

LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

EL CASO DE COSTA RICA

Rita Maxera

Introducción

El presente trabajo parte de la constatación de que los menores de edad son sujetos del derecho penal a través de las leyes especiales en la materia.

Por ese motivo, deben gozar de las mismas garantías que los adultos, consagradas en las legislaciones internacionales y nacionales, además de aquéllas que les corresponden por su especial condición. Sin embargo, no creemos que con el simple agregado de las garantías en la mayoría de las legislaciones vigentes se solucione la problemática del menor infractor.

Partiendo de la concepción del menor como sujeto de derecho y no como objeto de "protección", debe plantearse un nuevo modelo de justicia penal de menores, al que se ha denominado "modelo de justicia" y cuyas características serán las siguientes¹:

1. Un mayor acercamiento a la justicia penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.
2. Refuerzo de la posición legal de los jóvenes.
3. Una mayor responsabilidad de los mismos.
4. Limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia.
5. Una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos. Reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad.
6. Una mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad.
7. Conservar para los jóvenes los principios educativos que en "teoría" han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor).

Realizamos en primer lugar un análisis de las garantías básicas de fondo, procesales y de ejecución, a la luz de los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, analizamos la normativa costarricense a la luz de esos principios.

El estudio es puramente normativo, por lo cual debe completarse con el análisis de la realidad del problema.

II. Las garantías de fondo, procesales y de ejecución en los instrumentos internacionales

1. Quién es sujeto del derecho penal especial de menores

No existe un criterio claro sobre esta situación.

En la mayoría de los ordenamientos dentro del ámbito del derecho privado, la minoridad se configura como incapacidad de actuar, al igual que la ausencia de capacidad cognoscitiva y volitiva causada por motivos de salud. Casi todas las legislaciones latinoamericanas fijan la mayoría a los 18 años, edad coincidente con la edad requerida para emitir el sufragio.

Sin embargo, en general en el ámbito penal, la capacidad de reproche no coincide en los países con la mayoría civil.

Consideramos conveniente fijar una sola edad, para todos los efectos jurídicos en el ámbito del derecho público y del derecho privado. Expresa Zaffaroni ²: "No resulta lógico que una sociedad exija deberes y responsabilidad antes que reconozca derechos".

Debe también fijarse una edad mínima debajo de la cual "la justicia no debería intervenir nunca, aún en el caso de tratarse de autores de delitos graves". ³

No existe consenso sobre esa edad mínima. Es necesario tener en cuenta que el menor que sobrepase ese tope tendrá que ser considerado responsable judicialmente, por lo tanto, esa edad tendrá que ser compatible con un desarrollo adecuado para asumirla.

1.1 Determinación del sujeto del derecho penal especial de menores

La Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 1 inc. 2 se refiere a la protección de toda persona, al decir que

"para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"

En el art. 4 inc. 5, entiende por menor al que tuviere menos de 18 años, expresando que

"no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de 18 años de edad o más de 70 ..."

La Convención Internacional de los derechos del niño en el art. 1 establece:

"para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

En el art. 37 inc. a) reitera esa edad.

En el art. 40 inc. 3 b) establece que los Estados parte tomarán las medidas para

"el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) en el art. 2 inc. 2.2. a) dicen que

"menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto".

Las mismas reglas de Beijing, en el comentario que sigue al artículo citado dicen que

"corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínimas y máximas a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económicos, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros".

2. Garantías Sustantivas

Estos principios (de culpabilidad, de legalidad y de humanidad) tienen, en los países de la región, rango constitucional.

2.1 Principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa)

Este principio significa "que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad)"⁴.

El "derecho penal de culpabilidad" debe completarse, para mayor garantía, con el concepto de "culpabilidad por el hecho", que es el único respetuoso de los derechos humanos. Entendemos por culpabilidad por el hecho aquél principio que se opone a la "culpabilidad de autor", lo que significa que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo.⁵

La investigación realizada por Enrique Bacigalupo titulada "Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal en América

Latina" ⁶, pone de manifiesto que la mayoría de los sistemas de nuestra región responden al modelo de culpabilidad de autor.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en el art. 8 inc. 2 la presunción de inocencia, la que se deriva del principio de culpabilidad, diciendo que

"toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, - en el mismo sentido que la Convención Americana - consagra la presunción de inocencia en el art. 40 inc. 2 i).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 2.2.c) dicen que

"menor delincuente es todo joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito"

En lo referente a la proporcionalidad entre culpabilidad y sanción en el art. 5 inc. 1 establece que

"el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito"

En el comentario al artículo, las Reglas expresan que "el segundo objetivo es el principio de la proporcionalidad", principio que consideramos también derivado del de culpabilidad.

2.2 Principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege)

"Sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal". Este principio implica, además, para la mayoría de los autores contemporáneos, la prohibición de la interpretación analógica, la prohibición de la creación de tipos penales por medio del derecho consuetudinario y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal.

Es una característica de las leyes tutelares de menores referirse por un lado a la calificación de las infracciones por medio de las conductas tipificadas en los códigos penales, y por otro, ampliar la competencia de los jueces a otros comportamientos no tipificados que puedan considerarse problemáticos, con lo cual, el principio de legalidad pierde vigencia. Sería importante en este punto, lo siguiente: "enjuiciar al menor sólo por hechos constitutivos de delitos, pero no por todos los hechos constitutivos de delitos para los adultos. Especialmente en este campo tendrá que entrar en juego el principio de oportunidad que supone la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o

las específicas condiciones del menor hagan innecesaria o perjudicial, para su desarrollo psicoeducativo la adopción de cualquier tipo de sanción".⁸

En lo referente a la legalidad de las medidas, en este punto en materia de menores, es correcto que se manejen una serie de alternativas, pero teniendo en cuenta que su aplicación debe basarse en la gravedad del delito y en las condiciones personales del menor, tomando en cuenta la finalidad educativa de las mismas. De donde se derivará que la privación de libertad será excepcional, y siempre como último recurso. En este sentido Giménez Salinas y González Zorrilla sostienen que "adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de adolescentes y jóvenes, supone contar con un catálogo de sanciones (siempre determinadas en el tiempo), amplias, flexibles, dotadas de contenido educativo y susceptibles de ser llevadas a cabo en el propio medio del menor; supone por último estimular y potenciar la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas, a fin de lograr limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes".⁹

El art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostiene que

"nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve el delincuente se beneficiará de ella".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el art. 37 inc. b) dispone que

"Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

En el art. 40 inc. 2 a) se establece

"Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estén prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron".

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 2 inc. 2 b) se define

"delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate"

En el art. 17 inc. 1 b) de las mismas Reglas se dice que

"las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible"

Luego, en el art. 17 inc. 1 c) dicen que

"Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada"

En el art. 18 inc. 1, se establece que

"para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes

- a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras órdenes de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos educativos;
- h) otras órdenes pertinentes"

En el comentario de las mismas Reglas a este artículo se dice que

"los ejemplos citados en la regla 18.1 tiene en común, ante todo, el hecho de que se basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la realidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que presten servicios de base comunitaria".

En el art. 19 se establece que

"el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible".

2.3. Principio de humanidad

Este principio según Jescheck ¹⁰ impone que todas las relaciones humanas que el derecho penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una disposición a la ayuda y asistencia y de una decidida voluntad de recuperación del condenado. De este principio se deriva la abolición de las penas crueles y degradantes, y en el caso específico de los menores, la prohibición de la pena de muerte.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 4 inc. 5 establece que

"no se impondrá la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años de edad o más de 70.... "

En el art. 5 inc. 2 se dice que

"nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el art. 37 inc. a) se dice que

"ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad".

En el inc. e) del mismo artículo, se dice que

"todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas salvo en circunstancias excepcionales".

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 1 inc. 4 se establece que

"la justicia de menores se ha de concebir como una parte importante del proceso de desarrollo de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad".

Las mismas Reglas en el art. 17 inc. 2 dicen que

"Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital".

Y en el mismo art. inc. 3 se establece que

"Los menores no serán sancionados con penas corporales".

3. Garantías procesales

De acuerdo al modelo de justicia de menores que se propugna en este trabajo, planteamos la esencialidad de las garantías de un debido proceso para menores, tomando en cuenta el tipo de intervención judicial que se requiere. Es importante lo que plantea Perfecto Andrés Ibáñez¹¹

"Se entiende que la sola idea de "proceso" referido a menores pueda despertar inquietudes y sospechas. Sin embargo, conviene tener en cuenta que proceso ya existe, que se da sin las garantías de la publicidad y la defensa, es decir en unas condiciones que hace ya más de un siglo dejaron de estar vigentes en nuestro país para los adultos".

3.1. Principio de jurisdiccionalidad

Si el menor es sujeto del Derecho Penal aplicable a través de una justicia especializada, este órgano debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural e independencia e imparcialidad del órgano.

Debe tratarse de jueces especializados, que cuenten con la debida asesoría en el plano no jurídico y como sostiene Andrés Ibáñez "actuando en función realmente jurisdiccional, es decir de "tercero" respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario de la misma y su defensa" ¹². En ese mismo sentido se expresa Zaffaroni.¹³ Creemos correcto la no derivación a órganos jurisdiccionales de aquellos casos leves y donde la respuesta del medio ha sido adecuada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 inc. 1 se refiere a este principio al decir que

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella..".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño en el art. 3 inc. d establece

"Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción."

La misma Convención en el art. 40 inciso 2 al establecer las garantías que los Estados Partes deben proclamar dice en el punto III que todo niño acusado de haber infringido las leyes penales tiene derecho:

"a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial..."

También en la Convención con referencia a la jurisdiccionalidad en el mismo art. 40 inc. 2 se reafirma dicho principio al decir que:

"En caso de que se considere que ha infringido las leyes penales a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial".

En este instrumento al tratar sobre las medidas que los Estados parte deben propiciar en el art. 40 inc. 3b dice que

"Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

En las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) no se encuentra referencia específica a la garantía de jurisdiccionalidad. En varios artículos se refiere a "autoridad competente". Así en el artículo 14 al referirse a la autoridad competente para dictar sentencia establece en el inciso 1 que

"Todo menor cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11), será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.) que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo."

En el Comentario a dicho inciso las mismas Reglas aclaran que con "autoridad competente" se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales, (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las juntas administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculte para dictar sentencia. Las presentes Reglas en el art. 11.1, establecen

"Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas en la regla 14.1 para que los juzguen oficiosamente."

Sin embargo, esa remisión o exclusión del ámbito jurisdiccional según el artículo 11.3 estará

"... supeditada al consentimiento del menor o de sus padres o tutor, sin embargo la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite"

En el comentario al artículo se expresa que

"... la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios alternativos (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social no institucionales han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo"

3.2. Principio del contradictorio

El proceso es una relación contradictoria, donde deben estar claramente definidos los distintos roles procesales.

Es característico de los sistemas tutelares el ser inquisitivos. El órgano acusador no existe y el juez actúa en el doble carácter de órgano de acusación y de decisión ¹⁴. Por otro lado la mayor preponderancia la tienen los dictámenes técnicos que si bien son necesarios no garantizan el contradictorio. Supone además el principio en análisis que debe existir el debido equilibrio entre los sujetos procesales, que en el caso de los menores debe garantizar especialmente:

- 1) El derecho a ser oído
- 2) El derecho a aportar pruebas, e interrogar personalmente a los testigos.
- 3) El derecho a refutar los argumentos contrarios.

Debe además en este caso posibilitarse la necesaria intervención de los representantes legales (padres o tutor) cuando su presencia no contraría el interés del menor.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 inc 2 se dice que

"Durante el proceso, toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada... ; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;..."

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, específicamente en el art. 40 establece varios derechos que se refieren al contradictorio, a saber: en el inc. 2 b II),

"a ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o su representante legal, de los cargos que pesan contra él..."

en el inc. 2 b III),

"a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley...";

en el inc. 2 b IV),

"a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable, interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad, ...";

en el inc. 2 b VI),

"a que el niño tenga la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado."

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 7 inc. 1, dicen que

"se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como... el derecho a que se le notifiquen las acusaciones..., el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos...".

En el artículo 14 se hace referencia al tema cuando dice, en el inc. 1 que

"todo menor delincuente..., será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo".

En el mismo artículo inc. 2 también se contempla este principio al establecer que

"el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente".

En el art. 15 inc. 2 se dice que

"los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante la autoridad competente podrá denegar la participación si existe motivo para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor".

3.3. Principio de inviolabilidad de la defensa

Está muy relacionado al principio antes mencionado. Es esencial la presencia del defensor técnico en todos los actos procesales desde el mismo momento en que al menor se le imputa la comisión de una infracción.

De ahí el derecho a exigir un defensor letrado y la obligación de proveerle un defensor de oficio cuando no tuviere uno particular.

Como todos los funcionarios de la justicia de menores, el defensor tendrá que tener capacitación especial en el tema.

Su función no puede ser suplida ni por los padres ni por los técnicos (psicólogos, trabajadores sociales).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 otorga a la persona inculpada la garantía procesal a la que nos referimos, en los siguientes incisos:

- c) "concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa",
- d) "derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor",
- e) "derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño consagra este principio en el art. 37 inc. d) que dice

"todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada..."

Entre las garantías básicas que se consagran en el art. 40, en el inc. 3 se establece el derecho

"a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en su artículo 7 inc. 1 consagran "el derecho al asesoramiento...".

Y en el art. 15 inc. 1, dicen que

"El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso y a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país".

3.4. Principio de la presunción de inocencia

Significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad.

Es una de las garantías básicas del estado de derecho consagrada por los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales.

En materia de menores, como lo planteamos al tratar el principio de culpabilidad, las leyes tutelares al responder generalmente al modelo de "culpabilidad de autor", no reconocen la presunción de inocencia. Generalmente la intervención punitiva comienza con el primer contacto del menor con las agencias de control.

Por otro lado, ayuda al no reconocimiento de esta garantía, la ampliación que generalmente se hace de la competencia de los jueces de menores al conocimiento de "conductas irregulares no delictivas".

Las consecuencias de la real vigencia de este principio deberán traducirse además, en la imposición de serias limitaciones al internamiento provisional de los menores.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 inc. 2, primer párrafo, establece que

"toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, también consagra expresamente este principio al enunciar las garantías en el art. 40, inc. b) III, al decir

"a que se lo presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) en el art. 7 inc. 1 enumeran, entre las garantías procesales básicas, "la presunción de inocencia". En el art. 13 inc. 1 las citadas reglas establecen los límites a la prisión preventiva al decir que

"solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso durante el plazo más breve posible".

En el comentario al art. 14 las Reglas expresan lo siguiente:

"de conformidad con el debido proceso, en un "juicio imparcial y equitativo" deben darse garantías tales como la presunción de inocencia".

3.5. Principio de impugnación

Es fundamental que todo acto del juez, ya sea de impulso o de decisión, sea impugnabile, es decir que exista la posibilidad de recurrir ante un órgano superior.

Además de la impugnación a través de recursos ordinarios y extraordinarios, en el caso de los menores al igual que en materia de adultos, se recomienda la habilitación del habeas corpus y otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privaciones de libertad procesales o la prolongación de ellas.¹⁵

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece este principio en el art. 8 inc. 2 h), al decir

"derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

En el art. 6 también se refiere a este principio al decir que

"toda persona privada de libertad, tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal o cual amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el art. 37 inc. d) establece que

"todo niño privado de su libertad tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción"

En el art. 40 inc. b) 2 V), se dice que

"en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 7 inc. 1 enumeran, entre las garantías procesales básicas "... el derecho de apelación ante una autoridad superior".

En el comentario de las mismas Reglas al artículo 14, se enumera, entre las garantías que informan un juicio imparcial y equitativo, "el derecho de apelación".

3.6. Principio de legalidad del procedimiento

Significa este principio que no puede dejarse a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional el disponer el tipo de procedimiento aplicable, sino que éste debe estar fijado en la ley respectiva, derivación del principio "nulla poena sine iudicio".

"Las formas procesales constituyen garantía pero no se trata de rituales que sean fines en sí mismos sino que, justamente, tienen un fin en la medida en que sirven a las garantías contra la arbitrariedad".¹⁶

En materia de menores debe establecerse una ordenación de los actos procesales que garanticen el contradictorio.

El modelo procesal debe ser oral de única audiencia con una etapa previa de investigación, ágil, que permita el cumplimiento de los principios de concentración e inmediación.

Es coincidente la doctrina, en conceder al juez en esta materia "la posibilidad de hacer uso siempre razonado de expedientes de benignidad (suspensión de condena o del mismo proceso desde su fase inicial) cuando se trate de actos de escasa lesividad social o lo aconsejen las condiciones personales del autor y su situación".¹⁷

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente este principio, pero lo contiene implícitamente al establecer las garantías judiciales en el art. 8.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el art. 40 inc. 2 b III expresa este principio al consagrar, junto a otras garantías

"que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa, conforme a la ley ...".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 17 inc. 4 se refieren a la posibilidad de suspender el proceso:

"la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento".

En el comentario de las Reglas a este mismo artículo, se expresa que

"la facultad de suspender el proceso en cualquier momento es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En cualquier momento pueden llegar a conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso".

3.7. Principio de publicidad del proceso

Debe entenderse este principio como la posibilidad de tener acceso a las actuaciones judiciales por parte de los sujetos procesales.

En materia de adultos, en varios países de la región, rige el principio de la publicidad del debate, aún cuando, en casos en que se afecte la intimidad de la persona puede ordenarse que éste se realice en forma privada. En materia de menores, se recomienda la no publicidad del proceso por las consecuencias estigmatizantes del juicio y sus secuelas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8 inc. 5 establece que

"el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece, entre otras garantías, en el art. 40 inc. 2 b) VII, el derecho del niño

"a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el art. 8, establecen expresamente:

inc. 1: "Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad"; inc 2 "En principio, no se publicará ninguna

información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente".

En las mismas reglas, en el art. 21, se establece que

inc 1 "los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso así como otras personas debidamente autorizadas".

inc 2 "Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente".

4. Garantías básicas que rigen la ejecución de las medidas

Es de vital importancia concluir el análisis que veníamos desarrollando, con el tema de las garantías en la etapa de la ejecución de las medidas. Esto lo haremos a la luz de las normas contenidas en los dos instrumentos que se refieren específicamente al tema: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

4.1. Control de la ejecución de las medidas no privativas de la libertad.

En este tema debe dejarse claramente establecido el órgano competente para realizar ese control y el contenido del mismo.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se refieren al tema expresamente. En el art. 23 inc. 1 dicen que

"Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1., por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen".

Significa que, en cuanto al órgano da la posibilidad de que se deje el control en la misma autoridad que dictó la sentencia o que se le atribuya a otro órgano esta función en especial. Las mismas Reglas, en el comentario a este artículo expresan que

"la creación del cargo de juez de ejecución de pena en algunos países obedece a este propósito".

En cuanto al contenido del control, las mismas reglas, en el art. 23 inc. 2 dicen que

"dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en estas reglas".

4.2. Control de la ejecución de las medidas privativas de la libertad

Deben analizarse, al igual que en el caso anterior la competencia del órgano y el contenido de ese control.

Partiendo de que la privación de libertad en caso de menores tendrá que ser medida de último recurso y tomando en cuenta la prohibición de la detención de menores en establecimientos de adultos, el control en este aspecto debe ser tratado con el máximo cuidado.

Deberá decidirse si éste se encarga a los mismos jueces de sentencia o si conviene crear juzgados de ejecución especializados. Aunque esta última solución pareciera la más aceptable, no tenemos datos de su existencia en materia de menores.

Sea cual sea la solución que se adopte, debe dejarse claramente establecido que en lo referente al control de legalidad sólo puede ser competente un órgano jurisdiccional

Se propicia actualmente la creación de defensores de la infancia "ombudsman" que velen por el respeto de los derechos de los menores privados de libertad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), sólo se refieren a la concesión de la libertad condicional en el art. 28 inc 1 que dice

"La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible".

Se habla en este artículo de autoridad pertinente, o sea el mismo juez de sentencia o el órgano jurisdiccional especial encargado de la ejecución. En el inc 2 del mismo artículo se establece que

"los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos y el pleno apoyo de la comunidad".

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en el art. 13, establecen que

"La protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención será garantizada por la autoridad judicial competente, mientras que los objetivos de

integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no pertenezca a la administración del centro de detención".

4.3. Respeto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los menores privados de libertad

La privación de libertad no implica la pérdida de los derechos que sean compatibles con ella. Por el contrario, la institución deberá garantizar y posibilitar el ejercicio de esos derechos, que en el caso de los menores servirá para promover un mayor sentido de responsabilidad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), no detallan expresamente la protección a estos derechos, pero los reconocen al remitirse a la aplicación supletoria de las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y Recomendaciones Relacionadas", que consagran algunos de los derechos mencionados.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, en el art. 12, expresan que

"A los menores privados de libertad no se les deberá negar por razón de su situación, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la Legislación nacional o internacional y que sean compatibles con la privación de libertad, por ejemplo, los derechos y prestaciones de la seguridad social, la libertad de asociación y, al alcanzar la edad mínima exigida por la ley, el derecho a contraer matrimonio".

4.4. Derechos de petición y de queja

Estos derechos generalmente han sido conculcados en las situaciones de privación de libertad.

Sin embargo, hoy se reconoce, unánimemente, que deben garantizarse al interno los derechos a manifestar su disconformidad y a tener acceso a los órganos competentes para resolver sus conflictos.

En el caso de los menores, tomando en cuenta la finalidad educativa de las medidas, deben establecerse los mecanismos adecuados para el ejercicio de estos derechos.

Como antes se ha señalado, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se refieren al tratamiento institucionalizado en un breve capítulo (# 26), no tratando expresamente los derechos de petición y de queja durante la ejecución de las

medidas de internación. No obstante, al remitirse en el # 27 a la aplicación supletoria de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, también los reconocen .

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, establecen en el art. 23

"En el momento del ingreso, todos los menores deberán recibir copia del reglamento que rija el centro de detención y una descripción escrita de sus derechos y obligaciones en un idioma que puedan comprender, junto con la dirección de las autoridades competentes ante las que puedan formular queja, así como de los organismos y organizaciones públicos o privados que presten asistencia jurídica. Para los menores que sean analfabetos o que no puedan comprender el idioma en forma escrita se deberá comunicar la información de manera que se pueda comprender perfectamente".

4.5 Garantías del debido proceso para la aplicación de sanciones disciplinarias

Ha sido característico que el procedimiento disciplinario en la institución carcelaria de adultos no haya gozado de garantías mínimas. ¹⁸ En materia de menores privados de libertad, existen los mismos problemas ya que la ideología "tutelar" no incorporó este tipo de garantías en la etapa de ejecución de las medidas.

Se refieren específicamente a este punto las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Ellas expresan en el art. 65:

"Todas las medidas y procedimientos disciplinarios deberán contribuir a la seguridad y a una vida comunitaria ordenada y ser compatibles con el respeto de la dignidad inherente del menor y con el objetivo fundamental del tratamiento institucional, a saber, infundir un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de toda persona".

En el art. 67 se establece que

"Las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a los siguientes puntos, teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del menor:

- a) la conducta que constituye una infracción a la disciplina
- b) el carácter y duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar;
- c) la autoridad competente para imponer esas sanciones;
- d) la autoridad competente en grado de apelación".

4.6. Humanidad de las sanciones disciplinarias

En materia de sanciones disciplinarias dentro de la institución carcelaria resulta necesario excluir todas aquellas que resulten crueles, inhumanas o degradantes. En materia de menores este punto reviste especial importancia.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen en el art. 66 que

"Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, el encierro en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto propio del menor, como preparación para su reinserción en la comunidad y no deberá nunca imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas"

III. Análisis comparativo de las garantías de fondo, procesales y de ejecución, con la legislación costarricense

1. Ley orgánica de la jurisdicción tutelar de menores (# 3260 del 21 de diciembre de 1963)

Se trata de una legislación penal especial de menores aplicada por órganos jurisdiccionales especializados.

1.1 Sujetos

El Código Penal Costarricense en el art. 17 establece que son sujetos del derecho penal de adultos los mayores de 17 años, remitiendo a los menores de esa edad a una ley especial. Por su parte, la ley tutelar de menores establece que son menores los que no excedan de 17 años de edad (art. 1). No establece la ley edad mínima, motivo por el cual se hace necesaria su fijación, ya que en esta situación son sujetos de la misma los menores desde su nacimiento.

En Costa Rica al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, las edades requeridas en los ámbitos públicos y privados son dispares y arbitrarias. En el Código Civil se fija la mayoría a los 18 años; sin embargo en materia de testamento en el mismo código se fija la capacidad para otorgarlo válidamente a los 15 años. El Código de Trabajo fija la capacidad para trabajar válidamente desde los 15 años; a pesar de esto, en el mismo código se autoriza al menor mayor de 12 años para trabajar válidamente con el consentimiento de quienes ejercen la representación legal y en su defecto la autorización por parte del Patronato Nacional de la Infancia.¹⁹

1.2. Garantías sustantivas

1.2.1. Culpabilidad

La Ley Tutelar de Menores, al igual que la mayoría de las legislaciones de la región, responde al modelo de la culpabilidad de autor. Lo confirman varios artículos. El art. 47 expresa que

"una vez iniciada la acción de los juzgados tutelares, continuará hasta que termine la aplicación de la medida tutelar o el caso sea remitido en forma definitiva a otra autoridad judicial, salvo lo dispuesto en el art. 61. La resolución del juzgado en la que se declare la no participación de un menor en un hecho que se le atribuye, no suspenderá forzosamente la acción tutelar".

En el art. 61 se dice que

"si los hechos no constituyen delito, cuasidelito o falta, o se hubiere operado prescripción o perdón del ofendido o sus representantes en favor del menor, cualquiera que sea la calificación de la infracción, el juez lo hará constar en auto fundamentado y decidirá en él si ha de proseguirse la acción tutelar".

Concluimos por lo tanto que este principio no se cumple cabalmente en la legislación costarricense.

1.2.2. Legalidad

También como consecuencia de responder a un modelo de culpabilidad de autor, la legislación costarricense viola la legalidad, en particular en lo que se refiere a la ley estricta.

Si bien el art. 2 define como estado de peligro social la atribución de una infracción calificada en el Código Penal como delito, cuasidelito o falta, en los artículos 47 y 61 antes mencionados se amplía la competencia a otras situaciones problemáticas no-delictivas.

En Costa Rica, el Patronato Nacional de la Infancia es la institución que por mandato constitucional tiene a su cargo la protección especial del menor. La Ley Orgánica de dicha institución del 26 de mayo de 1964, en su art. 6, atribuye a esta institución, entre otras funciones

"las de atender los casos de abandono y otros conflictos de orden no penal".

En cuanto a la legalidad de las penas, al igual que la mayoría de las legislaciones que corresponden a este modelo, la ley llama "medidas" a las sanciones que aplican los jueces de menores.

En el art. 29 de la Ley Tutelar se enumeran una serie de posibilidades que el juez aplicará tomando en cuenta

"siempre el diagnóstico sobre la personalidad, las posibilidades sobre su rehabilitación y la naturaleza y la gravedad de los hechos que se le atribuyen" (art. 40), y que "deberá fundamentar razonadamente al igual que establecer sus modalidades de ejecución" (art. 69).

Lo que resulta un rasgo sobresaliente de este tipo de sanciones es que se le acuerda al juez la posibilidad de aplicar cualquier otra medida que el juez considere conveniente para el menor" (art. 29 inc. f)

Estas medidas son según el art. 42 "indeterminadas en su duración". Esto resulta "de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad, ya que éste alcanza, como se dijo, a todas las consecuencias jurídicas restrictivas de los derechos fundamentales. La determinación indirecta que proviene del cumplimiento de la mayoría de edad no cumple con este requisito del principio de legalidad".²⁰

1.2.3. Humanidad

Formalmente este principio es respetado en la legislación nacional de menores; sin embargo es necesario constatar el funcionamiento real de la normativa existente sobre todo en el caso de la privación de libertad, así también como el análisis de la proporcionalidad de las medidas con las infracciones cometidas.

1.3. Las garantías procesales

1.3.1. Jurisdiccionalidad

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (L.O.J.T.M.) respeta este principio, ya que los jueces tutelares de menores son órganos jurisdiccionales (arts. 1 y 13). Se trata de una justicia especializada con una organización administrativa particular que cuenta con un departamento de servicio social y un departamento clínico (arts. 13, 14 y 15). Además del personal administrativo corriente se prevé el nombramiento de "agentes tutelares" encargados de la "aprehensión y conducción de los menores en los casos que lo ordene el juez" (art.18).

Esta especialización sin embargo sólo tiene vigencia real en San José, que es donde se encuentra ubicado el único juzgado tutelar de menores del país. En el resto del territorio, la competencia en esta materia le corresponde a los jueces penales, en este momento 17 fuera de San José.

En cuanto al órgano de apelación, la ley en el art. 13 establece la creación de tribunales superiores de familia, agregando

"en tanto no se establezcan estos últimos, sus funciones corresponderán a la sala penal respectiva, de acuerdo con la distribución de los asuntos que hará la Corte Suprema de Justicia".

Hasta la fecha los tribunales superiores de familia no se han creado, por tanto sigue vigente la disposición transitoria.

Sería sumamente interesante someter a discusión la conveniencia o no de que un órgano superior especializado en familia actúe como segunda instancia en materia penal de menores.

1.3.2. Contradictorio

No se respeta en la L.O.J.T.M. el principio del contradictorio debido a que no se encuentran diferenciados los distintos roles procesales. El juez asume también la función de acusador.

Debe estructurarse un procedimiento que garantice este principio, ya que si bien parecería concederle la palabra al menor, por otro lado en el art. 50 se establece que

"quedará a la prudencia y criterio del juez el modo de practicar las demás diligencias"

Deberán especificarse los derechos del menor a aportar pruebas, a interrogar a los testigos, a confrontar sus dichos y a ser oído personalmente.

En cuanto a la participación de los padres o representantes legales, debe establecerse su comparecencia siempre y cuando no se contraríe el interés del menor.

1.3.3. Inviolabilidad de la defensa

La ley no garantiza la presencia esencial del defensor desde el primer contacto del menor con la justicia. Así en el art. 46 se establece que

"siempre que por cualquier conducto establecido por la ley, llegare a conocimiento del juez algún hecho imputable a un menor, de los señalados en el art. 2 y deba procederse de oficio, dicho funcionario sin más trámite mandará comparecer al menor y de ser posible a sus representantes y ordenará instruir las diligencias que correspondan".

En el art. 53 se reitera lo establecido en el artículo antes mencionado al decir que "tan pronto como un menor sea enviado al juzgado, será entrevistado por el juez en presencia de sus padres, tutor, guardadores o representantes, si pudieren ser habidos para el acto".

El nombramiento del defensor aparece recién en el art. 65 al decir que

"una vez realizada la entrevista a que se refiere el art. 53 y a más tardar 24 horas después de iniciado el estudio del caso, el juez citará a los padres, tutores o guardadores o representantes del menor y a su defensor, así como al

Patronato Nacional de la Infancia y a la Procuraduría General de La República, si se ha apersonado, a fin de informarlos, oírlos y obtener su colaboración. Esta diligencia se repetirá todas las veces que lo estime conveniente el juez, y a ella se convocará al trabajador social que conoce del caso. Cualquiera de las personas y entidades citadas podrá proponer el nombramiento de defensor del menor; si ninguno lo hiciere el juez se lo designará de oficio".

1.3.4. Presunción de inocencia

No se respeta este principio y por el contrario, el juez puede tomar "medidas" desde la primera entrevista con el menor (art. 54) lo que es coherente con un derecho caracterizado como derecho penal de autor, donde "la sola imputación o denuncia del hecho son ya presupuesto suficiente para iniciar la investigación de la personalidad".²¹

1.3.5. Impugnación

Este principio se encuentra contemplado en el art. 71, aunque se lo limita a determinados actos de decisión.

Al explicar este principio aclaramos que tanto los actos de impulsión como los de decisión debían ser impugnables.

No existe hasta la fecha jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de menores.

1.3.6. Legalidad del proceso

El procedimiento previsto para la aplicación de la ley tutelar está fijado expresamente. Sin embargo, no se respeta totalmente el principio de legalidad por estar cargado de facultades discrecionales otorgadas al juez, así el art. 50 establece que

"quedará a la prudencia y el criterio del juez el modo de practicar las demás diligencias".

El art. 56 dice que

"en todos los demás casos el juez ordenará practicar las diligencias que estime necesarias para comprobar los hechos que dieron origen a la remisión del menor al juzgado y su participación en ellos, así como para elaborar los estudios médicos psiquiátricos, psicológicos y sociales respectivos".

Aparentemente tiene el juez tutelar de menores la posibilidad de no iniciar el proceso que hemos considerado conveniente en estos casos, en el art. 54 al establecer que

"después de la primera entrevista el juez decidirá si el menor puede ser entregado a sus padres o representantes en forma definitiva o provisional...";

y en el art. 55 al establecer que

"el menor será entregado a sus padres o representantes en forma definitiva cuando el hecho amerite sólo amonestación y la capacidad de la familia para impartir disciplina y educación al menor será satisfactoria a juicio del juzgado".

1.3.7. Publicidad del proceso

En el sentido de acceso a las actuaciones judiciales el principio está garantizado en el art. 58 al decir que

"no obstante lo dicho en el art. anterior, tendrán acceso al legajo de hechos las partes, sus apoderados judiciales o defensores, los representantes de la Procuraduría General de la República y del Patronato Nacional de la Infancia y los padres y guardadores del menor.

El juzgado podrá, en casos calificados, en resolución considerada, decretar el secreto del legajo de hechos, salvo para los representantes del Patronato Nacional de la Infancia".

También se halla consagrado en la Ley Tutelar el derecho a la intimidad del menor en cuanto a que no figurarán los antecedentes del menor en los registros de delincuentes y en el art. 12 expresamente se dice

"prohíbese divulgar la identidad de un menor sujeto a la jurisdicción tutelar, los funcionarios y empleados, los particulares y los responsables de medios de divulgación que violaren esta regla serán penados con multas de 300 a 1.000 colones. Tal hecho constituirá una falta de policía de acción pública, y será de conocimiento de los agentes respectivos".

1.4. *Garantías de la ejecución de las medidas*

En Costa Rica existen disposiciones sobre ejecución en la misma Ley Tutelar. Se cuenta además con el Reglamento 1283 J, de 1981, sobre tratamiento de menores, que es de naturaleza administrativa, "que crea un organismo administrativo cuya función es lograr mediante un plan educativo, reforzado intensamente por el tratamiento terapéutico, en forma similar a como se conciben los 'institutos de terapia social' para adultos en los países que los han implementado" ²².

También se han elaborado dos reglamentos internos para el Centro de Orientación Juvenil "Amparo de Zeledón" de menores internas.

1.4.1. Control de la ejecución de las medidas no privativas de libertad

Como se deduce de la Ley Tutelar, durante el cumplimiento de este tipo de medidas, el control se confía al mismo juzgado o a otro organismo según el juez lo estime conveniente (arts. 31 a 33). Sin embargo es sólo competencia del juez tutelar modificar, suspender o dar por terminada la medida (art. 43).

1.4.2. Control de la ejecución de las medidas privativas de libertad

Cuenta actualmente Costa Rica con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para mujeres menores y otro para varones menores, que son el "Amparo de Zeledón" y el "Luis Felipe González Flores", respectivamente. En ambos se admiten menores entre 12 y 17 años de edad.

En 1986 se creó, por Decreto # 172 02-6-SPJ, el Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social, que depende del Programa de Prevención del Delito de la Dirección General de Adaptación Social.

Se ha constatado la internación de menores en cárceles de adultos en contra de la prohibición existente del art. 6 de la L.O.J.T.M. y del control que debe ejercer el Patronato Nacional de la Infancia, situación de la que da cuenta una exhaustiva investigación realizada por el Ministerio de Justicia y Gracia.²³

En materia de adultos Costa Rica cuenta con juez de ejecución de la pena, pero su competencia no comprende la ejecución de las medidas aplicadas a menores de edad (504 y ss. del Código Procesal Penal). En materia de menores, el órgano al que le compete el control no está claramente especificado. Según el art. 38 de la Ley Tutelar

"el director del establecimiento donde fuere depositado el menor enviará al juez un informe trimestral sobre la situación del internado y hará en él las recomendaciones del caso".

Este artículo es coherente con la situación prevista en el art. 35 de la misma ley que permite que los menores sean internados en instituciones estatales o privadas según la remisión que haga el juzgado.

Debe aclararse que la Ley Tutelar de Menores es anterior a la ley 4.762 de 1971 que crea la Dirección General de Adaptación Social, que es la institución del Ministerio de Justicia de la cual dependen los centros juveniles.

En el reglamento sobre tratamiento de menores en el art. 24 inc. d se atribuye a las coordinadoras de unidad la función de mantenerse en relación permanente con la trabajadora social del respectivo juzgado tutelar de menores, a fin de conocer la situación legal del menor y brindar información sobre la marcha del tratamiento de éste en la institución, trimestralmente y por escrito.

El 23 de septiembre de 1987, por decreto # 17733-1, se creó la figura del defensor de la infancia adscripto al despacho del Ministro de Justicia y Gracia,

que entre sus funciones tiene la de "recibir denuncias e investigar de oficio o a petición de parte" y canalizar a los órganos correspondientes.

Se hace necesario fijar claramente el órgano competente para realizar el control y determinar la relación de ese órgano con los centros juveniles y el centro de diagnóstico que pertenecen al Ministerio de Justicia.

1.4.3. Respeto a los derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales de los menores privados de la libertad

No existe ninguna disposición expresa sobre el tema en la normativa específica que estamos analizando.

La legislación especial de menores debería establecer que el menor conserva el ejercicio de los derechos que sean compatibles con la privación de libertad.

1.4.4. Derechos de petición y de queja

En ninguna de las normativas analizadas se hace referencia a este derecho, como tampoco el mecanismo a utilizar.

Es conveniente reglamentar este punto con claridad, sobre todo en que respecta a órganos competentes para recibir quejas y canalizar peticiones para darlos a conocer a los menores en el momento de ingresar al establecimiento.

1.4.5. Garantías del debido proceso en la aplicación de sanciones disciplinarias

No existe ningún reconocimiento de estas garantías en la normativa analizada.

Por el contrario, en las disposiciones internas del centro juvenil "Amparo de Zeledón" de 1988, en el Cap. V que se ocupa de las sanciones, se establece en el art. 4

"es obligación del funcionario que toma la determinación de imponer una sanción, razonar con la menor los hechos y circunstancias que la fundamentan, así como el sentido que la sanción lleva, ésta es la fijación de límites con respecto a su comportamiento".

No podemos considerar que las garantías del debido proceso estén consagradas en este artículo.

1.4.6. Humanidad de las sanciones disciplinarias

En la normativa interna de los centros juveniles se constata una clara violación a este principio de acuerdo a lo detallado expresamente en el art. 66 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Citaremos dos artículos de las disposiciones internas del centro de orientación juvenil "Amparo de Zeledón" de 1988, donde se demuestra el irrespeto a este principio contenidas en el capítulo V referente a las sanciones

Art. 1: "Las faltas leves se sancionarán eligiendo entre las presentes sanciones:

- a) amonestación verbal;
- b) un día de recargo de limpieza;
- c) limpieza de jardín interior;
- d) en caso reiterado se aumentará cada vez un día."

Del artículo citado surge la utilización del trabajo como sanción disciplinaria, contrario a lo señalado en el art. 66 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad antes citadas.

Art. 9 inc. b): "Robo. En caso de no aparecer el objeto o la persona responsable, se sancionará a todo el grupo, siempre y cuando no se abuse de los castigos grupales".

Existe en este caso una violación a la prohibición de los castigos grupales contenida en el mismo art. 66 antes citado.

Notas

1. **Giménez Salinas, Esther y González Zorrilla, Carlos** (1988). *Jóvenes y cuestión penal en España*, en revista "Jueces para la Democracia. Información y Debate", #3, abril, Madrid, pág. 19.
2. **Zaffaroni, Eugenio Raúl** (1990). *Los menores y la ley*, en revista "Pibes Unidos y la ley", Colección Cuadernos, # 1, Buenos Aires, pág. 9.
3. **Giménez Salinas, E.**, op. cit., pág. 23.
4. **Jescheck, Hans Heinrich** (1981). *Tratado de Derecho Penal*, T 1, Bosch, Barcelona, pág. 30.
5. **Bacigalupo, Enrique** (1984). *Manual de Derecho Penal Parte General*, TEMIS/ ILANUD, Bogotá, pág. 148.
6. **Bacigalupo, Enrique** (1983). *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal (Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela)*, en revista ILANUD, año 6, # 17-18, San José, pág. 61.
7. **Bacigalupo, E.** (1984); pág. 32.

8. **Giménez Salinas, E.**, op. cit., pág. 25.
9. **Giménez Salinas, E.**, op. cit., pág. 25.
10. **Jescheck, H.**, op. cit., pág. 35.
11. **Andrés Ibáñez, Perfecto** (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*, en "Psicología Social y Sistema Penal", pág. 227.
12. **Andrés Ibáñez, Perfecto**, op. cit., pág. 237.
13. **Zaffaroni, Eugenio Raúl** (1986). *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*, IIDH/DEPALMA, Buenos Aires, pág. 248.
14. **Giménez Salinas, E.** op. cit., pág. 23; **Andrés Ibáñez, P.**, op. cit., pág. 227; **Bacigalupo, E.**; (1983), pág. 62.
15. **Zaffaroni E. R.** (1986), pág. 150.
16. **Zaffaroni E. R.** (1986), pág. 163.
17. **Andrés Ibáñez, P.**, op. cit., pág. 225.
18. **Zaffaroni, E. R.** (1986), pág. 230.
19. En el mismo Código Penal existen distintas edades referidas a sujetos pasivos de determinados delitos y contravenciones, así, mujer honesta menor de 15 años en el estupro y en el rapto impropio; mujer menor de 15 años en el aborto sin consentimiento; menor de 12 años en la violación; hombre menor de 16 años en la sodomía; menor de 16 en la corrupción; y menor de 17 en las contravenciones "presencia de menores en prostíbulos" y "venta de objetos peligrosos a menor de 17 años".
20. **Bacigalupo, E.** (1983), pág. 62.
21. **Bacigalupo, E.** (1983), pág. 63.
22. **Bacigalupo, E.** (1983), pág. 63.
23. **Viquez Jiménez, Mario** (1987). *Problemática del menor en cárceles de adultos*. Publicación del Ministerio de Justicia y Gracia, Costa Rica.