, es objeto de prueba y no lo cubre el derecho de abstención. En estos casos puede ser obligado a participar pasivamente, siempre que no se le cause un daño físico o psíquico. Así en la toma de muestras de sangre o de pelo, en el reconocimiento, etc[87].

---

de interpretar la ley con el ojo de la religión, es la eventual administración de "justicia" con fundamento en las normas morales del titular del Poder Judicial, lo que se traduciría en la inseguridad jurídica de todos los ciudadanos que quedaríamos a mercerd del impredecible criterio del juzgador. Una de esas posiciones, inaceptable, se transcribe únicamente con propósitos ilustrativos de lo que se afirma:
"(…) el problema nos lo ofrece la obtención de semen, toda vez que el método empleado para la obtención de los elementos orgánicos necesarios para una prueba de semen implica, ordinariamente, la masturbación o un acto conyugal onanístico que, desde un punto de vista moral y, por ende, del pudor en su concepto específico, resulta gravemente inmoral. Se ha sostenido, desde un punto de vista moral, que no hay en rigor más actividad sexual normal que la que discurre por los naturales causes exigidos por el significado del instinto en el contexto del amor humano. Los criterios subjetivos, médicos y psicológicos sobre la sexualidad no pueden separarse de la regla moral que califica el acto sexual específico como 'actio que semen verum effunditur modo naturali in vaginam mulieris', sosteniéndose, además, que cuando se aparta de estas características deja de ser normal. La masturbación, por su parte, resulta un 'actio contra naturam' y para la mayor parte de la población un pecado contra el sexto y noveno mandamiento de la Ley de Dios. El Papa Pío XII refiriéndose al tema nos otorga un criterio moral sobre la masturbación al decir que 'supone el pleno ejercicio de la facultad generativa fuera del acto conyugal. Tal ejercicio lleva consigo el uso directo e indebido de la facultad generativa, y en este uso indebido reside la violación intrínseca de la ley moral, que está implícita en la masturbación. Por esa razón, la masturbación carece de todo título y es contraria a la ley natural y a la moral, aunque trate de alcanzar un fin por sí justo y sin reparos. Son por consiguiente gravemente ilícitos los actos de masturbación efectuados por lujuria, pero también lo son cuando haya graves razones que parecen eximirlos de culpa, como p.ej.: prestar alivio a quienes padecen excesivo nerviosismo o tienen una tensión anímica patológica; el análisis microscópico del esperma para diagnosticar enfermedades venéreas o de otro género; el estudio de los elementos constitutivos del semen para examinar la presencia de espermatozos, su número, proporción, forma, vitalidad, estado, etc.' (…) Podemos concluir que la extracción de semen a través de la masturbación además de ser un acto procesal que transgrede la esfera del pudor protegido por nuestra legislación, resulta un acto inmoral en el cual incurre, tanto el que lo realiza como el que lo provoca, este último por cooperación material al mal y termina siendo, en definitiva, un acto nulo o anulable (…)".

Chaves Solera, Carlos Alberto e Hidalgo Murillo, José Daniel: Temas de derecho procesal penal, Editec-Editores, S.A., San José, 1992, pp. 89 s.

[87] Así Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 348-94.

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



#### 1.3.7.2 Derecho a asistencia

Es un derecho humano, reconocido universalmente, el de tener un defensor técnico que asista al imputado –menor o adulto– durante el desarrollo del proceso penal. La novedad introducida por la L.J.P.J. es la de llevar el derecho a asistencia hasta el cumplimiento o término de la ejecución de la sentencia[88].

Evidentemente un menor acusado de delito no está en capacidad de conducir personalmente su defensa, pues –salvo casos excepcionales– la comprensión de la normativa jurídica procesal y de fondo no estará a su alcance. La pasión no es suficiente para una adecuada defensa, por lo que desde el inicio de la investigación policial debe proveérsele de un abogado defensor.

La función de la defensa será la de aconsejar al imputado acerca de todas las posibilidades admitidas legalmente para evitar la condena, así como velar por el desarrollo de un proceso ajustado a la legalidad y con estricto respeto de los derechos fundamentales del menor. Llegado este punto, surge siempre un aparente problema de carácter ético: ¿a quién debe lealtad el abogado defensor: a su cliente o al Estado de Derecho? ¿es el abogado defensor coadyuvante de justicia o consejero de criminales?

Las interrogantes darían para una prolija discusión que tocaría incluso aspectos de carácter político de Estado, pero desviaría la finalidad de este acápite; no obstante interesa resumir cuatro posiciones importantes: (i) Desde una óptica de derecha, el abogado defensor no lo es de su patrocinado sino del ordenamiento jurídico[89]. (ii) Bajo la perspectiva comunista, el defensor debe responder a los intereses

---

[88] Dispone el art. 22 de la L.J.P.J.:
"Artículo 22. Principio de inviolabilidad de la defensa.
Los menores de edad tendrán el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación policial y hasta que cumplan con la sanción impuesta."

[89] "(…) según la interpretación nacionalsocialista del derecho, el proceso 'no se dirige ya a la protección del individuo, sino de la comunidad entera' y, por consiguiente, 'el defensor no es representante de los intereses de un individuo, sino administrador de la comunidad; ya no es defensor de la parte sino únicamente defensor del derecho' (…)" Göessel, Karl Heinz: El defensor en el proceso penal, TEMIS, Bogotá, 1989, p.4.

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



del partido[90]. (iii) En el Estado constitucional de derecho, liberal y democrático, el abogado se debe a los intereses de su defendido –dentro del marco de legalidad– para afirmar los derechos fundamentales del ciudadano[91]. (iv) El abogado mercantilista sin escrúpulos, capaz de lo que sea para lograr beneficios económicos para sí mismo.

La tercera posición es la correcta en mi criterio, pues el abogado defensor debe mantener independencia con relación al Estado, en cuanto no representa sus intereses, y con respecto al imputado porque no debe buscar la absolución a cualquier precio. Así el Estado se autolimita –como corresponde a las ideas democráticas de respeto a la libertad individual– pues tiene un contralor en el defensor, se respetan los derechos fundamentales individuales del imputado que enfrenta a la autoridad estatal, y se afirma el ordenamiento jurídico ante la sociedad porque únicamente por medio de un juicio legal puede privarse de libertad a uno de sus componentes.

Al abogado no le interesa la verdad a menos que favorezca a su patrocinado[92]. Debe atender la causa del imputado dentro del marco de legalidad, utilizando todos los me-

---

90 "(…) en la parte comunista de Alemania: el defensor debe estar al servicio de la administración de justicia supeditada al partido, que 'se adecue a las finalidades propuestas por el partido de la clase trabajadora y del gobierno' (…)" Göessel: Op. cit., p. 5.

91 "(…) llegaremos a las siguientes consecuencias, con respecto a la posición del defensor del principio del Estado de derecho:
a) El defensor debe apoyar o establecer en el proceso la posición del sujeto inculpado, en cuanto que controla los actos del poder penal, unilateralmente en favor del mandante, para asegurar su legalidad y justicia, y mediante determinados derechos procesales puede obtener la realización del derecho y de la justicia unilateralmente en favor de su cliente; esto condiciona su independencia con respecto al Estado.
b) Por otra parte, el defensor tiene la obligación de no impedir el desarrollo legal y justo del proceso penal, y ante todo, de no obstaculizar la indagación de la verdad de acuerdo con la ley y la justicia; y esto condiciona su independencia del cliente. Esto no lo obliga en modo alguno a indagar personalmente la verdad: y por lo tanto, no está obligado a poner a disposición del proceso penal pruebas concluyentes por él conocidas; su actividad tan solo se orienta a asegurar la justicia en favor de su cliente." Göessel: Op. cit., pp. 34 s.

92 Como si fuera el abogado defensor un fiscal más, afirma Hidalgo Murillo: "(…) Al abogado defensor interesa la verdad, aún en beneficio del mismo imputado. Si la pena tiene o debe tener un fin reavilitador (sic), no puede lograrse ese fin si no se logra comprender el por qué de una acción ilícita en el sujeto implicado (…)" Hidalgo Murillo: Op. cit., 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



dios y recursos lícitos para lograr la absolución o, cuando menos, una penalización baja. No está obligado a ofrecer prueba verdadera inculpante; le está vedado el ofrecimiento de cualquier prueba falsa; no debe fabricar la mentira que tiene derecho a pronunciar el acusado, pero debe aconsejarlo sobre ella para que no se hunda en su intento, para evitarle el ridículo o el señalamiento de inocentes[93].

#### 1.3.7.3 Derecho de intervención

El derecho de intervención en los distintos actos del proceso es tema que debe determinarse claramente, para evitar la lesión de derechos fundamentales del menor imputado. Pareciera no caber la menor discusión en tratándose de la fase plenaria del juicio oral, pero podría no ser pacífico en la fase de investigación[94] sobre todo en lo que se refiere a la participación en diligencias probatorias realizadas por el M.P., órgano encargado de esta etapa de acuerdo al art. 73 de la L.J.P.J.

La intervención activa en los actos de investigación realizados por el M.P. podría resultar fundamental para la defensa de un caso, pero igualmente la simple presencia representa un control a la actividad que ha de realizar el órgano requerente.

En tanto no conlleven un quebranto del procedimiento especial para menores, las pruebas admisibles son las mismas establecidas para el proceso penal de adultos[95]. Como regla general los actos de investigación del M.P. no tienen valor alguno, excepto que su carácter de "definitivo e irre-

[93] Cf. Hidalgo Murillo: Op. cit., p. 98.

[94] Dispone el art. 71 de la L.J.P.J.:
"Artículo 72. Fase de investigación.
Una vez establecida la denuncia, por cualquier medio, deberá iniciarse una investigación que tendrá por objeto determinar la existencia del hecho, así como establecer los autores, cómplices o instigadores. También se verificará el daño causado por el delito."

[95] Señala el art. 54 de la L.J.P.J.:
"Artículo 54. Medios probatorios.
Serán admisibles, dentro del presente proceso, todos los medios probatorios regulados en el Código Procesal Penal, en la medida en que no afecten los fines y derechos consagrados en esta ley. Las pruebas se valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

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



productible" implique su diligenciamiento de conformidad con el procedimiento de anticipo jurisdiccional de prueba[96]. Ya la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Constitucional se ha pronunciado al respecto en el caso Parini:

> "(…) la Fiscalía investiga con el fin de dar sustento a la actividad requirente, que debe desplegar frente al órgano jurisdiccional, con lo que NO (sic) se pretende sustituir la actividad probatoria del juicio, como ocurrió con las instrucciones sumaria y formal que regulaba el Código de Procedimientos Penales anterior; asimismo, es necesario entender que esta finalidad constituye un claro límite de la investigación, límite que no interesa superar porque los actos que realice el Ministerio Público no tendrán eficacia en otras etapas del procedimiento, salvo las limitadas excepciones que contempla el Código de Rito. Es así como la investigación permite al fiscal determinar los hechos que consignará en su acusación o en los que sustentará la solicitud de sobreseimiento; de igual forma, individualiza los elementos probatorios que habrá de ofrecerse al tribunal para ser recibidos durante el juicio, y que tienden a acreditar su acusación en la fase

[96] Definitivo e irreproductible es el acto que una vez verificado no puede repetirse y, en consecuencia, no se podrá producir en el debate.
Dispone el art. 276 del C.P.P.:
"Artículo 276.– Validez de las actuaciones.
No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproductibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura."
En este punto es menester aclarar que la única excepción que da validez a una diligencia de investigación realizada por el M.P. es la requisa, por contemplarlo así el art. 189 del C.P.P. No obstante, con argumentos que no puedo compartir, González sostiene que los actos realizados por órgano requeriente, válidos para el juicio oral, son los enumerados por el art. 334.b del C.P.P.; no obstante, esta posición ajena al garantismo permite que todas las diligencias de investigación –excepto la declaración del imputado– sean incorporadas al proceso por lectura, con lo que el juicio oral deja de ser tal y se convierte en la formalización y legitimación de una investigación privada, escrita, no contradictoria, sin inmediación y sin contradicción. Esta verbalización –que no oralidad– del proceso penal de adultos, rompe con el derecho a la publicidad garantizado por el art.14.1 del P.I.DD.CC.PP. Admitir la tesis de González en el proceso penal juvenil cuyo juicio oral no es público por razones de necesidad, dejaría al menor a merced del abuso de la policía, normalmente legitimado por el M.P. v.: González Álvarez, Daniel: El procedimiento preparatorio. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales, San José, 1996, pp. 547-614.

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



plenaria o de debate, momento procesal que brinda a plenitud las garantías que contempla el proceso penal, en protección de los derechos del imputado (…)"[97].

A pesar de no tener el menor valor para el debate, la intervención de la defensa –como se dijo– es un control a la actividad del M.P. para evitar el abuso. El ocultamiento de los actos, la falta de notificación o citación y, en términos generales, la desinformación de la defensa para evitar su intervención, además de constituir un delito por el que debe ser condenado el fiscal o responsable en el M.P.[98], torna defectuosa la actuación y debe quedar invalidada[99]. De aquí que los medios probatorios obtenidos en la etapa de investigación con quebranto del derecho a intervenir del imputado, son inadmisibles para el debate.

### 1.3.8 Principio del contradictorio

Hablar de contradictoriedad, de por sí, sugiere el enfrentamiento entre partes procesales. Se trata de la confrontación de intereses opuestos, introducidos al proceso mediante argumentos –expuestos verbalmente o por escrito– con los que cada parte pretende formar en el juzgador el criterio de fortaleza de su propia tesis y de debilidad de todas las demás.

Supuesto importante del contradictorio es conocer el razonamiento del contrario y las pruebas que lo sustentan, pues solo de esta manera es posible rebatir u oponerse adecuadamente[100]. Como se verá posteriormente, mediante la concertación

---

[97] Parini Segura vs. Juzgado Penal de Cañas. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, N° 1383-98, 13:30 hrs., 27-02-1998.

[98] Acerca del delito de abuso de autoridad, v.: art. 329 del C.P.

[99] Señala el C.P.P.:

"Artículo 178.– Defectos absolutos.
No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun deofición, los defectos concernientes:
a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley (…)"

[100] "(…) Es importante contemplar los argumentos y hechos contrarios, intentando co-

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



del debate se logra la imposición de los argumentos por todas las partes, por lo cual es posible el inmediato cuestionamiento u objeción. Impedir la contradictoriedad implica el quebranto a la inviolabilidad de la defensa y, en consecuencia, la posibilidad de recurrir en casación.

## 2. Alternativas a la justicia penal juvenil

De acuerdo a lo dicho acerca del principio del interés superior del menor y del subprincipio de adecuación (supra 3.A.2), el derecho penal juvenil –sustantivo e instrumental– debe tomar en consideración la personalidad del menor por encima del ius puniendi a fin de evitar que la administración de justicia se constituya en óbice para la reinserción social. Esta valoración de la personalidad del menor y el efecto adverso que sobre ella pueda tener el proceso penal, se encuentran detrás de las alternativas a la justicia desarrolladas a continuación.

Una concepción integral de las regulaciones incluidas en la L.J.P.J., supone que los principios rectores son la base de toda la normativa. Ello implica que la aplicación de criterios de oportunidad, de la conciliación o de la diversión, deben realizar tales principios inspiradores. Así, cualquier solicitud del M.P. o de la defensa, así como las resoluciones que al respecto dicten los tribunales, deben tener como fundamento la actuación de los principios rectores.

### 2.1 Criterios de oportunidad

En lo que respecta a la acción penal pública –de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la L.J.P.J..– debe subrayarse que el proceso penal juvenil se basa en el principio de obligatoriedad, de acuerdo al cual una vez conocida la notitia criminis por parte del M.P. debe echar a andar la mecánica procesal, con la finalidad de averiguar la verdad histórica, y, de ser el caso, lograr una sentencia condenatoria. No obstante lo anterior, el mismo

locarse en la posición de la contraparte –empresa, sindicato, funcionario público, etc.– para poder prever, argumentar y probar conforme a los razonamientos que aquella empleará probablemente en la respuesta. Si un punto o argumento adverso lo plantea la contraparte, y su tratamiento no estaba incluido en el propio escrito, lógicamente éste queda debilitado en la comparación (...)". Gordillo, Agustín: El método del derecho, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, p. 172.

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



texto legal establece criterios de excepción u oportunidad, en virtud de los cuales se exime al Fiscal de ejercer la acción penal pública[101, 102].

La prescindencia del ejercicio de la acción penal en algunos casos se explica por la pena innecesaria, o por razones meramente administrativas. Así, los fines perseguidos por las excepciones al principio de obligatoriedad son: (i) evitar la aplicación de la sanción penal cuando sean alcanzables por otros tratamientos (aplicados al menor) mejores resultados, (ii) descongestionar los tribunales de esos asuntos, y (iii) reducir el tiempo de respuesta del sistema penal ante otras situaciones de grave daño a los bienes jurídicos[103].

Antes de entrar a ver en detalle los distintos criterios de oportunidad establecidos por la L.J.P.J., es menester subrayar una desigualdad existente en relación con las consecuencias jurídicas de su aplicación de acuerdo a esta ley en comparación con el C.P.P.

De acuerdo a este último ordenamiento, el efecto jurídico de la aplicación de un criterio de oportunidad es la extinción de la acción penal[104], y con ello debe dictarse sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del imputado (adulto)[105]. Se evita así en forma

---

[101] v.: Tijerino Pacheco, José Mª: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, p. 91. Tiffer, Carlos: Ley de justicia penal juvenil comentada y anotada. Editorial Juritexto, San José, 1996, pp. 68-69. Armijo, Gilbert: Enfoque procesal de la ley penal juvenil, ILANUD, Escuela Judicial de Costa Rica, Unión Europea, San José, 1997, pp. 160 ss. Campos Zúñiga, Mayra y Cubero Pérez, Fernando: La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil, Escuela Judicial de Costa Rica, pp. 42 ss.

[102] Los dos primeros párrafos del art. 56 de la L.J.P.J. dicen en lo conducente:
"Artículo 56. Criterio de oportunidad reglado.
Los funcionarios del M.P. tendrán la obligación de ejercer la acción penal pública en los casos en los que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de esta Ley.
No obstante, podrán solicitar al Juez que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal; la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, cuando: (…)"

[103] v.: Tiffer: Ley…, p. 68. Maier, Julio: Derecho procesal penal argentino. Tomo I, Vol. B, Editorial Hammurabi, S.R.L., 2ª edición, Buenos Aires, 1989, pp. 557-558.

[104] En lo conducente dispone el art. 23 del C.P.P.:
"Artículo 23.– Efectos del criterio de oportunidad.
Si el tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso (…)"

[105] Deben relacionarse los arts. 30.d) con 311.d) del C.P.P.:
"Artículo 30.– Causas de extinción de la acción 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



definitiva el proceso penal, pues la firmeza de esta resolución produce res iudicata, de modo que al intentarse una nueva acción por los mismos hechos surge la excepción de non bis in idem[106]. En su caso, la L.J.P.J. establece la desestimación de la causa, traducida en la práctica en un simple archivo –por auto y no por sentencia– del que no deriva la cosa juzgada material, cuando se aplica un criterio de oportunidad a favor de un menor[107].

Es evidente la odiosa desigualdad de trato, en que el adulto tiene ventaja sobre el menor: ante la aplicación de una excepción a la obligatoriedad de la acción penal, aquel obtiene una sentencia de sobreseimiento definitivo; éste, en cambio, un simple archivo y la espera del plazo de prescripción de la acción para verse liberado de la persecución penal. Por ser evidente el quebranto constitucional, para evitar cualquier agravio a menores deben los tribunales aplicar directamente la norma fundamental del Estado (art. 33, principio de igualdad ante la ley), desaplicar –correlativamente– el art. 74.b) de la L.J.P.J. en cuanto ordena la desestimación del proceso por la aplicación de un criterio de oportunidad, y con base en los arts. 9 de la L.J.P.J., 30.d) y 311.d) del C.P.P., tener en estos casos por extinguida la acción penal y dictar el sobreseimiento definitivo[108].

---

La acción penal se extinguirá:
(…) d) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y formas previstos en este Código (…)"
"Artículo 311.– Sobreseimiento definitivo.
El sobreseimiento definitivo procederá cuando:
(…) d) La acción penal se ha extinguido (…)"

[106] Así se desprende del art. 313 del C.P.P.:
"Artículo 313.– Efectos del sobreseimiento definitivo.
Firme el sobreseimiento definitivo, cerrará irrevocablemente el procedimiento en relación con el imputado en cuyo favor se dicte, impedirá una nueva persecución penal por el mismo hecho y cesarán las medidas cautelares impuestas."

[107] La regulación de la L.J.P.J. en concreto es la siguiente:
"Artículo 74. Fin de la investigación.
Finalizada la investigación, el Fiscal del M.P. podrá solicitar:
(…) b) La desestimación del proceso, cuando considere que no existe fundamento para promover la acusación, que debe aplicarse un criterio de oportunidad o por cualquier condición objetiva o subjetiva de los hechos (…)".

[108] Con invocación del principio del interés superior del menor, en C.R. vs. González Méndez, el entonces Tribunal Superior Penal Juvenil de Goicoechea, hoy Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José, declaró extinguida la acción penal por la aplicación de un criterio de oportunidad. No comparto, salvo en su consecuente, los argumentos del tribunal: (i) Tal como fuera expuesto, el principio del interés superior del menor se refiere a la aplicación de las normas –sustantivas y procesales– como conse-

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



Los casos de excepción al principio de obligatoriedad de la acción penal pública en el proceso de menores, se encuentran taxativamente establecidos en el citado art. 56 de la L.J.P.J.., y en concreto son los siguientes:

### 2.1.1 Delito de bagatela o de insignificancia social

El texto prevé la causal cuando "(…) Se trate de un hecho que, por su insignificancia, lo exiguo de la contribución del partícipe o su mínima culpabilidad, no afecte el interés público (…)"[109].

2.1.1.1 Cabe destacar que la insignificancia del hecho, o bien su escasa relevancia social, no supone la ausencia de lesión a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, pues en tal caso la acción (sustantiva) devendría atípica por no verificarse el desvalor del acto, o no sería antijurídica por no haber desvalor de resultado; en cualquiera de estas dos hipótesis –sea cual sea la posición del intérprete– el sobreseimiento o la absolución sobrevendría de aplicar el principio de lesividad, según el cual no es delictiva la conducta que no cause daño o peligro para los bienes jurídicos protegidos[110, 111]. Este es un punto de encuentro importante en-

cuencia de una valoración de la personalidad del menor en el contexto del hecho delictivo, de tal forma que no obstaculicen su reinserción social. (ii) No existe en la L.J.P.J. una laguna con relación a los efectos de aplicación de un criterio de oportunidad, pues ella misma establece la desestimación de la causa; por ello resulta incorrecta la aplicación supletoria del C.P.P. C.R. vs. González Méndez: TRIBUNAL SUPERIOR PENAL JUVENIL, Goicoechea, N° 147-97, 16:25 hrs., 11-09-1997, Juez Rivero Sánchez.

[109] Art. 56.a), L.J.P.J. v.: Chirino Sánchez, Alfredo: A propósito del principio de oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho". En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996. Tijerino Pacheco: Op. cit., pp. 96-97. Maier: Op. cit., p. 559. El texto del art. 56.A), L.J.P.J. recoge prácticamente la letra del art. 22.a) del C.P.P., que solamente limita la aplicación de este criterio de oportunidad a los casos de delitos funcionales:

"Artículo 22.– Principios de legalidad y oportunidad.

…a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él (…)". (Se suple la letra cursiva).

[110] Reza el art. 14 de la L.J.P.J.:

"Artículo 14. Principio de lesividad.

Ningún menor de edad podrá ser sancionado si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado."

[111] Cf.: voto salvado del Juez Llobet a la sentencia del Tribunal Superior de Alajuela,

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



tre el derecho sustantivo y el derecho procesal que ha de realizarlo.

La insignificancia del hecho implica lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados, pero por el contexto social en que se produce o por la poca extensión de las consecuencias, la persecución penal pierde todo interés. Sin embargo, son los tribunales los llamados a determinar en cada caso, los criterios según los cuales un hecho es insignificante.

Una lesión de escasa entidad tornaría desproporcionada la reacción estatal con la simple persecución penal. He aquí otra manifestación del principio de proporcionalidad.

#### 2.1.1.2 Exigua participación del menor

En lo que hace a la reducida participación del menor en un hecho, no es posible dar una lista cerrada de reglas (numerus clausus) conforme a las cuales podría calificarse como exigua la contribución que hubiera dado el autor o coautores. A pesar de ello podemos ensayar un criterio causal: la mínima participación se determina cuando no hay un vínculo de causalidad entre la cooperación brindada y el resultado alcanzado por el autor. Para establecer tal relación causa-efecto debe aplicarse el método de la prognosis póstuma, de la siguiente forma: (i) Si reconstruidos mentalmente los hechos –con supresión del aporte del partícipe– el daño o lesión NO se produce, ello implica la existencia del vínculo causal entre cooperación y resultado, de donde no podría calificarse de mínima la participación y tampoco es aplicable el criterio de oportunidad. (ii) Pero si reconstruidos mentalmente los hechos –con supresión del aporte del partícipe– el daño o lesión SÍ se produce, ello implica la inexistencia del vínculo causal entre cooperación y resultado, en virtud de lo cual podría calificarse de mínima la participación y aplicarse el criterio de oportunidad.

Ejemplo número 1.– A es empleado de confianza de

Sección Tercera, Nº 283-95, de las 15,00 hrs. Del 15 de noviembre de 1995; citado por Campos y Cubero: Op. cit., pp. 92-93.

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



una licorera, en razón de lo cual tiene las llaves para abrir y cerrar el negocio y las cajas registradora y de seguridad. A decide sustraer el dinero de las ventas durante la noche, cuando el establecimiento se encuentra cerrado y no está presente el propietario B. A expone su plan a H (de dieciséis años de edad, hijo de la empleada doméstica de B y residente en la casa de éste) quien de inmediato le ofrece cooperación y le suministra un manojo de llaves de la puerta principal y de las cajas de la licorera. A toma las llaves y esa misma noche se apodera de ¢1.000.000,oo, correspondiente al dinero de las ventas.

Participación de H: Al aplicar la prognosis póstuma debe reconstruirse el hecho suprimiendo la cooperación que hubiera dado H, si a pesar de ello el resultado siempre se hubiera producido, la participación es mínima por no haber una relación causal entre la colaboración de H y el resultado. Así, en el ejemplo número 1, si H no hubiera entregado las llaves a A el resultado siempre se hubiera producido, porque éste era empleado de confianza y por ese motivo tenía las llaves para abrir y cerrar el negocio y las cajas registradora y de seguridad. De consiguiente, la participación de H es exigua y es posible aplicar al caso el criterio de oportunidad de comentario.

Ejemplo número 2.– L decide matar a J con arma de fuego. Para ello pide a M (de quince años de edad) un revólver calibre 25 que guarda clandestinamente. M entrega el arma a L y éste, de tres balazos, da muerte a J.

Participación de M: Al reconstruir mentalmente el hecho y suprimir la cooperación de M, es evidente que la muerte de J por arma de fuego no se hubiera consumado, de donde se concluye que hay un vínculo de causalidad entre la cooperación de M y el daño producido por L. De este modo queda claro que su participación no es exigua sino determinante y no es posible aplicar el criterio de oportunidad.

El criterio de oportunidad basado en la exigua participación del menor, es expresión también del principio de pro-

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



porcionalidad y del subprincipio de adecuación. Probablemente en casos de irrelevante cooperación en el delito, el proceso se constituiría en un medio con mayor poder deformante para el imputado que el mismo hecho delictivo.

#### 2.1.1.3 Mínima culpabilidad

Finalmente, cuando el art. 56.a) se refiere a la "mínima culpabilidad" del menor por el hecho realizado –ya en calidad de autor, ya en calidad de partícipe– el ordenamiento procesal fija una posición en relación con la normativa de fondo, en cuanto se adhiere a un concepto normativo de culpabilidad. La ponderación de la mínima o máxima culpabilidad por parte del juez, está íntimamente ligada a los conceptos de "exigibilidad" y de "conocimiento de la ilicitud". La carga de reproche está en función de cuanto sea exigible al agente actuar como el derecho esperaba y como podía materialmente hacerlo; pudiendo disminuirse y aun excluirse totalmente la exigibilidad, y con ella la culpabilidad, de acuerdo a las circunstancias que pueda valorar el tribunal. Establecida la exigibilidad, el reproche gravitará sobre el conocimiento de la ilicitud, elemento igualmente graduable por el criterio valorativo del juez, según la vencibilidad o invencibilidad del error (de prohibición) que pudo afectar la comprensión concreta de la antijuricidad del hecho realizado.

Así, el sistema penal se informa de la teoría normativa de culpabilidad, con lo que se potencia la independencia del Poder Judicial[112], en cuanto el Juez con criterio propio (jurídicamente hablando) debe emitir un juicio de valor acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del menor sometido a proceso. El concepto de culpabilidad psicológica, limitante de la independencia del Juez y por ende del Poder Judicial, implica tener por configurada la culpabilidad y como parámetro del reproche al dolo o la culpa con que actuara el agente, excluyendo cualquier criterio valorativo, con lo que el tribunal se encuentra atado al emitir sus juicios.

---

[112] La independencia del Poder Judicial, y por consiguiente de los jueces, está consagrada constitucionalmente:
"Artículo 154.– El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas en los preceptos legislativos."

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



Según quedó expuesto, la L.J.P.J.. descarta la culpabilidad psicológica cuyo parámetro de reprochabilidad recae, exclusivamente, en el dolo o culpa con que se hubiera actuado. A lo sumo sería aplicable la teoría psico-normativa, para la cual la exigibilidad se convierte en el eje del juicio de reproche. De cualquier modo, en tratándose de adultos, la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de Casación Penal desde 1992 asumió la teoría normativa de culpabilidad, y desde entonces estructura el delito con el dolo (dolus naturalis) y la culpa de tipo y los correspondientes errores de tipo (excluyente del elemento cognitivo del dolo) y de prohibición (excluyente –directa o indirectamente– del conocimiento de la ilicitud en la culpabilidad)[113]. Es obvio que en virtud del principio de igualdad[114], el juez independiente al servicio de la justicia penal de adultos debe serlo de todo el sistema y con ello también de la justicia penal juvenil.

### 2.1.2 Caso del informante o colaborador. ("El testigo de La Corona")

De acuerdo a los principios de protección integral, de interés superior y de reinserción social, es prioritario que el proceso y la sanción sirvan al menor para su formación y retorno a la vida social sin reincidir. Pero cuando el acusado ha vuelto a los cauces de la legalidad y ha cooperado con las autoridades, el proceso y la sanción resultan innecesarios y puede prescindirse de ellos.

Así, la L.J.P.J.. se refiere a la situación en que "(…) El menor de edad colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar la consumación o la perpetración de otros hechos, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o brinde información útil para probar la participación de otras personas (…)"[115]. Resulta obvio, pero debe

---

113 v.: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 446-F-92, ponente: Juez Houed

114 v.: art. 33, Constitución Política.

115 Art. 56.b), L.J.P.J. v.: Tijerino Pacheco: Op. cit., pp. 97-98. Maier: Op. cit., pp. 559-560. En este caso, es digno de apuntar, la L.J.P.J. tiene mayor amplitud que el C.P.P., en cuanto este último solamente permite la aplicación de un criterio de oportunidad al informante de ciertos delitos:
"Artículo 22.– Principios de legalidad y oportunidad.

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



aclararse de todas maneras, que la información suministrada por el menor debe ser voluntaria[116].

La ley deja un vacío en caso de información falsa por parte del menor, que no conduzca realmente a elucidar la investigación o a evitar otros delitos. Para colmar esta laguna debe aplicarse supletoriamente el C.P.P.[117], que dispone para estos casos una suspensión de la acción penal contra el informante (acción originaria) a las resultas de la acción producida por los datos suministrados por éste (acción derivada). Esta suspensión debe mantenerse hasta el vencimiento de los quince días posteriores a la firmeza de la sentencia relativa a la acción derivada, pues en caso de no satisfacer las expectativas por las cuales se suspendió la acción originaria, esta se reactivará en contra del informante[118].

### 2.1.3 Caso de la pena natural

Se da cuando "(…) El menor de edad haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave (…)"[119].

(…) b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la acción penal de la cual se prescinde resulte considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita (…)".

[116] Así Campos y Cubero: Op. cit., p. 92.

[117] Dice el art. 9 de la L.J.P.J.:
"Artículo 9. Leyes supletorias.
En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el Juez Penal Juvenil siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del C.P., en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley."

[118] v.: art. 23, C.P.P.

[119] Art. 56.c), L.J.P.J. v.: Tijerino Pacheco: Op. cit., p. 98. Maier: Op. cit., p. 559. Para el mismo caso, el C.P.P. aporta el criterio de proporcionalidad del castigo:
"Artículo 22.– Principios de legalidad y oportunidad.
(…) c) El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena (…)"
La valoración de proporcionalidad que exime al M.P. de la obligación de perseguir penalmente al adulto, por haber sufrido física o moralmente un daño, se encuentra –para el caso de menores– en la L.J.P.J. al concordar el art. 56.c) con el 25:
"Artículo 25. Principio de racionalidad y proporcionalidad.
Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido."

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



Además de lo dicho anteriormente en relación con los fines perseguidos y principios informadores de los criterios de oportunidad, en este caso debe advertirse la existencia de un sentimiento de humanidad en relación con el menor, que en el hecho ha perdido a un pariente (p.e.: hermano, hermana o ascendiente) la salud física o moral (p.e. la lesión recibida por la víctima que ejerció la legítima defensa).

#### 2.1.4 Caso de falta de interés en la pena

Se aplica este criterio cuando "(…) La sanción que se espera, por el hecho o infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la sanción ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones (…)"[120]. Casos que harían aplicable este criterio son p.e.: delitos cometidos en concurso material, cuando se ha juzgado sólo una parte de ellos e impuesto la pena máxima posible; se podría prescindir de la acción penal con relación a los hechos no juzgados, porque la eventual condenatoria no vendría a modificar la pena impuesta y en consecuencia no hay interés.

### 2.2 Conciliación

La conciliación es una forma alternativa a la justicia penal por la cual imputado y ofendido convienen en una fórmula satisfactoria para ambos, con lo que logran sus pretensiones mediante una negociación y no por medio de un juicio. Supone, como en la mayoría de los acuerdos en una interacción social, renuncia voluntaria de algunos extremos y consecución de otros[121], todo lo cual se traduce en la solución del conflicto[122].

---

[120] Art. 56.d) L.J.P.J. v.: Tijerino Pacheco: Op. cit., pp. 98-99. Maier: Op. cit., pp. 559-560. En forma similar es prevista esta situación por el C.P.P.:
"Artículo 22.– Principios de legalidad y oportunidad.
(…) d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva (…)"

[121] v.: Chaves Ramírez, Alfonso: La conciliación. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, p.173.

[122] "(…) Es una oportunidad que la Ley no puede privar sino más bien estimular, en el

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 problema de la procedencia de la conciliación es resuelto –aparentemente– por la L.J.P.J. mediante una remisión general al C.P.P.[123], y en virtud de ella es posible la conciliación cuando sea "admisible" en el proceso penal de adultos. Sin embargo, la admisibilidad en el C.P.P. se refiere a dos aspectos: (i) los casos posibles de conciliar y (ii) la oportunidad conciliatoria, todo ello regulado por el art. 36[124]. Es claro que la L.J.P.J. solamente remite al proceso penal de adultos en punto a los casos conciliables –lo que, como se verá, es intrascendente–, pues la oportunidad expresamente establecida es hasta antes de dictase sentencia de primera instancia[125] con la cual muere el poder conciliatorio.

Ahora bien, carece de importancia la determinación específica de los casos conciliables, porque dada la remisión al art. 36 del C.P.P., todas las causas penales juveniles (por contravenciones o por delitos) admiten la conciliación entre víctima e imputado. Veamos: (i) La conciliación en el proceso penal juvenil procede en los casos en que sea admitida en el proceso penal de adultos. (ii) En éste (art. 36, C.P.P.) es posible la conciliación, entre otros, cuando sea posible conceder la suspensión condicional de la pena[126]. Este último supuesto, en armonía con la L.J.P.J., debe interpretarse como la "ejecución condicional de la sanción de internamiento",

tanto que lo que se busca es que el conflicto surgido por el acto infractor sea solucionado breve y eficazmente, manteniendo el axioma de que la justicia penal debe ser utilizada como ultima ratio para la solución de los conflictos (…)" Tiffer: Ley…, p. 74. V. Además: Campos y Cubero: Op. cit., pp. 100 ss.

[123] Dispone la L.J.P.J.:
"Artículo 64. Procedencia.
La conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos."

[124] Establece, en lo que interesa, el art. 36 del C.P.P.:
"Artículo 36.– Conciliación.
En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio (…)"

[125] El art. 62 in fine de la L.J.P.J. establece:
"Artículo 62. Convocatoria.
(…) Podrá llegarse a un acuerdo de conciliación en cualquier otra etapa del proceso, en tanto no se haya decretado la resolución definitiva en primera instancia."

[126] De conformidad con lo dispuesto por el C.P., la condena de ejecución condicional de la pena puede concederse cuando la pena de prisión o extrañamiento no exceda de tres años, además de algunas valoraciones que hará el tribunal sobre la personalidad del condenado, así en su conducta anterior como en su comportamiento posterior al delito. Concretamente, v.: arts. 59, 60 y 61 de ese cuerpo legal.

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



regulada por el número 132 de ese ordenamiento. (iii) De acuerdo a los requisitos establecidos para otorgar este beneficio al menor[127] es posible concederlo en todos los casos en que se imponga sanción privativa de libertad[128], de donde deriva que la conciliación en el proceso penal juvenil procede en todas las causas.

Esta conclusión preliminar es importante, por cuanto da mayor amplitud a las alternativas a la justicia penal y da opciones al menor siempre que sea acusado por cualquier hecho.

En cuanto a los interventores en la conciliación, hay dos categorías: (i) Los interventores esenciales, reducidos a la víctima o su representante –eventualmente asesorados por el M.P.[129]– y el imputado con su defensor, aunque este último no sea mencionado

---

[127] Reza el art. 132 de la L.J.P.J.:

"Artículo 132. Ejecución condicional de la sanción de internamiento.
El Juez podrá ordenar la ejecución condicional de las sanciones privativas de libertad, por un período igual al doble de la sanción impuesta, tomando en cuenta los siguientes supuestos: a) Los esfuerzos del menor de edad por reparar el daño causado. b) La falta de gravedad de los hechos cometidos. c) La conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del menor de edad. d) La situación familiar y social en que se desenvuelve. e) El hecho de que el menor de edad haya podido constituir, independientemente, un proyecto de vida alternativo.
Si durante el cumplimiento de la ejecución condicional, el menor de edad comete un nuevo delito, se le revocará la ejecución condicional y cumplirá con la sanción impuesta."

[128] "(…) Es importante resaltar que para el otorgamiento de la ejecución condicional de la sanción de internamiento no se ha fijado ningún límite (sic) referente a la personalidad o antecedentes de comisión de delitos anteriores, de ahí que puede otorgarse en todo caso, independientemente del monto de la pena (…)" (sic). Tiffer: Ley…, p.125. Cf. con Campos y Cubero: Op. cit., pp. 108-110.

[129] Dispone, en lo que interesa, el art. 62 de la L.J.P.J.:
"Artículo 62. Convocatoria.
(…) Si el ofendido no tiene asesoramiento y quiere participar en la audiencia de conciliación, el M.P. le asignará un asesor (…)".
(…) La ley indica que si el ofendido quiere participar y no tiene asesoramiento, 'el M.P. le asignará un asesor' ¿Significa esto que el M.P. debe tener un grupo de asesores especialistas en mediación, de los cuales se le asignará uno al ofendido? ¿O es el propio representante del M.P., entiéndase como 'Fiscal o Agente Fiscal', quien tendrá el carácter de asesor? Partiendo de la función propia del fiscal, ¿puede existir un fiscal conciliador?
Siguiendo la estructura organizativa actual del M.P., la segunda hipótesis es la aplicable. Es el propio representante del M.P., quien atendiendo los intereses del ofendido, le corresponde dar la correcta asesoría en el caso concreto (…)" Campos y Cubero: Op. cit.. p. 102.

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



expresamente en la regulación correspondiente de la L.J.P.J.[130]. Y (ii) los interventores accidentales, legitimados en la L.J.P.J. como es el caso de los padres del menor imputado, o sus tutores o encargados, o el representante del Patronato Nacional de la Infancia[131]; y los legitimados por el C.P.P., como son los asesores especializados y amigables componedores[132].

Aunque para estructurar la exposición se hubiera clasificado a los padres y tutores como interventores accidentales en la conciliación, ciertamente su papel es importante porque esta diligencia no es ajena al carácter en formación del menor bajo proceso, amén de la necesidad de su presencia como un apoyo en la discusión de los aspectos de orden civil[133].

El juez tiene una intervención activa en cuanto debe instar la conciliación, aprobar los acuerdos –si los hubiere– y homologarlos insertándolos en un acta con el detalle de todas las condiciones de cumplimiento (modo, tiempo y lugar)[134]. Los términos de con-

---

130 Dice el art. 61 de la L.J.P.J.:
"Artículo 61. Partes necesarias.
La conciliación es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el menor de edad, quienes serán las partes necesarias en ella."
Sobre la participación del defensor, v.: Campos y Cubero: Op. cit., p. 103.

131 Dispone el art. 63 de la L.J.P.J.:
"Artículo 63. Otros participantes.
A la audiencia podrán asistir los padres, tutores o encargados del menor de edad, lo mismo que el representante del Patronato Nacional de la Infancia."

132 Establece, en lo conducente, el párrafo tercero del art. 36 del C.P.P.:
"Artículo 36.– Conciliación.
(…) Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor (…)".
Esta regulación del C.P.P. se aplica supletoriamente al proceso penal juvenil (art. 9, L.J.P.J.).

133 En ese sentido, v.: Tiffer: Ley…, p. 75.

134 En lo que interesa, dispone el art. 65 de la L.J.P.J.:
"Artículo 65. Acuerdos y acta de conciliación.
Presentes las partes y los demás interesados, deberá explicárseles el objeto de la diligencia. El Juez deberá instar a las partes a conciliarse y buscar un arreglo al conflicto planteado. Luego se escucharán las propuestas del menor de edad y del ofendido.
Si se llega a un acuerdo y el Juez lo aprueba, las partes firmarán el acta de conciliación. Pero de no haberlo, se dejará constancia de ello y se continuará con la tramitación del proceso.
En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, el plazo para su cumplimiento y el deber de informar al Juez sobre el cumplimiento de lo pactado (…)".

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



formidad de las partes deben respetar los principios rectores de la justicia penal juvenil[135] y son un parámetro importante para acoger o rechazar judicialmente el pacto conciliatorio; pero además, los criterios de desaprobación establecidos por el C.P.P. entran a jugar de modo supletorio, tal es el caso de la iniquidad o la coacción[136].

Finalmente, en lo que respecta a los efectos de la conformidad deben señalarse tres situaciones: (i) En tanto son cumplidos los acuerdos, la acción penal y el término de prescripción se interrumpen[137]. (ii) Caso de incumplimiento por el menor, se reactiva el proceso en su contra[138]. Y (iii), de cumplirse con el pacto conciliatorio, se termina el proceso y –dice la L.J.P.J.– se ordena su archivo[139]; como se verá, ésta no es la resolución jurídica que ha de dictarse.

Hay aquí otra desigualdad de tratamiento odiosa, entre el adulto y el menor. Ante la figura de la conciliación aquel obtiene una sentencia de sobreseimiento definitivo, éste, en cambio, un simple archivo que no causa res iudicata[140], lo que lo obligará a

---

135 V.: art. 7, L.J.P.J.

136 En el párrafo quinto del art. 36 del C.P.P., se lee lo siguiente:
"Artículo 36.– Conciliación.
(…) El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza (…)"

137 En lo conducente reza el art. 65 de la L.J.P.J.:
Artículo 65. Acuerdos y acta de conciliación.
(…) El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo."

138 Dispone el art. 66 de la L.J.P.J.:
"Artículo 66. Incumplimiento del acuerdo de conciliación.
Cuando el menor de edad incumpla, injustificadamente, las obligaciones pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento deberá continuar como si no hubiera existido conciliación."

139 Dice el art. 67 de la L.J.P.J.:
"Artículo 67. Cumplimiento del acuerdo de conciliación.
Cuando el menor de edad cumpla con las obligaciones pactadas en la audiencia de conciliación, el Juez dictará una resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive."

140 En contra Campos y Cubero: Op. cit., p. 106; para quienes, la resolución que ordena el archivo de la causa, ante el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios, produce cosa juzgada material. Esta posición encuentra su punto débil en el hecho de que la L.J.P.J. no dice en cuanto a la eficacia de las resoluciones, de modo que debe acu-

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



esperar que corra el plazo de prescripción de la acción para verse liberado de la persecución penal. Hay otra violación constitucional evidente. Igual que se aconsejó para los criterios de oportunidad (supra), a fin de evitar cualquier agravio a menores, deben los tribunales aplicar directamente la Constitución Política (art. 33, principio de igualdad ante la ley), desaplicar el art. 67 de la L.J.P.J. en cuanto ordena el archivo del proceso ante el cumplimiento del pacto conciliatorio, y con base en los arts. 9 de la L.J.P.J., 30.k) y 311.d) del C.P.P., tener en estos casos por extinguida la acción penal y dictar el correspondiente sobreseimiento definitivo.

### 2.3 Diversión ("diversificación")

La diversión ("diversificación"), o suspensión del proceso a prueba, es la reserva de la acción penal por un tiempo determinado –que no podrá exceder de tres años[141]– por los tribunales, durante el cual el menor imputado debe cumplir con alguna orden de orientación y supervisión establecida en la L.J.P.J., todo con la finalidad de demostrar su capacidad de vivir en sociedad sin delinquir. Cabe la aplicación de esta figura cuando sea posible conceder el beneficio de ejecución condicional de la sanción, y, como éste es otorgable en todos los casos de acuerdo al criterio expresado anteriormente (supra, 4.B), es claro que la diversión procede, también, en todas las causas[142].

---

dirse –por su carácter supletorio– al C.P.P., que dispone en el art. 141 que los tribunales "(…) Dictarán sentencia para poner término al procedimiento; providencias, cuando ordenen actos de mero trámite y autos, en todos los demás casos (…)"; y el art. 313 de este ordenamiento establece que el sobreseimiento definitivo "(…) cerrará irrevocablemente el procedimiento (…)", de modo que es una sentencia productora de res iudicata en tanto la resolución de archivo es un simple auto que no cierra el proceso.

[141] Dispone, en lo conducente, el art. 90 de la L.J.P.J.:
"Artículo 90. Resolución que ordena suspender el proceso.
La resolución que ordene suspender el proceso a prueba deberá contener: (…) c) La duración del período de prueba, que no podrá exceder de tres años (…)"

[142] Establece el art. 89 de la L.J.P.J.:
"Artículo 89. Suspensión del proceso a prueba.
Resuelta la procedencia de la acusación, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar la suspensión del proceso a prueba, en todos los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción para el menor de edad.
Junto con la suspensión del proceso a prueba, el Juez podrá decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en esta ley. Esta suspensión interrumpirá el plazo de la prescripción."
Acerca de la posibilidad de conceder la diversión en todos los casos, v.: Armijo: Op. cit., p. 33. Cf.: Campos y Cubero: Op. cit., 108-110.

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



Según lo establecido por el art. 121.b) de la L.J.P.J., el Juez Penal Juvenil puede imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:

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 y 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.

7. 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.

La finalidad de la diversión es la de administrar correctivos para el menor, procurando con ello su reeducación por medio de reguladores de su actividad[143]. Es clara la intención de alcanzar el objetivo del derecho penal con relación al imputado, por vías distintas a la privación de libertad.

Una vez otorgada la suspensión del proceso a prueba, el plazo de prescripción de la acción penal se "interrumpe", esto es comienza a correr nuevamente. Se apunta aquí una diferencia con el proceso penal de adultos, en cuanto este "suspende" el plazo de prescripción de la acción penal mientras corra el término de la diversión[144].

---

[143] En ese sentido, v.: Tiffer: Op. cit., p. 90.

[144] Preceptúa el art. 34 del C.P.P. en lo que interesa:
"Artículo 34.– Suspensión del cómputo de la prescripción.
El cómputo de la prescripción se suspenderá: (…) e) Cuando se haya suspendido el ejercicio de la acción penal en virtud de un criterio de oportunidad o por la suspensión del proceso a prueba y mientras duren esas suspensiones (…)".

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 incumplirse las condiciones en forma "injustificada", se revoca la diversión y se reactiva el proceso[145]; aunque la ley no lo diga, deberá darse audiencia al imputado y, de ser el caso, evacuar la prueba que ofrezca para justificar su comportamiento.

Caso de cumplir con las condiciones, dispone la L.J.P.J. la terminación y archivo de la causa. No obstante, debe reiterarse lo dicho con relación a los criterios de oportunidad y a la conciliación, acerca de tener por extinguida la acción penal y dictar una sentencia de sobreseimiento (supra). De lo contrario se daría otra desigualdad con relación al proceso penal de adultos, quienes –de cumplir las condiciones de la diversión– tienen derecho al sobreseimiento definitivo productor de la cosa juzgada material. De la misma manera que se aconsejó para los criterios de oportunidad y la conciliación, a fin de evitar cualquier agravio a menores, deben los tribunales aplicar directamente la Constitución Política (art. 33, principio de igualdad ante la ley), desaplicar el art. 92 de la L.J.P.J.[146] en cuanto ordena el archivo del proceso ante el cumplimiento de las órdenes de orientación y supervisión, y con base en los arts. 9 de la L.J.P.J., 30.f) y 311.d) del C.P.P., tener en estos casos por extinguida la acción penal y dictar el correspondiente sobreseimiento definitivo[147].

---

[145] Señala el art. 91 de la L.J.P.J.:
"Artículo 91. Incumplimiento de condiciones fijadas para suspender el proceso a prueba.
De oficio o a solicitud de parte, el Juez revocará la suspensión del proceso a prueba y ordenará continuar con los procedimientos, cuando constate el incumplimiento injustificado de cualquiera de las condiciones por las cuales se ordena la suspensión."

[146] Establece el art. 92 de la L.J.P.J.:
"Artículo 92. Cumplimento de las condiciones fijadas para suspender el proceso a prueba.
Cuando el menor de edad cumpla con las obligaciones impuestas en la resolución que ordena suspender el proceso el Juez dictará una resolución que las apruebe, dará por terminado el proceso y ordenará archivarlo."

[147] Sobre este particular, Campos y Cubero hacen el siguiente comentario: "(…) Distinto a lo que ocurre en la conciliación, la Ley Penal Juvenil, no considera que el cumplimiento de las medidas de orientación y supervisión (suspensión del proceso a prueba), extingue la acción penal y por ende, no crea cosa juzgada. Pese a que la ley es omisa sobre el efecto de la misma, a nuestro entender, el efecto sería el mismo, ya que admitir lo contrario, sería vulnerar el principio non bis in idem, previsto en el artículo 18 de la misma ley (…)". Campos y Cubero: Op. cit., p. 111. La distinción que, aparentemente, los autores encuentran en el efecto regulado para conciliación y para la diversión, no tiene mayor significado pues los arts. 67 y 91 de la L.J.P.J. disponen en ambos casos dar por terminado el asunto y archivarlo; caso de cumplimiento de los acuerdos conciliatorios, la ley no prevé la producción de res iudicata.

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 poco tiempo de vigencia de la L.J.P.J., que introdujo al ordenamiento jurídico la diversión ("diversificación"), entre otros institutos novísimos en nuestro medio, ya se ha formulado alguna observación importante y, por la seriedad de sus autores, es digna de exponer.

### 2.3.1 Crítica de Campos y Cubero

A diferencia de la diversión para adultos, la L.J.P.J. no exige la previa aceptación de cargos por el menor como requisito para suspender a prueba el proceso. Con relación a esto han dicho Campos y Cubero:

> "(…) La ausencia de este requisito, aunado a la obligación del juez de describir los hechos, su calificación y la posible sanción, hace cuestionable la constitucionalidad de dicho procedimiento.
>
> "Por ello, somos del criterio que esa valoración 'previa' podría constituir un 'adelanto de criterio', una especie de determinación de la 'culpabilidad sin juicio' (…)"[148]

Para responder debemos hacer una aclaración acerca de la diversión como alternativa a la justicia penal de adultos que requiere la "aceptación de los cargos" –que no la confesión– por parte del imputado[149]. Este requisito podría cumplirse con un memorial breve en que solamente se diga "admito los cargos", sin que deba realizarse un relato detallado de los hechos; sin embargo, si el imputado rinde una declaración minuciosa no hay inconveniente, excepto por lo dicho a continuación. Sin embargo, sea cual sea la forma como se trate de llenar esta exigencia de la ley, la verdad es que causará al imputado (adulto) un grave daño en caso de no aceptarse la solicitud de suspensión a prueba o que sea revocada por el incumplimiento de las condiciones, y por mucho que se diga que en estas hipótesis la aceptación de cargos debe ser ignorada, los jueces son de carne y hueso y no podrán, emocionalmente, sustraerse a los elementos de juicio aportados por el acusado. Por otra parte, en asuntos de resonancia la prensa no podrá comprender cómo después de una aceptación de cargos o de una confesión,

---

[148] Campos y Cubero: Op. cit., p. 111.

[149] En lo que interesa, dispone el art. 25 del C.P.P.:
"Artículo 25.– Procedencia.
(…) Para el otorgamiento del beneficio será condición indispensable que el imputado admita el hecho que se le atribuye (…)"

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



los tribunales deban ignorar lo que hubiera dicho el imputado. De este modo, es claro, la admisión de cargos expone a un grave perjuicio al imputado, de donde deriva su inconveniente introducción en el proceso de menores[150].

### 2.3.2 Crítica de Armijo

En forma similar, pero sumando otras razones, Armijo subraya:

> "(…) A pesar de que las medidas son menos gravosas que una posible condena a prisión, lo cierto es que significan una sanción e implican, a la vez, un menoscabo de sus derechos constitucionales a la libertad de tránsito, educación, habitación, etc., sin que se haya demostrado previamente su culpabilidad (…) Consideramos que en estos casos debería ser declarada inconstitucional la facultad del Juez Penal Juvenil de suspender el proceso a prueba porque implica imponerle una sanción (llámese orden de orientación y supervisión Arts. 90 inciso b. y 121 inciso b. LJPJ) sin que haya prueba suficiente de su culpabilidad (…) Diverso es aquel caso en el que el proceso se suspende, aunque el menor no haya admitido el hecho que se le atribuye, porque el juez utiliza otros elementos de prueba que indudablemente lo señalan como autor del delito que se le imputa (…) Por último, creemos pertinente afirmar que el Estado no renuncia por este medio a la pena, pues ésta es un presupuesto de la suspensión del proceso (art. 90 inciso b. LJPJ); lo único que se deja de realizar, por un criterio de economía en los procedimientos (criterio operativo de derecho 'económico'), es el juicio oral (…)"[151].

Armijo concibe la diversión ("diversificación") como una especie de procedimiento abreviado, en virtud del cual se impo-

---

[150] En este sentido la siguiente cita: "Lo expuesto no significa que estemos de acuerdo con exigir como requisito de la suspensión del proceso a prueba, la confesión, pues en muchos casos puede ser que el menor sea compelido a admitir la acusación, y lo cual es fatal para él cuando el juez no acoge la sugerencia del fiscal o el menor no cumple las órdenes de orientación y por eso se sigue el procedimiento con el objetivo de elevar la acusación, o bien de volverlo a iniciar. En estos casos, aunque el art. 25 NCPP señale expresamente que esa admisión del hecho no debe valorarse, es difícil excluirla de la consciencia de aquellos que tuvieron conocimiento del hecho." Armijo: Op. cit., p. 34, n. 30.

[151] Armijo: Op. cit., pp. 34-35.

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



ne una sanción penal prescindiendo de la celebración del juicio oral y público, de donde hay una diferencia con relación a quienes concebimos la suspensión del proceso a prueba como una alternativa a la justicia penal[152], y las condiciones de la diversión como correctivos u orientadores de la vida del imputado y no como sanciones. Si la suspensión del procedimiento a prueba tuviera el carácter declarativo de culpabilidad, la reactivación del proceso en caso de incumplimiento de las condiciones devendría inconstitucional por ser una doble persecución. Sin embargo, no es la suspensión del proceso a prueba un proceso abreviado en el que se declara la culpabilidad del imputado, sino una alternativa a la justicia penal.

Pero es aceptable la observación en punto a la inconveniencia de que el Juez Penal Juvenil, ex officio, pueda suspender el proceso a prueba, pues la iniciativa de buscar una opción a la justicia penal debería originarse en los interesados; en el caso de la diversión en el menor como lo hace el imputado en el proceso penal de adultos[153]. La defensa del menor, o este mismo, tiene derecho a decidir si asume la posibilidad del juicio oral y lograr la absolución.

[152] v.: Houed Vega, Mario: La suspensión del proceso a prueba. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

[153] Señala el párrafo primero del art. 25 del C.P.P.:
"Artículo 25. Procedencia.
En los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba (…)"

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: El derecho penal de menores. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1990.

Armijo, Gilbert: Enfoque procesal de la ley penal juvenil. Escuela Poder Judicial de Costa Rica, San José, 1997.

Bettiol, Giuseppe: Instituciones de derecho penal y procesal. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977.

Binder, Alberto M.: Introducción al derecho procesal penal. AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, 1993.

Bauman: Derecho procesal penal. Conceptos, fundamentos y principios procesales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986

Campos Zúñiga, Mayra y Cubero Pérez, Fernando: La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil. Escuela Poder Judicial de Costa Rica, San José, 1997.

Chávez Ramírez, Alfonso: La conciliación. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Chávez Solera, Carlos Alberto e Hidalgo Murillo, José Daniel: Temas de derecho procesal penal. Editec-Editores, S.A., San José, 1992.

Chirino Sánchez, Alfredo: A propósito del principio de oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho". En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Cruz, Fernando: La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. ILANUD, San José, 1989.

Dall'Anese, Francisco: La respuesta del sistema penal. En "Sistemas penales y derechos humanos", Unión Europea, CONAMAJ, Asociación de Ciencias Penales, San José, 1977.

Dall'Anese, Francisco: La teoría de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional y penal. En "La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho", EUNED, San José, 1996.

Göessel, Karl Heinz: El defensor en el proceso penal, TEMIS, Bogotá, 1989.

González Álvarez, Daniel: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En la revista "Ciencias Penales", Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio de 1993, año 5, N° 7.

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



González Álvarez , Daniel: El procedimiento preparatorio. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales, San José, 1996.

González-Cuéllar Serrano, Nicolás: Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial COLEX, Madrid, 1990.

Gordillo, Agustín: El método del derecho. Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995.

Hidalgo Murillo, José Daniel: Introducción al código procesal penal. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 1998.

Houed Vega, Mario: La suspensión del proceso a prueba. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Houed, Mario A.; Sánchez, Cecilia y Fallas, David: Proceso penal y derechos fundamentales, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1997.

Lorca Navarrete, Antonio María: El proceso español del menor, Editorial Dykinson, Madrid, 1993.

Llobet Rodríguez, Javier: Medidas de coerción que afectan la libertad personal. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Llobet Rodríguez: La prisión preventiva (límites constitucionales), Universidad para la Cooperación Internacional, San José, 1997.

Llobet Rodríguez, Javier: La prisión preventiva y sus sustitutivos. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Maier: Julio: Derecho procesal penal argentino. Tomo I, Vol. B, Editorial Hammurabi, S.R.L., 2ª edición, Buenos Aires, 1989.

Montero Aroca, Juan: Principios dell proceso penal. Tirant lo blanc, Valencia, 1997.

Mora, Luis Paulino: Los principios fundamentales que informan el código procesal de 1998. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación de Ciencias Penales, San José, 1996.

Tiffer, Carlos: Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. Informe presentado al "Seminario Justicia Penal Juvenil: Privación de libertad y alternativas", San Salvador, El Salvador, 12-14 de noviembre de 1997.

Tiffer, Carlos: Ley de justicia penal juvenil comentada y anotada Editorial Juritexto, 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



Tijerino Pacheco, José Mª: El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En "Reflexiones sobre el nuevo proceso penal", Corte Suprema de Justicia y Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

Vargas Carreño, Edmundo: Introducción al derecho internacional, Editorial Juricentro, San José, 1979.

Vega Torres, Jaime: Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. La Ley, Madrid, 1993.

Viñas, Raúl Horacio: Delincuencia juvenil y derecho penal de menores. EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1983.

Zúñiga Morales, Ulises: Jurisprudencia de la Sala Constitucional. El debido proceso y derecho de defensa. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, s.f.

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