

*Carlos Tiffer / Javier Llobet*

# La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica

**Con Jurisprudencia Nacional**



345.08  
U58s

UNICEF – ILANUD – CE

La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica : con jurisprudencia nacional / Carlos Tiffer, Javier Llobet. – 1ª. Ed. – San José, C.R. : UNICEF – ILANUD – CE, 1999

342 p. 22x14 cm.

ISBN 9968-793-18-3

1. Adolsecnetes – Legislación – Costa Rica. 2. Derecho penal de menores. I Tiffer, Carlos. II. Llobet, Javier. III. Título

## La Sanción Penal Juvenil y sus Alternativas en Costa Rica

**Con Jurisprudencia Nacional**

UNICEF

ILANUD. Programa Sistema Penal y Derechos Humanos

ILANUD / COMISIÓN EUROPEA / Elías Carranza, Oscar Arce

Diseño Portada: Valeria Varas

Diagramación y Artes Finales: Alejandro Pacheco

Corrección de Estilo: Siliva Méndez

Impresión: EDISA, S.A.

Las opiniones expresadas en los textos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan, necesariamente, las posiciones de UNICEF, la Comisión Europea ni de ILANUD.

A Gabriela, Valeria y Paola  
Dr. Carlos Tiffer

A María Aurelia  
Dr. Javier Llobet.



## Índice General

# LA SANCIÓN PENAL JUVENIL Y SUS ALTERNATIVAS EN COSTA RICA

*Con jurisprudencia nacional*

<b>Presentación.....</b>	<b>IX</b>
<b>Agradecimiento.....</b>	<b>XI</b>
<b>Prólogo.....</b>	<b>XIII</b>
<b>CAPÍTULO 1: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, PROTECCIÓN INTEGRAL Y GARANTISMO (EN PARTICULAR CON RESPECTO A LAS SANCIONES Y SUS ALTERNATIVAS EN EL DERECHO PENAL).</b>	
<b>Dr. Javier Líobet Rodríguez.....</b>	<b>1</b>
1. Concepto de interés superior y la protección integral del niño.....	1
2. El interés superior y la protección integral del niño en la doctrina de la situación irregular.....	4
3. El interés superior y la protección integral del niño en la doctrina de la protección integral.....	8
4. Las sanciones y sus alternativas como lo característico del derecho penal juvenil... 11	
5. La diversión y el archivo del proceso con base en criterios de oportunidad. Relación con las sanciones del derecho penal juvenil.....	13
6. El peligro del archivo del proceso con base en criterios de oportunidad en contra de los intereses del niño.....	14
7. Problemática de la presunción de inocencia y el derecho a abstenerse de declarar con la diversión del derecho penal juvenil.....	14
8. Sanciones no privativas de libertad.....	19
9. El peligro de la extensión del sistema penal juvenil a través de la diversión y las sanciones no privativas de libertad.....	20
10. El peligro de la extensión de la aplicación del internamiento en un centro especializado.....	21
11. El peligro de la imposición de una sanción por encima de la culpabilidad del joven.....	22
12. Carácter de la sanción penal juvenil en la doctrina de la protección integral.....	22
13. Comentarios finales.....	24

14. Bibliografía.....	25
-----------------------	----

## **CAPÍTULO II: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SANCIÓN PENAL JUVENIL**

<b>Dr. Carlos Tiffer.....</b>	<b>31</b>
-------------------------------	-----------

1. Introducción al principio de proporcionalidad.....	31
2. Proporcionalidad en sentido amplio.....	33
A) Principio de idoneidad.....	39
B) Principio de necesidad.....	39
C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	40
3. Proporcionalidad en un derecho penal democrático.....	40
A) Concepto material y sustantivo versus concepto formal.....	42
B) Proporcionalidad en el derecho procesal penal.....	42
4. La Ley de Justicia Penal Juvenil como una muestra de la aplicación del principio de proporcionalidad.....	53
A) Proporcionalidad e intervención penal juvenil.....	56
B) Proporcionalidad en las medidas cautelares.....	65
C) Proporcionalidad y consecuencias jurídicas.....	67
5. Comentarios finales.....	72
6. Bibliografía.....	74

## **CAPÍTULO III: FIJACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES**

<b>Dr. Javier Llobet.....</b>	<b>81</b>
-------------------------------	-----------

1. Deterioro social y delincuencia juvenil en Costa Rica.....	81
2. Prevención de la delincuencia juvenil.....	86
3. El principio de ultima ratio de la sanción penal juvenil.....	91
4. El principio de ultima ratio de la sanción de internamiento.....	100
5. Fijación de la sanción penal juvenil.....	108
6. El principio de culpabilidad como límite en la fijación de la sanción penal juvenil.....	112
7. Teorías de la influencia de la culpabilidad en la determinación de la sanción penal juvenil.....	112
8. La determinación del grado de culpabilidad del joven.....	116
9. Criterios preventivos en la fijación de una sanción inferior a la culpabilidad.....	125
10. Comentarios finales.....	151
11. Bibliografía.....	153

**CAPÍTULO IV: DESJUDICIALIZACIÓN Y ALTERNATIVAS A LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL**

<b>Dr. Carlos Tiffer.....</b>	<b>163</b>
1. Introducción a la desjudicialización.....	163
2. Prevención especial y prevención general.....	165
A) La justicia penal juvenil dentro del marco de la prevención especial.....	169
B) Las formas de desjudicialización y diversificación de la reacción penal juvenil como indicadores de política criminal.....	173
3. La desjudicialización como la mejor forma de resolver los conflictos penales de los jóvenes.....	176
4. Fines y principios de la desjudicialización penal juvenil.....	179
A) Fines generales.....	180
B) Fines específicos.....	186
C) Principios.....	190
5. Dimensión legislativa costarricense de la desjudicialización penal juvenil.....	194
A) Criterio de oportunidad reglado.....	195
B) Conciliación.....	196
C) Suspensión del proceso a prueba.....	197
6. Sanciones educativas como sanciones principales y privación de libertad como sanción alternativa.....	198
A) Sanciones socioeducativas.....	199
B) Ordenes de orientación y supervisión.....	202
C) Sanciones privativas de libertad ambulatorias.....	206
D) Sanciones privativas de libertad estacionarias.....	208
7. Dimensión práctica de las sanciones penales juveniles. Estadísticas en materia penal juvenil.....	213
8. Comentarios finales.....	232
9. Bibliografía.....	234
<b>Conclusiones generales.....</b>	<b>239</b>
<b>Anexo I: Jurisprudencia del Tribunal Superior Penal Juvenil.....</b>	<b>247</b>
<b>Anexo II: Jurisprudencia del Tribunal Superior de Casación Penal.....</b>	<b>299</b>
<b>Anexo III: Cuadro comparativo de las sanciones o medidas (penales) juveniles de las legislaciones en América Latina.....</b>	<b>345</b>

**Anexo IV: Listado de delitos en los que se aplica la sanción de internamiento en centro especializado (delitos con pena mayor a seis años de Prisión) Art. 131 L.J.P.J..... 361**

**Anexo V: Cuadro de las sanciones socioeducativas recomendadas por las Reglas de Beijing..... 365**



## Presentación

Tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) establecen que, siempre que sea posible, los conflictos en los que estén involucrados niños, niñas o adolescentes deberán resolverse sin acudir a la vía penal. Asimismo, los dos instrumentos citados en primer término disponen que, en caso de que sea inevitable acudir a esta vía, les sean reconocidas a los infractores e infractoras las mismas garantías penales, procesales y de ejecución de que gozan las personas adultas, además de las garantías específicas que les correspondan por su especial condición de menores de edad, y que la privación de libertad deberá utilizarse sólo en caso excepcional, debiendo establecer las legislaciones nacionales un abanico de sanciones alternativas, todas ellas de carácter pedagógico.

La reciente Ley de Justicia Penal Juvenil, que entró en vigencia el 1 de mayo de 1996, acertadamente recoge y legisla los principios enunciados. Han transcurrido tres años desde su vigencia, y se ha acumulado una casuística que permite a los doctores Carlos Tiffer y Javier Llobet realizar un análisis dogmático y jurisprudencia muy valioso - integrado con cifras e información sociológica-, que conforma un libro que estaba siendo muy necesario para los operadores jurídicos, jueces, fiscales y defensores, pero también para todo tipo de operadores del sistema de justicia penal juvenil, trabajadores sociales, policías, psicólogos, educadores, sociólogos.

No obstante la claridad de las disposiciones del derecho positivo nacional y del derecho internacional, es imprescindible cuidar celosamente que la práctica de la justicia penal no se dirija en el sentido contrario, ya que la realidad exhibe que, tanto en materia de menores de edad como en materia de adultos, la tendencia mundial de los últimos cinco años viene siendo la del aumento del recurso a

la justicia penal, y la del aumento de las tasas de encierro, en algunos países de manera muy acelerada.

En materia de justicia juvenil Costa Rica es una de las pocas excepciones a esta tendencia (no así en cambio en materia de adultos, en la que el crecimiento de la población penitenciaria ha escapado a todo control, generando una situación muy grave). Ya las tasas de encierro de menores de edad durante la vigencia de la antigua Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores eran muy inferiores a las de los otros países de América Latina; y la situación mejoró aún más con la entrada en vigencia de la nueva ley plenamente adecuada a la Convención. Sin embargo, la realidad del delito y la de la reacción social que hemos señalado muestran que el libro que presentamos aparece en un momento muy oportuno, por lo que UNICEF e ILANUD felicitan a sus autores, y consideran importante contribuir a su difusión, no sólo en Costa Rica, sino en todos los países de la región.

Hei mo Tapio Laakkonen  
Representante Delegado de UNICEF

Elías Carranza  
Director ILANUD

## **Agradecimiento**

Agradecemos al señor Elías Carranza, Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), así como al señor Heimo Laakkonen, representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), por el apoyo en la publicación de este libro. Nuestro agradecimiento también va dirigido al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) por su apoyo para que realizáramos nuestros estudios doctorales en la República Federal de Alemania. Un reconocimiento especial a nuestro asistente Ángel Reyes, por su valiosa colaboración en la elaboración de este libro, lo mismo para la señora Silvia Méndez Anchía por la revisión filológica del texto.



## Prólogo

Constituye para mí una especial satisfacción, como operador judicial, el hecho de que los doctores Carlos Tiffer y Javier Llobet inauguren una nueva etapa del derecho penal juvenil, con la publicación de un libro, y más aún de un libro como éste, dedicado al concepto de la sanción penal juvenil y de los principios especiales y constitucionales que inspiran esta nueva y pujante rama del derecho penal.

No está de más indicar que la monografía que tiene en sus manos el lector es el fruto de un intenso, exhaustivo y riguroso trabajo que sus autores Tiffer y Llobet, han desarrollado luego de una extensa y prolífera vida académica y profesional; el primero, como autor de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y el segundo, como juez superior penal juvenil. La experiencia sobre el campo práctico, aunada a la formación germana de sus autores, le garantiza al lector que las enseñanzas que vierten tienen una doble faceta que pocos trabajos muestran: el dominio eficaz de la doctrina y la praxis.

Tras largos años de dominio de la teoría de la situación irregular, se hace necesaria una reflexión global acerca de la disciplina que representa el nuevo cambio de paradigma sobre la sanción bajo la concepción del interés superior del niño y de la protección integral de este. Este trabajo, en definitiva, representa una depuración de los conceptos utilizados, tanto para realizar la tan necesaria simbiosis entre teoría y práctica como para establecer por primera vez los parámetros de aplicación de los tratados y convenios sobre derechos humanos al tema.

La exposición es clara y precisa y, pese a que muchas veces se expresa en tono polémico, tiene a menudo la virtud de señalarnos los errores para replantearnos algunos temas. Esta peculiaridad del trabajo de los doctores Tiffer y Llobet nos brinda un estudio que, sin duda alguna, se constituirá de uso obligatorio para los operadores judiciales nacionales y latinoamericanos, ya que la tesis que tratan, *la sanción penal juvenil*, como instrumento jurídico innovador, significa todo un cambio revolucionario en

un tema tan complejo como la diversificación de las sanciones que pueden imponérsele a los niños, niñas y adolescentes.

En un momento histórico en el cual la mayoría de los países del mundo avanzan hacia un nuevo derecho y en que la fase de ejecución se ha convertido en un asunto espinoso y de difícil manejo sobre el que no hay nada escrito, doble mérito para los autores, pues con base en la práctica jurisprudencial y la reflexión doctrinal establecen los pilares de lo que será, sin duda, uno de los fundamentos de los futuros estudios sobre este campo. Estamos, en definitiva ante un trabajo —yo diría que en estos momentos el único— que aborda con seriedad, exhaustividad y rigor el tema de la sanción en el nuevo proceso penal juvenil.

San Antonio de Belén, a los 30 días de noviembre de 1998.

**Dr. Gilbert Armijo**  
**Presidente**  
**del Tribunal Superior Penal Juvenil**

# CAPÍTULO I

## INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, PROTECCIÓN INTEGRAL Y GARANTISMO (EN PARTICULAR CON RESPECTO A LAS SANCIONES Y SUS ALTERNATIVAS EN EL DERECHO PENAL JUVENIL)

Dr. Javier Llobet Rodríguez

1. Concepto de interés superior y protección integral del niño. 2. El interés superior y la protección integral del niño en la doctrina de la situación irregular. 3. El interés superior y la protección integral del niño en la doctrina de la protección integral. 4. Las sanciones y sus alternativas como lo característico del derecho penal juvenil. 5. La diversión y el archivo del proceso con base en criterios de oportunidad. Relación con las sanciones del derecho penal juvenil. 6. El peligro del archivo del proceso con base en criterios de oportunidad en contra de los intereses del niño. 7. Problemática de la presunción de inocencia y el derecho a abstenerse de declarar con la diversión del derecho penal juvenil. 8. Sanciones no privativas de libertad. 9. El peligro de la extensión del sistema penal juvenil a través de la diversión y las sanciones no privativas de libertad. 10. El peligro de la extensión de la aplicación del internamiento en un centro especializado. 11. El peligro de la imposición de una sanción por encima de la culpabilidad del joven. 12. Carácter de la sanción penal juvenil en la doctrina de la protección integral. 13. Comentarios finales. 14. Bibliografía.

### 1. CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE ÉSTE

El Art. 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala como uno de los principios rectores de su interpretación el *interés superior del niño*<sup>1</sup>. Se trata de un concepto de

---

<sup>1</sup> Se utiliza el término “niño”, debido a que es el empleado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la que considera como tal a “todo ser humano menor de dieciocho

difícil precisión, de carácter difuso, tal y como lo ha indicado Gilbert Armijo Sancho<sup>2</sup>. En lo atinente a dicho concepto se encuentran diversos artículos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>; por ejemplo, el artículo 3, inciso 1, menciona que “En todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”. A este se había referido, igualmente, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño<sup>4</sup>.

En el artículo 5 del Código de la Niñez y de la Adolescencia se intenta definir el concepto de “interés superior del niño”, indicándose que:

“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura de su pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

---

años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art. 1). La Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense es aplicable a las personas que “... tengan una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales” (art. 1. Véanse además los artículos 2 y 6). De acuerdo con el lenguaje común, es más adecuado hablar de “adolescente” o “joven” en vez de “niño”, ello con respecto a los sujetos que se encuentren bajo la Ley de Justicia Penal Juvenil. En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia considera “...niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho” (art. 2). En este apartado, al mencionarse el interés superior del niño y a la protección integral de este, se utilizará el término “niño” para referirse a aquellos menores de dieciocho años que sean sujetos del derecho penal juvenil. En el capítulo tercero se empleará preferentemente el término “joven” en vez del de “niño”, término aquel que, como se dijo, resulta más adecuado.

<sup>2</sup> Cf. Armijo Sancho, G., *Manual de derecho procesal penal juvenil*, San José: Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 65. Sobre ello véase además: Belfo, M., “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en: García Méndez, E. y Belfo, M. (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, p. 87.

<sup>3</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes artículos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: 3, inciso 1; 9, incisos 1 y 3; 18, inciso 1; 20, inciso 1; 21, primer párrafo. La mayoría de dichos artículos se ocupan de problemas de custodia de los niños, o sea, de problemas del derecho de familia. Acerca de la problemática de la determinación del interés del niño en lo concerniente a la tenencia de los niños: Elster, J., *Juicios salomónicos*, Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 108-147.

<sup>4</sup> Aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1386 (XIV), aprobada en 1959: principios 2 y 7, párrafo 2.



- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social”.

El primer párrafo de dicho artículo define lo que debe entenderse por “interés superior del niño”, de modo que la enumeración que se hace con posterioridad debe considerarse en relación con lo indicado en dicha definición. Así, por ejemplo, “la correspondencia entre el interés individual y social”, que se dice debe considerarse a efectos de determinar el interés superior del niño, no ha de ser entendida como un balance entre este y el interés “superior” de la colectividad. Más bien, la mención que se hace en este artículo mencionado del “interés individual y social”, ha de interpretarse en el sentido de que el “pleno desarrollo personal” del niño supone la consideración por este de su responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad.

De relevancia es que al referirse al “interés superior del niño”, al igual que a la “protección integral del niño” como otro principio rector de la justicia penal juvenil<sup>5</sup>, se está mencionando que esta debe considerar lo que es más conveniente para la reinserción familiar y social del joven<sup>6</sup>, o sea, lo que ha sido conocido en Alemania como el principio director de la educación, que lleva a diferenciar el derecho penal juvenil del derecho penal de adultos.

---

<sup>5</sup> Art. 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. El artículo 7 del Código de la Niñez y la Adolescencia dice: “Desarrollo integral. La obligación de procurar el desarrollo integral de la persona menor de edad le corresponde, en forma primordial, a los padres o encartados./Las instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, regulado en el título IV de este Código, garantizarán el respeto por el interés superior de estas personas en toda decisión pública y privada. La Defensoría de los Habitantes de la República velará por el cumplimiento efectivo de estas obligaciones”.

<sup>6</sup> En este sentido indica Carlos Tiffer Sotomayor que el reconocimiento por la Ley de Justicia Penal Juvenil de principios como el de protección integral, el interés superior de la persona menor de edad y el respeto necesario de sus derechos humanos, tiene como objetivo asegurar su formación integral, es decir, una formación que abarque todos los ámbitos de su desarrollo (los aspectos sociales, culturales, familiares, psíquicos y jurídicos). En todo momento —agrega— debe tenerse presente el interés superior del joven o adolescente para su reinserción familiar y social. (Tiffer Sotomayor, C., *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada, con exposición del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto y otros, 1996, pp. 32-33.)

La definición mencionada coincide en lo fundamental con el principio 2 de la Declaración de Derechos del Niño, que dice: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si se analizan las normas citadas, debe concluirse que existe una interrelación entre los principios de interés superior del niño y de protección integral de este, ya que el primero no indica en qué sentido debe realizarse la consideración del interés superior del niño, sino dicho sentido se extrae del principio de protección integral del mismo<sup>7</sup>.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO EN LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

La ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup> y, con posterioridad, la aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense<sup>9</sup>, supuso un cambio de paradigma, abandonándose la *doctrina de la situación irregular*<sup>10</sup> y asumiéndose la *doctrina de la protección integral*.

---

<sup>7</sup> En este sentido parece pronunciarse Miguel Cillero Bruñol cuando dice lo siguiente: “El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o ‘nivel de vida adecuado’ (art. 27.1. de la Convención). (Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en: García Méndez, E. y Belfo, M., *op. cit.*, p. 82.

<sup>8</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y entró en vigencia el 2 de setiembre de 1990. Fue ratificada por Costa Rica por Ley 7184 del 18 de julio de 1990. En lo relativo a los orígenes y al catálogo de derechos de la Convención de Derechos del Niño: Stempel, R., “Fünf Jahre Geltung der Konvention über die Rechte des Kindes”, en: *ZRP* (Alemania), 1996, pp. 81-84. En lo concerniente a su trascendencia para la justicia penal juvenil: García Méndez, E., “La convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, en: *Foro Penal* (Colombia), nº 57, 1992, pp. 421-432.

<sup>9</sup> Ley 7576 del 6 de febrero de 1996. La ratificación legislativa por Costa Rica de la Convención sobre Derechos del Niño hacía necesario adaptar la legislación ordinaria a dicha Convención. Ello suponía la modificación integral de la legislación ordinaria. La respuesta legislativa inicial fue la aprobación de una modificación a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores en 1994, reforma que presentaba el problema de una modificación meramente parcial de una ley basada en la doctrina de la situación irregular, con lo cual se mantenía incluso el procedimiento inquisitivo originario. Un comentario al texto producto de esta reforma en: Burgos Mata, A., *Ley Orgánica de*

Debe reconocerse, sin embargo, que mientras la expresión “situación irregular” servía bien para describir al derecho *tutelar* juvenil, el concepto “protección integral”, a pesar de su aceptación generalizada, no es el más adecuado para describir la concepción del derecho *penal* juvenil resultante de la Convención sobre los Derechos del Niño y de diferentes reglas mínimas del derecho internacional de los derechos humanos referentes a la justicia penal juvenil y a la prevención de la delincuencia juvenil<sup>11</sup>. Lo anterior ya que principios como el interés superior del niño y la protección integral de este eran propios también de la doctrina de la situación irregular<sup>12</sup>. Debe recordarse que esta doctrina pretendía actuar en defensa del interés superior de este para asegurarle el disfrute de sus necesidades subjetivas (protección integral)<sup>13</sup>.

En la doctrina de la situación irregular, el interés superior del niño hacía que para el derecho *tutelar* juvenil perdieran importancia las garantías procesales y penales. Lo anterior ya que se decía que todo era para “salvar al niño”, sea en defensa de su interés superior.

---

*la Jurisdicción Tutelar de Menores*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995. Sobre el significado de la reforma: Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., “Comentario al proceso de reforma legislativa en Costa Rica”, en: García Méndez, E. y Belfo, M., *op. cit.*, pp. 393-396.

<sup>10</sup> Sobre la doctrina de la situación irregular: Armijo Sancho, G., *op. cit.*, pp. 34-35; Tiffer Sotomayor, C., “Un modelo armado para aplicar: justicia penal juvenil costarricense”, en: UNICEF y otros (editores), *Seminario Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, 1998, pp. 15-16; García Méndez, E., “Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales”, en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (editores), *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, 1996, pp. 231-232.

<sup>11</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD). El texto de todas ellas puede consultarse en: Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, pp. 249-285; Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores). *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, pp. 255-295.

<sup>12</sup> Emilio García Méndez, se refirió —el 19 de agosto de 1998 en el Seminario de Derecho Penal Juvenil organizado por UNICEF y otros— a que el principio del interés superior del niño procede de la doctrina de la situación irregular. A ello hacen mención también: Cillero Bruñol, M., *op. cit.*, pp. 75-77; Beloff, M., *op. cit.*, p. 87.

<sup>13</sup> Así Mendizábal Osés en 1977, comentando un derecho de menores propio de la doctrina de la situación irregular, indica que uno de los principios de este es el de la *protección integral* de la persona del menor, en virtud del cual emana todo un sistema jurídico dirigido a asegurarle el disfrute de sus necesidades básicas. (Mendizábal Osés, L., *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977, p. 368.)

Debe tenerse en cuenta que la doctrina de la situación irregular en relación con el derecho juvenil, encuentra sus orígenes en la creación de los primeros tribunales juveniles y en el movimiento denominado como de “salvación del niño”, que se desarrolló en los Estados Unidos de América<sup>14</sup>. Este se destinaba a sustraer a los adolescentes de la justicia penal de adultos y a crear programas especiales para niños delincuentes, dependientes y abandonados<sup>15</sup>. Dicho movimiento, destinado a “salvar al niño”, se consideraba a sí mismo como un gran avance y parte integrante de la ayuda asistencial<sup>16</sup>. Se partía de que tenía un carácter altruista y humanitario, que veía su causa como caso de conciencia y moral<sup>17</sup>. Se decía que se humanizaba el sistema de

---

<sup>14</sup> Se acepta en general que el primer tribunal juvenil oficial fue creado en 1899 en Illinois. Sobre ello dice Anthony Platt: “Ha habido algún debate acerca de si fue Illinois o no el primer estado en crear un tribunal especial para niños. Massachussetts y Nueva York aprobaron leyes, en 1874 y 1892 respectivamente, en que se disponía que los menores acusados de delitos fueran juzgados aparte de los adultos. Ben Lindsey, famoso juez y reformador, también pedía esta distinción para Colorado, donde efectivamente se creó un tribunal para menores por medio de una ley sobre educación de 1899. Pero suele aceptarse que la ley de tribunales para menores aprobada por la legislatura de Illinois aquel mismo año fue la primera promulgación oficial de este tipo que serviría de modelo para otros estados y países. Para 1917, en todos los estados menos en tres se había aprobado una ley de tribunales para menores, y para 1932 había por todo Estados Unidos más de 600 tribunales independientes de este tipo” (Platt, A., *Los salvadores del niño*, México, Siglo XXI, 1982, p. 37). Sobre el movimiento hacia la creación de los tribunales de menores, véase además: Barbero Santos, M., *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 94-108.

<sup>15</sup> Así: Platt, A., *op. cit.*, p. 37.

<sup>16</sup> Así: Platt, A., *op. cit.*, p. 37. Sobre ello en Costa Rica, referido a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores de 1963, es importante anotar que esta fue percibida al momento de su aprobación como un gran avance. De esa manera, se decía que con ella se tomaba en cuenta al protagonista del delito como un individuo que necesitaba ayuda, estímulo y orientación, yendo más allá de la idea de humanizar la pena, al sustituirla por medidas de reeducación, con lo cual se desechaban de la administración de justicia los viejos y anticuados métodos en virtud de los cuales la expiación y el castigo deberían ser siempre la consecuencia ineludible del delito. (cf. Vargas Solera, M. E., “La jurisdicción tutelar de menores en Costa Rica”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas* (Costa Rica), n<sup>o</sup> 4, 1964, pp. 297-29). Se señalaba que el fundamento de la Ley era la readaptación social y moral del menor infractor, reflejo de las inquietudes más significativas de este siglo, afianzando los elementos que conforman su efectiva libertad y dignidad de seres humanos. (*ibid*, pp. 303-304). Se indicaba que con esta Ley el Poder Judicial dejaba de ser simplemente declarativo y represivo ante un conflicto jurídico, colocándose en una posición más activa frente a la responsabilidad conjunta de todos los organismos del Estado por el bien común. (*ibid*, p. 304).

<sup>17</sup> Así: Platt, A., *op. cit.*, p. 31. Sin embargo, dice Anthony Platt: “Si bien los salvadores del niño justificaban sus reformas por humanitarias, es evidente que ese humanitarismo reflejaba su trasfondo de clase y sus concepciones elitistas de la potencialidad humana. Los salvadores del niño compartían la opinión de los profesionales más conservadores de que los ‘criminales’ eran una clase diferente y peligrosa, indígena en la cultura de la clase obrera, y un peligro para la sociedad ‘civilizada’. Diferían sobre todo en los procedimientos que debían emplearse para controlar y neutralizar la ‘clase criminal’”. (*ibid*, p. 29). Luego agrega que “El movimiento pro salvación del niño, como todas las cruzadas morales, reafirmaba los valores ideales y subrayaba las capacidades positivas de las instituciones tradicionales. La ideología de los salvadores del niño

justicia penal al salvar al niño de cárceles y prisiones, creándose instituciones judiciales y penales dignas para las personas menores de edad.

Sin embargo, lo cierto es que se llegó a una extensión del control social de los niños, restringiendo sus derechos fundamentales y su vida privada en una medida mucho mayor que el derecho penal de adultos<sup>18</sup>, degradándose al niño al carácter de objeto. Estas apreciaciones son totalmente válidas con respecto a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores costarricense de 1963.

Acerca de todo ello dice Platt lo siguiente:

“Una de las importantes consecuencias del movimiento redentor del niño fue la lograda cosificación de la juventud. Muchas de las reformas de los salvadores del niño apuntaban a imponer sanciones a jóvenes de conducta impropia y no a conceder a los jóvenes los beneficios de que gozaban los adultos. Los salvadores del niño se ocupaban más en restringir que en liberar, con su proteger al niño tanto de las debilidades morales como de los peligros materiales. La austeridad del derecho y las instituciones penales no era su principal preocupación, ni tampoco les interesaban sobremanera los problemas relativos a los delitos ‘clásicos’ contra la persona o la propiedad. Su interés principal era el comportamiento normativo de la juventud: sus recreos, sus ocios, su educación, sus perspectivas de vida, sus actitudes para con la autoridad, las relaciones familiares y la moral personal”<sup>19</sup>.

En sentido similar indica Luigi Ferrajoli:

“El tradicional paradigma paternalista del Derecho minoril resulta de hecho por su naturaleza informal y discrecional, siempre consignado a un supuesto poder ‘bueno’ que invariablemente actuaría en el ‘interés superior del menor’. Es

---

era una amalgama de convicciones y aspiraciones. De la profesión médica tomaban la imaginería de patología, infección, inmunización y tratamiento; de los principios del darwinismo social hacían derivar sus pesimistas opiniones sobre la pertinencia de la humana condición y los defectos morales innatos de la clase baja; finalmente, sus ideas sobre los orígenes biológicos y ambientales del crimen pueden atribuirse a la tradición positivista de la criminología y a los sentimientos antiurbanos asociados con la ética rural protestante”. (*ibid*, p. 44).

<sup>18</sup> Así: Platt, A., *op. cit.*, p. 31.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 117.

justamente este presupuesto el que ha sido dramáticamente desmentido por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y legitimado los peores abusos y arbitrariedades”<sup>20</sup>.

Característico de ello fue una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905, en la que se dijo lo siguiente:

“El padre natural no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad (...) para salvarle y protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos, de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como *parens patriae*, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales”<sup>21</sup>.

### 3. EL INTERÉS SUPERIOR Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Debe reconocerse que la forma en que se concibe la protección integral del niño y con ello el principio educativo marca una diferencia entre las doctrinas de la situación irregular y de la protección integral, puesto que esta última parte, en definitiva, del carácter de sujeto de derechos del niño a diferencia de la concepción de mero objeto de la actuación estatal tutelar que le atribuía la doctrina de la situación irregular.

A ello se agrega que aspecto fundamental de la concepción de la doctrina de la protección integral es que ni el principio del interés superior del niño ni el de la protección integral de este pueden servir para restringir las garantías del derecho penal y procesal penal del niño más allá de las establecidas con respecto a los mayores<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ferrajoli, L., “Prefacio”, en: E. García Méndez, E. y Belfo, M., *op. cit.*, p. XIII.

<sup>21</sup> Citada por: Barbero Santos, M., *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>22</sup> En el voto 1772-97 de la Sala Constitucional se dijo: “La idea de esta nueva legislación es dotar, al menor acusado por la comisión de un delito, de todas las garantías procesales que disfruta el imputado en un proceso penal de adultos, más aquéllas que sean propias de la condición de menor”. Sobre la protección de los derechos humanos del niño en el derecho procesal y penal juvenil producto de la doctrina de la protección integral: Maxera, R., “La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica”, en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Editorial Galerna, 1992, pp. 187-215; Maxera, R.,

Así, en el derecho penal juvenil el principio del interés superior del niño no debe llevar a caer en la “trampa” a la que conduce la doctrina de la situación irregular, de modo que no debe funcionar para limitar las garantías penales y procesales del niño. Precisamente el temor a que el principio educativo, que surge de los principios del interés superior del niño y de protección integral, se utilice para justificar las violaciones de los derechos fundamentales del joven, ha conducido a un sector de la doctrina a cuestionar dicho principio, el que ha sido catalogado como un “caballo troyano en el estado de derecho”<sup>23</sup>.

El temor no deja de ser fundado. Por ejemplo, en Alemania un sector de la doctrina, con una legislación similar a la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, ha sostenido que el abogado defensor del joven debe atender primordialmente lo que es más conveniente para este desde el punto de vista educativo. Se ha dicho que mientras en el procedimiento ordinario el defensor debe buscar la absolución o castigo suave del imputado, en el procedimiento juvenil esto no se halla en primer lugar, sino que debe estar sometido al interés educativo del joven<sup>24</sup>. Igualmente, en lo relativo a la prisión preventiva, se dice en la doctrina que la jurisprudencia la utiliza con frecuencia como un *shock* de advertencia al joven, ello cuando con posterioridad se va a suspender la pena<sup>25</sup>. Incluso autores como Paeffgen, que han criticado fuertemente la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración delictiva prevista en el derecho procesal penal de adultos, indican que en el caso del derecho penal juvenil esta se encuentra justificada debido al pensamiento educativo de dicho derecho<sup>26</sup>. En nuestro

---

“Un modelo de responsabilidad penal juvenil”, en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller...*, 1998, pp. 41-44.

<sup>23</sup> A esta crítica hace mención Kaiser, quien la rechaza. Kaiser, G., “Strafen statt Erziehen?”, en: *ZRP* (Alemania), n<sup>o</sup> 11, 1997, p. 455.

<sup>24</sup> A dicha discusión en Alemania se refieren: Albrecht, P.-A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 69-103; Zieger, “Verteidiger in Jugendstrafsachen. – Erfahrung und Empfehlungen”, en: *StV* (Alemania), 1982, pp. 305-313; Schickum. “Verteidigung in Jugendsachen Mithilfe zur Verurteilung”, en: *StV* (Alemania), 1981, pp. 359-362.

<sup>25</sup> Una crítica a esta práctica en: Dünkel, F., *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher*, Bonn, Forum-Verlag, Godesberg, 1990, pp. 373-374; Dünkel, F., “Deutschland”, en: Dünkel, F. y Vaag, J. (editores), *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1994, p. 81; Schaefer, S., *Die Untersuchungshaft als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992, pp. 119-124.

país el interés superior del niño ha sido utilizado para criticar las garantías establecidas en la Ley de Justicia Penal Juvenil; así José Daniel Hidalgo Murillo critica la acogida del principio de legalidad del derecho penal sustantivo y el abandono del “peligro social” como requisito para la intervención del sistema penal juvenil, diciendo:

“Una legislación tutelar de menores no puede nunca —sería—es— un error de principio— hacer referencia únicamente a los tipos penales de nuestra legislación penal. Una legislación tutelar así concebida, tal como es y está siendo concebida actualmente, es ya un fracaso al reto en la tutela del menor en riesgo o peligro social. Es un fracaso, porque es una tutela tardía. Una tutela que trata de ‘tutelar’ al que ya ha llegado al colmo de su conducta al cometer acciones delictivas. Una ‘tutela’ que no puede tutelar, sino que, como ‘tutela’ está llamada ahora —por haberse actuado tarde— a resocializar, a rehabilitar, a educar. Si una legislación tutelar de menores se preocupa del menor ‘delincuente’, del menor que ya cometió un hecho delictivo, un hecho tipificado como delito, renuncia, por ese error de estilo, de criterio y de concepción real del problema, a la tutela del menor en riesgo social. Por ende, es una legislación desde su nacimiento, incoherente con los fines que quiere alcanzar. De ese modo, un menor en riesgo social, que exige de su tutela jurisdiccional, pero que todavía no ha cometido un hecho delictivo tiene el derecho de señalar —acusando— al legislador por haberse equivocado. Tiene derecho de señalar acusativamente al Juez Tutelar de Menores por haber llegado

---

<sup>26</sup> Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts*, Colonia y otros, 1986, p. 144, nota al pie 599. Sobre las razones por las que debe ser rechazada la causal de peligro de reiteración delictiva tanto en el derecho penal de adultos como en el derecho penal juvenil, por violentar la presunción de inocencia: Llobet Rodríguez, J., *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, UCI, 1997, pp. 232-256; Llobet Rodríguez, J., *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, pp. 138-150; Llobet Rodríguez, J., “El artículo 417 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)”, en: *Nuevo Foro Penal* (Colombia), 1992, pp. 517-527. La Sala Constitucional costarricense, sin embargo, ha admitido la constitucionalidad de la causal de peligro de reiteración delictiva prevista en la legislación procesal penal de adultos; véase votos 3255-93; 1438-92 y 1739-92. En la legislación juvenil costarricense no se admitió como causal para la detención provisional (art. 58), lo que no ha sido obstáculo para que en casos excepcionales se la haya admitido con base el argumento de la aplicación supletoria de la legislación procesal penal de adultos; en relación con ello véanse, por ejemplo, los votos 42-97 y 49-97 del Tribunal Superior Penal Juvenil. Dicha interpretación no sería admisible debido a que existe regulación expresa de las causales de detención provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil; sobre la discusión al respecto: Armijo Sancho, G., *op. cit.*, pp. 156-158.



tarde. Tiene el derecho de decirnos, al llegar al Tribunal Tutelar que nos preocupamos ahora, cuando es tarde, y le dejamos solo, desamparado, indefenso, influido, ambientado, por una situación de riesgo, donde éramos necesarios y se exigía nuestra pronta tutela”<sup>27</sup>.

Indica, además, lo siguiente:

“Si la ‘protección integral’ es un principio rector del procedimiento penal juvenil, el proceso, más que a la investigación del delito y la búsqueda de su autor, debió ir encaminado al estudio del joven al que se le atribuye un hecho delictivo para facilitar con ello la práctica de tareas educativas que permitan su socialización”<sup>28</sup>.

#### **4. LAS SANCIONES Y SUS ALTERNATIVAS COMO LO CARACTERÍSTICO DEL DERECHO PENAL JUVENIL**

El derecho penal juvenil tiene algunas reglas particulares de carácter procesal basadas en el principio educativo. Por ejemplo: la exclusión de la publicidad del juicio oral<sup>29</sup>, la confidencialidad del proceso penal juvenil<sup>30</sup>, la intervención procesal de los padres o representantes del joven acusado<sup>31</sup>, la necesidad de que se realicen estudios psicosociales a este<sup>32</sup>, los límites temporales de corta duración e improrrogables de la

---

<sup>27</sup> Hidalgo Murillo, J. D., *La aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 34. En el caso costarricense, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores de 1963 no respetaba el principio de legalidad. Así establecía, en el artículo 61, la facultad del juez de decidir “si ha de proseguirse la acción tutelar”, cuando “los hechos no constituyen delito, cuasidelito o falta, o si hubiese operado prescripción o perdón del ofendido o los representantes a favor del menor”. Con ello se relativizaba el artículo 2 de la Ley, que parecía limitar la acción tutelar a los supuestos en que se atribuía al menor una “infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta”. Cf. Bacigalupo, E., *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1991, Akal/lure, p. 416.

<sup>28</sup> Hidalgo Murillo, J. D., *op. cit.*, p. 39.

<sup>29</sup> Art. 99 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ). Sobre dicho artículo: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 96-97.

<sup>30</sup> Art. 20 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, *Ley...*, p. 41; Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., *op. cit.*, p. 399.

<sup>31</sup> Art. 33 LJPJ. Sobre dicho artículo: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 51-52.

<sup>32</sup> Art. 93 LJPJ. Sobre dicho artículo: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 93.

prisión preventiva<sup>33</sup>, las reglas procedimentales que regulan la forma de llegar a las soluciones al conflicto alternativas<sup>34</sup>.

Sin embargo, las reglas procesales no son lo característico del derecho penal juvenil conforme a la doctrina de la protección integral, puesto que con la adopción de esta se asumieron las garantías propias del derecho procesal penal de adultos, adquiriendo así gran importancia la aplicación supletoria de este<sup>35</sup>.

Por ello hay que diferir de lo dicho por Emilio García Méndez en el sentido de que el derecho penal juvenil es derecho procesal y no derecho de fondo<sup>36</sup>.

Tampoco se caracteriza el derecho penal juvenil por la aplicación propia de reglas de derecho penal sustantivo en lo relativo a la teoría del delito<sup>37</sup> o al listado de delitos previsto en la parte especial<sup>38</sup>.

Más bien el aspecto característico del derecho penal juvenil es lo atinente a las sanciones: con base en los principios de interés superior del niño y de protección integral de este, evita la imposición de una sanción, y cuando ella es inevitable dispone la menor restricción de derechos posible, tratando de no imponer una sanción privativa de libertad<sup>39</sup>. Igualmente la ejecución de la sanción —y dentro de esta la privativa de

---

<sup>33</sup> Art. 59 LJPJ. Sobre dicho artículo: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 59. En la Ley de Justicia Penal Juvenil se establece un plazo máximo de cuatro meses para la detención provisional, contada dentro de aquel la prórroga a esta (art. 59). Sin embargo, en forma excepcional, en asuntos de gravedad, se ha admitido un plazo mayor de la prisión preventiva, lo que ha sido avalado por la Sala Constitucional; véase al respecto el Voto 8210-97.

<sup>34</sup> Arts. 80 y 89 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 85 y 90.

<sup>35</sup> Sobre el derecho procesal penal juvenil costarricense, consúltese en particular: Armijo Sancho, G., *op. cit.*; Campos Zúñiga, M. y Cubero Pérez, F., *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*, San José, Escuela Judicial, 1996.

<sup>36</sup> Según lo indicó el 19 de agosto de 1998 en el Seminario de Derecho Penal Juvenil organizado por UNICEF y otros.

<sup>37</sup> Cf. Baumann, J. y Weber, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985, p. 745. Acerca de ello dicen Rita Maxera y Carlos Tiffer: "No obstante (su) (...) especialidad, el derecho penal juvenil debe nutrirse de los principios generales del derecho penal de adultos, de ahí la importancia de la concepción de un derecho penal liberal y democrático dentro de un Estado de Derecho. El derecho penal común nutre a este derecho penal juvenil en sus principios, como por ejemplo: el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio de culpabilidad". (Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., "Comentario...", p. 397.

<sup>38</sup> Véase la sección 3 del capítulo tercero de este libro.

<sup>39</sup> Véanse las secciones 3 y 4 del capítulo tercero de este libro.

libertad— presenta particularidades en el Derecho Penal Juvenil, estando profundamente influida por el principio educativo<sup>40</sup>.

## 5. LA DIVERSIÓN Y EL ARCHIVO DEL PROCESO CON BASE EN CRITERIOS DE OPORTUNIDAD. RELACIÓN CON LAS SANCIONES DEL DERECHO PENAL JUVENIL

Característica del derecho penal juvenil es que ha tenido amplia difusión la diversión o diversificación<sup>41</sup> y el archivo del proceso a través de la aplicación de criterios de oportunidad, especialmente el de insignificancia<sup>42</sup>.

En definitiva, tanto el archivo con base en criterios de oportunidad<sup>43</sup> como la diversión<sup>44</sup> tienen una naturaleza de derecho penal sustantivo. El primero de ellos debido a que implica una descriminalización de carácter procesal, unido a que se fundamenta en la desproporcionalidad de la realización del proceso y la imposición de una sanción en el caso concreto<sup>45</sup>. El carácter sustantivo de la diversión queda claro con su vinculación con la teoría de la sanción penal, de acuerdo al principio de *ultima ratio*<sup>46</sup>. Ello se expresa en la Ley de Justicia Penal Juvenil a través de la conciliación<sup>47</sup> y la suspensión del proceso a prueba<sup>48</sup>.

---

<sup>40</sup> Véase la sección 9 del capítulo tercero de este libro.

<sup>41</sup> Véase lo indicado en la nota 39.

<sup>42</sup> Véase lo indicado en la nota 39.

<sup>43</sup> Al respecto se dice en la exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1988: “Los criterios de oportunidad deben ser fijados por la ley penal, pues representan soluciones normativas materiales para el ejercicio de la persecución penal...” (en: Maier, J., *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, T. Ia), pp. 387-388).

<sup>44</sup> Así se dice en la exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1988: “La regulación jurídica de la posibilidad de suspender el proceso a prueba, sintéticamente: probation, es materia de la ley penal (casos, condiciones, efectos, instrucciones e imposiciones, plazo de prueba), pues constituye un aspecto material de la ejecución de la persecución penal...” (en: Maier J., *Derecho...*, p. 389).

<sup>45</sup> Cf. art. 56 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Sobre el fundamento que tiene el criterio de oportunidad reglado basado en la insignificancia en el principio de proporcionalidad: Chirino Sánchez, A., “A propósito del principio de oportunidad y del criterio de ‘insignificancia del hecho’, en: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Asociación de Ciencias Penales y Colegio de Abogados, 1997, pp. 130-134.

<sup>46</sup> Sobre ello véase la sección 3 del capítulo tercero de este libro.

## 6. EL PELIGRO DEL ARCHIVO DEL PROCESO CON BASE EN CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN CONTRA DE LOS INTERESES DEL NIÑO

En lo relativo a la aplicación del criterio de oportunidad reglado<sup>49</sup>, fortalecido en el derecho penal juvenil por los principios de interés superior y de protección integral del niño, debe evitarse que en asuntos con respecto a los cuales sería aplicable un sobreseimiento definitivo basado en la certeza de la no comisión de los hechos por el joven o la duda al respecto, se aplique un criterio de oportunidad reglado<sup>50</sup>. Si así sucediera, la aplicación de dicho criterio operaría, en definitiva, en contra del joven, puesto que no puede dejarse de considerar que es diferente que se archive el asunto con base en la certeza o la duda de la inocencia, a que ocurra lo mismo con fundamento, por ejemplo, en la “culpabilidad insignificante”<sup>51</sup>.

## 7. PROBLEMÁTICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A ABSTENERSE DE DECLARAR CON LA DIVERSIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

En lo atinente a la suspensión del proceso a prueba y la conciliación —expresión del movimiento hacia la diversión en el derecho penal juvenil—, debe reconocerse que no dejan de ser problemáticas, ya que presentan dificultades especialmente con la presunción de inocencia y el derecho a abstenerse de declarar.<sup>52</sup> En un Seminario

---

<sup>47</sup> Arts. 61-67 LJPJ.

<sup>48</sup> Arts. 89-92 LJPJ.

<sup>49</sup> Art. 56 LJPJ.

<sup>50</sup> Acerca de ello: Llobet Rodríguez, J., *Proceso penal comentado*, San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1998, pp. 162-163.

<sup>51</sup> Art. 56 a) LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 68-70.

<sup>52</sup> Puede verse al respecto la referencia, sin tomar partido, que hace Alejandro Rojas con respecto a la suspensión del proceso a prueba en el derecho penal juvenil: Rojas, A., "Ley de Justicia Penal Juvenil: una garantía de protección de los derechos de las Personas menores de edad", en: UNICEF y otros, *Seminario-Taller* p. 63.}

reciente<sup>53</sup> alguna de las personas participantes dijo que, no obstante dichos problemas, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba debían ser admisibles con base en el principio del interés superior del niño. Esa argumentación no puede ser admisible, pues con ella se llega a utilizar dicho principio para admitir violaciones de los derechos fundamentales del joven, tal y como sucedía con la doctrina de la situación irregular.

La problemática que presentan la conciliación y la suspensión del proceso a prueba con los principios constitucionales mencionados no es exclusiva del derecho penal juvenil, sino que la presenta también el derecho procesal penal de adultos.<sup>54</sup> La solución en uno y en otro no debería diferir. No cabe duda de que el constatar dichos problemas no puede dejar de causarnos pesar en cuanto a que se eliminen las soluciones al conflicto alternativas y se tenga que resolver el asunto con el dictado de una sentencia y la eventual imposición de una sanción, la que puede ser incluso privativa de libertad,<sup>55</sup> todo lo cual iría en contra del principio de proporcionalidad,<sup>56</sup> que impone que en el derecho penal juvenil, al igual que en el derecho penal de adultos, la imposición de una sanción debe ser la *ultima ratio*, consecuencia del subprincipio de necesidad.

La doctrina latinoamericana tiende a afirmar que el principio de proporcionalidad es consecuencia del de presunción de inocencia,<sup>57</sup> mientras que la alemana señala, por

---

<sup>53</sup> Intervención realizada el 30 de mayo de 1998 en el Seminario de Derecho Penal Juvenil realizado en La Catalina (Heredia), organizado por la Asociación de la Judicatura y otros.

<sup>54</sup> Sobre dicha problemática en el derecho procesal penal de adultos: Llobet Rodríguez, J., "Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y estado de derecho", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 208-221.

<sup>55</sup> Así Luciano Varela señala, refiriéndose a la suspensión del proceso, que "...resulta difícil explicar que se limite aquella autonomía so pretexto de garantía del individuo al que se le niega. Así, aun cuando éste rechace el estrépito del proceso o la demora de su resolución, deberá Soportar uno y otra en aras de la protección frente a sospechados ataques a su libertad. Algo así como empeorar al enfermo suministrándole dosis de salud". (Varela, L., "Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso", en: Consejo Nacional del Poder Judicial (editor), *La victimología*, Madrid, 1993, P. 117).

<sup>56</sup> Sobre el Principio de proporcionalidad y su rango constitucional: Llobet Rodríguez, J., *La prisión...*, pp. 263-264.

<sup>57</sup> De Araujo Junior, J. M., "Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los derechos del hombre en Brasil", en: *RIDP* (Francia), 1993, p. 986; De la Rúa, F. y Maier, J. .," Informe sobre las Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, 1982,

el contrario, que la presunción de inocencia deriva del principio de proporcionalidad.<sup>58</sup> Se trata en realidad de dos principios diversos, protectores ambos del imputado (joven o adulto) en cuanto a imponer límites a la injerencia estatal. Demostración de que se trata de dos principios diferentes, y que incluso pueden entrar en conflicto, es la problemática mencionada con respecto a la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. De importancia es que al ser la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad dos principios protectores del imputado, en los casos de conflicto entre ambos, debe estarse al principio más protector de los dos.<sup>59</sup> Por ello en lo relativo a la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, el posible quebranto de la presunción de inocencia no debe llevar a negar la posibilidad de dichas soluciones alternativas,<sup>60</sup> ello con base en el principio de proporcionalidad.

En lo relativo a la violación del derecho a abstenerse de declarar, es importante mencionar que no se reguló expresamente en la Ley de Justicia Penal Juvenil<sup>61</sup> —a diferencia del Código Procesal Penal de 1996<sup>62</sup> — que la suspensión del proceso a prueba requiera la aceptación de los cargos por parte del joven.

---

pp. 90-91 Minvielle, B., "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal", en: *Doctrina Penal* (Argentina), n.º 41, 1988, p. 93; Maier, J., *Derecho...*, pp. 287-294; Maier, J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso*, Buenos Aires, 1981, p. 139; Rojas y García, "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", en: *Doctrina Penal* (Argentina), 1991, p. 206.

<sup>58</sup> Así se sostiene, en lo relativo a la prisión preventiva, que la presunción de inocencia supone la prohibición de una prisión preventiva desproporcionada. Cf. *BVerfGE* 20, 45 (49); *BVerfGE* 20, 144 (147); *BVerfGE* 36, 264 (270); *BVerfGE* 53, 152 (158). También se indica con frecuencia que la presunción de inocencia es una concretización del principio de proporcionalidad. Cf. Arbeitskreis Strafprozessreform, *Die Untersuchungshaf. Gesetzentwurf mit Begründung*, Heidelberg, 1983, p. 32; Böing, "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren", en: *ZStW* (Alemania), 1979, p. 380; Burmann, *Die Sicherungshaft gemäss Par. 453 c) StPO*, Gelsenkirchen, 1984, p. 22.

<sup>59</sup> Cf. Llobet Rodríguez, J., *La prisión...*, pp. 267-270; Llobet Rodríguez, J., *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 160-161.

<sup>60</sup> Cf. Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, p. 183; Llobet Rodríguez, J., *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*, San José, Escuela Judicial, 1993, p. 31, nota al pie 66.

<sup>61</sup> Art. 89 LJPJ. Acerca de la problemática relativa a la previsión de la aceptación de cargos como requisito para la suspensión del proceso a prueba por la Ley de Justicia Penal Juvenil: Armijo Sancho, G., *op. cit.*, pp. 45-49.

<sup>62</sup> Art. 25 del CPP de 1996. Acerca de la aceptación de los cargos por el imputado: Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 180-183.

No obstante, es claro que la suspensión del proceso a prueba no puede ser adoptada sin la anuencia previa del joven. Al respecto el numeral 11.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) indica:

"Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite."

La necesidad de que se tome en cuenta la opinión del joven para la suspensión del proceso a prueba se extrae también de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 12 señala:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

Si la suspensión del proceso a prueba implica la imposición de una serie de condiciones que el joven debe cumplir, las cuales se asemejan a las sanciones no privativas de libertad del derecho penal juvenil, entonces puede afirmarse que dichas condiciones reúnen el carácter de una sanción.<sup>63</sup> Nótese que para la suspensión se puede "...decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en la Ley,<sup>64</sup> por lo que desde el punto de vista de las restricciones que implica la

---

<sup>63</sup> En este sentido: Llobet Rodríguez, J ., "Conciliación...", pp. 208-209; Armijo Sancho, G., *op. cit.*, p. 47. En contra: Houed vega, M., "Suspensión del proceso a prueba", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 159.

<sup>64</sup> Art. 89, párrafo 2, LJPJ.

suspensión del proceso a prueba, no existirá diferencia entre esta y la sanción correspondiente a las órdenes de orientación y supervisión,<sup>65</sup> diferenciándose solamente en lo que concierne a las consecuencias de su incumplimiento.

Resulta lógico que se requiera el consentimiento del joven para la suspensión del proceso a prueba y las condiciones que se impondrán,<sup>66</sup> aunque no sea imprescindible la aceptación de los cargos;<sup>67</sup> lo anterior ya que el cumplimiento de las condiciones requerirá la anuencia del joven; aquellas no pueden imponerse coactivamente. Por otro lado, en el conflicto entre el principio de presunción de inocencia y el de proporcionalidad, mencionado antes, es imprescindible el criterio del joven para la determinación del principio que debe prevalecer. Además la expresión de la opinión del joven es acorde al carácter de sujeto que se le otorga en la doctrina de la protección integral. En este sentido la Sala Constitucional costarricense, en Voto 6857-98 del 24 de setiembre de 1998, dispuso que es requisito esencial de la suspensión del proceso a prueba, la libre manifestación de la voluntad del "infractor", previa información detallada de los alcances y consecuencias de la medida; dicha resolución trajo claridad con

---

<sup>65</sup> Art. 121 b y 128 LJPJ.

<sup>66</sup> Acerca de la necesidad de consentimiento: Beloff, M., *op. cit.*, p. 105. Sobre ello véase la consulta de constitucionalidad hecha por el Tribunal Superior Penal Juvenil (voto nº52-98) a las 8:30 del 14 de mayo de 1998 y la resolución 8-98 de ese mismo Tribunal, de las 13:00 horas del 6 de febrero de 1998; véanse dichas resoluciones en el anexo 1 de este libro.

<sup>67</sup> Otro es el criterio del que parte Gilbert Armijo Sancho, quien estima que es necesaria la aceptación de cargos, salvo en los supuestos en que haya otros elementos que indudablemente señalen al niño como el autor del delito que se le imputa (cf. Armijo Sancho, G., *op. df.*, pp. 45-48). Es claro que al referirse a ello, al igual que la doctrina mayoritaria española, sigue un criterio psicológico de la presunción de inocencia, el que he rechazado en otros trabajos (cf. Llobet Rodríguez, J., *La prisión...*, pp. 189-196; Llobet Rodríguez, J., *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 83-89). La jurisprudencia del Tribunal Superior Penal Juvenil ha exigido el consentimiento del joven, aunque no la aceptación de cargos, no admitiendo con ello la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de 1996 (véase la jurisprudencia que aparece en el anexo 1 de este libro). Se parte de que el requisito de la aceptación de cargos no está contemplado en la Ley de Justicia Penal Juvenil al regular la suspensión del proceso a prueba; se une a ello el que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, lo que se exige es el consentimiento del joven, pero no la aceptación de cargos. En sentido contrario parecen pronunciarse: Campos Zúñiga, M. y Cubero Pérez, F. (*op. cit.*, p. 111), quienes refieren, luego de mencionarla aceptación de cargos como requisito de la suspensión del proceso a prueba en el Código Procesal Penal de 1996, que, mientras este no entrara en vigencia, dicha suspensión solo sería procedente cuando las partes (acusado, defensor y Ministerio Público) estén de acuerdo y lo soliciten expresamente; con ello dan a entender que luego de la entrada en vigencia del mencionado Código, este sería de aplicación al derecho penal juvenil en lo concerniente a la aceptación de cargos.



respecto a la prohibición de que se dictase la suspensión a prueba de oficio y sin audiencia al joven, puesto que diversos jueces penales juveniles habían ordenado la suspensión del proceso a prueba sin tomar en consideración el criterio del joven, supuestamente actuando en interés de este y protegiendo su derecho al desarrollo integral.

En la conciliación es claro que se necesita también que el joven esté de acuerdo.

Todo lo anterior plantea el problema de si a través de la suspensión del proceso a prueba y la conciliación no se violenta el derecho a abstenerse de declarar, debido al trato diverso que recibe el joven que se niega a "solucionar el conflicto". En realidad dicha desigualdad de trato se admite de acuerdo con la teoría de la pena. En efecto, dentro de un derecho penal en que la culpabilidad funciona no como fundamento de la sanción, sino como límite que no puede superar esta,<sup>68</sup> la "solución al conflicto alternativa" implica que esta desempeña un papel favorable para la disminución de la sanción por debajo de la culpabilidad, tomando en cuenta criterios de prevención especial positiva y de prevención general positiva.

Por todo ello, debe concluirse que en la conciliación y la suspensión del proceso a prueba del derecho penal juvenil, la sanción menor que se impone al joven que acepta la solución respectiva, en relación con la sanción que se lo podría imponer en caso de que se lo condenara, se encuentra justificada desde la perspectiva de la teoría de la sanción penal.

## **8. SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

En lo que se refiere a las sanciones propiamente dichas, se abandonan en el derecho penal juvenil los marcos mínimos y máximos del derecho penal de adultos: aquel se caracteriza por la flexibilidad en la reacción sancionadora. El principio educativo, consecuencia de los principios de interés superior y protección integral del niño, ha influido en todo ello; así, se parte de que la sanción de internamiento debe ser la *ultima ratio* y de que se debe dar prioridad a las sanciones socioeducativas y a las

---

<sup>68</sup> Véase la sección 6 del capítulo tercero de este libro.

órdenes de orientación y supervisión.<sup>69</sup> De tal manera, se establece la sanción de internamiento solamente cuando la pena en el derecho penal de adultos sea mayor de seis años; incluso ello no se regula como obligatorio, de modo que en ese supuesto se puede aplicar una sanción diferente de la de internamiento.<sup>70</sup> Por otro lado, se dispone que cuando se aplique una sanción de internamiento, su ejecución debe estar influida intensamente por el principio educativo; se debe tratar de compensar las carencias de carácter educativo y psicológico que afecten al niño y de contrarrestar el carácter criminógeno de la privación de libertad. A ello se refieren principalmente las Regías de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.<sup>71</sup>

## 9. EL PELIGRO DE LA EXTENSIÓN DEL SISTEMA PENAL JUVENIL A TRAVÉS DE LA DIVERSIÓN Y LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Los principios del interés superior del niño y de protección integral de este conducen a la diversificación y a la búsqueda de sanciones no privativas de libertad. A pesar de ello se debe ser cauteloso, evitando que en la práctica —lejos de suponer una disminución del control social— lleve más bien a una ampliación de este y se llegue a unas "redes distintas, más amplias y sutiles". A ello se ha referido la criminología crítica al hablar de las sanciones alternativas.<sup>72</sup> En sentido similar acerca de la diversificación prevista en el derecho penal juvenil, dice Albrecht:

"En la lectura de toma de posición en la praxis de diversificación en Estados Unidos tiene que tomarse en cuenta como tenor esencial del reproche la

---

<sup>69</sup> Véase la sección 4 del capítulo tercero de este libro.

<sup>70</sup> Art. 131 LJPJ ("La sanción de internamiento puede ser aplicada sólo en los siguientes casos...") y numeral 17.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores ("siempre que no haya otra respuesta adecuada"). Sobre ello véase la sección 4 del capítulo tercero de este libro.

<sup>71</sup> Consúltense estas reglas en: Tiffer Sotomayor, *Ley...*, pp. 259-275.

<sup>72</sup> Sobre las críticas de la criminología crítica: Larrauri, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español", en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (España), 1991, pp. 45-47; Larrauri, E., *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI, 1991, pp. 209-216. Sobre los peligros de la extensión del sistema penal, véase además: Llobet Rodríguez, J., "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en: Armijo, Llobet y Rivero *op cit*, pp. 158-159; Carranza, E. y Maxera, R., "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editor), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, p. 80.

ampliación del control social, designada a menudo con el concepto 'widening the net' (ampliación de la red de control social) (...) Este reproche surgió inicialmente en los Estados Unidos. Allí rige el principio de oportunidad, que coloca a la policía en la situación de sólo amonestar a sospechosos menores, sin incoar un procedimiento penal formal. En el marco del programa de diversificación, una parte de los menores, respecto de los cuales se habría evitado previamente un procedimiento penal, fueron sometidos ahora a un programa de 'tratamiento' social (terapia, trabajo social, etc.) en el marco de la diversificación (...) de este modo, ciertamente, la cantidad de menores incorporados a las 'correctional facilities' propias de la justicia disminuyó; sin embargo, el número de menores en conjunto en conexión con delincuencia sometidos estacionariamente aumentó..."<sup>73</sup>

## **10. EL PELIGRO DE LA EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL INTERNAMIENTO EN UN CENTRO ESPECIALIZADO**

No se podría justificar la necesidad del dictado de la sanción de internamiento o la extensión de la duración de este con el argumento de que ello obedece al interés superior del niño y a la necesidad de reeducarlo. Más bien los principios de interés superior del niño y de protección integral de este llevan al uso restrictivo de la sanción privativa de libertad.<sup>74</sup>

Ello no siempre ha sido reconocido. Así en círculos penitenciarios alemanes se critica con frecuencia la sanción de arresto por su corta duración, debido a que se dice que en cuatro semanas no se puede influir suficientemente en el niño desde el punto de vista educativo; por tal razón abogan por una modificación legislativa que aumente la duración de dicha sanción, ello —se dice— en "interés del niño". En un seminario realizado hace poco en Costa Rica<sup>75</sup> no faltó quien se quejara de que el internamiento (preventivo) del niño normalmente duraba muy poco, por lo que desde el punto de vista educativo poco se podía realizar.

---

<sup>73</sup> Albrecht, P-A., *op. cit.*, p. 159.

<sup>74</sup> Véase la sección 4 del capítulo tercero de este libro.

## 11. EL PELIGRO DE LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN POR ENCIMA DE LA CULPABILIDAD DEL JOVEN

En definitiva, a pesar del carácter esencial del principio educativo en la fijación y ejecución de las sanciones, el principio de culpabilidad debe funcionar como un límite para la imposición de la sanción al niño, de modo que el monto de esta no puede rebasar la culpabilidad del niño al momento del hecho.<sup>76</sup> Esto supone una diferencia importante con lo que ocurría durante la vigencia de la doctrina de la situación irregular, en la que la sanción no se relacionaba con la gravedad del hecho y el reproche que se le pudiera hacer al niño por la comisión de este (principio de culpabilidad), sino que lo relevante era solamente el grado de peligrosidad social del niño.

El riesgo de que se llegue a utilizar el interés superior del niño y la necesidad de protección integral de este para establecer una sanción por encima de la culpabilidad, es latente. Prueba de lo anterior es que autores como Claus Roxin han llegado a afirmar en Alemania que, con base en la prevención especial socializadora, que dispone que la "...pena para jóvenes 'ha de determinarse de tal modo que resulte posible el efecto reeducador' (...) se renuncia al efecto imitador de la pena que proporciona el principio de culpabilidad cuando resulte necesario para alcanzar el fin de la reeducación y no resulta del todo desproporcionada con la culpabilidad del menor".<sup>77</sup>

## 12. CARÁCTER DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

---

<sup>75</sup> Seminario de Derecho Penal Juvenil, celebrado los días 19 y 20 de agosto de 1998, organizado por UNICEF y otros.

<sup>76</sup> Se sigue aquí la teoría de la culpabilidad como límite que no puede rebasarse por la pena. Véase la sección 5 del capítulo tercero de este libro.

<sup>77</sup> Roxin, C., "La parte general del derecho penal sustantivo", en: Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, 1989, p. 33. Sobre ello véase también: Maurach, *Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, Volumen II, traducción de J. Córdoba Roda, 1962, p. 592, quien dice que: El pensamiento de la culpabilidad del acto, propio del derecho penal común, retrocede aquí ante un derecho penal de autor. En tanto el tribunal se limite a la aplicación de estrictas medidas educativas, el hecho del menor se limitará a tener un valor sintomático para su pronóstico social. Pero también en los medios correctivos y en las penas, la idea de la compensación proporcional del hecho, debe ceder ante el pronóstico educativo".

No debe olvidarse que las sanciones que se imponen en el derecho penal juvenil constituyen, como todo tipo de sanciones del derecho penal, un "mal" y no un "bien" para el niño, tal y como estimaba la doctrina de la situación irregular, lo anterior ya que implican una restricción de bienes jurídicos del niño.<sup>78</sup>

A pesar de que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil se reconoció el carácter aflictivo que tiene la sanción en el derecho penal juvenil,<sup>79</sup> en la terminología utilizada en la Ley de Justicia Penal Juvenil ello no queda totalmente claro. Es cierto que se utiliza la palabra "sanción" en vez de "medida"<sup>80</sup> y que se rehuye el término "pena". Sin embargo, debe tenerse en cuenta al respecto que la nueva terminología no es incompatible con la utilizada por la doctrina de la situación irregular, tan influenciada por el positivismo criminológico.<sup>81</sup> En efecto, dentro de este era común que se prefiriera utilizar el término "sanción"<sup>82</sup> en vez de pena, que da la idea de sufrimiento; con ello se trataba de abarcar los diversos medios de tratamiento.<sup>83</sup> Por otro lado, dentro del derecho penal de adultos se llega en general a considerar que el término "sanción" abarca tanto las penas como las medidas de seguridad.<sup>84</sup> A ello se agrega que no es infrecuente en la Ley de Justicia Penal Juvenil la utilización de la palabra "medida" al referirse a una sanción determinada.<sup>85</sup> Dentro de ese mismo

---

<sup>78</sup> En este sentido dice Baratta: "Estas medidas comportan una restricción de determinados derechos y, teniendo como título jurídico la realización culpable de una figura delictiva, son sanciones negativas, aunque su finalidad sea la de reeducar". (Baratta, A., "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editor), *op. cit.*, p. 55.

<sup>79</sup> En este sentido se dice en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil: "Se considera que la imposición de sanciones es en definitiva, una restricción de derechos y por tanto conllevan también un carácter negativo" (en: Tiffer Sotomayor; *Ley.*, pp. 159-160).

<sup>80</sup> Indican Rita Maxera y Carlos Tiffer: "Se han denominado sanciones y no medidas porque la sanción tiene una connotación negativa, mientras que las 'medidas tutelares' tienen una orientación teórica de protección y ayuda" (Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., *op. cit.* p. 403).

<sup>81</sup> Acerca de la influencia del positivismo criminológico en el movimiento de salvación del niño: Platt, A., *op. cit.*, pp. 44-54.

<sup>82</sup> Arts. 121 55. LJPJ.

<sup>83</sup> Cf. Agudelo, N., *Grandes corrientes del derecho penal (escuela positiva)*, Santa Fe de Bogotá, 1992, p.21.

<sup>84</sup> Cf. Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, Par. 1 n<sup>o</sup> 1 Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, Beck, 1992, Par. 1, n<sup>o</sup> 1.

<sup>85</sup> Véase por ejemplo: art. 125: "Esta medida..."; art. 126, último párrafo: "La medida..."; art. 130: "Esta medida...". Sobre ello: Rojas, A., *op. dl.*, p. 48.

contexto se utiliza en la Ley de Justicia Penal Juvenil el término "internamiento en centro especializado",<sup>86</sup> en vez del de pena privativa de libertad o prisión, lo que evoca un carácter terapéutico propio de la ideología del tratamiento, más acorde con la doctrina de la situación irregular.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que el derecho penal juvenil no es derecho social, como estimaba la doctrina de la situación irregular, ni derecho de familia, como lo considera la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica al asignarle el conocimiento de asuntos a los tribunales de familia en contra del principio de especialización, sino que es derecho penal,<sup>87</sup> eso sí con particularidades derivadas del interés superior del niño y de la protección integral de este, expresadas como principio educativo.

### 13. COMENTARIOS FINALES

Los principios del interés superior y de protección integral del niño fueron asumidos por la doctrina de la protección integral, habiendo formado parte de la de la situación irregular. El cambio de paradigma al respecto significa que no es posible utilizar los principios mencionados para no aplicar a los niños las garantías formales y sustanciales que presenta el derecho penal de adultos. Ello tiene implicaciones con respecto a las sanciones y sus alternativas. La principal es que el interés superior del niño y la protección integral de este no pueden ser utilizados para aplicar al niño una sanción superior a la que corresponde a su culpabilidad, bajo el argumento de que es conveniente para él desde un punto de vista educativo.

---

<sup>86</sup> Art. 131 LJPJ. Una crítica a la utilización del término "internamiento" en: Rojas, A., *op. cit.*, p. 48.

<sup>87</sup> Así dice Albrecht: "El Derecho Penal de Menores es Derecho Penal. No es Derecho social, no está programado para la 'ayuda', sino que sirve al control social" (Albrecht P-A., *op. cit.*, p. 11). Sobre ello véase también: Rojas, A., *op. cit.*, p. 48. La Sala Constitucional ha reconocido que el derecho penal juvenil es derecho penal; véase, por ejemplo, el voto n<sup>o</sup> 1772-97 del 1 de abril de 1997.

#### 14. BIBLIOGRAFÍA

Agudelo, Nodier, *Grandes Corrientes del derecho penal (escuela positiva)*, Santa Fe de Bogotá, 1992.

Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990.

De Araujo Junior, J. M., "Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los derechos del hombre en Brasil", en: *RIDP* (Francia), 1993, pp. 969-992.

Arbeitskreis Strafprozessreform, *Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung*, Heidelberg, 1983.

Armijo Sancho, Gilbert, *Manual de derecho procesal penal juvenil*, San José, investigaciones Jurídicas, 1998.

Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Akal/lure, 1991.

Baratta, Alessandro, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, pp. 47-62.

Barbero Santos, Marino, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Bosch, 1980.

Baumann, Jürgen y Weber, Ulrich, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesecking Verlag Bielefeld, 1985.

Beloff, Mary, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", en: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 87-107.

Böing, "Der Schütz der Menschenrechte im Strafverfahren", en: *ZStW* (Alemania), 1979, pp. 379-391.

Burgos Mata, Álvaro, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995.

Burmann, *Die Sicherungshaft gemäss Par. 453 c) StPO*, Gelsenkirchen, 1984.

Campos Zúñiga, Mayra y Cubero Pérez, Fernando, *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*, San José, Escuela Judicial, 1996.

Carranza, Elías y Maxera, Rita, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editor), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, pp. 63-82.

Chirino Sánchez, Alfredo, "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho'" en: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Asociación de Ciencias Penales y Colegio de Abogados, 1997, pp130-134.

Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en: García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.

De Araujo Junior, J. M., "Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los derechos del hombre en Brasil", en: *RIDP* (Francia), 1993.

De la Rúa, Fernando y Maier, Julio, "Informe sobre las Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, 1982, pp. 71-143.

Dünkel, Frieder, "Deutschland", en: Dunkel, F. y Vaag, J. (editores),

*Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*, Friburgo

en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1994, pp. 67-129.

\_\_\_\_\_, *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher*, Bonn, ForumVerlag, Godesberg, 1990.

Elster, Jon, *Juicios salomónicos*, Barcelona, Gedisa, 1995.



Ferrajoli, Luigi, "Prefacio", en: García Méndez, E. y Beloff, Mary (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.

García Méndez, Emilio, "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales", en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (editores), *Estudios básicos de derechos humanos VII*, San José, 1996, pp. 225-250.

\_\_\_\_\_, "La convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", en: *Foro Penal (Colombia)*, n° 57, 1992, pp. 421-432.

\_\_\_\_\_, "Legislaciones infanto-juveniles en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, pp. 25-45.

García Méndez, Emilio y Carranza, Elías, "El derecho de 'menores como derecho mayor'", en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, 1992.

Hidalgo Murillo, José Daniel, *La aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1996.

Houed Vega, Mario, "Suspensión del proceso a prueba", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 145-162.

Kaiser, Günther, "Strafen statt Erziehen?", en: *ZRP (Alemania)*, n° 11, 1997, pp. 451-458.

Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid, Siglo XXI, 1991.

\_\_\_\_\_, "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español", en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales (España)*, 1991, pp. 46-63.

Llobet Rodríguez, Javier, "Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y estado de derecho", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 187-222.

\_\_\_\_\_, *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995.

\_\_\_\_\_, "El artículo 417 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)", en: *Nuevo Foro Penal (Colombia)*, 1992, pp. 517-527.

\_\_\_\_\_, "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 135-162.

\_\_\_\_\_, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1997.

\_\_\_\_\_, *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán)*, San José, Escuela Judicial, 1993.

\_\_\_\_\_, *Proceso penal comentado*, San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1998.

Maier, Julio, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso*, Buenos Aires, 1981.

\_\_\_\_\_, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, T. Ia).

Maurach, *Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, Volumen II, traducción de J. Córdoba Roda, 1962.

Maxera, Rita, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Editorial Galerna, 1992, pp. 187-215.

\_\_\_\_\_, "Un modelo de responsabilidad penal juvenil", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 41-44.

Maxera, Rita y Tiffer Sotomayor, Carlos, "Comentario al proceso de reforma legislativa en Costa Rica", en: García Méndez, E. y Beloff, M. (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 387-468.

Mendizábal Oses, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1977.

Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995.

Minvielle, B., "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal", en: *Doctrina Penal* (Argentina), nº 41, 1988, pp. 66-116.

Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts*, Colonia y otros, 1986.

Platt, Anthony, *Los salvadores del niño*, México, Siglo XXI, 1982.

Rojas, Alejandro, "Ley de Justicia Penal Juvenil: una garantía de protección de los derechos de las personas menores de edad", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 45-73.

Rojas y García, "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", en: *Doctrina Penal* (Argentina), 1991, pp. 183-214.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas traducción de M. Luzón Peña y otros, 1997.

\_\_\_\_\_, "La parte general del derecho penal sustantivo", en: Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, 1989, pp. 17-80.

\_\_\_\_\_, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Munich, Beck, 1992.

- Schaefer, Singrid, *Die Untersuchungshaft als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Pfaffenweiler (Alemania), Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992.
- Schickum, "Verteidigung in Jugendsachen Mithilfe zur Verurteilung", en: *StV* (Alemania), 1981, pp. 359-362.
- Stempel, Rüdiger, "Fünf Jahre Geltung der Konvention über die Rechte des Kindes", en: *ZRP* (Alemania), 1996, pp. 81-84.
- Tiffer Sotomayor, Carlos, "Un modelo armado para aplicar: justicia penal costarricense", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, 1998, pp. 15-16.
- \_\_\_\_\_, *Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996.
- Varela, L., "Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso", en: Consejo Nacional del Poder Judicial (editor), *La victimología*, Madrid, 1993, pp. 95-159.
- Vargas Solera, María Eugenia, "La jurisdicción tutelar de menores en Costa Rica", en: *Revista de Ciencias Jurídicas* (Costa Rica), nº 4, 1964, pp. 295-324.
- Zieger, "Verteidiger in Jugendstrafsachen. – Erfahrung und Empfehlungen", en: *StV* (Alemania), 1982, pp. 305-313.

## **CAPÍTULO II PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SANCIÓN PENAL JUVENIL**

Dr. Carlos Tiffer S.

1. Introducción al principio de proporcionalidad. 2. Proporcionalidad en sentido amplio. A) Principio de idoneidad. B) Principio de necesidad. C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto. 3. Proporcionalidad en un derecho penal democrático. A) Concepto material y sustantivo versus concepto formal. B) Proporcionalidad en el derecho procesal penal. i. Aprehensión de personas por parte de la policía. ii. Detención por parte del Ministerio Público. iii. Prisión preventiva. iv. La sanción. 4. La Ley de Justicia Penal Juvenil como una muestra de la aplicación del principio de proporcionalidad. A) Proporcionalidad e intervención penal juvenil. i. Criterio de oportunidad reglado. ii. Conciliación. iii. Suspensión del proceso a prueba. B) Proporcionalidad en las medidas cautelares. C) Proporcionalidad y consecuencias jurídicas. 5. Comentarios finales. 6. Bibliografía.

### **1. INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La proporcionalidad como principio general de derecho tiene larga tradición, incluso se encuentra consagrada en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>1</sup> de 1789. Su elaboración como una categoría jurídica ha sido particularmente desarrollada por la justicia constitucional, lo cual es especialmente válido en nuestro medio; en la jurisprudencia constitucional encontramos

---

<sup>1</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (1789), artículo 8: "La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente." (Este texto puede consultarse en: [http://www.elysee.fr/esp/instit/txtidhc\\_.htm](http://www.elysee.fr/esp/instit/txtidhc_.htm))

abundantes fallos en los que se ha utilizado el argumento de la proporcionalidad para fundamentar las decisiones.

Nuestra Constitución Política (1949) establece una concepción de estado de derecho y esto obliga a que el desarrollo del derecho penal se haga dentro de una orientación garantista; los artículos 37 y 39 constitucionales son un buen ejemplo de la afirmación anterior. Pero por otro lado, la Constitución establece la obligación de proteger ciertos bienes jurídicos que resultan indispensables y necesarios para una vida armónica en sociedad; los artículos 20, 21 y 45 son ejemplos de estos bienes jurídicos protegidos, como la libertad, la vida y la propiedad.

La obligación constitucional de proteger ciertos bienes jurídicos se refiere a la utilización de todos los medios, incluido el derecho penal. De ahí lo paradójico de proteger bienes jurídicos estableciendo prohibiciones y limitaciones a derechos fundamentales. Lo anterior nos demuestra un conflicto de intereses en que se desarrolla esta pretensión constitucional. Para equilibrar estos intereses resulta indispensable el principio de proporcionalidad o, en otras palabras, la prohibición de exceso por parte del Estado.

Esta prohibición de exceso para el Estado resulta especialmente válida en el derecho penal, como medio de protección de los bienes jurídicos. Así, la proporcionalidad se convierte en límite de la reacción estatal del *ius puniendi*. Por lo tanto, la proporcionalidad no solo está referida a la sanción o a las medidas cautelares en el proceso, sino más bien a cualquier intromisión del poder público en la esfera privada del ciudadano. Además, la aplicación de dicho principio demuestra la fidelidad al cometido de realización de los principios de la política criminal del Estado.

Por lo anterior, en nuestra ponencia analizamos la proporcionalidad en un sentido amplio, según sus contenidos. Luego la encuadramos dentro de la concepción de derecho penal democrático. Por último, analizamos este principio dentro de la justicia penal juvenil, la cual requiere ser más benigna, mínima y proporcional en comparación con la justicia penal de adultos.

## 2. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

La proporcionalidad es una de las palabras más hermosas que el derecho ha tomado de la filosofía<sup>2</sup> como una necesidad para ponderar los intereses sociales siempre en conflicto. De ahí que este precepto no sea válido solo en el derecho penal, sino en general en todo el derecho y particularmente en el público<sup>3</sup>, precisamente por ser en este derecho en el que se encuentra la mayor tensión entre los intereses públicos o estatales y los intereses individuales o privados.

El ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es muy variado y se encuentra en casi todas las ramas del ordenamiento jurídico. En el nivel de convenios y tratados internacionales, la proporcionalidad está regulada, entre otros, por la Convención de Ginebra<sup>4</sup>, la cual establece la proporcionalidad de las penas; el Código de Conducta para Funcionarios<sup>5</sup>, que aplica la proporcionalidad como límite al uso de la fuerza; así como el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México<sup>6</sup>. Y en materia penal juvenil tenemos las Reglas de Beijing<sup>7</sup>, que en el artículo 5.1 establecen: "...que el

---

<sup>2</sup> Para conocer el concepto filosófico de proporcionalidad, véanse: Globot, E., *Vocabulario de filosofía*, Buenos Aires, El Ateneo, 1945, p. 421; y Abbagnano, N., *Diccionario de filosofía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1961, PP. 69 55.

<sup>3</sup> No se pretende abarcar, en este libro, los alcances del principio de proporcionalidad en todas las ramas del derecho. Solo haremos un breve recuento de algunas normas en el nivel nacional e internacional que expresamente mencionan este principio.

<sup>4</sup> Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Convenio IV), conferencia diplomática reunida en Ginebra del 21 de abril al 12 de agosto de 1949. "Artículo 67.IV. Disposiciones aplicables. Los tribunales sólo podrán aplicar disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho, especialmente en lo que concierne al principio de la proporcionalidad de las penas. Deberán tener en consideración el hecho de que el acusado no es súbdito de la Potencia ocupante."

<sup>5</sup> Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Véanse los artículos 5 y 7.

<sup>6</sup> Tratado de Libre Comercio entre los gobiernos de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos, Ley n° 7447, de 19 de diciembre de 1994, publicada en *La Gaceta* n°244 de 23 de diciembre de 1994, firmado en la ciudad de México el 5 de abril de 1994. Véase el artículo 14.28.

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución n° 40/33. El propio artículo 5 vuelve a mencionar el tema de la proporcionalidad al establecerlo siguiente: "Objetivos de la justicia de menores: 5.1 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."

segundo objetivo de la justicia de menores es el principio de proporcionalidad". La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha analizado el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a las medidas de suspensión de derechos<sup>8</sup> y al principio de igualdad y no discriminación<sup>9</sup>.

En el nivel de nuestro ordenamiento, tanto la legislación como la jurisprudencia han analizado la proporcionalidad en muy diversos ámbitos. Por ejemplo, en el derecho civil se utiliza la proporcionalidad para imponer límites a los derechos patrimoniales, principalmente a la propiedad<sup>10</sup>. También se aplica la proporcionalidad: a la libertad Empresarial<sup>11</sup>, a las potestades legislativas<sup>12</sup>, a la protección del consumidor<sup>13</sup>, al

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica en materia de concesión de la nacionalidad. Considerando 22: "Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a 'las exigencias de la situación', resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella."

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica en materia de concesión de la nacionalidad. Considerando 8: En general, comparto las razones de la opinión de la mayoría sobre los ámbitos diferentes de aplicación que corresponden a los artículos 1.1 y 24 de la Convención, el primero al establecer y determinar los principios de igualdad y de no discriminación que integran específicamente los derechos consagrados en la misma, el segundo al crear una especie de derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación, que opera como criterio de todos los derechos subjetivos, es decir, inclusive de los no fundamentales o no consagrados en la Convención; así como la conclusión de principio de que no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia (v. opinión principal., párrafos 53 a 59). Sin embargo, para fundamentar de una más objetiva y clara la aplicación de conceptos necesariamente indeterminados como los aludidos, me parece útil agregar las siguientes consideraciones aclaratorias." Considerando 12: "Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida."

<sup>10</sup> El principio de proporcionalidad aplicado en el derecho civil se analiza desde la perspectiva del derecho de propiedad. La Sala Constitucional ha dicho que a la propiedad privada se le pueden imponer limitaciones, salvo que estas no respeten el principio de proporcionalidad y razonabilidad, en cuyo caso la norma que impone la limitación se puede considerar contraria a la Constitución (Sala Constitucional, voto n° 6706-93).

<sup>11</sup> Sala Constitucional Voto n° 5083 93 La libertad empresarial es un derecho fundamental, se puede poner limitaciones por ley formal pero estas no deben rebasar los límites constitucionales. En igual sentido los votos n° 4512 94 n° 5056-94, n° 0632 94 (que versan sobre el principio de



ejercicio de las profesiones<sup>14</sup>, al aplicar el principio de igualdad constitucional<sup>15</sup>, en los tributos, cargas públicas y tasas cobradas a los administrados<sup>16</sup>, a las restricciones de las exportaciones<sup>17</sup>, al dictado de los actos administrativos y Reglamentos<sup>18</sup>, al

---

proporcionalidad y equidad en la libertad de comercio) n° 0791-94 (sobre libertades públicas principalmente la libertad de comercio) y otros como por ejemplo los votos n° 0141-94 n° 0490-94, n° 2462-95 (referente a la Cámara de Productores de Caña) n° 0340-95 n° 3328-95 (relativos a la racionalidad y proporcionalidad en los límites a la libertad de empresa en general) y n° 4905-95 (sobre la libertad de comercio).

<sup>12</sup> Sala Constitucional, Voto n° 0787-94: "Las leyes deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica a su vez, equidad, proporcionalidad y razonabilidad; entendidas estas como idoneidad para realizar los fines supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. Se procura que la ley no solo sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios utilizados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distinguen entonces: razonabilidad técnica, que es la proporcionalidad entre medios y fines, razonabilidad jurídica, que es la adecuación a la Constitución en general y razonabilidad de los efectos sobre los derechos de las personas". También véanse los votos n° 7543-94, que amplía el concepto de una "ley no proporcional", y n° 7178-94, que analiza la proporcionalidad entre la regla jurídica y el fin que persigue. Muy importantes son los votos n° 3327-95 y n° 5079-95, que analiza la proporcionalidad en el actuar legislativo, al igual que los votos n° 1267-96, n° 6663-95 y n° 3985-96, sobre proporcionalidad de la "norma" en general derivada del principio de igualdad constitucional. Y, por último, los votos n° 4208-96, n° 1400-96 y n° 1613-96, que analizan las facultades del legislador dentro de los parámetros de proporcionalidad.

<sup>13</sup> Sala Constitucional, Voto n° 2757-93, donde se establece cómo opera la proporcionalidad en la protección del consumidor, principalmente en los límites y control de precios. Se consideran la proporcionalidad y la razonabilidad como parámetros constitucionales.

<sup>14</sup> Sala Constitucional, Voto n° 6696-93: "El principio de proporcionalidad y razonabilidad de las normas como parámetros de constitucionalidad en el ejercicio de las profesiones de las ciencias económicas no puede excluir a ninguna otra actividad profesional".

<sup>15</sup> Sala Constitucional, voto n° 4788-93: "La igualdad es solo lesionada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida".

<sup>16</sup> Sala Constitucional. Se han desarrollado ampliamente los conceptos de proporcionalidad tributaria, así como la proporcionalidad y razonabilidad legislativa sobre la recaudación de impuestos, en los votos n° 4785-91, n° 4788-93, n° 5749-93, n° 5766-94, n° 2359-94, n° 5398-94 y n° 1160-94, los cuales establecen, como máxima, que la proporcionalidad de los impuestos se da imponiendo cargas desiguales para producir sacrificios iguales. El voto n° 5670-95 analiza las cargas públicas a la luz de los principios de legalidad, racionalidad y proporcionalidad.

<sup>17</sup> Sala Constitucional, Voto n° 6471-93: "Las restricciones temporales a la exportación son revisables en la vía de amparo si traspasan los límites de proporcionalidad y razonabilidad. Los actos administrativos son revisables en la vía común, salvo cuando rebasen los principios constitucionales de proporcionalidad o razonabilidad".

<sup>18</sup> Sala Constitucional, votos n° 6782-94, n° 2856-94 y n° 0345-94. La Sala ha dicho que el principio de proporcionalidad se aplica en el principio general de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la actividad reglamentaria.

adecuado reparto de la riqueza<sup>19</sup>, a la fijación de honorarios de abogados<sup>20</sup>, al control de precios<sup>21</sup>, al debido proceso<sup>22</sup>, a las medidas cautelares<sup>23</sup>, al régimen disciplinario administrativo de los servidores públicos<sup>24</sup>; al derecho a la libre circulación<sup>25</sup>. En materia procesal civil se aplica este principio cuando exige se exigen requisitos de forma para determinados actos<sup>26</sup>; a los plazos<sup>27</sup> y audiencias que se conceden a las partes en un proceso civil; también a la imposición de obligaciones y cargas procesales<sup>28</sup>, así como a la valoración de los medios<sup>29</sup> de prueba<sup>30</sup>. Además, se aplica al régimen de seguro

---

<sup>19</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0340-95. Vista esta como una función del Estado, el cual debe regirse por el principio de proporcionalidad para esta función.

<sup>20</sup> Sala Constitucional, Voto nº 3606-94: "Fijar los honorarios de un abogado entre un 5% y un 15% no va en contra del principio de proporcionalidad".

<sup>21</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0490-94: "El control de precios no viola ninguna garantía de comercio ni libertades de empresa, solo si tiene una relación de proporcionalidad".

<sup>22</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0027-95.

<sup>23</sup> Sala Constitucional, Voto nº 1807-94. Se aplicó en la suspensión de licencia de conductor, como medida cautelar regida bajo el principio de proporcionalidad.

<sup>24</sup> Sala Constitucional, votos nº 1265-95 y nº 5594-94. Específicamente en el régimen disciplinario judicial.

<sup>25</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0846-95.

<sup>26</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0177-95. Se alegaba que el Código Procesal Civil impone requisitos imposibles de cumplir y que, por lo tanto, no existe proporcionalidad.

<sup>27</sup> Sala Constitucional, Voto nº 0486-94. Cuando el Código Procesal Civil impone plazos muy cortos para apelar no cumple con el principio de proporcionalidad.

<sup>28</sup> Sala Constitucional, Voto nº 1400-96.

<sup>29</sup> Sala Constitucional, Voto nº 3461-93: La investigación judicial de algunos casos requiere de la realización de exámenes, requisas y peritajes de los involucrados en el hecho sub iudice, dentro de ellos las intervenciones corporales han presentado serias dudas sobre la constitucionalidad de su realización en virtud del principio de no obligación de declarar en su contra, que favorece a los procesados (artículo 36 de la Constitución Política), también aceptado en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.g. La Sala ya indicó, que existe un límite aceptable de intervención que no atenta contra la señalada garantía constitucional y convencional, que la intervención puede ejecutarse aún en contra de la voluntad del intervenido, siempre que la realización de la toma de la muestra o el examen no importe daño físico o psíquico al sujeto, pues cuando la intervención suponga un grave riesgo para la salud no debe ejecutarse, y que tolerar la ejecución de una pericia, no equivale a una declaración de culpabilidad. La Constitución también garantiza que nadie será sometido a tratamientos crueles ni degradantes (artículo 40), por lo que deben tenerse también como proscritas las intervenciones que puedan calificarse como 'crueles o degradantes', entendiéndose por tales las que produzcan sufrimientos de especial intensidad o una grave humillación o sensación de envilecimiento. En los casos en que proceda la intervención y se pueda ver afectado el pudor de las personas, deben tomarse las medidas necesarias para su respeto y permitir, si el intervenido así lo requiere, la presencia de terceras personas con él relacionadas. En todo caso debe ser respetado el principio de proporcionalidad de la intervención, por ejemplo extracción de líquido raquídeo, en la investigación de un hecho contravencional, sea que la importancia del bien jurídico afectado, por el hecho

social<sup>31</sup>, al derecho internacional<sup>32</sup>, al derecho laboral (en las convenciones colectivas de trabajadores<sup>33</sup> y en contrataciones individuales<sup>34</sup>), a la materia de juegos de azar<sup>35</sup> y a las propinas<sup>36</sup>. En materia de tránsito por vías terrestres<sup>37</sup> se observa su aplicación; además, en la transformación de sociedades anónimas<sup>38</sup>. En materia penal también se aplica la proporcionalidad en un ámbito diferente de la sanción penal cuando se aborda el tema de la legítima defensa<sup>39</sup>.

La proporcionalidad, como hemos observado, puede utilizarse prácticamente como argumento en *cualquier área del derecho*. Para los efectos de esta ponencia nos referiremos a la proporcionalidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales

---

investigado, debe ser tomado en consideración al momento de acordar, por la autoridad judicial, la intervención, todo en relación con el bien a afectar al encartado e igualmente siempre que se pueda optar por una medida menos lesiva debe necesariamente acordarse que sea esta la que se ejecute. La intervención además debe ser realizada por un perito calificado de acuerdo con la 'lex artis' y estar autorizada previamente por el Juez que conoce del asunto, a no ser que se ejecute con el consentimiento del intervenido".

<sup>30</sup> Sala Constitucional, Voto n° 1068 95 El principio de proporcionalidad constitucional se violenta por el artículo 201 del Proyecto de Ley de Transito que otorga a la información sumaría la categoría de medio de prueba.

<sup>31</sup> Sala Constitucional, Voto n° 3005 95. El régimen de Seguro Social establece cargas proporcionales a cada individuo.

<sup>32</sup> Sala Constitucional, votos n° 3451-95 n° 3544-95 y n° 5261 95. Estos votos analizan el principio de proporcionalidad en las relaciones de derecho internacional entre los estados.

<sup>33</sup> Sala Constitucional, Voto n° 2531 94 Principios de igualdad y proporcionalidad en la Convención Colectiva de Trabajo del Banco Popular.

<sup>34</sup> Sala Constitucional, Voto n° 4784-95. La triple sanción a una falta laboral viola el principio de proporcionalidad. También se establece la proporcionalidad en materia laboral, en el Código de Trabajo, en el cálculo del salario y los factores proporcionales (art. 235.c.2).

<sup>35</sup> Sala Constitucional, Voto n° 3985-96. Se analiza la proporcionalidad de la Ley de Juegos de Azar.

<sup>36</sup> Sala Constitucional, Voto n° 2181-96.

<sup>37</sup> Ley de Tránsito, art. 198: Sobre la potestad de las autoridades de tránsito de ingresar en establecimientos públicos o privados debe guardarse el principio de proporcionalidad.

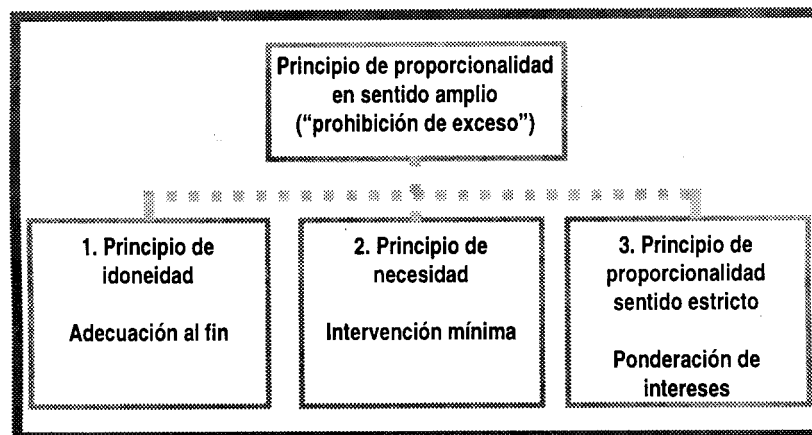
<sup>38</sup> Ley de Sociedades Anónimas, n° 7668 de abril de 1997. El artículo 11 establece que se debe mantener la proporcionalidad representatividad e igualdad en las transformaciones de sociedades anónimas.

<sup>39</sup> Código Penal, Ley n° 4573. Art 28.- Legítima defensa: "No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos siempre que concurren las siguientes circunstancias. a) Agresión ilegítima, y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquél que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso".

relacionados con la *actividad punitiva* del estado, pero particularmente a la forma como se manifiesta esta pretensión estatal.

Para la mejor comprensión de este precepto, debemos referirnos a dos ideas estrechamente relacionadas con la proporcionalidad: una que se refiere a la *referencia*, es decir, a la proporcionalidad en relación con algo, y otra que se orienta hacia los *finés*. De ahí que se podría decir que algo es proporcional o desproporcionado según el punto o centro de referencia y según la finalidad con la que se enfrente o se cuestione la proporcionalidad.

Para entender mejor este precepto y siguiendo la división propuesta por González-Cuéllar Serrano, debemos analizar los subprincipios que se encuentran relacionados con la proporcionalidad, a saber, la *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*<sup>40</sup>, en el entendido de que la proporcionalidad desde una perspectiva constitucional y en sentido amplio se identifica con la llamada "prohibición de exceso"<sup>41</sup>.



<sup>40</sup> Para un desarrollo amplio de estos temas consúltese la obra de González-Cuéllar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, capítulos IX, X y XI.

<sup>41</sup> La doctrina alemana ha tratado de obviar la crítica que se le formulaba al principio de prohibición de exceso que decía que era un concepto indeterminado y basado en el subjetivismo; para lograr esto, esta doctrina ha analizado dicho principio descomponiéndolo en tres principios más fáciles de analizar por separado. La prohibición de exceso se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Vocablos alemanes: *Verhältnismäßigkeit* (principio de proporcionalidad en sentido amplio) y *Übermaßverbot* (principio de prohibición de exceso). Roxin ha expuesto que el principio de prohibición de exceso, a través de la jurisprudencia del BVerfG, se ha elevado al rango constitucional y su campo de aplicación se extiende al derecho privado. Véase González-Cuéllar Serrano, N., *op. cit.*, pp. 21 y 153.

### **A) Principio de idoneidad**

La idoneidad<sup>42</sup> hace referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir, en su funcionamiento, los fines que persiguen.

En consecuencia, la actividad pública se encuentra constitucionalmente obligada a respetar el principio de idoneidad en la creación y aplicación normativa, y en especial la que va encaminada a la restricción de los derechos fundamentales.

En otras palabras, la idoneidad de un acto será considerada en la medida en que *se adecue a los fines propuestos*, es decir, el fin vendría a justificar la medida. De ahí que también el principio de proporcionalidad en el sentido amplio se apoye en el esquema medio-fin, desde el cual pueden ser analizadas las medidas en relación con su finalidad<sup>43</sup>.

### **B) Principio de necesidad**

Los entes públicos, cuando desarrollan su función, deben realizarla mediante los mecanismos que procuren la mayor disminución posible de cualquier efecto lesivo en la esfera de derechos y libertades del individuo. De ahí también que los poderes públicos deban escoger, de entre las medidas aplicables, las que menos afecten los derechos fundamentales. Vista de esta forma, la proporcionalidad de la actividad pública busca una *optimización del grado de eficacia* de los derechos individuales frente a las limitaciones que podrían imponerse por el ejercicio de los poderes públicos.

De lo anterior podemos deducir que las limitaciones de los derechos fundamentales se concretan por medio de un principio de *intervención mínima* y solo

---

<sup>42</sup> Nuestros tribunales no siempre han descompuesto el principio de proporcionalidad de a forma aquí expuesta; además, es frecuente que confundan los términos "idoneidad" y proporcionalidad" y los utilicen en forma indistinta. Por ejemplo, Sala Constitucional, Voto nº 1739-92: "Las exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, son entendidas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución".

<sup>43</sup> La idoneidad está referida a los siguientes elementos: a) constitucionalidad, b) carácter empírico del principio, c) flexibilidad y d) aplicabilidad tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva.

cuando son estrictamente necesarias. Una intervención que no sea mínima ni necesaria sería desproporcionada<sup>44</sup> y, consecuentemente, contraria a la Constitución<sup>45</sup>.

### C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto

Una vez que el poder público ha aceptado la idoneidad y la necesidad de un acto y se ha considerado que el sacrificio de los intereses individuales guarda una razonable<sup>46</sup> y proporcionada relación con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar, nos encontramos ante la proporcionalidad del acto público. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles porque resultaría contraria a la Constitución.

Aquí la proporcionalidad de la actividad pública alcanza su máxima significación, ya que se enfrenta a la referencia que indicábamos arriba, es decir, a los valores a que tienden las normas para la resolución de conflictos, mediante un necesario *equilibrio de intereses enfrentados*.

## 3. PROPORCIONALIDAD EN UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

La proporcionalidad, por sí sola, parece un *concepto vacío*, que requiere una estructura y concepción política e ideológica. Cuando se habla de la proporcionalidad, necesariamente debe referirse, como lo hemos dicho, a un centro o punto (valores) que

---

<sup>44</sup> Así lo ha declarado la Sala Constitucional en el siguiente ejemplo: Voto nº 3834-92: "Para ello debe tomarse en consideración un parámetro de proporcionalidad, pues si las intervenciones corporales suponen graves intromisiones de los poderes públicos en la esfera más íntima del individuo, su propio cuerpo, tales actos deben darse al menos, en respeto de la dignidad de la persona, a los derechos, a la integridad física y moral, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a la libertad de movimiento y a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Pero lo que sí considera la Sala que es inconstitucional —por violación al principio de razonabilidad— es el hecho de imponer una suspensión de seis meses por la negativa a someterse a un examen de alcoholemia o cualquier otra prueba, pues si el Estado tiene la potestad de obligar al conductor aún contra su voluntad, a realizar tales exámenes, no hay razón para imponerle una suspensión cuando este sea obligado, pues partiendo que esas intervenciones corporales lo son en perjuicio de su propia intimidad y su cuerpo, se justifica que su primera reacción sea en forma negativa".

<sup>45</sup> La aplicación del principio de proporcionalidad exige tomar en consideración, junto a la medida cuya admisibilidad se comprueba, otras medidas que podrían ser adoptadas en el caso concreto, es decir, ante distintas alternativas debe elegirse la menos lesiva para los derechos individuales.

<sup>46</sup> Sala Constitucional, Voto nº 846-92: Este principio se caracteriza por tener un razonable equilibrio o proporcionalidad.

nos sirva para medir si un acto es proporcional o desproporcionado. Lo anterior se debe a que aquella puede ser una regla abstracta con sentido puramente geométrico o aritmético, porque también los pueblos primitivos concibieron la idea de la *proporción* y llegaron al *talión*: El talión ha sido casi universalmente acogido por los pueblos primitivos, porque es el producto espontáneo del instinto de la venganza que se expresa en la fórmula "ojo por ojo, diente por diente". Tal criterio, pese a lo irracional y primitivo de su postulado, puede considerarse proporcional<sup>47</sup>.

Sin embargo, dentro de una *concepción moderna* de estado de derecho la proporcionalidad se manifiesta en contenidos particulares. El estado democrático desarrolla una política criminal sujeta a los condicionamientos que impone su estructura. En efecto, si partimos del presupuesto de que la democracia es un concepto dinámico que obliga al estado a una constante revisión de sus postulados, particularmente de su *aparato represivo*, entonces el estado democrático será aquel que se encuentre en un proceso constante de revisión y apertura, aquel en que se va reduciendo la intervención penal al mínimo indispensable. Solo dentro de este contexto se entiende que el derecho penal resulta aún indispensable pero como *ultima ratio* de todos los recursos de control con los que cuenta el estado.

Al contrario de los gobiernos autoritarios, en el estado democrático el proceso de revisión del derecho penal debe hacerse según criterios científicos y con sensibilidad hacia las necesidades que afectan a la sociedad (de ahí la importancia de la investigación criminológica). El legislador, y particularmente el legislador penal, no puede desvincularse de la realidad social. Un derecho penal divorciado de esta se convierte en un *purismo penal*, con normas abstractas y enunciativas en las que se confunde la realidad con el deber ser. El legislador penal indispensablemente tiene que entrar a considerar la *realidad concreta*. La norma penal ha de constituir una superación de las contradicciones que se suceden dentro de la realidad social, pero como un recurso extremo y último y cuando no queden otros medios. De ahí la importancia de

---

<sup>47</sup> Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal, parte general*, San José, 1889, p. 85. La ley del talión representa una aplicación del principio de proporcionalidad sólo si consideramos que las alternativas que se presentaban eran mucho más severas (en muchos casos, la muerte).

que dicha norma esté apoyada en la proporcionalidad como una necesidad, pero que a la vez se restrinjan lo menos posible los derechos y libertades individuales.

### **A) Concepto material y sustantivo versus concepto formal**

Cuando nos referimos a la *proporcionalidad en el estado democrático*, no estamos refiriéndonos a un concepto vacío y abstracto ni tampoco a una simple regla aritmética; por el contrario, lo estamos ubicando dentro una estructura de estado y en una concepción política e ideológica. Lo mismo cuando decimos que el legislador debe tomar en cuenta la realidad, pensamos en un *derecho penal socialmente útil y eficaz*. Igualmente cuando hablamos de que la proporcionalidad ha de ser el reflejo de la ponderación de valores e intereses sociales, estamos refiriéndonos a un derecho penal humanista y garantista. En otras palabras, nos hallamos frente a un concepto material y sustantivo, y no ante un principio de carácter formal.

El principio de proporcionalidad no es un principio neutral ni tampoco tiene un carácter formal. Por el contrario, *dicho principio debe identificarse con los valores e intereses constitucionalmente protegidos* y que, en un momento determinado, el legislador ha favorecido con la protección que busca mayor eficacia, es decir, con la protección penal. Así por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la autodeterminación y a la propiedad, han sido reconocidos como valores preferentes; para garantizar la observancia de estos valores se ha hecho necesaria la norma penal dentro del principio de la proporcionalidad<sup>48</sup>.

Aceptar la proporcionalidad como un simple concepto neutral o formal sería como negar la perspectiva histórica de este principio y toda la fundamentación del estado democrático de derecho. Precisamente dentro de esta fundamentación político-ideológica debe favorecerse en todo momento al individuo, sin importar los intereses del estado que pudieran justificar la adopción de medidas constitucionalmente inadmisibles.

---

<sup>48</sup> En el ámbito propiamente penal, la Sala Constitucional ha dicho que el principio de proporcionalidad implica un uso no desmedido ni desproporcionado o irracional de la potestad punitiva del Estado (Sala Constitucional, Voto n° 5758-94).



## B) Proporcionalidad en el derecho procesal penal

En el derecho procesal penal, el principio de proporcionalidad se halla siempre en una *relación conflictiva* entre el interés estatal en la realización del derecho material y los intereses de los ciudadanos afectados en sus derechos por el procedimiento penal, o sea, se

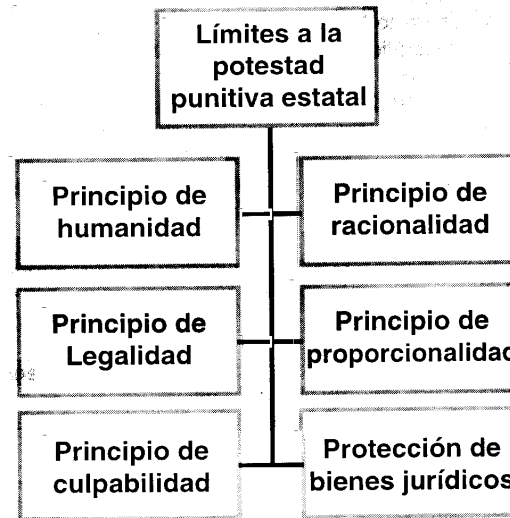
presenta una relación de *tensión* entre el interés de persecución penal y el del sujeto sometido a proceso. Esta relación de conflicto de intereses se observa *en todas las etapas del proceso* —en las etapas inicial, intermedia o final—; de ahí que sea tan importante buscar una *relación equilibrada* entre los derechos y deberes de las personas sometidas a proceso y el interés de la persecución penal.

Aparte de esta tensión entre el poder de persecución y los derechos del ciudadano, también el estado, en su pretensión punitiva, se encuentra *limitado*<sup>49</sup> *por otros principios*, como por ejemplo: los principios de humanidad, de culpabilidad, de legalidad, de racionalidad y la protección de los bienes jurídicos indispensables. Desde luego, se halla limitado por el *principio de proporcionalidad*, que igualmente tiene rango constitucional y se encuentra casi universalmente aceptado, sin discusión<sup>50</sup>, por el derecho penal moderno.

---

<sup>49</sup> Sala Constitucional, Voto n<sup>o</sup> 6674-93: "Los límites de proporcionalidad y razonabilidad están implícitos en todo ordenamiento democrático constitucional, no constituye privilegio, sino por el contrario, un principio fundamental de sana administración".

<sup>50</sup> El principio de proporcionalidad se deriva del artículo 33 de la Constitución Política costarricense, que garantiza la igualdad ante la ley: Igualdad ante la ley, prohibición de discriminar: "Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". La Sala Constitucional lo ha analizado desde el principio de racionalidad; véase el Voto n<sup>o</sup> 1739-92, en el cual se diferencia entre razonabilidad técnica, que es la proporcionalidad entre medios y fines, y la razonabilidad jurídica o la adecuación a la Constitución en general y en especial a las libertades y derechos reconocidos o supuestos por ella.



El equilibrio que debe existir en esta relación conflictiva se encuentra por medio del principio de la proporcionalidad flexibilizado, el cual tiene vigencia *en todas las fases del proceso*, pero muy especialmente en cualquier actuación que restrinja la libertad de la persona sometida al proceso.

Nuestro Código Procesal Penal se caracteriza por constituir una respuesta garantista dentro de la concepción de estado democrático. Esto se observa en el reconocimiento y utilización de derechos para las personas sometidas a procesos y además para las víctimas del delito. Contiene una concepción moderna de delito, visto como *conflicto interpersonal y comunal*, por lo que procura la mayor solución de los conflictos penales de una forma lo menos coercitiva posible. Por tal razón la proporcionalidad, a pesar de que se encuentra referida generalmente a la sanción o a la posible pena que se impondrá, debe entenderse no solo en relación con este criterio, sino sobre todo como intervención penal dentro de una concepción democrática.

Con una finalidad esclarecedora y considerando las actuaciones que más restringen derechos fundamentales<sup>51</sup>, nos concretaremos a referirnos al principio de proporcionalidad en relación con las medidas cautelares en la fase inicial y en la fase intermedia; igualmente, a la sanción en la fase final del proceso.

<sup>51</sup> Aunque desde luego no son las únicas, ya que, como expusimos, la proporcionalidad debe guiar incluso la apertura de la investigación, las diligencias o pruebas que se realicen, la conveniencia o no de la acusación, o bien otras medidas como el comiso, la confiscación, las intervenciones en la comunicación, el embargo, etc.

**i. Aprehensión de personas por parte de la policía.** En lo relativo a la fase inicial del proceso, el Código Procesal Penal, en su artículo 235<sup>52</sup>, establece como excepción la posibilidad de que las autoridades de policía aprehendan a cualquier persona aun sin orden judicial. Esta aprehensión puede efectuarse cuando la persona haya sido sorprendida en flagrancia, se haya fugado de algún establecimiento penal y existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en el que proceda la prisión preventiva<sup>53</sup>.

Sin embargo, la autoridad policial<sup>54</sup> que haya aprehendido a algún joven por estos motivos, debe ponerlo a la orden del Ministerio Público con prontitud, para que, si este lo estima necesario, solicite al juez la prisión preventiva.

**ii. Detención por parte del Ministerio Público.** También dentro de esta fase inicial, al Ministerio Público se la ha conferido la facultad de ordenar la detención de los jóvenes, solo cuando se presenten algunos de los siguientes presupuestos:

---

<sup>52</sup> Código Procesal Penal, Ley n° 7594, artículo 235: "Aprehensión de las personas. Las autoridades de policía podrán aprehender a toda persona, aun sin orden judicial, cuando: a) Haya sido sorprendida en flagrante delito o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo. b) Se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. c) Existan indicios comprobados de su participación en un hecho punible y se trate de un caso en que procede la prisión preventiva".

<sup>53</sup> Sala Constitucional, Voto n° 2660-94: "VII. Sobre la alegada violación al principio de proporcionalidad e intimación, es claro que si la condena recayera sobre hechos distintos a los que dieron fundamento al procesamiento, modificándose la base fáctica de la acusación, se violaría el debido proceso, ya que el imputado tiene derecho a que se le individualice y se le describa detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y a que se le haga una clara calificación legal del hecho, señalándosele los fundamentos de derecho de la acusación y la concreta pretensión punitiva, pero el objeto del proceso penal son los hechos, de modo que su calificación jurídica puede modificarse a lo largo de la instrucción o incluso en la etapa de juicio y en la misma sentencia, sin que se viole su derecho de defensa si ocurre esa modificación, siempre que tenga como fundamento la misma base fáctica.

<sup>54</sup> Muchos abusos se han cometido en cuanto a las potestades que ejercen los cuerpos policiales. Un ejemplo lo constituye el siguiente pronunciamiento: Sala Constitucional, Voto n° 1299-96: "Toma en cuenta este Tribunal que el recluso se encontraba solo y que toda una 'escuadra' de guardias de seguridad fueron los que acudieron a controlar al interno y trasladarlo a su celda, por lo que no considera esta Sala que exista proporcionalidad respecto al uso de la fuerza racional por parte de dicha cuadrilla y las lesiones ocasionadas, toda vez que, por el número superior de hombres controlando a un recluso, estas lesiones pueden haberse evitado utilizando la fuerza racional, como bien se argumenta por parte de los correcurridos. Sin embargo en el sub iudice, considera esta Sala que no se dio el uso de la fuerza racional sino, más bien, la agresión. Por lo expuesto anteriormente es que considera este Tribunal que el reclamo planteado por el recurrente es de recibo y así ha de declararse."

- cuando sea necesaria la presencia del imputado y existan indicios comprobados para sostener razonablemente que es autor de un delito o partícipe en él, y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar;
- cuando en el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y deba procederse con urgencia para no perjudicar la investigación, a fin de evitar que los presentes se alejen del lugar, se comuniquen entre si y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares; y
- cuando para la investigación de un delito sea necesaria la concurrencia de cualquier persona (artículo 237 Código Procesal Penal).

Un asunto importante acerca de esta facultad es que se halla limitada por el tiempo, ya que la detención no puede exceder de 24 horas; si el Ministerio Público sobrepasara esta limitación, la detención devendría en ilegal y deberá ordenarse la liberación inmediata de la persona (véase el párrafo final del artículo 237 del Código Procesal Penal).

**iii. Prisión preventiva.** Ya sea desde la fase inicial o en la fase intermedia, se puede decretar este tipo de medida cautelar<sup>55</sup>.

Solo puede ser decidida por medio de una resolución judicial fundada y que acredite la necesidad de tan trascendente decisión. Esto debido a que constituye un límite a la libertad que el juzgador ha decidido, el cual debería aplicarse siempre de manera restrictiva.

También, por los efectos negativos que implica para la persona sometida a proceso, nunca debe convertirse en una pena anticipada. De ahí que la transgresión del límite de la libertad por parte del juzgador genera responsabilidad estatal de indemnizar al acusado<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Merece ser leído el estudio sobre el tema de la prisión preventiva hecho por Fallas, Houed y Sánchez, titulado *Proceso penal y derechos fundamentales* (San José, LIL, 1997); lo mismo que el libro *La prisión preventiva, límites constitucionales*, de Javier Llobet (San José, UCI, 1997).

<sup>56</sup> Véase el artículo 271 CPP. Artículo 238, párrafo 2: Aplicación de la prisión preventiva: "La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda

Según lo establece el artículo 239 del Código Procesal Penal la prisión preventiva procede solo en tres casos:

- cuando existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho o partícipe en él,
- cuando exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga), obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización) o continuará la actividad delictiva y cuando el delito que se le atribuye esté reprimido con pena privativa de libertad.

Estas medidas cautelares o las otras establecidas en el Código Procesal Penal<sup>57</sup>, deben aplicarse siempre en primer lugar de una manera excepcional, es decir, la regla consiste en que tales medidas no se decreten.

Pero si se decide imponerlas, debe ser de forma proporcional. El artículo 10 del Código Procesal Penal<sup>58</sup> se refiere a la proporcionalidad de la pena o medida de

---

imponerse en el caso". El artículo 239, inciso c, dice: Procedencia de la prisión preventiva. El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias: (...) c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad". Por su parte, el inciso b del artículo 257 reza así: "Cesación de la prisión preventiva: La privación de libertad finalizará: (...) b) Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada".

<sup>57</sup> Artículo 244: "Otras medidas cautelares. Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud de interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes: a) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga, b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal, c) la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe, d) la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito que fije el tribunal, e) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, f) la prohibición de vivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, g) si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio, h) la prestación de una caución adecuada y i) la suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional. Si la calificación jurídica del hecho admite una pena de inhabilitación, el tribunal podrá imponerle, preventivamente, que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podía ser inhabilitado.

<sup>58</sup> Véase el artículo 10: Medidas cautelares. Las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse".

seguridad que pudiera llegar a imponerse. Tal y como lo hemos manifestado, no se trata de una *proporcionalidad aritmética o simétrica*, sino que debe estar relacionada con este *concepto sustantivo o material de los valores o intereses en conflicto*. Además, esta proporcionalidad ha de ser en todo caso respetada, ya que el artículo 271 del Código Procesal Penal<sup>59</sup> obliga al Estado a indemnizar a la persona que haya sido sometida *indebidamente* a una medida cautelar e incluso establece una responsabilidad solidaria del funcionario público por la actuación arbitraria.

#### iv. La sanción<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Artículo 271: "Deber de indemnización (por error judicial). El Estado deberá indemnizar a la persona que haya sido sometida, indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó arbitrariamente o con culpa grave, en los términos del artículo .199 de la Ley General de Administración Pública. En este caso, el funcionario será solidariamente responsable con el Estado. También procederá indemnización, sólo contra el Estado, cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta, con plena demostración de inocencia."

<sup>60</sup> Sala Constitucional, Voto n<sup>o</sup> 2760-96: "El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta —la culpabilidad— perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que sólo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los hechos que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye. Este criterio, muy en boga en América Latina, no ha podido ser plenamente llevado a la práctica, en primer lugar porque el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces, a este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en si mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad, dado que el comportamiento propio del sujeto, jamás podrá ser el que representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la conducta del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el porqué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho. Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos —fin propio del derecho—, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal —pena— no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho).

El principio de proporcionalidad generalmente se relaciona con la pena, es decir, se procura que la pena impuesta sea proporcional a los hechos cometidos.

En este ejercicio de proporcionalidad no cabe duda de que la interpretación que realice el juez<sup>61</sup> debe considerar circunstancias objetivas y subjetivas para arribar a un juicio proporcional. El riesgo siempre será latente; de ahí no solo la importancia de que el juez conozca sobre la proporcionalidad sino su capacitación a la hora de decidirse por la sanción<sup>62</sup>.

El Código Penal nuestro establece primordialmente la pena privativa de libertad para la mayoría de delitos (73% aproximadamente), y como pena secundaria dispone la multa (15%). Una combinación de ambas penas conjuntas o alternativas se plantea como tercera posibilidad (cerca de un 10%) y, por último, establece penas accesorias como la inhabilitación (2% aproximadamente).

En este sistema de penas, al juez que ha decidido una sentencia condenatoria se le establecen mínimos y máximos, entre los cuales tiene que escoger una sanción concreta. Precisamente en esta concretización de la pena debe imperar la proporcionalidad y debe aplicarse tomando en cuenta los principios, antes mencionados, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha<sup>63</sup>.

Entonces, la proporcionalidad en cuanto a la sanción está orientada no solo a la elección de la *clase de pena* (ante una gama amplia de sanciones debe escogerse la

---

La pretendida fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegitima para constituirse en medio de resocialización."

<sup>61</sup> Sala Constitucional, voto nº 6960-94: "En otras palabras, será el juez en cuya jurisdicción radique el caso concreto, quien con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, llene de contenido el inciso en cuestión, determinando la procedencia de la aplicada sanción por la 'falta grave'."

<sup>62</sup> Aunque vista la proporcionalidad solo referida a la sanción pareciera que la intervención penal se orienta por fines retributivos o de prevención general.

<sup>63</sup> El juez debe orientarse, además de por los criterios de proporcionalidad, por lo establecido en el artículo 71 del Código Penal, que establece los criterios que el juez debe tomar en cuenta a la hora de determinar la sanción.

que menos afecte los derechos individuales), sino también en cuanto a su *duración*, y precisamente en esto debe funcionar la proporcionalidad en relación con las circunstancias de hecho. Además de lo anterior, deben establecerse las condiciones o *formas en las que esta pena se ha de cumplir*. De esta manera el juez<sup>64</sup> se convierte en el garante último de los principios del estado de derecho<sup>65</sup>.

Sin lugar a dudas llegar a una sentencia proporcional que considere las condiciones objetivas (hechos) y subjetivas (personalidad de los partícipes), no siempre es fácil. Para ello hay que tomar en cuenta dos aspectos relevantes: uno es el principio de libertad y libre apreciación de la prueba que tiene el juez, y otro, el principio de la sana crítica para apreciar esa prueba<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Véase la nota 6l.

<sup>65</sup> Artículo 367 CPP: "Condenatoria. La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas que correspondan y, en su caso, determinará la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Se unificarán las condenas o las penas cuando corresponda. La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decidirá sobre el comiso y la destrucción, previstos en la ley."

<sup>66</sup> Esta forma de valoración de la prueba se encuentra limitada por las reglas de la lógica que constituyen leyes fundamentales del pensamiento —como, por ejemplo, la coherencia, la derivación— así como por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente; además, por las leyes de la experiencia, que supone los conocimientos que se extraen de la vida cotidiana. No es posible aquí profundizar en estos temas, en especial en la forma de apreciación de la prueba, la cual no puede ser arbitraria porque la decisión judicial no cumpliría las formas y condiciones previstas por la constitución y la ley común. La Sala Tercera ha sido prolifera en el análisis de este tema, por ejemplo: Sala Tercera, voto n° 442-F-96: "Al razonar el agraviado señala que de conformidad con los hechos tenidos por acreditados 'la imposición del máximo de la pena constituye una violación a la ley sustantiva, concretamente a los numerales 71 y 72 del Código Penal, consecuentemente el Tribunal en razón a la participación del sindicado, quien abusó de sus facultades discrecionales en la imposición de este instituto jurídico, y violentó el Principio de proporcionalidad'; así mismo, con sustento doctrinario, considera que el a quo también ha vulnerado el principio de intranscendencia o personalidad de la pena". Sala Tercera, voto n° 382-F-96: "El principio de proporcionalidad de la pena es impugnable en casación, para lo cual cita jurisprudencia y hace un análisis al respecto. En primer término y como muy bien lo señala el recurrente, debe indicarse que el incumplimiento del principio de proporcionalidad de la pena es posible discutirlo en casación, pues esta vía se ha diseñado principalmente para controlar los posibles abusos y la eventual arbitrariedad en que puedan incurrir los jueces al momento de aplicar su 'discrecionalidad' en cualesquiera de los supuestos previstos por la ley, con el fin de hacer justicia en el caso concreto. En lo que respecta a la pena, si bien el artículo 71 del Código Penal autoriza a los juzgadores a fijar su monto dentro de los límites señalados en cada figura delictiva, esa fijación no puede ser arbitraria ni alejada de los principios de proporcionalidad, justicia e igualdad contenidos en nuestra legislación '...el control de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por los órganos judiciales en el proceso penal puede ser ejercido por los mismos u otros órganos judiciales, a través de los recursos contemplados: reforma, súplica, queja, apelación y casación' (González-Cuéllar Serrano,



En relación con la proporcionalidad, la sanción ha sido uno de los temas respecto de los cuales la Sala Constitucional ha realizado pronunciamientos trascendentales; ejemplo de ello son los siguientes:

"El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta —la culpabilidad— perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que sólo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los hechos

---

Nicolás)". En igual sentido se ha inclinado también la jurisprudencia constitucional de nuestro país; veamos algunos ejemplos. Sala Constitucional, Voto nº 1760-96: "...el principio de proporcionalidad de la pena forma parte de las reglas del debido proceso, tal y como puede verse en Sala Constitucional Voto nº 7333-94 en el que se señaló: 'IV. Respecto de otro reclamo formulado por el recurrente, que denomina violación al 'principio de humanidad y de proporcionalidad de la pena', estima la Sala que si tiene que ver con el debido proceso y así lo ha establecido previamente en diferentes decisiones. Particularmente se ha precisado esta cuestión en términos de que si el juez que condena tiene márgenes para hacerlo entre el mínimo y el máximo de la pena imponible, al concretar en sentencia su decisión cuantitativa, deberá motivar el por qué del monto a que ha llegado'. (Sala Constitucional, Votos nº 1739-92 y nº 1953-96)." Sala Tercera, Voto nº 383- F-96: "Desde luego esta desigualdad en las penas violenta el principio de proporcionalidad. Este, como lo sostiene la Sala Constitucional en voto nº 1953-96 'forma parte de las reglas del debido proceso'. La imposición de toda pena debe ser objeto de una adecuada fundamentación como reiteradamente lo han sostenido la jurisprudencia tanto de aquella como de esta Sala". Sala Tercera voto 455-F-93: "Razones de coherencia legislativa, derivadas del principio de proporcionalidad constitucional (artículo 33) obligan a aplicar la reducción optativa también a quien no logra terminar su propósito delictivo". Sala Tercera, voto de las nueve horas del 28 de mayo de 1995: "Denuncia la falta de fundamentación del quantum de la pena, en violación de los principios de humanidad y proporcionalidad". Sala Tercera, voto de las 9:40 horas del 14 de mayo de 1994: "En cuanto a la necesidad razonable de la defensa empleada, el Tribunal la descarta al confundir incorrectamente 'racionalidad' con 'proporcionalidad' que son términos disímiles, señalando que el ofendido no estaba armado; al respecto, debe indicarse que la racionalidad no se puede determinar en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta y de las circunstancias de ella (de la persona y sus derechos). Luego, tendrá que ser apreciada ex-ante, conforme a la situación (personal y circunstancial) en que se encontraba el defensor al momento de llevar a cabo su defensa, conforme a un criterio medio general de racionalidad de actuación (en que necesariamente ha de incluirse el nerviosismo o alteración del defensor)." Sala Tercera, voto de las 14: 05 horas del 20 de agosto de 1993: "El comentado principio de proporcionalidad de la prueba como la exigida fundamentación, y como lo tiene establecido la Sala Constitucional al delinear aspectos integrantes del debido proceso, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como derecho a la congruencia de la sentencia. Es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso."

que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye."<sup>67</sup>

"El artículo cuestionado debe aplicarse en relación con el artículo 71 del Código Penal en el cual se establecen los parámetros a los que debe circunscribirse el juez<sup>68</sup> para fijar el monto y tipo de la pena a imponer, de donde resulta evidente que no existe la indeterminación violatoria del debido proceso y del derecho de defensa<sup>69</sup> que acusa el accionante. La pena, consecuencia necesaria del delito cometido por un sujeto penalmente responsable, debe ser adecuada al hecho antisocial que le sirve de antecedente, es decir, debe haber proporcionalidad entre delito y pena, adecuación en la que la gravedad del hecho, los motivos determinantes, la personalidad del autor y en especial el grado de culpabilidad, tienen marcada trascendencia."<sup>70</sup>

El problema de la individualización de la pena —de determinar las pautas mínimas indispensables para que la pena "genérica y abstracta" prevista por la ley se concrete

---

<sup>67</sup> Sala Constitucional, voto n° 3195-93. La Sala razona que el principio de proporcionalidad no se aplica plenamente a los sistemas penales, incluyendo al de Costa Rica, por la deficiencia del procedimiento penal y el sistema carcelario: "Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vados, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos —fin propio del derecho—, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal —pena— no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto."

<sup>68</sup> Véase la nota 61.

<sup>69</sup> Ya la Sala se ha pronunciado sobre este derecho en particular, así: Sala Constitucional, voto n° 4027-92: "Lo que sí produce un roce con el derecho de defensa consagrado en el artículo 39 de la Constitución y con los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad que informan todo el texto fundamental, es la disposición del artículo 201 del proyecto, que pretende dar a dichos medios de prueba un valor de presunción de verdad, sólo sea 'juris tantum'". También se puede consultar Sala Constitucional, Voto n° 7333-94: "V.- Respecto de otro reclamo formulado por el recurrente, que denomina violación al 'principio de humanidad y de proporcionalidad de la pena', estima la Sala que sí tiene que ver con el debido proceso y así lo ha establecido previamente en diferentes decisiones. Particularmente se ha precisado esta cuestión en términos de que si el juez que condena tiene márgenes para hacerlo entre el mínimo y el máximo de la pena imponible, al concretar en sentencia su decisión cuantitativa, deberá motivar el por qué del monto a que ha llegado. Mas, como se establece para los otros reclamos del recurso, deberá ser la Sala Tercera la que determine si en la imposición de la pena, en concreto, hubo fundamentación o no."

<sup>70</sup> Sala Constitucional, Voto n° 5191-93.

en una persona determinada que ha cometido el delito previsto como condición previa a la represión—, lleva implícitos los principios constitucionales de justicia, igualdad, razonabilidad y *proporcionalidad*, de manera que debe considerarse la importancia del hecho y la naturaleza personal del sujeto, para que la sanción impuesta no sea, ni más ni menos, que la que debe ser en orden a lo que ella es conceptualmente y los fines<sup>71</sup> que se propone<sup>72</sup>.

#### **4 LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL COMO UNA MUESTRA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La delincuencia juvenil es un fenómeno social de actualidad. Son cada vez más frecuentes los hechos noticiosos que los medios de comunicación nos revelan en los cuales se atribuye a jóvenes la participación en la comisión de delitos. Igualmente la sensación de inseguridad ciudadana está relacionada con la existencia de conductas socialmente dañosas, por lo general atribuidas a los jóvenes, no sólo individual sino también grupalmente.

La sensación de alarma social, por un lado y, por otro, de ineficacia del sistema de justicia, deben ser consideradas y ponderadas a la hora de las decisiones legales, para que la reacción legal frente a estas conductas —generalmente magnificada— no sea desproporcionada ni más violenta que las conductas mismas que se quieren reprimir.

Frente a las respuestas tradicionales a la criminalidad, de más represión y penas severas con las que se ha respondido históricamente en nuestras legislaciones, debemos analizar críticamente si estas reacciones, que sabemos no han sido *eficaces*, deberían ser las mismas cuando los autores de estos hechos delictivos son personas jóvenes o adolescentes. En el nivel doctrinal y de derecho internacional, las normas

---

<sup>71</sup> Sala Constitucional, Voto n° 0814-97: "En la aplicación de esa reglamentación —y aún más, en su propia adopción—, deben respetarse los señalados principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de manera que sea un instrumento útil a los fines de la regulación y el cumplimiento de las penas, sin consentir discriminaciones o tratamientos desproporcionados o irracionales en perjuicio del condenado, que lejos de mejorar, agraven sus condiciones de privación de libertad y hagan surgir eventualmente, una violación directa o indirecta de un derecho fundamental. Así se ha sostenido en reiteradas ocasiones en Voto n° 0282-97, Voto n° 6335-95, Voto n° 0215-96, Voto n° 022b-96, y Voto n° 0384-96."

<sup>72</sup> Sala Constitucional, Voto n° 5758-94.

relacionadas con las conductas delictivas de las personas menores de edad, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, se brinda una respuesta o reacción frente a estos hechos delictivos de una manera diferente de la tradicional, pues prevalece el principio de la proporcionalidad o la prohibición de exceso.

Esta nueva reacción, que no siempre es la que se refleja en el nivel legislativo, nos recomienda, en relación con los jóvenes involucrados en hechos delictivos, una separación clara entre los conflictos de índole familiar, social o laboral en los que se pueden encontrar una gran cantidad de niños y personas jóvenes.

Igualmente, aconseja la organización de una justicia especializada para el juzgamiento de estas personas, sistema que debe tener características especiales que lo diferencien y lo caractericen respecto de la justicia de adultos. No deberíamos satisfacernos con una simple adecuación o adaptación de los institutos y órganos que participan en la justicia de adultos; por el contrario, hemos de promover la idea de la justicia especializada y diferente para personas jóvenes<sup>73</sup>. Solo de esta forma principios como la proporcionalidad adquirirán plena vigencia para la justicia juvenil.

Una de las particularidades de esta justicia reside en la idea primordial de la desjudicialización, muy relacionada con la despenalización y el derecho penal mínimo, y que no es otra cosa que la utilización racional y proporcional de los medios con los que cuenta el estado para la represión del delito, de manera tal que la intervención judicial sea solamente para casos necesarios y graves en los que no haya sido posible decretar las medidas desjudicializadoras.

Otra idea fundamental de esta justicia especializada consiste en la flexibilización y diversificación. En otras palabras, que esta justicia sea tolerante y tenga posibilidades de variar según las necesidades de los jóvenes en cada caso en particular; asimismo, que su reacción sea diversificada, es decir, que exista una pluralidad de medios de respuesta —desde la presentación de la denuncia hasta la ejecución de eventuales

---

<sup>73</sup> González Álvarez, Daniel, "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación Costarricense de Ciencias Penales*, año 9, nº 13, 1997, p. 110.

sanciones<sup>74</sup>— a los cuales se pueda remitir a los jóvenes, de tal forma que la afectación del proceso de desarrollo en que se encuentran sea mínima: se trata de elegir, de entre distintas alternativas, la que menos perjudique derechos y libertades de las personas jóvenes.

Como manifestamos al inicio, este principio de proporcionalidad tiene vigencia y aplicación prácticamente en todo el derecho, pero en forma particular en el derecho penal, y agregaremos que posee una completa vigencia en el derecho penal juvenil. La justicia juvenil debe caracterizarse por una mayor acentuación de los beneficios y de las garantías en relación con las personas adultas. Se trata de una justicia penal más benigna. El principio de proporcionalidad en la justicia juvenil demuestra su fidelidad al cometido de la realización de principios de política criminal como, por ejemplo, la intervención mínima, el interés superior de la persona menor de edad, lo mismo que el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento de nuestra República y de su Constitución como estado de derecho.

La estructura de esta justicia especializada se encuentra organizada en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Esta ley especial<sup>75</sup>, que se encarga de regular el juzgamiento de aquellos hechos delictivos cometidos por personas de entre los 12 y menos de 18 años de edad, contiene reglas especiales, en las cuales el principio de la proporcionalidad se encuentra vigente desde el inicio de la investigación de un delito.

---

<sup>74</sup> Sala Constitucional, Voto n<sup>o</sup> 4073-96: "El otorgamiento de una determinada modalidad de ejecución o de cumplimiento de la pena, normalmente no reviste matices de constitucionalidad, pues no existe un derecho fundamental a acceder a esas diferentes modalidades o beneficios señalados, siempre y cuando, al otorgarlos o denegarlos no se violen principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, razonabilidad y proporcionalidad, que esta Sala ha reconocido reiteradamente como parámetros de constitucionalidad. La reglamentación existente en cuanto a la procedencia, sustitución o revocatoria de los beneficios o las diferentes modalidades de ejecución, resulta adecuada para el cumplimiento de esos fines. En la aplicación de esa reglamentación —y aún más, en su propia adopción—, debe respetarse el principio de razonabilidad, el de proporcionalidad y el principio de igualdad, de manera que sea un instrumento útil a los fines de la regulación y el cumplimiento de las penas, sin consentir discriminaciones o tratamientos desproporcionados o irracionales en perjuicio del condenado, que lejos de mejorar, agraven sus condiciones de privación de libertad y hagan surgir eventualmente, una violación directa o indirecta de un derecho fundamental."

<sup>75</sup> Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Ley n<sup>o</sup> 7576, del 8 de marzo de 1996, publicada en *La Gaceta* n<sup>o</sup> 82 del 30 de abril de 1996, San José.

## A) Proporcionalidad e intervención penal juvenil<sup>76</sup>

El Ministerio Público y los órganos policiales constituyen el primer órgano de control con que tienen contacto los involucrados en un delito. El Ministerio Público, como ente encargado de la persecución penal, es el llamado, en una fase inicial, a considerar la aplicación del principio de la proporcionalidad. Para ello tiene que considerar los postulados o presupuestos en los que se fundamenta, en este caso, la justicia juvenil. Como hemos dicho, no se trata de la justicia penal de adultos, sino más bien de una justicia especializada y más benigna.

Se justifica un justicia penal más benigna para los jóvenes y adolescentes con base en los siguientes argumentos<sup>77</sup>:

---

<sup>76</sup> La proporcionalidad vista como principio. Se procura mantener un equilibrio entre la sanción impuesta a una persona menor de edad y el grado de participación y culpabilidad de esta. Se debe tomar en cuenta la magnitud del daño causado. En forma práctica el principio de proporcionalidad significa que, dentro de una pluralidad de medidas posibles y todas adecuadas, se deben escoger aquellas que menos perjudiquen a la persona condenada y a la generalidad. Este principio se encuentra expresamente establecido en el artículo 25 LJPJ. Es importante que este principio de proporcionalidad tenga vigencia no solo al momento de imposición de la sanción, sino durante todo el proceso, es decir, la proporcionalidad también debería aplicarse desde la investigación, y toda la intervención jurisdiccional debería estar amparada por este principio. Por ejemplo, una contravención no justificaría la realización de todo el proceso que está concebido en esta Ley, y debería solucionarse por los medios informales previstos, lo mismo que delitos de bagatela o insignificante afectación al bien jurídico, en los cuales se podría aplicar el principio de oportunidad, la conciliación o la suspensión del proceso a prueba. (Tiffer Sotomayor, C., *Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y concordada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996, pp. 45 y 167-68.)

<sup>77</sup> Hay que agregar que, internacionalmente, las Reglas de Beijing establecen la proporcionalidad en materia de juzgamiento de jóvenes infractores de la ley penal así: "5. Objetivos de la justicia de menores: 5.1 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". Esta regla se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia juvenil. El primer objetivo es el fomento del bienestar de la persona menor de edad, lo que constituye el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los jóvenes delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de ellos en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales (véase también la regla 14). El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad"; este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales; las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil). Por el mismo motivo, las

- La mayoría de la delincuencia juvenil se refiere a conductas de bagatela o de mínima afectación de los bienes jurídicos.
- La justicia tradicional de adultos es cara, selectiva, estigmatizante e inconveniente para los adolescentes que se encuentran en proceso de formación.
- El delito en los jóvenes, en la mayoría de los casos, constituye un *episodio de juventud* y el reflejo de un periodo de crisis en el desarrollo.
- Un argumento ético: ¿Por qué responder al delito en forma drástica y violenta, si es posible y conveniente utilizar otras formas?

Por lo anterior el Ministerio Público debería analizar, en todos los casos que se le someten, la conveniencia o inconveniencia de iniciar la persecución penal, máxime tratándose de personas jóvenes, en quienes en muchos casos esta intervención producirá efectos negativos.

Para que la intervención penal se dé solamente en casos de necesidad, la Ley establece un grupo de alternativas<sup>78</sup> que procuran que el adolescente no sea llevado masivamente a la jurisdicción penal para jóvenes. Con tal objeto, se establecen mecanismos que se implementan en fases iniciales del proceso, basados principalmente en el axioma ya expuesto de *ultima ratio* del derecho penal juvenil, que no es otra cosa que el principio de necesidad y que forma parte de la proporcionalidad. Estos mecanismos son: *la aplicación del criterio de oportunidad reglado* (la ley establece cuándo se puede desistir de la persecución penal), *la conciliación* (arreglo directo entre el joven y la víctima), y *la suspensión del proceso a prueba* (el juez decide paralizar el proceso y puede imponer una orden de orientación y supervisión). Se trata

---

respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima. En definitiva, la regla 5 sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de jóvenes sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los jóvenes.

<sup>78</sup> Se trata de mecanismos que deben llevarse a cabo en diferentes etapas procesales.

de medidas alternativas al proceso penal mismo, que no son otra cosa que el cumplimiento del principio de necesidad, fundamento de la proporcionalidad.

**i. Criterio de oportunidad reglado.** Los funcionarios del Ministerio Público tienen la potestad de aplicar el criterio de oportunidad en los siguientes casos:

- 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;
- cuando el menor de edad colabore eficazmente con la investigación para ayudar a esclarecer el hecho investigado u otros delitos conexos;
- cuando el menor de edad haya sufrido, como consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave;
- cuando la sanción que se espera imponer carezca de importancia (Ley de Justicia Penal Juvenil , artículo 56).

El criterio de oportunidad reglado trata de establecer normas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos específicos. Esta resolución judicial, de un gran potencial para aumentar la efectividad de la justicia penal juvenil, constituye una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal con la que tradicionalmente ha funcionado la justicia penal de adultos. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que tornan innecesaria la iniciación del proceso y la eventual pena<sup>79</sup>. Estos intereses jurídicos superiores son, precisamente, los aspectos sustantivos y materiales en los cuales se apoya la idea de la proporcionalidad. También representa una forma de racionalizar la intervención penal.

El juez debe homologar la decisión tomada por el Ministerio Público, lo cual está concebido como un requisito para darle firmeza al fallo. Esto es lo que conocemos como principio de oportunidad reglado: "El ente acusador no tendrá pleno control de la

---

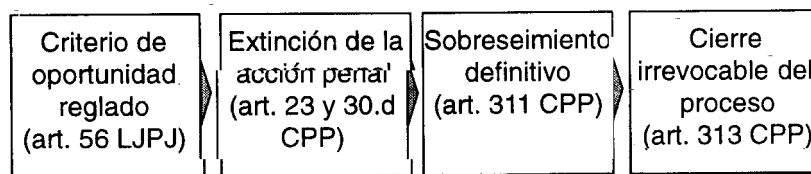
<sup>79</sup> González Álvarez, D., "La aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, nº 14, 1997, p.67.



acusación, sino que siempre sería la autoridad jurisdiccional la que fiscalizaría, en último término la decisión de no perseguir penalmente ciertos casos"<sup>80</sup>.

Un aspecto relevante de esta forma de desjudicialización y aplicación de la proporcionalidad, es que su utilización produce cosa juzgada material, es decir, una vez decretado el criterio de oportunidad se extingue la acción penal, esto por razones de seguridad jurídica.

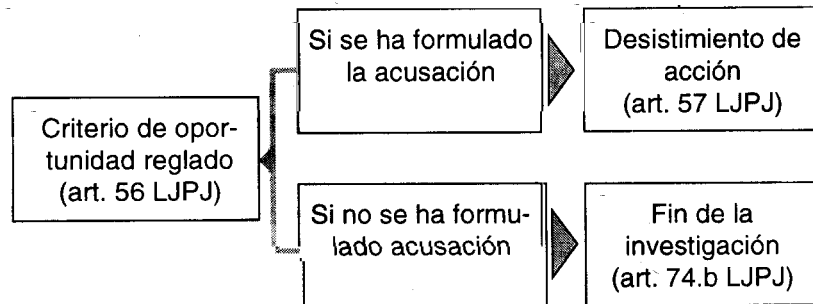
La extinción de la acción penal juvenil debe extraerse de la aplicación supletoria del Código Procesal Penal. Así, los artículos 23 y 30.d del Código Procesal Penal establecen que, cuando se aplica el criterio de oportunidad reglado, se extingue la acción penal. El artículo 311 dispone que, cuando se extingue la acción penal, debe dictarse un sobreseimiento definitivo, y el artículo 313 determina que, al dictarse este, debe cerrarse irrevocablemente el proceso y hacer cesar las medidas cautelares. Representado gráficamente, este proceso se vería así:



La Ley de Justicia Penal Juvenil prevé un efecto similar. De tal manera, una vez que se aplica el criterio de oportunidad reglado, se debe decretar la desestimación de la acción (en caso de que se hubiere formulado la acusación), o finalizar la investigación por parte del Ministerio Público. En ambos casos, la aplicación del criterio de oportunidad reglado tiene el carácter de precluir la persecución penal, y de conformidad con el principio *ne bis in idem* previsto en el artículo 18 de la citada Ley<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Cruz, F., "Principios fundamentales de la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, nº 8, 1994, p. 49.

<sup>81</sup> Artículo 18 LJPJ: "Principio de 'Ne 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."



Este instituto o solución procesal que promueve la desjudicialización, ha sido utilizado en la justicia penal juvenil costarricense. De un total de 8882 denuncias que ingresaron al Ministerio Público del 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997, se solicitó la aplicación del criterio de oportunidad a 1339 casos, que corresponden al 15,1% del total de denuncias; además, también de este total de denuncias se desestimaron 2215, cifra que corresponde a un 24,9%. De lo anterior se desprende que el Ministerio Público como ente encargado de la persecución penal, está aplicando correctamente la Ley de Justicia Penal Juvenil en lo que se refiere a su orientación de una persecución penal mínima<sup>82</sup>.

**ii. Conciliación.** "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." "El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo." (Ley de Justicia Penal Juvenil , artículos 61 y 65 respectivamente)

Este mecanismo trata de buscar una solución efectiva al conflicto penal. Constituye un medio informal de control social que procura aplicar la idea de que, en materia de justicia penal juvenil, la no intervención será la mejor respuesta en muchos casos. Paralelamente, se trata de reconocer el protagonismo que corresponde a la víctima y al acusado del delito. Representa, además, una buena posibilidad de solucionar el conflicto, a la vez que posee un potencial valor educativo para el joven acusado. Asimismo, materializa el principio de necesidad, es decir, de intervención

<sup>82</sup> Consúltese el gráfico 3 del capítulo cuarto.

mínima en el que se apoyan las ideas de la proporcionalidad entre los bienes jurídicos protegidos y las prohibiciones o limitaciones de derechos.

El procedimiento conciliatorio se desarrolla de la siguiente manera: La conciliación procede desde el establecimiento de la acusación, y a partir de ahí en cualquier momento posterior y hasta antes de dictar la resolución definitiva en primera instancia (artículos 62 y 80 LJPJ). El juez penal juvenil debe citar a las partes a la audiencia de conciliación; los participantes esenciales de esta audiencia son: el acusado con su defensor, y la víctima con su representante legal; además, podrán asistir los padres y el representante del Patronato Nacional de la Infancia<sup>83</sup> (artículo 63 LJPJ). Estando las partes reunidas, el juez las invita a llegar a un acuerdo para la solución del conflicto que han producido los hechos acusados. Luego se escucharán las propuestas del joven o adolescente y las del ofendido. Si no se llega a un acuerdo, el proceso continúa en el estado en que se encontraba. Si se llega a un acuerdo y el juez lo aprueba, las partes firmarán el acta de conciliación; en este último caso el proceso se suspende y no corre la prescripción de la acción penal. Si el acuerdo conciliatorio se incumple, entonces se continúa con el proceso (artículos 65 y 66 LJPJ); si todo lo acordado en la conciliación se cumple, entonces el juez dicta una resolución dando por terminado el proceso (artículo 67 LJPJ).

En la práctica el proceso conciliatorio procede en los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos. El Código Procesal Penal establece en el artículo 36 que la conciliación procede en los siguientes casos:

- 1) en las faltas y contravenciones,
- 2) en los delitos de acción privada,
- 3) en los delitos de acción pública dependientes de instancia privada y
- 4) en los delitos que admitan la suspensión condicional de la pena.

Debe mencionarse que el inciso 4 permite una vía más amplia para la aplicación de este instituto, puesto que se debe aplicar la norma que se refiere a la "ejecución condicional de la sanción de internamiento" prevista en el artículo 132 de la Ley de

---

<sup>83</sup> Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley n<sup>o</sup> 7538 de 22 de agosto de 1995.

Justicia Penal Juvenil<sup>84</sup>. Esto extiende la aplicación de la conciliación a los siguientes supuestos:

- a) cuando el menor realiza esfuerzos por reparar el daño,
- b) por la falta de gravedad de los hechos cometidos,
- c) por la conveniencia del desarrollo educativo o laboral del menor de edad,
- d) para proteger la situación familiar y social en que se desenvuelve el joven y
- e) cuando el menor de edad haya podido construir por sus propios medios un proyecto de vida alternativo.

Debe quedar claro que la conciliación procede cuando alguno de estos supuestos se cumple, y no resultan relevantes para la justicia penal juvenil los criterios de monto de la sanción o tipo de delito —como sí lo requiere el derecho penal de adultos— para la aplicación de la ejecución condicional de la pena y, consecuentemente, para aplicar la conciliación.

Respecto a las limitaciones de este instituto, debemos mencionar lo que establece el artículo 155 del Código de la Niñez y de la Adolescencia: "Impedimentos. No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental ni los que puedan constituir delitos".

Una interpretación amplia de este artículo nos obligaría a concluir que, en materia penal juvenil, no es posible la conciliación. Sin embargo, ya la Procuraduría General de la República<sup>85</sup> y la Sala Constitucional<sup>86</sup> han interpretado esta norma en el sentido de

---

<sup>84</sup> Artículo 132 LJPJ, sobre la ejecución condicional de la sanción de internamiento. Se debe aplicar esta norma por cuanto la Ley de Justicia Penal Juvenil es ley especial y la regula expresamente. Además, ha de aplicarse en forma amplia, no solo para los supuestos del artículo 131 (internamiento en centro especializado).

<sup>85</sup> Procuraduría General de la República, Dictamen n° C-000638-98: "Delitos cometidos en perjuicio de menores. (...) No empecé lo anterior, tal y como lo dijimos al inicio, creemos conveniente que a manera de refuerzo se establezca la prohibición de aplicar la figura de la conciliación en el nuevo Código en procesos en que, un menor de edad, se encuentre en la condición de víctima".

<sup>86</sup> Sala Constitucional, Voto n° 7115-98: "La experiencia enseña cómo los menores son víctimas frecuentes de delitos, básicamente de aquellos que afectan su integridad física y su libertad sexual. El legislador optó por no otorgar un trato igual a los autores de delitos cometidos contra menores de edad, negándoles la posibilidad de conciliar. Esa diversidad de tratamiento obedece a la situación también diversa que se da en las causas por delitos cometidos en perjuicio de menores; la diversidad radica en la especial consideración del menor como ser humano en desarrollo. La

que el impedimento estipulado en el Código de la Niñez y la Adolescencia debe aplicarse sólo cuando la víctima es un niño o un joven; en los demás asuntos de delitos, especialmente cuando el joven es el autor, procedería la conciliación.

**iii. Suspensión del proceso a prueba.** "Resuelta la procedencia de la acusación, el Juez, 'de oficio'<sup>87</sup> 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." (Artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil)

La suspensión del proceso a prueba consiste en la interrupción o cesación del proceso, evitando la etapa del debate, en todos aquellos casos en los que procedería la suspensión condicional de la pena; así se vuelve innecesaria la realización de la fase final de proceso. De esta manera se logra el mismo objetivo con mayor celeridad, menor gasto de recursos humanos y económicos, mayor eficiencia y, lo que es más importante, teniendo siempre como primer presupuesto el interés superior del joven, lo cual también demuestra la orientación proporcional que busca la Ley en la intervención penal.

La suspensión del proceso a prueba la debe solicitar cualquier parte interesada, una vez formulada la acusación<sup>88</sup>. Si al considerar la solicitud el juez la admite, debe motivar su resolución según lo establecido en el artículo 90 de la Ley de Justicia Penal

---

desigualdad es razonable y así lo entiende esta Sala, pues conforme se indicó la conciliación parte del diálogo directo y libre que debe darse entre imputado y víctima, y surge como un medio para que la víctima reasuma su papel protagónico en la solución del conflicto. En el caso de los menores, la igualdad de condiciones entre las partes para negociar no existe y en razón de ello, el impedimento establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido (...) Por tanto: Se evacua la consulta formulada en el sentido de que no resulta inconstitucional el impedimento para conciliar en asuntos que puedan constituir delitos cometidos en perjuicio de menores de edad que contempla el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia."

<sup>87</sup> La Sala Constitucional declaró inconstitucional la frase "de oficio". véase el Voto n° 6857-98, que dice: "Se evacua la consulta formulada en el sentido de que la frase 'de oficio' contenida en el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil es inconstitucional y en consecuencia debe tenerse como eliminada del ordenamiento jurídico. La anterior declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma sea el ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe."

<sup>88</sup> En general sobre la suspensión del proceso a prueba, puede consultarse Llobet Rodríguez, J. y otros, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Corte Suprema de Justicia, San José, 1996.

Juvenil<sup>89</sup>. Se le impone al joven una orden de orientación y supervisión. Si el joven cumple con las condiciones fijadas para suspender el proceso a prueba, el juez dará por terminado el proceso y ordenará que se archive el expediente<sup>90</sup>. Si el joven no cumple con las condiciones, entonces el juez revoca la resolución y se continúa con el proceso<sup>91</sup>.

La suspensión del proceso a prueba procede solamente en los casos en que procede la ejecución condicional de la sanción de internamiento en materia penal juvenil<sup>92</sup>. Esto abarca los siguientes supuestos:

- a) cuando el menor realiza esfuerzos por reparar el daño,
- b) por la falta de gravedad de los hechos cometidos,
- c) por la conveniencia para el desarrollo educativo o laboral del menor de edad,
- d) para proteger la situación familiar y social en que se desenvuelve el joven y
- e) cuando el menor de edad haya podido construir por sus propios medios un proyecto de vida alternativo.

En la práctica este instituto que también promueve la desjudicialización en el nivel jurisdiccional, se ha aplicado de una manera relativa. De 8902 casos resueltos por los juzgados penales juveniles en Costa Rica, en un lapso que va del 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997, se acordó la suspensión del proceso a prueba en 473 casos, que

---

<sup>89</sup> Artículo 90 LJPJ: "Resolución que ordena suspender el proceso. La resolución que ordene suspender el proceso a prueba deberá contener: a) Los motivos, de hecho y de derecho, por los cuales el Juez ordena esta suspensión. b) Los datos generales del menor de edad, los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y la posible sanción. c) La duración del período de prueba, que no podrá exceder de tres años. d) La advertencia de que la comisión de cualquier contravención o delito, durante el período de prueba, conllevará la reanudación de los procedimientos. e) La prevención de que cualquier cambio de residencia, domicilio o lugar de trabajo deberá ser comunicado de inmediato a la autoridad correspondiente. f) La orden de orientación y supervisión decretada, así como las razones que la fundamentan."

<sup>90</sup> Artículo 92 LJPJ: "Cumplimiento 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."

<sup>91</sup> Artículo 91 LJPJ: "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 ordenó la suspensión."

<sup>92</sup> Véase el artículo 132, transcrito anteriormente.

corresponden a un 5,3% del total de resoluciones dictadas<sup>93</sup>. Cabe esperar que este importante instituto tenga aplicación en el futuro.

## **B) Proporcionalidad en las medidas cautelares**

El principio de proporcionalidad también adquiere plena vigencia cuando se decide aplicar una medida cautelar contra un joven o adolescente. Esto por cuanto la proporcionalidad se aplica durante toda la posible intervención penal y no solo en el momento de la aplicación de las sanciones.

Algunos de los principios rectores<sup>94</sup> de esta Ley son: la protección integral de la persona menor de edad, su interés superior, el respeto de sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. Tales principios parecen incompatibles con la idea de la persecución penal. Pero precisamente esa es la paradoja entre la protección de valores y el establecimiento de prohibiciones o limitaciones de derechos fundamentales. Precisamente la proporcionalidad viene a constituir el necesario equilibrio en cuanto a estos presupuestos conflictivos.

La Ley de Justicia Penal Juvenil posibilita el establecimiento de medidas cautelares, las cuales poseen un carácter de excepcionalidad.

La detención provisional solamente puede establecerse cuando: a) exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia, b) exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba y c) exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Consúltense las estadísticas del capítulo cuarto.

<sup>94</sup> Artículo 7 LJPJ: "Principios rectores. Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho."

<sup>95</sup> Artículo 58 LJPJ: "Detención provisional. El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias: a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia. b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba. c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo. La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados."

La detención provisional como medida cautelar solo puede ser dictada por un juez<sup>96</sup>, en una resolución debidamente fundamentada, y no debería sobrepasar los límites temporales establecidos por la ley. Se justifica únicamente por razones de índole procesal, de modo que, cuando su justificación se aleje de esos fines procesales y no se encuentre apoyada en algunos de los tres presupuestos anteriormente indicados, deviene en ilegal y arbitraria. Estaríamos ante la violación del principio de prohibición de exceso y el debilitamiento del carácter garantista de esta legislación.

Dentro de esta racionalidad del uso de la medida cautelar, especialmente de la detención provisional, se han establecido alternativas tanto para esta detención como para otras medidas cautelares. Así se posibilita la utilización de las reglas de conducta u órdenes de orientación y supervisión para que sean aplicadas eventualmente como medidas cautelares<sup>97</sup>. La aplicación de tales medidas también debe apoyarse en la racionalidad y la proporcionalidad, para que realmente cumplan con los fines propuestos en la Ley, ya que —recordemos— la proporcionalidad se relaciona estrechamente con los medios empleados para lograr tales fines.

### **C) Proporcionalidad y consecuencias jurídicas**

---

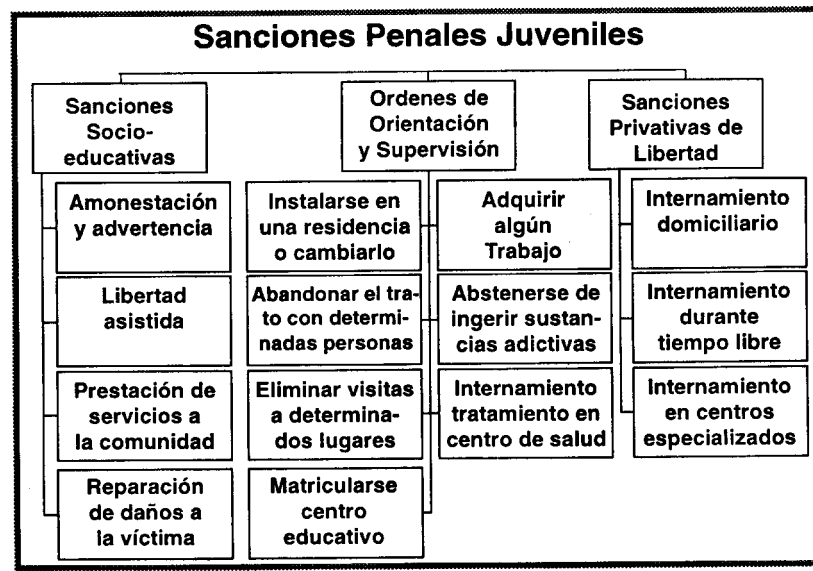
<sup>96</sup> Véase la nota 61.

<sup>97</sup> Artículo 128 LJPJ: "Órdenes de orientación y supervisión. Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez Penal Juvenil para regular el modo de vida de los menores de edad, así como promover y asegurar su formación. Las órdenes o prohibiciones durarán un periodo máximo de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse a más tardar un mes después de ordenadas. Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el Juez podrá, de oficio o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta." Artículo 121 LJPJ: "Tipos de sanciones. Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones: (...) b) Órdenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá 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



La Ley de Justicia Penal Juvenil ha establecido una amplia gama de consecuencias jurídicas<sup>98</sup>. Este grupo variado de sanciones o consecuencias jurídicas permite que se apliquen, al joven sometido o sentenciado en un proceso penal juvenil, los principios de proporcionalidad y racionalidad, todo esto bajo los criterios de intervención mínima.

La Ley establece como sanciones principales las educativas, divididas en dos categorías: unas llamadas "sanciones socioeducativas" y las otras se denominan "órdenes de orientación y supervisión". Deja como última alternativa las sanciones privativas de libertad, que incluso se han dividido en tres clases: una primera categoría denominada "internamiento domiciliario"; la segunda, "internamiento durante el tiempo libre" (estas dos son de carácter ambulatorio al igual que las sanciones educativas); y solo se ha dejado, como último recurso y alternativa a todas las demás sanciones, el "internamiento en centro especializado", que posee la connotación de una verdadera pena juvenil.



Como habíamos señalado anteriormente, la proporcionalidad se halla estrechamente referida a la sanción, no solo en materia procesal penal de adultos, sino

ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas."

<sup>98</sup> Esta amplia gama aparece descrita en la nota anterior. Para tener una mejor perspectiva de estas sanciones, presentamos un organigrama.

también en la justicia juvenil. El artículo 25 de esta Ley dispone que: "Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o al delito cometido". De lo anterior podemos deducir claramente que la proporcionalidad se convierte en una exigencia para el juez<sup>99</sup> tanto a la hora de establecer la sanción como a la hora de determinar el *quantum* de esta.

La proporcionalidad en la justicia juvenil adquiere, desde nuestro punto de vista, una mayor posibilidad con respecto a la sanción, principalmente debido a la amplia gama o catálogo de sanciones, es decir, ya que existen más oportunidades para el juez al contar con mayor posibilidad de sanciones y, consecuentemente, con mayores recursos para encontrar el equilibrio entre los valores protegidos por la ley y el fin educativo propuesto.

Otro principio relacionado con la proporcionalidad y que en la justicia juvenil adquiere mayor vigencia, es el de idoneidad, ya que al establecerse este cuadro amplio de sanciones, el juez tendrá que considerar la idoneidad de la sanción en relación no solo con el hecho cometido, sino también con las posibilidades que el joven o el adolescente tenga para cumplirla. La sanción se convierte, en esta interpretación, en un *medio idóneo* para el cumplimiento de los fines de la prevención especial establecidos.

La proporcionalidad enfocada desde la sanción sirve como una salvaguarda necesaria y útil frente al peligro de excesos en la reacción estatal, más tratándose de conductas delictivas de personas jóvenes, que —como hemos dicho— justifican no solo una justicia especializada, sino una justicia más benigna.

Por lo anterior resulta indispensable, también, criticar los extremos máximos — fijados en el artículo 131<sup>100</sup>— de 10 años y de 15 años de internamiento en centro especializado para jóvenes de entre 12 y menos de 15 años de edad, y de entre 15 y menos de 18 años de edad, respectivamente. Esta penalidad nos parece desproporcionada, injusta e irracional y no concuerda con los Principios rectores

---

<sup>99</sup> Ya la jurisprudencia ha avalado este criterio en otras ocasiones. Por ejemplo, véase la nota 61.

<sup>100</sup> Artículo 131 LJPJ: "(...) La medida de internamiento durará un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años.

establecidos en la Ley. Más bien se apoya en una penalidad severa con fines populistas, la cual no concuerda con las metas y fines propuestos por la Constitución y el derecho internacional. Esta desproporción se observa además porque la intervención excesiva, como lo sería la aplicación de estas penas, no resulta idónea ni necesaria, menos para personas adolescentes.

La proporcionalidad tiene vigencia, como habíamos dicho también, en las formas y condiciones en que se desarrolla la sanción; por tal motivo, durante la fase del cumplimiento de la sanción este principio se mantiene vigente. Desde luego, en esta fase existe un mayor peligro de que el poder público utilice medios inadecuados que afecten derechos y libertades individuales. La relación conflictiva de intereses adquiere en dicha etapa una relevancia también de primer orden. De ahí que podamos afirmar que la proporcionalidad en el derecho penal se inicia desde el primer contacto con los órganos encargados de la persecución penal y eventualmente terminaría con el cumplimiento efectivo de la sanción.

La Ley de Justicia Penal Juvenil ha procurado establecer normas que garanticen esta proporcionalidad de medios empleados también en la fase de ejecución<sup>101</sup>, principalmente cuando se trata de la sanción de internamiento en centro especializado.

Sin embargo, hay que reconocer que la regulación de la ejecución es materia especializada. Por lo tanto, debe contenerse en una ley especial que regule los derechos y deberes de los sentenciados, las relaciones de los condenados y la administración penitenciaria<sup>102</sup>, así como, en el caso de la justicia juvenil, no solo la sanción privativa de libertad, sino todas y principalmente las sanciones educativas.

---

<sup>101</sup> En detalle se regula la proporcionalidad en el Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, expediente nº 13 001, publicado en *La Gaceta* nº 214, del 6 de noviembre de 1997. Véanse, por ejemplo, los artículos 6, 7 y 8.

<sup>102</sup> En este ámbito, la Sala Constitucional también se ha declarado facultada para controlar la proporcionalidad de las acciones de estas administraciones penitenciarias. Sala Constitucional, Voto nº 3545-92: "Debe quedarle claro al gestionante, que como lógico correlato de la progresividad —como primer derecho del interno— que caracteriza a los regímenes penitenciarios como el costarricense, es necesario normas sancionatorias y de seguridad, cuya aplicación es exclusiva de las autoridades penitenciarias, quedando la Sala facultada para controlar la constitucionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de dichas sanciones, que en el caso presente, no considera que haya mediado alguna violación."

De ahí que sea necesario mencionar la regulación propuesta en el Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles<sup>103</sup>, actualmente en el Congreso de la República. En cuanto a la aplicación del principio de la proporcionalidad, vale la pena señalar algunos de sus artículos:

"Artículo 6: Principio de proporcionalidad e interés superior de la persona menor de edad<sup>104</sup>. En la ejecución de las sanciones penales juveniles, cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que perjudique menos a la persona menor de edad sancionada y que se encuentre acorde con la falta cometida."

"Artículo 77: Conversión de la sanción privativa de libertad por hacinamiento. Si se constata por parte del Juez de Ejecución de las Sanciones que la sanción privativa de libertad se está cumpliendo bajo condiciones de hacinamiento procederá la conversión de la sanción por alguna de las sanciones socio-educativas u órdenes de orientación o supervisión fijadas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, en procura de la protección de las personas menores de edad.

Las conversiones se efectuarán en proporción directa con la sanción privativa de libertad impuesta y no podrá exceder del límite máximo de duración establecido por la Ley de Justicia Penal Juvenil para las sanciones diferentes a la sanción de internamiento en Centro Especializado. Esta conversión podrá realizarse a solicitud de parte o de oficio."

"Artículo 119: Coerción física proporcional. Sólo podrá hacerse uso de la coerción física cuando se haya agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y deberá emplearse de forma restrictiva y sólo durante el período estrictamente necesario. Se debe elegir el medio que sea menos dañino para la persona menor de edad entre los que pueden lograr el objetivo. Se debe interrumpir o no emplear coerción física, cuando ella pueda producir un resultado

---

<sup>103</sup> Proyecto Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles.

<sup>104</sup> También la LJPJ ha tratado este punto, considerado como el principio de proporcionalidad e interés superior de la persona menor de edad. En la ejecución de las sanciones penales juveniles, cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que perjudique menos a la persona menor de edad sancionada y que se encuentre acorde con la falta cometida.

perjudicial que no guarde proporción razonable con lo que se quiere evitar o hacer cesar."

"Artículo 124: Medidas disciplinarias. Ante cualquier infracción de alguna de las personas menores de edad privadas de libertad, se puede imponer una amonestación verbal o escrita o limitación de cualquiera de los siguientes derechos:

- 1-) Ver televisión o escuchar radio.
- 2-) Una actividad en el tiempo libre.
- 3-) Participar en actividades con las demás personas menores de edad privadas de libertad.
- 4-) Permanecer con las demás personas privadas de libertad en el tiempo libre.
- 5-) Recibir visitas más de cuatro horas semanales, salvo las de abogados y notarios.
- 6-) Remitir más de cuatro cartas mensuales.
- 7-) Realizar más de dos llamadas telefónicas semanales.
- 8-) Permanecer en lugar abierto; ésta por un máximo de tres días.
- 9-) Permisos de salida.
- 10-) Reubicación de la persona menor de edad en el centro.
- 11-) Suspensión temporal de los incentivos contemplados en el plan de ejecución.

La duración de las medidas disciplinarias estarán acorde con la falta y no podrán exceder hasta por quince días cuando se trate de faltas leves, hasta un mes cuando se trate de faltas graves y hasta dos meses cuando se trate de faltas muy graves.

No se pueden imponer más medidas disciplinarias que las enumeradas en esta Ley. No obstante, pueden imponerse varias en forma conjunta, siempre que concurren los respectivos presupuestos y las medidas no sean contrarias entre sí, ni tampoco desproporcionadas en relación con las faltas."

Con base en lo dicho anteriormente, podemos confirmar que el principio de proporcionalidad como regla fundamental sirve tanto como criterio de validez como de guía para la interpretación y aplicación de las disposiciones penales y procesales, sean

estas para adultos o para personas menores de edad. Vista así, la proporcionalidad se convierte en el mejor instrumento de interpretación para el aseguramiento del equilibrio necesario de las fuerzas sociales, indispensables para una convivencia pacífica y armónica en sociedad.

## 5. COMENTARIOS FINALES

- 4 El principio de proporcionalidad en sentido amplio es conocido como el principio de prohibición de exceso, y este constituye un límite a las potestades estatales, aplicable en muchos ámbitos. Se ha analizado en este capítulo la prohibición de exceso en materia penal, específicamente en el proceso penal y el proceso penal juvenil. Visto de esta forma, la doctrina ha tratado de descomponer este principio en tres subprincipios, para así llenarlo de contenido y no permitir que se convierta en un término altamente indeterminado. Estos subprincipios son: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- 4 El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el juicio de ponderación de intereses, que trata de lograr un equilibrio. Generalmente se ha aplicado a la sanción penal, pero en este capítulo lo hemos propuesto para aplicarlo a todas las fases del proceso.
- 4 Al analizar este principio, se tiene como supuesto que se aplicará en un estado democrático, y que la proporcionalidad será vista como un límite a los abusos de poder y una garantía para los derechos de los ciudadanos. Así, el principio de proporcionalidad debe identificarse con los valores e intereses constitucionalmente protegidos por el legislador y la Constitución; son estos valores los que hacen de tal principio un concepto sustantivo o material.
- 4 En el derecho penal moderno, se debe aplicar este principio en toda situación donde exista una tensión entre intereses contrapuestos. De tal manera, el principio de proporcionalidad debe regir institutos tales como la aprehensión policial, la detención por parte del Ministerio Público, la prisión preventiva y otras medidas

cautelares. Asimismo, no debe descuidarse el terreno propio de aplicación de este principio: la sanción penal, tema abordado por la mayoría de tratadistas y que es descuidado por las legislaciones, para establecer que debe existir una proporcionalidad entre la pena y la gravedad del hecho cometido, los motivos determinantes, la personalidad del autor y el grado de culpabilidad.

- 4 La Ley de Justicia Penal Juvenil permite la aplicación de este principio de proporcionalidad debido a que está inspirada en parámetros que posibilitan el desarrollo normal de los jóvenes y adolescentes sometidos a un proceso penal. Así, la justicia penal juvenil crea medios que evitan, en la mayor medida posible, que el adolescente sufra un daño irreparable; tales instrumentos tratan, a la vez, de agilizar la justicia juvenil y descongestionar las sedes judiciales. Estos instrumentos son: el criterio de oportunidad reglado, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, lo mismo que la ejecución condicional de la pena sin limitación. También se aplica el principio de proporcionalidad a las sanciones penales juveniles y, en este punto, la Ley de Justicia Penal Juvenil establece un amplio cuadro de sanciones que permiten que el juzgador aplique la que proporcionalmente se ajusta al caso concreto. Por último, en la fase de ejecución de la sanción, el Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles establece mecanismos e institutos para garantizar los derechos de los jóvenes sancionados y para evitar abusos de la autoridad penitenciaria u otros sujetos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, Barcelona, 1990.

Armijo, Gilbert, *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, San José, 1997.

Arroyo, José Manuel, *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, San José, 1995.

Bergali, Roberto, "Cárcel y derechos humanos", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, nº 7, 1993.

Carranza, Elías, *Criminalidad: ¿prevención o promoción?*, San José, 1994.

Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal, parte general*, San José, 1889.

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Aprobada por Costa Rica por la Ley nº 7184, de 18 de julio de 1990. Publicada en *La Gaceta* nº 149 de 9 de agosto de 1990.

Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Convenio IV), conferencia diplomática reunida en Ginebra del 21 de abril al 12 de agosto de 1949.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, del 19 de enero de 1984.

Costa Rica, Código de Trabajo, Ley nº 2, de 23 de agosto de 1943.

\_\_\_\_\_, Código Penal, Ley nº 4573, de 30 de abril de 1970.



\_\_\_\_\_, Constitución Política de la República de Costa Rica (1949), San José, Prodel.

\_\_\_\_\_, Código Procesal Penal, Ley nº 7594, de 22 de abril de 1996.

\_\_\_\_\_, Ley de Juegos de Azar, Ley nº 3, de 31 de agosto de 1922.

\_\_\_\_\_, Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Ley nº 7576, del 8 de marzo de 1996, publicada en *La Gaceta* nº 82 del 30 de abril de 1996.

\_\_\_\_\_, Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Ley nº 7538, de 22 de agosto de 1995.

\_\_\_\_\_, Ley de Sociedades Anónimas, Ley nº 7668, de 12 de abril de 1997.

\_\_\_\_\_, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, Ley nº 7331. Publicada en *La Gaceta* nº 76, de 22 de abril de 1993.

\_\_\_\_\_, Ley General de Administración Pública, Ley nº 6227, publicada en *La Gaceta* nº 102, de 30 de mayo de 1978.

\_\_\_\_\_, Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores de Costa Rica, Ley nº 3260, del 21 de diciembre de 1963, reformada por la Ley nº 3554, del 23 de julio de 1965, y por Ley nº 7383, del 16 de marzo de 1994.

\_\_\_\_\_, Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, Asamblea Legislativa, expediente nº 13 001, publicado en *La Gaceta* nº 214, del 6 de noviembre de 1997.

\_\_\_\_\_, Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil, Asamblea Legislativa, expediente nº 12474, publicado en *La Gaceta* nº 239 del 18 de diciembre de 1995.

Cruz, Fernando, "Principios fundamentales de la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, nº 8, 1994.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Consúltese en [http://www.elysee.fr/lesp/instit/txt/dhc\\_.htm](http://www.elysee.fr/lesp/instit/txt/dhc_.htm)

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas

mediante Resolución nº 45/112 por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Fallas Redondo, David A.; Houed V., Mario; Sánchez Romero, Cecilia, *Proceso penal y derechos fundamentales*, San José, LIL, 1997.

García Basaldo, Juan Carlos, "¿A dónde va la prisión?", en: *Doctrina y acción penitenciaria*, Buenos Aires, nº 7, 1991.

García Méndez, Emilio, "Legislaciones infanto-juveniles en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995, pp. 25-46.

García-Pablos de Molina, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1996.

Globot, Edmond, *Vocabulario de filosofía*, Buenos Aires, El Ateneo, 1945.

González Álvarez, Daniel, "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 9, nº 13, 1997, PP. 110-121.

\_\_\_\_\_, "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, nº, 1993.

\_\_\_\_\_, "La aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 9, nº 14, 1997.

González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

Gutiérrez Seas, Sylvia, Análisis de la justicia alternativa en Costa Rica: ¿ocaso del modelo tradicional de administración de justicia?, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Horvitz, Maria Inés, "Las medidas alternativas a la prisión", en: *Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, nº 21, 1992.

- Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1984.
- Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva, límites constitucionales*, San José,. UCI, 1997.
- Llobet Rodríguez, Javier y otros, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Corte Suprema de Justicia, 1996.
- López Marchena, Nury Maria y Xatruch Ledezma, Kattia Nydia, *La racionalidad en el uso de la cárcel: un pasó entre la legitimidad y el abolicionismo*, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Neuman, Elías, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, Buenos Aires, 1984.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución nº 40/33, de 29 de noviembre de 1985, por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las Medidas No-Privativas de Libertad, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución nº 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 1987.
- Sánchez Romero, Cecilia, "La prisión preventiva en un estado de derecho", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 9, nº 14, 1997.
- Tiffer Sotomayor, Carlos, "De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: la nueva Ley de Justicia Penal Juvenil", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, nº 13, 1997.
- \_\_\_\_\_, "Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, año 7, nº 10, 1995, pp. 28-38.

\_\_\_\_\_, *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996.

\_\_\_\_\_, "Prevención y delincuencia juvenil", en: *La Nación*, 28 de setiembre de 1997, p.15.

Tiffer Sotomayor, Carlos y Dünkel, Frieder, "Das Jugendstrafrecht in Latinamerika unter besonder Berücksichtigung des Jugendrechts un der Sanktionpraxis in Costa Rica", *Zeitschrift für die Gesaunte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 1989, 101, pp. 206-228.

Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Gobiernos de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos, Ley n<sup>o</sup> 7447, de 19 de diciembre de 1994, publicado en *La Gaceta* n<sup>o</sup> 244 de 23 de diciembre de 1994, firmado en la ciudad de México el 5 de abril de 1994.

Von List, Franz, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Instituto Editorial Prez, 1978.

## Votos:

### Sala Constitucional:

Voto n<sup>o</sup> 4785-91  
 Voto n<sup>o</sup> 0846-92  
 Voto n<sup>o</sup> 1739-92  
 Voto n<sup>o</sup> 3545-92  
 Voto n<sup>o</sup> 3834-92  
 Voto n<sup>o</sup> 4027-92  
 Voto n<sup>o</sup> 2757-93  
 Voto n<sup>o</sup> 3195-93  
 Voto n<sup>o</sup> 3461-93  
 Voto n<sup>o</sup> 4788-93  
 Voto n<sup>o</sup> 5083-93  
 Voto n<sup>o</sup> 5191-93  
 Voto n<sup>o</sup> 5749-93  
 Voto n<sup>o</sup> 6471-93  
 Voto n<sup>o</sup> 6674-93  
 Voto n<sup>o</sup> 6696-93  
 Voto n<sup>o</sup> 6706-93  
 Voto n<sup>o</sup> 0141-94

Voto n<sup>o</sup> 2359-94  
 Voto n<sup>o</sup> 531-94  
 Voto n<sup>o</sup> 2660-94  
 Voto n<sup>o</sup> 2856-94  
 Voto n<sup>o</sup> 3606-94  
 Voto n<sup>o</sup> 4512-94  
 Voto n<sup>o</sup> 5056-94  
 Voto n<sup>o</sup> 5398-94  
 Voto n<sup>o</sup> 5594-94  
 Voto n<sup>o</sup> 5758-94  
 Voto n<sup>o</sup> 5766-94  
 Voto n<sup>o</sup> 6782-94  
 Voto n<sup>o</sup> 6960 94  
 Voto n<sup>o</sup> 7178 94  
 Voto n<sup>o</sup> 7333-94  
 Voto n<sup>o</sup> 7543-94  
 Voto n<sup>o</sup> 0027-95  
 Voto n<sup>o</sup> 0177-95

Voto n<sup>o</sup> 3451-95  
 Voto n<sup>o</sup> 3544-95  
 Voto n<sup>o</sup> 4784-95  
 Voto n<sup>o</sup> 4905-95  
 Voto n<sup>o</sup> 5079-95  
 Voto n<sup>o</sup> 5261-95  
 Voto n<sup>o</sup> 5670-95  
 Voto n<sup>o</sup> 6335-95  
 Voto n<sup>o</sup> 6663-95  
 Voto n<sup>o</sup> 0215-96  
 Voto n<sup>o</sup> 0225-96  
 Voto n<sup>o</sup> 0384-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1267-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1299-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1400-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1613-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1760-96  
 Voto n<sup>o</sup> 1953-96

Voto nº 0345-94  
Voto nº 0486-94  
Voto nº 0490-94  
Voto nº 0632-94  
Voto nº 0787-94  
Voto nº 0791-94  
Voto nº 1160-94  
Voto nº 1807-94

Voto nº 0340-95  
Voto nº 0846-95  
Voto nº 1068-95  
Voto nº 1265-95  
Voto nº 2462-95  
Voto nº 3005-95  
Voto nº 3327-95  
Voto nº 3328-95

Voto nº 2181-96  
Voto nº 2760-96  
Voto nº 3985-96  
Voto nº 4073-96  
Voto nº 4208-96  
Voto nº 0282-97  
Voto nº 0814-97

### **Sala Tercera:**

Voto nº 455-F-93  
Voto de las 14:05 horas del 20 de agosto de 1993  
Voto de las 9:40 horas del 13 de mayo de 1994  
Voto de las 9:00 horas del 28 de mayo de 1995  
Voto nº 382-F-96  
Voto nº 383-F-96  
Voto nº 442-F-96



## **CAPÍTULO III FIJACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES<sup>1</sup>**

Dr. Javier Llobet Rodríguez

1. Deterioro social y delincuencia juvenil en Costa Rica. 2. Prevención de la delincuencia juvenil. 3. El principio de *ultima ratio* de la sanción penal juvenil. 4. El principio de *ultima ratio* de la sanción de internamiento. 5. Fijación de la sanción penal juvenil. 6. El principio de culpabilidad como límite en la fijación de la sanción penal juvenil. 7. Teorías de la influencia de la culpabilidad en la determinación de la sanción penal juvenil. 8. La determinación del grado de culpabilidad del joven. 9. Criterios preventivos en la fijación de una sanción inferior a la culpabilidad. 10. Comentarios finales. 11. Bibliografía.

### **1. DETERIORO SOCIAL Y DELINCUENCIA JUVENIL EN COSTA RICA**

En lo relativo a las causas de la criminalidad, hay muchas teorías, respecto de las cuales existe polémica. Incluso la criminología de la reacción social se niega a analizar dichas causas ocupándose más bien de las razones por las cuales una persona llega a ser etiquetada como delincuente y las consecuencias estigmatizantes que tiene ello, unido a la discusión sobre las causas por las que se llega a tipificar una conducta como delictiva.

---

<sup>1</sup> También la LJPJ ha tratado este punto, considerado como el principio de proporcionalidad e interés superior de la persona menor de edad. En la ejecución de las sanciones penales juveniles, cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que perjudique menos a la persona menor de edad sancionada y que se encuentre acorde con la falta cometida.

Dentro de las diversas teorías —no debiendo dejarse de considerar las enseñanzas de la criminología de la reacción social—se encuentran aquellas que enfatizan en las causas sociales de la delincuencia para darle importancia a lo relacionado con los jóvenes, la familia, la educación, la recreación y, en general, la garantía de las necesidades básicas de salud y alimentación como preventivas de la delincuencia. En ese contexto se ubican tanto las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)<sup>2</sup> como el Código de la Niñez y de la Adolescencia costarricense<sup>3</sup>, a lo que se hará referencia luego.

Debe reconocerse que en las últimas décadas se ha dado un retroceso en materia social en Costa Rica, lo que puede asociarse con el aumento de la delincuencia en materia de delitos en contra de la propiedad. Es importante anotar que, en lo relativo a estos delitos, se ha generado un aumento de la delincuencia en los últimos años en Costa Rica<sup>4</sup>, mientras que en lo concerniente a los delitos en contra de la vida el aumento no ha sido significativo<sup>5</sup>. Precisamente los delitos de los que conoce con más frecuencia en la jurisdicción penal juvenil son los de robo en sus diversas modalidades<sup>6</sup>. Debe admitirse que dichos delitos en contra de la propiedad son de los que producen una mayor alarma social en la comunidad, en especial cuando van acompañados de violencia física.

En lo concerniente a estos delitos se ha formulado la hipótesis de la existencia de una relación entre su aumento y los períodos de deterioro de las condiciones de vida. A ello se ha referido, en Costa Rica, Elías Carranza, citando una investigación

---

<sup>2</sup> Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45-112 por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. El texto de estas Directrices puede consultarse en: Tiffer Sotomayor, C., *Ley de Justicia Penal Juvenil. concordada y anotada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996, pp. 277-287.

<sup>3</sup> Ley nº 7739, publicada en La Gaceta del 6 de febrero de 1998. Sobre dicho Código véase: Armijo Sancho. G., *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio sobre el nuevo código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, San José, UNICEF, 1998.

<sup>4</sup> Carranza, E., *criminalidad: ¿prevención o promoción?*, San José, EUNED, 1994, p. 26; *Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible*, San José, 1996, p. 169.

<sup>5</sup> *Estado de la Nación...*, p.54.

<sup>6</sup> Campos, M., "Impacto de la ley penal juvenil en el Ministerio Público", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de costa Rica: un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, p. 90.



desarrollada en Inglaterra, donde se analizaron los índices de criminalidad y la capacidad de consumo, durante un período de 100 años, tanto en Inglaterra, como en Francia, Estados Unidos de América y Japón. La relación entre ambos índices, se dice, señala claramente que cuanto menor es el acceso a bienes y servicios básicos, mayor es el nivel de Delincuencia<sup>7</sup>. Se ha dicho, no sin razón, que la información de que se dispone sobre indicadores de pobreza en la región centroamericana, permite sostener que la correlación mencionada se mantiene<sup>8</sup>.

Debe considerarse que el aumento de la delincuencia violenta en contra de la propiedad en Latinoamérica tiene como base problemas sociales. En Costa Rica desde hace unas dos décadas se ha venido dando un empobrecimiento de la población, lo que ha ocasionado el surgimiento de barrios urbano-marginales<sup>9</sup>. Allí los jóvenes crecen bajo la desesperanza<sup>10</sup>, producto de la ausencia de oportunidades en un ambiente de desintegración familiar<sup>11</sup> y abandono temprano de los estudios, todo lo cual favorece la formación de pandillas<sup>12</sup>; en estas se desarrollan lazos de solidaridad entre sus miembros, quienes recurren con frecuencia a la comisión de delitos en contra de la propiedad y a la violencia. A ello está unida la extensión del consumo de drogas, que se relaciona frecuentemente con delitos en contra de la propiedad cometidos para la adquisición de estas.

En los últimos años se ha agudizado el proceso de empobrecimiento de la población<sup>13</sup>, con los procesos actuales de liberalización y globalización de la época del

---

<sup>7</sup> Carranza, E., *criminalidad...*, pp. 29-32.

<sup>8</sup> *Estado de la Nación...*, pp. 169-170.

<sup>9</sup> Cf. Güendel, L. y González, M., Integración, derechos humanos y política social en el contexto de la pobreza urbana", en: UNICEF y UNCHS (HÁBITAT) (editores), *Adolescencia, derechos de la niñez y pobreza urbana en Costa Rica*, San José, 1997, p. 13.

<sup>10</sup> *Ibid*, p.14.

<sup>11</sup> Sobre los problemas familiares y su relación con la delincuencia juvenil: Trépanier, J., "Los jóvenes delincuentes y sus familias", en: Trépanier y otros, *Delincuencia Juvenil y derechos humanos, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 1-39.*

<sup>12</sup> Cf. Güendel, L. y González, M., *op. cit.*, p. 16.

<sup>13</sup> Sobre ello: UNICEF y UNCHS (Hábitat) (editores), *op. cit.*

postcomunismo<sup>14</sup>, de modo que la población no solamente se ve imposibilitada para adquirir los bienes de consumo publicitados en los medios de comunicación, sino que no puede satisfacer incluso sus necesidades básicas. Sobre el empobrecimiento en la era de la globalización y las políticas represivas del crimen, es necesario citar lo dicho por el escritor uruguayo Eduardo Galeano:

"En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública sólo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo... Mientras tanto, crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. 'La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla', reconoce el Ministro del Interior de Uruguay. La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia. Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos. 'La delincuencia crece por culpa del narcotráfico', suelen decir los voceros oficiales, para exonerar de responsabilidad a un sistema que arroja cada vez más pobres a las calles y a las cárceles y que condena cada vez más gente a la desesperanza y a la desesperación"<sup>15</sup>.

Por otro lado, no debe dejarse de considerar que la globalización ha llevado no solo al aumento de los problemas sociales en Latinoamérica, sino también a una

---

<sup>14</sup> Sobre la globalización y el deterioro social en Costa Rica: Montero Mejía, A., *La globalización contra los pueblos*, San José, Juricentro, 1998.

<sup>15</sup> Galeano, E., El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los prisioneros" en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 14, 1997, p. 3.

pérdida de valores como el de la solidaridad, al fortalecimiento del individualismo y a tratar de gozar el presente sin importar las consecuencias, acudiéndose a la violencia y a las drogas. En este sentido, es importante lo que señala Marco Vinicio Fournier:

"Los fenómenos que han transformado al mundo en las últimas décadas, no pueden circunscribirse únicamente a los planos político y económico. Por el contrario, la orientación a disminuir el tamaño y el control del Estado, la tendencia a regirse casi de manera exclusiva por las leyes del mercado, el reforzamiento de la competitividad como estrategia ideal de interacción y de productividad como meta última del quehacer individual y social, han producido transformaciones profundas en la axiología de los ciudadanos, y por ende en los patrones de interacción. Cuando una sociedad se rige casi de manera exclusiva por la competitividad, y donde la capacidad de consumo se ha convertido en criterio último de la felicidad y el estatus social, difícilmente pueden seguir teniendo vigencia valores como la solidaridad, la fidelidad y la honestidad. A todo lo anterior agregamos la frustración que cotidianamente representa para la gran mayoría de la población, el no poder alcanzar este nuevo concepto de felicidad, y el estrés creciente que implica, no sólo este tipo de relaciones competitivas, sino también la cotidianeidad de la vida en las grandes urbes"<sup>16</sup>.

En definitiva, con el escape hacia la delincuencia se trata frecuentemente de satisfacer las necesidades creadas por el consumismo fomentado por los medios de comunicación e imposibles de ser cubiertas, salvo por los sectores privilegiados. De nuevo es importante una cita de Eduardo Galeano, que dice lo siguiente:

"¿Qué pasa con los millones y millones de jóvenes latinoamericanos condenados a la desocupación o a los salarios de hambre? Entre ellos, la publicidad no estimula la demanda, sino la violencia; entre ellas estima la prostitución. Los avisos proclaman que quien no tiene no es: quien no tiene auto, o zapatos importados, o perfumes importados, es un nadie, una basura; y así la cultura del

---

<sup>16</sup> Fournier, M ., "El caso de Costa Rica: un problema estructural", San José, Instituto de Investigaciones Psicológicas, UCR, s.f.e., p. 3.

consumo imparte clases ara el multitudinario alumnado de la escuela del crimen.”<sup>17</sup>

## 2. PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

La aprobación de la Ley de Justicia Penal Juvenil fue impulsada desde el sector técnico, apoyado por el ILANUD, con la pretensión de adecuar la legislación juvenil a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada años antes por Costa Rica, y a las diversas reglas mínimas sobre la justicia penal juvenil que la complementan<sup>18</sup>.

Sin embargo, debe reconocerse que en el nivel de la opinión pública y en el legislativo, tuvo más importancia el interés de una respuesta legislativa al miedo al crimen<sup>19</sup> provocado en gran parte por una serie de hechos violentos de los que informaba la prensa y relacionados con grupos de delincuentes juveniles, que habían recibido el nombre de "chapulines"; se trataba principalmente de delitos en contra de la propiedad con violencia sobre las personas<sup>20</sup> a los que se hizo mención en el apartado anterior.

---

<sup>17</sup> Galeano, E., "La escuela del crimen", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 13, 1997, p. 3.

<sup>18</sup> Cf. Tiffer Sotomayor, C., "Situación de la adolescencia en conflicto con la ley penal: nuevo modelo de justicia penal juvenil en Costa Rica", en: UNICEF Y UNCHS (HÁBITAT) (editores), *op.cit.*, pp. 98-99.

<sup>19</sup> Sobre el miedo al crimen en Costa Rica: Llobet Rodríguez, J., "Segundad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica", en Rotman, E., *La prevención del delito*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 9-12. Acerca de la delincuencia juvenil y seguridad ciudadana: González Álvarez, D., "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 13, 1997, pp. 110-121. En relación con el aumento de la delincuencia juvenil en Costa Rica dice Elías Carranza que en el *Informe sobre el Estado de la Nación*... quien se interese en el tema, puede verificar que la proporción de delitos graves cometidos por adolescentes es notablemente más baja que la de adultos. Se midió rigurosamente el caso del homicidio y el resultado fue que las tasas más bajas corresponden a los individuos de menor edad (adolescentes), ascendiendo gradualmente, a medida que aumenta la edad de los sujetos". (Carranza, E., Reflexiones de cierre de la mesa redonda sobre el primer año de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil", en: UNICEF y otros, *seminario-Taller.*, p. 39).

<sup>20</sup> Véase por ejemplo: *La Nación* del 17 de mayo de 1993, p. 12; *Al Día* del 19 de setiembre de 1993; *La Nación* del 19 de setiembre de 1993; *La Nación* del 13 de mayo de 1994; *La Nación* del 15 de mayo de 1994, p. 4 A; *La República* del 10 de mayo de 1994.

Por un lado preocupaba, justificadamente, la sensación de impunidad que existía por el hecho de que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, cuando un joven menor de 18 años había cometido un hecho de gran gravedad, al momento de cumplir los 18 años debían cesar las "medidas tutelares"<sup>21</sup>. Lo anterior recibió una gran difusión por la prensa, especialmente debido a que, antes de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la edad mínima de responsabilidad penal conforme al derecho de adultos era de 17 años<sup>22</sup>; como resultado, al variar a 18 años<sup>23</sup>, se presentaron una serie de recursos de revisión<sup>24</sup> de personas sentenciadas por hechos cometidos cuando tenían 17 años, los cuales fueron declarados con lugar.

Por otro lado, la opinión pública tenía la impresión de que, conforme a la Ley Tutelar de Menores, se era muy benigno con respecto a los jóvenes, por lo cual exigía una mayor represión del sistema penal, o sea, un aumento del tiempo que pudieran permanecer privados de libertad<sup>25</sup>. Por ello mismo, al aprobarse en la Asamblea

---

<sup>21</sup> El que la persona menor de 18 años tuviera que ser liberada al alcanzar esa edad, se trató de corregir con la reforma a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores aprobada por Ley nº 7383 de 1994 (art. 38). Sin embargo, la Sala Constitucional dispuso que una vez que el joven cumple los 18 años, se extingue la acción tutelar, lo anterior fundamentalmente con base en el art. 75 de la citada Ley, el cual disponía que "en caso de que el menor cumpla dieciocho años durante la instrucción del proceso, no podrá continuar en la jurisdicción tutelar de menores" (voto 1011-95). Cf. Burgos Mata, A., *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 55,102-107.

<sup>22</sup> Art. 17 del Código Penal de 1970, antes de la reforma incorporada por Ley nº 7383 de 1994.

<sup>23</sup> Así se estableció en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, conforme a la reforma introducida por Ley nº 7383 de 1994 (cf. Burgos Mata, A., *op. cit.*, Pp. 11-12). Por otro lado, la Sala Constitucional declaró que, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 17 del Código Penal devino en inconstitucional, por cuanto establecía la responsabilidad penal en el derecho penal de adultos a partir de los 17 años. Días antes de resolverse sobre la inconstitucionalidad, ya el citado artículo 17 había sido reformado por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. voto 1982-94 del 26 de abril de 1994. Sobre ello: Maxera. R. Y Tiffer Sotomayor, C ., "Comentario al proceso de reforma legislativa en Costa Rica", en: García Méndez, E. y Beloff, M. (editores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 393-395.

<sup>24</sup> Art. 490, inc. 5, del Código de Procedimientos Penales de 1973. Cf. Llobet Rodríguez, J., *Código de Procedimientos Penales anotado y comentado*, San José, Juricentro, 1991, pp. 609 y 612.

<sup>25</sup> Sobre ello dicen Ludwig Güendel y Mauricio González: El incremento de la sensación de inseguridad ciudadana y la construcción del mito de 'los Chapulines', es decir, la asignación de una representación de animalidad de los excluidos, desembocaron en la promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la cual, independientemente de sus virtudes, se elaboró con el afán de dar una respuesta más al mito que a la realidad, penalizando a los delincuentes jóvenes pobres, bajo la creencia de que la sola represión y la saciedad del deseo de venganza de la sociedad contra los

Legislativa la Ley de Justicia Penal Juvenil, los legisladores se apartaron del criterio de los técnicos expresado en el Proyecto y aumentaron drásticamente la duración máxima de la sanción de internamiento, estableciendo el máximo en 10 años para los mayores de 12 y menores de 15, y en 15 años para quienes tuvieran una edad mayor de 15 pero menor de 18 años<sup>26</sup>.

Importante es que ese aumento de la duración de la sanción de internamiento, satisfizo a la opinión pública por unos días. Sin embargo, como la prensa continuara informando de nuevos hechos delictivos en los que estaban involucradas personas menores de 18 años, el efecto tranquilizador dejó de funcionar. Incluso ha venido recibiendo acogida por la opinión pública el criterio de que, frente a la delincuencia juvenil (y de mayores), puede acudirse a formas violentas de reacción no formalizada, matando, lesionando o torturando a los presuntos delincuentes, tanto por grupos policiales como paramilitares, tal y como se ha extendido en otros países latinoamericanos en relación con los llamados "niños de la calle".

La disposición en tal sentido no podría ser más preocupante. De relevancia al respecto es que el "Estudio multicéntrico sobre actitudes y normas culturales sobre la violencia" (Proyecto Activa), realizado recientemente, que midió a través de encuestas a víctimas los niveles de violencia, concluyó que el sentimiento de inseguridad en Costa Rica es exagerado en relación con la situación real; indicó que los niveles de victimización son relativamente bajos en comparación con los otros países estudiados,

---

transgresores, son suficientes para establecer un eficiente y adecuado control social." (Güendel, L. y González, M., *op. cit.*, p. 17).

<sup>26</sup> Sobre ello: González Álvarez, D., *op. cit.*, pp. 110-121. Acerca del aumento de la sanción de internamiento, es importante lo que dice Rita Maxera: "El 12 de enero de 1996 se discutió el proyecto (de Ley de Justicia Penal Juvenil) en un Foro Abierto de la Asamblea Legislativa (...) En ese debate nadie atacó el monto máximo de la pena privativa de libertad que en el proyecto se fijaba en cinco años. Lo que se proponía en el proyecto era severo en relación a las legislaciones de otros países latinoamericanos que acababan de legislar sobre la materia y en los que existía una problemática grave de delincuencia juvenil (...) El lunes 29 de marzo la Comisión Legislativa dictaminó la ley y propuso penas de prisión de un máximo de diez años para adolescentes entre doce y quince años de edad, quince años para los jóvenes mayores de quince y menores de dieciocho. La modificación del anteproyecto en punto a períodos de prisión no sólo fue sorpresiva, sino también totalmente insustanciada. A altas horas de la noche, una moción que no se pudo saber ni siquiera quien o quienes la suscribieron, introdujo en el dictamen por acuerdo político —se explicó luego— un plazo de pena de prisión que excede en mucho los límites de la racionalidad (Maxera, R., "La Defensoría de los Habitantes y la ley penal juvenil", en UNICEF y otros (editores), *Seminario –Taller...*, p 85.

a excepción de Chile y España (Brasil, Colombia, Venezuela y el Salvador). Sin embargo, el sentimiento de inseguridad es alto, y sobre todo son muy preocupantes las actitudes que se asumen frente a la delincuencia: en un 38% se justifica el tomar la ley en las propias manos; en un 24,6%, el detener a jóvenes por su apariencia física; en un 14,9%, la aplicación de la tortura; en un 40,4%, el establecimiento de la pena de muerte; en un 47,7%, matar al violador de la hija; y un 43,9%, matar a quien asuste a los vecinos<sup>27</sup>. De hecho se han venido dando una serie de reacciones violentas en contra de jóvenes que han sido atrapados *in fraganti* por parte de vecinos de una localidad<sup>28</sup>.

Frente a este aumento desproporcionado de la duración de la sanción de internamiento en el derecho penal juvenil y a las formas de reacción violenta no formalizada, existe consenso entre los expertos en que la mejor manera de combatir la delincuencia juvenil no es con la imposición de sanciones o alternativas a estas, sino por medio de la prevención, ello a través de una política social y educacional<sup>29</sup>. Desde esta perspectiva, parte fundamental de la *doctrina de la protección integral* es la elaboración de un programa de prevención de la delincuencia juvenil que trate — conforme al principio de dignidad de la persona humana— de que los niños y adolescentes tengan las condiciones educativas y sociales que permitan el pleno desarrollo de su personalidad.

Por ello mismo las Naciones Unidas, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, no solamente han aprobado normas relacionadas con la justicia penal juvenil, como las Reglas de Beijing y las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, sino también unas Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad. Importante es que en estas se señala, dentro de las políticas de prevención de dicha delincuencia, que debe procederse al "Suministro de oportunidades, en particular educativas, para atender las

---

<sup>27</sup> Fournier, M., *op. cit.*

<sup>28</sup> Acerca de esto véase la referencia que se encuentra en: Mora Mora, L. P., "Análisis e impacto de la Ley de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica en el contexto nacional y comparado", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller* p. 32: Llobet Rodríguez, J., "Seguridad...", pp. 54-56.

<sup>29</sup> Cf. González Álvarez, D., *op. cit.*, p. 15.

diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están latentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan un cuidado y una protección especiales”<sup>30</sup>.

En tales Directrices se menciona la importancia de un ambiente sano y estable en la familia<sup>31</sup> y de garantizar el acceso a la educación, que permita el pleno desarrollo de la personalidad, las aptitudes y capacidad mental y física de los jóvenes<sup>32</sup>. Se resalta además la responsabilidad de la comunidad de prestar asistencia a los jóvenes que no puedan vivir con sus padres o no tengan hogar y a los toxicómanos<sup>33</sup>. Se hace referencia a la responsabilidad de los medios de comunicación de reducir en sus mensajes el nivel de violencia, pornografía y drogadicción<sup>34</sup>, unido todo a la obligación estatal de prestar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y los demás servicios necesarios, en particular respecto de la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol<sup>35</sup>.

En el caso costarricense, la Ley de Justicia Penal Juvenil fue complementada por el Código de la Niñez y la Adolescencia. En este se señalan los derechos y deberes de las personas menores de 18 años, estableciéndose su derecho al desarrollo integral<sup>36</sup>; se prevén no solo derechos y garantías individuales, sino también sociales.

Resulta importante que, en cuanto a estos últimos, se contempla el derecho a la vida familiar y a la protección social de la familia por parte de las instituciones estatales<sup>37</sup>, el derecho a la asistencia médica directa y gratuita por el Estado<sup>38</sup>, el

---

<sup>30</sup> Numeral 5a de las Directrices de Riad.

<sup>31</sup> Números 11-19 de las Directrices de Riad.

<sup>32</sup> Números 20-31 de las Directrices de Riad.

<sup>33</sup> Números 32-39 de las Directrices de Riad.

<sup>34</sup> Números 40-44 de las Directrices de Riad.

<sup>35</sup> Números 45-51 de las Directrices de Riad.

<sup>36</sup> Arts. 1 y 7 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

<sup>37</sup> Arts. 29-40 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

<sup>38</sup> Arts. 41-55 del Código de la Niñez y la Adolescencia.



derecho a la educación orientada hacia el desarrollo de las potencialidades<sup>39</sup> así como el derecho a la cultura, la recreación y el deporte<sup>40</sup>. Igualmente se establece un régimen de protección especial para el trabajador adolescente<sup>41</sup>.

La garantía de todos esos derechos reviste una importancia vital en el desarrollo integral de los niños y adolescentes y, con ello, además en la prevención de la delincuencia juvenil, puesto que, como se dijo, la mejor forma de combatirla no es por medio de sanciones a los jóvenes que transgreden la ley penal, sino por medio de una labor preventiva que trate de solucionar los problemas sociales que la originan.

### 3. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Aspecto identificatorio del derecho penal juvenil es el relativo a las sanciones que en él se imponen, tanto en lo concerniente al catálogo de aquellas y a los criterios de determinación de la sanción aplicable, como en lo relacionado a la ejecución de las sanciones.

En primer término se encuentra la tendencia hacia la desformalización, que trata de evitar que se imponga una sanción propiamente dicha, ello a través de la conciliación delincente-víctima, la suspensión del proceso bajo el cumplimiento de condiciones y el simple archivo del asunto a través de la aplicación de criterios de oportunidad reglados<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Arts. 56-72 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

<sup>40</sup> Arts. 73-77 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

<sup>41</sup> Arts. 78-103 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

<sup>42</sup> Sobre el movimiento hacia la desjudicialización en el derecho penal juvenil: Giménez-Salinas i Colomer, E., "La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización y la mediación, la justicia de menores", en: *Menores* (España), año iv, nº 5, 1987, pp. 57-58; Van der Laan, P., "Alternativas a la justicia penal ya la prisión para los adolescentes", en: Carranza, E., (coordinador), *Delito y seguridad de los habitantes*, México, Siglo xxi, 1997, pp. 201-207; Bilsky, W.; Pfeiffer, H.; Trenozeck, T., "New form of conflict management in juvenile law; a comparative evaluation of the Brunswick Victim-Offender-Reconciliation-Program", en: Kaiser, G.; Kury, H.; Albrecht, H.-J. (editores), *Victims and criminal law*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1991, pp. 507-542.

Así la búsqueda de soluciones del conflicto alternativas y del simple archivo se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, cuya regla 11 indica lo siguiente:

"Remisión de casos

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (sea Corte, Tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.

11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3 Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.

11.4 Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas."

Con la diversificación o el simple archivo se pretende evitar el dictado de una sentencia condenatoria, con su carácter estigmatizador, y la imposición de una sanción propiamente dicha, en especial la privativa de libertad. Sobre ello se indica en el comentario oficial de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores:

"La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la orientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del

procedimiento en la administración de justicia (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención es la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios alternativos (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social no institucional han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo (...) (La remisión) no debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que (...) se convierte en un instrumento importante (...) La regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutivas viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procurarán evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales...”<sup>43</sup>

En el caso costarricense la diversión o diversificación tuvo acogida en el derecho penal juvenil a través de la regulación de la conciliación<sup>44</sup> y la suspensión del proceso a prueba<sup>45</sup>. Por otro lado, se reguló además el archivo del proceso a través del establecimiento de criterios de oportunidad reglados<sup>46</sup>, como excepciones al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal.

Debe reconocerse que en el derecho comparado de adultos, a causa de los buenos resultados obtenidos dentro del derecho penal juvenil, se han ido aceptando también formas de solución del conflicto diversas de la imposición de una pena luego de

---

<sup>43</sup> En: Rocattj, M. y Lara, E., *Justicia juvenil en el estado de México*, México, ILANUD y otros, 1996, pp. 312-314.

<sup>44</sup> Arts. 61-67 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ). Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, pp. 73-78; Campos Zúñiga, M. y Cubero, F., *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*, San José, Escuela Judicial, 1996, pp. 100-106.

<sup>45</sup> Arts. 69-92 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, PP. 90-93; Armijo Sancho, G., *Manual de derecho procesal penal juvenil*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 45-49; Campos Zúñiga, M. y Cubero, F., *op. cit.*, pp. 108-111.

<sup>46</sup> Art. 56 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, pp. 67-70.

declarada la culpabilidad del imputado<sup>47</sup>. Igualmente se acepta el simple archivo del proceso. A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, de 1985<sup>48</sup>, las normas para la aplicación de dicha declaración, de 1989<sup>49</sup>, y la Recomendación nº R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, de 1985<sup>50</sup>.

En el caso costarricense, la legislación procesal penal de adultos previó con gran amplitud las soluciones al conflicto alternativas, estableciendo incluso como uno de los principios por seguir la obtención de estas<sup>51</sup>. Se reguló así la suspensión del proceso a prueba<sup>52</sup>, la conciliación<sup>53</sup> y la reparación integral del daño<sup>54</sup> como causales que dan

---

<sup>47</sup> Indica Frieder Dünkel que, desde la perspectiva comparada internacional, se comprueba que la mayor parte de los proyectos piloto de conciliación delincuente-víctima se concentran en torno a jóvenes y semiadultos. Eso se debe —como lo demuestran los proyectos de Austria y la R. F. de Alemania— por una parte, a la existencia de un marco legal más amplio y, por otra, a la mayor disposición a la innovación manifestada por cuantos intervienen en el campo de la justicia penal de menores (Dünkel, F., "La conciliación delincuente-victima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y la práctica del derecho penal en el derecho comparado", en: Beristain (editor), *Victimología*, San Sebastián, Editorial del País vasco, 1989, p. 117). En sentido similar, Esther Giménez-Salinas dice que: "La conciliación víctima-delincuente nace especialmente en el ámbito de los jóvenes, donde el fracaso de la prevención especial ha sido duro de aceptar" (Giménez-Salinas, E., "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal", en: Soria Verde (editor), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Barcelona, PPU, 1993, p. 117).

<sup>48</sup> Así en el numeral 7 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 96a. Sesión Plenaria del 29 de noviembre de 1985, se estableció que: "Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas".

<sup>49</sup> En el numeral 3e de las normas para la aplicación de la Declaración mencionada, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, durante la 15a. Sesión Plenaria el 24 de mayo de 1989, se dispuso lo siguiente: "Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias, (se recomienda) velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, porque se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial".

<sup>50</sup> La recomendación nº R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa (del 28 de julio de 1985) recomendó "examinar las posibles ventajas de mediación y de conciliación" (11.1).

<sup>51</sup> Art. 7 del Código Procesal Penal. Cf. Llobet Rodríguez, J., *Proceso penal comentado*, San José, UCI, 1998, pp. 85-89.

<sup>52</sup> Arts. 25-29 CPP. Sobre la suspensión del proceso a prueba: Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 176-188; Bovino, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1996, pp. 119-125; Cafferata, *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma,

lugar, en caso de cumplimiento de las condiciones a las que se obliga el imputado, al sobreseimiento de la causa.

Importante es el hecho de que la doctrina ha ligado la admisión de la conciliación delincente-víctima y la reparación del daño a la teoría de la pena y, dentro de esta, al principio de *ultima ratio*, derivado del principio constitucional de proporcionalidad<sup>55</sup>. Se dice así que la reparación hace innecesaria la imposición de una pena; de tal manera, surge en el derecho penal de adultos como una tercera vía que se une a las penas y medidas de seguridad, puesto que realiza un aporte significativo a la recuperación de la paz jurídica (prevención de integración): solo cuando el daño ha sido reparado, la víctima y la generalidad consideran superada la perturbación social producida por el hecho.

---

1988, pp. 30-39; Houed Vega, M., "La suspensión del proceso a prueba" en: González Álvarez D (editor) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José 1997, pp. 145-162 Maier J., "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal en *Un Codice Tipo di Penale per L'America Latina*, Roma, T. III, 1991, pp. 342-343 Maier J., "La víctima y el sistema penar en Maier J. y otros *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 143-144; Marino, "Suspensión del procedimiento a prueba", en: Maier J. (editor), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1993, pp. 29-41; De Olazábal, *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

<sup>53</sup> Art. 36 CPP. Sobre la conciliación: Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 206-212; Llobet Rodríguez, J., "Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y estado de derecho", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 187-222; Cháves Ramírez, A., "La conciliación", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones...*, pp. 163-189.

<sup>54</sup> Art. 30, Inc. j, CPP. Sobre la reparación integral del daño: Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 189, 193-199; Issa, H., "La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal, en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones...*, pp. 191-211; Issa, H., *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, San José, Convenio Corte-AID, 1995; Maler, J., "El ingreso de la reparación como tercera vía al derecho penal argentino", en: Maier y Binder (editores), *El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 27-52; Eser, Kaiser y Madlener (editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990; Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munich, 1992; Queralt, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos", en: Silva Sánchez, J. M. (editor). *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 145-171; De Vicente Remesal, J., "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", en: Silva Sánchez, J. M. (editor), *op. cit.*, pp. 173-206.

<sup>55</sup> Sobre el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad: Llobet Rodríguez, J., *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, UCI, 1997, pp. 263-264. Acerca del principio de proporcionalidad en el derecho penal juvenil, véase el capítulo segundo de este libro, escrito por Carlos Tiffer Sotomayor. En lo relativo al fundamento que tienen las soluciones del conflicto alternativas en el principio de proporcionalidad: Llobet Rodríguez, J., "Conciliación...", pp. 208-213.

Por otro lado, se señala que la reparación tiene un efecto resocializante (de prevención especial positiva), pues obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima<sup>56</sup>. (En el derecho penal de mayores el énfasis se le da a la prevención por integración, la que forma parte de la prevención general positiva; al contrario de ello, en el derecho penal juvenil el énfasis lo tiene la prevención especial positiva, como consecuencia del principio educativo).

A lo anterior debe agregarse que la importancia que se le da al diálogo autor-víctima, a la conciliación y a la reparación del daño, se ubica dentro del movimiento conocido como de renacimiento de la víctima: se llega a tomar en cuenta a esta en la solución del conflicto producido por la comisión del hecho delictivo<sup>57</sup>. Ello se refleja fundamentalmente en la conciliación y en mucha menor medida, en la suspensión del proceso a prueba, puesto que esta última, aunque puede contribuir a la solución del conflicto autor-víctima, se puede disponer en contra de la voluntad de la víctima<sup>58</sup>.

No debe dejarse de considerar que, aun cuando se encuentren previstas soluciones al conflicto alternativas en la legislación de adultos, la aplicación en esta siempre tiene una menor amplitud que la que encuentra dentro del derecho penal juvenil, como consecuencia de la gran flexibilidad que se persigue en este en lo relativo a la respuesta estatal al hecho delictivo de los jóvenes, todo para evitar los efectos perjudiciales que, en la vida futura del joven, puedan tener las sanciones propiamente dichas y, entre estas, en particular la privativa de libertad<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. Arbeitskreis..., *op. cit.*, pp. 129-153; Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Munich, Beck, 1992, Par. 3, nº 63; Roxin, C., "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en: Maier, J. y otros, *De los delitos...*, pp. 129-153; Roxin, C., "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en: Maier, J. (editor), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993, pp. 48-49; Llobet Rodríguez, J., "Conciliación...", pp. 213-219.

<sup>57</sup> Acerca de ello: Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 282-294; Llobet Rodríguez, J., "Conciliación...", pp. 187-196.

<sup>58</sup> Cf. Llobet Rodríguez, J., "Conciliación...", p 198

<sup>59</sup> Se dice en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil: "En general, y como máxima directriz para la aplicación de las sanciones, debe prevalecer el principio de la intervención más mínima posible. Este principio tiene como finalidad principal proteger a los menores de edad, de los daños que pueda causar en su desarrollo, la intervención formal del sistema penal". En: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 162.

Lo anterior queda reflejado en el derecho penal juvenil costarricense con la conciliación y la suspensión del proceso a prueba. Acerca de la primera de ellas se dice, en el artículo 64 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que "...procederá en todos los casos en que es admisible en la justicia penal de adultos"<sup>60</sup>. Con respecto a la regulación en la justicia de adultos, el artículo 36 del Código Procesal Penal dispone que la conciliación procede "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..."<sup>61</sup>

Sin embargo, la regulación diferente de la ejecución condicional de la sanción de internamiento prevista en la Ley de Justicia Penal Juvenil<sup>62</sup> en relación con la condena de ejecución condicional del derecho penal de adultos, le imprime una gran amplitud a la conciliación en el derecho penal juvenil. Téngase en cuenta que, según el Código Penal de 1970, es posible la condena de ejecución condicional cuando la pena que se imponga no sea mayor de tres años de prisión siempre que el sujeto no tenga condenatorias anteriores<sup>63</sup>, mientras que tales requisitos —como consecuencia de la flexibilidad en lo relativo a las sanciones dentro del derecho penal juvenil, tal y como lo dijo el Tribunal de Casación Penal en Voto 553-F-97<sup>64</sup>— no se exigen para la concesión de la ejecución condicional de la sanción de internamiento<sup>65</sup>, mencionándose solamente como uno de los aspectos por considerar la 'falta de gravedad de los hechos

---

<sup>60</sup> En el Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil la conciliación no se permitía en los delitos de homicidio, aunque ello no se basaba en la gravedad de dichos delitos, sino en que "...debido a la falta de una de las partes necesarias, es decir, existe una imposibilidad material" ("Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil", en: Tiffer Sotomayor, C., *Ley* p. 171).

<sup>61</sup> Cf. Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 206-212.

<sup>62</sup> Art. 132 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 124-125.

<sup>63</sup> Arts. 59 y 60 del Código Penal de 1970.

<sup>64</sup> En dicho fallo se dijo lo siguiente: "Ciertamente la juzgadora ni siquiera se cuestiona la posibilidad de la condena de ejecución condicional, pese a que el artículo 132 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la permite para cualquier tipo de delito, al no estar limitado al monto de la sanción que se imponga, y tampoco a la inexistencia de infracciones anteriores, sino que dicho instituto responde a supuestos en los que se concluya que no es necesaria la efectiva privación de libertad, por lo que necesariamente el juzgador, ante la imposición de una sanción de este tipo, debe realizar el análisis de la procedencia o no de dicha ejecución condicional...". Véase el fallo en el anexo 2 de este libro, que incluye jurisprudencia del Tribunal Superior de Casación Penal.

<sup>65</sup> Sobre ello véase el voto 113-F-98 del Tribunal Superior Penal Juvenil, transcrito en el anexo 1 de este libro, correspondiente a la jurisprudencia del Tribunal Superior Penal Juvenil.

cometidos"<sup>66</sup>. Esa referencia vaga, junto con otros aspectos por considerar, hace que la conciliación pueda aplicarse con amplitud, de modo que pueda ocurrir en la gran mayoría de los asuntos.

Lo mismo puede afirmarse en lo relativo a la suspensión del proceso a prueba en el derecho penal juvenil, en comparación con el derecho penal de adultos. En este último se dispone, en el artículo 25 del Código Procesal Penal de 1996, que procede la suspensión del proceso a prueba "En los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena..."<sup>67</sup>. Por su parte, el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil dispone que es posible la suspensión del proceso a prueba "...en todos los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción para el menor de edad". Como se dijo acerca de la conciliación la ejecución condicional en el derecho penal juvenil tiene mucha más amplitud que la condena de ejecución condicional del derecho penal de adultos, lo que hace que las posibilidades de suspensión del proceso a prueba sean mayores en el primero de tales derechos.

La suspensión del proceso a prueba ha tenido una extensa aplicación con la vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así, de 16 100 asuntos resueltos por los jueces desde el segundo semestre de 1996 hasta el primer trimestre de 1998, en 1059 se dispuso la suspensión del proceso a prueba, lo que representa el 6,58%. Ello supera ampliamente el número de sentencias condenatorias que se dictaron durante ese período, las cuales ascendieron a 488.

La conciliación solamente fue aplicada en una ocasión antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996. Esto se debe a que la Ley de Justicia Penal Juvenil permite la conciliación en los supuestos en que es posible de acuerdo con la legislación procesal penal de adultos y el Código de Procedimientos Penales de 1973 solamente la autorizaba para los delitos de acción privada. En el primer trimestre de 1998, cuando ya había entrado en vigencia el nuevo Código Procesal Penal se aplicó la

---

<sup>66</sup> Con respecto a la falta de gravedad de los hechos como requisito para la suspensión condicional de la sanción de internamiento y, por ello, de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, ha existido discusión ante el Tribunal Superior Penal Juvenil, y no hay claridad al respecto. Véanse los votos 110-97, 116-98, 119-98 y 124-98; consúltense tales fallos en el anexo 1 de este libro.

<sup>67</sup> Cf. Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 176-188.



conciliación a 17 asuntos de un total de 2469 resueltos; lo que implica un 0,68%<sup>68</sup>. Dicho porcentaje sigue siendo muy bajo, sobre todo tomando en cuenta la importancia que tiene el diálogo y conciliación entre autor y víctima, los que, como se dijo no necesariamente se dan en la suspensión del proceso a prueba: Sin embargo, habrá que esperar un período más largo para determinar la extensión de la conciliación y del diálogo autor-víctima.

Por otro lado debe hacerse referencia a los criterios de oportunidad reglados, en particular a la causal de insignificancia del hecho, en la cual coinciden tanto la Ley de Justicia Penal Juvenil<sup>69</sup> como el Código Procesal Penal de 1996<sup>70</sup>.

Se trata de una causal que tiene su fundamento en el principio de proporcionalidad y que posee especial importancia en el derecho penal juvenil. Debe recordarse que, como lo indican los comentarios a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, "En muchos casos la no intervención es la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios alternativos (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social no institucional han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo..."<sup>71</sup>. Lo anterior es importante ya que, como lo dice la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil,

---

<sup>68</sup> Los datos son tomados de los informes trimestrales de la Sección de Estadística del Poder Judicial. Se toman en cuenta correcciones relativas al primer trimestre de 1997, según informes recibidos en dicha Sección.

<sup>69</sup> Art. 56 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor C., *Ley...*, pp. 67-69. A diferencia del Código Procesal Penal de 1996, la Ley de Justicia Penal Juvenil no indica expresamente que la aplicación de un criterio de oportunidad reglado basado en la insignificancia, o bien en la "pena natural", produzca la extinción de la acción penal, y con ello obliga al dictado de un sobreseimiento el que produce cosa juzgada material. Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado que es de aplicación supletoria al respecto el Código Procesal Penal, unido a que implicaría una doble persecución por el mismo hecho si se pudiese perseguir de nuevo al ovin con respecto al cual se hubiese aplicado el criterio de oportunidad reglado. En este sentido véase: Tribunal de Casación Penal, Voto 97-F-98.

<sup>70</sup> Art. 22, inc. a, CPP de 1996 Cf. Llobet Rodríguez, J., *Proceso...*, pp. 161-166; Chirino Sánchez, A., "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho'", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones...*, pp. 106-144; Tijerino Pacheco, J. M., "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones...*, pp. 87-104; Chang Pizarro, L. A., Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal, San José, Editorial Jurídica Continental, 1998.

<sup>71</sup> En: Roccatti, M. y Lara, E., *op. cit.*, p. 312.

"...debido a las condiciones del sujeto, se considera inconveniente someter, innecesariamente al joven o adolescente a un proceso que, muy probablemente, le pudiera causar problemas de carácter psicológico o social..."<sup>72</sup>.

En lo relativo a la aplicación del criterio de oportunidad reglado por insignificancia, debe considerarse que al derecho penal juvenil se le aplican los tipos penales del derecho penal de adultos, lo que no deja de ser problemático, ya que, como dice Albrecht, los mandatos y prohibiciones del mundo de los adultos pueden no ser compatibles con los mundos de vida de los menores y sus representaciones normativas<sup>73</sup>. Ello provoca que la valoración que se realice de un hecho pueda ser diferente desde el punto de vista del derecho penal juvenil con respecto a la que pueda realizarse desde la perspectiva del derecho penal de adultos. Lo anterior ha propiciado que algunos hayan propuesto un catálogo propio de delitos para el derecho penal juvenil<sup>74</sup>. Sin embargo, al no existir tal catálogo en Costa Rica, lo procedente es aplicar los correctivos del principio de oportunidad reglado basado en la insignificancia<sup>75</sup>, o bien, si el asunto no la presenta, de una solución al conflicto alternativa.

Los criterios de oportunidad reglados han tenido una gran aplicación en la práctica de la Ley de Justicia Penal Juvenil, superando ampliamente la suspensión del proceso a prueba. Así, en el período comprendido entre el segundo semestre de 1996 y el cuarto trimestre de 1997, se aplicó un criterio de oportunidad en 3613 asuntos, de un

---

<sup>72</sup> En: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 169.

<sup>73</sup> Cf. Al Brecht, P.A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990, p. 121.

<sup>74</sup> *Ibid*, pp. 120-124.

<sup>75</sup> Sobre ello dice Rita Maxera: "Por su condición de adolescente no todos los hechos constitutivos de delitos o contravenciones para la persona adulta lo serán para él o ella (adolescente). La importancia fundamental reviste la consagración del instituto de la remisión (equivalente al principio de oportunidad en materia de personas adultas) que consiste en la facultad que tiene el Ministerio Público o el Juez según la etapa procesal, de no someter la persona adolescente al proceso o de suspenderlo en cualquier momento, cuando la escasa relevancia social del hecho haga innecesaria o perjudicial la respuesta penal". (Maxera, R., "Un modelo de responsabilidad penal juvenil", en UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller...*, p. 42.) Acerca de la aplicación del criterio de oportunidad en la práctica: Rolas, A., "Ley de Justicia Penal Juvenil: una garantía de protección de los derechos de las personas menores de edad", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller...*, pp. 52-58.

total de 13 631 resueltos por los jueces penales juveniles en ese lapso, lo que representa el 26,50% del total de resoluciones<sup>76</sup>.

#### 4. EL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* DE LA SANCIÓN DE INTERNAMIENTO

En los casos en que no es posible aplicar un criterio de oportunidad reglado ni otra forma anticipada de conclusión del proceso, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, por lo cual se llega al dictado de una sentencia condenatoria y a la imposición de una sanción propiamente dicha, es principio fundamental del derecho penal juvenil que el confinamiento de jóvenes en establecimientos penitenciarios debe ser utilizado como último recurso. A ello aluden las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores<sup>77</sup> y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>78</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la utilización de la sanción privativa de libertad como último recurso se reconoce también como un principio que debe perseguir el derecho penal de adultos. A dicho principio se refieren, por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)<sup>79</sup>. Sin embargo, el énfasis que se da al carácter de *ultima ratio* de la privación de libertad en el derecho penal juvenil es mucho más acentuado.

---

<sup>76</sup> Los datos se basan en los informes trimestrales de la Sección de Estadística del Poder Judicial. Se toman en cuenta correcciones al informe del primer trimestre de 1997, según información recibida en dicha Sección.

<sup>77</sup> Regla 19.1.

<sup>78</sup> Regla 1.

<sup>79</sup> Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución A/RES/45/110 del 14 de diciembre de 1990. En el numeral 2.3 de estas Reglas se dice: "A fin de prever una mayor flexibilidad compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y tipo de las medidas no privativas de libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas". En el numeral 2.4 se señala: "Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad, y su aplicación se evaluará sistemáticamente". El numeral 2.6 indica: "Las medidas no privativas de libertad se utilizarán de acuerdo con el principio de mínima intervención".

El establecimiento de penas alternativas a la prisión es uno de los aspectos relevantes del proyecto de Código Penal costarricense<sup>80</sup>. No obstante, los intentos de regular sanciones alternativas a la privativa de libertad en el derecho penal de adultos no han sido emprendidos con la intensidad que presentan dentro del derecho penal juvenil. Como consecuencia de ello, por ejemplo, propuestas como la de Luigi Ferrajoli —de eliminar los límites mínimos de la pena<sup>81</sup>, lo que acercaría el derecho penal de adultos al derecho penal juvenil— han sido rechazadas. Así el proyecto de Código Penal costarricense parte de mínimos de pena privativa de libertad altos, estableciendo la posibilidad de sustituir luego, parcial o totalmente, la pena por una alternativa. A ello se agregan los altos márgenes superiores de las penas privativas de libertad en el derecho penal de adultos, a los que, sin embargo, se acercó la ley costarricense sobre justicia penal juvenil, en contra de los principios que deben rodear esta.

La Ley de Justicia Penal Juvenil establece una distinción entre Sanciones socio-educativas, órdenes de orientación y supervisión y sanciones privativas de libertad<sup>82</sup>. Para ello el legislador costarricense<sup>83</sup> se inspiró en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que disponen:

"Para mayor flexibilidad y para evitaren la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las Cuales pueden aplicar 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 socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y

---

Véase el texto de estas reglas en: Carranza y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 149 ss.

<sup>80</sup> Issa, H., "Las penas alternativas. El inicio de una contracultura", en: Sánchez Romero, C. (editora), *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, CONAMAJ y otros, 1997, pp. 119-126.

<sup>81</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 1995, p. 400.

<sup>82</sup> Art. 121 LJPJ.

<sup>83</sup> Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, p. 122.

en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes<sup>84</sup>.

Así, la Ley de Justicia Penal Juvenil dispone como sanciones socioeducativas<sup>85</sup>: a) la amonestación y advertencia<sup>86</sup>, b) la libertad asistida<sup>87</sup>, c) la prestación de servicios a la comunidad<sup>88</sup> y d) la reparación de los daños a la víctima<sup>89</sup>.

Se prevén como órdenes de orientación y supervisión las siguientes: a) instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse a él; b) abandonar el trato con determinadas personas; c) eliminar las visitas a bares y discotecas o centros de diversión determinados; d) matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; e) adquirir trabajo; f) abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; g) 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<sup>90</sup>.

En lo concerniente a las órdenes de orientación y supervisión dictadas por el Juzgado Penal Juvenil de San José del 1 de mayo de 1996 a enero de 1997, Mario Villalobos, Jefe del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, indica que dicho Juzgado las dispuso en 39 casos, para dictar 64 órdenes puesto que en algunos asuntos impuso dos. Las órdenes más representativas —señala— son: adquirir trabajo (25%), cambiar de domicilio (23,4%), abandonar el trato con

---

<sup>84</sup> Regla 18.1.

<sup>85</sup> Art. 121 a) LJPJ.

<sup>86</sup> Art. 124 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 115-116.

<sup>87</sup> Art. 125 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 116.

<sup>88</sup> Art. 126 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 116-118.

<sup>89</sup> Art. 127 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 118-119.

<sup>90</sup> Art. 121 b) LJPJ. Según el artículo 128: "Las órdenes de orientación y supervisión consisten en mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez Penal Juvenil para regular el modo de vida de los menores de edad, así como promover y asegurar su formación./ Las órdenes o prohibiciones durarán un periodo máximo de dos años y su cumplimiento deberá iniciarse a más tardar un mes después de ordenadas./ Si se incumple cualquiera de estas obligaciones, el Juez podrá, de oficio o a petición de parte, modificar la orden o prohibición impuesta". Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 119-120.

determinadas personas (18,7%), matricularse en un centro de educación formal y abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas (12,5%), otras (6,2%).

De gran importancia es la determinación del grado de cumplimiento de dichas órdenes y las razones del incumplimiento, ya que este puede dar lugar al internamiento del joven en un centro especializado, con lo que pierden su función como alternativas a la privación de libertad. Del total de casos señalados —dice Mario Villalobos— nueve (48%) aceptaron cumplir el proceso de la Orden de orientación, asistiendo a las sesiones y siendo receptores de las indicaciones brindadas. No ocurrió así en 16 casos (41%), mientras que cuatro jóvenes (10%) recién iniciaron el proceso, por lo que se ignoran los resultados. Del análisis de la población estudiada —agrega— el 41% que no logró cumplir las órdenes dictadas se asocia a: problemas de deambulación y drogadicción; desinterés del menor y la familia, como producto de la disfuncionalidad del grupo de pertenencia; carencia de recursos económicos, afectivos, comunales y otros. Los obstáculos que enfrentan estos jóvenes para el cumplimiento de la orden de adquirir un trabajo —dice— son los siguientes: carencia de alternativas laborales y baja escolaridad; el aspecto más relevante es que no cuentan con hábitos de trabajo. En lo atinente a la orden de matricularse en un centro educativo —señala— no se cumple por: limitaciones económicas, desinterés, dificultad en el aprendizaje, así como la expulsión misma del centro educativo. En lo que respecta a la orden de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y drogas, se incumple —de acuerdo con su criterio— por: carencia de apoyo familiar, no concienciación de la problemática o no contención de los menores dentro de su parentela. Por su parte, la orden de cambio de domicilio —manifiesta— se cumple en su totalidad dentro de cualquier contexto social y familiar<sup>91</sup>. Las razones del incumplimiento mencionadas por Mario Villalobos deben considerarse para tratar de evitar la imposición de condiciones que de acuerdo con las características del joven sean de imposible o muy difícil cumplimiento, de modo que en definitiva se podría llegar —como se dijo— a su privación de libertad a través del internamiento.

---

<sup>91</sup> Villalobos, M., "El Departamento de Trabajo Social y Psicología y la Ley de Justicia Penal Juvenil", en: UNICEF y otros (editor), *Seminario-Taller...*, pp. 100-101.

Como sanciones privativas de libertad se fijan<sup>92</sup>: a) internamiento domiciliario<sup>93</sup>, b) internamiento durante tiempo libre<sup>94</sup> y c) internamiento en centros especializados<sup>95</sup>. Se permite, además, la ejecución condicional de la sanción de internamiento<sup>96</sup>.

Importante es que se le da prioridad a las sanciones socioeducativas; posteriormente, a las órdenes de orientación y supervisión; como última alternativa se imponen las sanciones privativas de libertad y dentro de estas se prefiere, en este orden, el internamiento domiciliario y el internamiento durante el tiempo libre y, por último, el internamiento en centros especializados<sup>97</sup>. Por ello, las sanciones principales son las no privativas de libertad, mientras que las que privan esta adquieren un carácter secundario para constituirse más bien las "alternativas"<sup>98</sup>. Lo anterior es consecuencia del principio de necesidad, derivado del de proporcionalidad.

La aplicación restrictiva de la sanción de internamiento en centro especializado se aprecia en la práctica de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Así, en el periodo comprendido entre el segundo semestre de 1996 y el primer trimestre de 1998, se dictaron 488 sentencias condenatorias. De ellas se impuso la sanción de amonestación y advertencia en 192 (39,34%), libertad asistida en 131(26,84%), prestación de servicios a la comunidad en 10(2,05%), reparación de daños en cinco (1,02%), orientación y supervisión en 63 (12,91%), internamiento domiciliario en nueve (1,84%), internamiento en tiempo libre en cinco (1,02%), internamiento en Centro especializado en 65 (13,32%), ejecución condicional de la sanción de internamiento en seis (1,29%) y

---

<sup>92</sup> Art. 121 c) LJPJ.

<sup>93</sup> Art. 129 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 120-121.

<sup>94</sup> Art. 130 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 121-122.

<sup>95</sup> Art. 131 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 122-124.

<sup>96</sup> Art. 132 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, pp. 124-125. En relación con la fundamentación de la denegatoria de la ejecución condicional, véase: Tribunal de Casación, voto 156-F-98.

<sup>97</sup> En este sentido: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 114; Tiffer Sotomayor, C., "Situación...", p. 101; Tiffer Sotomayor, C., "Un modelo armado para aplicar: justicia penal juvenil costarricense" en UNICEF y otros (editores) *Seminario-Taller...*, p. 23.

<sup>98</sup> En sentido similar: Tiffer Sotomayor, C., "Un modelo...", p. 19; Maxera, R. y Tiffer, C., *op cit.*, p. 404.

perdón judicial en dos (0,41 %) <sup>99</sup>. De relevancia es solamente mencionar la poca aplicación que han tenido el internamiento domiciliario y el internamiento en tiempo libre, lo que se puede deber a que los jueces no hayan querido aplicarlos ante la ausencia de una regulación sobre las consecuencias del incumplimiento de la sanción por el joven <sup>100</sup>, lo que sí se prevé con respecto al incumplimiento injustificado de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas que puede dar lugar a que se ordene el internamiento en centro especializado <sup>101</sup>. Por otro lado, debe resaltarse la escasa aplicación de la suspensión condicional de la sanción de internamiento en centro especializado, lo que posiblemente es motivado por la existencia de las sanciones socioeducativas y las órdenes de orientación y supervisión, que en caso de incumplimiento pueden dar lugar al internamiento en centro especializado, de modo que los jueces se hayan decidido por la aplicación de esas sanciones no privativas de libertad en vez de disponer la ejecución condicional de la sanción de internamiento.

La razón que lleva a tratar de evitar la imposición de una sanción privativa de libertad, radica no solo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también en el carácter criminógeno que dicha privación comparte en el derecho penal juvenil con la pena privativa de libertad del derecho penal de adultos, a pesar de los

---

<sup>99</sup> Los datos son tomados de los informes trimestrales de la Sección de Estadística del Poder Judicial.

<sup>100</sup> Sobre ello dice Alejandro Rojas: "Los internamientos domiciliario y en tiempo libre no cuentan con sanción alguna ante su incumplimiento. Lo anterior se debe a que el inciso b) del artículo mencionado (art. 131) no menciona que el incumplimiento de estas sanciones sea causal de una privación de libertad más extrema (internamiento en centro especializado)." (Rojas, A., *op. cit.*, p. 67.)

<sup>101</sup> Art. 131, inc. b, LJPJ. Se discute si, en la sentencia condenatoria que fija una sanción socioeducativa o una orden de orientación y supervisión, debe indicarse el monto de la sanción de internamiento en centro especializado que correspondería cumplir en caso de incumplimiento injustificado (cf. Rojas, A., *op. cit.*, p. 66). En primer lugar, es importante mencionar que dicho incumplimiento no necesariamente da lugar a la sustitución por una sanción de internamiento en centro especializado, puesto que ello se establece solamente como una alternativa ("puede"). En segundo lugar, considero que no existe ningún obstáculo para dicha sustitución, ya que esta se basa en lo establecido expresamente por la Ley de Justicia Penal Juvenil; por tal razón, debe seguirse al respecto el debido proceso, puesto que se ha de comprobar no sólo el incumplimiento, sino además que este es injustificado (cf. Rojas, A., *op. cit.*, p. 67). Todo ello forma parte de la ejecución de la sentencia. Por supuesto, para la sustitución de la sanción socioeducativa o la orden de orientación y supervisión por una sanción de internamiento en centro especializado, deben respetarse los principios de culpabilidad y proporcionalidad.



mayores esfuerzos que se hacen en el primero para contrarrestar los efectos negativos del encarcelamiento y compensar carencias que tenía el joven antes de este y que puedan haber influido en la comisión del hecho delictivo<sup>102</sup>. Sobre ello el comentario oficial a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores dice:

"Los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de establecimientos penitenciarios. Las diferencias encontradas en el grado de eficacia del confinamiento en establecimientos penitenciarios comparado con las medidas que excluyen dicho confinamiento son pequeñas o inexistentes. Es evidente que las múltiples influencias negativas que todo ambiente penitenciario parece ejercer inevitablemente sobre el individuo no pueden neutralizarse con un mayor cuidado en el tratamiento. Sucede así sobre todo en el caso de los menores, que son especialmente vulnerables a las influencias negativas: es más, debido a la temprana etapa de desarrollo en que éstos se encuentran, no cabe duda de que tanto la pérdida de la libertad como el estar aislados de su contexto social habitual agudizan los efectos negativos."<sup>103</sup>

En lo relativo al internamiento, se dice además, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores<sup>104</sup> y en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que debe procurarse que la privación de libertad dure el menor tiempo posible<sup>105</sup>. Las mismas

---

<sup>102</sup> Al carácter criminógeno de la sanción privativa de libertad en el derecho penal juvenil hace referencia Douglas Durán, quien dice: "Se ha establecido que la prisión agudiza los sentimientos de rechazo que, ya de por sí, ha experimentado. por lo general, toda la clientela del sistema de administración de justicia penal juvenil. Por otra parte, en los sujetos agresivos, se da incluso una exacerbación de la agresividad. Por lo general, se ofrece al menor de edad un mundo fragmentario con individuos que se caracterizan porque uno de sus componentes específicos es precisamente el no haber podido unificar su personalidad. Todo esto puede llevar a un funcionamiento pulsional y agresivo como consecuencia de un medio desestructurante del ambiente carcelario." Durán Chavarría, D., "Algunas reflexiones sobre la ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", con base en una ponencia al Seminario sobre la Aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, La Catalina, 30 de mayo de 1998, (inédito).

<sup>103</sup> En: Roccatti, M. y Lara, E., *op. cit.*, pp. 328-329.

<sup>104</sup> Regla 19.1.

<sup>105</sup> Regla 1.2.

razones que llevan a que la privación de libertad debe ser la *ultima ratio* conducen a que dure el menor tiempo posible.

El Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil contemplaba un plazo máximo de cinco años con respecto a las personas mayores de 15 años, y de tres años en lo atinente a las personas menores de 15 y mayores de 12 años<sup>106</sup>. El límite de cinco años, se decía en la exposición de motivos del Proyecto, se basaba principalmente "...en el punto de vista de evitar daños irreparables en el desarrollo de los menores de edad, debido a una prolongada intervención del derecho penal juvenil. Además de considerar que en algunos casos, los delitos cometidos por menores de edad, son sólo un 'pasaje' en su evolución o desarrollo Psico-social"<sup>107</sup>. Sin embargo, como se dijo con anterioridad, en la comisión legislativa se modificaron sustancialmente los montos de las penas aumentándose a 15 años el máximo tratándose de personas mayores de 15 y menores de 18, ya 10 años en el caso de menores de 15 y mayores de 12 años<sup>108</sup>. Este cambio significó una variación esencial en la Ley de Justicia Penal Juvenil, que, con razón, ha sido criticado por la doctrina<sup>109</sup>; Carlos Tiffer Sotomayor, redactor del Proyecto de Ley, ha llegado a afirmar que "...con esta medida nuestro país se convirtió en uno de los países más represivos en materia penal juvenil"<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Art. 141 del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil.

<sup>107</sup> En: Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, p. 160. En este sentido: Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., "Comentario...", p. 397.

<sup>108</sup> Art. 131 LJPJ. Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley..*, pp. 122-124.

<sup>109</sup> Cf. García Méndez, E., "Balance del año de aplicación de la ley de responsabilidad penal juvenil de Costa Rica", en: UNICEF y otros, *Seminario-Taller...*, p. 35; González Álvarez, D., *op. cit.*, pp. 120-121; Llobet Rodríguez, J., *La prisión...*, p. 26. Sobre el aumento draconiano de la duración de la sanción de internamiento y el efecto de prevención general negativa que se esperaba de él, dice Mayra Campos: "Con el fin de reforzar esta crítica al efecto de prevención general negativa o intimidatoria, a modo de ejemplo, podemos señalar que estadísticamente, durante 1996 (incluyendo de enero a abril en que estaba vigente la ley tutelar) se cometieron un total de 38 homicidios. De enero a junio de 1997, un total de 19, o sea, en seis meses se han cometido la mitad de homicidios que el año anterior, lo cual determina que si se mantiene la constante de aproximadamente 1.07 homicidios al mes, al finalizar 1997, es probable que se hayan cometido los mismos 38, esto pese a que la pena actual es hasta de quince años de prisión. O sea la misma cantidad que con la ley anterior, cuyo máximo era de 2 años." (Campos Zúñiga, M., "Política criminal en la materia penal juvenil: aspectos sustantivos o de derecho material", en: CONAMAJ y otros (editores), *Cuatro temas sobre política criminal*, San José, 1998, p. 75.

<sup>110</sup> Tiffer Sotomayor, C., "Un modelo...", p. 24.

## 5. FIJACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Ya de por sí en el derecho penal de adultos, en el que los márgenes en que se desenvuelve el juzgador para la fijación de la pena, de acuerdo en general con mínimos y máximos de esta, son mucho más rígidos que en el derecho penal juvenil, no existe claridad con respecto a los criterios para la fijación de la pena. Debe recordarse lo indicado por Winfried Hassemer:

"La determinación de la pena es el muro de lamentaciones de los penalistas, tanto desde el campo de la Ciencia como del foro. Y lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de la punibilidad (...) Existe un numeroso material jurisprudencial; existe incluso una cierta sistematización de dicho material, se han dado intentos de establecer la determinación de la pena desde el plano científico-social y de preparar su introducción en la formación jurídica; por último se ha intentado hacer 'racional' la determinación de la pena con ayuda de métodos formales para liberarla de la actual arbitrariedad. Puede decirse, pues, que no han sido muchos los institutos penales que hayan merecido interés tan rápidamente creciente e intensivo como el que nos ocupa. Pero también es cierto que ningún instituto penal se ha rebelado con más tozudez que éste frente a los intentos de 'esclarecimiento'. La determinación de la pena sigue siendo dominio de la 'Justicia Real' de antaño, sin que apenas haya rastro de las cadenas que sometieron el arbitrio de aquella en materia de los presupuestos de la punibilidad. Las posibilidades de revisión de la decisión relativa a la determinación de la pena por parte de un Tribunal superior son prácticamente nulas cuando, como ocurre generalmente, el órgano judicial de instancia imita a lo imprescindible aparecer a modo de lista inexpresiva de datos inconexos, mientras que los presupuestos de la punibilidad se formulan argumentada y consistentemente. La determinación de la pena, en definitiva, es algo que difícilmente puede enseñarse o aprenderse."<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Hassemer, W., *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 137-138.

El derecho penal juvenil se caracteriza por la flexibilidad en cuanto a la sanción que se impondrá. No se contempla, así, que a un determinado delito debe responderse con la imposición de una sanción determinada. La única regla al respecto en la Ley de Justicia Penal Juvenil es la establecida en el artículo 131, con respecto al internamiento en un centro especializado, el que se autoriza solamente cuando se trate de delitos dolosos sancionados, en el Código Penal o leyes especiales para mayores de edad, con pena de prisión mayor de seis años<sup>112</sup> y cuando se haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión. De dicha norma se extrae que, salvo el supuesto mencionado de incumplimiento, no puede ordenarse el internamiento cuando la pena máxima en el derecho penal de adultos es de seis años o menos.

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores se autoriza la privación de libertad cuando "...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..."<sup>113</sup>. Por otro lado, no se prevé, ni en la Ley de Justicia Penal Juvenil ni en las Reglas Mínimas mencionadas, que en forma obligatoria, aun en los supuestos autorizados para ordenar la sanción de internamiento, esta deba disponerse, sino que se trata de una simple autorización, por lo que puede ordenarse el internamiento domiciliario, el internamiento durante el tiempo libre, sanciones socioeducativas u órdenes de orientación y supervisión. Al respecto, es

---

<sup>112</sup> El monto de más de seis años de prisión debe ser con respecto al hecho delictivo concreto, tomado en forma individual. Por ello, en supuestos de concurso material de delitos cuya pena máxima en ninguno de esos hechos delictivos sería mayor de seis años, no podría disponerse el internamiento en centro especializado, esto a pesar de que, según las reglas del concurso material, la pena total de acuerdo con el derecho penal de adultos sería de más de seis años de prisión. Lo anterior es una consecuencia del principio de legalidad en la determinación de la sanción, Puesto que la Ley de Justicia Penal Juvenil se refiere solamente a "delitos dolosos sancionados (...) con pena superior a seis años": debe acudirse a cada d-rito en concreto, por lo cual no se autoriza que se acuda a las normas del concurso material de delitos. En contra: Rojas, A., *op. cit.*, p. 67, quien dice: "Si nos encontramos ante cinco o diez delitos de este tipo (sancionados con menos de seis años para los adultos), de juzgarse por separado pareciera legalmente imposible, la imposición de una sanción privativa de libertad. Contrario sucedería si se acumularan, ya que entre todos muy probablemente superarían los seis años según la legislación de adultos."

<sup>113</sup> Regla 17:1.

importante mencionar que el Tribunal de Casación Penal dijo, en Voto 591-F-97, lo siguiente:

"El artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece la sanción de internamiento como una forma de privación de libertad de carácter excepcional, y si bien es cierto uno de los casos en que resulta de aplicación se relaciona con la comisión por parte del acusado de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad, con pena de prisión superior a seis años de prisión, tal imposición es de naturaleza facultativa para el juzgador, estableciéndose que al aplicar una medida de privación de libertad, el juez deberá considerar el sustituir dicha sanción por una menos drástica cuando sea conveniente; por lo que al sustituir la juzgadora la pena de prisión solicitada por el Ministerio Público por otra sanción socioeducativa, complementada con órdenes de orientación y supervisión (artículo 121 inciso a) y b)), que también le son permitidas, conforme a los principios rectores que inspiran la aplicación de la ley a los menores, en aras de su protección integral, su interés superior, el respeto de sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad (artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil), no se aprecia violación alguna a la legislación sustantiva, por lo que el motivo alegado debe ser declarado sin lugar."<sup>114</sup>

El Tribunal de Casación Penal incluso ha dicho que el juez del juicio debe fundamentar el porqué impone una sanción de internamiento y no una sanción menos gravosa, por ejemplo una sanción socioeducativa, una orden de orientación y supervisión, o bien una sanción privativa de libertad de menos intensidad que la de internamiento, como el internamiento domiciliario y el internamiento durante tiempo libre. Así dijo en Voto 781-F-97 del 1 de octubre de 1997:

"Debe indicarse que el Derecho Penal Juvenil se diferencia fundamentalmente del Derecho Penal de adultos en el régimen de las sanciones, puesto que frente a la rigidez de montos máximo y mínimo de la pena privativa de libertad que existe en el Derecho Penal de Adultos, el Derecho Penal de Menores de lo que se ocupa en

---

<sup>114</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro.

lo concerniente a la pena de internamiento es de fijar el monto máximo, pero no precisa montos mínimos, y ni siquiera prescribe (...) que necesariamente deba imponerse una pena de internamiento en los supuestos de hechos dolosos sancionados en la legislación penal con pena superior a seis años, puesto que podría acudir a otro tipo de sanciones..."<sup>115</sup>

Por supuesto que el gran ámbito valorativo que tiene el juzgador para determinar la sanción penal juvenil que se impondrá, no debe llevar a la arbitrariedad<sup>116</sup>. A establecer pautas al respecto que garanticen una mayor seguridad jurídica se dedica la teoría de fijación de pena, la que como se dijo, tiene un desarrollo apenas incipiente, con líneas mucho más difusas en el derecho penal juvenil que en el derecho penal de adultos, por la flexibilidad de las sanciones del primero.

## 6. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE EN LA FIJACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

En lo relativo a la fijación de las sanciones, un principio fundamental de un estado de derecho es la vigencia del principio de culpabilidad en la fijación de las penas, el que debe regir tanto para el derecho penal de adultos como para el derecho penal juvenil<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro.

<sup>116</sup> Alejandro Rojas propone reducir el ámbito valorativo del juzgador en la determinación de la sanción de internamiento. Así indica: "Encontramos la falta de parámetros más estrechos en cuanto a la cuantificación de la sanción, es decir, en la actualidad la Ley fija márgenes muy amplios dentro de los cuales el Juez Puede establecer el monto de la pena. Por ejemplo, se establece que la sanción Privativa de libertad que podría imponerse va de algunos meses a diez o quince años, lo cual resulta excesivamente amplio (...) Considero que debe analizarse la Posibilidad de establecer parámetros más estrechos con respecto a la cuantificación de la sanción en cada delito en específico, con lo cual se solidifica el principio de seguridad jurídica. Para lograr tal objetivo, se podría usar como punto de referencia, las penas establecidas para los adultos, en el sentido de que las sanciones para personas menores de edad correspondan a una porción (la mitad, dos tercios o cualquier otro porcentaje) de la pena establecida por el tipo respectivo." (Rojas, A., *op cit.*, p. 67)

<sup>117</sup> Importante es mencionar que en Costa Rica con frecuencia se confunde el principio de culpabilidad con el de Proporcionalidad; véase, por ejemplo, el Voto 2374-96 de la Sala Constitucional. Ambos principios están relacionados en lo que se refiere a la fijación de la sanción, aunque no deben ser confundidos. El principio de culpabilidad se refiere a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad del sujeto al momento del hecho, o sea, mira en definitiva hacia el pasado. Ello no ocurre necesariamente con el principio de proporcionalidad, que toma en cuenta criterios preventivos, o sea, que miran hacia el futuro. De relevancia es que la doctrina alemana indica que una de las diferencias entre las penas y las medidas de seguridad radica en que las penas se encuentran limitadas por el principio de culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad lo

Dicho principio se encuentra previsto en el artículo 39 de la Constitución Política, a lo que ha hecho referencia la Sala Constitucional en diversas resoluciones<sup>118</sup>.

## 7. TEORÍAS DE LA INFLUENCIA DE LA CULPABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Existen una serie de teorías con respecto a la influencia del principio de culpabilidad en la determinación de la pena. La discusión que se plantea es si se pueden tener en cuenta aspectos preventivos, ajenos a la culpabilidad, en la determinación de aquella. Si se siguiera en el derecho penal juvenil un criterio de la fijación de la sanción (pena) adecuada a la culpabilidad, esta no daría margen para la aplicación de consideraciones preventivas en la fijación de la sanción, puesto que la culpabilidad produce ya la medida de la sanción puntual y rígidamente fijada. Sería propiamente en la ejecución de la sanción en la que podrían entrar consideraciones de carácter preventivo, por ejemplo: criterios educativos propios del derecho penal juvenil.

Esta teoría sobre la culpabilidad, sin embargo, presenta el problema de que detrás de ella se encuentra una teoría absoluta de la pena, o sea, de esta como un fin en sí mismo, como una realización de la justicia<sup>119</sup>. Dicha teoría no puede ser admitida dentro de un derecho penal orientado a las consecuencias, es decir, destinado a la protección

---

están por el principio de proporcionalidad. En definitiva, se admite que el principio de culpabilidad supone una mayor limitación a la imposición de la sanción que la que implica el principio de proporcionalidad. Por ello la doctrina ha rechazado la propuesta de sustituir el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad. Cf. Roxin, C., *Strafrecht...*, Par. 3, nº 52 y 56; Roxin, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, traducción de M. Luzón Peña y otros, 1997, Par. 3, nº 52 y 56.

<sup>118</sup> Véase en particular: voto 88-92. Cf. Mora Mora y Navarro Solano, *Constitución y derecho penal*, San José, Escuela Judicial, 1995, pp. 86-110.

<sup>119</sup> Los principales representantes del fin retributivo de la pena son Kant y Hegel. Cf. Hegel, *Filosofía del derecho*, Caracas, Ediciones de la Biblioteca, traducción de Eduardo Vásquez, 1991, Par. 99; Kant, *Metaphysik der Sitten*, Stuttgart, Reclam, 1990, Par. 49 E. En Costa Rica la jurisprudencia de la Sala Constitucional es confusa; así, en la Sentencia 2586-93 se dijo lo siguiente: "La pena es justa retribución del mal ocasionado por el ilícito penal, proporcional a la culpabilidad del imputable. Sin negar la posible finalidad resocializadora y en alguna medida preventiva de la pena, su esencia radica en la retribución, retribución que no se traduce en reproche o venganza; sus fines son más elevados: mantener el orden y el equilibrio, fundamento de la vida moral y social para protegerlos y restaurarlos en caso de quebranto". Resulta, de esta forma, que en dicha resolución se indica que debe seguirse un criterio retributivo de la pena, aunque al explicarse este se hacen consideraciones relacionadas con la prevención general positiva, aparte de la mención que se hace en forma expresa de la prevención especial positiva.

de bienes jurídicos, tal y como se deduce del artículo 28 de la Constitución Política<sup>120</sup>. Ello exige que el fin de la pena sea de carácter preventivo: que evite la lesión futura de bienes jurídicos<sup>121</sup>.

De acuerdo con la teoría del marco de la culpabilidad, se admite que la valoración de esta determina un margen de un mínimo y un máximo de la pena que sería adecuada a la culpabilidad; así, existe un margen de libertad que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad, y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad; dentro de estos límites se pueden tener en cuenta los fines de prevención. En otras palabras, la culpabilidad determina un mínimo y un máximo de la pena, considerándose criterios preventivos para determinar el monto de esta dentro de tales límites<sup>122</sup>. En definitiva, dicha teoría tiene como fundamento también la pena conforme a la culpabilidad dentro de los márgenes establecidos, de modo que la pena no deja de tener un carácter fundamentalmente retributivo, por lo que son aplicables las críticas hechas a la teoría de la pena adecuada a la culpabilidad.

Una tercera teoría es la de la prohibición de rebasamiento de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad fija el límite máximo de la pena que se impondrá. Resulta importante el hecho de que esta teoría parte de que el fin de la pena es de carácter

---

<sup>120</sup> La Sala Constitucional ha admitido, en diversas resoluciones, que el derecho penal debe estar orientado a la protección de bienes jurídicos; véase, por ejemplo, el Voto 525-93. Sin embargo, la Sala Constitucional, en dicha resolución y en otras, contunde la protección de bienes jurídicos con la de los valores ético-sociales, considerando que se trata de sinónimos. A pesar de ello, la distinción tiene gran relevancia en temas como la punición o no de la tentativa inidónea, ya que conforme aun derecho protector de bienes jurídicos, no debería sancionarse, pero sí debería si se parte de que el derecho tutele los valores ético-sociales. Cf. Bacigalupo, E., *Lineamientos de la teoría del delito*, San José, Juricentro, 1985, pp. 14-15. Dentro del finalismo se ha sostenido que fin del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino de los valores ético-sociales, de lo cual resulta que al tutelarse estos en forma indirecta se llega a la protección de bienes jurídicos; así indica Hans Welzel que "Es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementales valores ético-sociales de la acción". (Welzel, H., *Derecho Penal Parte General* Buenos Aires, Depalma, traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, 1956, p. 6). Cf. Welzel, H., *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 1976, p. 16. Lo anterior ya que se ha partido de una desconfianza con respecto a la afirmación de que el derecho penal está destinado a la Protección de bienes jurídicos, por considerarse que enfatiza en el disvalor del resultado, mientras que la tutele de los valores ético-sociales recalce el disvalor del acto.

<sup>121</sup> Cf. Roxin, C., "Fin...", p. 19; Roxin, C., *Strafrecht...*, Par. 3, I 8; Roxin, C., *Derecho...*, Par. 3, I 8.

<sup>122</sup> Sobre esta teoría: Jescheck, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Barcelona, Bosch, traducción de S. Mir Puig y F Muñoz Conde, 1981, pp. 1198-1199.



preventivo; sin embargo, este fin, ya sea de prevención general o especial, no opera adecuadamente como límite en la fijación de los máximos de las penas, puesto que, por ejemplo, la necesidad de prevención general puede llevar a penas draconianas, y la de prevención especial puede conducir a penas de larga duración en caso de peligro de reiteración delictiva, a pesar de que el hecho cometido sea de escasa gravedad, o bien a la exclusión de la aplicación de la sanción a hechos de gran gravedad cuando no existe ese peligro<sup>123</sup>. Por ello se estima importante que el principio de culpabilidad funcione como límite que no puede superar el monto de la pena por imponer. Lo anterior no implica que esta no pueda ser menor por consideraciones de carácter preventivo. Se indica que la disminución de la pena puede llegar hasta tanto lo permitan los criterios preventivos<sup>124</sup>.

Sabida es la discusión no resuelta sobre la existencia del libre arbitrio. Sin embargo, cuando la culpabilidad solamente sirve para establecer límites a la prevención, entonces no perjudica al individuo, adquiriendo la culpabilidad una función garantista que no debería ser rechazada siquiera por aquellos deterministas preocupados por establecer límites al poder punitivo estatal<sup>125</sup>. Por otro lado, mediante la vinculación a la culpabilidad como límite de la sanción se supera la crítica kantiana de la utilización del individuo como un simple medio y no como un fin<sup>126</sup>, ya que su dignidad se ve perjudicada cuando la sanción se fija con criterios preventivos<sup>127</sup>.

A la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad se hizo mención en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil al decir que: "Cualquier sanción debe suponer la culpabilidad, y (...) la sanción no debe sobrepasar la medida de esa culpabilidad"<sup>128</sup>.

En definitiva, la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad supone una relación —y complementariedad— entre el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad en

---

<sup>123</sup> Cf. Roxin, C., "Fin...", pp. 37-42; Roxin, C., *Strafrecht...*, Par. 3, I 7; Roxin, C. *Derecho...*, Par. 3, I 7.

<sup>124</sup> Cf. Roxin, C., "Fin...", p. 39.

<sup>125</sup> Sobre ello, pero referido al derecho penal de adultos: Roxin, C., "Fin...", p. 40.

<sup>126</sup> Kant, *op. cit.*, p. 192.

<sup>127</sup> Acerca de ello, con respecto al derecho penal de adultos: Roxin, C., "Fin...", pp. 40-41.

la determinación de la pena<sup>129</sup>. Así, el principio de culpabilidad supone un límite que no puede ser sobrepasado por la pena. No obstante, por debajo de ese límite desempeña una función el principio de proporcionalidad a través del subprincipio de necesidad, de acuerdo con el cual debe buscarse la sanción menos gravosa que sea adecuada para la obtención de esos fines preventivos del derecho penal<sup>130</sup>.

La teoría del no rebasamiento de la culpabilidad plantea el problema de cuáles criterios preventivos son los que se deben seguir para la imposición de una pena inferior a la culpabilidad: si de prevención general positiva o negativa, o de prevención especial positiva o negativa; y, en caso de que se admita que se siguen unos y otros, cuáles son los que tienen una mayor relevancia.

## 8. LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE CULPABILIDAD DEL JOVEN

Acerca del principio de culpabilidad son importantes los artículos 25 y 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. El primero, titulado erróneamente "Principio de racionalidad y proporcionalidad" dice que "Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o delito cometido". Por su parte, el 122 señala como criterios para la fijación de la sanción aplicable: "a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible. b) La comprobación del hecho delictivo. c) La comprobación de que el menor ha participado en el hecho delictivo. d) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e

---

<sup>128</sup> En: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 194.

<sup>129</sup> Véase la nota 117 de este capítulo.

<sup>130</sup> Sobre la relación entre los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en la fijación de la pena dice Zipf: "La prohibición de exceso es un principio de delimitación que pone el medio empleado en relación con la finalidad pretendida; contiene las órdenes de proporcionalidad y de necesidad. De él se sigue que, en principio, debe elegirse la intervención estatal que menos grave al ciudadano interesado y que ofrezca asimismo grandes posibilidades para perseguir la finalidad. Frente a ello, el principio de culpabilidad está desvinculado de la finalidad. Parte de la adecuación entre el hecho, como motivo de la pena, y la propia pena. Exige con ello 'que el tipo legal y el efecto jurídico se hallen entre sí en una relación conforme al objeto (BVerfGE, 20,331)'. El principio de culpabilidad y la prohibición del exceso, por ello, no se excluye en la medición de la pena, sino que se complementan." (Zipf, *Introducción a la política criminal*, Jaén, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, p.56.)

idoneidad de ésta. e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales. f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños".

Es claro que un aspecto tan obvio como la necesidad de que se haya comprobado la comisión de un hecho delictivo y la participación del joven en este, solo se puede explicar como consecuencia de la superación de la doctrina de la situación irregular; se reitera que se trata de un derecho penal de hecho, y no de autor. La vida del joven antes del hecho punible solamente tendrá relevancia en cuanto refleje una mayor o menor reprochabilidad al momento de la comisión del hecho. Igualmente, la conducta posterior del joven, reflejada en los esfuerzos por reparar el daño, solo tiene importancia en cuanto excepcionalmente pueda proporcionar elementos sobre la reprochabilidad del menor al momento del hecho, o bien cuando, como se dirá, implique que deba imponérsele al joven una sanción menor que la que corresponde a su culpabilidad.

Debe tenerse en cuenta que, cuando se habla de la culpabilidad como criterio para la fijación de la pena, no se hace referencia a la culpabilidad como categoría de la teoría del delito, sino más bien lo que se considera es la gravedad del hecho y el grado de reprochabilidad que se le puede atribuir al sujeto al momento de realizarlo. En ese sentido han de entenderse la racionalidad y proporcionalidad que deben existir entre la sanción y la infracción cometida, a las que aluden los artículos 25 y 122, inciso d, de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

En lo relativo a la gravedad del hecho, es importante considerar que esta no necesariamente debe medirse con los parámetros del derecho penal de adultos, sino que deben considerarse las particularidades de la delincuencia juvenil, ello en relación con el criterio de que en determinadas edades es común que se cometan particulares hechos delictivos, que no revisten la gravedad que tendrían si fueran cometidos por un adulto<sup>131</sup>. Debe recordarse que las propias Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) mencionan entre sus principios generales que debe tenerse en cuenta el "Reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de madurez y

---

<sup>131</sup> Cf. Kürzinger, J., *Kriminologie*, Stuttgart y otros, Boorberg, 1982, p.183.

tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta...”<sup>132</sup>. Se agrega a ello que la influencia de drogas o de alcohol en la comisión del hecho ilícito, ya sea porque este se comete para obtenerlas o bien bajo la influencia de tales sustancias, resulta muy importante para determinar un menor grado de culpabilidad del joven e incluso en algunos casos puede excluirla totalmente debido a que actuó sin capacidad de culpabilidad<sup>133</sup>.

Por otro lado, en lo relativo a la reprochabilidad del joven, debe considerarse no solo lo indicado y su grado de madurez, importante para determinar su capacidad de culpabilidad<sup>134</sup>, sino además lo que Raúl Zaffaroni llama la "cocolpabilidad" de la

---

<sup>132</sup> Regla I.e.

<sup>133</sup> Cf. arts. 42-44 del código Penal de 1970. Acerca de la *actio liberae in causa* y los errores en que ha incurrido la jurisprudencia y doctrina latinoamericana al seguir los lineamientos del fallo “Segura”, redactado por Frías Caballero en *Latinoamérica: Llobet Rodríguez, J., "La teoría del delito en el proyecto de Código Penal"*, en: *Ivstitia*, nº 109-110, 1996, pp. 48, nota al pie 77. De gran importancia al respecto es el voto 665-F-98 del 5 de octubre de 1998 dictado por el Tribunal de Casación Penal.

<sup>134</sup> En la exposición de motivos del proyecto se dice, en relación con la edad de 12 años como límite a partir del cual se es responsable conforme a la Ley de Justicia Penal Juvenil: "Actualmente sería muy difícil sostener que esta categoría de sujetos tiene una incapacidad, o una falta de madurez para comprender la criminalidad del hecho. Sin que lo anterior signifique que en un caso particular, al menor de edad no se le pueda aplicar las atenuaciones por trastornos mentales transitorios o permanentes como a los mayores de edad" (Tiffer Sotomayor, c., *Ley...*, p. 150.) Frente a ello debe decirse que, si en el caso concreto el joven carece de la madurez suficiente para comprender el carácter de sus actos, debe ser excluida la capacidad de culpabilidad; en este sentido debe mencionarse el Par. 3 de la Ley Judicial Juvenil de Alemania, que dice: "un menor es penalmente responsable si en el momento del hecho es suficientemente maduro conforme a su desarrollo moral y mental, para comprenderlo injusto del hecho y actuar conforme a esta comprensión. Para la formación de un menor inimputable a consecuencia de su inmadurez, puede el juez ordenar las mismas medidas que el Juez Tutelar." (Elbert, c., *Ley Judicial Juvenil anotada de la República Federal de Alemania*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 5) Sobre la regla alemana explica Jescheck: "Originalmente el StGB 1871, siguiendo el ejemplo del Code pénal francés de 1810 ('discernement'), aludía únicamente a la capacidad intelectual de comprensión del joven. Sin embargo, ya la JGG 1923 vino a reflejar la observación de la moderna psicología juvenil de que el enjuiciamiento de la responsabilidad del joven depende también de su madurez moral y de su capacidad para formar su voluntad, y erigió estos elementos como presupuestos del juicio de culpabilidad jurídico penal. (Jescheck. *op. cit.*, tomo I, p. 598.) Podría preguntarse si la legislación alemana, al mencionar expresamente la madurez según el desarrollo moral y mental, difiere de la costarricense, con respecto a la cual hay que acudir a la regla general sobre la capacidad de culpabilidad prevista en el Código Penal. Considero que no. Lo fundamental es si se tiene, al momento del hecho, la "capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (art. 42 del Código Penal de 1970), careciendo de relevancia si la falta se debe a la inmadurez, enfermedad mental o grave perturbación de la conciencia. Solo una interpretación en este sentido sería compatible con el principio constitucional de culpabilidad (art. 39 de la Constitución Política). Desde esta perspectiva, la inmadurez se agregaría a los supuestos de "enfermedad mental" y de "grave perturbación de la conciencia", contemplados expresamente. Lo anterior a través de una analogía *in bonam parte*.

Sociedad<sup>135</sup>, que posee gran relevancia en la delincuencia juvenil en relación con las carencias afectivas, educativas y sociales que ha experimentado el joven en su vida. Es importante anotar que la mayoría de los jóvenes sometidos a la justicia penal juvenil presentan dichas carencias<sup>136</sup>. Al respecto resulta valioso citar lo dicho por Elías Carranza y Rita Maxera:

"Una investigación que hicimos con la colaboración de juzgados de menores de edad de diecisiete países de América Latina, determinó que el perfil del infractor tipo que pasa por dichos juzgados se adecua a la siguiente descripción:

- sexo masculino;
- 16-17 años de edad;
- con algo más de cuatro años de retraso escolar;
- residente primordialmente en zonas marginales (de 'villas miseria', 'ranchadas' o 'callampas'), o también en zonas de viviendas de clase baja;
- perteneciente primordialmente a sectores sociales marginales o a sectores de clase baja;
- trabaja en actividades que no exigen calificación laboral, o procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas;
- con el producto de su actividad contribuye al sostenimiento de su núcleo familiar o de su núcleo de pertenencia;
- su padre trabaja en la categoría laboral de menor ingreso y generalmente se encuentra subempleado o desempleado;
- su madre es empleada doméstica, o ejerce otros trabajos de baja calificación laboral como la venta al menudeo, a veces la prostitución, y al igual que su padre, en la mayoría de los casos está subempleada o, con menor frecuencia desempleada;
- vive con su familia;
- su familia es incompleta o desintegrada, con ausencia del padre;

---

<sup>135</sup> Zaffaroni, R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 520-521; Zaffaroni, R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, tomo IV, 1982, pp. 65-67.

<sup>136</sup> Véase al respecto lo que se indica en el voto 591-F-97 del Tribunal de Casación Penal, que se transcribe en el anexo II de este libro.

- pertenece al 40% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema según la definición que de éstas se da en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD...<sup>137</sup>

Mientras en la doctrina de la situación irregular lo fundamental era el grado de peligrosidad del joven, en la doctrina de la protección integral el límite impuesto por el principio de culpabilidad hace que esta peligrosidad pierda importancia. En general, resulta de ello que los antecedentes delictivos del joven, lejos de implicar una mayor culpabilidad, pueden significar una menor culpabilidad, no solo por cuanto pueden reflejar la existencia de una vida de carencias que han implicado menos alternativas a la no comisión del hecho delictivo concreto, sino que además pueden constituir incluso una de las razones de dicha comisión por el carácter estigmatizante que implica el haber sido etiquetado con anterioridad como delincuente juvenil, unido a los efectos criminógenos producto del eventual encarcelamiento sufrido. Por tales motivos, Zaffaroni propone que la reincidencia, en vez de considerarse como una circunstancia agravante que dé lugar a una sanción mayor, como ocurre en general en Latinoamérica, se considere una atenuante que implique una sanción más leve<sup>138</sup>.

En el derecho penal juvenil se afirma con frecuencia que la sanción de internamiento solamente puede decretarse en casos extremos; por ejemplo, cuando se trata de reincidentes de delitos graves<sup>139</sup>. En este sentido, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores indican que se puede imponer la privación de libertad personal "... por la reincidencia en cometer otros delitos graves..."<sup>140</sup>. Sin embargo, lo anterior no debe entenderse en el sentido de que se autoriza la imposición de una sanción penal juvenil por encima de la culpabilidad del joven al momento del

---

<sup>137</sup> Carranza, E. y Maxera, R., "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995, pp. 65-66. Sobre ello véase además: García Méndez, E. y Carranza, E., "El derecho de 'menores' como derecho mayor", en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, 1992, pp. 12-13.

<sup>138</sup> Zaffaroni, R., "Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario", en: ILANUD (editor), *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José, Juricentro, 1992, p. 40

<sup>139</sup> Cf. Maxera, R., "Un modelo...", p 43. Mora Mora, L. P., "Análisis...", p 34.

<sup>140</sup> Regla 17.1 c).

hecho. Ello sería violatorio del principio de culpabilidad y llevaría a una situación propia de la doctrina de la situación irregular<sup>141</sup>.

A pesar de ello, la jurisprudencia de los tribunales de adultos no ha seguido en general ese criterio, ya que en particular ha considerado *per se* las condenatorias anteriores del imputado (adulto) para aumentar la sanción. La Sala Constitucional ha tomado, en lo relativo al derecho penal de adultos, diversas resoluciones contradictorias entre sí. Importante al respecto es el Voto 2374-96 del 17 de mayo de 1996, caracterizado por su falta de claridad; en este se dijo lo siguiente:

"En reiteradas oportunidades esta Sala ha venido manteniendo la tesis de que no resulta violatorio de los derechos constitucionales del acusado, el que se tome en cuenta sus antecedentes penales a la hora de fijar la pena, siempre que se respeten los límites mínimos y máximos establecidos para cada tipo penal por el legislador, abandonando la tesis originalmente sostenida en la sentencia 5746-93, citada en otras dos oportunidades anteriores. A manera de referencia, en la sentencia número 3017-95, sobre el tema consultado se dijo: 'considerada esta Sala, independientemente de los errores materiales que pueda contener esa información en cuanto a la fecha del hecho, que los antecedentes penales no pueden ser tomados en cuenta para determinar la culpabilidad del acusado, pero sí para la fijación de la pena a descontar, siempre que se mantengan dentro de los límites de la pena ordinaria' (en el mismo sentido ver sentencia 1438-92). II. También en la sentencia 88-92 citada se indicó: 'Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos —fin propio del derecho—, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción estatal —pena— no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida fijación de la respuesta pena con base en la peligrosidad del sujeto también encuentra otro

---

<sup>141</sup> Véase la sección 11 del capítulo primero de este libro.

obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto'. III. Por último, en la sentencia 3251-96 se recoge esta tesis al analizar el artículo 60 del Código Penal, para señalar lo siguiente: La correcta utilización de los antecedentes penales del imputado o sentenciado para determinar aspectos de su personalidad a efecto de valorar la concesión de beneficios legalmente establecidos, ya ha sido definida por esta Sala en sus sentencias 0088-92, 3050-93 y 2760-96. Del análisis de esa jurisprudencia se puede concluir que no es posible tomar en cuenta los antecedentes penales de una persona como agravante de la pena, es decir, para imponer un plus de la pena, ya sufrida en irrespeto de los límites establecidos en el tipo penal por el que se le sancionó, pero sí como una función orientadora del juez para establecer la probable conducta futura del encausado (ejemplo: la excarcelación). En consecuencia, conforme a los antecedentes citados, cabe señalar que si quebranta el debido proceso, el tener en cuenta los antecedentes penales para establecer la culpabilidad del acusado, pero no para fijar la pena, siempre que se mantengan dentro de los límites señalados por el legislador en cada tipo penal."

El fallo es confuso. Resulta evidente que fijar una sanción por encima de los máximos autorizados por la ley constituye una violación flagrante del principio de legalidad. Pero limitar la garantía de la no consideración de hechos delictivos anteriores del sujeto a que se determine la pena dentro del límite máximo y mínimo, no implica mayor garantía, sobre todo cuando la diferencia entre el máximo y el mínimo de la sanción es considerable. Ello se refleja aun más dentro del derecho penal juvenil, puesto que solamente se establece el máximo de la sanción —por ejemplo, la autorización de que se imponga el internamiento cuando el hecho, de acuerdo con el derecho penal de mayores, esté sancionado con prisión de más de seis años, sanción



de internamiento que se puede imponer en el derecho penal juvenil con un máximo de 10 ó 15 años, de acuerdo con la edad del joven<sup>142</sup>—, pero no se prevén mínimos.

El criterio correcto en relación con la existencia de otros hechos delictivos del imputado es el del Tribunal de Casación Penal, el cual ha dicho que hechos anteriores o posteriores a la conducta delictiva que no determinen el grado de culpabilidad del sujeto, no pueden ser tomados en consideración para imponer una pena por encima de la que corresponde al sujeto por su culpabilidad al momento del hecho<sup>143</sup>. Por supuesto, que de acuerdo con la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad, consideraciones de prevención general o especial que surjan de hechos anteriores o posteriores a la conducta delictiva, pueden llevar a una disminución de la pena por debajo de la culpabilidad del sujeto. Ello tiene vigencia tanto con respecto a la consideración de hechos delictivos que el imputado haya cometido antes o después del hecho que se juzga, como a la del arrepentimiento o la reparación del daño.

En el artículo 122, inciso f, de la Ley de Justicia Penal Juvenil se señala, entre los aspectos que se considerarán en la fijación de la sanción, "los esfuerzos del menor de edad para reparar los daños". Ello tiene que ver con la conducta del joven posterior al hecho, por lo que no puede determinar, en principio, salvo excepcionalmente por vía indiciaria, el grado de culpabilidad que tenía al momento del hecho.

A la reparación del daño se la ha dado una gran importancia dentro del derecho penal juvenil en cuanto se estima que tiene efectos beneficiosos desde el punto de vista de la prevención especial positiva, además de la función de prevención general positiva

---

<sup>142</sup> Art. 131 LJPJ.

<sup>143</sup> Así en Voto 553-F-97 se dijo: La señora jueza omite la consideración de los aspectos que indica el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, para determinar la sanción aplicable al caso, acudiendo en este proceso a la sanción privativa de libertad, al internamiento en centro especializado, por cinco años sin que haga la fundamentación respectiva sobre la necesidad de tal sanción en el caso en concreto. Pero, además, la supuesta fundamentación que hace la juzgadora, es ilegítima, al ignorar el artículo 39 de la Constitución Política, y los artículos 106, 29 inciso d) de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que en forma expresa establece que la responsabilidad penal se rige por el principio de culpabilidad, de modo que la referencia que hace la juzgadora a una supuesta 'peligrosidad' del menor es inaceptable, como tampoco puede aceptarse, que una posible obstaculización procesal por parte del acusado, (que en este caso no podría derivarse de que no aporte al arma que empleó, pues no está obligado a ello), pueda influir en la sanción a aplicar, puesto que no estaría referida a la culpabilidad en el hecho realizado." Véase además el Voto 781-F-97. Consúltense dichos fallos en el anexo 2 de este libro.

que desempeña<sup>144</sup>. Sin embargo, la reparación del daño solamente debería servir para que se fije una sanción inferior a la culpabilidad del joven al momento del hecho, pero no podría llevar, en caso de ausencia, a un aumento de la sanción por encima de dicha culpabilidad. Pese a lo anterior, tal no ha sido el criterio seguido por la jurisprudencia de adultos en la consideración del arrepentimiento del imputado: aquella, al aumentar la pena por la falta de este, ha llevado a una violación del principio de culpabilidad; a ello se une el que, tanto tribunales de mayores como juveniles, han sancionado el ejercicio de derechos procesales —como la abstención de declarar o el rechazo de los cargos— con un aumento de la sanción por imponer, debido a la falta de arrepentimiento.

La Sala Constitucional no ha contribuido a traer claridad al respecto. Así, en el Voto 5505-97 del 2 de setiembre de 1997 dijo:

“...el arrepentimiento es una circunstancia que, de conformidad con el artículo 60 del Código Penal, el juzgador valora una vez que se ha producido la sentencia condenatoria, por lo que no quebranta la garantía constitucional establecida en el artículo 36 constitucional. En tal caso, al sentenciado no se le ha obligado a declarar contra sí mismo por valorarse el arrepentimiento que ha mostrado, pues ya ha sido condenado y esta situación no vendría a modificarse. Ahora bien, lo mismo sucede cuando un juzgador, con base en lo establecido en el artículo 71 del Código Penal, especialmente su inciso f), fija el quántum de la pena tomando en cuenta el arrepentimiento mostrado por el sentenciado. La consideración del arrepentimiento mostrado, se da cuando el Tribunal sentenciador ya tiene por demostrada la participación del imputado en los hechos investigados, y determinada su responsabilidad penal, por lo que es parte de esas circunstancias personales que los juzgadores, de conformidad con el precitado artículo 71, deben necesariamente tomar en cuenta para fijar la pena, y decidir, por ejemplo, si deben o no aplicar el extremo menor. De ahí, que no haya quebranto de los derechos que le asisten a los imputados a no declarar contra si mismos, y de defensa, respectivamente garantizados en los artículos 36 y 39 constitucionales. En consecuencia no hay violación al debido proceso si en la adecuación de la pena

---

<sup>144</sup> Véase la sección 7 del capítulo primero de este libro.

los juzgadores toman en consideración, como parte de la motivación del cuántum a imponer, la circunstancia de si el sentenciado mostró o no arrepentimiento."

Un criterio similar había sostenido la Sala Constitucional en votos 3624-96 del 16 de julio de 1996 y 3251-96 del 2 de julio de 1996, referidos ambos a la no concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional en el derecho penal de adultos.

Es claro que la distinción que hace la Sala entre la declaratoria de culpabilidad del imputado y la fijación de la pena o la concesión de la condena de ejecución condicional en el derecho penal de adultos resulta insostenible. El derecho a abstenerse de declarar no se violenta solamente cuando se parte de él para estimar que el imputado es culpable, sino también cuando con ello se llega a aumentar la pena o a denegar el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Sin embargo, los equívocos a los que puede llevar la jurisprudencia citada en lo relativo al derecho a abstenerse de declarar, han sido corregidos tanto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como por el Tribunal de Casación Penal. Por ejemplo, la primera, en Voto 99-F-97 del 7 de febrero de 1997, referido al derecho penal de adultos, dijo lo siguiente:

"Es necesario reiterar que la ausencia de arrepentimiento del imputado, si bien es cierto puede ser utilizada para negar la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional, conforme el artículo 59 del Código Penal, tal circunstancia no puede hacerse derivar del derecho al silencio que tiene el acusado, ni de su derecho de defensa en juicio, pues ello si atentaría contra el artículo 36 de la Constitución Política. La existencia o ausencia de arrepentimiento debe establecerse mediante elementos probatorios válidamente introducidos al proceso, o puede deducirse de acciones positivas y expresas del encartado, pero no del derecho de abstención constitucional (...) Deben considerarse dos situaciones posibles: en la primera, el imputado se abstiene de declarar; en la otra, hace uso de su derecho de declarar, manifestando una versión en su defensa que es desvirtuada por otras probanzas a las cuales concede crédito el juzgador, conforme a las reglas de la sana crítica racional. En ambos casos resulta ilegítimo considerar que la actitud del imputado implica una ausencia de arrepentimiento de

su parte, esto es absurdo, porque ambas hipótesis se sustentan en el derecho de defensa del imputado..."

El Tribunal de Casación Penal en numerosos fallos ha sostenido el mismo criterio que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: En materia penal juvenil esta posición la sostuvo en Voto 781-F-97, que se refirió a la prohibición de considerar el abstenerse de declarar y la falta de arrepentimiento para la imposición de una sanción mayor (en el caso concreto de internamiento en un centro especializado).

## **9. CRITERIOS PREVENTIVOS EN LA FIJACIÓN DE UNA SANCIÓN INFERIOR A LA CULPABILIDAD**

Con respecto a los criterios para fijar la sanción penal juvenil, es importante acudir a la regulación sobre los supuestos en que es procedente la sanción de internamiento en centro especializado, de la cual es posible extraer criterios que pueden ser aplicados a las otras sanciones. Lo anterior se debe a que, como se dijo con anterioridad, solamente en lo relativo a la sanción de internamiento en centro especializado es que la Ley de Justicia Penal Juvenil señala reglas de los supuestos en que procede.

El artículo 131 de dicha Ley<sup>145</sup> enfatiza en el carácter excepcional de esta sanción, estableciendo que únicamente se puede imponer cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el derecho penal de adultos con prisión de más de seis años, o bien cuando se hayan incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores establecen la posibilidad de privar de libertad al menor, pero solamente en asuntos de gravedad. Así dice en su artículo 17.1. c): "Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el

---

<sup>145</sup> Artículo 131 LJPJ: "Internamiento en centro especializado. La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas."

que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada".

Sin embargo, es importante anotar que la sanción de internamiento no es obligatoria aun en esos casos: el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil prevé que se disponga el internamiento como posibilidad ("puede"), en tanto que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre la Administración de la Justicia de Menores indican, en el numeral 17.1. citado, que la sanción privativa de libertad se dispondrá "...siempre que no haya otra respuesta adecuada", y en la regla 19 señalan que "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible". El que la sanción de internamiento no sea obligatoria en los casos en que se la autoriza, ha sido la interpretación dada por el Tribunal de Casación Penal, a la que ya antes nos referimos al citar los votos 591-F-97 y 781-F-97.

Es discutible con base en qué criterios puede decidirse el juzgador por una sanción de internamiento o por una de las otras sanciones mencionadas.

Debe considerarse que el primer criterio consiste en el grado de culpabilidad del joven; este señala el límite máximo que puede llegar a tener la sanción. Sin embargo, según la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad, puede imponerse, con base en criterios preventivos, una sanción inferior a la culpabilidad.

En ese sentido, no hay claridad respecto a qué criterios preventivos pueden llegar a ser considerados; por ejemplo, si se aplica la prevención especial positiva y negativa, o la prevención general positiva y negativa<sup>146</sup>. (En el derecho penal de adultos predominaron, durante la década de los cincuenta y sesenta, las teorías de prevención especial positiva, mientras que actualmente el énfasis se da a la teoría de la prevención general positiva.)

En lo relativo al derecho penal juvenil debe destacarse que el principio educativo tiene gran importancia en la fijación de la sanción. Así, el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil indica que "Las sanciones (...) deberán tener una finalidad

---

<sup>146</sup> Véase, en el capítulo cuarto, la Ley de Justicia Penal Juvenil en el marco de la prevención especial.

primordialmente educativa..."<sup>147</sup>. Por tal motivo, se trata de que la sanción privativa de libertad se imponga solo en casos absolutamente excepcionales y se favorece la imposición de sanciones socioeducativas, así como órdenes de orientación y supervisión. Se une a ello una preocupación porque, cuando se imponga una sanción privativa de libertad, su ejecución trate de compensar las deficiencias educativas que tenga el menor y los efectos criminógenos de dicho tipo de sanción.

La mención del carácter educativo de las sanciones en el derecho penal juvenil tiene su paralelo en el derecho penal de adultos, al referirse al carácter rehabilitador que debe tener la pena privativa de libertad. Ello se indica, por ejemplo, en el artículo 51 del Código Penal de 1970 en lo relativo a la ejecución de dicha pena. Igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 dice, en su artículo 10, fracción 3, que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados", mientras la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de diciembre de 1969 señala, en su artículo 5, fracción 6, que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

En el derecho penal de adultos han abundado las críticas a la obligatoriedad del tratamiento al considerarlo como totalitario, y ha habido escepticismo sobre la posibilidad de lograr la rehabilitación a través del tratamiento<sup>148</sup>; debe recordarse, al respecto, la expresión *nothing works*, formulada por Martinson en 1974<sup>149</sup> y que se constituyó en el aspecto central del auge del neoclasicismo penal. Es claro, sin embargo, que como consecuencia del principio de estado social, el estado se halla en la

---

<sup>147</sup> El artículo 14 del Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en Costa Rica (versión de setiembre de 1997) dispone lo siguiente: "La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones necesarias que permitan a la persona menor de edad, sometida a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y el sentido de su responsabilidad. Debe brindar los instrumentos necesarios para la convivencia social, de manera que la persona menor de edad pueda llevar una vida futura exenta de conflictos de índole penal." (En: Maxera, R. y Tiffer Sotomayor, C., *op. cit.*, p. 439.)

<sup>148</sup> Véase por ejemplo: Ferrajoli, L., *op. cit.*, pp. 264-274.

<sup>149</sup> El trabajo de Martinson, aparecido en 1974, tenía por nombre "What works? Questions and answers about prison reform". Este trabajo contiene la siguiente frase: "*with few isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism*". Cf. Roxin, C., *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992, p. 20.

obligación de mitigar las consecuencias criminógenas del encarcelamiento<sup>150</sup> y de ofrecer la oportunidad de acceso a la educación general y profesional, así como a servicios sanitarios y psicológicos, a aquellos privados de libertad que así lo solicitasen, de modo que se compensen situaciones de carencia y privación que tuvieran los reclusos antes de ingresar a la cárcel<sup>151</sup>. No obstante, debe admitirse que todo ello es mera teoría en relación con los presos adultos en el nivel costarricense, donde la prisión llega a cumplir solamente funciones de custodia de presos, que están ociosos y abandonados en forma hacinada en condiciones infrahumanas, a la espera del cumplimiento de la condena<sup>152</sup>.

Con respecto al derecho penal juvenil, es importante mencionar que las críticas al carácter educativo de las sanciones son mucho menos fuertes en la doctrina que en relación con el derecho penal de adultos. Lo anterior se halla motivado por el carácter

---

<sup>150</sup> Dice Zaffaroni: "La opción entre el discurso del tratamiento resocializador y el modelo de cárcel retributiva, esto es de mera seguridad y militarizada al estilo fortaleza, es palmariamente falsa. Esos términos, que los recientes movimientos reaccionarios y reprivatizantes, generalmente con discursos que en el fondo postulan la violencia y justifican la violación de los más elementales principios de la dignidad humana, pretenden presentar como únicos, en modo alguno agotan los modelos posibles, porque sería absurdo pretender que, ya que la cárcel no resocializa sino que deteriora, el único camino que resta es la profundización del efecto deteriorante y reproductor mediante el fortalecimiento del modelo de mera seguridad. No es posible prescindir de la ingestión de sal, pero parece que la sal produce efectos negativos para la circulación; nadie supone que la solución sea consumir más sal." Zaffaroni, R., "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", en: Beloff, Mary A. y otros (editores), *Cuadernos sobre la cárcel*, Buenos Aires, 1991, p. 50. Sobre ello: Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 87-119.

<sup>151</sup> En este sentido dice Alessandro Baratta: "Una reintegración social del condenado significa, ante todo, corregir las condiciones de exclusión de la sociedad que sufren los grupos sociales de los que proviene, de tal forma que la vida post-penitenciaria, no signifique simplemente, como sucede casi siempre, el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia para, desde allí, regresar una vez más a la cárcel." (Baratta, A., "Cárcel y estado social", en: Olivas, E. (editor), *Problemas de legitimación del estado social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 141.

<sup>152</sup> Indican Henry Issa y María Gerarda Arias: "Nuestro estado ha optado por la prisión; sin embargo, no ha tomado las previsiones necesarias para que su cumplimiento sea acorde con la idea de la humanización de las penas, propia de un régimen republicano: la sobrepoblación, la falta de reinserción del delincuente en la sociedad, la poca posibilidad de capacitación y de ocupación laboral, son tónica de un sistema que se encuentra al borde del colapso, con la consiguiente violación de los derechos fundamentales de las personas condenadas a prisión." (Issa, H. y Arias, M. G., *Derechos humanos en el sistema penal*, San José, EUNED, 1996, p. 111.)

de sujetos en formación que presentan los jóvenes<sup>153</sup>: se parte de la consideración de que la personalidad se forma, decisivamente, en las etapas de la infancia y la adolescencia, por lo que existe necesidad de influir positivamente en su desarrollo. Se agrega a ello que el moderno derecho penal juvenil descansa, en general, en el criterio de que la capacidad de culpabilidad de los seres humanos es el resultado de un largo proceso de socialización y desarrollo<sup>154</sup>; por tal razón, el ordenamiento no le otorga el mismo significado al comportamiento disvalioso de los jóvenes que el que corresponde al mismo comportamiento de los adultos<sup>155</sup>. Sobre todo ello es importante citar lo que indica Hans Welzel:

"A causa de la especial situación física, síquica y social de la época de la pubertad, el menor no puede ser juzgado, en lo referente al Derecho Penal con el mismo criterio que el adulto. La época de la pubertad es una época de transformación y de reestructuración de la personalidad y, al mismo tiempo, de integración externa e interna del menor en la comunidad. Se rompe el estado de equilibrio físico y psíquico de la niñez, la personalidad se independiza, y madura para sus funciones biológicas y sociales en la vida. El menor abandona las vinculaciones infantiles para con los padres, educadores y amistades del niño y se dispone a alcanzar la madurez para vinculaciones permanentes, en su profesión, matrimonio y comunidad política. El tiempo de la pubertad se caracteriza anímicamente por: alta labilidad del estado anímico, el despertar de la conciencia (reflexionada) del yo, impulso de independencia y afirmación del propio valer, el ansia de vivencias y la irreflexión en las acciones, irrupción del instinto sexual. El menor independizado internamente, permanece socialmente dependiente en alto grado de la casa paterna, del lugar de aprendizaje, de la escuela. La personalidad

---

<sup>153</sup> Sobre el principio educativo en la ejecución de las sanciones penales juveniles: Garrido Genovés, V. y Montoro González, L. (editores), *La reeducación del delincuente juvenil* valencia, Tirant lo blanch, 1992.

<sup>154</sup> Cf. Kaiser, G., "Jugendstrafrecht", en: Kaiser y otros (editores), *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, p. 199.

<sup>155</sup> Cf. Kaiser, G., "Jugendstrafrech", p. 199. De acuerdo con ello, se entiende por derecho penal juvenil la suma de las reglamentaciones de derecho que regulan la reacción jurídica a los hechos delictuosos de los menores considerando las particularidades de su estado de desarrollo y apartándose de las reglas generales del derecho penal, procesal penal y organizativo de los tribunales.



realmente independiente está todavía en formación, la integración interior de la vida social todavía en realización. Como la voluntad del joven (al contrario de la del niño), por regla general, ya está configurada y consolidada hasta el punto que puede conocer el valor o desvalor social de sus acciones y puede guiarse por ellos, debe responder, por principio, de sus hechos punibles ante la comunidad. Sin embargo, el contenido de la culpabilidad de su hecho es menor que el de un adulto, debido a la situación especial, social y anímica, de la pubertad. Por lo demás, el menor todavía necesita de educación y está apto para ella. Por eso, las consecuencias jurídicas del hecho penal de un menor deben ser determinadas en alto grado por la idea de la educación y su elección ser adaptada a su personalidad."<sup>156</sup>

Debe mencionarse que en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil se enfatiza en el carácter educativo de la sanción penal juvenil y el antecedente de este en el fin rehabilitador que se le ha asignado a la pena privativa de libertad en el derecho penal de adultos. Así se dijo:

"Esta orientación pedagógica, no es propia del derecho de menores de edad, muy por el contrario, nos ha sido heredada del derecho penal de adultos, con la gran diferencia de que en el derecho de menores de edad ha sido reforzada. Lo anterior debido a que el joven o adolescente se encuentra en una edad muy conveniente para su aprendizaje, de hecho, durante esta etapa de su vida adquiere una gran cantidad de conocimientos, por lo que resulta lógico la idea de tratar de corregir su conducta desviada."<sup>157</sup>

Precisamente esa idea educativa motiva la existencia del derecho penal juvenil. A pesar de ello, debe reconocerse que dentro de este derecho no han faltado críticas al principio educativo<sup>158</sup>. Sin embargo, como lo indica Kaiser, si se rechazara el principio educativo del derecho penal juvenil, este perdería su nota característica, lo que

---

<sup>156</sup> Welzel, H., *Derecho penal alemán*, pp. 370-371.

<sup>157</sup> Cf. Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 153.

<sup>158</sup> Sobre las discusiones: Kaiser, G., "Strafen statt Erziehen?", en: *ZRP* (Alemania), nº 11, 1997, pp. 451-458.

solamente podría llevar a la identificación con el derecho penal de adultos, con la clara consecuencia de la derogatoria del derecho penal juvenil<sup>159</sup>.

Se discute sobre si, en lo relativo a la fijación de una sanción inferior a la culpabilidad del joven, solamente se pueden tomar en cuenta criterios de prevención especial positiva, o bien pueden considerarse además otros de prevención especial negativa, o de prevención general positiva o negativa. Al respecto es importante mencionar que el Tribunal de Casación Penal, al asumir la teoría de la prohibición del rebasamiento de la culpabilidad en Sentencia n<sup>o</sup> 781-F-97 del 1 de octubre de 1997, citó solamente los criterios educativos para la fijación de una sanción inferior a la culpabilidad. En dicha resolución se dijo lo siguiente:

"...en la imposición de sanciones en el Derecho Penal Juvenil no solamente debe atenderse a la pena adecuada a la culpabilidad del menor, conforme al Art. 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, puesto que se puede imponer una pena inferior a la que correspondería a la culpabilidad del menor tomando en cuenta la finalidad primordialmente educativa que deben tener las sanciones (Art. 123 de la Ley Penal Juvenil)."<sup>160</sup>

A la importancia del principio educativo en la fijación de la pena se refirió la Sentencia 240-F-98 del Tribunal de Casación Penal (asunto por tentativa de estafa). En el recurso del Ministerio Público se alegaba falta de fundamentación al fijar la sanción, debido a la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad ya que, por la gravedad de los hechos, debía haberse impuesto al joven una sanción de cuatro años de internamiento. El Tribunal de Casación indicó que, según los criterios de intervención mínima, racionalidad y proporcionalidad,

"El objetivo fundamental es el fijar y fomentar acciones sociales necesarias que le permitan al joven o adolescente su permanente desarrollo personal y la reinserción a su familia y a la sociedad, lo cual a su vez implica, al menos en

---

<sup>159</sup> Cf. Kaiser, G., "Strafen...", p. 455. Acerca del pensamiento educativo como el que ha llevado progresivamente a las particularidades del derecho penal juvenil: Baumann y Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985, p. 741.

<sup>160</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro.

parte, su reeducación y resocialización. En el presente caso puede decirse que la fundamentación en cuanto a la pena es escueta, pero no por ello nula, pues el a quo analizó las circunstancias que rodearon el hecho delictuoso, a efecto de imponer en el considerando respectivo, la sanción que estimó correspondía aplicar, señalando: '...para los efectos de la sanción, tomándose en cuenta que a la fecha el acusado es mayor de dieciocho años, no se causa perjuicio en el patrimonio del quejoso, y que aún y siendo mayor de dieciocho años cuenta con el recurso familiar y a la fecha se encuentra laborando, se le declara autor responsable (...),y como tal se le impone la sanción prevista en el numeral 124 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (...) Amonestación y advertencia.'<sup>161</sup>

Otro fallo importante es el Voto 591-F-97 de Casación Penal, en relación con un joven acusado de varios delitos de robo en concurso material. En el fallo se mencionó una menor reprochabilidad del joven por los problemas que tuvo luego de la detención de su padre, unido a las posibilidades de rehabilitación a través de otras sanciones, relacionadas con la drogadicción de que padece. Así, se indicó lo siguiente:

"Reclama la recurrente, en su condición de representante del Ministerio Público, fundamentación contradictoria del fallo dictado, por cuanto, no obstante haberse solicitado que al menor encartado se le impusiera una pena de doce años de prisión, y a pesar de la gravedad de los hechos acreditados, pues la juzgadora tuvo por demostrado que el menor acusado utilizó arma blanca para cometer los delitos de Robo agravado, intimidando y amenazando a sus víctimas para de esa forma asegurarse el resultado de su ilícito actuar, evidenciando un total menosprecio por los bienes ajenos, la vida y la integridad física de las personas, con una conducta proclive al delito, que no ha dado muestras de corregir su conducta y su actividad delincuencia! es continua; contradictoriamente le impone la sanción de libertad asistida por el término de dos años, encargando a Hogares Crea el tratamiento sobre su adicción, así como la obligación de matricular cursos impartidos por el INA. El motivo no se acepta. Conforme a la vigente legislación penal sobre menores, su protección integral y la posibilidad de reinserción familiar

---

<sup>161</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro.

y social, constituyen algunos de sus principios rectores. Así, en la sentencia recurrida no se advierte el vicio alegado por la impugnante, pues si bien es cierto la juzgadora estimó todas las circunstancias anotadas por la recurrente; dentro de la integralidad del fallo se aprecia también cómo la jueza, al fundamentar la aplicación del tipo de sanción impuesta, tomó en consideración la vida del menor antes de la conducta punible y sus circunstancias personales, familiares y sociales, estimando que '...el ambiente familiar y el entorno de interrelación en que se ha desarrollado, han sido determinantes para edificar en el caso en estudio un ser humano carente de oportunidades y afectos...' (...) sin que se deban pasar por alto los antecedentes estigmatizantes que rodean a un adolescente que se encuentra frente a un proceso penal, reflejándose en el Informe social sobre el menor acusado, un estado de abandono familiar ostensible, que si bien no justifica la conducta delictiva desplegada, si es un factor determinante en la actitud asumida por el joven ante la vida (...) Toma en cuenta la juzgadora que en los dos primeros años de escuela, el menor encartado fue un buen estudiante, cambiando su conducta cuando su padre fue a prisión acusado por un delito sexual en perjuicio de una de sus hijas, hermana del imputado, lo que lo conmocionó, hasta convertirlo en una persona agresiva e inadaptada, incursionando en la drogadicción, problemática de grandes dimensiones que sólo con una voluntad férrea de su parte y la ayuda institucional logrará salir (...) Estas circunstancias, examinadas desde una perspectiva global, conceptualizada la sentencia como una unidad lógico-jurídica, permiten apreciar el iter lógico seguido por aquella en la determinación de la pena a imponer, dentro de un planteamiento coherente e inspirado en los más altos principios, no solamente de protección a la sociedad, afrentada por la conducta delictiva desplegada por el menor y que merece sanción; sino también en protección del mismo encartado, en aras de procurar su recuperación social y humana; sin que pueda obviarse la influencia negativa que un establecimiento penitenciario ejercerá sobre los menores internados, máxime en un período tan prolongado como el que solicita la representación del Ministerio Público, y referido a personas que por encontrarse en un proceso de desarrollo y

formación, resultan con una mayor vulnerabilidad a este tipo de influencias. En consecuencia, el motivo alegado debe declararse sin lugar."<sup>162</sup>

La Sala Constitucional, en el Voto 2908-97 del 27 de mayo de 1997, enfatizó también en el principio educativo en la fijación de las sanciones penales juveniles. Señaló que la gravedad del hecho no es determinante en la fijación de la sanción en el derecho penal juvenil, sino que para ello primordialmente deben considerarse las condiciones personales del joven y el carácter rehabilitador que han de tener las sanciones en tal derecho. Debe advertirse que el gran énfasis dado en dicha resolución a la fijación de la sanción de acuerdo con las características del menor, incluso hace que la mención del principio de culpabilidad no aparezca salvo en lo relativo a la cita del artículo 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil y que no se indique ningún otro fin de la sanción diferente del educativo. Así se dice en la resolución mencionada:

"VI En el caso de la justicia penal ordinaria, independientemente de las discusiones sobre el carácter retributivo o resocializador de la pena es claro que su imposición depende esencialmente de los márgenes de cada tipo penal y de la apreciación de las circunstancias previstas en el artículo 71 del Código de esa materia. En cambio, en el caso de los menores de edad, la determinación de la sanción imponible tiene un carácter diferente, cuyo principal antecedente objetivo será la verificación de la comisión o participación del menor de edad en un hecho punible. No se desprende de modo alguno de los artículos 122 y 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil que la gravedad del hecho cometido o cualquier elemento relacionado directamente con el delito sea determinante para fijar la clase o el monto de la sanción. Por el contrario, el artículo 133 de la Ley en estudio señala:

'La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan al menor de edad, sometido a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades.'

---

<sup>162</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro.

Asimismo en el artículo 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil —anteriormente transcrito— se señalan como parámetros para la fijación de la pena el grado de culpabilidad, los criterios de proporcionalidad y racionalidad (inciso d) y la búsqueda de una formación integral y la reinserción del menor en su familia o grupo de referencia (inciso h). Por otra parte, los límites fijados para privar de libertad a las personas son muchísimo más rigurosos. En el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil se estipula que la sanción de internamiento tiene carácter excepcional y sólo puede ser aplicada cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales con pena de prisión superior a los seis años o cuando el menor haya incumplido injustificadamente los términos acordados en alguna otra sanción. Se da al Juez, además, la opción de sustituir esta pena por una menos drástica y se le obliga, para su adopción, a contar con estudios clínicos y psicosociales del encartado (artículos 93 y 94 ídem). Esta interacción del juzgador con elementos extrajurídicos, así como un contacto más directo no sólo con las partes, sino con la realidad del menor, que repercute en la determinación de la sanción imponible, le dan definitivamente un carácter totalmente distinto al del método de fijación de penas ordinario.

VII.- En este sentido" —continúa diciendo la Sala— "durante la tramitación del proyecto de ley, ya en la discusión en quien participó en la comisión especial de reformas penales plenario, el Diputado Carlos Manuel Fernández Alvarado, que estudió la propuesta, expresó sobre el régimen sancionatorio:

'Otro de los puntos que ha existido en discordia (sic) por algunos compañeros, ha sido la pena. Es importante señalar que la medida de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional, con una aplicación limitada y no es la única sanción existente. También existen las que se llaman sanciones socioeducativas, amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación de los daños a la víctima, y las denominadas órdenes de orientación y supervisión, como radicar en un lugar diferente, abandonar el trato con ciertas personas, abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y enervantes, o sea, que hay que evitar la idea de que solamente se van a aplicar medidas de internamiento, siendo la medida de internamiento algo excepcional.

Ahora, las sanciones privativas de libertad, entre las que se encuentran el internamiento domiciliario, internamiento durante el tiempo libre y el internamiento en centro especializado, acreditan que esta ley no busque específicamente la reclusión en un centro penitenciario, si no la resocialización del menor.

El espíritu de la ley no es la reclusión del menor en un centro penitenciario juvenil, sino que busca la resocialización, pero también permite que a una infracción menor se imponga una medida baja, y a una mayor, una penalidad que el juez puede establecer mediante la proporcionalidad, la racionalidad y la idoneidad de la sanción.

Se estipula claramente que las sanciones tienen una finalidad primordialmente educativa y se deben aplicar cuando corresponda, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas requeridos, pero además, en forma expresa se señala que las sanciones pueden ser ordenadas en forma provisional o definitiva y pueden ser suspendidas, revocadas o sustituidas por otras más beneficiosas.

Se le da la posibilidad al juez, de aplicar una sanción hasta de quince años, como medida excepcional, en los particulares casos en que pueda corresponder y no implica la imposición automática de ese monto para cualquier sanción.

La duración de la pena es una decisión de orden político y somos conscientes de que no es con penas prolongadas que los hechos delictivos van a descender, sino que lo que se busca es un péndulo para que el juez lo aplique, respetando todas las garantías jurisdiccionales. Asimismo, la excepción en la pena prolongada y las reglas, las medidas de readaptación y corrección del menor infractor.' (acta de la sesión plenaria n<sup>o</sup>120 del 1<sup>o</sup> de febrero de 1996 a folios 534 y 535 del Tomo II del expediente legislativo n<sup>o</sup> 12.474).

De este modo —dice la Sala— no resulta válido establecer una comparación entre ambos órdenes en un tema en que el común denominador debe ser la pena. Nótese que, si bien es cierto, la Ley de Justicia Penal Juvenil efectivamente pretende dar un tratamiento totalmente distinto al otorgado hasta 1996 a los menores de edad a quienes se les imputa la comisión de ilícitos, acercándolos al campo procesal penal ordinario, —sobre todo, en lo atinente a garantías

procesales (ver la sentencia número 3397-96 de las 11:51 horas del 5 de julio de 1996)— lo cierto es que la misma Ley propugna por esa asimilación en el tanto resulte compatible con los principios y objetivos rectores de la normativa (véanse los artículos 7, 8 y 44) y, por ejemplo, la aplicación supletoria de los artículos 22 y 32 inciso a) de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, tendría que hacerse de manera totalmente distorsionada en un orden en que los delitos penados con más de tres años de prisión, ni siquiera son susceptibles de generar esa sanción (...) El criterio general de la gravedad del delito es tan sólo uno de los puntos —no determinante— a tomar en cuenta por el juzgador a la hora de decidir el tipo y monto de la pena, sólo puede concluirse que el tratamiento diferente en los dos campos se debe a una concepción totalmente distinta de la sanción penal, resultando imposible su equiparación..."

Sin embargo, ante la ausencia de mención de otros fines de la sanción del derecho penal juvenil diferentes del educativo, que se nota tanto en las sentencias nº 591-F-97, 781-F-97 y 240-F-98 del Tribunal de Casación Penal, como en la nº 2908-97 de la Sala Constitucional, arriba transcritas, debe anotarse que si se analiza el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, este no es incompatible con otros fines, puesto que la finalidad educativa es primordial en las sanciones, lo que no excluye que estas posean tengan también otras finalidades<sup>163</sup>.

En relación con otros fines de la sanción del derecho penal juvenil diferentes de la prevención especial positiva, debe recordarse la polémica exposición que hiciera Luis Paulino Mora Mora, presidente de la Sala Constitucional, el 23 de mayo de 1997 durante un Seminario sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil. Él señaló lo siguiente:

---

<sup>163</sup> Sobre ello dice Douglas Durán Chavarría: "como puede verse, la finalidad de la sanción privativa de libertad será, tal y como lo dice la ley, *primordialmente* educativa, y enfatizamos primordialmente, pues, en punto a la finalidad de la sanción, este giro parece ser claro en el sentido de que hay otras finalidades, que, dada la orientación filosófica del nuevo ordenamiento penal juvenil costarricense, serían más de orden punitivo y expiatorio, en vista de que se busca ahora responsabilizar al menor por sus actos...". Durán Chavarría, D., "Algunas reflexiones sobre la ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", con base en la ponencia al Seminario sobre la Aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, realizado en La Catalina, Heredia, el 30 de mayo de 1998 (inédito).



"Lo que quiero resaltar es un aspecto que me preocupa mucho, desde un punto de vista constitucional y de orden social, especialmente por lo que ha venido pasando en muchos países, y es el hecho de que un garantismo excesivo, sin proponérselo, muchas veces genera el problema contrario a lo que pretende evitar. En El Salvador, la Ley de Emergencia obedeció un poco a esa sensación de impunidad, falsa o no, que sentía la población. En otros países de América Latina, la población ni siquiera se molesta en procurar un cambio en la legislación, sino que empieza a resolver los conflictos con sistemas paralelos al de administración de justicia, que culminan en matanzas de niños y niñas, que sólo por vivir en un determinado barrio, o vestir de una determinada manera, terminan en los caños de las calles con un balazo en la cabeza (...) Ayer pude enterarme por la prensa— de un grupo de personas de Patarrá de Desamparados, ante la ineficiencia de los sistemas formales de represión se organizó y logró detener a tres mozalbetes que se metieron a una casa de habitación —en el barrio ya varias viviendas habían sido violentadas y robadas en días anteriores—; dos de ellos se dieron a la fuga, pero el tercero fue amarrado a un poste del fluido eléctrico, golpeado, le cortaron el pelo y luego lo pintaron con pintura amarilla; de seguido informaron a la policía que se presentó horas más tarde y se encargó de las diligencias correspondientes, pero esa población manifestó que no quería tener nada que ver con nuestro sistema de justicia penal juvenil (...) Este tipo de situaciones, aunada a un garantismo excesivo y con esto me refiero a un desbalance en el sistema, por aplicación de criterios distintos a los que prevé la Constitución y la ley, puede llevarnos a la creación de sistemas paralelos de justicia como los que ya existen en otros países vecinos. En estos casos los niños y las niñas, ni siquiera tendrían derecho a una oportunidad en la vida, ni a un debido proceso simplemente tendrían marcado su destino por su sola condición (...) No hay que confundir esta materia, en la que todos estamos de acuerdo, con la necesidad de que exista también responsabilidad y equilibrio social. Ser sujeto de derechos implica también como contraparte el deber de ser responsable aún cuando sea con un enfoque diferente. Hay que recordar que la Constitución Política establece un balance entre nosotros los ciudadanos con respecto al poder,

pero también en cuanto a la forma en que nos vamos a relacionar unos con otros cuando de nuestros derechos y obligaciones se trata. A mi juicio, condenar a un inocente es gravísimo, pero grave también es, especialmente para el equilibrio social, dejar en libertad a un culpable, especialmente cuando existe una víctima de por medio, porque desde el punto de vista humano y constitucional, también la víctima es una persona que merece atención y protección por parte del sistema de justicia (...) Cuando me encuentro con cifras altas en desestimaciones y tan bajas en cuanto a internación, pese a que en este último caso, las cifras demuestran también la existencia de delitos serios, no sólo por su categoría sino por el grado de violencia empleado en su comisión, muchas veces, por reincidentes que están en libertad, me preocupo que nos hayamos pasado de un extremo a otro de la balanza y que ello repercuta en la confianza que la población tiene en la ley y en la justicia, como mecanismo civilizado de resolver los conflictos."<sup>164</sup>

Lo dicho por Luis Paulino Mora fue apoyado, en el mismo Seminario, por Gilbert Armijo, presidente del Tribunal Superior Penal Juvenil, ello en cuanto al peligro de que se genere una justicia por propia mano. Al respecto, Armijo expresó que: "En tanto los operadores judiciales utilicen disfuncionalmente los fines del proceso, la sociedad tenderá a encontrar sus propias opciones de solución a la 'delincuencia de menores'. América Latina está llena de ejemplos."<sup>165</sup>

Por supuesto que la afirmación de Luis Paulino Mora sobre el exceso de garantismo es criticable: no puede sostenerse siquiera que la aplicación de soluciones al conflicto alternativas o de sanciones no privativas de libertad implica un exceso de garantismo, puesto que en ocasiones significa más bien lo contrario, o sea, una

---

<sup>164</sup> Mora Mora, L. R, "Análisis...", pp. 32-34. Acerca de que con la abolición del derecho penal podría resurgir la justicia privada, siendo con ello no la finalización de la persecución, condena y sanción, sino el final de su formalización: Hassemmer, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munich, Beck, 1990, p. 332. Ello se relaciona con la posición de Luigi Ferrajoli, para quien el derecho penal únicamente se justifica en cuanto tenga un carácter garantista para el delincuente, o sea, que lo proteja frente a los desmanes que pueda provocar la venganza privada. Ferrajoli, L., "Derecho penal mínimo", en: *Poder y control* (España), nº 0, 1986, pp. 25-48. La posición de Ferrajoli se relaciona con la prevención general positiva integradora. Cf. Llobet, J., *Proceso...*, p. 286.

<sup>165</sup> Armijo Sancho, G., "¿A dónde vas, Ley de Justicia Penal Juvenil?", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller...*, p. 95.

extensión de las redes del sistema penal sin cumplimiento de las garantías del estado de derecho<sup>166</sup>. Sin embargo, lo importante es que tanto Luis Paulino Mora como Gilbert Armijo acuden a un criterio de prevención positiva integradora<sup>167</sup> en lo relativo a la fijación de la sanción penal juvenil y no solamente a criterios de prevención especial positiva; con ello se llega a la conclusión de que, tal y como lo dice expresamente el primero de ellos, en caso de delitos de gravedad puede exigirse la imposición de una sanción de internamiento.

El propio Tribunal de Casación Penal en algunas resoluciones, aunque no con gran claridad, le ha dado importancia a la defensa de la Sociedad en asuntos de gran gravedad. Por ejemplo, en Voto 550-F-98, para anular por falta de fundamentación la imposición de una sanción de libertad asistida a dos jóvenes condenados por los delitos de violación agravada, robo simple con violencia sobre las personas y privación de libertad, dijo lo siguiente:

"La lectura del fallo impugnado permite determinar que el juzgador, luego de establecer la existencia de los hechos, la participación de los menores acusados, así como la respectiva calificación jurídica, pasó de inmediato a imponerles las sanciones previstas en los artículos 125 y 128 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en relación con el artículo 121 incisos a) y b) de esa misma normativa, es decir, la medida de Libertad Asistida y las consecuentes órdenes de orientación y supervisión. Sin embargo, es evidente que, como lo alega la representante del Ministerio Público, el a quo omitió señalar las razones por las cuales consideró apropiado imponer ese tipo de sanciones. Nótese que en la sentencia de mérito no se examina ninguno de los parámetros establecidos por el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil para la determinación de las sanciones aplicables. En consecuencia, al no poderse conocer los motivos específicos por los cuales fueron impuestas las medidas sancionatorias a que se ha hecho referencia, resulta

---

<sup>166</sup> Sobre ello: Llobet Rodríguez, J, "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 155-162.

<sup>167</sup> La prevención integradora supone el efecto de satisfacción que se produce cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción, sobre el quebrantamiento la ley, y considerado solucionado el conflicto con el autor. Cf. Roxin, C., "Fin...", p.28.

imposible también determinar si guardan proporción con los hechos que se tuvieron por ciertos y con el grado de responsabilidad que se le atribuye a los acusados. Por supuesto que tampoco es posible determinar si las sanciones fueron fijadas en forma razonable e idónea para obtener los fines de reinserción de los menores en su familia y en la sociedad, pues ningún argumento se formuló sobre ello. En materia Penal Juvenil, el juzgador tiene la facultad de escoger entre una variada gama de sanciones, descritas en el artículo 121 de la respectiva Ley, por ello es sumamente importante que en cada caso concreto se indiquen con amplitud los motivos que sirven de base para la fijación de ese extremo, a fin de demostrar la necesaria proporcionalidad y razonabilidad de la pena impuesta. En la especie, hay una ostensible falta de fundamentación en cuanto al punto alegado, que afecta los intereses de la sociedad en general, representada en este asunto por el Ministerio Público, en su condición de órgano requirente, encargado de velar por la recta aplicación de la ley. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso por la forma y anular parcialmente el fallo recurrido, sólo en cuanto a las sanciones impuestas a los menores..."<sup>168</sup>

También Carlos Tiffer Sotomayor, redactor de la Ley de Justicia Penal Juvenil, se refiere a que, aunque el fin educativo tiene un carácter esencial, se persigue también la prevención general. Lo expresa en los siguientes términos:

"El fin de la sanción penal juvenil es eminentemente pedagógico y el objetivo fundamental del amplio marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que le permitan al menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad. Sin embargo, se toma en cuenta que la sanción comporta además un carácter negativo, en el tanto limita derechos del individuo, y en este sentido responde también a los criterios de prevención general."<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Véase el fallo en el anexo 2 de este libro. Consúltese además, en ese anexo, el voto 198-F-98 del Tribunal de Casación Penal.

<sup>169</sup> Tiffer Sotomayor, C., "De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: la nueva Ley de Justicia Penal Juvenil", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), n° 13, 1997, p. 101.

En la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil se da a entender que la sanción de internamiento se fija con base en criterios de prevención general:

"En la etapa de ejecución de las sanciones, es en donde mejor se manifiesta el tipo de sistema penal que se tiene. Es en este punto de la materia en donde ha de reflejarse un derecho que pretenda ser no sólo humano, moderno, justo, sino también realista. Es decir, un derecho que no niegue, por un lado, que la sanción se cumplirá respetando la dignidad del sentenciado, pero que por otro lado reconozca que lamentablemente aún es necesario el internamiento de ciertos jóvenes para efectos de cumplir los fines de prevención general, a los cuales tiene derecho la sociedad."<sup>170</sup>

En otra parte de la exposición de motivos se menciona la retribución y la prevención general, además del principio educativo, como fines de la sanción penal juvenil. Se indica eso cuando se alude al límite de cinco años de internamiento que se contemplaba en el Proyecto: "Se pretende, con ese límite (...) que sea posible en alguna medida, el efecto educativo que busca la ley. Así mismo, que en tanto se trata de una sanción negativa, cumpla con los fines generales de la pena (retribución, compensación de culpabilidad, prevención general), aunque de modo diferente que en el derecho penal común."<sup>171</sup>

En las Reglas Mínimas de las Naciones para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se menciona, en diversos numerales, no solamente la consideración del bienestar del niño por parte de la justicia juvenil, sino también del interés de la sociedad, lo que es ajeno al principio educativo. Así el numeral 1.4 se refiere a que tal justicia debe contribuir a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad. En el 2.3 se dice que ha de responder a las necesidades de los jóvenes delincuentes y satisfacer las necesidades de la sociedad. En el 17.1 se señala lo siguiente:

"La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:

---

<sup>170</sup> En: Tiffer Sotomayor, C., *Ley...*, p. 189.

<sup>171</sup> *Ibid*, p. 160.

- a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;
- d) En el examen de los casos se considerará como un factor rector el bienestar del menor."

Aun cuando en dichas normas se enfatiza en el carácter educativo de las sanciones en el derecho penal juvenil, no se excluye la consideración de otros criterios preventivos. En el comentario a la regla 17.1 se reconoce la amplitud que se pretende dar a la controversia retribución-prevención y los diversos fines preventivos, además del educativo, enfatizándose eso sí en la prioridad, que no implica exclusividad, que debe tener este en lo concerniente a la fijación y ejecución de las sanciones; así se dice:

"El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos de naturaleza filosófica, tales como los siguientes:

- a) Rehabilitación o justo merecido;
- b) Asistencia o represión y castigo;
- c) Respuesta en función de las circunstancias concretas en cada caso o respuesta en función de la protección de la sociedad en general;
- d) Disuasión de carácter general o incapacitación individual.

Las contradicciones entre estos enfoques son más acusadas en los casos de menores que en los casos de adultos: Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas.

No incumbe a las Reglas Mínimas uniformes para la administración de justicia de menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno

que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17.1, especialmente en los incisos a) y c) deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas, podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales al desarrollo y a la educación de la personalidad.

El inciso b) de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven...”<sup>172</sup>

La utilización de criterios de fijación de la sanción penal juvenil más allá de los educativos, ha sido objeto de una fuerte discusión en Alemania; en general se ha tendido a afirmar que deben considerarse criterios educativos, y no de prevención general<sup>173</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la ley alemana indica, en lo relativo a la fijación de la pena privativa de libertad, que esta procede cuando se haga necesaria por la magnitud de la culpabilidad del menor<sup>174</sup>, con lo cual se está refiriendo a criterios de prevención general<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> En: Rocatti, M. y Lara, E., *op. cit.*, pp. 323-324.

<sup>173</sup> Cf. Baumann, J. y Weber, U., *op. cit.*, p. 750. Ellos afirman que para la imposición de la pena juvenil no pueden considerarse criterios de prevención general. Admiten, sin embargo, la expiación cuando la culpabilidad por el hecho fuese particularmente grave, aun cuando la educación no fuese necesaria.

<sup>174</sup> Par. 17 (2): "El juez infligirá Pena Juvenil cuando las Medidas Formativas y Disciplinarias no sean suficientes, a causa de las inclinaciones destructivas del menor, puestas de manifiesto por el hecho cometido, o cuando se hiciera necesario por la magnitud de la culpabilidad. Cf. Elbert, C., *Ley.*, pp. 11-12.

<sup>175</sup> Cf. Elbert, C., "Menores en situación irregular y proyectos legislativos en la Argentina actual (segunda parte)", en: *Doctrina Penal* (Argentina), n° 46-47, 1989, p. 268; Roxin, C., "La parte general del derecho penal sustantivo", en: Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, 1989, p. 33.

De todo lo anterior se extrae que, en general, tanto la doctrina como el derecho comparado y el propio derecho internacional de los derechos humanos referido a la justicia penal juvenil, han llegado a aceptar que el criterio educativo, aunque prioritario en la determinación de la sanción penal juvenil por debajo de la culpabilidad que corresponde al menor, no es exclusivo, por lo cual se han admitido también otros criterios preventivos. Ello tiene importancia ya que exclusivamente en el principio educativo con dificultad podría ordenarse una sanción de internamiento en centro especializado, debido al carácter criminógeno de esta.

Debe tenerse en cuenta que, independientemente de las críticas que el abolicionismo ha hecho al derecho penal<sup>176</sup>, el legislador parte de criterios preventivo-generales, con los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, para la previsión de determinadas conductas como punibles y para establecer las sanciones que les corresponden. Desde esta perspectiva, el derecho penal juvenil, tal y como se indica en la exposición de motivos de la ley costarricense, persigue objetivos preventivo-generales.

En ocasiones, en lo relativo al derecho penal de adultos, se ha enfatizado dentro de una teoría mixta de la pena, o sea, que mezcla aspectos de las teorías absolutas y relativas- en que para el legislador lo fundamental es la prevención general; para el juez, la retribución de acuerdo con la culpabilidad; y para la administración penitenciaria, el carácter rehabilitador de la pena<sup>177</sup>. En realidad todos esos aspectos se encuentran entremezclados en lo relativo al derecho penal juvenil: el legislador, si bien considera fundamentalmente la prevención general, no puede dejar de considerar en abstracto la gravedad del hecho y los posibles efectos criminógenos de la sanción en la persona a quien se le imponga; el juez, por su parte, considera la retribución a través del límite a la sanción que se da con el principio de culpabilidad, y debe tener en cuenta aspectos preventivos, en especial los educativos, pero también los preventivo-generales que llevaron a la previsión de la conducta como punible por el derecho penal juvenil; por último, un aspecto fundamental en la ejecución de la sanción es el educativo, aunque

---

<sup>176</sup> Con respecto al abolicionismo: Llobet Rodríguez, J., "Conciliación...", pp. 189-190, 200-202, 214-215.

<sup>177</sup> Cf. Muñoz Conde, F., *Introducción al derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1975, p. 36.



no debe dejarse de estimar el efecto preventivo general que se produce con el cumplimiento efectivo de la sanción.

Una disposición importante en relación con los aspectos que deben considerarse para ordenar o no el internamiento en centro especializado en los supuestos en que el delito está sancionado en el derecho penal de adultos con pena mayor de seis años, es la contemplada en el artículo 132 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que regula la ejecución condicional de la sanción de internamiento. En ese artículo se dice que para dicha suspensión deben tomarse en cuenta:

- "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 construir, independientemente, un proyecto de vida alternativo..."

Este artículo tiene relevancia no solamente en relación con la suspensión condicional de la sanción de internamiento en centro especializado, sino también con respecto a dicho internamiento en sí. Lo anterior ya que, en lo atinente a la regulación de cuándo no es posible dicha suspensión, se deduce en qué supuestos debería disponerse el internamiento y el cumplimiento efectivo de este<sup>178</sup>. Por otro lado, no se puede dejar de considerar que, en los supuestos en que es procedente la ejecución condicional de la sanción de internamiento, está contemplada en etapas previas del proceso la posibilidad de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba<sup>179</sup>, de modo que no se llega al dictado de una sentencia producto del juicio oral y con ello tampoco a ordenar la sanción de internamiento en centro especializado.

---

<sup>178</sup> Por supuesto, no puede desconocerse que, cuando se ordena la suspensión condicional de la sanción de internamiento, esta se ha ordenado en la sentencia, pero no se dispone su cumplimiento efectivo, ello en razón de la suspensión que se acuerda.

<sup>179</sup> Véase la sección 3 de este capítulo.

Importante es que, de los requisitos de la suspensión condicional del internamiento, solamente la "falta de gravedad del hecho"<sup>180</sup> no está relacionada en absoluto con el principio educativo, es decir, no presenta contraindicadores que impidan que se ordene el cumplimiento efectivo del internamiento. En lo relativo a "los esfuerzos del menor de edad por reparar el daño causado", la doctrina admite un componente educativo (de prevención especial positiva), aunque también se basa en la prevención de integración, que forma parte de la prevención general positiva<sup>181</sup>.

"La gravedad del hecho", dentro de la teoría de los fines de pena, está relacionada en primer lugar con una teoría absoluta de la pena. Sin embargo, si se sigue la teoría de la culpabilidad como límite de no rebasamiento de la pena<sup>182</sup>, según la cual puede fijarse una sanción por debajo de la culpabilidad por consideraciones preventivas, entonces la culpabilidad en sí, y con ello los criterios retributivos, pierden importancia en lo concerniente a la suspensión condicional de la sanción de internamiento.

Por tal razón, la "gravedad del hecho" solamente puede relacionarse con la prevención general positiva, en cuanto a que, frente a determinados hechos de gravedad, la comunidad requiere la reacción estatal en la imposición del internamiento, ello como un reforzamiento del orden jurídico y para la superación de la paz jurídica perturbada por el hecho. Importante, sin embargo, es que la "gravedad del hecho" no debe analizarse en forma aislada, sino en relación con los Otros requisitos impuestos por el principio educativo y con los esfuerzos mismos por reparar el daño.

De todo lo dicho debe concluirse que cuando la sanción de internamiento en un centro especializado sea autorizada en un determinado monto por el principio de culpabilidad, ello no implica que esta deba dictarse, ya que al respecto deben hacerse consideraciones de carácter preventivo, especialmente respecto del principio educativo (prevención especial positiva). Pero además pueden considerarse, con un carácter

---

<sup>180</sup> Acerca de la gravedad del hecho como requisito de la suspensión condicional de la sanción de internamiento: votos 110-97,116-98 y 119-98 del Tribunal Superior Penal Juvenil. Consúltense dichos votos en el anexo 1 de este libro.

<sup>181</sup> Acerca de la gravedad del hecho como requisito de la suspensión condicional de la sanción de internamiento: votos 110-97,116-98 y 119-98 del Tribunal Superior Penal Juvenil. Consúltense dichos votos en el anexo 1 de este libro.

<sup>182</sup> Véase la sección 7 de este capítulo del libro.

secundario, otros criterios preventivos, por ejemplo: de prevención general positiva; importante en cuanto a este tipo de prevención, es que ha adquirido gran importancia en los últimos tiempos, mucho más que la teoría intimidatoria basada en la "coacción psicológica", que formulara Feuerbach<sup>183</sup>.

Ya se hizo referencia a la prevención especial positiva. En lo relativo a la prevención general positiva es importante señalar algunos aspectos. Esta supone que la sanción tiene "la misión de reforzar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico frente a la comunidad jurídica y de reforzar de este modo la confianza de la población en el derecho"<sup>184</sup>. Debe reconocerse que ello presenta puntos de contacto con la teoría retributiva, recordando el criterio de la pena absoluta de Hegel<sup>185</sup>.

Resulta difícil comprobar el efecto de prevención general positiva de las sanciones, aunque no han faltado investigaciones criminológicas que aseguran haberlo constatado. De hecho se ha señalado que esta teoría, a diferencia de la prevención especial, difícilmente puede ser refutada en la práctica, puesto que ante la afirmación de que todo hecho punible que se comete demuestra la ineficacia de la prevención general, se puede responder que su efectividad se ve en que a pesar de la criminalidad la mayoría de la población permanece fiel al derecho<sup>186</sup>. Debe reconocerse que un aspecto fundamental del derecho consiste en que la colectividad mantenga esta fidelidad al derecho no por la intimidación de la imposición de una sanción en caso de quebrantamiento, sino por la asunción de los valores que se expresan en él.

---

<sup>183</sup> Dice Feuerbach: "Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho" (Feuerbach, *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 1989, Par. 13). En general se considera dicha teoría como desacreditada criminológicamente, estimándose que lo fundamental desde el punto de vista preventivo no es el monto de las penas, sino la efectividad de la persecución. Cf. Roxin, C., "La parte...", p. 62; Roxin, C., *Strafrecht...*, Par. 3, n° 25; Rotman, E., *La prevención del delito*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 84-85

<sup>184</sup> Cf. Roxin, C., "Fin...", p. 28.

<sup>185</sup> Cf. Hegel, *op. cit.*, Par. 99.

<sup>186</sup> Cf. Roxin, C., "Fin...", p. 29.

Algunos han dicho que lo anterior encierra un carácter totalitario. Es claro que cualquier teoría puede llegar a ser utilizada en sentido totalitario<sup>187</sup>. Sin embargo, en un estado de derecho la prevención general positiva debe tener como límites no solamente el principio de culpabilidad, sino además el principio de lesividad, que exige que el derecho penal no esté destinado a imponer una determinada moral o ideología, sino a proteger bienes jurídicos, unido a los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, derivados del principio de proporcionalidad. A ello se suma la consideración de la prevención especial positiva, de importancia fundamental en el derecho penal juvenil. Es claro que en concepciones como la de Jakobs, que llegan a prescindir del bien jurídico y a estructurar el propio principio de culpabilidad según criterios de prevención general positiva<sup>188</sup>, esta lleva a excesos incompatibles con un estado de derecho.

En Costa Rica, José Manuel Arroyo se ha pronunciado en favor de la prevención general positiva, al decir:

"En síntesis, un Derecho Penal mínimo y garantista (que rescate la función instrumental positiva), que sirva de herramienta personal y social para sancionar las violaciones de valores sociales fundamentales (que rescate así la función simbólica positiva) y que fundamente el derecho a castigar en una finalidad preventiva general positiva, todo ello enmarcado en la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la fundamentación que considero adecuada, regvable del sistema jurídico penal al que aspiramos."<sup>189</sup>

Volviendo al tema de la importancia de la prevención especial positiva y de la prevención general positiva en la imposición de la sanción penal juvenil, debe decirse

---

<sup>187</sup> Por ejemplo, en otros libros hice referencia a que el principio de proporcionalidad, con el que en un estado de derecho se trata de limitar las injerencias del estado en los derechos fundamentales, fue utilizado en sentido inverso durante el nacionalsocialismo, o sea, se empleó para extender la arbitrariedad estatal, formando parte de los correctivos del régimen para sustraer de la acción de la justicia a sus partidarios. Cf. Llobet Rodríguez, J., *La prisión...*, pp. 265-267; Llobet Rodríguez, J., *Die Unschuldsvennutung und die materiellen Voraussetzun gen der Untersuchungshaft*, Friburgo en Brisgovia. Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, p. 157, nota al pie 24.

<sup>188</sup> Cf. Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 1993; Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, traducción de J. Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.

<sup>189</sup> Arroyo, J. M., "Función instrumental y función simbólica del derecho penal", en: Sánchez Romero, C. (editora), *op. cit.*, p. 109.

que, de las reglas sobre la suspensión condicional de la sanción de internamiento, puede sacarse como enseñanza que para la imposición de dicha sanción en el caso concreto debe realizarse un balance entre las necesidades de prevención general positiva desencadenadas por la gravedad del hecho (necesidades eventualmente disminuidas por los intentos de reparar el daño por parte del joven) y la necesidad de evitar el encarcelamiento de acuerdo con criterios de prevención especial positiva, ello a través de otras sanciones no privativas de libertad, de la suspensión condicional del internamiento, o bien de sanciones privativas de libertad de menor gravedad. Es claro que la prioridad la tiene el principio educativo, de modo que solamente cuando las necesidades de prevención general positiva son fuertes y la gravedad del hecho no posee un contrapeso suficiente en las consideraciones preponderantes de prevención especial contrarias al internamiento en un centro especializado, podría procederse a disponer este.

## 10. COMENTARIOS FINALES

En materia de sanciones del derecho penal juvenil se indica que estas deben ser la *ultima ratio* y que la sanción de internamiento en centro especializado debe constituir, igualmente, la última alternativa. Por otro lado, se enfatiza en que, cuando se dispone dicha sanción, debe tener la menor duración posible.

Se dice que el nuevo paradigma producto de la adopción de la doctrina de la protección integral representa la asunción por el derecho penal juvenil de los derechos que rodean al derecho penal de adultos, tales como -en lo relativo al derecho de fondo- los principios de legalidad, de lesividad, de culpabilidad, de proporcionalidad, y - en lo concerniente al derecho de forma- los principios de presunción de inocencia, de abstención de declarar, de inviolabilidad de la defensa y de respeto al debido proceso. A las garantías propias del derecho penal y procesal penal de adultos se unen garantías particulares propias del derecho penal juvenil, que se basan, en definitiva, en el principio educativo, consecuencia de los principios de "interés superior del niño" y de "protección integral" de este.

Con la adopción de las garantías del derecho penal y procesal penal de adultos se produjo un acercamiento a este por parte del derecho penal juvenil. Pero a su vez se puede afirmar la existencia de un acercamiento del derecho penal de adultos al derecho penal juvenil; así, los principios que caracterizan el derecho penal juvenil sustantivo, tales como el de *ultima ratio* de la sanción, de *ultima ratio* de la sanción privativa de libertad y del carácter rehabilitador de que debe dotarse a esta y a las otras sanciones, se encuentran hoy admitidos también para el derecho penal de adultos. La diferencia, en definitiva, entre el derecho penal juvenil y el de adultos al respecto es de intensidad, ya que, como con frecuencia se menciona en la exposición de motivos de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en el derecho penal juvenil dichas garantías se encuentran "reforzadas", es decir, se traducen en definitiva en un "más" *ultima ratio* de la sanción y de la privativa de libertad y "más" consideración del principio rehabilitador de las sanciones, tanto al momento de la imposición como de la ejecución. Por otro lado, no se puede negar que el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad en el derecho penal de adultos no se toma en serio en nuestro país ni desde el punto de vista presupuestario ni desde las prioridades de la ejecución penal, mientras que en el derecho penal juvenil existe al menos una mayor voluntad de dotar, en alguna medida, de carácter educativo la ejecución de la sanción de internamiento.

Aspecto problemático lo constituye la determinación de la sanción penal juvenil. En el propio derecho penal de adultos se hace referencia a dicha dificultad, la que se ve acentuada en el derecho penal juvenil debido a la flexibilidad de este en cuanto a la sanción por imponer: el límite a la sanción está determinado por el principio de culpabilidad; sin embargo, puede fijarse una sanción inferior a esta, atendiendo primordialmente al principio educativo, relacionado con la prevención especial positiva, para lo cual deben hacerse, pero en mucho menor grado, consideraciones de prevención general positiva.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990.

Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Munich, 1992.

Armijo Sancho, Gilbert, "¿A dónde vas, Ley de Justicia Penal Juvenil?", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 92-95.

\_\_\_\_\_, *La tutela constitucional del interés difuso. Un estudio según el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica*, San José, UNICEF, 1998.

\_\_\_\_\_, *Manual de derecho procesal penal juvenil* San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.

Arroyo, José Manuel, "Función instrumental y función simbólica del derecho penal", en: Sánchez Romero, Cecilia (editora), *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, CONAMAJ y otros, 1997, pp. 99-110.

Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, San José, Juricentro, 1985.

Baratta, Alessandro, "Cárcel y estado social". en: Olivas, Enrique (editor), *Problemas de legitimación del estado social* Madrid, Trotta, 1991.

Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal* San Salvador, 1995, pp. 47-62.

Baumann, Jürgen y Weber, Ulrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesecking, Verlag Bielefeld, 1985.

Beristain, "El bienestar social ante las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (New York, 1985)", en: *Eguskilore* (España), nº 2, 1988.

- Bilsky, W.; Pfeiffer, H.; Trenczek, T., "New form of conflict management in juvenile law; a comparative evaluation of the Brunswick Victim-Offender-Reconciliation Program, en: Kai ser, G.; Kury, H.; Albrecht, H.-J. (editores), *Victims and criminal law*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1991, pp. 507-542.
- Bovino, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1996.
- Burgos Mata, Álvaro, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995.
- Caiferata, *Temas de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 30-39.
- Campos Zúñiga, Mayra, "Impacto de la ley penal juvenil en el Ministerio Público", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 88-90.
- \_\_\_\_\_, "Política criminal en la materia penal juvenil: aspectos sustantivos o de derecho material", en: CONAMAJ y otros (editores), *Cuatro temas sobre política criminal* San José, 1998, Pp. 61-75.
- Campos Zúñiga, Mayra y Cubero Pérez, Fernando, *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*, San José, Escuela Judicial, 1996.
- Carranza, Elías, *Criminalidad: ¿prevención o promoción?*, San José, EUNED, 1994.
- \_\_\_\_\_, "Reflexiones de cierre de la mesa redonda sobre el primer año de vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 38-40.
- Carranza, Elías y Maxera, Rita, "El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal* San Salvador, 1995, pp. 63-82.
- Carranza, Elías y otros, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1992.



Chang Pizarro, Luis Antonio, *Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal* San José, Editorial Jurídica Continental, 1998.

Cháves Ramírez, Alfonso, "La conciliación", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 163-189.

Chirino Sánchez, Alfredo, "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de 'insignificancia del hecho'", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 105-143.

De Vicente Remesal, Javier, "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y Perspectivas de futuro", en: Silva Sánchez, J. M., *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 173-206.

De Olazabal, *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

Dünkel, Frieder, "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y la práctica del derecho penal en el derecho comparado", en: Beristain (editor), *Victimología*, San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989.

Durán Chavarría, Douglas, "Algunas reflexiones sobre la ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", con base en una ponencia al Seminario sobre la Aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, La Catalina, Heredia, 30 de mayo de 1998 (inédito).

Elbert, Carlos, *Ley Judicial Juvenil anotada de la República Federal de Alemania*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

\_\_\_\_\_, "Menores en situación irregular y proyectos legislativos en la Argentina actual (segunda parte)", en: *Doctrina Penal* (Argentina), n° 46-47, 1989.

Eser, Kaiser y Madlener (editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990.

*Estado de la Nación en desarrollo humano sostenible*, San José, 1996.

Ferrajoli, Luigi, "Derecho penal mínimo", en: *Poder y control* (España), n° 0,1986, pp. 25-48.

\_\_\_\_\_, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 1995

Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

Fournier, Marco Vinicio, "El caso de Costa Rica: un problema estructural", San José, Instituto de Investigaciones Psicológicas, UCR, s.f.e.

Galeano, Eduardo, "El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los prisioneros", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), n° 14 1997.

\_\_\_\_\_, "La escuela del crimen", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), n°- 13,1997.

García Méndez, Emilio, "Balance del año de aplicación de la ley de responsabilidad penal juvenil de Costa Rica", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998.

\_\_\_\_\_, "Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales", en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (editores), *Estudios básicos de derechos humanos VII*, San José, 1996, pp. 225-249.

\_\_\_\_\_, "La Convención Internacional de los derechos de la infancia: del menor objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", en: *Nuevo foro penal* (Colombia), n° 57,1992, pp. 421-432.

\_\_\_\_\_, "Legislaciones infanto-juveniles en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995, pp. 25-45.

García Méndez, Emilio y Carranza, Elías, "El derecho de 'menores' como derecho mayor", en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, 1992.

Garrido Genovés, Vicente y Montoro González, Luis (editores), *La reeducación del delincuente juvenil*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992.

Giménez-Salinas i Colomer, Esther, "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal", en: Soria Verde (editor), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia*, Barcelona, PPU, 1993.

\_\_\_\_\_, "La reacción social a la delincuencia juvenil: la prevención, la desjudicialización y la mediación, la justicia de menores", en: *Menores (España)*, año 4, nº 5, 1987, pp. 55-63.

González Álvarez, Daniel, "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales (Costa Rica)*, nº 13, 1997, pp. 110-121.

Güendel, L. y González, M., "Integración, derechos humanos y política social en el contexto de la pobreza urbana", en: UNICEF y UNCHS (Hábitat) (editores), *Adolescencia, derechos de la niñez y pobreza urbana en Costa Rica*, San José, 1997.

Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munich, Beck, 1990.

Hegel, *Filosofía del derecho*, Caracas, Ediciones de la Biblioteca traducción de Eduardo Vásquez, 1991.

Houed Vega, Mario, "La suspensión del proceso a prueba", en: González Alvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 145-162.

Issa, Henry, *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, San José, Convenio Corte-AID, 1995.

\_\_\_\_\_, "La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 191-211.

\_\_\_\_\_, "Las penas alternativas. El inicio de una contracultura", en: Sánchez Romero, C. (editora), *Sistemas penales y derechos humanos*, San José, CONAMAJ y otros, 1997, pp. 119-126.

Issa, Henry y Arias, María Gerarda, *Derechos humanos en el sistema penal*, San José, EUNED, 1996.

Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, traducción de J. Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.

\_\_\_\_\_, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/Nueva York, Walter de Gruyter, 1993.

Jescheck, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1981.

Kant, *Metaphysik der Silten*, Stuttgart, Reclam, 1990.

Kaiser, Günther, "Jugendstralrecht", en: Kaiser y otros (editores), *Kleines kriminologisches Wöneibuch*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993.

\_\_\_\_\_, "Strafen statt Erziehen?", en: *ZRP* (Alemania), nº 11, 1997, pp. 451-458.

Kürzinger, Joset, *Kriminologie*, Stuttgart y otros, Boorberg, 1982.

Llobet Rodríguez, Javier, *Código de Procedimientos Penales anotado y comentado*, San José, Juricentro, 1991.

\_\_\_\_\_, "Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y estado de derecho", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 187-222.

\_\_\_\_\_, *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*, Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995.

\_\_\_\_\_, "Garantías procesales y seguridad ciudadana", en: Armijo, Llobet y Rivero, *Nuevo proceso penal y Constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 135-162.

\_\_\_\_\_, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, UCI, 1997.

\_\_\_\_\_, "La teoría del delito en el proyecto de Código Penal", en: *Ivstítia*, nº 109-110, 1996, pp. 36-52.

\_\_\_\_\_, *Proceso penal comentado*, San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1998.

\_\_\_\_\_, "Seguridad ciudadana y prevención del delito en Costa Rica", en: Rotman, E., *La prevención del delito*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.

Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989, T. Ia).

\_\_\_\_\_, "El ingreso de la reparación como tercera vía al derecho penal argentino", en: Maier y Binder (editores), *El derecho penal hoy*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 27-52.

\_\_\_\_\_, "La víctima y el sistema penal", en: Maier, J. y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

\_\_\_\_\_, "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal", en: *Un Codice Tipo di Procedura Penale per L'America Latina*, Roma, T. III, 1991.

Marino, "Suspensión del procedimiento a prueba", en: Maier, J., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1993, pp. 29-41.

Maxera, Rita, "La Defensoría de los Habitantes y la ley penal juvenil", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998.

"La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en: UNICEF y otros (editores), *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Editorial Galerna, 1992, pp. 187-215.

\_\_\_\_\_, "Un modelo de responsabilidad penal juvenil", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 41-44.

Maxera, Rita y Tiffer Sotomayor, Carlos, "Comentario al proceso de reforma legislativa en Costa Rica", en: García Méndez, E. y Beloff, M. (editores), *Infancia, ley y*

*democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 387-468.

Montero Mejía, Álvaro, *La globalización contra los pueblos*, San José, Juricentro, 1998.

Mora Mora, Luis Paulino, "Análisis e impacto de la Ley de Justicia Penal en Costa Rica en el contexto nacional y comparado", en: UNICEF y otros, *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 28-34.

Mora Mora y Navarro Solano, *Constitución y derecho penal*, San José, Escuela Judicial, 1995.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

\_\_\_\_\_, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

Queralt, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos", en: Silva Sánchez, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 145-171.

Rocatti, Mireille y Lara, Evangelina, *Justicia juvenil en el estado de México*, México, ILANUD y otros, 1996.

Rojas, Alejandro, "Ley de Justicia Penal Juvenil: una garantía de protección de los derechos de las personas menores de edad", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 45-73.

Rotman, Edgardo, *La prevención del delito*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, traducción de M. Luzón Peña y otros, 1997.

\_\_\_\_\_, "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en: Maier, J. (editor), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.

\_\_\_\_\_, "La parte general del derecho penal sustantivo", en: Roxin, Arzt y Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, 1989.

\_\_\_\_\_, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en: Maier, J. y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-153.

\_\_\_\_\_, *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992.

\_\_\_\_\_, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, Beck, 1992.

Schneider, *Einführung in die Kriminologie*, Berlín/Nueva York, 1993.

Tiffer Sotomayor, Carlos, "Derecho penal de menores y derechos humanos en América Latina", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 10,1995, pp. 28-38.

\_\_\_\_\_, "De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: la nueva Ley de Justicia Penal Juvenil", en: *Ciencias Penales* (Costa Rica), nº 13,1997, pp. 98-109.

\_\_\_\_\_, *Ley de Justicia Penal Juvenil. Concordada y anotada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996.

\_\_\_\_\_, "Situación de la adolescencia en conflicto con la ley penal: nuevo modelo de justicia penal juvenil en Costa Rica" en: UNICEF y UNCHS (HÁBITAT) (editores), *Adolescencia, derechos de la niñez y pobreza urbana en Costa Rica*, 1997, pp. 95-104.

\_\_\_\_\_, "Un modelo armado para aplicar: justicia penal juvenil costarricense", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 14-27.

Tijerino Pacheco, José Maria, "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: González Álvarez, D. (editor), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 1997, pp. 87-104.

Trépanier, Jean, "Los jóvenes delincuentes y sus familias", en: Trépanier y otros, *Delincuencia juvenil y derechos humanos* Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 1-39.

UNICEF y UNCHS (HÁBITAT) (editores), *Adolescencia, derechos de la niñez y pobreza urbana en Costa Rica*, San José, 1997.

Van der Laan, Peter, "Alternativas a la justicia penal y a la prisión para los adolescentes", en: Carranza, E. (coordinador), *Delito y seguridad de los habitantes*, México, Siglo XXI, 1997, pp. 201-207.

Villalobos, Mario, "El Departamento de Trabajo Social y Psicología y la Ley de Justicia Penal Juvenil", en: UNICEF y otros (editores), *Seminario-Taller Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria*, San José, 1998, pp. 100-102.

Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 1976.

\_\_\_\_\_, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Depalma, traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, 1956.

Zaffaroni, Raúl, "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo", en: Beloff, Mary A. y otros (editores), *Cuadernos sobre la cárcel*, Buenos Aires, 1991.

\_\_\_\_\_, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

\_\_\_\_\_, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1982.

\_\_\_\_\_, "Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario", en: ILANUD (editor), *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José, Juricentro, 1992, pp. 35-47.

\_\_\_\_\_, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, T. IV, 1982.

Zipf, *Introducción a la política criminal*, Jaén, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.



## **CAPÍTULO IV DESJUDICIALIZACIÓN Y ALTERNATIVAS A LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD PARA JÓVENES DELINCUENTES**

Dr. Carlos Tiffer S.

1. Introducción a la desjudicialización. 2. Prevención especial y prevención general. A) La justicia penal juvenil dentro del marco de la prevención especial. B) Las formas de desjudicialización y diversificación de la reacción penal juvenil como indicadores de política criminal. 3. La desjudicialización como la mejor forma de resolver los conflictos penales de los jóvenes. 4. Fines y principios de la desjudicialización penal juvenil. A) Fines generales. B) Fines específicos. C) Principios. 5. Dimensión legislativa costarricense de la desjudicialización penal juvenil. A) Criterio de oportunidad reglado. B) Conciliación. C) Suspensión del proceso a prueba. 6. Sanciones educativas como sanciones principales y privación de libertad como sanción alternativa. A) Sanciones socioeducativas. B) Órdenes de orientación y supervisión. C) Sanciones privativas de libertad ambulatorias. D) Sanciones privativas de libertad estacionarias. 7. Dimensión práctica de las sanciones penales juveniles. Estadísticas en materia penal juvenil. 8. Comentarios finales. 9. Bibliografía.

### **1. INTRODUCCIÓN A LA DESJUDICIALIZACIÓN**

La delincuencia juvenil es un fenómeno social de actualidad. Son cada vez más frecuentes los hechos noticiosos que los medios de comunicación nos revelan en los cuales se atribuye participación de jóvenes en la comisión de delitos. Asimismo, la sensación de inseguridad ciudadana está relacionada con la existencia de conductas socialmente dañosas, por lo general atribuidas a los jóvenes, no sólo individual sino también grupalmente. La sensación, por un lado, de alarma social y, por otro, de ineficacia del sistema de justicia deben considerarse y ponderarse a la hora de las decisiones legales: para que la reacción legal frente a estas conductas —generalmente magnificada— no sea desproporcionada ni más violenta que las conductas mismas que se quieren reprimir.

Frente a las respuestas tradicionales a la criminalidad, de más represión y penas severas con las que han respondido históricamente nuestras legislaciones, debemos analizar críticamente si estas reacciones, que sabemos no han sido *eficaces*, deberían ser las mismas para cuando los autores de estos hechos delictivos son jóvenes o adolescentes. Por lo menos en los niveles doctrinal y de derecho internacional, las normas relacionadas con las conductas delictivas de las personas menores de edad — en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores— nos orientan hacia una respuesta o reacción a estos hechos delictivos de una manera diferente de la tradicional.

Esta nueva reacción, que no siempre es la que se refleja en el nivel legislativo, nos recomienda una separación clara entre los conflictos de índole familiar, social o laboral en los que se pueden encontrar una gran cantidad de niños y personas jóvenes con referente a los jóvenes involucrados en la participación de hechos delictivos. Igualmente, alude a la organización de una justicia especializada para el juzgamiento de estas personas; este sistema de justicia debe poseer características especiales que lo diferencien y caractericen respecto de la justicia de adultos; no debería satisfacernos una simple adecuación o adaptación de los institutos y órganos que participan en la

justicia de adultos; por el contrario, debemos promover la idea de la justicia especializada y diferente para personas jóvenes.

Una de las particularidades de lo que debería ser esta justicia es la idea primordial de la desjudicialización, muy relacionada con la despenalización y el derecho penal mínimo, de tal forma que la intervención judicial sea solamente para casos necesarios y graves en los que no haya sido posible decretar las medidas desjudicializadoras. Otra idea fundamental de esta justicia especializada es la flexibilización y diversificación: que esta justicia sea tolerante y tenga posibilidades de variar según las necesidades de los jóvenes en cada caso en particular; lo mismo que la reacción sea diversificada, es decir, que exista una pluralidad de medios de respuesta, desde la presentación de la denuncia hasta la ejecución de eventuales sanciones, a los cuales se pueda remitir a los jóvenes, de tal forma que el proceso de desarrollo en que se encuentran se vea afectado al mínimo.

Para una comprensión amplia de estas particularidades de la justicia juvenil, hemos desarrollado el tema de la desjudicialización como la mejor forma de resolver los conflictos penales de los jóvenes. Presentamos luego los fines y principios de la desjudicialización para concretar las metas que se buscan con esta respuesta. También exponemos cuál ha sido la incorporación legislativa costarricense a la idea de la desjudicialización tanto en un nivel normativo como en el práctico. Igualmente se explica el nivel jerárquico de las sanciones o reacciones formales frente a la delincuencia juvenil, resaltando las sanciones educativas y ambulatorias como principales, y la privación de libertad como alternativa a estas sanciones principales.

## **2. PREVENCIÓN ESPECIAL Y PREVENCIÓN GENERAL**

La Ley de Justicia Penal Juvenil, como toda ley penal, no es ajena a la problemática de la fundamentación de su finalidad. Si la política criminal, como hemos dicho, tiene como una de sus finalidades la prevención del delito, deberíamos preguntarnos particularmente respecto de esta Ley destinada a los adolescentes, *¿qué*

*clase de prevención procura el Estado costarricense con su aprobación?*, máxime si consideramos el ambiente en que fue aprobada dicha Ley, pues estuvo inmersa dentro de una percepción ciudadana de inseguridad y aumento de los delitos.

Es claro que además de los fines que el Estado pretenda alcanzar con un instrumento de política criminal como lo es la ley penal, en materia de jóvenes y adolescentes delincuentes la prevención constituye una situación compleja que desborda el ámbito estrictamente jurídico para abarcar también aspectos socio-económicos como, por ejemplo, la desintegración familiar, el desempleo, la drogadicción, la deserción escolar, la violencia, entre otros. Todos estos aspectos deben ser analizados desde la óptica de la prevención primaria, dirigida al origen del problema, y requieren una concentración de esfuerzos por medio de la planificación, no con paliativos inmediatos sino con soluciones proyectadas en el tiempo, es decir, a través de la definición de una política pública sobre jóvenes y adolescentes. El Estado debe remover los factores que causan la criminalidad, con participación de los sectores privados, especialmente de aquellas organizaciones dedicadas al trabajo en favor de la niñez y la juventud, sobre todo en el ámbito familiar, con el fin de crear las condiciones más favorables para la convivencia e integración en sociedad<sup>1</sup>.

Para responder a la pregunta formulada al inicio, es necesario aclarar algunos aspectos teóricos sobre la prevención y sus categorías dentro del derecho penal.

La prevención del delito se manifiesta a través de los fines de las penas. La prevención debe considerarse desde sus dos vertientes fundamentales, a saber, la prevención general y la prevención especial<sup>2</sup>. Ambas son irreconciliables desde el punto de vista de sus planteamientos teóricos, pues presentan posiciones

---

<sup>1</sup> González del Solar, J., *Delincuencia y derecho de menores*, Buenos Aires, 1995, p. 76.

<sup>2</sup> Esta división en dos vertientes ha sido creada por Bentham e implementada por Franz von Liszt.

antagónicas<sup>3</sup>. Este asunto se relaciona con el dilema y jerarquía del conflicto individuo y sociedad<sup>4</sup>.

Esquemáticamente la prevención se estructura de la siguiente manera:



La *prevención general* se dirige a la generalidad de los sujetos, es decir, su pretensión consiste en surtir determinados efectos en el grueso de la comunidad<sup>5</sup>. Por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes en la sociedad<sup>6</sup>. El fin de la prevención general es el prevalcimiento del orden jurídico y la intimidación social<sup>7</sup>.

La prevención general se subdivide en dos vertientes. La prevención general positiva se dirige a la comunidad y refuerza la confianza en el orden jurídico<sup>8</sup>; al respecto, la prevención general hay que entenderla como prevención integradora positiva: esto significa que la sanción no debe retraer a través de su dureza a los

<sup>3</sup> Ortiz Ortiz, S., Los derechos humanos y la distribución del castigo. El carácter punitivo del derecho penal, Tlaxcala, 1992, p.1 42.

<sup>4</sup> Muñoz Conde expresa lo siguiente: "La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a su reintegración en la sociedad". (Muñoz Conde, F, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, España, 1984, p. 124.)

<sup>5</sup> Ortiz-Ortiz, S., *op. cif.*, p.143.

<sup>6</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 127.

<sup>7</sup> Ortiz-Ortiz, S., *op. cit.*, p.150.

<sup>8</sup> Luzón Peña, D. M., "Antonimias penales y medición de la pena", en: *La reforma penal*, Seminario Hispano-Germánico. Barcelona, 1985, p. 194.

autores potenciales de la perpetración de delitos, sino que ha de restaurar la paz jurídica en cuanto da al pueblo la confianza de que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves<sup>9</sup>. La prevención general negativa es aquella que se realiza por la vía de la intimidación a través de la amenaza legal para inhibir a los posibles delincuentes<sup>10</sup>.

La mayoría de la doctrina reconoce que la aplicación práctica de la prevención general, como es el aumento y dureza de las penas con el fin de obtener la intimidación y persuasión, resulta ineficaz<sup>11</sup>. Se parte de que, al seguirse criterios de prevención general en la fijación de las penas sin tener en cuenta los límites impuestos por los principios de proporcionalidad y culpabilidad, se está convirtiendo al delincuente en un objeto, por cuanto sería solamente un instrumento para la intimidación de otros<sup>12</sup>.

La *prevención especial* tiene como fin dirigir sus efectos al sujeto considerado individualmente, o mejor dicho, se dirige al transgresor<sup>13</sup>; busca influir sobre quien ha delinquido, con el fin de que ya no vuelva a hacerlo<sup>14</sup>; procura concretar los efectos de la pena en un cambio de actitud del infractor por medio de la enseñanza, programas de aprendizaje, tratamientos psicoterapéuticos, ayuda familiar y comunal, etc. Estos fines de la prevención deben ser aceptados por el autor, es necesario su consentimiento para evitar un tratamiento coactivo lesionante de la dignidad humana. Prevención especial puede significar también una atenuación o excusa de pena<sup>15</sup>. En términos

---

<sup>9</sup> Roxin, C., *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992.

<sup>10</sup> Mir Puig, citado por Ortiz Ortiz, S., *op. cit.*

<sup>11</sup> Campos Zúñiga, M. y Cubero Pérez, F., *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*, San José, Escuela Judicial, 1996, p. 52.

<sup>12</sup> Llobet Rodríguez, J., *La prisión preventiva, límites constitucionales*, San José, UCI, 1997, p. 43.

<sup>13</sup> Ortiz-Ortiz, S., *op. cit.*, p.144.

<sup>14</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 127.

<sup>15</sup> Roxin, C., *op. cit.*, p. 47.

generales, el fin de la Prevención especial consiste en la resocialización y la neutralización del individuo<sup>16</sup>.

La prevención especial también se subdivide en dos vertientes: la *prevención especial positiva*, que trata de influir en el delincuente para resocializarlo e integrarlo a la comunidad, y la *prevención especial negativa*, que busca influir en el delincuente para "sanearlo" apartándolo de la sociedad mediante el internamiento asegurador tendiente a su neutralización<sup>17</sup>.

Sin duda los fines de la prevención especial tienen una mayor aceptación en la doctrina penal moderna; no obstante, ya sea que se trate de prevención general o prevención especial en un estado democrático de derecho, la primacía de la libertad ciudadana debe estar sobre cualquier fin penal. El principio de culpabilidad constituye un límite absoluto de todos los objetivos preventivos generales y especiales: aun cuando fuese muy deseable preventivamente, no se debe imponer una pena cuando el autor no tiene culpabilidad respecto de la realización típica concreta; además, la sanción no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la pena tiene que estar en una correcta relación con la culpabilidad del autor. Una concepción tal de prevención y culpabilidad se halla en una relación recíproca de delimitación del poder punitivo del estado: Demostrada la culpabilidad del autor, solo se justifica un castigo en cuanto sea preventivamente necesario<sup>18</sup>.

### **A) La justicia penal juvenil dentro del marco de la prevención especial**

Un estado democrático de derecho y que aspire a un bienestar social debe asegurar a sus ciudadanos condiciones de vida que les permitan un desarrollo pleno o máximo de sus capacidades o de sus actitudes. Costa Rica se ha definido constitucionalmente como un Estado Social de Derecho, lo cual tiene implicaciones no

---

<sup>16</sup> Ortiz-Ortiz, 5., *op. cit.*, p.150.

<sup>17</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 204

<sup>18</sup> Roxin,C., *op.cit.*,p.46.

solo en lo jurídico sino también en lo social, y como Estado Republicano las instituciones deben estar al servicio del ciudadano, y no el ciudadano al servicio del Estado.

Si tan solo consideramos que cerca de un 43% de la población de nuestro país es menor de 18 años de edad<sup>19</sup>, esto debería justificar suficientemente que la intervención estatal considere como una prioridad la política pública para jóvenes. Además de esto, nuestro Estado se halla obligado constitucionalmente a proteger a la madre y al niño, así como a proveer a niños y jóvenes de una educación básica. Cuando estos postulados del Estado de Derecho y del Estado Social se vean afectados por una realidad opuesta a los principios y postulados legales, este Estado Democrático se verá debilitado o será imaginario.

Cuando encontramos que nuestros niños y jóvenes están vendiendo flores, dulces, lotería, juguetes, periódicos, cuidando y limpiando carros, cargando bolsas en los supermercados o registrando basura, en lugar de hallarse en su lugar natural, como sería la familia o la escuela, estamos faltando no solo a las obligaciones legales del Estado sino negando también las posibilidades de desarrollo que tienen nuestros niños. La marginalidad social se encuentra estrechamente relacionada con los ambientes criminógenos, donde la comisión y participación en conductas delictivas se convierten en una conducta esperada o, si se quiere, en una conducta normal. Aunque no debemos homologar pobreza con delito, sí es cierto que los sectores económicamente más débiles son los que con más facilidad ingresan en el control jurídico penal.

*¿Cuál debería ser la orientación de la ley y en general, de una política pública sobre el joven que ha delinquido?* Probablemente esta pregunta no tenga una sola respuesta, pero sí es necesaria una política social de apoyo a la familia, de motivación escolar y desarrollo de las aptitudes físicas y mentales de nuestros jóvenes. Estas metas desbordan la finalidad de la ley penal. La ley penal -y en particular al establecer un aumento de las sanciones- debe poseer un carácter teleológico.

---

<sup>19</sup> Véase la pirámide de población que se incluye al final de este capítulo.



Ubicándonos en la Ley de Justicia Penal Juvenil para determinar qué fines ha establecido el legislador con la entrada en vigencia de esta y con la eventualidad en la imposición de una sanción, encontramos algunos artículos que disponen claramente que nuestra Ley se orienta por los fines de la prevención especial.

El artículo 7<sup>20</sup> establece los principios rectores en la materia penal juvenil, tales como la protección integral del menor, su interés superior, el respeto de sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad. Se trata de principios de integración, es decir, de principios que abarcan todos los ámbitos del desarrollo de los jóvenes, sean estos el social, familiar, psicológico, entre otros. Estos principios deben prevalecer y constituir la orientación que los operadores jurídicos consideren a la hora de aplicar la ley. Importante es que no solo el Estado o los entes públicos han de participar en estos fines de prevención especial, sino también las organizaciones no gubernamentales y las comunales; es, sin duda, en estas últimas donde mayores posibilidades de éxito podemos tener.

El artículo 44 de la Ley de Justicia Penal Juvenil<sup>21</sup> establece como objetivo del proceso no solo la determinación del hecho delictivo y la aplicación de la sanción correspondiente; por el contrario, establece como una finalidad del proceso la reincorporación del joven en su familia y en la sociedad en general. De ahí que la ley no posee únicamente un carácter represivo, ya que la justificación de la aplicación de una sanción debe ser el bienestar del joven, es decir, la intervención legal busca que el joven se aleje del delito por medio de la reinserción social.

---

<sup>20</sup> Artículo 7 LJPJ: "Principios rectores. Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como a la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.

<sup>21</sup> Artículo 44 LJPJ: "Objetivo del proceso. El proceso penal juvenil tendrá como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes. Asimismo, buscará la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley."

El artículo 123 de la citada Ley<sup>22</sup> dispone una norma fundamental para la definición de la política criminal del Estado costarricense. Habíamos mencionado que uno de los criterios más importantes para la clarificación de la política criminal del Estado es la sanción penal y los fines que se le han encomendado a esta sanción. Por esto resulta muy esclarecedor el artículo 123, el cual determina que cualquier sanción fijada en la Ley debe tener como finalidad primordial la educativa, es decir, la sanción solo se justifica si tiene fines educativos; aún más, esta debe aplicarse con intervención, apoyo y participación de la familia.

Por último, para reafirmar el carácter de prevención especial que tiene la Ley de Justicia Penal Juvenil basta mencionar los objetivos establecidos para la ejecución de las sanciones en el artículo 133<sup>23</sup>. El cumplimiento de la sanción debe realizarse para fomentar actitudes sociales en los jóvenes que les permitan el desarrollo personal y su reinserción familiar y social, es decir, la sanción ha de cumplirse con la finalidad de desarrollar las capacidades de los jóvenes.

Si observamos los fines establecidos en la Ley para los jóvenes que han cometido un delito y las obligaciones estatales para con la familia y la niñez, constatamos que no debería existir ninguna diferencia de fondo. El hecho de que un joven haya cometido un delito, no significa que se encuentre privado de todos los derechos constitucionales y legales que tiene para su sano desarrollo.

La política criminal del Estado con respecto a los jóvenes delincuentes debería ser lo más parecida o similar a la política pública que se tiene para la juventud en general. Resaltar diferencias entre jóvenes que han infringido la ley y los que no aparecen como

---

<sup>22</sup> Artículo 123 LJPJ: 'Fin de la sanción. Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.'

<sup>23</sup> Artículo 133 LJPJ: "Objetivo de la ejecución. La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan al menor de edad, sometido a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades."

infractores, es aumentar las dificultades del desarrollo de las capacidades de estos y promover el carácter discriminador que puede tener el derecho penal.

## **B) Las formas de desjudicialización y diversificación de la reacción penal juvenil como indicadores de política criminal**

La idea de la desjudicialización nos lleva al tema de la despenalización, es decir, al asunto de la reducción de la intervención estatal en los conflictos penales. Si bien la justicia juvenil debe entenderse dentro del marco de la prevención especial, esta política criminal, para estar acorde con los principios del derecho penal moderno<sup>24</sup>, ha de fundamentarse en la idea de la intervención mínima, o sea, la de limitar al máximo la intervención estatal por medio de la ley penal. De ahí que la política criminal de un estado con respecto a jóvenes infractores debería tener pretensiones modestas, o sea, promover la diversificación de las reacciones penales. Esto identifica la política criminal de un estado moderno.

Las razones jurídicas y sociales que se exponen en favor de la desjudicialización son básicamente dos. Primero, que la desjudicialización es una forma de practicar los principios de humanidad, de proporcionalidad, de igualdad y de eficiencia que debe buscar el sistema penal. Segundo, que se debe considerar que todos los sistemas de represión y corrección por medio una política criminal fuerte y severa resultan insatisfactorios<sup>25</sup>, máxime tratándose de jóvenes y adolescentes, para quienes la penalización de los conflictos en la mayoría de los casos, en vez de ser una solución a los problemas, los aumenta; esto debido a que los adolescentes se encuentran en una etapa de formación de su personalidad, y la conducta delictiva muchas veces es solo una manifestación de un período de crisis de juventud y desacuerdo con la madurez.

---

<sup>24</sup> Aunque desde la época de la Escuela de la Defensa Social se abogaba por las estrategias de desestigmatización, desinstitucionalización y el rechazo al modelo de tratamiento como consecuencia político-criminal. Véase Kaiser, G., *Introducción a la criminología*, Madrid, Dickenson, séptima edición, 1988.

<sup>25</sup> Kaiser, *op. cit.*, p. 52.

La desjudicialización favorece a todos. Al *adolescente* por cuanto por este medio se eliminan las posibilidades de estigmatización e institucionalización que significa siempre someterse a un proceso penal. A la *comunidad*, ya que por medio de ella medio se promueve la participación de los sectores sociales que realmente pueden hacer efectiva la idea de la resocialización y de la reeducación de los adolescentes, así como los fines de la prevención especial. A la *víctima*, pues de una manera más real se puede lograr una forma de reparación de los daños o recuperación de los derechos del ofendido por el delito; constituye una posibilidad de enfrentar al autor y a la víctima que puede tener un gran potencial educativo para el adolescente. Por último, también la desjudicialización favorece la reducción de los costos de la *administración de la justicia*, que siempre serán insuficientes y deficientes para la prestación de un servicio público de calidad, ya que por lo general los sistemas de administración de justicia tienden, por razón de los costos, a reducir y hasta a eliminar los derechos y las garantías procesales de los jóvenes y adolescentes.

En Costa Rica, la Ley de Justicia Penal Juvenil ha incorporado formas de desjudicialización que nos pueden servir como indicadores para definir la política criminal del Estado para los jóvenes infractores penales. La desjudicialización puede enfocarse desde dos niveles: un primer nivel en la fase inicial o de investigación, en el cual se puede aplicar el criterio de oportunidad reglado, y un segundo nivel en la fase jurisdiccional, con institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Se establece un grupo de soluciones<sup>26</sup> que procuran que los adolescentes no sean llevados masivamente a la jurisdicción penal para jóvenes. Son mecanismos que se ejecutan desde las fases iniciales del proceso, que se basan sobre todo en el axioma de *ultima ratio* y tienen como finalidad la reducción de la intervención jurídico-penal. Así, se puede aplicar: el criterio de oportunidad reglado (la ley establece cuándo se puede desistir de la persecución penal), la conciliación ~arreglo directo entre el joven y la víctima) y la suspensión del proceso a prueba (el juez decide paralizar el

---

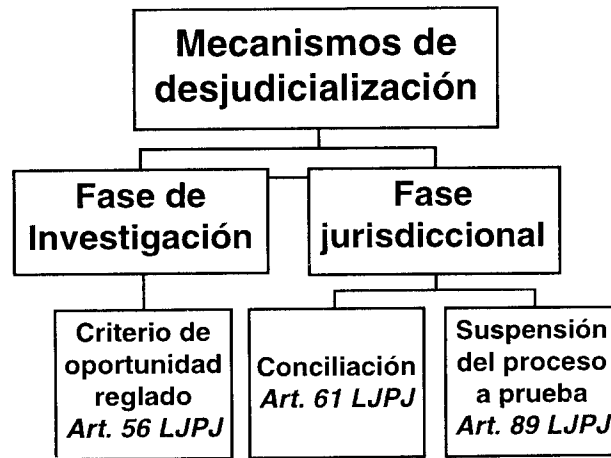
<sup>26</sup> Se trata de mecanismos que deben llevarse a cabo en diferentes etapas del proceso.

proceso y puede imponer una orden de orientación y supervisión). En la Ley de Justicia Penal Juvenil no se regula la remisión<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup>

Pese a que en Costa Rica la remisión no se halla regulada en el nivel legal, expondremos en esta nota las características fundamentales de este instituto, vigentes en otros países como Brasil y El Salvador. La remisión entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal, y con frecuencia la reordenación hacia servicios apoyados por la comunidad; se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso; esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia penal para jóvenes (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). Dado que en muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta, la remisión desde el comienzo y sin envíos a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima; así sucede cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo. Como se prevé en el artículo 11.2 de las Reglas de Beijing, la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la Policía, el Ministerio Fiscal u otros órganos como los tribunales juntas o consejos. Puede realizarse de acuerdo con las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las Reglas de Beijing. No debe limitarse necesariamente a los casos menores (de bagatela), de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante. La regla 11.3 de la normativa citada pone de relieve el requisito principal de asegurar el consentimiento del joven delincuente (O de sus padres o tutores) con respecto a las medidas de remisión recomendadas (la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso); no obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el adolescente algunas veces podría prestarlo por pura desesperación. Las Reglas de Beijing subrayan que se deben tomar precauciones para disminuir al máximo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión; los jóvenes no han de sentirse presionados para dar su consentimiento en los programas de remisión (por ejemplo, a fin de evitar la comparecencia ante el tribunal), por lo cual se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la convivencia y que intervenga una autoridad competente cuando así se solicite en las actuaciones relativas a delincuentes juveniles. La regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutivas viables del procesamiento ante la justicia penal para jóvenes en la forma de una remisión basada en la comunidad. Véase González Alvarez, O., "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9., n° 13, 1997, p. 116.



Cada uno de estos mecanismos serán desarrollados en los puntos siguientes.

### 3. LA DESJUDICIALIZACIÓN COMO LA MEJOR FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS PENALES DE LOS JÓVENES

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40.3.b, establece:

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas (...) siempre que sea apropiado y deseable, 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."

Esta disposición es fruto de una corriente doctrinal que aboga por la desjudicialización en la resolución de conflictos, principalmente de índole penal, y busca su aplicación efectiva en el derecho penal juvenil. Así, la filosofía subyacente a la labor de promover alternativas consiste en reducir en la mayor medida posible el número de niños y adolescentes privados de libertad, y no en ampliar el número de individuos sujetos a diversas normas de control penal<sup>28</sup>. Es claro que en una gran mayoría de casos la no intervención judicial constituye la mejor respuesta para jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal. La desjudicialización es la búsqueda de

soluciones por otros medios, diferentes de la tradicional forma de intervención jurídico-penal.

Si no es posible todavía eliminar del todo la intervención penal, al menos debemos reducir o minimizar la intervención de los medios de control formal. Para ello se debe disminuir la intervención de los operadores del sistema penal como, por ejemplo, las policías, el Ministerio Público y el sistema penitenciario. La no intervención o minimización de esta por parte de los operadores del sistema nos lleva a plantearnos un modelo de justicia en que lo protagónico sea la comunidad, la escuela, la familia, las asociaciones, etc. Este modelo de justicia en una fase de elaboración se refleja claramente no solo en el artículo mencionado de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, sino también en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores<sup>29</sup>:

Artículo 1.3. "Con el objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir, con arreglo a la ley y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad."

Las orientaciones consagradas en el artículo 1 de las Reglas de Beijing se refieren a la política social en su conjunto. Tienen por objeto promover el bienestar del joven en la mayor medida posible, lo que permitirá reducir al máximo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia penal juvenil, así como los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención judicial, particularmente la penal. Estas medidas de atención de los jóvenes con fines de

---

<sup>28</sup> Carranza, Elías, *Criminalidad: ¿prevención o promoción?*, San José, EUNED, 1994, p. 107.

<sup>29</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución n° 40/33, de 29 de noviembre de 1985, por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, artículo 17 b) y c).

prevención del delito constituyen requisitos básicos de una política pública en materia de juventud.

El destacado aporte de una política social constructiva respecto de la persona menor de edad puede desarrollarse, entre otros ámbitos, en la prevención del delito y la delincuencia juvenil. La justicia de jóvenes forma parte importante de la justicia social (1.4 Beijing) y se requiere perfeccionar esta, particularmente la destinada a los adolescentes de manera continua para que esté acorde con la evolución del sistema de justicia juvenil.

#### "Remisión de casos

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

11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo de los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al conocimiento del menor o al de sus padres o tutor, sin embargo la decisión relativa a la remisión se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite."

En el mismo sentido se pronuncian también las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil:

Artículo 1.2: "Para tener éxito, la prevención de la delincuencia juvenil requiere, por parte de toda sociedad, esfuerzos que tiendan a garantizar un desarrollo



armónico de los adolescentes, que respete y promueva su personalidad a partir de la primera infancia."<sup>30</sup>

Algunos argumentos relevantes para apoyar la idea de la desjudicialización en favor de los jóvenes son los siguientes:

- La socialización se produce en la comunidad, y no por medios formales de control como lo son las instancias judiciales.
- La justicia penal es cara, selectiva, estigmatizante e inconveniente para jóvenes que se encuentran en proceso de formación.
- La judicialización produce un efecto distorsionado en la comunidad, al pensar esta que el delito se elimina por dicho medio, lo cual sabemos que no es cierto.
- Un argumento ético: ¿Por qué responder al delito en forma drástica y violenta, si es posible y conveniente utilizar otras formas?

Al contrario del derecho penal de adultos tradicional, el modelo de justicia penal juvenil se caracteriza por la acentuación en resolver el menor número de conflictos en un nivel judicial, de ahí que las medidas desjudicializadoras forman parte fundamental de él. La diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal por medio de la remisión y la conciliación entre autor y víctima.

#### **4. FINES Y PRINCIPIOS DE LA DESJUDICIALIZACIÓN PENAL JUVENIL**

Pese a que declara fines como la rehabilitación o la resocialización, a la justicia penal tradicional de adultos la caracteriza, más bien, la retribución o, en algunos casos, el castigo por el castigo, sin tener realmente programas efectivos para cumplir con esos fines declarados.

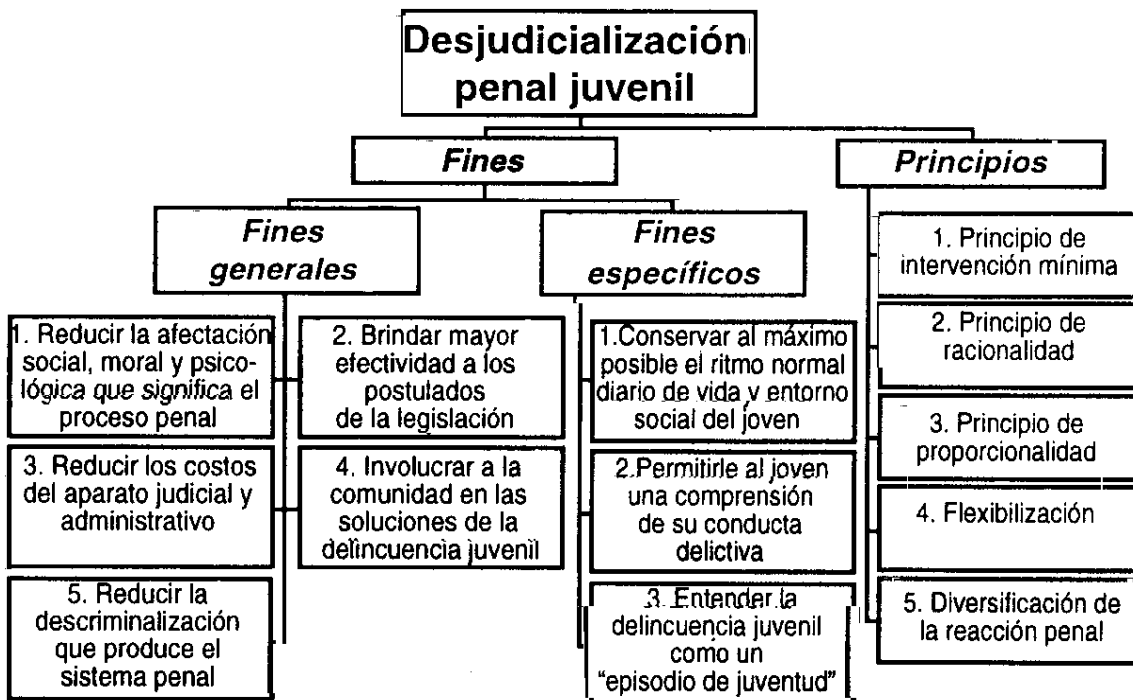
---

<sup>30</sup> Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución n° 45/112 por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

El establecer un sistema diferente del tradicional de adultos cuando es un joven o adolescente el autor del delito, se debe iniciar con la tarea de levantare! velo que imperaba en los sistemas punitivos tutelares y aceptar que, pese a sus conductas delictivas, los adolescentes que han delinquido, siguen siendo *sujetos de derechos*, y no meros objetos de castigo, derechos que no solo involucran las garantías legales para los jóvenes, sino muy particularmente las garantías sociales, como el derecho a la educación, familia, vivienda, en fin, el derecho al desarrollo de su personalidad en un ambiente sano.

A partir de este nuevo paradigma que implica entender a los adolescentes como sujetos de *derechos integrales*, se puede comprender también la desjudicialización como manifestación de un reducido control jurídico-penal sobre las conductas de los jóvenes, o de un control penal formal únicamente *cuando sea necesario*. Solo si tenemos presente este postulado, podremos responder al "para qué de la desjudicialización", cuyas respuestas representan los fines y metas por alcanzar, dentro de un enfoque en el que la política social y la política criminal del Estado se hallan estrechamente relacionadas.

Esquemáticamente, los fines y principios de la desjudicialización en materia penal juvenil se pueden representar así:



## A) Fines generales

### i. Reducir la afectación social, moral y psicológica que significa el proceso penal.

Uno de los objetivos fundamentales de establecer formas de desjudicialización consiste en fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan al joven o adolescente su permanente desarrollo personal e impidan el alejamiento de su familia, lo cual a su vez contribuye al proceso de educación sin la estigmatización que significa el proceso penal y una eventual una sanción.

Así, se debe procurar que el adolescente no se vea afectado social, moral ni psicológicamente con el proceso penal. Se considera inconveniente someter al joven o adolescente a un proceso que, de seguro, le causará problemas de carácter psicológico o social. La crítica de la teoría del etiquetamiento respecto del efecto estigmatizador es una de las justificaciones más frecuentes y correctas para

implementar la desjudicialización en un programa alternativo o como renuncia total a la persecución jurídico-penal<sup>31</sup>.

La desjudicialización también busca evitar la sanción formal y, concretamente, la imposición de una sanción privativa de libertad. De ahí que constituya una forma de reducir el uso de la sanción privativa de libertad, lo mismo que del aislamiento y la separación de los grupos a los que pertenece el joven: "La gran ventaja de la desjudicialización frente a las sanciones es que evita en gran medida la desintegración y estigmatización del delincuente, reconociéndolo y respetándole al mismo tiempo su personalidad."<sup>32</sup>

**ii. Brindar mayor efectividad a los postulados o principios establecidos en la legislación.** Tradicionalmente las legislaciones se caracterizan por normas enunciativas de derechos o postulados teleológicos que se refieren a fines como la reinserción social, la rehabilitación, el interés superior del niño, entre otros. Sin embargo, son pocos los casos en los cuales estos fines se llevan a la práctica; en otras palabras, las leyes se convierten en leyes enunciativas de hermosos principios, pero que en la realidad tienen poca o ninguna vigencia en la realidad o su aplicación. Por tal motivo se conoce una lamentable tradición latinoamericana, la de la dicotomía entre lo que la ley dice y lo que se hace, es decir, entre la teoría y la práctica judicial y administrativa.

Por medio de la desjudicialización, en particular de la remisión a programas de carácter social, realmente se estarían cumpliendo los principios rectores de una protección integral, de la búsqueda de la formación y la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad. Significa convertir en efectivos los derechos de los jóvenes y los adolescentes.

---

<sup>31</sup> Albrecht, P.A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, traducción al castellano de Juan Bustos Ramírez, 1990, p. 587.

<sup>32</sup> Kaiser, G., *op. df.*, p. 197.

Vista desde esta perspectiva, la desjudicialización es además una forma de promover la participación de las organizaciones no gubernamentales y la comunidad en los programas orientados a los fines de la protección de los derechos del adolescente e, igualmente, de salvaguardar los intereses de las víctimas. En este sentido resulta de especial relevancia, ya que son cada vez más escasos los programas públicos, mientras que la complejidad social de un joven infractor penal "tipo" requerirá asistencia y ayuda que no siempre aquellos le pueden dar<sup>33</sup>.

**iii. Reducir los costos del aparato judicial y administrativo.** Un hecho de todos conocido y que parece no requerir mayor explicación, es el de que el funcionamiento de la administración de la justicia en todos los países resulta cada vez más caro, además de que la justicia, y en particular la juvenil, no siempre constituye una prioridad en el orden de gastos de los gobiernos. En Costa Rica solo para iniciare! primer año de aplicación de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el Poder Judicial solicitó al Ministerio de Hacienda la suma de 720 millones de colones: el Ministerio de Justicia, por su parte, gastó la suma de 110 millones de colones para acondicionar las instalaciones del llamado Centro de Detención Juvenil San José. Estos dos datos nos reflejan que en los niveles judicial y administrativo el Estado costarricense ha gastado, durante el primer año de vigencia de la Ley, la suma de 830 millones de colones (\$3 400 000,00), y quizá más ya que se requiere una investigación específica sobre los costos de la justicia juvenil para determinar realmente a cuánto ascienden tales costos.

Solo estos datos anteriores nos deberían obligar a pensar en si se están utilizando correctamente los recursos públicos, y cuestionarnos estos gastos para que tales

---

<sup>33</sup>

Cuando nos referimos a un infractor tipo, estamos indicando el que coincide con el perfil social elaborado por el suscrito y que tiene las siguientes características: de sexo masculino; su edad es mayor de 15 y menor de 18 años; reside primordialmente en las zonas marginales urbanas; presenta un retraso escolar de cuatro años o más; trabaja en actividades que no requieren calificación laboral: contribuye al sostenimiento del grupo familiar; el padre o la madre son desempleados o subempleados; proviene de una familia que es incompleta o desintegrada con ausencia del padre; convive el mayor tiempo fuera de su núcleo familiar, con grupos de iguales; presenta adicción a drogas livianas y fuentes; muestra problemas de socialización o integración con grupos diferentes del de pertenencia. Estos factores pueden provenir de los criterios de selección de las instancias de control formal penal.

recursos se empleen en programas educativos, sociales, de apoyo a las familias de los jóvenes, en brindarles mayores oportunidades formativas y, en fin, utilizar de una forma inteligente los recursos económicos.

Con la desjudicialización y la intervención de programas sociales se busca reducir los costos de la administración de la justicia por medio de iniciativas públicas y privadas que, con toda seguridad, tendrán más éxito con los jóvenes que la justicia tradicional.

Otro argumento importante para favorecer la desjudicialización es el siguiente: Es conocido que la mayoría de delitos que cometen los adolescentes son los de bagatela, como por ejemplo, delitos contra la propiedad, hurtos, faltas y lesiones leves; en una segunda categoría se ubicarían los delitos de una mediana peligrosidad (delitos con penas menores de tres o cinco años de prisión); y son menos frecuentes los delitos graves, como los sexuales, con violencia o contra la vida. Aquella mayoría de delitos generalmente ínfimos, no son razón suficiente para poner a funcionar todo el costoso aparato de la administración de justicia, atendiendo al aforismo *De minimis non curat pretor* ("Los jueces no conocen de las cosas pequeñas"), es decir, se debe aplicar la ley penal solo a los casos que realmente lo ameritan, y no a casos insignificantes. De ahí que deberíamos aplicar medidas desjudicializadoras, por principio, a todos los delitos de bagatela; dejarlas como posibles, y con intervención de otras instancias formales (por ejemplo, con instrucciones de conducta), para los delitos de mediana peligrosidad; y solo dejare! proceso formal para los delitos graves, por las exigencias instrumentales y simbólicas respecto del sistema que deben ponerse en consonancia con los controles estatales socialmente organizados.

**iv. Involucrar a la comunidad en las soluciones de la delincuencia juvenil.** La idea generalizada que la comunidad tiene de los jóvenes delincuentes, los considera como nocivos. Así, la opinión pública se orienta hacia la idea de reprimir con penas severas a dichos grupos. Para fundamentar estas posiciones tan radicales, se esgrimen argumentos empíricos que tratan de demostrar la creciente *inseguridad ciudadana* y altas tasas de criminalidad; por ejemplo, se argumenta que la criminalidad aumenta

porcentualmente año tras año, y que los delitos de bagatela se transforman en delitos graves<sup>34</sup>; como responsables de este "aumento" de la criminalidad e inseguridad generalmente se menciona a los jóvenes, sobre todo a aquellos de las zonas urbanas marginales.

Sin embargo, estos datos deben manejarse con mucha cautela, ya que pueden tener efectos distorsionadores y generar un alarmismo infundado. En realidad no hay que fijarse solo en el aumento de las tasas porcentuales de delincuentes, sino también en lo que eso significa en relación con el aumento de la población de país y con la implementación de políticas internas y externas; además, se deben tomar en cuenta los profundos cambios sociales, los períodos de crisis económicas, las guerras y los eventos naturales, entre otros<sup>35</sup>. Asimismo, no resulta cierto, en muchos casos, que los jóvenes cometan más delitos o delitos más graves que los adultos. Tampoco se pueden interpretar los aumentos estadísticos al margen de muchos otros factores como, por ejemplo, las cifras oscuras de la delincuencia, los estudios de reincidencia, la relación entre el delito y la pobreza, lo mismo que la relación entre droga y delito<sup>36</sup>.

Podríamos resumir diciendo que, pese a que debe procurarse que las comunidades o sociedades sean más tolerantes, la mayoría proponen *soluciones tradicionales* al problema de la delincuencia en general y en particular a la delincuencia juvenil. Esta respuesta tradicional se concreta en la idea de *endurecer* el sistema penal y esto significa aumentar y militarizar a la policía, aumentar y endurecer las penas e incrementar el número de personas detenidas<sup>37</sup>.

Estas respuestas tradicionales y negativas de las comunidades, producto de una distorsión del fenómeno delictivo, podrían reducirse y hasta eliminarse mediante una desjudicialización con intervención comunal que les permita a las comunidades

---

<sup>34</sup> Albrecht, P-A., *op. dL*, pp. 21-22.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 23.

<sup>36</sup> *Ibid*, p. 30.

<sup>37</sup> González Álvarez, D., "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 13, año 9, 1997, p. 112.

reconocer que la mayoría de jóvenes delincuentes son recuperables, capaces de cumplir tareas o trabajos de utilidad pública en beneficio de todos. Además, representaría una forma de *educar* a la población en los derechos de los jóvenes delincuentes y aumentar la conciencia solidaria necesaria en toda comunidad.

Con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se pone en evidencia tanto que la condición material de la infancia resulta directamente dependiente de su condición jurídica, cuanto el hecho de que la ley es demasiado importante como para que no sea preocupación de la sociedad<sup>38</sup>.

**v. Reducir la descriminalización que produce el sistema penal.** Si bien es cierto la investigación criminológica no ha demostrado que exista una clara conexión de causas entre las condiciones de marginalidad social (veáse el perfil social del infractor penal en la nota 33) y la delincuencia, por lo que la relevancia de las condiciones sociales para un pronóstico delictivo siempre es reducida, también es cierto que la mayoría de la "clientela" de la delincuencia juvenil registrada e institucionalizada pertenece a los grupos sociales económicamente débiles de la sociedad.

Lo anterior confirma la idea de que el sistema penal es discriminador especialmente para con los jóvenes. Esto debido a que, con las ideas de "protección y asistencia" de modelos de justicia juvenil como el tutelar, las desigualdades producidas por el sistema de control formal serán siempre mayores, al extremo de judicializar solo a los grupos de niños y jóvenes pobres. A pesar de la superación del modelo tutelar, los sectores socialmente estigmatizados serán siempre los objetos del control formal.

De ahí que la desjudicialización ayude a reducir la descriminalización o trato desigual del sistema de justicia. Sin embargo, también debería cuestionarse si la desjudicialización con intervención social no aumentaría las redes de control formal no

---

<sup>38</sup> 38García Méndez, E., "Legislaciones infanto-juveniles en América Latina", en: Ministerio de Justicia de El Salvador y otros (editores), *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, Editorial Hombres de Maíz, 1995, p.37.



judicial de los sectores más pobres de la sociedad. La desjudicialización de los problemas legales de los jóvenes con intervención o sin ella, debería ser de tal forma que no se convierta en una ampliación de las redes de los controles sociales y no produzca precisamente la que queremos evitar: la estigmatización y negación de oportunidades para los jóvenes.

En todo caso, hay que decir que actualmente el sistema penal, y muy en particular las sanciones, se aplican de manera restrictiva porque se limitan a determinados grupos de delincuentes o al ámbito de ciertos delitos. Por lo tanto, debería promoverse un desplazamiento del control formal penal hacia medidas desjudicializadoras (con intervención o sin ella), especialmente para casos leves<sup>39</sup>.

Como criterio paralelo a todos los expuestos, se podría considerar que la desjudicialización consiste en rescatar y dar plena vigencia al principio de *humanidad* o, mejor dicho, en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos de los jóvenes. Así, se puede afirmar, como lo hace Kaiser, "...que la desjudicialización es superior en humanidad y en efectividad en relación con las penas"<sup>40</sup>.

## **B) Fines específicos**

La desjudicialización también cumple con los fines de prevención especial que, desde mi punto de vista, son los más importantes en un sistema de justicia juvenil. Sin pretender agotar estos fines ni tampoco que el orden aquí expuesto signifique una importancia jerárquica, vamos a presentar, a manera de ejemplo, algunos de estos fines de prevención especial que se cumplen por medio de la desjudicialización.

**i. Conservar al máximo posible el ritmo normal diario de estudio trabajo y entorno social del joven.** Este fin buscado con la desjudicialización consiste en que el adolescente conserve su ritmo diario normal de estudio, de trabajo y entorno social,

---

<sup>39</sup> Kaiser, G., *op. cit.*, p. 198.

<sup>40</sup> *Ibid*, p. 194.

pese a encontrarse sujeto a una investigación penal o pese a haber sido acusado de infringir una ley penal.

Los órganos de persecución penal deberían, en todo caso, preguntarse si es conveniente, para el cumplimiento de fines educativos, ejercer la acusación penal o si, por el contrario, no sería más conveniente remitir al joven a programas educativos, que no afecten su vida cotidiana, esto en especial para la mayoría de delitos cometidos por los jóvenes, que, como observamos, son de bagatela.

En primer lugar, la desjudicialización procura tener un efecto directo en la persona del adolescente, de tal forma que la reacción institucional no sea igual de violenta, o más violenta, que la conducta delictiva misma. Pero además busca reducir al máximo la intervención del sistema penal mediante sanciones de ejecución ambulatorias que a la vez tienen la positiva consecuencia de que, en muchos casos, el joven no será sustraído de la supervisión de sus padres o responsables, tampoco de su comunidad ni de la vida regular que llevaba antes de la comisión del delito. De esta forma se cumplen mucho mejor los objetivos educativos del sistema de justicia juvenil, en el tanto no se requiera la institucionalización que podría significar la imposición de una sanción formal.

**ii. Permitirle al joven una comprensión de su conducta delictiva.** En los viejos modelos sobre legislación de personas menores de edad (doctrina de la situación irregular), los jóvenes o adolescentes no son considerados responsables; por el contrario, se trata de sustraerlos del proceso penal por la idea de que son penalmente irresponsables, ya que teóricamente no pueden cometer delitos. Solo se los considera objeto de protección.

Con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se establece que sí es posible atribuir una responsabilidad penal atenuada en caso de que los jóvenes cometan una infracción tipificada por la ley como delito<sup>41</sup>.

Para la realización de este fin se debe presumir *iuris tantum* que los jóvenes poseen la capacidad de comprender los actos delictivos, que son personas con derechos pero también con responsabilidades cuando afectan los derechos de otro. Actualmente sería muy difícil sostener que los jóvenes tienen una incapacidad generalizada o una falta de capacidad para comprender la ilicitud del hecho<sup>42</sup>. Como consecuencia de estos postulados, los modelos de justicia penal juvenil integran en sus normas los principios de responsabilidad, tipicidad y culpabilidad.

Sin embargo, ello no significa que se les pueda someter a la jurisdicción penal de adultos, puesto que aún se encuentran en proceso de desarrollo y formación de la personalidad. Además, están excluidos de todo sistema penal los niños cuya edad es menor que el límite de imputabilidad penal<sup>43</sup>, pues se presume que ellos no tienen capacidad para infringir las leyes penales<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por Costa Rica por la Ley n° 7184, de 18 de julio de 1990, publicada en *La Gaceta* n° 149 de 9 de agosto de 1990. Artículo 40, inciso 1: Los Estados Partes reconocen el Derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el derecho del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad,"

<sup>42</sup> Sin que lo anterior signifique que en un caso particular al menor de edad no se le puedan aplicar las atenuaciones por trastornos mentales transitorios o permanentes como a los mayores de edad. Tiffer Sotomayor, C., *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales*, San José, Juritexto, 1996.

<sup>43</sup> Se debe considerar que nuestro ordenamiento Opta por un criterio cronológico para la determinación de la edad de responsabilidad penal y se aleja completamente del criterio del *discernimiento* instaurado en la ley procesal alemana.

<sup>44</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Artículo 40, inciso 3: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales,

Junto al fin represivo del derecho penal juvenil (la justicia juvenil no pierde su carácter de derecho penal), se debe procurar el fin pedagógico, es decir, que el joven comprenda su conducta delictiva. Esto tiene importancia dentro de un modelo de responsabilidad para que el joven fortalezca también el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros. La desjudicialización con intervención como podría ser mediante la reparación de daños a la víctima o el enfrentamiento entre autor y víctima- es, sin lugar a dudas, un medio mucho más eficaz para lograr que el joven comprenda la ilicitud de su conducta, la afectación de derechos de terceros y, además, su deber de procurar llevar una vida futura sin la comisión de delitos.

**iii. Entender la delincuencia juvenil como un ~'episodio de juventud'.** Hay que considerar que opiniones calificadas<sup>45</sup> informan de que los adolescentes y los jóvenes atraviesan por una etapa de inmadurez en la cual el realizar algunas conductas prohibidas estimula la definición de su personalidad y marca el paso a la edad adulta. "El delito en los jóvenes entre los 12 y 18 años es una conducta *normal* debido a un periodo de crisis de juventud y desarmonía con la madurez, ya que se encuentran en una fase transitoria y con perturbaciones de adaptación. Además, la delincuencia juvenil no es una manifestación sólo de las clases sociales más pobres, ni de los sujetos estigmatizados social mente."<sup>46</sup>

Habría que revisar críticamente el comportamiento de la generación de adolescentes de los años noventa para observar que la conducta delictiva de los jóvenes de esta década no presenta grandes diferencias en cuanto a los adolescentes de los años ochenta, setenta o sesenta. ¿O es que estos jóvenes de los noventa cometen más actos delictivos que los de las generaciones pasadas? Si bien es cierto

---

en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales."

<sup>45</sup> Kaiser, G., *op. cit.*, p. 190.

<sup>46</sup> Tiffer Sotomayor, C., "Prevención y delincuencia juvenil", en: *La Nación* (Costa Rica), domingo 28 de setiembre de 1997, p. 15.

hay algunas particularidades en cada generación, la adolescencia se caracteriza por ser siempre un período de *crisis*, que con mucha facilidad puede llevarnos hacia la estigmatización de los grupos de adolescentes como *jóvenes problema* y de ahí es muy fácil llegar a la idea de que estos jóvenes son delincuentes.

Lo anterior nos debería llevar a la conclusión de que muchos de quienes actualmente somos adultos, también hemos pasado por un período de crisis en la adolescencia, y esto no significó un obstáculo para que la mayoría se integrara socialmente; en otras palabras, la adolescencia no implicó el inicio de una carrera delictiva. Tal situación debería justificar que la reacción y la intervención judicial sea lo menor posible, ya que los delitos (al menos la gran mayoría) son producto de lo que podríamos denominar *crisis de juventud*.

Por medio de la desjudicialización y la intervención mínima se posibilita la idea de que la participación de un adolescente en un hecho delictivo sea sólo un *episodio* en el desarrollo completo de su vida.

### **C) Principios**

Para garantizar el cumplimiento de estos fines, se deben respetar y cumplir los siguientes principios, los cuales pasamos a detallar:

**i. Principio de intervención mínima.** Uno de los principios más modernos del derecho penal y que tiene una importancia fundamental en nuestra época, es la *intervención mínima*, que en la justicia juvenil debería ser "re-mínima". Esto significa que el control formal penal debe dejarse únicamente para los casos y las conductas graves que así lo ameriten, a fin de mantener el *equilibrio social* que procura el sistema de justicia penal.

En relación con este principio, Kaiser nos dice que "la necesidad de limitar la justicia penal y en especial la pena privativa de libertad se extrae, además de su cualidad de *ultima ratio* de las sanciones jurídico penales, que los motivos de seguridad

no justifican una privación de libertad sino en pocos casos, y una seguridad así obtenida es de naturaleza transitoria"<sup>47</sup>.

En el modelo de justicia penal juvenil, la intervención mínima se refleja desde la fase de la denuncia hasta la fase de ejecución de las sanciones. Por medio de la remisión y el principio de oportunidad, los operadores jurídicos (principalmente el Ministerio Público) deben cuestionarse en todo caso la conveniencia de la acusación, y preguntarse si la paz social, perturbada por el delito, se restablece con la acusación penal del joven.

La intervención mínima no solo debería expresarse en la etapa inicial, con la denuncia y la decisión del Ministerio Público. Por el contrario, resulta necesario que esté presente en todos los niveles de intervención judicial y muy particularmente en la etapa final, o decisoria, en la cual se debería escoger, en caso de una condena, la reacción menos gravosa y aflictiva para el joven.

**ii. Principios de racionalidad y proporcionalidad.** Si bien estos principios ya se expusieron en el capítulo segundo de este libro, retomaremos aquí unos puntos básicos para relacionarlos con la desjudicialización penal juvenil.

El principio de racionalidad se expresa generalmente en el *uso restringido de la aplicación de sanciones a los jóvenes y en imponerla pena privativa de libertad como ultima ratio*<sup>48</sup>. Este principio de orden constitucional<sup>49</sup> debe tener plena vigencia en el sistema de justicia juvenil, y no solo poder expresarse en la etapa de la imposición de la sanción, sino por el contrario, desde antes de la iniciación del proceso. Esta perspectiva amplia de la racionalidad daría fortaleza a la desjudicialización y ayudaría,

---

<sup>47</sup> Kaiser, G., *op. cit.*, p. 193.

<sup>48</sup> Véase en este sentido: López Marchena, N. M. y Xatruch Ledezma, K. N., *La racionalidad en el uso de la cárcel: un pasa entre la legitimidad y el abolicionismo*, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1995, p. VI.

<sup>49</sup> Armijo, O., *Enfoque procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, San José, Unión Europea, 1997, pp. 21-53.

además, a que la justicia juvenil sea menos represiva que la justicia tradicional de adultos.

La proporcionalidad procura, en general, mantener un equilibrio entre la sanción impuesta a un joven y el grado de su participación y culpabilidad. En forma práctica el principio de proporcionalidad significa que, dentro de una pluralidad de medidas posibles y todas adecuadas, se deben escoger aquellas que menos perjudiquen al joven sujeto del proceso. La proporcionalidad en las decisiones de los operadores del sistema debería ser un principio que tenga vigencia y aplicación no solo desde la perspectiva de la sanción y la culpabilidad, sino desde toda la perspectiva de la intervención judicial. Por medio de él se puede llegar realmente a una efectiva vigencia del principio, establecido en la mayoría de las legislaciones juveniles, del interés superior del niño<sup>50</sup>.

Es importante que estos principios de racionalidad y proporcionalidad tengan vigencia tanto en el momento de imposición de la sanción como durante todo el proceso<sup>51</sup>, es decir, la racionalidad y la proporcionalidad también deberían aplicarse desde la investigación así como durante la etapa de una eventual ejecución de la sanción, de modo que toda la intervención jurisdiccional se halle amparada por estos principios.

**iii. Flexibilización y diversificación de la reacción penal.** Al contrario del sistema penal tradicional de adultos, que se caracteriza por la rigidez, la justicia juvenil debería identificarse por su flexibilidad y diversificación de la reacción penal.

---

<sup>50</sup> Véase el artículo 7 LJPJ: "Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho."

<sup>51</sup> Por ejemplo, una contravención no justificaría la realización de todo el proceso que está concebido en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, y debería solucionarse por los medios informales previstos: igualmente, para delitos menores o con mínima o insignificante afectación del bien jurídico se podría aplicar el principio de oportunidad, la conciliación o la suspensión del

El principio de flexibilización procura que se agilice la actuación de los órganos de control jurídico-penal.

En la justicia tradicional de adultos *ya se conoce* cual será la reacción penal. Por ejemplo, si se denuncia un hecho, se sabe que el Ministerio Público muy probablemente ejercerá la acusación; asimismo, que es muy probable que se decrete una medida cautelar como la prisión preventiva; además se sabe que, si las pruebas lo acreditan, el juez impondrá una sanción generalmente de prisión y por un plazo fijo que el sentenciado deberá cumplir.

En forma contraria, en el sistema de justicia juvenil queremos que la reacción de los órganos de justicia sea flexible y diversa. Por ejemplo, si se presenta una acusación, que el Ministerio Público tenga la posibilidad de *remitir* al joven a programas educativos, o bien, que ejerza el *criterio de oportunidad* y diversifique la reacción penal sin intervención. Si decide acusar, que el juez tenga la posibilidad de diversificar su reacción a través, por ejemplo, de una *conciliación*. Igualmente, si se decide imponer alguna medida cautelar, que esta no sea solo la detención provisional, sino que también pueda sustituirse por alguna *regla de conducta* (órdenes de orientación y supervisión). Asimismo, que exista la posibilidad de que se *suspenda el proceso* sin necesidad de ir a juicio. Si las pruebas y la necesidad obligan al juez a condenar, que tenga una *amplia gama de sanciones* en las cuales priven las socioeducativas y que estas se puedan interponer conjunta y alternativamente de manera tal que se apliquen las que menos afecten derechos. Si debe ejecutarse la sanción, que exista la posibilidad de una *suspensión anticipada* o de una sustitución por otra pena menos gravosa.

Un sistema así concebido tendría la suficiente flexibilidad y variedad de reacción penal para ayudar a cumplir efectivamente fines educativos. Eso sí, dicha flexibilización debería enmarcarse siempre dentro de los principios de legalidad y caracterizarse por ser un proceso limpio y transparente.



Estas ideas de la flexibilización han sido incorporadas en el modelo de justicia penal juvenil costarricense y se encuentran inspiradas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores<sup>52</sup>.

## 5. DIMENSIÓN LEGISLATIVA COSTARRICENSE DE LA DESJUDICIALIZACIÓN PENAL JUVENIL

En Costa Rica, según la Ley de Justicia Penal Juvenil, la desjudicialización puede enfocarse desde dos niveles: un primer nivel en la fase inicial o de investigación, en el cual se puede aplicar el criterio de oportunidad reglado, y un segundo nivel en la fase jurisdiccional, con institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

La Ley de Justicia Penal Juvenil<sup>53</sup> es la norma especial que regula la aplicación de sanciones. Las sanciones principales establecidas en esta Ley son de carácter educativo y se dividen en dos tipos: sanciones socioeducativas y órdenes de orientación y supervisión. Como sanción alternativa a estas, se encuentra la privativa

---

proporcional a la culpabilidad demostrada del acusado.

<sup>52</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución n° 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Art. 6.1: "Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones." Art. 18.1: "Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia variedad de decisiones. Entre tales decisiones algunas de las cuales se pueden aplicar 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 formas de tratamiento; f) Órdenes de participar en gestiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes."

<sup>53</sup> Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley n° 7576, vigente a partir del 1 de mayo de 1997.

de libertad. También en esta Ley se regula, aunque de una manera general, la forma de cumplimiento y ejecución de dichas sanciones<sup>54</sup>.

Como señalamos antes, en este cuerpo normativo, se establece un grupo de alternativas<sup>55</sup> que procuran que los adolescentes no sean llevados masivamente a la jurisdicción penal para jóvenes. Con tal objeto, se disponen mecanismos que se implementan en fases iniciales del proceso, basados principalmente en el axioma, ya expuesto, de *ultima ratio* del derecho penal juvenil. Estos mecanismos son: *la aplicación del criterio de oportunidad reglado* (la ley establece cuándo se puede desistir de la persecución penal), *la conciliación* (arreglo directo entre el joven y la víctima) y *la suspensión del proceso a prueba* (el juez decide paralizar el proceso y puede imponer una orden de orientación y supervisión). En esta Ley no se regula la remisión.

#### **A) Criterio de oportunidad reglado**

Según el artículo 56 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, los funcionarios del Ministerio Público tienen la potestad de aplicar el criterio de oportunidad en los siguientes casos:

- 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;
- cuando el menor de edad colabore eficazmente con la investigación para esclarecer el hecho investigado u otros delitos conexos;
- cuando el menor de edad haya sufrido, como consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave;
- cuando la sanción que se espera imponer carezca de importancia.

---

<sup>54</sup> Sin embargo, en la Asamblea Legislativa se está discutiendo un Proyecto de Ley de Ejecución, de las Sanciones Penales Juveniles el cual desarrolla ampliamente los conceptos, procedimientos y formas de aplicación de la amplia gama de sanciones que se pueden aplicar. Este proyecto fue publicado en *La Gaceta* n° 214, del 6 de noviembre de 1997, p. 1.

<sup>55</sup> Se trata de mecanismos que desarrollarse en diferentes etapas del proceso.

El criterio de oportunidad reglado trata de establecer normas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales debería acusarse por un aparente hecho delictivo. Constituye una excepción al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. No se trata de autorizar al Ministerio Público para transar a su antojo con la defensa, sino de reconocer superiores intereses jurídicos que hacen innecesaria la iniciación del proceso y la eventual pena<sup>56</sup>.

El juez debe homologar la decisión tomada por el Ministerio Público, lo cual está concebido como un requisito para darle firmeza al fallo. Esto es lo que conocemos como principio de oportunidad reglado: "El ente acusador no tendrá pleno control de la acusación, sino que siempre sería la autoridad jurisdiccional la que fiscalizaría, en último término la decisión de no perseguir penalmente ciertos casos"<sup>57</sup>.

Un aspecto relevante de esta forma de desjudicialización radica en que su utilización produce cosa juzgada material, es decir, una vez decretado el criterio de oportunidad se extingue la acción penal por razones de seguridad jurídica.

En la práctica, este instituto o solución procesal que promueve la desjudicialización ha sido utilizado regularmente en Costa Rica. De un total de 8882 denuncias que ingresaron al Ministerio Público del 1 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997, se solicitó la aplicación del criterio de oportunidad a 1339 casos, que corresponde al 15,1% del total de denuncias.

## **B) Conciliación**

Los artículos 61 y 62 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señalan, respectivamente, que "La conciliación es un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el menor de edad, quienes serán las partes necesarias

---

<sup>56</sup> González Álvarez, D., "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 7, p. 67.

<sup>57</sup> Cruz, F., "Principios fundamentales de la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica", en: *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n° 8, año 5, marzo 1994, p. 49.

en ella." "El arreglo conciliatorio suspenderá el procedimiento e interrumpirá la prescripción de la acción, mientras su cumplimiento esté sujeto a plazo."

Este mecanismo trata de buscar una solución efectiva al conflicto penal. Constituye un medio informal de control social que procura aplicar la idea de que en materia de justicia penal juvenil la no intervención será la mejor respuesta en muchos casos. Paralelamente, se intenta reconocer el protagonismo que corresponde a la víctima y al acusado del delito. Es, además, una buena posibilidad de solución para el conflicto, a la vez que posee un potencial valor educativo para el joven acusado.

### **C) Suspensión del proceso a prueba**

De acuerdo con el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, "Resuelta la procedencia de la acusación, el Juez, de oficio<sup>58</sup> 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."

La suspensión del proceso a prueba consiste en la interrupción o cesación del proceso, con lo cual se evita llegar a la etapa del debate, en todos aquellos casos en los que procedería la suspensión condicional de la pena; así se vuelve innecesaria la realización de la fase del debate. De esta manera se logra el mismo objetivo con mayor celeridad, menor gasto de recursos humanos y económicos, mayor eficiencia y, lo que es más importante, teniendo siempre como primer presupuesto el interés superior del joven.

Ahora bien, esta suspensión del proceso además posee fines educativos también, pues la Ley establece que junto con la suspensión el juez puede decretar cualesquiera de las órdenes de orientación y supervisión previstas en el artículo 121 (artículo 89 LJPJ).

---

<sup>58</sup> Véase la nota 87 del capítulo 2.

Se debe anotar que la suspensión del proceso a prueba solo procede en los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción de internamiento. Estos son:

- cuando el menor realiza esfuerzos por reparar el daño,
- por la falta de gravedad de los hechos cometidos,
- por la conveniencia del desarrollo educativo o laboral del joven,
- para proteger la situación familiar y social en que este se desenvuelve,
- cuando el menor de edad haya podido construir, por sus propios medios, un proyecto de vida alternativo.

En caso de que proceda la suspensión del proceso a prueba, ello no significa que la persona menor de edad haya aceptado la comisión de los hechos, ni tampoco se espera que este instituto promueva obtener una declaración de culpabilidad anticipada. Resulta claro que si el joven no quiere que se suspenda el proceso a prueba y su deseo es ir ajuicio, no debe existir ningún obstáculo para que la suspensión del proceso a prueba no se produzca.

La duración de la suspensión del proceso a prueba debe estar determinada por la resolución que la dicta; no debe ser mayor de tres años (artículo 90.c LJPJ), siendo este un requisito de validez de esa resolución. Si el joven o adolescente incumple injustificadamente las eventuales condiciones de la suspensión del proceso a prueba, se revocará la resolución que la dicta y se continuará con el proceso. Si cumple con las obligaciones impuestas, el juez, al final del plazo de la suspensión, dictará una resolución dando por terminado el proceso y se archivará el expediente (artículo 92 LJPJ); esta resolución no debe tener las formalidades de una sentencia, pero sí posee el efecto de cosa juzgada material, a la vez que produce la extinción de la acción penal.

## **6. SANCIONES EDUCATIVAS COMO SANCIONES PRINCIPALES Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO SANCIÓN ALTERNATIVA**

En Costa Rica, la Ley de Justicia Penal Juvenil ha establecido una amplia gama de sanciones<sup>59</sup>. Este grupo variado de sanciones permiten aplicar, al joven sometido o sentenciado en un proceso penal juvenil, los principios de proporcionalidad y racionalidad, todo esto bajo los criterios de intervención mínima. La Ley establece como principales las sanciones educativas, divididas en dos categorías: unas denominadas sanciones socioeducativas, y las otras son llamadas órdenes de orientación y supervisión. Deja como última alternativa las sanciones privativas de libertad, que incluso se han dividido en tres formas: una primera categoría denominada internamiento domiciliario; la segunda, internamiento durante el tiempo libre (estas dos son de carácter ambulatorio, al igual que las sanciones educativas); y solo se ha dejado como último recurso y alternativa a todas las demás sanciones, el internamiento en centro especializado, que tiene la connotación de una verdadera pena juvenil.

A continuación exponemos la definición y las características más importantes de las sanciones educativas y ambulatorias.

### **A) Sanciones socioeducativas**

Este grupo de sanciones tiene como principal fundamento el artículo 18 de las Reglas de Beijing, el cual establece que "...la autoridad competente podrá adoptar una amplia variedad de decisiones (...) con el fin de que se evite, en la medida de lo posible, el confinamiento en centros penitenciarios".

**i. Amonestación y advertencia.** Esta sanción es de ejecución instantánea y tiene como objetivo llamar la atención del adolescente exhortándolo a que, en lo sucesivo, se acoja a las normas de conducta que exige la convivencia social. La amonestación versará sobre la conducta delictiva realizada y se advertirá al joven que debe procurar llevar una vida sin la comisión de delitos.

---

<sup>59</sup> Véase el cuadro 1 de este capítulo: "Catálogo de sanciones penales juveniles".

Una vez firme la sentencia, el juez penal juvenil citará a una audiencia, en la que pueden comparecer los padres, y ejecutará esta sanción. Se dirigirá al adolescente en forma clara y directa indicándole el delito o contravención cometido y previniéndolo de que, en caso de continuar con su conducta, se le podrían aplicar sanciones más severas, e invitándolo a aprovechar las oportunidades que se le conceden con este tipo de sanción. En el mismo acto el juez puede, de considerarlo procedente, recordar a los padres de familia sus deberes en la formación, educación y supervisión del adolescente. Se dejará constancia por medio de acta que será firmada por el juez y el joven. (Proyecto de Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles<sup>60</sup>, artículos 37 y 38)<sup>61</sup>.

**ii. Libertad asistida.** Consiste en otorgar la libertad al joven sancionado, bajo el control del juez de ejecución de las sanciones penales juveniles; aquel queda sometido, así, a los programas educativos, de orientación o de cualquier otro tipo que se consideren convenientes para su desarrollo.

La forma de ejecución y cumplimiento de la libertad asistida es la siguiente: Una vez firme la sentencia, los funcionarios del Ministerio de Justicia elaborarán un plan individual para el cumplimiento de esta sanción; conforme este plan se ejecutará la libertad asistida, de manera tal que deberá contener los posibles programas educativos o formativos a los que el joven puede asistir, el tipo de orientación requerida y el seguimiento para el cumplimiento de los fines fijados (artículos 39 y 40 PLESPJ).

**iii. Prestación de servicios a la comunidad.** Consiste en la realización de tareas o trabajos gratuitos, de interés general, en entidades públicas o privadas y sin fines de

---

<sup>60</sup> Proyecto de Ley que se halla en trámite actualmente en la Asamblea Legislativa, elaborado por Lic. Carlos Tiffer, y su asistente, Lic. Alejandro Rojas. Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, San José, 8 de agosto de 1997, 46 páginas. En adelante, cuando citemos este proyecto de ley, lo denominaremos PLESPJ.

<sup>61</sup> Kaiser nos indica que la doctrina alemana denomina a una sanción similar a esta: apercibimiento con reserva de pena"; sin embargo, se hace poco uso de ella en la práctica. Kaiser, O., *op. cit.*, p. 197, citando el párrafo 59 StGB.

lucro. Las tareas o trabajos deberán asignarse según las aptitudes y capacidades de los jóvenes y adolescentes, y su cumplimiento no debe perjudicar la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo.

Una vez firme la sanción, el juez de ejecución de las sanciones penales juveniles debe citar al joven sancionado para indicarle el establecimiento donde debe cumplir la sanción. Asimismo, los funcionarios del Ministerio de Justicia elaborarán un plan que debe contener, cuando menos, los datos referentes al lugar, el tipo de servicio y el encargado del joven.

En todos los casos el servicio deberá estar acorde con las cualidades y aptitudes del joven y fortalecer en él los principios de convivencia social.

Toda entidad o programa interesados en emplear a estos jóvenes deben ser aprobados por el Ministerio de Justicia, y se preferirán los programas comunales del lugar de origen del adolescente o donde este tenga su residencia (artículos 41, 42 y 43 PLESPJ).

**iv. Reparación de daños a la víctima.** Consiste en la restitución o resarcimiento, por parte del adolescente sancionado, del daño causado por el delito.

Una vez firme la sentencia en la que se sanciona al joven, los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados del caso elaborarán un plan individual para el cumplimiento de esta sanción. Este plan deberá contener, al menos, los siguientes aspectos cuando la restitución no sea inmediata (artículos 44 y 45 PLESPJ):

- la forma como se desarrollará la restitución del daño;
- el lugar donde se debe de cumplir esa restitución o resarcimiento; los días que el joven le dedicará a tal función, lo cual no debe afectar el trabajo o el estudio del adolescente; y
- el horario diario en que se debe cumplir con la restitución.



**v. Sustitución de la reparación por una suma de dinero.** Se procurará, en todo caso, que el dinero provenga del esfuerzo propio del joven y se buscará que no se provoque un traslado de la responsabilidad personal del adolescente hacia sus padres o representantes.

En caso que el juez de sentencia no lo haya hecho, el juez de ejecución penal deberá valorar los daños causados a la víctima con el objeto de fijar el monto que se pagará. Esta valoración podrá ser realizada por medio de documentos que demuestren el valor del objeto dañado, mediante un dictamen pericial o por regulación prudencial (artículo 46 PLESPJ).

La reparación mejora también la situación de la víctima, que pasa a la posición de cooperante, a cuyas exigencias se atiende y cuyos daños se toman en cuenta y se compensan en la medida de lo posible.

El ámbito aplicativo de la reparación está limitado a determinados grupos de delincuentes, así como a ciertos delitos. Por ello Kaiser estima que esta sanción solo puede considerarse como una pena alternativa de carácter limitado<sup>62</sup>.

## **B) Órdenes de orientación y supervisión**

Con este tipo de medidas se busca reducir al máximo la intervención del sistema penal mediante sanciones de ejecución ambulatorias, que a la vez tienen la positiva consecuencia de que, en muchos casos, el joven no será sustraído de la supervisión de sus padres o responsables.

Técnicamente, estas órdenes de orientación y supervisión pueden aplicarse no solo como sanción definitiva en la fase de ejecución del proceso penal juvenil, sino también como medida alterna. El artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece que, cuando el juez penal juvenil decreta la suspensión del proceso a prueba, puede ordenar conjuntamente el cumplimiento de algunas de estas órdenes de

---

<sup>62</sup> Kaiser, G., *op. cit.*, p. 197.

orientación y supervisión. Asimismo, se pueden utilizar como sustitutos de la detención provisional (artículo 87 LJPJ).

Las órdenes de orientación y supervisión durarán un período máximo de dos años<sup>63</sup> (artículo 128 LJPJ).

**i. Instalarse o cambiarse de residencia.** Esta medida consiste que se prohíbe al adolescente el residir en un lugar determinado cuando se compruebe que el ambiente del lugar donde se desenvuelve resulta perjudicial para su sano desarrollo. El juez penal juvenil debe establecer el lugar donde el joven habrá de residir o donde le estará prohibido hacerlo. Cuando el lugar de residencia no haya sido fijado por el juez penal juvenil, el juez de ejecución penal juvenil deberá definirlo con la colaboración de los equipos técnicos. El equipo técnico de funcionarios del Ministerio de Justicia deberá informar al juez de las alternativas de residencia del adolescente sancionado (en todo caso se procurará que resida con sus familiares) y, por lo menos una vez cada tres meses, del cumplimiento y evaluación de este tipo de sanción.

**ii. Abandonar el trato con determinadas personas.** Consiste en ordenarle al adolescente que se abstenga de frecuentar a ciertas personas adultas o jóvenes que estarían contribuyendo a que aquel lleve una forma de vida delictiva. El juez penal juvenil debe indicar, de manera clara y precisa, a cuáles personas debe abandonar el adolescente en su trato o en su convivencia durante el tiempo de vigencia de la sanción.

Cuando la prohibición de relacionarse con determinada persona se refiera a un miembro del núcleo familiar del adolescente o a cualquier otra persona que resida con él, esta sanción habrá de combinarse con la prohibición de residencia.

---

<sup>63</sup> No podría interpretarse que este plazo es ampliable, sino que debe considerarse que el período de dos años es un término máximo, transcurrido el cual se debe terminar toda intervención jurisdiccional sobre el joven. No debe pensarse que es posible aplicar varias medidas en forma consecutiva, cada una con una duración de dos años.

**iii. Eliminar la visita a determinados lugares.** Esta sanción consiste en ordenar al adolescente que no asista a ciertos lugares o establecimientos que resulten inconvenientes para su sano desarrollo.

Cuando imponga esta sanción, el juez penal juvenil deberá indicar, precisa y claramente, cuáles lugares el adolescente debe dejar de visitar o frecuentar. El juez de ejecución, por su parte, deberá comunicarle al propietario, administrador o responsable de los locales, que el joven tiene prohibido el ingreso a estos. Los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados del seguimiento de esta sanción se informarán, sea con el propietario del establecimiento, con los familiares del joven o con cualquier otra persona que les merezca credibilidad, del cumplimiento o no de esta sanción, de todo lo cual informarán al juez de ejecución cuando sea necesario.

**iv. Matricularse en un centro educativo formal o algún otro centro educativo.** Se ordena, al adolescente, que ingrese o permanezca en algún centro de estudios, sea este de educación formal o vocacional. Al imponer esta sanción, el juez penal juvenil deberá indicar el centro educativo formal o vocacional al que el adolescente debe ingresar o el tipo de programa educativo alternativo que ha de seguir. Si no lo hiciera, entonces el juez de ejecución de las sanciones decidirá a qué centro educativo o programa debe asistir (en todo caso se preferirán aquellos centros educativos que se encuentren cerca del medio familiar y social del adolescente).

Durante el transcurso de esta sanción, los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados del caso deberán informar periódicamente al juez de ejecución de las sanciones de la evolución y rendimiento académico del joven en el centro de enseñanza o en el programa respectivo; además, procurarán el apoyo necesario para que el adolescente continúe con sus estudios.

**v. Adquirir algún trabajo.** Esta sanción consiste en ordenar al joven sancionado el ubicarse y mantenerse en un empleo acorde con sus características y capacidades,

con el objeto de que el trabajo desarrolle en él actitudes positivas de convivencia social, aumento de su productividad y autoestima.

El juez penal juvenil indicará qué tipo de trabajo debe desarrollar el joven y dónde lo debe cumplir. En todo caso se preferirán aquellos centros de trabajo que se encuentren cerca del medio familiar o social en que se desarrolle el joven.

Para tales efectos deberá contarse con una lista de empresas públicas o privadas interesadas en emplear a los adolescentes sancionados con esta pena. El empleador se halla en la obligación de no divulgar la condición de condenados de los jóvenes y de no discriminarlos cuando se encuentren en situaciones semejantes con otros trabajadores.

Esta actividad deberá cumplirse respetando las regulaciones establecidas en la legislación laboral vigente para el trabajo de jóvenes y adolescentes. Por ningún motivo se permitirá este trabajo cuando resulte peligroso o insalubre.

Kaiser nos dice que el joven "es capaz de contribuir activamente mediante una prestación constructiva a eliminar las consecuencias del hecho. Aparte de ello, la reparación constituye una consecuencia natural que deriva de forma inmediata del delito"<sup>64</sup>.

**vi. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.** Esta sanción consiste en prohibir al adolescente el consumo, durante el tiempo de ejecución de la sanción, de este tipo de bebidas o sustancias en cualquier lugar público o privado, para lo cual deberá indicarse el tipo de sustancia o droga de que debe abstenerse.

Los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados elaborarán un plan para la ejecución de esta sanción, en el que se establecerá la asistencia a cursos, seminarios o programas que induzcan al joven a eliminar el consumo y adicción a ese tipo de sustancias o drogas. En la legislación extranjera, se denomina *contract treatment*

---

<sup>64</sup> Kaiser, G., *op. cit.*, p. 197.

(Estados Unidos) y *Civil-Commitment-Program* (Suecia); consiste en la obligación, por parte del delincuente, de recibir el tratamiento, de reconocer el injusto y manifestar el deseo de corregirse; a cambio, la sociedad está dispuesta a prescindir de un castigo más severo<sup>65</sup>.

**vii. Ordenar al menor su internamiento o tratamiento ambulatorio en un centro de salud público o privado para desintoxicarlo o eliminar la adicción.** Se ordena al adolescente la participación en un programa, público o privado, que lo conduzca a eliminar la dependencia de drogas o de cualquier otro tipo de sustancias que provoquen adicción.

El juez penal juvenil indicará el lugar de internamiento o el tratamiento ambulatorio al que deberá someterse el adolescente. (Cuando se trate de un centro de desintoxicación privado se requerirá la anuencia del joven.)

En el momento de elaborar el plan individual de ejecución de esta sanción, los funcionarios del Ministerio de Justicia considerarán, entre otros elementos, los siguientes: 1) un diagnóstico previo que permita establecer el tipo y grado de dependencia de las drogas, 2) la relación entre esta dependencia y la comisión de delitos, 3) anteriores programas de desintoxicación a que haya estado sometido el joven, 4) la conveniencia de mantener los vínculos familiares y 5) las condiciones económicas. En todo caso se consultará al adolescente, quien en todo momento conservará sus derechos fundamentales durante el internamiento en centro de desintoxicación.

Cuando se ordene el internamiento en un centro de salud privado, el director de este deberá informar, al juez de ejecución de las sanciones, de la evolución o progresos del adolescente en este tipo de sanción y será el responsable por la violación de cualquier derecho fundamental del joven. Una vez cumplido el plazo de la sanción,

---

<sup>65</sup> *Ibidem*. En Alemania solo se aplica a delincuentes dependientes del alcohol y las drogas, según el párrafo 35 de la Ley de Estupefacientes alemana, pero sus efectos aquí son muy limitados.

deberá terminar el tratamiento, independientemente de que se haya logrado o no la desintoxicación o eliminación de la adicción a las drogas.

### **C) Sanciones privativas de libertad ambulatorias**

Se incluyen en este apartado sanciones que, si bien es cierto se denominan privativas de libertad, son de carácter ambulatorio, es decir, que no se cumplen dentro de un proceso de institucionalización, sino más bien desde la casa o el domicilio del joven, y buscan además una mínima afectación de sus derechos; por eso también las hemos ubicado como sanciones alternativas al internamiento en centro especializado.

**i. Internamiento domiciliario.** Consiste en la privación de libertad del adolescente que se ejecutará en su casa de habitación con su familia; a aquel no se le permitirá salir de su domicilio por su propia voluntad, solo con autorización. De no poder cumplirse en su casa de habitación, esta medida se practicará en la casa de algún familiar cercano, familia sustituta o entres privados, previo consentimiento del joven sancionado y de las personas encargadas del lugar seleccionado.

El juez penal juvenil debe indicar el domicilio donde se habrá de cumplir el internamiento.

Los funcionarios del Ministerio de Justicia diseñarán un plan de ejecución, donde se fijarán las medidas de control, las cuales deberán respetar el tiempo que el joven dedica a su estudio, trabajo y descanso, lo mismo que su dignidad e integridad física. Dentro de este plan se programarán actividades con el objetivo de fomentar en el adolescente actitudes sanas de convivencia social.

**ii. Internamiento durante el tiempo libre.** Es una restricción de la libertad ambulatoria que debe cumplirse en un centro especializado durante cualquier momento del día o de la semana en que el joven no esté realizando actividades laborales o de estudio.

El adolescente que se encuentre condenado a esta sanción tendrá derecho a que los funcionarios del Ministerio de Justicia fomenten y apoyen materialmente el trabajo y estudio que está realizando.

Se elaborará un plan de ejecución, que contemple al menos los siguientes aspectos: el establecimiento donde se debe cumplir la sanción, el horario diario o semanal y las actividades que debe realizar el joven en dicho lugar.

Los establecimientos para internamiento durante tiempo libre no tendrán seguridad extrema, podrán ser públicos o privados, pero deberán estar especializados, con personal, áreas y condiciones adecuadas para el cumplimiento efectivo de esta sanción. Se preferirán los más cercanos a la comunidad donde el joven reside.

El director del establecimiento deberá rendir un informe mensual al juez de ejecución de las sanciones.

Kaiser nos indica que esta ha sido una alternativa a la clásica privación de libertad con la cual se procura que el joven conserve el ritmo diario normal y el entorno social, pues está limitada a determinados períodos, generalmente los fines de semana, después de la jornada laboral o durante la noche. Hay que diferenciar esta sanción de la *libertad controlada* (Italia) o la *prohibición de conducir vehículos* (Polonia y Alemania)<sup>66</sup>.

#### **D) Sanciones privativas de libertad estacionarias**

Las sanciones estacionarias están dirigidas a restringir la libertad de circulación y el libre traslado de las personas, manteniéndolas en un recinto durante determinado tiempo. Se catalogan como estacionarias porque el sujeto a quien se le imponen no puede salir del recinto libremente. Si bien dicho sujeto cumple con un proceso de institucionalización, debe procurarse una afectación mínima de los derechos del joven; en ese sentido ha de considerarse que solo se debe restringir la libertad ambulatoria,

---

<sup>66</sup> Kaiser, *op. cit.*, p. 197.