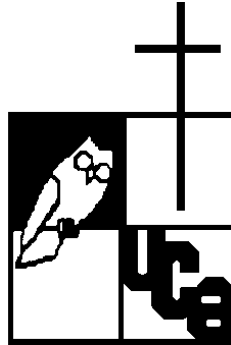


**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
“JOSÉ SIMEÓN CAÑAS”**



**LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL JUVENIL
COMO ELEMENTO INDISPENSABLE DE LA POLÍTICA CRIMINAL
DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SALVADOR**

TESIS PREPARADA PARA LA
FACULTAD DE POSTGRADOS

PARA OPTAR AL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

POR

JUNIOR CONCEPCIÓN ZELAYA FLORES

JUNIO DE 2013
ANTIGUO CUSCATLÁN, EL SALVADOR, C.A.

Rector

Andreu Oliva De la Esperanza, S.J.

Secretaria General

Celina Pérez Rivera

Decana de la Facultad de Postgrados

Nelly Arely Chévez Reynosa

Director de la Maestría en Derecho Penal Constitucional

Manuel Arturo Montecino Giralt

Directora de la Tesis

Hazel Bolaños Vásquez

«Quien no puede corregir la conducta de los ciudadanos sino suprimiéndoles las comodidades de la vida, debe confesar que no puede gobernar a hombres libres»

Tomas Moro.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno social de la delincuencia juvenil junto a la sensación de inseguridad ciudadana que nuestro país actualmente atraviesa, están asociados a la existencia de comportamientos socialmente reprochables, atribuibles generalmente a la niñez y adolescencia. Esta sensación está relacionada por una parte, a la alarma social y por la otra, a la ineficacia del sistema de justicia, mismas que deben ser ponderadas a la hora de las decisiones legales.

En este sentido, estudiar el tema de «La Desjudicialización del proceso penal juvenil como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y adolescencia en El Salvador» es destacable, porque dentro del contexto jurídico y social la sensación de inseguridad¹ que proyectan y magnifican los medios de comunicación, inciden de manera directa en la adopción de políticas de intervención penal; cada vez más severas y represivas.

Siguiendo con la anterior línea de ideas, es inevitable potenciar una política criminal que desvirtúe la intervención mediática, que le apuesta más a la represión antes que a la prevención; sin tomar en cuenta los límites que impone el respeto a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad que convierten al acusado en un instrumento u objeto del proceso, para intimidación de otros. En ese orden la desjudicialización, ha sido considerada como un instrumento idóneo para descongestionar el sistema de justicia juvenil, en particular aquellos comportamientos de naturaleza penal en los que ha participado un adolescente.

¹ Vid. ACUÑA GONZÁLEZ, G., MILLA QUESADA, A., *Defensa de Niños y Niñas – Internacional*, DNI, en Tendencias actuales en Seguridad y sus impactos en la Justicia Penal Juvenil, San José, 2009, P. 9. Refiere el documento que la percepción de inseguridad se afina en la dimensión subjetiva de la misma, con los consiguientes efectos y peligros que conlleva. Se habla de la dimensión subjetiva cuando las preocupaciones y miedos de la población tiene que ver con el aumento de la criminalidad y la violencia, lo que no toma en cuenta elementos objetivos reales, comprobables, contextualizados, sobre el aumento de la delincuencia. Estos miedos se traducen en realidades que son plasmadas en respuestas y políticas públicas, la mayoría de veces de corte autoritario para contenerlos.

Así, con la vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, se abandona el viejo paradigma del modelo tutelar o modelo pre-Convención que tanto daño causó a la población infanto-juvenil, para luego dar paso, al actual modelo de justicia o modelo post-Convención, que pretende fortalecer la aplicación de la desjudicialización mediante las diversas salidas alternas al proceso que regula la legislación penal juvenil de entre las cuales se destacan a la conciliación —artículo 59—, la remisión a programas comunitarios —artículo 37—, la renuncia de la acción —artículo 70— y la cesación —artículo 38— disposiciones todas de la Ley Penal Juvenil.

En el caso salvadoreño, el uno de marzo de 1995 adquirió vigencia la Ley del Menor Infractor hoy Ley Penal Juvenil. En general, más de 11 años tuvieron que transcurrir para darle aplicación al artículo 35 inciso segundo de nuestra vigente Constitución, y en particular casi cinco años demoró el legislador salvadoreño para diseñar un régimen jurídico-especial, que regulara la delincuencia juvenil, adecuando dicho cuerpo normativo a las exigencias de la Convención sobre Derechos del Niño.

Sin embargo, no significa que hasta dicho momento, el sistema penal juvenil estuviera desamparado por falta de regulación, por el contrario, dicho sistema estuvo gobernado por el Código de Menores, inspirado en el modelo tutelar, mismo que fue derogado por la Ley del Menor Infractor, infundida por el vigente modelo de responsabilidad. No obstante, las formas de resolución alternas de conflictos —desjudicialización—, o formas de terminación anticipadas como las denomina la Ley Penal Juvenil, no ha tenido un impacto significativo en la jurisdicción penal juvenil, por tal razón consideramos necesario desarrollar un análisis vinculado a la desjudicialización como elemento indispensable de política criminal de jóvenes en conflicto con la ley penal.

En ese sentido, pretendemos una respuesta o reacción frente a estos hechos delictivos de una manera diferente de la tradicional, a fin de dotar de eficacia los principios de proporcionalidad o prohibición de exceso vinculados a los principios de mínima intervención penal y de subsidiariedad, que tienen como propósito principal la utilización racional y proporcional de los medios con los que el Estado cuenta para reprimir el delito, de tal manera que la intervención judicial sea solamente para casos penalmente relevantes, en los que no haya sido posible decretar las medidas desjudicializadoras.

En concordancia con lo anterior, el tema de la desjudicialización constituye una herramienta ambiciosa en la modernización del sector justicia, particularmente en la jurisdicción penal juvenil, para habilitar la articulación de resolución alternativa de litigios. Por consiguiente, este sistema de justicia juvenil, debe tener características especiales y disímiles de las características de la justicia de adultos. En este sentido, las aristas que orientaron el desarrollo de la presente investigación tienen su fuente legal en los siguientes instrumentos: legislación nacional e internacional, doctrina legal y jurisprudencia, que permitan determinar la aplicación real en las formas de desjudicializar el proceso penal juvenil en El Salvador.

El tema central de la presente investigación tiene su génesis en una respuesta político-criminal como un elemento indispensable para resolver los conflictos de naturaleza penal atribuibles a la niñez y adolescencia, nos referimos particularmente a las formas de desjudicializar el proceso penal juvenil, las que serán analizadas a la luz del principio de intervención mínima del derecho penal, principio que responde a la filosofía del derecho penal como *última ratio*.

La investigación se sintetizará en tres capítulos, en el primero se analizará el sistema penal juvenil, se hará especial referencia a los antecedentes de la Ley Penal Juvenil, al marco histórico constitucional, al binomio doctrina de la situación irregular/doctrina de la protección integral de la niñez y la adolescencia y, en particular a los principios rectores que orientan e informan la Ley Penal Juvenil.

Debemos mencionar que este capítulo obedece a la necesidad imperante de conocer el origen que dio existencia a la vigente jurisdicción penal juvenil, se comentará además, el fundamento constitucional que legitima un trato diferenciado a través del régimen jurídico especial aplicable a jóvenes en conflicto con la ley penal; por último y no por ello de menor importancia, lo constituyen los principios rectores que informan y orientan el proceso penal juvenil, para luego determinar a través de un análisis jurídico, los criterios de intervención penal juvenil que permitirán identificar la evolución o involución de los derechos fundamentales del justiciable.

En el capítulo segundo se analizará el núcleo duro de las formas de desjudicializar el proceso penal juvenil salvadoreño esto es, *la conciliación*, sus clases, requisitos formales de validez, su objeto y contenido, los efectos jurídicos del acuerdo conciliatorio, *la remisión* según la Ley Penal Juvenil, la remisión y el criterio de oportunidad, la remisión y la suspensión condicional del procedimiento, *la renuncia de la acción* en adolescentes y la aplicación del criterio de oportunidad en adultos, *la cesación* como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil, clases de desjudicialización en el proceso penal de adultos que pueden ser aplicadas en el proceso penal juvenil –el criterio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado.

En el tercer capítulo, se destacará el estudio sobre la política criminal de la niñez y la adolescencia en El Salvador, su marco normativo, elementos de la política criminal, la desjudicialización como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y adolescencia. Por consiguiente, se articularán propuestas para dotar de eficacia y con ello fortalecer la aplicación racional a nivel jurisdiccional.

Lo que se busca con esta investigación es generar un aporte académico de índole teórico-dogmático que contribuya en la aplicación de las formas alternativas de evitar la celebración del juicio, mediante el análisis jurídico de los mecanismos de desjudicialización, como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y adolescencia; así como dar una propuesta que estimule otras discusiones constructivas orientadas a la efectiva aplicación de dicha institución, sin enervar los principios y garantías de los adolescentes sometidos a la Ley Penal Juvenil.

CAPÍTULO I

EL SISTEMA PENAL JUVENIL.

En este capítulo analizaremos el sistema penal juvenil a la luz de los modelos que han determinado su evolución histórica, respecto de jóvenes² en conflicto con la ley penal. Se destacarán, además, el modelo tutelar o modelo pre-Convención y el modelo de justicia o modelo post-Convención; así como los diferentes instrumentos legales que tanto a nivel nacional como internacional han regulado los comportamientos antijurídicos de los adolescentes. Asimismo, se comentarán los principios que orientan e informan a la Ley Penal Juvenil.

1.1 Antecedentes

La historia de la justicia penal juvenil es de reciente data, específicamente nace a finales del siglo pasado³. No obstante, en Europa Continental durante la Edad Media, existió legislación – aunque escasa – vinculada a la niñez. Así, podemos citar el caso particular de España, donde en el año de 1240, se instituye el fuero juzgo o libro de los jueces, el cual estableció la edad de veinte años como límite para determinar la responsabilidad penal de la adolescencia. Asimismo, en el año 1263, se crea la Ley de las Siete Partidas, que excluyó de reproche penal a los jóvenes menores de catorce años para ciertos delitos, entre ellos, la lujuria y el adulterio; y a los niños menores de diez años no se les aplicaba pena alguna.

Mientras que la responsabilidad penal para los adolescentes mayores de diecisiete años era atenuada. De igual forma, en el año 1332, Pedro IV de Aragón, fundó en Valencia el hogar «padre de huérfanos», institución que protegió a los niños delincuentes, a quienes se les aplicaba medidas educativas

2 En lo sucesivo utilizaremos la palabra «niño/a», «joven» o «adolescente» para referirnos indistintamente a la población sometida al sistema penal juvenil.

3 Es más, hasta finales del siglo XIII no se encontraban aún, caracterizaciones de niños, más bien solo «hombres de reducido tamaño»; concibiendo, al niño como un adulto en proceso de formación. En dicho siglo aparecen prototipos de niños como: a) el niño Ángel, el cual era representado por ángeles con apariencia de un adolescente o niño «mayorcito»; este perfil se mantuvo en el tiempo hasta el siglo XV. A partir de ahí, la tendencia es a exhibir al ángel, parecido a un bebe desnudo y con alas; b) el niño Jesús, se quiere con ello representar a un niño modelo identificándolo como un Dios hecho niño. Es pues, la representación de una inocencia que genera santidad; c) el niño Desnudo, contrario a lo que ocurrió con el niño Jesús que nunca apareció desnudo sino en pañal o con atuendo. Para una mejor ilustración consúltese a GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., *La justicia de Menores, en el siglo XX. Una gran incógnita*, en Un Derecho Penal del Menor, de BUSTOS RAMÍREZ, J., Editorial Jurídica ConoSur. Ltda. Santiago de Chile, 1992, P. 12.

y de capacitación⁴.

En cambio en Francia, en el año 1268, a los niños menores de diez años se les consideraba irresponsables de los delitos que cometían; sin embargo, para los jóvenes mayores de diez y menores de catorce años se les aplicaba reprimenda de azote; y, a la población etaria de catorce años en adelante, se les aplicaban las reglas comunes⁵. Igualmente, en Inglaterra, durante el siglo XII, los impúberes – menores de doce años – no eran penalmente responsables por los delitos de robo y a los infantes menores de siete años se les consideraba irresponsables. Es hasta la Edad Moderna, que se revela por primera vez un concepto de infancia, que describe al niño como un ser sustancialmente diferente del adulto.

Por consiguiente en esta época, el parámetro para determinar si un adolescente en conflicto con la ley era sujeto de una sanción penal, se establecía con base al grado de discernimiento de éste, sin embargo, los impúberes estaban exentos de responsabilidad penal. En la Edad Contemporánea, el trato diferenciado hacia el niño cambia sustancialmente, debido al sistema económico que imperaba en esa época. Así, se separa al niño de su familia para que pueda asistir a la escuela, lugar donde se le da prioridad a la instrucción respecto de la educación, sustrayendo al niño del mundo de los adultos.

Asimismo, se atenúan los castigos corporales para encausar al niño a su emancipación y se descubre en la escuela el lugar idóneo para la producción y homogenización de la categoría de niño⁶. Además, en el año 1899, se crea un precedente fundamental e inédito en la historia del derecho penal juvenil al instaurarse «la juvenile court act de Illinois»⁷. Con este suceso, nace a la vida jurídica el primer Tribunal juvenil, cuya finalidad total, era la creación de programas para niños delincuentes, dependientes y abandonados. Este sistema legitimó la imposición de medidas indeterminadas, esto constituyó un verdadero fraude de etiquetas, disfrazado en nombre de la protección y salvación de la infancia.

Después de la creación de la primera Corte Juvenil, se replican los tribunales juveniles en Inglaterra en el año 1905, Alemania en 1908, Argentina

4 Vid. QUINTANILLA MOLINA, S., *Introducción al Estudio del Derecho de Menores*, 1ª edición Último Decenio, publicación del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, San Salvador, 1996, P. 5.

5 Idem, P. 13.

6 Vid. GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho a la Infancia-Adolescencia en América Latina; De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Ediciones Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1996, P. 42.

7 Vid. PLATT, A., *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia, Siglo XXI*, México, 1982, P. 36-37 y 120-186.

en 1921⁸, Brasil 1923, España en 1924 y en El Salvador en 1966.

1.2 Marco histórico salvadoreño

En la historia en general, tres períodos han determinado la forma en que los niños eran tratados al cometer una conducta delictiva así tenemos:

- a) Tratamiento indiferenciado absoluto;
- b) Tratamiento relativamente diferenciado y
- c) Tratamiento diferenciado.

1.2.1 Tratamiento indiferenciado

Durante este período, el tratamiento que recibía un adolescente que cometía una infracción penal, se equiparaba a aquel que recibían los adultos, tanto a nivel normativo como a nivel de ejecución penal. En este período tanto los menores abandonados como los de comportamientos antijurídicos recibían el mismo tratamiento penal; en relación a las penas, adultos y menores de edad eran confinados indiscriminadamente en los mismos centros penitenciarios. En ese escenario, a nivel constitucional, la tradición normativa salvadoreña mantuvo por mucho tiempo en la sombra a la niñez y a la adolescencia. En este sentido, la primera Constitución, de 1824, ni siquiera reguló la existencia de las personas menores de edad como sujetos plenos de derechos.

De igual forma, la segunda Constitución de 1841 en su art. 80 abolió las comisiones y Tribunales especiales, aduciendo el constituyente de aquella época, que dichas instituciones eran contrarias al principio de igualdad. En similar sentido se formularon las constituciones de 1864 – art. 86 –; 1871 – art. 113 –; 1872 – art.31 –; 1880 – art. 27 – la de 1883 – art. 23 –. Referente al sistema penal sustantivo, el primer código penal de 1825,⁹ se aplicaba a los niños mayores de ocho y menores de diecisiete años, a quienes se les comprobara que habían obrado con discernimiento; sin embargo, los infantes menores de ocho años, estaban exentos de pena. Mediante reforma decretada en el año 1852, se rebaja la edad de responsabilidad penal a los catorce años.

El segundo Código Penal fue promulgado el 18 de septiembre de 1859, y

⁸ Sin embargo, Argentina contaba desde 1919 con la Ley Agote. Esta legislación de menores se crea con un rostro eminentemente tutelar que se caracterizó por una amplia intervención judicial y una deflación de las garantías procesales, considerando a la persona menor de edad como un objeto de protección, un ser incapaz e inimputable penalmente.

⁹ Dicho Código fue promulgado en dos etapas, la parte general el 18 de abril del año 1825 y la parte especial el 13 de abril del año 1826. Esta ley tuvo su origen en el código penal español de 1822.

se aplicaba a niños mayores de ocho años de edad y menores de dieciocho. El referido cuerpo legal, conservó la edad de inimputabilidad¹⁰ penal para los infantes que no habían alcanzado los ocho años de edad al momento de la infracción penal. También, mantuvo el discernimiento como elemento para determinar la responsabilidad penal atenuada, mientras que respecto de la franja de edades comprendida entre mayores de quince años de edad y menores de dieciocho, la sanción penal era más severa.

El tercer Código Penal, que se decretó el 19 de diciembre de 1881, y el cuarto Código Penal que se promulgó el ocho de abril de 1904, eran aplicables a la población etaria, mayor de diez años y menor de quince, siempre que hubieren obrado con discernimiento. Se adicionó la agravante, en el sentido de alojar en los mismos centros penitenciarios, a niños y adultos, sin distingo alguno. Es decir, el confinamiento de los adolescentes se ejecutaba en los mismos establecimientos penitenciarios para adultos.

1.2.2 Tratamiento parcialmente diferenciado

El período del tratamiento parcialmente diferenciado propugnó la idea de excluir del sistema penal de adultos a las personas menores de dieciocho años de edad, lo que constituyó una responsabilidad difícil de asumir. En esta época el parámetro para determinar la responsabilidad penal de un adolescente en conflicto con la ley se establecía con base al grado de discernimiento con el que aquel había obrado – si éste faltaba se absolvía al indiciado; estando presente, se atenuaba el castigo –, problemática que se inició en el derecho romano, continuó con el derecho canónico y siguió con las prácticas jurisprudenciales de las ciudades italianas del Medioevo.

El tratamiento parcialmente diferenciado se inicia desde el siglo XIX, hasta la aprobación de la primera norma constitucional que apoya la idea de la justicia especializada para los jóvenes en conflicto con la ley, a finales de la década de los 30's en el siglo XX. En el orden constitucional salvadoreño fue hasta la Constitución del siglo XX, específicamente en el año 1939, – norma fundamental de corte liberal – que reguló por vez primera la categoría «infancia».

10 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Un Derecho Penal del Menor. Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de Menores*, 1ª edición, editorial jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1992, P. 21. Sostiene el autor, que inimputable es aquella persona que no tiene capacidad de conocer lo injusto y/o de actuar en consecuencia con este conocimiento.

En ese sentido, el constituyente de 1939, no debía haber desconocido la necesidad de determinar un tratamiento parcialmente diferenciado para jóvenes infractores que, como se ha señalado, no puede ser aplicable al caso de los adultos que en igualdad de circunstancias conocen y comprenden el mandato prohibido por la norma penal e interiorizan la posibilidad de la pena que conlleva su inobservancia; no así tratándose de adolescentes que por encontrarse en una etapa previa de su desarrollo bio-psico-social, exigen un tratamiento disímil y atenuado. Así, en sus arts. 60¹¹ y 130¹² se asigna a la Fiscalía la defensa del interés de los niños. La mencionada disposición se repite en la Carta Magna de 1944.

En esa misma línea surgen las primeras leyes especiales aplicables a jóvenes en conflicto con la ley, un ejemplo de ello lo constituyó en general el Código Napoleónico que introduce en 1810 el elemento del discernimiento – capacidad de comprender lo injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión – como causa excluyente de responsabilidad penal, que quedaba a discreción del juzgador y, en particular en nuestro país este tratamiento adquiere vigencia con la LJTM del 14 de julio de 1966, legislación que tiene por objeto el modelo tutelar de la situación irregular.

Este tratamiento relativamente diferenciado no solo debía incluir las normas de carácter procesal o adjetivas establecidas para determinar la responsabilidad de los jóvenes infractores, sino también, las normas sustantivas o materiales que establecieran la responsabilidad de ellos y sus consecuencias.

1.2.3 Tratamiento diferenciado

Este período comienza en la década de los años cuarentas del siglo XX. En nuestro país, no fue sino hasta la Constitución de 1945 que el Constituyente reguló de manera expresa la conducta delictiva de los menores; en el Título XIV, relativo a la Familia y al Trabajo en general, y en especial el art. 153 inc. 2º¹³. En ese contexto, las personas menores de edad, eran consideradas incapaces para comprender y discernir sobre la ilicitud de sus actos¹⁴; consecuentemente,

11 El art. en su texto reza «La familia, como base fundamental de la Nación debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y la *infancia*».

12 La disposición establece «El Ministerio Fiscal, es el representante del Estado y la Sociedad. Se instituye para velar por el cumplimiento de la ley, por la pronta y eficaz aplicación de la justicia y para la defensa de la persona e intereses de *menores, indigentes e incapaces* a que las leyes especiales no hayan proveído (...)».

13 La mencionada disposición establecía «*La delincuencia de menores estará sometida a régimen jurídico especial*».

14 Vid. CARRANZA, E., MAXERA, R., *El Control Social sobre Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina*, en *La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal*, Ministerio de Justicia, Ediciones Último Decenio,

eran consideradas como sujetos irresponsables, es decir, su conducta delictual estaba exenta de responsabilidad penal.

Estas razones sirvieron de parámetros para justificar la transformación de un régimen jurídico especial para menores, que les protegiera, educara y tutelara por parte del Estado. Asimismo, la protección de las personas menores de edad, adquiere mayor connotación con la promulgación de la Constitución de 1950, conforme se colige del art. 180 inc. 2º¹⁵.

En síntesis, las Constituciones de los años 1939, 1945 y 1950, fueron los primeros cuerpos normativos, en regular un tratamiento jurídico diferenciado para los jóvenes en conflicto con la ley penal, respecto del sistema penal de adultos. La Constitución de 1983, no introdujo un cambio fundamental en relación con la Constitución de 1962, sobre la conducta delictual del adolescente, por el contrario, solo sustituyó estéticamente la frase «*Delincuencia de menores*», por el texto «*La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta*»¹⁶.

La legislación internacional establece principios que orientan la reacción social ante las infracciones cometidas por los adolescentes, adicionales a los derechos y garantías que igualmente deben respetarse a los adultos. El sistema penal juvenil, es diferente al sistema penal de los adultos y tiene como finalidad el desarrollo integral del adolescente, a través de programas integrales que habiliten su educación en responsabilidad. En ese orden de ideas, podemos citar tres pilares principales que matizan la justicia penal juvenil a saber: reconocimiento de iguales derechos y garantías que a los adultos; reconocimiento de límites derechos y garantías en razón de la edad; y establecimiento de una finalidad a la intervención estatal.

Asimismo, el período de tratamiento diferenciado se subdivide a su vez en dos modelos conocidos como:

- a) El Modelo Tutelar o modelo de la situación irregular y
- b) El Modelo de Justicia o modelo de la protección integral

1.2.3.1 ***El modelo tutelar o doctrina de la situación irregular.***

San Salvador, 1995, P. 3.

15 El art. establece «El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial», precepto que repite el constituyente del año 1962, en el art. 179 inc. 2º.

16 Vid. *Constitución de la República de El Salvador de 1983*. El art. 35 inc. 2º reza «La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial».

El modelo tutelar, conocido también como doctrina de la situación irregular, deriva del hecho de existir ciertos niños que por diferentes causas carecen de condiciones elementales para su desarrollo digno, a saber: extrema pobreza, falta de habitación, familias desestructuradas, no asistir a la escuela, convivir con personas que presentan un perfil criminógeno; causas que los hacen proclives a delinquir, consecuentemente, conducen a criminalizar la miseria. En una segunda acepción, la situación irregular comprende también a las personas menores de edad que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades¹⁷.

Este modelo tutelar, fue muy cuestionado por considerar como infracciones penales aquellos comportamientos que de haber sido cometidos por adultos no tuviesen la connotación de delitos, por ejemplo, el no asistir a la escuela, desobedecer a los padres y la vagancia. Dicha doctrina mantuvo por mucho tiempo en la oscuridad a la niñez, al mismo tiempo, que pretendía ocultar aquellas condiciones de marginalidad y miseria que padecía dicha población, a tal extremo de legitimar una potencial acción judicial indiscriminada en su contra.

Así, el niño incapaz e inimputable era considerado como un objeto de protección. Esa protección constituía un reemplazo de la autoridad del padre por la del Estado, que se expresan al aplicarle al adolescente medidas indeterminadas, incluidas la internación e institucionalización.

Las características que más destacan e identifican al modelo tutelar¹⁸ son:

- 1) Los niños/as son considerados como objeto de tutela judicial, esto es, de compasión y represión al mismo tiempo, y no como sujetos de derechos.
- 2) El niño/a no es sujeto de castigo a través de penas sino de medidas de seguridad indeterminadas. Generalmente, no eran resultado de conductas antijurídicas sino más bien, de circunstancias personales, lo que en doctrina se conoce como derecho penal de autor¹⁹.

17 Vid. SAJÓN-ACHARD GALVENTO, *Menores en Situación Irregular*, en Boletín del Instituto Interamericano del Niño, No 194, P. 315.

18 Vid. TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., DÜNKEL, F., *Derecho Penal Juvenil*, 1ª edición San José, 2002, P. 32 y 33.

19 El derecho penal de autor, constituye una flagrante violación al principio constitucional de inocencia, según se colige de la lectura del art. 12 de la Constitución al establecer «que toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente, mientras no se prueba su culpabilidad», esto vuelve imperativo que no se conciba como responsable a un sujeto por hechos ajenos – principio de personalidad de las penas – y además, que no pueden calificarse y menos castigarse como delitos, las formas de ser, las apariencias físicas, ello obedece a que la configuración de su personalidad del sujeto es de difícil determinación, contrario a los hechos o conductas plenamente verificables – principio de responsabilidad por el hecho –, por cuanto está proscrita la declaratoria de culpabilidad por aplicación de un derecho penal de autor. Consecuentemente están prohibidas la peligrosidad y apariencia predelictual, esto por la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos como

- 3) Una vez judicializado el proceso incoado en contra del adolescente, este se desarrollaba sin la asistencia del fiscal, ni del defensor; por lo que se advierte una clara violación al principio de contradicción. Impera, pues, la estructura inquisitorial del procedimiento, reuniendo el Juez dos calidades: como órgano acusador y como órgano decisor.
- 4) Las medidas tienen como único fin, la adaptación del niño a la sociedad.
- 5) No se reconocen al menor los derechos de los que disponían los adultos.

El modelo tutelar reprodujo los principios políticos-criminales del derecho penal común que emanan de la criminología positivista²⁰, disciplina que consideraba al niño como un enfermo al que se debe curar y corregir. De esta manera, el modelo tutelar amplificó la intervención estatal a conductas no solo constitutivas de delitos sino de riesgo de marginación, sustituyó las penas por medidas de seguridad y se emitieron sentencias indeterminadas; quebrantando así la legalidad del proceso.

Por consiguiente, este modelo encerraba bajo su formulación filantrópica verdaderas limitaciones y riesgos. En ese contexto, cuando el sistema penal interviene únicamente frente a las capas marginales de la población, esta con ello criminalizando la pobreza. En este sentido, bajo el actuar disfrazado de asistencialismo, se atacaban las garantías del debido proceso que demanda un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho. No obstante, debemos reconocer que este modelo protector²¹, introdujo la innovación de la reeducación del adolescente sometido al sistema penal juvenil, cuya orientación era predominantemente curativa o profiláctica.

La consigna que propugnaba el modelo tutelar o modelo pre-Convención, era la de «salvar al niño», expresión eufemística que ocultaba un fraude de etiquetas, con las que se cometían las peores arbitrariedades. Con esta doctrina de la situación irregular, se confirma una clara intención anacrónica y perversa

corolario que lo que se incremine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, lo que comporta en última instancia un derecho penal de hecho; en esta misma dirección el art. 15 de la norma fundamental también lo contempla al establecer «nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al *hecho* de que se trate...» en ese orden se colige de la lectura de la mencionada disposición que el constituyente optó por proscribir o prohibir el derecho penal de autor. Vid. *SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*, de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003 acumulados 56-2003/57-2003. En Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2004, Considerando V, P. 169 y 170.

20 Un Ejemplo de este sistema positivista lo encontramos en la Ley de Tribunales de Menores de España, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, citado por MORA ALARCÓN J., *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, P. 34.

21 Para un estudio más integral, sobre el modelo tutelar consúltese a: LÓPEZ, R., Y ARROJO, M., *Criminología: Teoría, delincuencia juvenil, predicción y tratamiento*, Editorial Aguilar, 1ª. Edición, España, 1981, P. 219.

que pretendía encubrir los efectos deletéreos del castigo, invocando para tal efecto, la máxima de «salvar al niño». Sin embargo, en relación a lo que esto habría significado respecto a la negación de la responsabilidad penal, concluimos que este modelo constituyó un tratamiento nefasto, fue la mayor muestra del fraude de etiquetas y de la hipocresía²² que ocultó la doctrina pre-Convención o modelo tutelar.

Esto demostró un desatino jurídico, que ponía en evidencia el carácter falsario de las acciones tutelares²³; consecuentemente, era insostenible «proteger» a los niños a costa de negar y vulnerar sus derechos y garantías fundamentales.

En nuestro país, no obstante de la regulación constitucional que legitimaba el trato diferenciado para adolescentes de conducta antisocial, es decir, el régimen jurídico especial para niños infractores; este no fue operante sino hasta el 14 de julio de 1966, fecha en que se promulga la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores²⁴, – en adelante LJTM –, cuerpo de ley inspirado, al igual que el Código de Menores de 1974, en la doctrina de la situación irregular o modelo tutelar. La LJTM se instituyó principalmente bajo los fines de corrección y readaptación de aquellos adolescentes a quienes se les inculpara un hecho constitutivo de delito o falta o bien, cuando su conducta fuere proclive al delito, ya que al niño se le consideraba como un enfermo a curar más que un delincuente a corregir.

En este sentido, a dicho cuerpo normativo se le adjudica y a la vez se le reconoce el aspecto positivo de haber superado el antiguo sistema del Código

22 Vid. BINDER, A., *Menor Infractor y Proceso... ¿Penal?: Un modelo para armar», artículo publicado en: La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la Ley Penal*, recopilación de artículos de diferentes autores. Publicación del Ministerio de Justicia de la República de El Salvador y el PNUD, Prodere Edinfodoc, con la cooperación italiana, UNICEF e ILANUD. Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, San Salvador, 1995, P. 83 a 85.

23 Vid. CHAN MORA, G., *De la hipocresía del derecho tutelar al cinismo del derecho penal para enemigos, Políticas Criminales Autoritarias y algunas de sus manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense*, en *Revista Electrónica*, consultada el 29 de junio de 2012, P. 9.

24 *La Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, fue aprobada por Decreto Legislativo No 25, aplicable a menores de dieciséis años, delincuentes o adolescentes de conducta predelictual. Concomitante a ella se crea un tribunal tutelar cuya finalidad era: proteger, educar y readaptar a la niñez y adolescencia de conducta irregular, dicha legislación fue derogada por la entrada en vigor del Código de Menores de 1974, su organismo competente era El Consejo Salvadoreño de Menores, fundado el veintitrés de enero de 1975. Asimismo, el uno de marzo de 1995, adquiere vigencia la Ley del Menor Infractor, – hoy LPJ, según D.L. No 395, Tomo No 364 del 30 de julio de 2004 –, como respuesta a los compromisos adquiridos por el Estado de El Salvador, con la comunidad internacional de la ONU, en lo relativo a adecuar la legislación penal juvenil interna a los postulados de la CDN. Consecuentemente, el siete de junio de 1995, entra en vigencia la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor, mediante D. L. N° 361 de la fecha antes indicada, hoy Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil.

Penal de 1904, que exigía del justiciable el haber obrado con discernimiento, expresión duramente criticada, por contener aspectos de vaguedad e imprecisión, desde los tiempos del derecho romano, germánico y en las partidas que consideraron a la niñez como una edad en la que no se tenía la suficiente capacidad para delinquir²⁵.

Por lo que refiere al Código de Menores, segundo cuerpo legal que tiene su génesis en el contexto de la reforma penal de los años 1973 y 1974, este dio origen al Consejo Salvadoreño de Menores, institución que pretendía ser el ente encargado de formular la política pública del Estado respecto de las personas menores de edad y de vigilar la ejecución y cumplimiento del mismo.

1.2.3.2 **El modelo de justicia o doctrina de la protección integral.**

Este modelo, aplicable a niños de conducta delictiva, tiene como objetivo principal derogar el viejo paradigma tutelar dando un paso hacia la separación entre comportamientos sociales y conductas criminales.

El modelo de protección integral, se fundamenta en los siguientes instrumentos jurídicos o estándares internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores²⁶ en adelante – Reglas de Beijing –, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad²⁷ en lo sucesivo – Reglas de Riad –, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil²⁸ en adelante – Directrices

25 Vid. QUINTANILLA MOLINA, S., *Introducción al Estudio del Derecho de Menores*, Op. Cit., 5.

26 Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, fueron adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985. Las Reglas de Beijing, constituyen un instrumento de carácter internacional vinculante para El Salvador, cuyo objeto principal, es procurar el bienestar del niño, evitando en lo posible someterlo al sistema penal juvenil y si ello fuere inevitable, al menos procurar que sea lo menos perjudicial, fomentando dicho bienestar.

27 Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, fueron adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990. Este instrumento instituye un conjunto de reglas para lograr el establecimiento de un sistema de principios, garantías y derechos respecto de adolescentes privados de libertad. El ideario fundamental de este cuerpo legal, es que sólo se podrá privar de libertad a una persona menor de edad como último recurso, por el término mínimo necesario y deberán limitarse para casos excepcionales.

28 Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General, mediante resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990. Estas directrices direccionan criterios muy valiosos de cómo evitar que los jóvenes cometan acciones delictivas. Con este sistema normativo se le apuesta, tanto a la prevención general como a los presupuestos de socialización a través de la familia, la comunidad, los grupos de pares -jóvenes en condiciones similares-, la escuela y la iglesia.

de Riad –, la Declaración de los Derechos del Niño²⁹, la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰ en adelante – DUDH –, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹ en lo sucesivo – CADH –, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³².

No obstante, es innegable el aporte que la Convención sobre Derechos del Niño³³ – en lo sucesivo la CDN – ha brindado en la consolidación de la doctrina de la protección integral a nivel nacional como internacional, dado a su carácter vinculante para los Estados signatarios de la misma. En tal sentido, el modelo de justicia se ha fortalecido significativamente con la entrada en vigor de esta CDN, sobre todo por la adopción de las nuevas políticas criminales de justicia penal juvenil que determinan su carácter sancionador-educativo; en la aplicación de los subrogados penales como, la desjudicialización o diversificación del proceso penal juvenil, así como la aplicación de los principios de justicia restaurativa³⁴, tales como, la conciliación y la mediación³⁵.

Sin embargo, la CDN como obra humana, no está exenta de críticas; así, consideramos que la misma, adolece de un elenco de definiciones verbigracia: el interés superior del niño, la protección integral, instituciones estas que

29 *La Declaración de los Derechos del Niño* fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, mediante resolución No 1386 (XIV).

30 *La Declaración Universal de Derechos Humanos* fue Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

31 *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* conocida también como «Pacto de San José», adoptada por la Organización de Estados Americanos – OEA –, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por El Salvador, mediante Decreto Legislativo No. 5 de 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No 113 de 19 de junio de 1978, – en lo sucesivo CADH.

32 Ambos instrumentos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, ratificados mediante D.L. N° 27, del 23 de noviembre de 1979, publicados en D. O. N° 218, T. 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

33 *La Convención sobre Derechos del Niño* tiene como antecedentes a la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General del 20 de noviembre de 1959, reconocida en la DUDH, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y demás instrumentos internacionales vinculados con la protección y bienestar del menor. Vid. D' ANTONIO, D., *Derecho de Menores*, 4ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Depalma, Buenos Aires, 1994, P. 38 y39.

34 Vid. MARSHALL, T., *Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996*, en *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, P. 37.

35 Vid. GIMÉNEZ SALINAS, C., *La conciliación víctima delinciente como alternativa a la justicia penal*, en *La víctima entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, Barcelona, 1993, P. 153. Respecto de la mediación sostiene el autor que ésta debe ubicarse dentro del derecho penal y regirse bajo sus principios generales, aún y cuando se celebre fuera del proceso penal.

constituyen categorías jurídicas indeterminadas, que dificultan su efectiva aplicación. En esa línea de ideas, consideramos fundamental referirnos al menos ligeramente a las instituciones jurídicas del interés superior del niño como la protección integral.

Respecto al interés superior del niño, este principio está positivado expresamente en distintos cuerpos legales, a saber, la CDN en su art. 3; la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia – en adelante LEPINA³⁶ – en su art. 12; y particularmente en la LPJ en su art. 3. El interés superior del niño constituye un principio jurídico-social de aplicación dominante en la práctica social de los Derechos Humanos de la niñez y adolescencia. en esa misma dirección al decir de CILLERO BRUÑOL³⁷, el interés del niño es un principio jurídico garantista y una limitación a la discrecionalidad por cuanto obliga a que en la aplicación de cualquier medida que se tome respecto de los niños, se adopten sólo aquellas que protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En la misma dirección se pronuncia BARRAS ALEGRÍA, quien define al Interés Superior del Menor como «aquellas instituciones que, bajo cualquier forma, pretenden dar respuesta a su protección en sentido total, dependiendo de la situación personal o familiar del menor»³⁸. Con relación a la doctrina de la protección integral, podemos definirla como aquel conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado con la participación activa de la familia y la sociedad para garantizar que la niñez y adolescencia gocen de manera efectiva y sin discriminación de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo, a la participación y a la conservación y protección de los mismos.

Por otra parte los instrumentos jurídicos o estándares de carácter nacional que fundamentan al modelo de la protección integral tenemos: la Constitución de la República; la LPJ; la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la Ley Penal Juvenil – en lo sucesivo LVCEMMSLPJ –; la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, – en adelante LISNA –; la LEPINA, el Código de Familia³⁹; Códigos Penal y Procesal Penal, y el Reglamento General de los Centros de

36 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia entró en vigencia total a partir del 1 de enero del año 2011, según disposiciones transitorias al Decreto Legislativo No. 839, del 26 de marzo del año 2009, publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo 383, del 16 de abril de 2009.

37 Vid. CILLERO BRUÑOL C., *El interés superior del niño en la convención sobre los derechos del niño*, en infancia, ley y democracia. Editorial Temis. Buenos Aires, 1999. P. 77 y 78.

38 Vid. BARRAS ALEGRÍA V., *El Interés del Menor*, Barcelona, 1993, P. 19.

39 *El Código de Familia*, aprobado mediante D.L. No 677 del 11 de noviembre de 1993, publicado en el D.O. No 231, Tomo 321, de fecha 13 de diciembre de 1993.

Internamiento para Menores Infractores⁴⁰.

Las características que destacan de este modelo de justicia penal o de responsabilidad son:

- 1) Se ve al niño como un sujeto pleno de derechos⁴¹.
- 2) Se le apuesta a la desjudicialización o diversificación de la intervención penal, como mecanismos indispensable de política criminal, para descongestionar el sistema penal juvenil. La desjudicialización de la intervención penal en los adolescentes en conflicto con la ley penal, obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal⁴² por medio de la remisión, la conciliación y la mediación entre autor y víctima⁴³.
- 3) Se definen dos grupos etarios para racionalizar la sanción penal a aplicar: la primera franja para *niños mayores de 12 y menores de 16 años*, a quienes se les declare establecida la conducta antisocial⁴⁴; la segunda franja se dispone para adolescentes *mayores de 16 y 18 años de edad no cumplidos*, a quienes se les declare responsable de la infracción por la que se les acusa⁴⁵.
- 4) Adquiere vigencia el principio fundamental de igualdad ante la ley⁴⁶, lo

40 *El Reglamento General de los Centros de Internamiento para Menores Infractores*, fue promulgado por D.L. No 105 del 11 de diciembre de 1995, publicado en el D.O. No 237, Tomo 329, de fecha 21 de diciembre de 1995.

41 Sin embargo, algunos autores consideran que para dotar de contenido a la CDN, no es suficiente aquella visión que ve a los adolescentes simplemente como sujetos de derechos, sin tomar en cuenta el entorno real en el que se desarrollan, para ello sugieren que al niño se le considere como sujeto social de derecho. Al respecto consúltese a PÉREZ, J., *El Niño como sujeto social de derechos. Una visión del niño para leer la Convención*, en Atención y Tratamiento de Niños y Adolescentes. Policía Nacional del Perú. Rada Barnen de Suecia. Curso para Oficiales PNP/ Texto básico, 1, 3ª edición, Lima, 1997, P. 31 - 34.

42 Vid. TIFFER SOTOMAYOR, C., *Justicia Juvenil Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia en Costa Rica*, UNICEF-México, 2000, P. 8.

43 Sobre la reparación de los daños causados a la víctima como sujeto que padece la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, Vid. GARCÍA-PABLOS, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª edición, Valencia. Tirant lo Blanch, 2001, P. 55-99, 408 y 409. Propone el autor el concepto «redescubrimiento de la víctima» que se refleja en los programas de asistencia y compensación a la víctima, entre otros. El marcado giro comunitario también se menciona como una de las características de este modelo, desde que se habla entre otras: de la prevención, intervención, policía y justicia comunitaria.

44 Vid. Arts. 2 inc. 3º y 95 letra «b» ord. 2º LPJ. El art. dispone «Declarar que está establecida la conducta antisocial del menor, imponerle cualesquiera de las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o algunas de las contempladas en esta Ley, con determinación específica de cada una de ellas, así como de su duración, finalidad y las condiciones en que debe ser cumplida».

45 Vid. Arts. 2 inc. 2º y 95 letra «a» ord. 2º LPJ. La disposición establece «Declarar absuelto al menor, dejar sin efecto la medida provisional impuesta y archivar definitivamente el expediente».

46 Vid. Art. 3 inc. 1º de la Cn. El art. dispone «Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los

que habilita un acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo referente a derechos y garantías del justiciable.

- 5) Se apela por la desmitificación y abolición de «los eufemismos o fraudes de etiquetas», términos que en el fondo pretenden ocultar el llamar a las cosas por su nombre. Por ejemplo, términos como el internamiento y la institucionalización, y que aún están presentes en el texto de la LPJ, son reticencias que desdibujan el carácter represivo del derecho penal y que en el fondo constituyen verdaderas prisiones, aún cuando la semántica se maquille⁴⁷.
- 6) Se considera al adolescente responsable, por tanto, capaz de imputabilidad⁴⁸ frente a comportamientos antijurídicos; y se abandona la idea de ver a la persona menor como un sujeto irresponsable. Una de las conquistas del derecho penal juvenil en el marco de la doctrina post-Convención, dice relación con el principio de igualdad ante la ley, esto es, el reconocimiento pleno de los derechos y garantías así como la titularidad de sus derechos naturales.

1.3 La Ley Penal Juvenil

1.3.1 Antecedentes.

Sobre este tópico, consideramos necesario mencionar que el trato diferenciado de los adolescentes en conflicto con la ley penal y los jóvenes que se encontraban en situación de riesgo social no siempre ha existido, es decir, no siempre fue delimitado. El antecedente más próximo de la LPJ lo constituyó el Código de Menores, vigente hasta el 30 de abril de 1995. El citado cuerpo legal, tuvo su fuente de inspiración en la doctrina de la situación irregular o modelo tutelar, por lo cual, resultaba inapropiado respecto de los nuevos modelos de

derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión».

47 Al respecto expresa ZAFFARONI que hoy derecho penal y derechos humanos son términos incompatibles. Sostiene el autor que es propio del poder punitivo ser selectivo en perjuicio de los más débiles y respecto de los niños afirma que: «la criminalización es un proceso altamente selectivo, es decir el sistema penal selecciona por criminalización secundaria a una serie de personas según criterios de vulnerabilidad social. Esta vulnerabilidad social se determina conforme con diversos factores y se agudiza cuando se trata de criminalización de niños» Vid. ZAFFARONI, R., *Infancia y Poder Punitivo*, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires 2003, P. 86.

48 La moderna doctrina entiende que la imputabilidad, es la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar conforme esa comprensión. En esa misma línea consúltese a QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*. Parte General, Cedecs, Barcelona, 1996, P. 416 y 417. Para quien la imputabilidad, «Es el conjunto de las facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico».

justicia penal juvenil, en particular, con la CDN que vino a revolucionar con su vigencia la concepción sobre la infancia y la adolescencia. Por consiguiente, era preciso adecuar el marco jurídico-legal interno a los postulados de la mencionada norma internacional.

El Salvador, durante casi 30 años, sometió a la niñez y la adolescencia, a las más nefastas consecuencias de la doctrina de la situación irregular, sistema en el que se inspiró la LJTM, de 1966. Empero, con la entrada en vigencia de la CDN, se configuró una contradicción entre ambos instrumentos legales, en el sentido que la primera, defendía el modelo tutelar y la segunda, abogaba por el modelo de justicia o de responsabilidad. Por cuanto, resultó imprescindible la adecuación de la ley interna a los principios o postulados contenidos en la CDN, esto dio origen, a la reforma de la legislación penal juvenil, por lo que el uno de marzo de 1995, adquiere vigencia la LPJ, derogando con ello el Código de Menores de 1974.

Con la promulgación de la LPJ, se transformó el sistema penal juvenil de un modelo tutelar, a un procedimiento de corte garantista, orientado bajo la filosofía de responsabilidad por el acto – ya que no puede existir responsabilidad sin garantía –, frente a los comportamientos antijurídicos.

La LPJ, se describe como el cuerpo legal que tiene por objeto regular los derechos y garantías de las personas menores de edad, a quienes se les acusare o declarare ser autor o partícipe de la comisión u omisión de una infracción penal constitutiva de delito o falta. La LPJ, obedece al mandato constitucional que el constituyente reconoció en el art. 35 inc. 2º, a través del cual, se determina un «régimen jurídico especial», lo que significa, que a la población juvenil en conflicto con la ley, se le debe garantizar un trato diferenciado con relación al régimen penal aplicable a los adultos, según se colige de la mencionada disposición constitucional⁴⁹.

En esa dirección, las notas distintivas que caracterizan e identifican un régimen jurídico especial se resumen a tres: la *regulación especial de una materia*, esto responde tanto a los aspectos sustanciales, como procesales y de ejecución; la *aplicación por tribunales especiales*. Este postulado se legitima con la existencia de una jurisdicción especializada a cargo de los Juzgados y

49: Vid. Art. 35 inc. 2º de la Constitución de la República que literalmente establece «La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial».

Cámaras de menores, según se advierte de lo dispuesto en los arts. 42⁵⁰ y 43⁵¹ de la LPJ; *aplicación a un sector de la población*⁵², conforme al art. 2 LPJ, los destinatarios de este régimen jurídico especial son las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho.

1.3.2 Principios Rectores

Los principios rectores que orientan e informan a la LPJ, según lo establecido en su art. 3 son: a) la protección integral del adolescente; b) el interés superior del niño; c) el respeto a los Derechos Humanos; d) la formación integral del joven y e) la reinserción en su familia y en la sociedad⁵³.

1.3.2.1 La Protección Integral del adolescente.

Este principio tiene su fuente en la Declaración de Ginebra de 1924. Para SEDA⁵⁴, la protección integral tiene su fundamento, en la exigencia de la ciudadanía, por tanto, en la aplicación irrestricta de los Derechos Humanos del niño en el desarrollo del proceso, mismo que pretende la imposición de una medida concomitante a su formación integral y la inserción en su familia en particular y en la sociedad en general.

La protección integral como principio comprende dos aspectos fundamentales:

- 1) La protección social, la cual está destinada a ofrecer a los adolescentes las condiciones mínimas necesarias para habilitar su desarrollo integral, así

50 El art. 42 textualmente establece «Los Jueces de menores tienen competencia para: a) Conocer de las infracciones tipificadas como delitos o faltas por la legislación penal, atribuidas al menor sujeto a esta Ley; b) Procurar la conciliación; c) Decretar las medidas conducentes a la formación integral del menor, a la reinserción en su familia y en la sociedad; y d) Conocer de otros aspectos, que ésta y otras Leyes le fijen».

51 El art. 43 regula «Las Cámaras de Menores serán competentes para conocer de los recursos que se interpusieren contra las resoluciones o providencias que dicten los Jueces de Menores, de conformidad a lo previsto en la presente Ley».

52 Para un estudio más completo sobre las notas distintivas que caracterizan un régimen jurídico especial, consúltese a QUINTANILLA MOLINA, S., Op. Cit. P. 180.

53 Estos principios también están regulados en los siguientes cuerpos normativos: arts. 1, 2, 3, 34, 35 y 53 Cn.; Principios 2 y 7 inc.2º Declaración de los Derechos del Niño; 2, 3, 4 y 40 CDN; 3, 4, 5, 6, 7 y 9 LPJ.

54 Vid. SEDA, E., *La protección Integral*, Ediciones «ADÉS», 3ª Edición, Sao Paulo, 1995, P. 12 y 13. Según este autor una sociedad bien organizada es aquella que permite a la persona humana en general y al adolescente en particular, participar, de algún modo, en la creación de reglas de conducta que dosifican la tensión entre el binomio autoridad/libertad, en el medio donde el joven vive. En ese orden, la dimensión social de la ciudadanía se fundamenta en la potestad de manifestar eficazmente la voluntad para exigir atención a las necesidades más básicas, es pues en esta dimensión social donde se origina la noción de protección integral, como principio rector de la LPJ.

como, la satisfacción de sus Derechos Humanos, económicos, sociales y culturales. Asimismo, la protección integral importa la obligación de que la familia, la sociedad y el Estado se integren para garantizarla, ya que se concibe como un deber para ellos y un derecho para el adolescente.

2) La protección jurídica, que constituye una garantía a cargo del Órgano Jurisdiccional, por ser la única autoridad facultada para limitar los derechos fundamentales del justiciable⁵⁵; por lo tanto, la administración tiene vedada esa facultad, aún cuando, se trate de medidas de protección social. El fin primordial en la determinación y aplicación de la sanción penal está, condicionado a *educar en responsabilidad*, al adolescente sometido a la ley penal juvenil. Finalmente, consideramos que la responsabilidad jurídicamente, no es otra cosa, que asumir la consecuencia penal, misma que se orienta hacia la reinserción social del justiciable.

1.3.2.2 El Interés Superior del niño

El principio del interés superior, al igual que el de protección integral, se origina en la Declaración de Ginebra de 1924⁵⁶, que aunque no lo regula de manera expresa, su inclusión se deduce del imperativo que establece que debe darse a los niños lo mejor, utilizando frases como «los niños primero». El instrumento internacional que sí lo reguló de manera expresa fue la Declaración de Derechos del Niño, de 1959, justamente treinta años antes de la promulgación de la CDN que también contempla este principio en su art. 3.

En este sentido, el interés superior como principio rector constituye una garantía conceptual o normativa para asegurar de manera especializada la eficacia de los derechos fundamentales de los jóvenes y para imponer ciertas reglas específicas a la limitación de sus derechos fundamentales por parte del Estado, y como tal, tiene incidencia tanto en aspectos procesales como dogmáticos o de fondo del derecho penal juvenil⁵⁷.

55 Vid. arts. 14 inc. 1º y 172 inc. 1º de la Cn. Reza la disposición «La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley».

56 Asimismo, los elementos integrantes de este principio están normados en el art. 4 del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil a saber: 1) Primacía de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia; 2) Precedencia de atención en los servicios públicos; 3) Preferencia en la formulación y ejecución de las políticas sociales y 4) Designación privilegiada de recursos públicos para las áreas relacionadas con la protección de la infancia y la juventud.

57 Vid. BURGOS MATA, A., CHAN MORA, G., *Cuaderno de Justicia Juvenil* / Corte Suprema de Justicia. Unidad de Justicia Juvenil, 1ª Edición, San Salvador, 2009, P. 57.

No obstante, dicho principio contiene un complejo significado, debido a su evolución histórica⁵⁸. Lo complejo de su delimitación se le atribuye, en primer lugar, a su categoría indeterminada en general, debido a la falta de límites y contenidos del concepto, por cuanto no se agota con su definición; es aquí donde adquiere una connotación fundamental la actuación del Juez como del Fiscal, en cuanto a respetar y vigilar la efectiva aplicación de los derechos y garantías de los adolescentes sometidos a la LPJ. En segundo lugar, se alega que este principio ya existía para el castigo de los jóvenes en el modelo de la situación irregular. Sin embargo, en este modelo el interés superior del niño se utilizaba como una especie de coartada para justificar la violación de derechos fundamentales, y no para asegurar su verdadera eficacia⁵⁹.

Así, este principio ha servido como «Caballo de Troya», en el que los operadores de justicia han endilgado su naturaleza verbigracia: aplican en muchos casos el internamiento, so pretexto de sacrificar el derecho a la libertad respecto del derecho a la vida del justiciable porque se considera que estará más seguro dentro del centro reeducativo de internamiento que dejarlo en libertad, lo que en el fondo constituye una verdadera ironía.

1.3.2.3 El respeto a los Derechos Humanos

Este principio busca garantizar la aplicación de todos los derechos que el sistema penal común reconoce a los adultos, por cuanto no existe causa que justifique un trato desigual a los jóvenes en conflicto con la ley penal. Esto como fuente interpretativa de los arts. 1 y 3 Cn., en el entendido que los niños son personas al igual que los adultos, y que en atención al principio de especialidad que dispone el Constituyente en el art. 35 inc. 2º, les asisten un plus de derechos que la misma LPJ regula en sus arts. 3, 5 letra «a» y, 6. En consecuencia, el adolescente nunca puede quedar en peores condiciones respecto de los derechos y garantías reconocidos a los adultos, en ese orden, los derechos del niño son

58 Para una síntesis sobre el diverso significado de este principio a través de la historia, en el derecho comparado y en el derecho internacional, Vid. ASTON, F., Y GILMOUR WALSH, B., *El interés superior del niño*. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, Buenos Aires, UNICEF, 2ª Edición, 2002, P. 12-17; CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Depalma, 1ª Edición, 1998, P. 75-80.

59 Como bien lo menciona FERRAJOLI, el tradicional paradigma paternalista del derecho minoril resulta de hecho por su propia naturaleza informal y discrecional, siempre consignada a un supuesto «poder bueno», que invariablemente actuaría en el interés superior del menor. Es justamente dicho presupuesto el que ha sido dramáticamente desnudado por la realidad, habiéndose transformado de hecho en una ausencia absoluta de normas y lo peor aún, legitimado a la suerte de los peores abusos y las más graves arbitrariedades. Vid. FERRAJOLI, L., *Prefacio de Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Edit. Temis-Depalma, 1ª Ed.1998, P.13.

Derechos Humanos absolutos y originarios⁶⁰.

1.3.2.4 Formación integral del adolescente

Los aspectos que complementan la formación integral del adolescente se coligen de los arts. 28 y 29 de la Convención de Derechos del Niño. Empero, es en la fase de ejecución en donde se materializa dicho principio, por imperio del art. 9 LPJ, vinculado con los arts. 17 LPJ y 1 LVCEMMSLPJ. En tal sentido, toda medida que se aplique al adolescente debe tener primordialmente una finalidad educativa. Consecuentemente, es en la fase ejecutiva de la medida socio-educativa donde se debe procurar la formación integral del joven, por cuanto, es una obligación indelegable que deben garantizar los jueces de ejecución de medidas a la niñez.

1.3.2.5 Reinserción en la familia y en la sociedad

Principio consubstancial al de formación integral del adolescente, por cuanto, si durante la fase ejecutiva no se garantiza su formación integral, la reinserción se tornará nugatoria. En ese contexto, es en la reinserción social donde deben converger todos los esfuerzos de los diversos operadores del sistema penal juvenil. Por consiguiente, la reinserción social es un derecho constitucional de los privados de libertad regulado en art. 27 inc. 3º Cn.⁶¹, por el cual, se debe procurar por parte del Estado que las medidas que se apliquen al adolescente declarado responsable tengan la finalidad de la formación integral del joven y su reinserción en su familia y en la sociedad.

El principio de resocialización pretende dotar al joven de medios que sirvan para impedir la reincidencia esto es, su criminalización futura, así como favorecer su inserción social, en su proyecto de vida.

Finalmente, las penas están orientadas a la prevención de delitos, esta última se obtiene al inocular o neutralizar al adolescente a través del encierro⁶².

60 Asimismo, el respeto a los Derechos Humanos está previsto en las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. En este sentido, la Regla 12 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad* establece: «La privación de libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los Derechos Humanos de los menores. Deberá garantizarse a los menores reclusos en centros, el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad y fomentar en ellos actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad».

61 El art. regula «El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos».

62 Su fundamento legal esta previsto en los arts. 17 inc. 2º, 118 inc. 1º letra (a) ord. 2º y 125 inc. 1º letra (c)

En ese sentido, la justicia penal juvenil solo puede cumplir con su dualidad ulterior – responsabilizar y educar – a los jóvenes en conflicto con la ley, siempre que la jurisdicción penal juvenil cuente con los programas y proyectos necesarios para la adopción de medidas desjudicializadoras, así como para la privación de libertad de las personas menores de edad a fin de cumplir con la inserción social⁶³.

CAPÍTULO II.

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL JUVENIL.

En el presente capítulo, estudiaremos las formas anormales o anticipadas

LPJ.

63 Vid. PERLA, M., *Estado actual de la Justicia Penal Juvenil en El Salvador, Ponencia para el Congreso Internacional*, en Juventud, Seguridad y Justicia en Centroamérica, Antigua, 2008. Citado en Documento de Trabajo. Tendencias actuales en Seguridad y sus impactos en la Justicia Penal Juvenil, San José, 2009, P. 19.

de poner fin al proceso penal juvenil, respecto de aquellos adolescentes que han realizado un comportamiento proscrito por la ley penal; bajo el fundamento que se puede prescindir de las sanciones penales a jóvenes en conflicto con la ley, siempre que se ofrezca un modelo completo de resolución de litigios alternativos, que tenga como propósito resolver el menor número de conflictos en sede judicial.

2.1 Generalidades.

Cuando la persona humana decide renunciar a las prerrogativas que por derecho natural le corresponde está con ello legitimando al Estado⁶⁴ para que se apropie del conflicto entre víctima/victimario, quien a cambio les garantizará protección, así lo advierte «El Contrato Social» de ROUSSEAU⁶⁵. Sin embargo, al cederle al Estado la potestad del ejercicio del «*ius puniendi*», no significa que por ello se le esté endosando un cheque en blanco para que pueda disponer a cualquier precio sobre el ejercicio del poder absoluto e ilimitadamente.

Por el contrario, ese poder en su intervención debe respetar los límites que imponen las garantías del debido proceso⁶⁶, así como los principios que orientan e informan la potestad punitiva del Estado, verbigracia: los principios de legalidad, de la dignidad humana, de lesividad del bien jurídico⁶⁷, de responsabilidad o culpabilidad, de necesidad y de proporcionalidad de la pena; garantías que tienen como propósito final servir de frenos al sistema represivo del Estado. En concordancia con lo anterior, el derecho penal, como mecanismo formal de control social⁶⁸, solo debe utilizarse siempre que los otros mecanismos de control social no formal⁶⁹ hayan fracasado, es decir, no hayan cumplido los

64 Vid. el art. 1 de la *Constitución de la República*, que determina al Estado en función de la «persona humana», por cuanto debe considerarla como el principio y fin de su actividad.

65 Vid. ROUSSEAU, J., *El Contrato Social*. Edición Quinto Sol. México, 1987, P. 23. En ese sentido, quien inobserva la ley penal ha de someterse indubitablemente a las consecuencias penales derivadas de su conducta infractora, esto es, del hecho punible cometido.

66 Respecto a que debe entenderse por *debido proceso*, la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha establecido que la locución «Debido Proceso» se refiere exclusivamente a la observancia de la estructura básica, que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento. Vid. *Sentencia de Habeas Corpus No 73-2003*, pronunciada el dieciséis de enero de 2004. Considerando III.

67 Para una mejor comprensión sobre el concepto forma de bien jurídico consúltese a GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de Dogmática penal*, Edición Atelier, Barcelona, 2006, P. 215. Para quien bien jurídico en sentido formal, es «Todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho.

68 Dentro de los encargados del control social de tipo *formal* están: la Policía, la Fiscalía, la Jurisdicción Penal y en particular la Jurisdicción Penal Juvenil.

69 Este control social no formal es realizado por instituciones tales como la familia, la escuela y la iglesia entre otras.

fines para los cuales se crearon.

Dentro de estos mecanismos de control social – no formal se encuentra, el principio de la *desjudicialización*, el cual se perfila como uno de los principios que gobiernan la doctrina de la protección integral de la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal. Consiste la desjudicialización en la solución por otros medios, distintos a la tradicional forma de intervención jurídico-penal, se trata en definitiva de reducir o minimizar la intervención de los medios de control formal, con el propósito de evitar la estigmatización del adolescente infractor.

Bajo ese contexto, el fin ulterior que se persigue con la desjudicialización se instituye en reducir, en la mayor medida posible, el número de niños y adolescentes privados de libertad, y no en ampliar la enorme cantidad de individuos sujetos a diversas normas de control penal.

En cuanto al concepto de diversificación, ALBRECHT sostiene que la opinión predominante la definen solo como la interrupción del procedimiento penal entre la captura policial del menor y la apertura formal de un procedimiento principal⁷⁰. Y SÁNCHEZ afirma que bajo el término diversión, se agrupan diferentes tendencias y estrategias de política criminal orientadas a prescindir de la persecución penal que se inicia cuando una infracción penal se ha constatado oficialmente. En este sentido, se trata de acometer el control social de la criminalidad por fuera de las instancias judiciales mediante programas alternativos y desviar determinadas formas de criminalidad de los procedimientos formales⁷¹.

En ese contexto y, en el marco de la justicia juvenil la diversión constituye uno de los esfuerzos más significativos para desprocesalizar el derecho penal juvenil y desarrollar formas de reacción informal en el marco de la comunidad. Así, la diversión conlleva una crítica al control social de la delincuencia juvenil basada en las sanciones penales⁷². Asimismo, la niñez y la

70 Vid. ALBRECHT, P., *El Derecho Penal de Menores*, traducción. BUSTOS RAMÍREZ, J., Barcelona, 1990, P. 49.

71 Vid. SÁNCHEZ, I., *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en *Actualidad Penal*, núm. 3, 2000, P. 699; BERISTAIN, A., *Criminología, victimología y cárceles*, Bogotá, 1996, P. 246. Vid. también DAPENA, J., *La mediación penal, una justicia restauradora. La mediación y la reparación en la justicia juvenil*, en *Forum*, núm. 2, 2003, P. 22; artículo electrónico de: PADILLA VILLARRAGA, A., que recoge elementos teóricos de la investigación «mediación penal y justicia juvenil restaurativa». Aportes para Adolescentes de Colombia, con base en la experiencia de Cataluña, celebrada en la Universidad de Barcelona de (octubre 2009 a marzo 2010) con el apoyo del Programa de Becas del Grupo Coímbra para Jóvenes Profesores e Investigadores de Universidades de América. P. 373, Consultado el 09 de junio de 2011.

72 Vid. DAPENA, J., *La mediación penal, una justicia restauradora. La mediación y la reparación en la justicia juvenil*, en *Forum*, núm. 2, 2003, P. 22. Artículo electrónico de: PADILLA VILLARRAGA, A., que recoge elementos teóricos de la investigación «mediación penal y justicia juvenil restaurativa». Aportes para Adolescentes de Colombia, con base en la experiencia de Cataluña, celebrada en la Universidad de Barcelona de (octubre 2009

adolescencia en conflicto con la ley penal constituyen una población a la que el Estado debe prestar especial atención a los fines de restaurar el orden alterado por el delito.

En tal sentido, el uso de la diversión o desjudicialización, constituyen un verdadero límite a la intervención penal del Estado, que abogan por una moderna e indispensable política criminal, centrandó su atención en la «prevención antes que la represión», en ese orden, las locuciones diversión o desjudicialización⁷³ se corresponden e identifican con las formas de concluir el proceso penal de manera anticipada, soslayando la etapa del juicio, consecuentemente ambos términos se utilizarán como sinónimos para los efectos de esta investigación.

En la desjudicialización como medio de resolución alternativa de conflictos, el binomio autocomposición⁷⁴ / heterocomposición constituye un método novedoso y disímil a los tradicionales de zanjar civilizadamente el litigio. El proceso no es ni la única ni la irremediable forma de dirimir el pleito. La heterocomposición, como medio idóneo para solucionar los conflictos de intereses que trascienden al ámbito jurídico, está determinada por la intervención de un tercero imparcial, ajeno a la controversia, llamado mediador⁷⁵.

Bajo este régimen, la solución del litigio viene dada por un tercero extraño al conflicto, lo que significa que no solo es requisito la presencia de un tercero, sino que este intermediario resuelve de forma vinculante el litigio. Constituyen formas clásicas de este instituto: el arbitraje y el proceso judicial. En el primer caso, estamos en presencia de un medio de resolución alterno de conflictos, en el segundo, ante la figura tradicional en la que es el funcionario judicial el que decide la cuestión contendida. En ese orden, la diversificación o desjudicialización del proceso penal juvenil permite la racionalización⁷⁶ de la

a marzo 2010) con el apoyo del Programa de Becas del Grupo Coímbra para Jóvenes Profesores e Investigadores de Universidades de América. P. 373, Consultado el 09 de junio de 2012.

73 Sobre la afinidad entre diversión y desjudicialización consúltese a KEMELMAJER, A., *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Edición Rubinzal-Culzoni, 2004, P. 93. Quien explica el concepto de diversión como desvío del proceso y adoptando para su traducción el término desjudicialización.

74 Se entiende por autocomposición la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno. Son manifestaciones unilaterales de este instituto: el desistimiento, el allanamiento y el perdón del ofendido.

75 En este sentido, OVALLE sostiene que entre la mediación y la conciliación, la heterocomposición constituye una posición intermedia, Vid. OVALLE FAVELA, J., *Teoría General del Proceso*, 4ª Edición, México Oxford University Press, 1998, P. 26.

76 Sobre el tema de la racionalización de la intervención penal, consúltese a CAMPOS VENTURA, O., RIVAS GALINDO, D., Y OTROS en *Justicia Penal de Menores*, Op. Cit., P. 436.

intervención penal como *ultima ratio*⁷⁷ de la justicia penal.

Consecuentemente, se evita la fase del debate o contradicción y se garantizan los derechos de la víctima u ofendido, donde tiene plena aplicación el principio fundamental del interés superior del niño. Las consecuencias penales derivadas del proceso penal juvenil instituyen sanciones que persiguen la educación en responsabilidad del condenado, donde la privación de libertad – internamiento – constituye la excepción, en las reglas y criterios de determinación de penas que permiten considerar la situación del adolescente⁷⁸.

En ese orden de criterios, aún y cuando el legislador goza de un amplio margen de configuración punitiva, no significa *per se*, que tenga una libertad absoluta e ilimitada, en la adopción de sanciones severas, por el contrario, esa libertad de configuración no debe rebasar los límites de razonabilidad y necesidad de la pena. De ahí que las consecuencias penales aplicables a los adolescentes no deben tener un carácter únicamente punitivo, sino que deben considerar su desarrollo personal, su nivel de educación, el medio en que se desenvuelven, sus posibilidades de inserción a la sociedad entre otras.

Por otra parte, hay autores como GARCÍA PABLOS⁷⁹ que desaconsejan el uso irracional e indiscriminado de la desjudicialización para resolver conflictos en los que exista una notoria desigualdad entre las partes, como pudiera suceder con los delitos violentos graves, por lo que sugiere se delimite para determinadas clases de delitos, sobre todo, para infracciones de menor calado. Sin embargo, otro sector entre estos UMBREIT, y PETERSON ARMOUR⁸⁰ han llegado a afirmar que la desjudicialización penal puede jugar un papel importante para la resolución de conflictos derivados de delitos de extrema gravedad y violentos, verbigracia los llamados «crímenes de odio»⁸¹.

En nuestro criterio, compartimos la idea de la racionalización del sistema penal, sin embargo, consideramos necesario advertir que racionalizar no solo

77 Una contribución interesante en el tema de la intervención penal como última ratio lo aporta ARMIJO, G., *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, San José, Unión Europea, 1997, P. 21-53. La expresión *ultima ratio*, constituye aquella manifestación de la intervención penal atendiendo a su carácter subsidiario o fragmentario como expresión del derecho penal mínimo.

78 Vid. HERNÁNDEZ BUSUALTO, H., *El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito*, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, No 2, 2007, P. 203-205, precisa el autor que «se establezca un criterio de intervención penal especial reducida tanto en relación a los delitos como a las sanciones».

79 Vid. GARCÍA-PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, P. 1001 – 1016.

80 Vid. UMBREIT, M., PETERSON ARMOUR, M., *Restaurative Justice Dialogue*, en Springer Nueva York, 2011, P. 211-238.

81 Podríamos definir a los *hate crimes* o crímenes de odio como: aquellos delitos que el autor comete motivado por el odio hacia alguna determinada característica de su víctima, verbigracia: el feminicidio, misoginia, entre otros.

implica que el sistema penal decline sus instrumentos en los casos irrelevantes para el derecho penal, sino que también los emplee en aquellos casos que estén debidamente justificados. No obstante, a pesar de las bondades expuestas respecto a la desjudicialización, generalmente los sistemas de justicia juvenil le prestan mayor atención a la rehabilitación y al tratamiento del justiciable, que a los sistemas de intervención mínima.

En la actualidad, las formas de desjudicialización en el proceso penal juvenil se encuentran bajo el escrutinio de la presión social, debido al clima de inseguridad por la que atraviesa la sociedad. Este desarrollo es consubstancial con la sensación existencial de inseguridad que está afectando a todos los aspectos de la vida misma, llevando a la gente a tener menos solidaridad y alimentando a la vez el populismo penal⁸².

2.2 Marco Legal de la Desjudicialización.

La desjudicialización como tal tiene su génesis legal en el art. 40.3 letra «b» CDN, del cual se colige que dicha institución tiene raigambre legal en el principio de intervención mínima. Asimismo, la desjudicialización parte de la premisa que el proceso penal contiene un carácter estigmatizante, por tal razón, el tratamiento de los adolescentes sometidos a la ley penal debe excluir, siempre que sea apropiado y deseable, la utilización de procedimientos judiciales.

En coherencia con lo anterior y atendiendo a una interpretación holística de la CDN podemos identificar cuatro instituciones jurídicas, que sustentan al principio de intervención mínima, a saber: la desjudicialización, la descriminalización, la desinstitucionalización y el *due process* o llamado también debido proceso⁸³; instituciones jurídicas que en la actualidad están siendo duramente cuestionadas, por cuanto observamos como las recientes reformas en la legislación penal juvenil, han contribuido para que las formas de desjudicializar el proceso sirvan como laboratorio de prácticas reinsertadoras aplicables a la justicia penal de adultos, convirtiendo al adolescente en instrumento para la intimidación de otros.

De igual forma, la desjudicialización o diversificación del proceso penal

82 Vid. WLAGRAVE, L., *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton: Willan Publishing, en Reconstruir la Justicia Juvenil en base a la Justicia Restaurativa-LodeWalgrave. Este artículo es una versión resumida y editada de un artículo presentado en el Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa en Lima del 4 al 7 de noviembre de 2009.

83 Esto también es apoyado por MAIER, J., *Los Niños como titulares del Derecho al debido proceso*, en Revista de Justicia y Derechos del Niño, No II UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de área para Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, 2000, P. 12.

juvenil incide de forma particular en la política criminal adoptada por el Estado salvadoreño al suscribir y ratificar la CDN, debido a la unidad del derecho internacional de los Derechos Humanos y al derecho constitucional conectados al bloque de constitucionalidad, ya que en el fondo el derecho internacional es realmente un derecho interno de producción externa⁸⁴. En consecuencia, la alternativa al juicio en materia penal juvenil, no solo discurre de la legislación doméstica, también su regulación legal tiene su génesis en el *corpus juris*⁸⁵ del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculados a la niñez y a la adolescencia en conflicto con la norma penal⁸⁶.

En el ámbito constitucional salvadoreño, la desjudicialización como tal no la reguló el constituyente de 1983, lo que no es óbice para colegir su fundamento constitucional, basta para ello, dar lectura al texto del art. 34 inc. 1º Cn.⁸⁷. Del cual se infiere que la mencionada disposición promueve indirectamente esta forma de terminar anticipadamente el proceso, lo que nos obliga a extender su alcance normativo haciendo uso del criterio holístico⁸⁸ e integracionista de las normas penales, ello por tratarse de Derechos Humanos del justiciable. Aunado a ello converge el art. 35 inc. 1º de la Carta Magna⁸⁹.

Por consiguiente, ambas disposiciones constitucionales, a la luz de una interpretación holística de los derechos y garantías del justiciable, y atendiendo

84 Vid. JIMENO QUESADA, L., *El Lugar de la Constitución en los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos*, en Liber Amicorum Cancado Trindade, Porto Alegre, Editor Sergio Antonio Fabris, 2006, P. 238.

85 La expresión *corpus juris* de los Derechos Humanos, es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. Según se advierte en su opinión consultiva OC-16/1999, en la que dicho tribunal manifestó que el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados, verbigracia – tratados, convenios, resoluciones y declaraciones –, párrafo 115.

86 El fundamento legal de la Desjudicialización o Diversificación del proceso penal juvenil, respecto de la norma internacional, se colige de los arts. 40.3 letra (b) Convención sobre los Derechos del Niño; Regla 11 de Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o Reglas de Beijing; 57 Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de La Delincuencia Juvenil conocida también como Directrices de RIAD; 5.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokyo y en la norma nacional se regula en el art. 36 de la LPJ.

87 La disposición constitucional establece «Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado».

88 Etimológicamente el holismo constituye «la práctica del todo» o «de la integralidad», su raíz *holos*, procede del griego que significa «todo», «íntegro», «entero», «completo», y el sufijo *ismo*, se utiliza para designar una doctrina o práctica. En este orden el criterio holístico e integracionista de las normas penales, permite enunciar el espíritu integral de la norma que orienta e informa su contexto interaccionista de los derechos humanos del justiciable.

89 El art. 35 inc. 1º Cn. a su texto reza «El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia».

a los principios *pro homine*⁹⁰ y *pro libertatis*, aun cuando no regulan la desjudicialización de manera expresa en la norma fundamental sí la contienen indirecta o tácitamente. Esto se deduce atendiendo a una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de imponer al Estado la obligación de proteger la salud mental y moral de los niños, en este caso sometidos a la LPJ. En consecuencia, es un deber indeclinable del Estado, mitigar los efectos nocivos, estigmatizantes y aflictivos que la judicialización provoca en el niño.

Menester es destacar la naturaleza especial que reviste la LPJ a la luz de la norma constitucional, que legitima su desarrollo en el art. 35 inc. 2º Cn. La naturaleza penal que reviste la LPJ es incuestionable, sin embargo, constituye un derecho penal⁹¹ de carácter especial⁹² bajo el marco del modelo de justicia penal juvenil denominado «de justicia o modelo de responsabilidad», según el cual, el adolescente en conflicto con la ley es capaz de comprender su comportamiento antijurídico y, por lo tanto, se le puede aplicar una medida equivalente a una pena, aunque en el fondo esta sea diferente a la que en un caso similar se le pudiera aplicar a un adulto.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la acción penal contra los adolescentes en conflicto con la ley penal se extingue, en general, por las mismas causas o motivos aplicables a los adultos, por ejemplo: muerte del infractor, prescripción, mediación o conciliación, el criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, entre otras – art. 31 Pr. Pn. –; y en particular, por la conciliación, la remisión, la renuncia de la acción y la cesación del proceso – art. 36 LPJ –.

Se trata – por una parte – de causas legales que legitiman la extinción de la acción penal, esto es, una vez promovida la acción penal por el órgano titular de la investigación del delito – Ministerio Fiscal – deja de existir; y por otra

90 El principio *pro homine* o pro persona humana, refiere a que el sistema normativo debe ser interpretado de manera integracionista, es decir las normas deben ser interpretadas procurando lo más ampliamente a favor de las personas; principio que se infiere del art. 1 inc. 1º de la Constitución de la República. Que a su letra reza «El Salvador reconoce a la persona humana como el fin y el origen de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común (...)». En consecuencia, tales tipos de normas están creadas para proteger los derechos humanos, su interpretación debe ser siempre a favor del individuo. La CriHD ha establecido que el equilibrio en la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema. Cfr. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: *Manual de calificación de violaciones a derechos humanos con enfoque de género*, 1ª edición, San Salvador, 2010, P. 29.

91 Debemos aclarar que el proceso penal de menores, se configura con el mismo marco normativo sustantivo que el de adultos, en consecuencia, es un verdadero proceso penal, Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., Y DE LA ROSA CORTINA, J., *La responsabilidad penal de los menores*. Thomson Arazandi, Navarra, 2007, P. 28.

92 Así lo recuerda SANTOS CASTELLAR, quien sostiene que «si nos encontramos ante una responsabilidad penal de un niño, esta lógicamente surge del derecho penal», Vid. SANTOS CASTELLAR, J., *Eficacia y Garantía de la Legislación de Menores en El Salvador*, en Justicia para todos, FESPAD Ediciones, San Salvador, 1997, P. 155.

parte, se trata de causas que impiden el nacimiento de la acción, es decir causas que dan lugar a terminar anticipadamente el proceso como se advierte de la lectura de los arts. 36, 37, 38, 59, 63 y 70 LPJ, disposiciones que tienen su origen en el art. 40.3 letra «b» de la CDN⁹³.

Conforme con lo anterior, la desjudicialización o diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos el sistema penal sea referido a otros órganos de control informal, por medio de la remisión o la mediación penal⁹⁴, como mecanismo autocompositivo. Esto tomando en cuenta que si bien estos mecanismos en modo alguno pueden sustituir como modelo de justicia penal al proceso penal, si pueden servir como alternativa o medio para desjudicializar el proceso penal juvenil. De igual forma la conciliación entre autor y víctima se aúna a estos medios civilizados de resolución de conflictos.

En conclusión, la desjudicialización constituye una forma de exclusión de la aplicación del procedimiento judicial establecido, o bien aquella forma alterna de justicia penal mínima o reducción de la judicialización de los casos en los que interviene el adolescente infractor; es decir, pretende enervar los efectos negativos mediante la aplicación de los instrumentos internacionales antes relacionados, siempre que esto no implique eludir los derechos de las partes, verbigracia, conculcando el interés superior del niño o dejando en estado de desprotección a la víctima del delito, promoviendo con ello, su revictimización. Por tanto, se trata de desjudicializar y evitar la judicialización apelando a un medio ágil para satisfacer los intereses de la víctima⁹⁵.

2.3 Las Formas de Desjudicialización del Proceso Penal Juvenil Salvadoreño.

La filosofía con la que nace la LPJ no solo se limita a su especialidad, en tanto aplicable a jóvenes en conflicto con la ley, sino que también contiene aspectos sobresalientes y novedosos, particularmente el art. 36 que procura la desjudicialización de los conflictos penales.

En esa dirección la desjudicialización, conforme a la LPJ, puede analizarse

93 La mencionada disposición establece «Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetaran plenamente los derechos humanos y las garantías legales». El subrayado nos pertenece.

94 Vid. MEJÍAS GÓMEZ, J., *La mediación como forma de Tutela Judicial*, en *El Derecho*, Madrid, 2008, P. 71.

95 Vid. BONILLA AVELAR, E., Y CAMPOS VENTURA, O., *Leyes del Menor Infractor y de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor*, Concordadas, Comentadas y Anotadas, en *Justicia Penal de Menores*, Programa de Apoyo a la Reforma de Justicia ART/UTE. San Salvador, 1998, P. 435.

desde dos aristas:

- a) desde **la fase preparatoria o de investigación**, en donde convergen bien, la *renuncia de la acción*, siempre y cuando se cumplan los presupuestos que determina el art. 70 LPJ⁹⁶, o bien, *por las obligaciones contraídas producto del acuerdo conciliatorio* al que han llegado las partes, conforme lo regulan los arts. 59 – 65 LPJ. Conviene señalar, que el instituto jurídico de la conciliación, procede tanto en sede fiscal como en sede judicial, siempre que no se hayan aplicado medidas en forma definitiva, esto es, antes de concluida la fase de juicio o vista de la causa, así lo advierte el inc. 3º del art. 59 LPJ y;
- b) desde **la fase intermedia o audiencia preparatoria**, es decir cuando el Ministerio Fiscal, agotada la investigación o concluido el plazo para la misma, ha decidido promover acción penal y consecuentemente el Juez de menores ha resuelto iniciar el trámite judicial, es decir, el proceso ya se ha judicializado. En esta fase se pueden aplicar bien la *remisión o la cesación del proceso*, conforme lo regula el art. 36 LPJ.

En resumen, el art. 36 LPJ, con raigambre legal en el art. 40.3. «b» de la CDN, contiene cuatro formas de desjudicializar el proceso penal juvenil que son:

- a) La Conciliación
- b) La Remisión
- c) La Renuncia de la Acción y,
- d) La Cesación del Proceso.

En nuestro sistema penal juvenil, el legislador reguló de manera expresa estas cuatro formas de terminar anticipadamente el proceso, tal como lo establecen los arts. 36 al 38 LPJ. En ese sentido, la LPJ optó por el modelo del sistema acusatorio - oral o contradictorio - ⁹⁷ al estimar que dicho sistema es el que mejor se adecua a los derechos y garantías reconocidos por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos en general, y en especial, a las exigencias de la CDN referente a jóvenes en conflicto con la ley penal. En coherencia con lo anterior, de acuerdo a los postulados del sistema acusatorio,

96 El art. 70 LPJ establece que la Fiscalía General de la República podrá renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal, como faltas o delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no exceda de tres años. Tendrá en cuenta especialmente: *las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño*. Si en los presupuestos antes indicados la reparación del daño fuere total, el legislador le impone al ministerio fiscal el deber de renunciar a la acción.

97 Para una mejor ilustración sobre el sistema acusatorio consúltese a ASCENCIO MELLADO, J., *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, Editorial Trivium. S.A. Primera Edición, Madrid, 1991. P. 15 y 23.

la investigación en el proceso penal juvenil puede dar inicio de manera oficiosa o por denuncia ante el órgano titular de la investigación según lo establece el art. 66 LPJ⁹⁸.

En ese contexto, la Fiscalía General de la República – en adelante la Fiscalía o FGR – de acuerdo al sistema penal juvenil salvadoreño ejerce un verdadero monopolio en la dirección funcional de la investigación, así se colige de lo regulado por el constituyente en el art. 193 Ordinales 2º, 3º y 4º de la Carta Magna⁹⁹ con relación al art. 50 letra «c» LPJ¹⁰⁰. Este monopolio reservado al Ministerio Fiscal, en la práctica ha sido objeto de muchos cuestionamientos, al considerar que con ello se le impide a la víctima el acceso a la figura procesal del «acusador particular» en consecuencia, se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

No olvidemos que el art. 439 Pr. Pn.¹⁰¹, exige que la acusación se presente directamente ante el Tribunal de Sentencia, lo cual de acuerdo a nuestro sistema penal juvenil es incompatible con la figura del Juez natural o Juez legal¹⁰², debido a que el Tribunal de Sentencia tiene inhibida su competencia para conocer de las infracciones penales donde el justiciable sea un niño, niña o

98 El art. establece « La investigación se iniciará de oficio o por denuncia».

99 El enunciado constitucional textualmente reza «Corresponde al Fiscal General de la República: 1º Defender los intereses del Estado y de la Sociedad; 2º *Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad*; 3º *Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley*; 4º *Promover la acción penal de oficio o a petición de parte*; 5º Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley; 6º Promover el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por delitos de atentados contra las autoridades, y de desacato; 7º Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones; 8º Nombrar, remover, conceder licencias y aceptar denuncias a los Fiscales de la Corte Suprema de Justicia, de las Cámaras de Segunda Instancia, de los Tribunales Militares y de los tribunales que conocen en primera instancia, y a los Fiscales de Hacienda. Iguales atribuciones ejercerá respecto de los demás funcionarios y empleados de su dependencia; 9º Derogado; 10º Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes; 11º Ejercer las demás atribuciones que establezca la Ley.

100 La disposición determina «Corresponde a la Fiscalía General de la República, la investigación de las infracciones penales atribuidas al menor sujeto a esta ley tendrá las siguientes atribuciones... Letra (c) – Promover la acción penal o abstenerse de ello –».

101 Este art. dispone «Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe presentar la acusación, por sí o mediante apoderado especial, directamente ante el tribunal de sentencia, cumpliendo con los requisitos previstos en este Código para la acusación. Cuando no se haya logrado identificar o individualizar al acusado; o determinar su domicilio o residencia; o, cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el hecho, sea imprescindible llevar a cabo diligencias que el acusador no pueda realizar por sí mismo, requerirá en la acusación el auxilio judicial, indicando las medidas pertinentes. El tribunal prestará el auxilio, si corresponde. Luego, el acusador completará su acusación en el término de tres días hábiles después de haber obtenido la información requerida».

102 Vid. Art. 14 y 15 Cn.

adolescente, consecuentemente, esto conmina a la víctima a ver frustrada su pretensión de justicia. Sin embargo, otro sector considera que la participación de la víctima u ofendido como acusador, no es conveniente por ser contraria a la propia finalidad educativa del proceso penal juvenil.

En ese orden de ideas, y considerando que la ausencia de regulación en la LPJ para la persecución penal respecto de delitos de acción privada, afecta significativamente a la víctima, aunado a que el conocimiento de toda clase de infracciones sean estas delitos o faltas cometidas por adolescentes, corresponde por ahora exclusivamente a los Juzgados de menores – instruir y decidir la causa – según lo dispuesto en el art. 42 LPJ¹⁰³.

Por consiguiente, y mientras no se evacúe esta omisión legislativa, mediante la oportuna reforma de ley, consideramos que la solución estaría en convertir la acción privada en una mera denuncia, es decir que la víctima o el directamente ofendido acuda al ministerio fiscal o bien, ante el Juez de menores competente como lo advierte el art. 73 inc. final LPJ¹⁰⁴ a denunciar la infracción penal; alternativa que también recomienda CASADO PÉREZ¹⁰⁵.

Por tanto, conforme a los principios que informan y orientan el proceso penal juvenil, siempre que se le atribuya a una persona menor de edad un comportamiento antijurídico, perseguible por cualquier clase de acción sean estas públicas o privadas, ello no es óbice para la aplicación de la desjudicialización del proceso penal juvenil. Aclarado este impase, conviene ahora desarrollar sumariamente cada una de las formas de desjudicializar el proceso penal juvenil antes enunciadas.

2.3.1 La Conciliación.

El instituto jurídico-procesal de la conciliación constituye un mecanismo de intervención penal mínima que pretende buscar una solución efectiva al

103 Vid. Art. literalmente establece «Los Jueces de menores tienen competencia para: a) *Conocer de las infracciones tipificadas como delitos o faltas por la legislación penal, atribuidas al menor sujeto a esta Ley*; b) Procurar la conciliación; c) Decretar las medidas conducentes a la formación integral del menor, a la reinserción en su familia y en la sociedad; y d) Conocer de otros aspectos, que ésta y otras Leyes le fijen.

104 El enunciado establece «Promovida la acción, el Juez dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá sobre la iniciación del proceso y si lo considera oportuno remitirá las diligencias a la Fiscalía General de la República, para que amplíe la investigación durante un plazo que no exceda de treinta días. Si resuelve iniciar el trámite judicial ordenará el estudio sicosocial y podrá citar a conciliación; si no es procedente iniciarlo por cualquier causa legal, ordenará la cesación del proceso y archivará las diligencias de investigación. Cuando el Juez recibiere una denuncia, en la que se afirma que un menor es autor o partícipe de una infracción a la Ley penal la remitirá a la Fiscalía General de la República».

105 Vid. CASADO PÉREZ, J., *Proceso Penal de Menores*, San Salvador, 2001, P. 23.

conflicto penal. Paralelamente, se procura reconocer el protagonismo tanto de la víctima como del victimario. En general, el constituyente normó esta institución en el Título II, Capítulo II, Sección Segunda Trabajo y Seguridad Social art. 49 inc. 2^o¹⁰⁶ y, en particular, el legislador penal juvenil la codificó en el capítulo V, que titula «Conciliación», integrado por siete disposiciones del 59 al 65 de la LPJ.

En materia penal la innovación de la conciliación viene aparejada con la entrada en vigencia de la Ley del Menor Infractor, institución que más tarde fue adoptada por las legislaciones adjetivas o procesales penales para adultos de 1998 y 2010. Esta forma anticipada de fenecer el proceso constituye un medio informal de control social que habilita la forma de poner en práctica la idea de que, en materia penal juvenil, en muchos casos la no intervención penal será la respuesta más adecuada. En este sentido, la conciliación constituye un acuerdo voluntario libre y espontáneo de autocomposición entre acusado y víctima, que tiene lugar ante la Fiscalía, o ante el Juez de menores, previo a la imposición de medidas definitivas, en los casos taxativamente señalados en el art. 59 LPJ¹⁰⁷.

Fundamentalmente, se le apuesta a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena. En ese orden de ideas, CASADO PÉREZ¹⁰⁸; define a la conciliación como «un convenio voluntario entre el ofendido o la víctima de una infracción penal y el menor acusado de la misma, mediante el cual, éste último, o sus representantes legales, dando o prometiendo hacer alguna cosa, evitan el ejercicio de la acción penal o ponen término a la ya iniciada». Por su parte, autores como TIFFER, LLOBET y DÜNKEL definen a este instituto de la conciliación «como un acto jurisdiccional voluntario entre el ofendido o su representante y el menor de edad, quienes son las partes

106 El art. 49 inc. 2o de la Constitución a su letra se lee «El Estado tiene la obligación de promover la conciliación y el arbitraje, de manera que constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo. Podrán establecerse juntas administrativas especiales de conciliación y arbitraje, para la solución de conflictos colectivos de carácter económico o de intereses».

107 La disposición literalmente establece «Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto los siguientes: a) Los delitos de homicidio simple y agravado; b) La extorsión; c) Los delitos de privación de libertad, secuestro y atentados contra la libertad individual agravados; d) Los delitos relativos a la libertad sexual; e) Los delitos que afecten intereses difusos de la sociedad; y, f) Los delitos cometidos por menores que hayan conciliado la misma clase de delitos dolosos. El arreglo conciliatorio procede a petición de parte, de ofendido, víctima o a propuesta del Juez, siempre que existan indicios o evidencias de autoría o participación del menor y no concurren causales excluyentes de responsabilidad; sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del menor. En todo caso propiciará la educación en responsabilidad del menor. La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el Juez de menores, mientras no se haya pronunciado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor».

108 Vid. CASADO PÉREZ, J., *Proceso Penal de Menores*, Op. Cit., 25 y 26.

necesarias en ella»¹⁰⁹.

En nuestra opinión, consideramos que la conciliación, como subrogado penal, constituye un acto voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, quienes serán las partes necesarias para legitimar ese acuerdo promovido bien en sede jurisdiccional o extrajudicial, es decir, ante la Fiscalía¹¹⁰. Sin embargo, la conciliación en el derecho penal juvenil no está exenta de críticas, sobre todo, por las posibles fricciones que pudieran generarse en el trámite del proceso respecto al derecho a guardar silencio o el derecho a la no autoincriminación que cobijan al justiciable en todo momento.

Tomando en cuenta las dudas que podría generar la aceptación del acusado vinculada a la indemnidad del principio de presunción de inocencia¹¹¹, en orden a ese mismo criterio, se presenta el riesgo de que el encausado ante la amenaza de continuar con el proceso, renuncie *per se*, a defender su derecho de presunción de inocencia¹¹² y participe en la solución pacífica del conflicto para obtener el beneficio de la conciliación.

Por consiguiente, si bien la conciliación exige un acuerdo voluntario –de las partes para su procedencia, no significa por ello que se pueda prescindir de lo dispuesto en el art. 60 último inc. LPJ, en el sentido que tanto el Juez como el Fiscal – no deben autorizar la conciliación, aún cuando ambas partes acrediten su consentimiento, si se advierte que la conciliación vulnera o conculca el «interés superior del niño», por cuanto, se estaría con ello resarcido a la víctima a partir de la conminación a un probable inocente que acepta la conciliación con el único propósito de que cese el procedimiento, impidiendo con ello la sentencia o el acto del juicio incoado en su contra.

En ese contexto, se torna forzado advertir que en caso de ser procedente y aceptada la conciliación por el indiciado, exige la ley no interpretar la «aceptación de conciliar» de parte del adolescente bajo ningún concepto y para ningún efecto como una aceptación de haber cometido la infracción penal que

109 Vid. TIFFER-SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., Y FRIEDER, D., *Derecho Penal Juvenil*, Cit., 344.

110 Si la conciliación se autoriza en sede fiscal se debe homologar, es decir ha de verificarse o comprobarse su cumplimiento por el Juez penal juvenil.

111 Se pugna por la creación de un sistema de garantías apropiadas a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción penal, se adopte, luego de vencer la garantía de presunción de inocencia. Para una mejor ilustración sobre este tópico, consúltese a RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Editorial DIJUSA, Madrid, 2005, P. 38.

112 Vid. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE, S., *Presunción de inocencia, mediación y conformidad: algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos*, en Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Antón, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, P. 1951-1972.

se le atribuye.

En lo que respecta a la justicia restaurativa, como manifestación consecuente con la desjudicialización, no fue regulada en la CDN, ello obedece a que este término surgió después de su aprobación. Sin embargo, no podemos invocar la misma razón para justificar la falta de regulación en la LPJ; en consecuencia, el legislador penal juvenil salvadoreño debió ser más ambicioso en normar este instituto jurídico. En ese símil, la justicia restaurativa o reparadora, se define como aquel proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa, llegan a un consenso para dirimirla de forma colectiva.

Por su parte TONY MARSHALL, define a la justicia restaurativa como un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que haya tenido lugar en una comunidad, se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro¹¹³.

En esa misma dirección, la mediación constituye una manifestación de la justicia restaurativa que no está regulada en la LPJ; como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil, según se advierte de la lectura del art. 36 del mencionado cuerpo de ley¹¹⁴. Empero, esto no debe constituir un obstáculo para promover su aplicación si atendemos a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, concomitante a una interpretación integradora y sistemática de la normativa penal juvenil, en el sentido que la respuesta punitiva no es la opción más adecuada con la que se debe enfrentar a la criminalidad.

En igual sentido, la mediación trasciende los objetivos propiamente pedagógicos y de compensación del daño al enfrentar al justiciable con la víctima, a la vez que habilita el restablecimiento del tejido social mediante diversos canales de participación comunitaria¹¹⁵. La mediación como mecanismo de desformalización o de desjudicialización del proceso penal juvenil constituye un elemento novedoso en nuestro país¹¹⁶, institución que cada

113 Vid. MARSHALL, T., *Criminal mediation in Great Britain*, en *European Journal on Criminal Policy and research*, 1980-1996, P. 21- 43 citado en MORRIS, A., Y MASWELL, G., *Restorative justice for juveniles*. Conferenciing, mediation and circles, Oregon, Hart, 2001, Cap. 1, P. 5.

114 Para mayor información sobre la génesis histórica de la mediación, consúltese a GARCÍA GÉRBOLES, M., *El entronque histórico-jurídico del concepto de mediación desde el derecho romano hasta la actualidad*, en *La Mediación. Presente, Pasado y Futuro de una institución jurídica*, 2010, P. 23.

115 Menester es destacar que en estos programas la preocupación de las víctimas no se centra exclusivamente en la restitución económica, sino que manifiestan además, su temor a las relaciones futuras entre las partes, así como el compromiso que adquiere el infractor de no agresión y no reincidencia. Vid. DAPENA, J., Y MARTIN, J., *La Mediación Penal en Cataluña, España*, en *Estudio de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil*, Departamento de Justicia, Generalidad de Cataluña, Barcelona 1998.

116 Para darle aplicación práctica al instituto jurídico-procesal de la mediación en nuestro país se han instalado

vez demanda mayor aplicación en las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos – ORAC –. En ese orden, la justicia restaurativa, constituye un aporte necesario en el desarrollo de políticas públicas integradas inescindiblemente con la comunidad.

2.3.1.1 Clases de Conciliación.

Las clases de conciliación que se pueden contraer en el proceso penal juvenil son:

- a) La conciliación por medio de la cual se adquiere una obligación de contenido patrimonial y;
- b) La conciliación por medio de la cual se contrae una obligación de contenido no patrimonial.

Referente a las obligaciones de contenido patrimonial, atendiendo a su naturaleza constituyen obligaciones solidarias imputable a los representantes del adolescente. Esta clase de prestaciones de contenido patrimonial son consideradas por el legislador penal juvenil como una reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, en razón de lo dispuesto en el art. 64 LPJ, al establecer que los representantes legales del menor se comprometerán con él¹¹⁷. Debemos mencionar que el acuerdo conciliatorio de contenido patrimonial constituye fuerza ejecutiva, por lo que le asiste a la víctima u ofendido el derecho de promover la acción civil ante el Juez competente en caso de incumplimiento injustificado.

Sin embargo, previo a promover la acción civil, podrá solicitar al Juez o al Fiscal de la causa que requiera el cumplimiento de las obligaciones. Como su nombre lo indica, es un simple requerimiento que se le hace al deudor a efecto de que justifique su demora en el cumplimiento de la obligación contraída. En caso que el infractor o el que se comprometió por éste a cancelar la obligación de carácter patrimonial se rehusare, esta circunstancia no constituye a nuestro criterio, motivo alguno para mantener abierto el proceso, porque para eso el legislador habilitó el ejercicio de la acción civil, la que podrá incoarse ante el

Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos, situados en el Ministerio Público, Alcaldías Municipales y recientemente en los Centros Judiciales Integrados de Justicia de San Salvador, Soyapango y Delgado.

117 El art. 64 LPJ reza «Los representantes legales del menor se comprometerán con él, a cumplir con las obligaciones determinadas en el acta de conciliación, cuando se trate de indemnizaciones de contenido patrimonial. En este caso, no se podrá intentar la acción civil para el pago de daños y perjuicios ocasionados por la infracción». El sentido de la disposición es conforme con la capacidad económica que por razón de su minoría de edad y de forma personal tenga el adolescente para obligarse patrimonialmente. En esa dirección el legislador, al permitir obligarse a cualquier persona en esta clase de obligaciones esta con ello habilitando que la limitación económica propia del adolescente, no sea una causa que impida pactar en conciliación la reparación o resarcimiento del daño causado.

tribunal civil que corresponda.

Por lo tanto, pensar lo contrario, implicaría equiparar o darle el mismo tratamiento a la conciliación de contenido patrimonial como a la de contenido no patrimonial, con lo cual se promovería un revés jurídico que conduciría a vaciar de contenido, el espíritu del legislador plasmado en los arts. 63 inc. final y 65 ambas disposiciones de la LPJ. Es preciso aclarar, que no sólo los representantes legales del joven acusado podrán asumir este tipo de obligaciones u obligarse por él, sino cualquier tercero interesado así lo dispone el art. 60 parte final del inc. 1º LPJ.

Respecto de las obligaciones de contenido no patrimonial, contrario a la anterior, esta clase de obligaciones, tiene como destinatario, al acusado, por cuanto torna indelegable su cumplimiento, verbigracia: el encausado se compromete al aprendizaje de un oficio, el someterse a concluir para el caso, la educación básica, entre otros; esta clase de compromiso exige del justiciable que acredite su conformidad. Si finalmente, en la obligación de contenido no patrimonial, no se cumple el acuerdo adquirido por el justiciable, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado – art. 65 inc. 1º LPJ¹¹⁸ –.

Por último, señala GALAWAY¹¹⁹, que las formas que puede revestir la reparación del daño, en la conciliación son las siguientes: a) *Una cantidad dineraria dirigida directamente a favor de la víctima*; b) *Una suma de dinero dirigida a organizaciones de carácter social*, especialmente apta para los casos en los que la víctima no es localizada o no quiere participar en el proceso de mediación, o, por ejemplo, que no hayan daños concretos que reparar, porque se trata de uno de los denominados delitos sin víctima; c) *Prestaciones en favor de la víctima*, cuando el autor del delito es insolvente, careciendo, por lo tanto, de la capacidad económica suficiente para satisfacer una concreta cantidad de dinero, a los efectos de reparación del mal causado por el delito y; d) *Prestaciones a favor de la comunidad*.

2.3.1.2 Requisitos formales de validez de la Conciliación.

La LPJ determina los presupuestos de procedencia de la conciliación, así como los efectos legales que la misma origina, a saber:

118 Reza la disposición «Cuando el menor incumpliere injustificadamente las obligaciones de contenido no patrimonial, pactadas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado».

119 Vid. GALAWAY, B., citado por BARNETT, R., Y HAGEL, J., (Ed.): *Assessing the Criminal*, en *Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Harvard University, 1977, P. 340.

- a) Que existan indicios o evidencias de la autoría y participación del adolescente, en la comisión del ilícito por el que se le procesa, por lo que admiten conciliación todos aquellos delitos o faltas que no se advierten dentro del catálogo de infracciones que regula el art. 59 LPJ, en consecuencia, admiten conciliación todas las infracciones penales constitutivas de falta y aquellos delitos menos graves en su tipo básico, verbigracia: delitos contra el patrimonio, delitos contra la integridad física, homicidio culposo, entre otros.

En estos delitos aún cuando proceda la conciliación respecto de ellos, esta admisión no es absoluta e ilimitada, así, lo advierte el art. 59 inc. 1º letra «f» LPJ que proscribe la conciliación en los delitos cometidos por menores que hayan conciliado la misma clase de delitos dolosos.

- b) Que no concurren excluyentes de responsabilidad regulados en el art. 27 del Código Penal, sin que ello implique aceptación de la comisión de los hechos por parte del justiciable adolescente, pues ello tornaría nugatorio el derecho a la no autoincriminación que cobija a todo infractor. Por cuanto, si concurren excluyentes de responsabilidad el proceso no finalizaría por la conciliación, sino degeneraría siempre en una forma de desjudicialización, pero esta vez, por la cesación del proceso – art. 38 inc. 1º letra «a» LPJ –¹²⁰.
- c) Consentimiento libre y espontáneo de las partes, por cuanto, es nula aquella conciliación en la que se advierta alguno de los vicios del consentimiento a saber: error, fuerza violencia o intimidación y dolo¹²¹. No es extraño que puedan existir en la práctica presiones, bien sobre el justiciable para que externe su consentimiento y con ello habilite la conciliación, a pesar de no ser responsable del hecho que se le atribuye; igualmente, esta circunstancia puede alcanzar a la misma víctima.
- d) El objeto de la conciliación debe consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer una cosa determinada que no sea contraria a la ley o al orden público. No obstante que el art. 62 LPJ no dispuso que para obligarse el encausado, deba tratarse de obligaciones legítimas, por cuanto, se debe

120 La disposición establece «En cualquier estado del proceso podrá ser decretada su cesación, con base en las siguientes causas. Letra (a) Cuando se hubiere comprobado cualquier excluyente de responsabilidad».

121 Consideramos que existe violencia cuando se emplea una fuerza irresistible capaz de doblegar o de arrancar el consentimiento a una de las partes en conflicto; existe asimismo, intimidación cuando se inspira a alguna de las partes el terror fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes de sus descendientes o ascendientes. Para profundizar sobre el consentimiento como requisito de la conciliación, consúltese a PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, en *¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999, P. 20.

tener presente que la obligación contraída no sea de aquellas que la ley proscriba o ser contraria al orden público.

Una obligación contraria a la ley sería, por ejemplo, el compromiso que asume el infractor de cumplir con una obligación desorbitada como, someter al justiciable a asistir a una determinada iglesia, esto conculca el derecho a la libertad de culto – arts. 3 y 25 Cn.–; u obligar al adolescente a soportar torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, que como bien sabemos están prosritos por la Constitución en su art. 27 inc. 2º, instaurando con ello, una disminución de derechos fundamentales de carácter irrenunciables.

Las letras «a y b» del presente apartado refieren a los requisitos de procedencia de la conciliación y, la letra «c» establece los requisitos de validez de la conciliación, claro está que dentro de estos también convergen como en todo contrato la capacidad, la causa y objeto lícito.

2.3.1.3 El Objeto de la Conciliación

La conciliación, como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil, trae beneficios para ambas partes. Para el infractor, porque le implica la conclusión del proceso, mientras que para la víctima, la conciliación significa la reparación del daño causado por el delito¹²². La experiencia ha demostrado que el mayor interés de la víctima se circunscribe, no en la sanción penal del autor de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico relevante para el derecho penal, sino, en la reparación del daño causado; en ese orden de ideas, la conciliación se fundamenta en la responsabilidad del primero y el consentimiento del segundo.

En relación con lo anterior, concluimos que la conciliación tiene por objeto dar solución a un conflicto generado por la comisión de un hecho contrario a la ley penal, en el que víctima u ofendido y el infractor o su representante legal, deciden voluntariamente ponerle fin al proceso por la vía del diálogo. Se debe romper, pues, con la idea de «la víctima punitiva» que lo único que le interesa es el castigo, cuanto más severo mejor, de la persona que le causó el mal que todo delito ocasiona.

El objeto de la conciliación en materia penal juvenil se enfoca en dos

122 Vid. TINOCO PASTRANA, A., *Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal*, en Cuadernos de Política criminal, N° 63, Edersa, Madrid, 1997, P.727. Destaca el autor que «La importancia de la víctima en el instituto de la conciliación, sin ser una plasmación de autocomposición, posee no un interés vindicativo, sino eminentemente reparador de la ofensa causada. Para ello es aconsejable que existan alternativas al juicio a través, de las que se pueda lograr una más expedita y eficaz reparación del daño causado, por el delito».

momentos, el primero de ellos, en la etapa de investigación, el cual tiene como propósito reparar el conflicto ocasionado con la infracción penal, produciéndose la «desjudicialización del proceso»; y el segundo, en la etapa judicial teniendo como finalidad «terminar el proceso», con la conciliación se repara el daño a la víctima u ofendido por una parte y por la otra disminuye los gastos del Estado en la administración de justicia.

En ese orden, la conciliación tiene por finalidad que la víctima reciba su satisfacción psicológica a cargo del menor, quien ha de arrepentirse del daño ocasionado, ha de estar dispuesto a disculparse y a reparar el daño causado con su comportamiento antijurídico. El propósito de la inclusión de la conciliación en el derecho penal en general, y en particular en el sistema penal juvenil, obedece a la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal – minimalismo penal¹²³– el que aboga por la necesidad de provocar la menor lesividad y gravamen; en relación a las partes que intervienen en el delito en el curso del procedimiento penal.

2.3.1.4 Contenido del Acuerdo Conciliatorio

El art. 63 LPJ¹²⁴, desarrolla el contenido mínimo del acta de audiencia conciliatoria¹²⁵. Así, es indispensable que en dicha acta se detallen con precisión las obligaciones pactadas, de entre las cuales pueden resultar la reparación del daño a la víctima u ofendido; asimismo, se deben mencionar con especial determinación tanto las obligaciones de contenido patrimonial, como las obligaciones de contenido no patrimonial contraídas en dicho acuerdo.

Es de acotar que las obligaciones de contenido patrimonial pueden ejecutarse en el momento de la audiencia, cuya consecuencia jurídica es dejar sin efecto las medidas que se le hayan impuesto al infractor y, habilita para decretar el cierre y archivo del proceso, conforme lo regula el art. 62 inc. final LPJ; o bien, se puede estipular un plazo determinado dentro del cual el

123 Sobre el tema del minimalismo penal consúltese a BARATTA, A., *Principios del Derecho Penal Mínimo, para una Teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite del Derecho Penal*, en Revista de Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987, P. 625. «...El sistema punitivo produce más problemas de cuantos pretende resolver. En lugar de componer conflictos, por el contrario los reprime y, a menudo, estos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también, por efecto reflejo de la intervención penal pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos».

124 La disposición establece «En el acta de conciliación se determinarán las obligaciones pactadas, entre las cuales se comprenderá la reparación del daño a la víctima o al ofendido; y si fuere necesario se señalará un plazo para su cumplimiento. La certificación del acta de conciliación, tendrá fuerza ejecutiva».

125 Para una mejor ilustración sobre el acta de audiencia conciliatoria Vid. TREJO ESCOBAR, M., *Reflexiones Sobre Derecho de Menores*, San Salvador, 1996, P. 15-17.

adolescente, su representante legal o cualquier persona, se comprometa a cancelar la obligación pecuniaria producto del acuerdo conciliatorio – art. 60 inc. 1° LPJ –.

Las obligaciones de contenido no patrimonial, constituyen un compromiso de carácter personal es decir, su cumplimiento no se puede delegar, estas obligaciones además, pueden constituir compromisos de tracto sucesivo, esto significa, que pueden no cumplirse en el acto mismo de contraerse, verbigracia: el adolescente adquiere el compromiso de aprender un oficio o bien, se compromete asistir a un centro educativo durante un plazo determinado.

2.3.1.5 Efectos Jurídicos del Acuerdo Conciliatorio.

Los efectos jurídicos que origina el acuerdo conciliatorio en el proceso penal juvenil son:

- a) Si se materializa el acuerdo conciliatorio entre las partes en conflicto, su efecto inmediato deviene en suspender el procedimiento y se estará al cumplimiento de lo pactado según lo dispone el art. 62 inc. 2° LPJ.
- b) Si no se concretiza la conciliación el proceso continuará, sin perjuicio que con posterioridad se pueda nuevamente intentar la conciliación.
- c) Si se cumplieren las obligaciones contraídas en el acuerdo conciliatorio se extinguen las acciones legales derivadas del hecho, esto es, las acciones penales y civiles, por tanto, debe archivarse el proceso según lo regulado en el art. 62 inc. final LPJ.
- d) Si se incumplieren injustificadamente las obligaciones de contenido no patrimonial contraídas en el acta de conciliación, el procedimiento continuará como si no se hubiere conciliado (art. 65 inc. 1° LPJ). Por último, la conciliación entre infractor/víctima puede dejar sin efecto la medida impuesta, siempre y cuando el Juez estime que el tiempo de duración de la misma ya cumplió el reproche que merecen los hechos cometidos por el inculgado.

2.3.2 La Remisión

El instituto jurídico-procesal de la remisión encuentra su primera aparición en la CADH de 1969 que, entre otros tópicos, establece que cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su

tratamiento¹²⁶. De dicha regulación se colige que no todos los niños deben ser procesados, lo que constituye a nuestro criterio el primer indicio de la remisión. La remisión como instituto jurídico se positiviza con claridad en 1985, con la promulgación de las Reglas de Beijing¹²⁷. Así, la regla 11.3 supedita la acreditación del consentimiento del infractor, o bien el de sus padres o tutores, sobre las medidas de remitir al joven a programas comunitarios.

A contrario *sensu*, la admisibilidad de la remisión sin dicho consentimiento, deviene en infracción al Convenio sobre la Abolición del trabajo forzoso¹²⁸ y en particular, del art. 9 de la Constitución que prohíbe prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento. Aun cuando la remisión no la reguló el constituyente de manera expresa como forma alternativa de resolver el conflicto penal, ello no es óbice para integrar la norma conforme al principio de igualdad ante la ley.

Así, en razón del art. 3 de la Constitución¹²⁹ — que proscribe la discriminación no racional o injustificada en pro de los derechos y garantías del adolescente sometido a la LPJ — se habilita una interpretación extensiva de la norma conforme a los postulados del derecho internacional de los Derechos Humanos¹³⁰. Tal carácter significa para el Estado la obligación de modificar el ordenamiento jurídico nacional que sean incompatibles con el texto de la CDN, como sucedía con la LJTM y el Código de Menores, lo que en el fondo constituía una reducción a los Derechos Humanos del justiciable.

En esta línea, la remisión es definida como la acción de perdonar, que tiene por objeto suprimir el procedimiento ante la justicia penal juvenil, remitiendo al adolescente a programas sociales para que preste servicios a la comunidad, con el apoyo en particular de su familia y en general del Estado. En

126 Art. 5 N° 5 CADH.

127 Y en especial las Reglas 11, 11.1, 11.3 y 11.4.

128 Art. 1 del *Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo*. Sobre la Abolición del Trabajo Forzoso D. L. N° 2647, de 15 de mayo de 1958, publicado en el D. L. N° 98, de 29 de mayo de 1958. El cual expresa «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa».

129 La disposición establece «Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión».

130 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, 2ª edición corregida, editorial librotécnica, Santiago, 2008, P. 13-80.

ese escenario, la remisión como derivación a programas comunitarios, en muchos casos será la mejor respuesta al justiciable, conforme a la finalidad del proceso penal juvenil de educar en responsabilidad en relación con el principio rector del interés superior del niño.

La posibilidad de aplicar la remisión deviene en un criterio rector que debe gobernar el sistema de responsabilidad penal juvenil, lo que torna obligatorio que los adolescentes infractores gocen de los mismos derechos de los que gozan los adultos, más el plus de los derechos específicos que son atendibles por su condición de menor de edad.

La remisión, como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil, entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal juvenil y se orienta hacia servicios apoyados por la comunidad. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos que provoca la continuación del proceso en la administración de justicia juvenil, ejemplo de ello lo constituye el estigma de la condena o de la sentencia, caracteres propios que se identifican con la justicia retributiva¹³¹. De hecho, podría contemplarse la posibilidad de considerar que ese concepto de dolor indecible que inflige la pena constituye un constructo comunicativo utilizado para reafirmar la vigencia de la ley penal.

La LPJ regula este instituto jurídico en su art. 37, el cual exige como requisito de procesabilidad para su admisión entre otros: que el delito por el que se le procesa al adolescente este sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo *sea inferior a tres años*, verbigracia: lesiones en su tipo básico y lesiones culposas, disparo de arma de fuego, amenazas en su tipo básico, hurto impropio y hurto de uso entre otros. Otro de los requisitos a considerar por el Juez de la causa, para autorizar la remisión está vinculado al *grado de responsabilidad, el daño causado* por el infractor así, como deberá valorar *la reparación del mismo*. Por último, establece el artículo que de no existir acuerdo entre las partes, el proceso continuará.

El texto final de esta disposición, constituye un punto de inflexión en lo relativo a la remisión que merece especial comentario, sobre todo, por la dificultad que se pudiera presentar cuando se trate de infracciones que carecen de víctima, como sería el caso de un delito de peligro abstracto¹³² a saber: la

131 Para una mejor ilustración sobre la justicia retributiva consúltese a Vid. GÓMEZ-JARA, D., *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena*, en «el dolor penal como constructo comunicativo?», InDret, 2008 (www.indret.com consultado el 12 de octubre de 2012).

132 Los delitos de peligro abstractos son aquellas infracciones penales en las que para su configuración no se requiere haber sufrido un riesgo real de lesión en el bien tutelado por la norma, basta para ello únicamente que se describa una forma de comportamiento que de acuerdo a la experiencia comporta un peligro para el objeto protegido. Para un análisis más profundo sobre los delitos de peligro abstracto consúltese a VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado*. En Determinación de la incertidumbre penalmente relevante.

quema de rastros art. 262-A; comercio y transporte de sustancias peligrosas art. 262-B; tráfico de productos químicos y sustancias nocivas art. 272; infracciones de medidas de seguridad e higiene art. 278, entre otras; disposiciones todas del Código Penal, que al margen de una interpretación vaga tornaría nugatoria su aplicación, al sostenerse que no existe víctima cuya anuencia se requiere, por lo tanto, *prima facie* volvería improcedente su autorización.

Sin embargo, apelando a una interpretación extensiva y respetuosa de las garantías constitucionales del justiciable, concluimos que la remisión en estas clases de delitos es posible, siempre y cuando, el juzgador esgrima racionalmente la hermenéutica jurídica, conforme a la Constitución, en particular, si lo que se discute es la posibilidad de desjudicializar el proceso penal juvenil seguido en contra de un adolescente.

2.3.3 La Renuncia de la Acción.

La renuncia de la acción como instituto jurídico-procesal tiene su génesis legal en el art. 70 LPJ, que habilita al Ministerio Fiscal a prescindir del ejercicio de la acción penal una vez concluida la etapa investigativa o finalizado el plazo para la misma. Esto atiende a razones de política de persecución penal que procura darle aplicación práctica al principio de mínima intervención, que en materia penal juvenil debería ser *re-minima*, atendiendo al principio de *última ratio*. En esa dirección se sustentan tanto la CDN como las Reglas de Beijing que apoyan la desjudicialización siempre que se trate de faltas o delitos menos graves, atendiendo a criterios de economía procesal.

En este sentido, la renuncia de la acción mantiene un símil con la remisión, con la diferencia que en la primera la iniciativa por mandato constitucional le corresponde al Ministerio Fiscal, por ser éste el órgano garante de la legalidad en el ejercicio de la acción penal. En tal sentido, la Fiscalía podrá renunciar a la acción penal, conforme al art. 70 LPJ, con la posterior aprobación del Juez de Menores y no se exige, como en la remisión, la aceptación de la víctima. Conviene aclarar que cuando el infractor o sus representantes hayan reparado íntegramente el daño causado, la renuncia de la acción deviene en preceptiva, es decir, la renuncia se torna obligatoria para el órgano acusador, según lo regula el art. 70 inc. 2º LPJ¹³³.

Pamplona: Aranzadi, 2007, P. 251 y sig.

133 Establece la disposición «En los casos señalados en el inc. anterior, si la reparación del daño fuere total, la Fiscalía deberá renunciar a la acción». En tal sentido, dicho subrogado penal constituye un imperativo

Mientras la *remisión* implica el ejercicio de la acción penal por parte del ente fiscal, la *renuncia de la acción* supone lisa y llanamente la no promoción de la acción por aquella. En tal sentido, tanto la institución de la *remisión* como la *renuncia de la acción*, operan en etapas procesales distintas.

Así, la remisión procede una vez incoada la acusación¹³⁴ y su posterior inicio del trámite judicial por el Juez de la causa¹³⁵. La renuncia, por el contrario, la decide el Fiscal agotada la investigación o concluido el plazo para la misma, en el requerimiento que pone fin a la fase investigativa del proceso. En el mencionado libelo, puede la Fiscalía decidir que no hay mérito para ejercer la acción por renunciar a su promoción. El control jurisdiccional sobre la renuncia de la acción se puede articular a través del art. 72 LPJ¹³⁶ que establece que el Juez puede, bien conceder lo solicitado por el Fiscal –renunciando a la promoción de la acción – o, por el contrario, requerir al Fiscal para que promueva la acción; y en caso de no acatarse dicho requerimiento, el Juez podrá iniciar el trámite judicial y, por tanto, continuar el proceso oficiosamente.

Sobre este último escenario, de que el Juez continúe el proceso de manera oficiosa, disentimos con el texto de la disposición dado que con la adopción de la doctrina de la protección integral, que se positiviza con la CDN, se delimitan los roles que el constituyente delegó, tanto al Ministerio Público Fiscal como al Órgano Jurisdiccional. En este sentido, conforme a la Constitución de la República, al primero le corresponde la dirección funcional de la investigación¹³⁷; y al segundo le corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en este caso en materia penal.

Bajo esas premisas, la Fiscalía debe centrar su atención en el monopolio del ejercicio de la acción penal – propio de un sistema penal con tendencia acusatoria – como se advierte del art. 50 letra «c» LPJ, donde se faculta a ese Ministerio para direccionar la investigación; distinto del juzgador que debe garantizar su imparcialidad y, consecuentemente, legitimar la objetividad en la decisión jurisdiccional en un proceso penal juvenil determinado¹³⁸. En armonía

categorico.

134 Art. 71 letra «c» LPJ.

135 Art. 73 LPJ.

136 El inc. 1º del mencionado art. establece «Cuando el Fiscal General de la República resolviere no promover la acción, o no cumpliera con el término establecido para la investigación, la parte ofendida o su representante legal, podrán solicitar al Juez para que requiera del fiscal las diligencias de la investigación».

137 Art. 193 No 4º. La disposición establece que corresponde al Fiscal General de la República entre otras «promover la acción penal de oficio o a petición de parte».

138 Art. 14 y 15 Cn., principio de Juez Legal o Natural, en relación al art. 40 No 2 letra «b» párrafo III y V CDN.

con las reflexiones antes comentadas, la LPJ se ha decantado por un sistema penal acusatorio mixto¹³⁹; en el que se insiste que el Juez tiene vedada la actividad oficiosa en la investigación, esto conforme al principio *ne procedat iudex ex officio* vinculado al principio *nemo iudex sine actore* de los cuales se colige que el Juez no puede iniciar un proceso de oficio.

En tal sentido, el texto del art. 72 LPJ faculta al Juez para coordinar la investigación por lo que le puede ordenar al Fiscal que realice determinadas diligencias de investigación destinadas a reforzar la acusación contra el justiciable; con lo que se articuló la figura del Juez-Fiscal, proscrito en un sistema de corte acusatorio mixto con tendencia adversarial. En consecuencia, la disposición en estudio no estaría exenta, en un momento determinado, de una posible demanda de inconstitucionalidad por conculcar el principio de *ne procedat iudex ex officio*. Por tanto, consideramos que dicho artículo contiene en su texto una clara manifestación del sistema inquisitivo,¹⁴⁰ donde el Juez puede invadir zonas competenciales reservadas al órgano de investigación.

En este sentido, sostenemos que lo anterior, es contrario a la división y separación de funciones que debe prevalecer entre el órgano acusador –Fiscalía – y el órgano encargado de interpretar y aplicar la ley –Tribunales –sobre todo en nuestro sistema judicial, que forma parte de un régimen democrático y republicano de gobierno. Finalmente, concluimos que la disposición en estudio, quebranta el espíritu de los arts. 85, 86, 172 y 193 de la Cn.¹⁴¹.

2.3.4 La Cesación.

Se define a la cesación como «aquella orden emitida por autoridad competente, mandando que ciertas actividades sean detenidas»¹⁴². La cesación, como forma de desjudicializar el proceso, constituye una causa legal que legítima la conclusión y archivo del expediente penal juvenil, siempre que se

139 Así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, en diversas resoluciones, verbigracia: los expedientes registrados bajo los No 53-11-1-97-A, 68-02-1-97-A, 72-07-2-97-A, entre otros, en los que se ha considerado «... Que el proceso penal juvenil está estructurado sobre la base del sistema acusatorio mixto; en el campea el principio dispositivo, en cuyo ejercicio son las partes quienes señalan a la Cámara las fronteras de su competencia...».

140 En este sistema el Juez se apropiaba del delito, dirigía la investigación, acusaba al imputado, lo juzgaba y controlaba la ejecución de la pena.

141 Al respecto véase el acápite sobre los LOS ÓRGANOS INDEPENDIENTES A LOS OTROS ÓRGANOS, en *Manual de Derecho Constitucional*, publicado por el Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª Edición, San Salvador, 1992, P. 302.

142 Sobre la institución de la remisión consúltese a THE PLAIN LANGUAGE. *Law Dictionary*, Edited by ROBERT E. ROTHENBERG, Second Edition, Signet, USA.1996, P.76.

configuren los presupuestos que determina el art. 38 LPJ, a saber:

a) *cuando se hubiere comprobado la existencia de cualquier excluyente de responsabilidad penal*, según lo establecido en el art. 27 Pn.¹⁴³. En tal supuesto el joven no es responsable penalmente, por lo que no existe causa legal que habilite mantener abierto el proceso; en consecuencia, se debe proceder al cierre y archivo del mismo;

b) *cuando el desistimiento del ofendido impida la continuación del proceso*. El desistimiento del ofendido procede para delitos de acción privada, por lo que una vez, dicho sujeto procesal abandona la idea de continuar con el proceso éste, no puede continuar su trámite, ya que estas clases de delitos solo pueden ser perseguidos por acusación particular de conformidad al art. 28 Pr. Pn.¹⁴⁴

En consecuencia, si el ofendido desiste, ya no hay forma de proceder contra el justiciable adolescente, debido a que en esta clase de acción, la intervención fiscal se encuentra condicionada a la voluntad del ofendido. Recordemos que en materia penal juvenil la intervención de la víctima u ofendido adquiere mayor protagonismo en la conciliación, vista de la causa y particularmente, para desistir en los delitos de acción privada, según lo regulado en el art. 51 LPJ¹⁴⁵.

143 La disposición literalmente establece «No es responsable penalmente:1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedir la o repelerla; y, c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes: a) enajenación mental; b) grave perturbación de la conciencia; y, c) desarrollo psíquico retardado o incompleto. En estos casos, el Juez o tribunal podrá imponer al autor, alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión; y, 5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y, 6) Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos».

144 Dispone el art. 28 Pr. Pn. «Serán perseguibles sólo por acción privada los delitos siguientes:1) Los relativos al honor y a la intimidad, excepto los delitos de allanamiento de morada y de lugar de trabajo o establecimiento abierto al público; 2) Hurto impropio; 3) Competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela y; 4) Los relativos a las insolvencias punibles. En estos casos se procederá únicamente por acusación de la víctima, conforme al procedimiento especial regulado en este Código».

145 El art. 51 literalmente reza «La persona directamente ofendida tendrá los siguientes derechos: a) A ser informada de los resultados del procedimiento y de los posteriores a la resolución definitiva, independientemente que haya o no intervenido en los mismos; b) *A participar en la conciliación, el*

c) cuando la acción no debía haberse iniciado o no deba proseguirse por cualquier causa legal. Constituyen ejemplos de esta condición la imputación de una conducta atípica no regulada en la legislación penal, a saber: la muerte del indiciado, la prescripción de la acción, entre otras. La cesación del proceso implica que legalmente no existe una causa que justifique mantener abierto el proceso, por lo tanto, el Juez debe pronunciar el archivo del proceso sin más.

Haciendo un símil entre el proceso penal de adolescentes y el proceso penal de adultos, podemos colegir que materialmente la cesación equivale al sobreseimiento, esto a la luz de los arts. 38 LPJ¹⁴⁶ y 350 Pr. Pn.¹⁴⁷ respectivamente. Sin embargo, debemos mencionar que la cesación provisional no está regulada como tal en la LPJ, como sí lo está en el proceso penal de adultos el sobreseimiento provisional, lo cual no es óbice para su aplicación, considerando el sentido integracionista del sistema penal juvenil conforme a la Constitución.

Atendiendo al texto del art.38 LPJ, el momento procesal para decretar la cesación del proceso puede presentarse en cualquier estado del mismo. Esto nos conduce a dos supuestos:

- 1) Que el proceso ya se haya judicializado¹⁴⁸; y
- 2) Que el proceso aún no haya fenecido. Esto no presenta dificultad alguna, ya

desistimiento y la vista de la causa, así como en cualquiera otra audiencia que afecte su interés, conforme a lo establecido en la presente ley; c) A impugnar el sobreseimiento, la absolución o la cesación del proceso, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento; d) A que no se revele su identidad, ni la de sus familiares: I. Cuando la víctima fuere menor de edad; II. Cuando tal revelación implicare un peligro evidente para la misma; y III. Cuando la víctima lo solicite. e) A que se le brinden medidas de protección; y, f) A recibir asistencia médica o psicológica, cuando la necesite. Iguales derechos tendrán el cónyuge o conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el adoptante o adoptado del ofendido cuando la infracción haya provocado la muerte de éste. Para el ejercicio de los derechos señalados en los literales b) y c) de este artículo, excepto en la conciliación, la víctima podrá designar mediante escrito que dirigirá al tribunal respectivo, un abogado para que la represente, sin perjuicio de que pueda hacerlo a través de mandatario. Además, la víctima podrá nombrar a una persona de su confianza en calidad de acompañante en todas las fases del proceso».

146 La disposición establece: «En cualquier estado del proceso podrá ser decretada la cesación, con base en las siguientes causas: a) Cuando se hubiere comprobado cualquier excluyente de responsabilidad; b) Cuando el desistimiento del ofendido impida la continuación del proceso; y c) Cuando la acción no debía haberse iniciado o no deba continuar por cualquier causa legal».

147 El art. dispone «En cualquier estado del proceso podrá ser decretada la cesación, con base en las siguientes causas: a) Cuando se hubiere comprobado cualquier excluyente de responsabilidad; b) Cuando el desistimiento del ofendido impida la continuación del proceso; y c) Cuando la acción no debía haberse iniciado o no deba continuar por cualquier causa legal».

148 En idéntico sentido se pronunció la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, en la Resolución No 62-02-2-96-A, «No es lo mismo, pues, no iniciar que cesar; no se puede cesar lo que no ha iniciado, como no puede morir lo que no ha nacido». En ese sentido, la no iniciación del proceso deja incólume el plazo de la prescripción de la acción; por el contrario la cesación implica la imposibilidad de poder intentar la acción.

que una vez finalizado el proceso no tiene sentido decretar su cesación, pues sus efectos se han consumado. Aún y cuando, la institución del sobreseimiento¹⁴⁹ tiene mayor aplicación en materia de adultos¹⁵⁰; ello no torna nugatoria su procedencia ya que la LPJ la regula de manera expresa en el art. 71 letra «b»¹⁵¹.

2.4 Clases de Desjudicialización en el Proceso Penal de Adultos que pueden ser aplicadas en el Proceso Penal Juvenil.

Aún cuando la LPJ solo reguló de forma expresa las cuatro formas de desjudicializar el proceso penal juvenil estudiadas *supra* encausadas a jóvenes infractores, ello no deviene en obstáculo para aplicar otras formas alternas que legitimen su terminación anticipada; por ejemplo, el criterio de oportunidad reglado, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, lo que se construye utilizando el criterio holístico de integración de la ley penal y en aplicación directa del principio *pro homine*, conforme con la norma de cierre del art. 41 LPJ¹⁵² que refiere a la aplicación supletoria.

No obstante, determinados operadores forenses justifican la inaplicación de estas formas de fenecer el proceso juvenil, invocando el destierro del principio de especialidad, así como la desconfianza en la posible conculcación a los principios rectores de la LPJ. Sin embargo, los operadores judiciales, con criterios más holísticos, nos recuerdan que en la justicia penal deben prevalecer aquellos mecanismos que coadyuvan a mitigar la violencia que genera el derecho penal, es decir, se deben utilizar aquellas instituciones jurídicas que permitan descongestionar el sistema penal juvenil. Consecuente con ello, no existe causa o razonable que justifique la negativa de aplicar las indicadas formas alternativas de fenecer el proceso.

149 Vid. GÓMEZ COLOMER, J., MONTERO AROCA, J., y otros en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. P. 232, quienes han definido al Sobreseimiento como «La resolución judicial que pone fin al proceso una vez concluido el procedimiento preliminar y antes de abrirse el juicio oral, con efectos de cosa juzgada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, bien, finalmente por no ser criminalmente responsable quien hasta esos momentos aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados».

150 Art. 350 y 351 Pr. Pn. La primera de las disposiciones regula la procedencia del sobreseimiento definitivo y la segunda refiere a la figura del sobreseimiento provisional.

151 La letra «b» del art. 71 LPJ textualmente dispone «Que no haya merito para promover la acción, por no existir indicios, sobre la autoría o participación en el hecho; ordenará que continúe la investigación hasta que prescriba la acción; y se aplicaran las reglas del sobreseimiento establecidas en el código procesal penal». La cursiva nos pertenece.

152 La disposición literalmente reza «En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicarán supletoriamente la legislación penal y el código procesal penal; también se aplicaran supletoriamente las leyes referentes a la familia y el código de procedimientos civiles»

2.4.1 El Criterio de Oportunidad Reglado.

Fue en Alemania donde el principio de oportunidad tuvo un amplio desarrollo y reconocimiento legal en materia penal de adultos y adolescentes, como una excepción al principio de legalidad u obligatoriedad de la acción penal, y que le permite a la Fiscalía ser más selectiva y eficiente en el combate de aquellas conductas que generan una alarma social grave o extrema; estas exclusiones se definen en criterios de utilidad pública, atendiendo a circunstancias tales como gravedad del delito, participación o colaboración del agente, finalidad y racionalidad de la pena, descubrimiento de otros delitos de mayor calado, entre otros¹⁵³.

En nuestro país, por norma constitucional la dirección funcional de la persecución penal está reservada a la Fiscalía, así lo determinó el Constituyente en el art. 193 ordinales 2º, 3º y 4º. Así, como nos recuerda SCHMIDT, de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que a la par de esta, surge el «deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables»¹⁵⁴. En este sentido, frente a los principios procesales de legalidad, oficialidad e irrevocabilidad, subyace el binomio legalidad/oportunidad, que por razones de política criminal, el primero cede frente al segundo, facultad que el legislador concede a la FGR para prescindir del ejercicio de la acción penal para determinados tipos penales.

Conviene ahora definir qué se entiende por principio de oportunidad. Según GIMENO SENDRA «es aquella facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado»¹⁵⁵. Mientras que en la doctrina estadounidense el principio de oportunidad es conocido como el «*pleabargaining*» o «*alegaciones preacordadas*»¹⁵⁶; la misma es producto de las características de consenso entre las partes que contenía el proceso penal en la época en que operaba la

153 Referente al principio de oportunidad, un aporte importante lo constituye la obra de GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., *El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, en Temas de derecho procesal penal, San José, Universidad de Costa Rica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, P.80.

154 Vid. SCHMIDT, E., *Los Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957, P. 221.

155 Vid. GIMENO SENDRA, V., *Los procedimientos penales simplificados – Principio de Oportunidad y proceso penal monitorio –*, Revista Poder Judicial, número especial II, P. 34.

156 Se define a la *Pleabargaining* como «Las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de responsabilidad penal del imputado»; es decir, el fiscal negocia con el acusado los términos de la imputación.

persecución penal privada.

Se considera al criterio de oportunidad como presupuesto para racionalizar el uso del poder de persecución penal, en tal sentido, esa facultad entraña una enorme responsabilidad que debe ser cumplida con respeto a otras normas jurídicas que delimitan la actuación del Fiscal y del Juez¹⁵⁷. Por lo que respecta al criterio de oportunidad, como bien lo señalaba LANDEIRA, la elección de los supuestos en los cuales se puede prescindir del ejercicio de la acción penal y de la pena, es «una cuestión que debe ser definida en el marco de una política criminal que conduzca a soluciones más justas para los ciudadanos, y que depende de la realidad sociopolítica de cada país»¹⁵⁸.

En este sentido, en el marco de la estrategia de persecución penal, el legislador le asignó al Ministerio Fiscal la obligación de determinar la procedencia de una política de aplicación del criterio de oportunidad, según lectura del art. 23 Pr. Pn.¹⁵⁹. Por tanto, dicha disposición no puede ser excluida para jóvenes que han infringido la ley penal, pues ello quebrantaría o tornaría nugatorio el derecho de igualdad ante la ley que le asiste a *toda persona*, según lo dispuso el constituyente en el art.3. El criterio de oportunidad reglado constituye una forma de desjudicialización del proceso penal cuya consecuencia jurídica genera cosa juzgada material, lo que significa que una vez decretado el criterio de oportunidad se extingue la acción penal, lo cual obedece a razones de seguridad jurídica.

Asimismo, en el marco de una política de persecución penal, la FGR formuló la Circular número I-2003, en la que se determinan las líneas y criterios que han de orientar los presupuestos legales que legitimen la aplicación del principio de oportunidad de entre los cuales destacan:

- a) Identificación de intereses públicos del caso.
- b) Identificación de los intereses del imputado.
- c) Pensar en la solución que mejor repare el interés de la sociedad/víctima.
- d) Que el sujeto que se dispone a colaborar tenga un grado de participación menor que el de las personas que involucra, – principio de proporcionalidad –.
- e) Que contra el imputado que decide colaborar exista algún elemento de

157 Vid. ENSAYO NO 1. *Tres temas fundamentales Sobre la Fase Inicial del Proceso Penal*, en Escuela de Capacitación Judicial. Consejo Nacional de la Judicatura, República de El Salvador, 1999, P. 45.

158 Vid. LANDEIRA, R., *El Principio de Oportunidad: un saludable instrumento de política criminal*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 4, Montevideo, 1995. P. 551.

159 El art. 23 Pr. Pn. titula Política de Aplicación del Criterio de Oportunidad, a continuación textualmente dispone «La Fiscalía General de la República en el marco de la política de persecución penal que dicte, deberá contemplar lo relativo a la aplicación del criterio de oportunidad».

prueba incriminatoria.

f) Para su aplicación requiere que lo autorice el Jefe de la Unidad correspondiente.

g) Es insoslayable para definir la situación jurídica del justiciable que se establezca un plazo que no podrá exceder de un año.

Cabe enfatizar que en el criterio de oportunidad reglado, el ente acusador no tendrá pleno control de la acusación, sino que en última instancia, será la autoridad jurisdiccional la que autorizará su procedencia o improcedencia, a fin de prescindir de la persecución penal para determinados casos. Asimismo, conviene aclarar que, a diferencia de la remisión y de la conciliación, el criterio de oportunidad puede ser adoptado aún en contra del consentimiento de la víctima, siempre que se cumplan con alguno de los requisitos formales que exige el art. 18 Pr. Pn.¹⁶⁰.

El principio de oportunidad permite, por tanto, racionalizar la selectividad privativa del sistema penal, dejando fuera de éste aquellos hechos en donde aparezca como innecesaria la aplicación del alcance punitivo del Estado. Ello contribuye significativamente a la eficiencia real del sistema represivo, al posibilitar mediante la exclusión de los hechos de menor entidad, tales como las infracciones de bagatela o delitos menos graves, el adecuado tratamiento de aquellos casos que indudablemente requieren la efectiva intervención de la justicia penal, esto es, aquellos ilícitos que considere destacable conforme al interés público¹⁶¹—.

Por lo que respecta a la aplicación supletoria del criterio de oportunidad del proceso penal juvenil el art. 40.3 letra «b» de la CDN establece que deberá tomarse siempre que sea apropiado y deseable, con relación a adolescentes que se alegue han infringido las leyes penales, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido que se respetaran todos los Derechos Humanos y las garantías legales que le asisten al justiciable.

En tal sentido, el Juez de menores puede disponer de un elenco de oportunidades – entre las cuales puede aplicar el criterio de oportunidad – para prescindir de la persecución penal de ciertos casos¹⁶², sobre todo aquellos que

160 Para una mejor ampliación sobre el Criterio de Oportunidad Consúltese a MONTROYA CARDOZA, R., *Consideraciones sobre la aplicación del criterio de oportunidad en el proceso penal salvadoreño*, en <http://fespad.org.sv/portal/html/archivos/descargas/2007/articulo4.pdf>.

161 Vid. GOLDSTEIN, A., *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, en *Lecciones y Ensayos*, No 49, Buenos Aires, 1988, P. 14.

162 Vid. 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, San José No 8, 1994.

no sean penalmente relevantes, conforme lo regula el art. 37 LPJ que faculta al Juez para que examine la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviere sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años.

En ese orden, en el criterio de oportunidad, tanto en el proceso penal de adultos como en el proceso penal juvenil, es el Juez quién debe homologar la decisión adoptada por la Fiscalía, lo que es concebido como un requisito para dotar de firmeza el fallo. En tal caso, y luego que el Juez ha determinado que no es procedente continuar con el proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, decidirá remitir al acusado a programas comunitarios. Si las partes no consienten en la aplicación de esta figura, el proceso continuará su trámite normal.

Sin embargo, la aplicación supletoria del criterio de oportunidad del proceso penal juvenil no es recurrente en la práctica, por predominar en el Ministerio Fiscal, un criterio enquistado únicamente en las formas de terminación anticipadas que regula el art. 36 LPJ, lo cual consideramos se debe a la desidia del órgano acusador en adoptar nuevos modelos de desjudicialización como el que nos ocupa. Por lo tanto, aún cuando este instituto jurídico no esté normado en la LPJ, no debe por esa omisión justificarse su improcedencia, por el contrario, se debe promover su aplicación por la vía del art. 41 LPJ, siempre que ello resulte más favorable al indiciado.

Por consiguiente, la remisión se percibe como un criterio de oportunidad a través del cual el Juez examina la posibilidad de no continuar el proceso, porque el delito que se investiga está sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años. Sobre este símil, es necesario comentar la resolución pronunciada por la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro¹⁶³; en el proceso instruido contra el joven José N..., a quien se le atribuyen los tipos penales de homicidio agravado, lesiones, privación de libertad, agrupaciones ilícitas, extorsión y daños agravados; en perjuicio de diferentes sujetos.

En lo que respecta al referido proceso, la Jueza Tercero de Menores de

P. 49.

163 Vid. Resolución del Expediente No 15-05-3-10-A, pronunciada por la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, a las dieciséis horas del día veintidós de junio de 2011, en la que se revoca la resolución pronunciada por el Juzgado Tercero de Menores, a las quince horas con cincuenta minutos del día veintiséis de mayo de 2011, en la que se niega al acusado la aplicación del criterio de oportunidad. Sostiene la Cámara en el Considerando V párrafo X, que en el principio de oportunidad subyacen dos fines esenciales que son: 1) la descriminalización de hechos punibles y 2) contribuye al descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos.

San Salvador, argumentó su denegación en la aplicación del criterio de oportunidad por considerarlo completamente anómalo, en virtud que el inculpado se encontraba cumpliendo la medida de internamiento impuesta por el plazo de dos años, en el Centro de Menores El Espino, por lo que según *la iudex a quo* la situación jurídica del joven es la de un condenado.

Por su parte la Fiscalía, en su libelo de inconformidad en síntesis argumentó «que los requisitos que deben ser controlados por el Órgano Judicial, para estimar la procedencia de la oportunidad de la acción penal, están regulados en los arts. 18, 20 y 22 Pr. Pn., y que dentro de los requisitos de procesabilidad, no se requiere que la persona a ser beneficiada este o no bajo alguna medida de internamiento». Por cuanto, para la Fiscalía la negativa de la *iudex a quo* de autorizar el criterio de oportunidad, obedece a la inobservancia de los arts. 18 y 20 Pr. Pn.¹⁶⁴.

En el referido caso instruido contra el joven José N..., a quien se le atribuyen los tipos penales antes mencionados, el tribunal *ad quem* consideró vincular el principio de oportunidad a las teorías utilitarias, que contiene objetivos políticos criminales y útiles como la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder penal; por cuanto, conforme al principio de mínima intervención, el derecho penal debe tener carácter subsidiario o de *última ratio*, reservando su intervención para tutelar los bienes jurídicos más relevantes frente a los ataques más graves.

En ese orden, el Tribunal de alzada advirtió que la potestad del Ministerio Fiscal para instar el criterio de oportunidad no se encuentra en la «arbitrariedad», sino en razones de utilidad pública o de interés social. En tal sentido, la Fiscalía puede bajo el control jurisdiccional, prescindir de instar la acción penal o hacerla cesar si ella se hubiere iniciado, lo que es vinculante al

164 Reza la disposición «En el caso de colaboración con la investigación, el fiscal solicitará al Juez la aplicación del criterio de oportunidad, quien lo autorizará siempre que se cumplan los requisitos formales establecidos por la ley, en caso de considerar que no se cumplen dichos requisitos, expresará su disconformidad ante el fiscal superior quien revocará, modificará o ratificará lo solicitado por el fiscal, el Juez resolverá en el sentido solicitado. Si la solicitud se presenta después de pronunciado el auto de instrucción y el Juez estime que no se cumple los requisitos formales denegará su aplicación; la denegativa del criterio de oportunidad será apelable. Cuando se haya prescindido de la persecución penal de uno o varios hechos de los atribuidos, la acción penal se extinguirá respecto del imputado y de los hechos, a cuyo favor se haya decidido. La extinción de la acción penal quedará en suspenso, hasta que el imputado haya colaborado eficazmente con la investigación o haya rendido su declaración en los términos del acuerdo suscrito con el fiscal. Si el imputado se retracta de colaborar con la investigación o de declarar, no podrá extinguirse la acción penal, los acuerdos del procedimiento no serán considerados y se continuará con el proceso común. En este caso no se concederá al imputado un nuevo criterio de oportunidad. Para asegurar la colaboración y la declaración del imputado beneficiado con el criterio de oportunidad, podrá imponérsele o mantenérsele en su caso, las medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la detención provisional, así como alguna de las medidas del régimen de protección de víctimas y testigos. Cuando se prescinda parcialmente de la persecución penal podrá aplicarse el procedimiento abreviado respecto de los hechos delictivos no comprendidos en los acuerdos».

«principio de oportunidad». Consecuentemente, la Cámara Primera de Menores de la Primera Sección del Centro resolvió revocar la resolución pronunciada por el Juzgado Tercero de Menores de San Salvador, mediante la cual se deniega la aplicación del criterio de oportunidad, en el referido proceso. Asimismo, le ordena al mencionado Juzgado autorice el criterio de oportunidad regulado en el numeral 1 del art. 18 Pr. Pn.¹⁶⁵.

Sobre el referido caso, compartimos la resolución pronunciada por el Tribunal de superior, en el sentido que si bien el art. 36 de la LPJ no regula de manera expresa el criterio de oportunidad como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil, como sí lo regula el régimen penal de adultos, ello no es óbice para su aplicación al proceso penal de adolescentes en conflicto con la ley, bajo la premisa que en ningún caso el proceso penal juvenil puede quedar en peores desventajas frente al proceso penal de adultos, respecto de los derechos y garantías de las que gozan las personas mayores de edad por ser un régimen jurídico especial, conforme se deduce de los arts. 35 Cn., 40 CDN¹⁶⁶ y

165 La disposición literalmente establece «Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita. En el caso de crimen organizado no podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva sin perjuicio de que en este último caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivos».

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

16 Pr. Pn.¹⁶⁷.

En consecuencia, los adolescentes son sujetos de los mismos derechos que le asisten a los adultos, aunado al plus de garantías que por su condición de niño le concede la LPJ y los demás instrumentos internacionales vinculados a esta población.

Asimismo, conviene señalar el conflicto de competencia negativa registrado bajo el número 7-comp-2007 originado entre el Juzgado Segundo de Menores de Santa Tecla y el Juzgado Segundo de Ejecución de Medidas al Menor Sometido a la LPJ de San Salvador, en el proceso penal instruido en contra de Juan N... a quien se le incriminó el delito de posesión y tenencia en perjuicio de la salud pública.

En el referido proceso, el Juzgado Segundo de Menores celebró la audiencia especial en la que resolvió aplicar la figura procesal de la Remisión a favor del referido joven, por un período de un año seis meses y bajo las siguientes reglas de conducta: a) que resida en el lugar de su progenitor, debiendo obedecer sus disposiciones, evitar salidas sin su autorización y apearse a las demás que se establezcan; b) que en ese mismo año reinicie sus estudios del tercer ciclo; c) evitar el consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias que generan dependencia y; d) practicar las técnicas de autocontrol emocional iniciadas en el programa de Orientación Psicológica que desarrolla el Juzgado Segundo de Ejecución de Medidas al Menor, por lo que remitió las diligencias a éste último.

Por su parte el Juzgado de Ejecución de Medidas al Menor argumentó como base de su decisión que «...de conformidad con el art. 8 LPJ,¹⁶⁸ dicha disposición se complementa perfectamente con lo estipulado en el art. 8 LVCEMMSLPJ¹⁶⁹ en relación con el art. 125 de la LPJ, y que entre las medidas

instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales».

167 El art. 16 Pr. Pn., dispone «Las garantías y principios previstos en este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual se pueda aplicar una sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad, aún cuando se trate de medidas respecto de personas menores de edad, con estricto respeto de los beneficios establecidos para ellos en el régimen procesal especial para menores».

168 El art. 8 LPJ establece «El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la Legislación Penal, solo podrá ser sometido a las siguientes medidas: Orientación y Apoyo Sociofamiliar, Amonestación, Imposición de Reglas de Conducta, Servicios a la Comunidad, Libertad Asistida e Internamiento».

169 Reza la disposición «Las medidas se ejecutarán al quedar firme la resolución definitiva. Inmediatamente,

citadas, no comprende la figura de la *remisión* que contempla el art. 37 de la referida ley, que es una salida alterna al proceso penal juvenil. En ese orden de ideas, la competencia objetiva y subjetiva está claramente señalada por la ley, es decir, que sólo corresponde, controlar y vigilar las medidas del art. 8 de la citada ley al Juez de Ejecución de Medidas, siendo el encargado de controlar la institución que ofrece y acepta que el menor beneficiado realice los programas comunitarios...»¹⁷⁰.

Finalmente, en nuestra opinión, la remisión constituye una figura de carácter procesal, por cuanto habilita la terminación anticipada del proceso penal juvenil, y no una medida en sí, que deba aplicarse a un adolescente en conflicto con la ley penal, pues como consecuencia de dicha remisión pudiera aplicársele cualquiera de las medidas que regula el art. 8 de la LPJ y no torcer el espíritu de la disposición, desatendiendo su tenor literal, como lo quiso defender el Juez Segundo de Ejecución de Medidas al Menor.

Por otra parte, hay un sector de la doctrina entre ellos BECCARIA¹⁷¹, para quien el criterio de oportunidad constituye una infracción al principio de legalidad y que por tanto, promueve la impunidad. No obstante ello, consideramos que con la aplicación del criterio de oportunidad no se prescinde del principio de legalidad –obligatoriedad en la persecución penal –, que como imperativo constitucional le corresponde al órgano acusador.

Por tal razón, compartimos el criterio de la Sala de lo Constitucional, en el sentido que «cuando la Fiscalía solicita la aplicación de un criterio de oportunidad, cumple también su obligación de promover la acción penal ante la jurisdicción, pero con la pretensión específica de prescindir de la persecución punitiva, por razones de política criminal taxativamente señaladas en la ley penal»¹⁷². En consecuencia, apelando a los principios que gobiernan e informan a la LPJ, cuando un joven ha cometido un tipo penal perseguible, se deben

el Tribunal remitirá en todo caso certificación de ésta al Juez de Ejecución de Medidas al Menor, y al Director del Centro de Internamiento respectivo cuando se imponga la medida de internamiento».

170 Así lo reconoce el considerando IV de la Sentencia No 7-COMP-2007, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del día nueve de agosto de dos mil siete, en la que resuelve el Conflicto de Competencia negativa entre el Juzgado segundo de Ejecución de Medidas al Menor y el Juzgado Segundo de Menores de Santa Tecla, declarando competente al primero, a fin de que controle y vigile las reglas de conducta impuestas al acusado.

171 Una excelente referencia al principio de oportunidad, la aporta LLOBET RODRÍGUEZ J., *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a CÉSARE BECCARIA. Ediciones Jurídicas, Arete. San José, 1999, P. 248 – 250.

172 Vid. *Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, de las nueve horas con cincuenta minutos del veintitrés de diciembre de dos mil diez. Inconstitucionalidad 5-2001 acumulados 10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004. Considerando I.

articular los esfuerzos que habiliten la aplicación en general de las formas de desjudicializar el régimen penal juvenil, que regula el art. 36 LPJ y, en particular, el criterio de oportunidad que norma el art. 18 Pr. Pn. a fin de no escindir las formas de desjudicializar el proceso penal de adolescentes.

2.4.2 La Suspensión Condicional del Procedimiento.

La suspensión condicional del procedimiento, como forma de desjudicializar el proceso penal, se fundamenta en la interrupción o cesación del proceso evitando la etapa del debate¹⁷³, en todos aquellos casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena o cuando se trate de delitos sancionados exclusivamente con pena no privativa de libertad, es decir delitos de menor entidad, de acuerdo a lo regulado en el art. 24 inc. 1° Pr Pn¹⁷⁴.

Aún cuando esta forma alternativa al proceso no la prevé el art. 36 de la LPJ, ello no obsta su aplicación conforme una interpretación holística de la norma, ya que de esta forma se alcanza el mismo objetivo con mayor celeridad, menos gastos de recursos económicos y, sobre todo, se le da aplicación al principio rector del interés superior del niño. Asimismo, la suspensión condicional del procedimiento mantiene un símil con la institución de la remisión – antes examinada – como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil. En esa dirección, se articulan las Reglas de Beijing¹⁷⁵; al recomendar que se provean opciones sustitutivas al procedimiento penal, que sean viables ante la justicia penal para jóvenes en conflicto con la ley, en forma de remisión basada en la comunidad.

En congruencia con lo anterior, si cotejamos el texto del art. 37 LPJ¹⁷⁶ –

173 Para una mejor ilustración sobre la suspensión condicional del procedimiento, consúltese a TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., DÜNKEL, F., *Derecho Penal Juvenil*, Op. Cit. 345 y 346.

174 Dispone el art. «En los casos en que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena o cuando se trate de delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento».

175 En específico en los numerales 11.1 y 11.4. La regla 11.1 dispone «Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 11.4 infra, para que los juzguen oficialmente». Y el numeral 11.4 reza «Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas».

176 Reza el art. «El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviere sancionado en la Legislación Penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que

que regula la remisión – con los arts. 24 y 25 Pr. Pn., – que regulan la suspensión condicional del procedimiento y sus reglas –, concluimos que la remisión es equivalente a la suspensión condicional del procedimiento, en virtud que dichas disposiciones se corresponden entre sí, por ejemplo, en ambos subrogados penales se exige como requisito de procesabilidad que se trate de infracciones penales calificadas de menos graves. Se requiere además, que los acusados – adolescentes o adultos – acrediten su asentimiento de someterse a las condiciones que resulten de la suspensión condicional del procedimiento o de la remisión según corresponda, además, para ambas instituciones se requiere que el justiciable admita la comisión de los hechos entre otras.

La suspensión condicional del procedimiento en general, y en particular la remisión a programas de carácter comunitario, se enmarcan dentro de lo que se conoce como diversión o diversificación con intervención, con lo que se garantiza el cumplimiento a los principios rectores de una protección integral, de educar al joven en responsabilidad y de reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad. En ese orden, la remisión o la suspensión condicional del procedimiento, como formas paralelas desjudicializadoras del proceso penal juvenil, coadyuvan a que la justicia juvenil sea menos represiva que la justicia tradicional de adultos, y ello es lógico debido a que ambas instituciones jurídicas obedecen a la misma idea de política criminal.

La articulación de ambas instituciones jurídicas presenta una aguda dificultad, en el sentido que el legislador en el art. 37 LPJ guardó silencio, tanto sobre el carácter condicional – es decir sobre el plazo a prueba – como respecto a la posible revocación de la remisión en caso que el adolescente se aparte sustancialmente y de manera injustificada de las medidas de obligatorio cumplimiento que le imponga el Juez al momento de aplicar la remisión. Este silencio del legislador ha de ser interpretado y resuelto por el Juzgador, de tal manera que habilite su cumplimiento atendiendo siempre al interés superior del niño.

En ese sentido, y mientras no se evacúe esta omisión legislativa, se recomienda por la vía del art. 41 LPJ – que habilita el puente legal para legitimar la aplicación supletoria – exigir del juzgador realizar un juicio de valor conforme a los principios rectores que gobiernan el proceso penal juvenil. Por lo tanto, se exhorta al Juez a aplicar a la remisión el régimen jurídico de la suspensión condicional del procedimiento en general y, de forma particular, se utilicen las reglas de conductas que refiere el art. 25 Pr. Pn., concomitante a las reglas de conducta que regula el art. 12 LPJ.

lo realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso».

Se debe mencionar que las reglas de conducta que prescribe tanto el Pr. Pn. como la LPJ, exige *ope legis*¹⁷⁷ el consentimiento del infractor. De ahí que el incumplimiento a lo pactado tiene como consecuencia dejar sin efecto el pacto remisorio, similar como ocurre con la conciliación (art. 65 LPJ).

Sin embargo, no debemos olvidar que si el joven en conflicto con la ley decide someterse a la suspensión condicional del procedimiento, no significa *per se* que ha aceptado la comisión de los hechos que se le atribuyen. Es más, si el adolescente no desea que se aplique este subrogado penal y, por el contrario, su deseo es llevar el proceso adelante, no debe existir inconveniente alguno para celebrar el juicio. Si finalmente se admite la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento y consecuentemente, el acusado cumple con las obligaciones impuestas, el Juez de la causa debe decretar el cierre y archivo del proceso. Esta resolución produce los efectos jurídicos de cosa juzgada material y ocasiona la extinción de la acción penal.

2.4.3 El Procedimiento Abreviado.

El procedimiento abreviado es el instituto jurídico que habilita a la administración de justicia, decidir sobre la pretensión procesal penal sin necesidad de recorrer «todo» el procedimiento hasta la sentencia. Este institución no solo finca su finalidad como lo establece CATENA MORENO, en la necesidad de impedir las dilaciones indebidas en todos los procesos, sino que también procura la eficacia en la justicia penal¹⁷⁸. En su origen el procedimiento abreviado, tuvo como designio simplificar el proceso penal, en orden a obtener una respuesta penal más ágil en lo que corresponde a la persecución penal de las infracciones comprendidas en la denominada criminalidad de masas.

En la actualidad, y conforme al Código Procesal Penal el procedimiento abreviado, podrá solicitarlo la FGR para cualquier clase de delitos, con independencia de la pena. Lo que significa, que ya no debe existir el límite de aplicación que exigía el código procesal penal de 1998, que permitía esta clase de subrogados penales para delitos que no excedieran la pena máxima de tres años, por lo que su aplicación resultaba inútil.

El procedimiento abreviado como método de justicia premial instituye una forma alterna de terminar anticipadamente el proceso penal, cuya admisión generalmente se presenta en el proceso de adultos. Este subrogado penal no lo

177 La locución latina *ope legis*: significa por ministerio de ley o, por obra de la ley.

178 Vid. CATENA MORENO, V., *Derecho Procesal: Proceso Penal*, Editor, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993. P. 547.

reguló el legislador en la LPJ; sin embargo, atendiendo al espíritu holístico de la ley, es razonable habilitar su aplicación de conformidad a la norma de cierre del art. 41 LPJ,¹⁷⁹ que nos remite supletoriamente al proceso penal común. Para lo cual debemos atender a una interpretación y aplicación conforme no solo de los principios rectores que gobiernan el proceso penal juvenil sino también, a los principios generales del derecho, en armonía con la doctrina y normativa internacional en la forma que mejor garantice los derechos fundamentales de la niñez en conflicto con la ley penal.

Por otra parte la aplicación del procedimiento abreviado, no ha estado exenta de críticas¹⁸⁰, sobre todo por la posible disminución que pudiera sufrir el derecho a la no autoincriminación¹⁸¹ –prohibición de autoinculpación– que le asiste al justiciable y en especial a los adolescentes, derecho que está regulado en el art. 40.2 b) iv de la CDN el cual señala que todo niño inculcado tiene derecho a no ser «...obligado a prestar testimonio o declararse culpable...»,¹⁸² sin haber sido oído y vencido en juicio.

Consideramos que es menester reflexionar sobre la figura del procedimiento abreviado como forma de desjudicializar el proceso penal juvenil a la luz de los principios garantistas que orientan la política criminal de la niñez y adolescencia. En tal sentido, en caso que se decrete la aplicación del procedimiento abreviado, ello no debe llevarnos a pensar que el adolescente en conflicto con la ley ha aceptado la comisión del hechos delictivo por el que se le procesa, ni menos aún pretender que con este subrogado penal se esté promoviendo una declaración de culpabilidad adelantada o anticipada, sobre todo porque el indiciado puede no estar de acuerdo con la aplicación de este instituto jurídico y en seguida manifestar su deseo de someterse al juicio; lo cual no es óbice para continuar con el trámite del proceso hasta la vista de la causa.

179 Un ejemplo en donde se aplicó el procedimiento abreviado no obstante el fiscal solicitaba como pena tres años de internación en régimen semicerrado lo constituye la Sentencia del Juzgado de Garantía de San Antonio de Chile, en la causa RIT 5337-2006 de 15 de junio de 2007, en Véase CERDA / CERDA, cit. nota n° 12, P. 286 - 292. Citado por DUCE, M., *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*. Política criminal. Vol. 5, N° 10, Art. 1, Santiago, 2010, P. 280 - 340. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf].

180 Para una visión más integral y comparada sobre este tema consúltese en MAIER, J., Y BOVINO, A., – compiladores –, *El Procedimiento Abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

181 Sobre los fundamentos históricos inquisitoriales del derecho a la no autoinculpación, un estudio interesante lo aporta CAMPOS CALDERÓN, J., *Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal*. en Revista de la Defensa Pública, N° 3. 2003. San José, 2003, P. 46 a 56.

182 Un estudio comparativo de la renuncia al derecho a guardar silencio entre Chile y los Estados Unidos puede verse en ESTRADA, F., *La Renuncia del Derecho a Guardar a Silencio por un Adolescente en Nuestro ordenamiento Jurídico y en el Estadounidense*. en Revista de Derechos del Niño N° 3/4, Santiago 2006, P. 181 a 196.

En concordancia con lo anterior, concluimos que la falta de regulación taxativa del procedimiento abreviado en la LPJ no debe significar un obstáculo para su aplicación, atendiendo a la norma de cierre del art. 41, debido a que este instituto jurídico-procesal no riñe con los principios rectores que orientan e informan el proceso penal juvenil conforme se deduce del texto del art. 4 de la LPJ en el sentido que la interpretación y aplicación de las disposiciones de la LPJ, deberán hacerse en armonía no solo de sus principios rectores, sino también, a la luz de los principios generales del derecho vinculados al *corpus iuris* de los Derechos Humanos, en la forma en que mejor garanticen el interés superior de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal.

Es innegable e incuestionable que la niñez ostente su condición de sujeto de derecho, por tal motivo es igualmente indiscutible que se le debe reconocer todas las garantías y derechos procesales que la misma ley le franquea. En tal sentido, consideramos que el negar o no reconocer la aplicación del procedimiento abreviado en la jurisdicción penal juvenil, conllevaría una clara vulneración de los derechos fundamentales del adolescente infractor verbigracia, el principio de igualdad, el debido proceso, el derecho de defensa entre otros. En esa misma dirección se ha pronunciado la Sala Constitucional de Costa Rica, en resolución pronunciada a las quince horas con cincuenta y dos minutos del día 19 de junio de 2000, en el caso registrado bajo el No 2000-06300.

En esa misma línea de criterios, la aplicación supletoria del art. 41 no debe interpretarse como una norma que desnaturalice la esencia del principio de especialidad que le da sustento y contenido al régimen jurídico especial que regula el constituyente en el art. 35 inc. 2º, sino por el contrario, se debe de propiciar una extensión del derecho penal juvenil al derecho penal de adultos, y no a la inversa, a fin de garantizar los derechos humanos que al igual que toda persona le asiste al adolescente que ha inobservado la ley penal. La especialidad recordemos nos conduce a que el derecho debe estar organizado exclusivamente para personas menores de edad y con mayores atenuantes que las utilizadas para los adultos; sin embargo, el derecho penal de adultos sustenta al derecho penal juvenil de principios tales como el de legalidad, el de tipicidad, el de culpabilidad entre otros.

En tal sentido, promover la desjudicialización del proceso penal juvenil como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y adolescencia, no constituye a nuestro criterio una alteración que ponga en riesgo el principio de especialidad propio de la justicia penal juvenil, debido a que con la

desjudicialización está promoviendo una protección reforzada de los principios y garantías que gobiernan el proceso penal juvenil. Tampoco creemos que la desjudicialización constituya una causa que lesione la finalidad educativa del proceso penal juvenil, por el contrario la desjudicialización pretende evitar la sanción formal concretamente la imposición de una sanción privativa de libertad. Además, la desjudicialización constituye una forma de *educar* a la población en los derechos fundamentales de los adolescentes infractores.

En ese contexto, uno de los fines que se busca con la desjudicialización del proceso penal juvenil es que el adolescente conserve su ritmo normal de estudio, sin enervar la finalidad fundamental de la justicia penal juvenil de educar en responsabilidad. Consecuentemente, los órganos de persecución penal deberían cuestionarse si es conveniente para el cumplimiento de los fines educativos, ejercer la acusación penal en delitos que representan una mínima ofensa social.

CAPÍTULO III

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL JUVENIL COMO ELEMENTO INDISPENSABLE DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SALVADOR

En el capítulo tercero estudiaremos la política criminal de la niñez y la adolescencia, sus elementos y ejes centrales, que conforme a la observación número diez del Comité de los Derechos del Niño – en lo sucesivo el Comité – constituyen el núcleo central de una política integral de justicia juvenil. En particular, se destacará a la desjudicialización como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y de la adolescencia y se establecerán propuestas para dotar de eficacia la aplicación de las formas de desjudicialización en el proceso penal juvenil salvadoreño.

3.1 La política criminal de la niñez y adolescencia.

En general, la política criminal es de reciente fecha, se considera que nace con la escuela positivista de la segunda mitad del siglo XIX. En el caso salvadoreño, los antecedentes de la política criminal se dan a partir de 1992, en ese año, se produce un acontecimiento inédito en su historia política, se oficializa el cese del conflicto armado mediante la firma de los Acuerdos de Paz, entre militantes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional – FMLN – y la Fuerza Armada salvadoreña. En ese orden, en el año 1999, se crea la Comisión Nacional de Seguridad Pública – CNSP –, que dentro de sus funciones se encuentra la de ejecutar programas de prevención contra la violencia y la delincuencia.

Sin embargo, a la fecha no se cuenta con una verdadera estrategia de política criminal, más bien con las últimas reformas a la LPJ, consideramos que

se le apuesta más a consolidar una política criminal de corte represivo que a una política criminal preventiva. El caso más palmario lo regula el art. 15 inc. final LPJ, disposición que reformó y aumentó el techo máximo del internamiento de *siete a quince años*¹⁸³, lo cual consideramos no está en armonía con la CDN.

En congruencia con lo anterior, consideramos que el sistema penal no solo ha de centrar su atención en la punición severa de los comportamientos constitutivos de delitos, ha de cumplir además, una misión vinculada a la prevención del delito, sin enervar los derechos y garantías que la misma ley franquea al justiciable. En este sentido, la política criminal de la niñez y adolescencia constituye un asunto de interés forzado e impostergable en la agenda de Gobierno, para controlar el fenómeno de la criminalidad y la respuesta a dicha patología.

En este contexto, se concibe a la política criminal como el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno delictual y, relacionado con esto, a la estructura y funcionamiento del sistema penal¹⁸⁴, la cual debe articular todos los medios que permitan evitar, reducir y sancionar los comportamientos infraccionales constitutivos de delitos. Por consiguiente, la política criminal es parte de los modelos políticos que se impulsan por los Estados, que confluyen intrínsecamente en un carácter relativista y que incide en el tejido social.

En concordancia con lo anterior, la política criminal debe orientarse, entre otras funciones, a la revisión crítica de toda la legislación punitiva, teniendo en cuenta no solo criterios sistémicos, sino también empíricos, auxiliándose de otras disciplinas para resistir el fenómeno delictivo de manera eficaz, respetando el marco de principios constitucionales que le sirven de límite y también de directriz para el ejercicio del «*ius puniendi*»¹⁸⁵.

Refiriéndonos concretamente a la política criminal de la niñez y adolescencia, los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos determinan los elementos que deben guiar a dicha política criminal

183 Vid. Decreto Legislativo No. 309 de fecha 24 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 64, Tomo 387 de fecha 09 de abril de 2010.

184 Vid. LARRAURI PIJOAN ELENA, E., TERRADILLOS J., y otros, *Ciencias Penales Monografía*, 1ª edición San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001, P. 20.

185 La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha definido la locución «*ius puniendi*» como «la facultad del Estado para imponer penas o medidas de seguridad por la comisión de delitos, no es ilimitado: tiene fijados sus fines, así como sus postulados y principios rectores, a partir de la configuración que de la potestad punitiva realiza la Constitución». Vid. *Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro. Inconstitucionalidad 52-2003 acumulados 56-2003/57-2003. En Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2004, Considerando III, P. 152.

haciendo especial énfasis en la prioridad que debe darse a la prevención frente a la represión. Así, podemos citar el art. 29 de la CDN¹⁸⁶, la Directriz 2 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil¹⁸⁷; arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁸.

En ese contexto, esta última Convención no constituye propiamente un tratado de Derechos Humanos, más bien contiene principios que están directamente vinculados al tema en estudio, los cuales a su vez están relacionados con la responsabilidad del Estado referente a la aplicación de los Derechos Humanos del justiciable. Por esta vía, cada uno de los instrumentos jurídicos deben constituir una caja de resonancia promisorio del catálogo de instrumentos internacionales de los Derechos Humanos – tratados, pactos, convenios, resoluciones y declaraciones – en el marco de una interpretación conforme al art. 31 inc. 3º de la Convención de Viena¹⁸⁹.

En este sentido, la Constitución – marco normativo por antonomasia –, constituye el soporte legal para legitimar los medios de control formal – la política criminal –, para enfrentar el flagelo de la criminalidad juvenil. Así, el carácter democrático y soberano de la Constitución establece la obligación

186 La disposición literalmente establece «1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya. d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personales de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el art. 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado».

187 Vid. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL – DIRECTRICES DE RIAD –, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de Resolución No 45/112, de fecha 14 de diciembre de 1990, por recomendación del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; Directrices 2, 5 y 9.

188 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aún no ha sido suscrita ni ratificada por nuestro país. Sin embargo, ello no es óbice para ser considerarla como una norma de referencia conforme al *ius cogens* del derecho internacional de los Derechos Humanos, atendiendo al principio universal del *pacta sunt servanda* o principio de buena fe.

189 El art. 31. 3 textualmente dispone Regla general de interpretación... «Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes».

inexcusable del Estado para con la niñez y la adolescencia, a la luz del principio de igualdad¹⁹⁰, que obliga al juzgador a construir una discriminación positiva, considerando las condiciones objetivas de vulnerabilidad de la niñez.

De igual manera, al integrar el art. 1 CDN con los arts. 12, 35 inc. 2º y 144 inc. 2º Cn., se deduce que el Estado está obligado a codificar un marco normativo penal disímil para los niños. Lo cual significa que el Constituyente ha determinado que la conducta antisocial de las personas menores de edad esté sometida a un régimen jurídico especial, lo cual no puede significar otra cosa que constitucionalmente está proscrito prescribir el mismo régimen jurídico sancionatorio para los menores que para los mayores de edad.

Conforme con lo anterior, la misma ubicación del régimen sancionatorio de los adolescentes, concibe como evidente que el Constituyente haya insistido en la diferenciación de regímenes, a tal grado que vuelve factible que constitucionalmente no sea posible hablar de un derecho penal aplicable a menores, sino un derecho de menores¹⁹¹ que debe presentar sus propias características y principios. En consecuencia, se advierte que el marco legal con raigambre constitucional obliga, conforme al principio de igualdad, construir un tratamiento diferenciado aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal, disímil del sistema penal de adultos, *ope legis* del Constituyente – art. 35 inc. 2º –.

Esta última disposición integra la doctrina de la protección integral de los adolescentes en conflicto con la ley penal, que ve al infractor como sujeto de derechos – nunca como objeto de derecho – consecuentemente, el marco normativo que debe inspirar al sistema penal juvenil debe integralmente comprender todas las garantías sustantivas y adjetivas establecidas en el programa penal de la Constitución, que identifican las características propias que difieren sustancialmente del proceso penal común u ordinario.

Consecuentemente, una política criminal destinada a la niñez y adolescencia presupone razonar los límites normativos de la Constitución, lo que significa que este régimen especial no puede suponer su exposición a condiciones que provoquen la destrucción de la personalidad del adolescente; al contrario, presupone un supuesto especial de igualdad por diferenciación o

190 Regulado en el art. 3 inc. 1º Cn. La disposición a su letra reza «todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión».

191 En lo referente al derecho de menores consúltese a GÓNZALEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1995, P. 101. Sostiene el autor que, hablar de derecho de menores, importa hablar de aquello que comienza o se adecua al ser humano en la minoridad.

discriminación positiva que sí está permitida¹⁹².

Conviene enfatizar que la mejor forma de combatir la criminalidad juvenil no se logra con sanciones más severas a los jóvenes sometidos a la LPJ, sino por medio de una labor preventiva incluyente que trate de solucionar los problemas sociales que causan la delincuencia en esta población. No podemos olvidar que la inseguridad generada por la criminalidad en general, y por la delincuencia juvenil¹⁹³ en particular, constituye un grave problema donde está en juego la vigencia de los Derechos Humanos. En ese sentido las políticas sobre seguridad ciudadana deben ser evaluadas desde la perspectiva del respeto y garantía de los Derechos Humanos.

En este contexto, corresponde ahora comentar sumariamente la relación de la política criminal con las premisas constitucionales que la informan, en especial, con la esfera penal:

- a) La configuración de un Estado Constitucional de Derecho, al respecto, PÉREZ LUÑO¹⁹⁴, ha identificado como presupuestos de esta premisa: la limitación de la actividad de los órganos del Estado por la constitucionalidad y la legalidad; la garantía por parte de esta de los derechos fundamentales; y la teoría del control jurisdiccional de toda actividad estatal¹⁹⁵;
- b) El respeto a la dignidad humana¹⁹⁶, como idea central de la norma constitucional, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

192 Vid. Sentencia de inconstitucionalidad número [15-96, acumulados 16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96, Considerando XX 3 y 4](#), que establece: «así, el art. 35 inc. 2º obliga a un régimen jurídico especial para aquellos menores en conflicto con la ley, este régimen especial no puede suponer su exposición a condiciones que provoquen la destrucción de la personalidad del adolescente, al contrario presupone un supuesto especial de igualdad por diferenciación o discriminación positiva que si está permitida».

193 Vid. HERRERO, C., *Delincuencia de Menores: tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, 2008, P. 9. Sostiene el autor que el concepto de delincuencia juvenil es un concepto construido social e históricamente, corresponde al ámbito penal y se refiere a las infracciones que son cometidas por menores de edad.

194 Vid. *LÍMITES CONSTITUCIONALES AL DERECHO PENAL*, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ – ECJ, San Salvador, Agosto 2005, P. 4.

195 Sobre la configuración de un Estado Constitucional de Derecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que «El sistema democrático y la vigencia del Estado de derecho, son cruciales para la efectiva protección de los derechos humanos. El Estado de derecho a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos implica el buen funcionamiento del Estado, y el cumplimiento efectivo y equitativo de sus responsabilidades en materia de justicia, seguridad, educación o salud. Finalmente, concluimos que, el Estado de derecho implica el pleno respeto y ejercicio efectivo de los derechos humanos, políticos, económicos, sociales y culturales de los habitantes de los Estados garantizando que se acceda a mejores y mayores formas de protección de los valores de la dignidad humana». Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II Doc. 57, emitido el 31 de diciembre de 2009, pár. 96.

196 En cuanto a la dignidad humana como límite al poder penal del Estado, se ha expresado: «que es necesario

Justicia, ha reconocido que dicho principio está integrado por dos elementos¹⁹⁷, a saber: «1) que el derecho es obra del hombre y, 2) que el derecho está al servicio del hombre»;

- c) El respeto al régimen político determinado por la Constitución, mismo que busca el bien común; al pretender el justo equilibrio entre el interés individual e interés colectivo o social, tratando de mantener una distribución proporcional y apropiada de cada interés, impidiendo con ello, el culto a los extremos. Es decir, que no tienen lugar aquellas interpretaciones que sacrifiquen el interés de la sociedad en beneficio del interés egoísta de un individuo, pero tampoco puede sacrificarse totalmente uno solo de los derechos de la más modesta de las personas en aras del interés social.
- d) La vigencia al principio de proporcionalidad, que está vinculado directamente al *quantum* de la pena, misma que encuentra su límite y fundamento en el grado de culpabilidad, es decir, que las penas no pueden en virtud de los fines asignados por el legisferante, rebasar la medida del reproche penal que le corresponde al justiciable, así la culpabilidad constituye al final, un verdadero límite de la pena¹⁹⁸. Esta consecuencia tiene su origen en el poder punitivo del Estado.

En esa dirección se pronuncia ZAFARONNI, quien sostiene a través de la teoría negativa o agnóstica de la pena que «en toda sociedad existen relaciones de poder que intervienen en la solución de conflictos. Toda sociedad o cultura tolera que en la mayoría de los conflictos no intervenga el poder formalizado o, mejor dicho ninguna sociedad admite que en todos los conflictos intervenga ese poder»¹⁹⁹. En tal sentido, consideramos que no es factible encontrar una pena justa, ya que toda pena inflige al sufrimiento exacerbado del justiciable, en el que el poder punitivo del Estado se impone a ultranza del gobernado.

además hacer referencia a la relación de la política criminal con los principios constitucionales; a tal fin, podemos considerar que las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general, y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal en particular son: B. En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona humana, que es, a decir del Preámbulo de la Constitución, uno de los fundamentos de la convivencia nacional; y a los derechos fundamentales inherentes a ella, sobre todo porque la norma constitucional se basa en una concepción personalista o humanista». Vid. *Sentencia de Inconstitucionalidad* número 15-96, acumulados 16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96, Considerando IX.2.B.

197 Vid. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: *Sentencia final pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 15-96*, el 14 de febrero de 1997, Considerando IX.2.B.

198 Vid. ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Traducción de GÓMEZ RIVERO, C., Y GARCÍA CANTIZANO, M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, P. 72 y 73.

199 Vid. ZAFFARONI, R., *Derecho Penal Parte General*, Edirial Ediar, Buenos Aires, 2000, P. 35.

En esa misma línea interpretativa, se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, respecto del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de las penas, al establecer que el mencionado principio, sirve para «la restricción de los excesos en que pudieran incurrir las actuaciones de los poderes públicos sobre la esfera de derechos e intereses del individuo»²⁰⁰.

En congruencia con lo anterior, y en lo que respecta a la construcción de una política criminal incluyente donde converja la participación del sistema institucional vinculado a la niñez y a la adolescencia, deben cumplirse los siguientes presupuestos²⁰¹:

- a) Un esfuerzo coordinado para mejorar la eficacia del sistema judicial.
- b) La investigación, planificación y ejecución de nuevas formas de acción policial, verbigracia: el fortalecimiento de la policía comunitaria, superando con ello los métodos tradicionales de disuasión del delito.
- c) Se deben adoptar esfuerzos coordinados dirigidos a la rehabilitación de niños cuya conducta ha sido declarada antisocial o responsable.
- d) Por último, se le debe apostar a los canales de diálogo y programas de ejecución por parte de las instancias gubernamentales y a la sociedad civil, a fin de que esta última, pueda tener participación activa en el mejoramiento y mantenimiento de la seguridad ciudadana.

Asimismo, la mejor política criminal debe ser una buena política social, en especial si se trata de minimizar la criminalidad juvenil, no olvidemos que la política criminal orientada sólo a la represión está condenada al fracaso²⁰². Sin embargo, no debemos caer en la ingenuidad y creer que una buena política social será la medicina que eliminará la delincuencia. Por lo tanto, las instancias de control social deben articular esfuerzos orientados a cohesionar los vínculos comunitarios, familiares y sociales; que habiliten una justicia juvenil con rostro humano, integral y coherente con los principios de corresponsabilidad del Estado, la familia, la sociedad y el vínculo comunitario²⁰³.

200 Vid. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: *Sentencia final pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad 15-96*, el 14 de febrero de 1997, Considerando IX.2.D.

201 Vid. Consejo Nacional de Seguridad Pública, *Marco Conceptual para la Prevención de la Delincuencia Juvenil en El Salvador*, San Salvador, 1997. P. 2.

202 Así se advierte de la intervención del abogado TIFFER-SOTOMAYOR, C., perito propuesto por los Representantes, ante la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en el Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, Sentencia pronunciada el 21 de septiembre de 2006, P. 10.

203 Sobre los principios de corresponsabilidad del Estado, la familia, la sociedad y la comunidad consúltese. *La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, Principios rectores, Título Preliminar, Capítulo II.

3.1.1 Elementos

Los elementos de un programa integral de política criminal estarán marcados por el paradigma del respeto a los derechos fundamentales del justiciable para alcanzar con ello, el fin ulterior de prevención de la criminalidad; teniendo como límites el conjugar libertad con garantías, seguridad con respeto de los Derechos Humanos, y legitimidad con eficacia²⁰⁴. En este sentido, los elementos que se pretenden conseguir con la apropiación del conflicto penal por parte del Estado deben estar orientados a tres pilares fundamentales que son: 1) la prevención, 2) el control y 3) la represión.

3.1.1.1 Prevención

La prevención es considerada como uno de los elementos básicos de una política criminal de justicia juvenil²⁰⁵, que tiene como fin impedir el surgimiento o avance de la actividad delictual. En ese sentido, la prevención está destinada fundamentalmente a identificar el origen o las causas de la criminalidad, teniendo en cuenta que dicha prevención al igual que la promoción social de la niñez y la adolescencia serán difíciles de obtener, sino se le apuesta a un esfuerzo sostenido en el que participe la familia, el Estado, la comunidad, el sistema educativo y otros actores; para asegurar políticas públicas que protejan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes de este país.

En esa línea interpretativa, el Comité exhorta un mensaje cardinal a los Estados signatarios de la CDN, en el sentido que les exige el no aprobar el desplazamiento de la política criminal sacrificando a la política social; en consecuencia, la idea fundamental descansa en «la prevención antes que la represión»²⁰⁶.

Modernamente se habla de tres clases de prevención, a saber, la primaria, la secundaria y la terciaria²⁰⁷.

204 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Edición Colex, 2001, P. 172.

205 Así lo advierte el Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 15 - Observación General No 10, durante el período de sesiones No 44º, celebrado en Ginebra del 15 de enero al 2 de febrero de 2007, en Ginebra.

206 Vid. BONASSO, A., *Adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos y responsabilidades – el caso de Uruguay –*, en GARCÍA MÉNDEZ, E., (compilador), en *Adolescentes y Responsabilidad penal*, AD-hoc, Buenos Aires, 2001, P. 95. Citado por El Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 16 – Observación General No 10 –, durante el período de sesiones No 44º, celebrado en Ginebra del 15 de enero al 2 de febrero de 2007. P. 7.

207 Para una mejor ilustración en lo que respecta a las clases de prevención consúltese a GARCÍA, PABLOS, A., *Criminología., Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª Edición,

La prevención primaria está orientada a identificar las causas de la criminalidad, a resolver el conflicto social que subyace en el crimen para neutralizarlo antes de que se manifieste. Esta clase de prevención constituye la prevención social por excelencia y centra su atención, en la satisfacción de las necesidades más urgentes entre las que destacan, la educación y socialización, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida. En este sentido, los programas de prevención primaria tratan de resolver aquellas situaciones carenciales, criminógenas, procurando una socialización más acorde a los objetivos sociales²⁰⁸.

En este sentido, los fines concretos de la prevención primaria consisten en dotar a los ciudadanos de capacidad social, para superar de forma productiva eventuales conflictos sociales, por lo que sus estrategias se concentran en la política cultural, económica y social. En ese orden de ideas, es en la prevención primaria donde necesariamente se deben encausar las políticas de prevención de la criminalidad juvenil y no en la esfera penal *postdelictum*, donde la imposición de la pena lo único que hace es reforzar la criminalización de los comportamientos, aumentando con ello, la peligrosidad de los autores.

De igual manera, la prevención primaria, se orienta a reducir los factores de riesgo, potenciando el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, promoviendo la seguridad y convivencia pacífica. Se requiere con esta prevención que el Estado implemente políticas que garanticen los Derechos Humanos, reduzcan la desigualdad y preparen a la adolescencia con instrumentos apropiados para la construcción de una cultura de paz. En ese contexto, se intenta una estrategia de apoyo a segmentos relativamente amplios del colectivo social, cuyo entorno social presenta diversos factores de riesgo y escasos factores de protección, particularmente para niños, adolescentes y jóvenes.

La prevención secundaria tiene lugar en aquellas intervenciones dirigidas a niños o jóvenes identificados en riesgo elevado de violencia, incluso si no han cometido ningún crimen. Sus efectos son acorto o mediano plazo y se orienta a sectores selectivos de la sociedad, en especial, a aquella población que representa mayor riesgo de padecer o protagonizar el problema de la criminalidad. En ese orden de ideas, las políticas de prevención secundaria deben estar destinadas a individuos o grupos sociales específicos, palmariamente identificados como proclives a desarrollar comportamientos

1996, P. 237 y 238.

208 En lo relativo a la distinción entre prevención primaria, secundaria y terciaria consúltese a KAISER G., *Introducción a la Criminología*, Madrid, 7ª Edición, 1988, P. 125 y 126.

delictivos. Esta clase de prevención, con frecuencia se orienta a neutralizar o a evitar situaciones pre-delictivas, a fomentar políticas de atención a la población más vulnerable de protagonizar el acto criminal.

La prevención secundaria focaliza su atención a sujetos especialmente vulnerables, debido al conjunto de factores de riesgo que les afecten o a su situación de exclusión social²⁰⁹, ejemplo de ello lo constituyen los jóvenes miembros, simpatizantes o disidentes de maras y pandillas, que han demostrado comportamientos y actitudes propensas a un escalamiento de violencia. En este sentido, la prevención secundaria se define como, aquellas estrategias que centran su atención en grupos de riesgo, desertores escolares, individuos vinculados al consumo de drogas o cualquier otra clase de estupefacientes que causan adicción o acostumbramientos, entre otros.

La prevención secundaria se origina en la política legislativa penal. Particularmente en nuestro país, esta clase de prevención ha sido mal interpretada, debido a que el legislador ha insistido sistemáticamente en modelos represivos verbigracia, la aprobación de la Ley Antimaras, Planes Mano Dura y Súper Mano Dura; políticas patibularias que aún están presentes en el gobierno de turno. Un ejemplo palmario de dichas políticas lo constituye la vigente Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal²¹⁰.

Consecuentemente, cuestionamos este enfoque punitivo, debido a que no nos conduce a una verdadera política integral de prevención de la violencia juvenil; por el contrario, trasluce una actitud sutil o endeble de atención a los sectores más vulnerables de protagonizar la violencia social.

La prevención terciaria o prevención especial positiva de la pena, tiene como objeto principal la población reclusa y su finalidad descansa en impedir la reincidencia. Este tipo de prevención opera cuando el delito se ha consumado, por lo tanto, no frena las causas que generan la criminalidad. En consecuencia, si lo que se pretende es evitar la reincidencia, debemos entonces, insistir en la

209 El concepto de exclusión social desempeña una función integradora, por explicar un fenómeno complejo que obliga enlazar diversas o múltiples dimensiones de entre las cuales destacan: las económicas – la pobreza, el desempleo; culturales – la marginación, la desviación –; políticas – la ciudadanía, el sufragio – y sociales – el aislamiento, la segregación. Es resumen, la exclusión social se refiere a aquellas personas que ven limitado el acceso a los derechos y oportunidades fundamentales, quedando expulsados de las dinámicas sociales y de los procesos de participación propios de una verdadera ciudadanía social.

210 La Ley de de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, fue aprobada por Decreto Legislativo No 458, de fecha 1 de septiembre de 2010, tomo No 388, publicado en el Diario Oficial No 169, de fecha 10 de septiembre de 2010.

asistencia post-penitenciaria construyendo modelos asistenciales que habiliten a los liberados reinsertarse al cuerpo social.

La prevención terciaria está destinada a jóvenes en conflicto con la ley, cuya conducta ha sido declarada antisocial o responsable del delito que se le atribuye. En ese orden de ideas, se trata de reducir el impacto negativo que genera la prisión, por lo cual, se pretende rehabilitar al condenado para evitar la reincidencia²¹¹. La prevención terciaria procura la rehabilitación del delincuente y está orientada a atender los grupos que se encuentran involucrados de manera directa con actos de violencia o/y delincuencia, como, por ejemplo, en el caso de los jóvenes integrantes de pandillas.

Las estrategias de esta clase de prevención se dirigen principalmente a reducir los efectos negativos sobre el desarrollo del justiciable adolescente que ingresa al sistema penal, mientras se fortalece la atención psicosocial y el proceso socioeducativo. Conforme con lo anterior, el objetivo de la prisión debe ser recuperar a la persona privada de libertad y dotarla de habilidades para regresar de forma controlada a la vida en libertad, aún antes de cumplir con la pena.

En ese mismo orden, el art. 2 de la Ley Penitenciaria²¹² establece como una de las finalidades capitales, que la ejecución de la pena debe proporcionar al condenado, condiciones apropiadas que le permitan un desarrollo personal, al momento de recobrar su libertad. Asimismo, el art. 3 inc. 1º de la misma ley, atribuye a las instituciones penitenciarias la misión de procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos²¹³.

De igual forma, constituye una obligación del Estado, minimizar los traumas y efectos negativos que causa la prisión a los adolescentes en conflicto con la ley, con el fin de alcanzar el objetivo de una rehabilitación e inserción social exitosa. En consecuencia, se debe insistir en estrategias que eviten el hacinamiento carcelario que impide el cumplimiento del Estado con sus

211 Respecto de la reincidencia consúltese a ZAFFARONI, R., *Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario*, en: ILANUD editor, Derechos fundamentales y justicia penal, San José, Juricentro, 1992, P. 40, para quien la reincidencia en lugar 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.

212 El art. 2 del mencionado cuerpo legal literalmente establece «La ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad».

213 La disposición textualmente establece «Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos...».

obligaciones hacia la población reclusa, por lo tanto, se requiere que se fomente cada vez más las alternativas al encierro.

Para finalizar consideramos, que la tarea preventiva del Estado debe orientar sus esfuerzos a la búsqueda de soluciones alternativas al aumento de la pobreza, la carencia de oportunidades laborales, la reducción de espacios recreativos, el deterioro familiar y la expulsión en los diversos niveles educativos.

3.1.1.2 Control

Debemos reconocer que la Constitución como norma primaria, le impone al Estado salvadoreño deberes ineludibles frente a la sociedad. En tal sentido, aquél está llamado a evitar el caos y la violencia, por ello debe establecer un verdadero control de la criminalidad a fin de procurar la convivencia pacífica y proteger así, a la población de las amenazas contra su seguridad. Sin embargo, el control de la delincuencia juvenil no es un control a cualquier precio, por el contrario, el Estado ciertamente debe intervenir para controlar la criminalidad, respetando los límites que el derecho le impone frente a sus gobernados; amarras que están debidamente delimitadas por la vigencia de los Derechos Humanos.

El control de la delincuencia debe pues, respetar los límites impuestos al reconocerse derechos inherentes al ser humano, de entre los cuales destacan, la libertad y las garantías vinculadas a la seguridad personal como el mismo principio de legalidad – en su garantía criminal –, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. En ese contexto, cuando la relación Estado-gobernado, y el justiciable es una persona menor de edad, los límites del poder estatal se intensifican en aras de dotar de eficacia la misma Constitución y los diferentes instrumentos internacionales vinculados a la niñez y adolescencia en conflicto con la ley penal. En ese orden, con el reconocimiento del interés superior del niño²¹⁴, el Estado tendrá un límite más en el control de la criminalidad juvenil.

El modelo que el Estado ha utilizado, para controlar la delincuencia juvenil parte del modelo penal juvenil, mismo que fue instituido después del pleno reconocimiento de los Derechos Humanos del niño, tras la aprobación de la CDN. El control como pilar fundamental en los modelos de política criminal pretende mantener los estándares normales del crimen, procurando frenar las

214 El interés superior del niño como principio rector, implica que el interés del niño prima sobre cualquier otro – el de la sociedad, el de la seguridad ciudadana, el de la autoridad –, lo cual significa, que tanto los derechos como las necesidades del niño deben ser prioritarias cuando entren en relación con derechos y necesidades de otros. así lo sostiene BUSTOS RAMÍREZ, J., *Perspectivas de un Derecho penal del niño*, en Obras Completas Tomo II, Ara Editores, Lima, 2004, P. 652.

tasas elevadas de criminalidad. El control se ha convertido en un atractivo instrumento para el fortalecimiento de la conocida expresión *política criminal* que se identifica con la «tolerancia cero» o de «ley y orden», cuya nota esencial consiste en determinar las líneas muy generales, en la expansión y endurecimiento de la intervención estatal, en el marco del control penal²¹⁵.

En otras palabras, el control de la delincuencia se frena y se identifica, en buena medida, con los delitos clásicos – delitos de bagatela – es decir, los hechos punibles contra el patrimonio y los relacionados en general con la violencia doméstica o los vinculados en particular a la delincuencia juvenil. El control de la criminalidad²¹⁶ constituye la antesala de la represión, misma que puede tener lugar en el ámbito legislativo, ejecutivo o judicial.

Por último, con este nuevo paradigma de reconocer a la niñez y la adolescencia como sujetos plenos de derechos, se puede fortalecer también, la desjudicialización como manifestación de un reducido control jurídico-penal sobre las conductas de los jóvenes sometidos al sistema penal juvenil, o de un control penal formal solamente, cuando la necesidad se torne imperiosa. En tal sentido, sólo si tenemos presente esta premisa, podremos responder con acierto al «para qué de la desjudicialización», cuyas respuestas representan los fines axiológicos y objetivos que se pretenden alcanzar, dentro de un enfoque en el que la política social y la política criminal del Estado se encuentran estrechamente vinculadas.

3.1.1.3 Represión

La represión desde un enfoque funcionalista-sistémico asigna a la norma, por un lado, una carga negativa como medio de inhibición e intimidación respecto a terceros; y por otro, una carga positiva – razón por la cual se conoce como «teoría de la prevención positiva» – pues es a través de la afirmación de la norma violada y de la aplicación de la represión, que se alcanza, según esta

215 Sobre este tópico consúltese a WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000, P. 102, quien señala que «la tentación de apoyarse en las instituciones judiciales y penitenciarias para eliminar los efectos de la inseguridad social generada por la imposición del trabajo asalariado precario y el recorte correlativo de la protección social se hace sentir en toda Europa, y singularmente en Francia, a medida que se despliegan en ella la ideología neoliberal y las políticas que inspira, tanto en materia de trabajo como de justicia». Para un estudio más holístico, véase, de entre otros, a MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, P. 39; DE GIORGI, A., *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Ed. DeriveApprodi, Roma, 2000, YOUNG, J., *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, 2003, P. 191 a 230; y FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, en *Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, 5ª edición, Madrid, 2001, P. 807 a 848.

216 Sobre el control de la criminalidad consúltese a BARATTA, A., *La integración prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica*, en *Revista Capítulo Criminológico* No. 15. Ediciones Jurídicas, Santa fe, 1987, P. 3 y 4.

posición, la legitimación del sistema penal.

La represión constituye una respuesta negativa y violenta que el Estado adopta como última *ratio* para castigar al infractor, ello no debe conducirnos a eludir la finalidad reeducativa²¹⁷ y su reinserción en la familia y en la sociedad del infractor, núcleos esenciales propios de toda sanción penal, conforme se colige de los principios rectores de la LPJ art. 3²¹⁸ y, de los derechos y garantías fundamentales del adolescente sometido a la LPJ art. 5 letra «m»²¹⁹ ambas disposiciones del citado cuerpo legal.

En ese orden, el adolescente que inobserva las leyes penales, se hace responsable de sus hechos, pero se trata de manejar su socialización a manera de irrogar el menor daño posible. En nuestro país, las políticas adoptadas por el Estado han estado orientadas principalmente al aumento de las penas y el uso excesivo de medidas punitivas-represivas, sin desplegar los esfuerzos necesarios para acometer los factores sociales que generan el fenómeno de la delincuencia juvenil²²⁰.

Sin embargo, consideramos que un método esencialmente represivo, lejos de contribuir a minimizar la violencia juvenil, por el contrario, agudizará la estigmatización del justiciable, generando un creciente sentimiento de venganza social. En definitiva, la finalidad de estas políticas de corte punitivo-represivas no es la seguridad de los derechos de la niñez, sino la seguridad de sus potenciales víctimas, es decir, su pretensión descansa en la defensa social.

Empero, frente a la sensación de inseguridad que actualmente nos agobia, una respuesta simple, distorsionada y al mismo tiempo alejada de una verdadera política social de naturaleza juvenil, estaría justificada por el efecto intimidatorio que la norma penal provoca en el potencial infractor. Es decir, se amenaza con penas desproporcionadas – severas de hasta 15 años –, a fin de enviar un mensaje intimidatorio al potencial delincuente para que se abstenga de delinquir; lo cual, a nuestro criterio, constituye un verdadero sofisma. En ese sentido, contrario a una política represiva, consideramos que se le debe apostar

217 Vid. RÍOS MARTÍN, J., *El Menor Infractor Ante la Ley Penal*. Editorial COMARES, Granada, 1991, P. 244.

218 Dispone el art. «La protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y *la reinserción en su familia y en la sociedad*, son los principios rectores de la presente Ley».

219 El art. literalmente dispone «A que toda medida que se le imponga, tenga como fin primordial su educación».

220 Vid. FERNÁNDEZ MÉNDEZ, J., RONQUILLO, V., *De los Maras a los Zetas*. . Editorial Grijalbo, México, 2006, P. 281.

más a una política preventiva que tenga a su base la educación en responsabilidad.

Conforme con lo anterior, consideramos que una política criminal que tenga como fundamento final el castigo, sin respetar los límites que impone el Estado social y democrático de derecho coherente con los Derechos Humanos, deja de ser una verdadera política criminal, para degenerar en una política criminal represiva. En ese contexto, el Estado, cuando decide adoptar un modelo de intervención que ha de ser útil para controlar la criminalidad, debe tener presente el marco constitucional, concomitante con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que como antes se destacó, forma parte del *corpus iuris* de los derechos universales; en tal sentido se marca la diferencia entre una política criminal autoritaria versus una política criminal de corte racional y democrática.

En tal sentido, se torna imperativo señalar, que una política criminal destinada al control social de la niñez y adolescencia en conflicto con la ley, a través del derecho penal, no debería centrar su mirada, únicamente en mecanismos represivos, eso debe ser la *extrema ratio*²²¹, por el contrario, debe alentar una política criminal integral para la niñez y adolescencia respetando los postulados normativos de la CDN e instrumentos complementarios, dando prioridad a la protección integral y al interés superior del niño.

3.1.2 Ejes Centrales

El Comité, en la Observación número diez, identificó los siguientes elementos o cuestiones básicas que constituyen una política integral de justicia juvenil, en seis ejes centrales que instituyen el núcleo duro de la observación:

- a) Prevención de la delincuencia juvenil.
- b) Intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales – justicia restaurativa, mediación en las oficinas de resolución alterna de conflictos, conciliación en sede fiscal – e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales – conciliación en sede judicial, remisión, renuncia de la acción y la cesación –.
- c) Edad mínima para determinar la responsabilidad penal juvenil.
- d) Garantía de un juicio imparcial.
- e) Medidas.

221 La propuesta de que el derecho penal represivo debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de *extrema ratio*, así nos recuerda BUSTOS RAMÍREZ, J., *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, publicado en Revista de Ciencias Penales, San José, 1994, P.16.

f) Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la Sentencia.

3.1.2.1 Prevención de la delincuencia juvenil

La prevención de la delincuencia juvenil en El Salvador tiene su génesis legal, particularmente en el art. 127 LPJ²²² y, en general en los arts. 397, 399 y 400 del Código de Familia²²³. En esa misma dirección, en el ámbito internacional, la prevención de la delincuencia juvenil está regulada en las siguientes disposiciones de la CDN²²⁴, al confirmar la importancia que reviste la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos y de procurar el ejercicio

222 Reza la disposición «El Ministerio de Justicia, – ahora Ministerio de Justicia y Seguridad Pública – formulará la política criminal para la prevención de la delincuencia juvenil, en consecuencia deberá: a) Realizar la investigación sobre la delincuencia juvenil; b) Analizar y proponer los programas para la ejecución de las medidas; c) Analizar y evaluar el sistema de justicia de menores y de las instituciones encargadas de ejecutar las medidas; y d) Coordinar institucionalmente la política de prevención de la delincuencia juvenil».

223 Los citados artículos del Código de Familia respectivamente disponen «El Estado deberá propiciar por todos los medios la estabilidad de la familia y su bienestar en materia de salud, trabajo, vivienda, educación y seguridad social, a fin de que pueda asumir plenamente las responsabilidades que le competen en la formación y protección del menor y de todo el grupo familiar. En consecuencia: a) Garantizará el ejercicio eficaz de los derechos reconocidos en este Código; b) Desarrollará políticas de protección al menor, a la familia y personas adultas mayores; c) Impulsará programas de atención, protección y rehabilitación, en beneficio de la familia, del menor y de las personas adultas mayores; d) Coordinará las actividades desarrolladas por las instituciones que realicen actividades en beneficio del menor, la familia y personas adultas mayores; e) Propiciará la participación de la comunidad y de los organismos no gubernamentales en los programas de protección a la familia, al menor y las personas adultas mayores; f) Ejecutará programas especiales de protección para los discapacitados o minusválidos; g) Realizará programas de alimentación, vacunación, nutrición, educación sanitaria y de rehabilitación especial; h) Prestará asistencia médica y jurídica gratuitas; i) Velará porque los medios de comunicación social cumplan con las obligaciones contenidas en este Código; j) Dará preferencia a la formulación y ejecución de programas que beneficien al menor, la familia y las personas adultas mayores, los que deberán contar con la asignación presupuestaria suficiente y privilegiada; k) Vigilará que los patronos que empleen menores de edad, cumplan lo dispuesto en este Código y demás leyes aplicables; l) Ejecutará programas culturales, recreativos y deportivos con la participación de la comunidad; m) Ejecutará campañas para erradicar la mendicidad y ofrecerá escolaridad y capacitación a los menores para reintegrarlos adecuadamente a la sociedad; n) Dará impulso y ayuda económica a las artesanías domésticas y otras actividades que permitan la elaboración de trabajos y generación de ingresos a través de la industria familiar; y, o) Vigilará que en toda planificación urbana se destinen espacios suficientes y adecuados para la construcción de campos de juegos, parques y casas comunales dedicadas a la recreación de todos los miembros de la familia». «Protección integral de los menores a cargo del Estado, se hará mediante un conjunto de acciones gubernamentales y no gubernamentales, coordinadas por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, con la participación de la familia, la comunidad y el apoyo de los organismos internacionales, los que conforman el Sistema Nacional de Protección al Menor. El sistema nacional garantizará la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud, educación y desarrollo integral del menor». «Integran los Sistemas Nacionales de Protección a la Familia, Personas Adultas Mayores y al Menor: a) La Procuraduría General de la República; b) La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; c) El Ministerio de Justicia; d) El Ministerio de Educación; e) El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; f) El Ministerio de Trabajo y Previsión Social; g) El Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano; h) La Secretaría Nacional de la Familia; i) El Instituto Salvadoreño de Protección al Menor; y, j) Las asociaciones comunitarias y de servicio y los organismos no gubernamentales que tuvieren actividades afines a las de las anteriores».

224 En particular, los artículos 18, 27, 24, 28, 29, 19, 32 y 34 respectivamente.

pleno de la personalidad del niño en condiciones de igualdad de derechos. Asimismo, la mencionada Convención desarrolla el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria, a la educación, a la protección contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental y explotación económica o sexual.

Por tanto, debe prepararse a la niñez y adolescencia para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre y democrática, en la que el joven pueda desempeñar una función formativa respecto de los derechos y libertades fundamentales, incluidos en los arts. 29 y 40 de la CDN. En este sentido, el Comité advierte que la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia juvenil enunciados en el párrafo uno del art. 40 de la CDN²²⁵. Conforme con lo anterior, se colige que el espíritu fundamental del Comité en la Observación número diez, contiene un claro mensaje de efectos «*erga omnes*»²²⁶ para los Estados signatarios y no signatarios, en cuanto a la idea fundamental que la mejor política social es «la prevención antes que la represión».

En concordancia con lo anterior, la prevención de la delincuencia juvenil, junto a la promoción social, se tornan estériles de contenido sin un esfuerzo definido y sostenido de la familia, el Estado, la comunidad, el sistema educativo y otros actores; que participan en la conformación activa de las políticas públicas y que tienen como propósito ulterior, proteger el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

En esa línea interpretativa, concluimos que uno de los objetivos fundamentales de la aplicación de la CDN es promover el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y las capacidades físicas y mentales del niño; así se colige de la lectura del preámbulo y de los arts. 6 y 29 del cuerpo legal en comento.

Finalmente la CDN en 54 artículos define diversos contenidos de entre los cuales se destacan, la identificación de la niñez como sujetos plenos de derechos, el reconocimiento de derechos de supervivencia, desarrollo,

225 El párrafo uno de la mencionada disposición literalmente establece «Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad».

226 Locución latina que significa: contra todos. Expresa que la ley, el derecho o las resoluciones abarcan a todos, hayan sido partes o no; y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga. En Diccionario Jurídico Elemental, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, 1993, P.127.

participación²²⁷ y protección²²⁸.

La prevención de la delincuencia juvenil, es parte fundamental de la prevención del delito²²⁹ en la sociedad. En tal sentido, para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil, es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de la niñez y de la adolescencia, respete, cultive y garantice su personalidad, a partir de la primera infancia.

En ese orden, la prevención de la delincuencia juvenil, no solo instituye un diseño exclusivo de la CDN, sino también de las Directrices de RIAD, así lo advierte El Comité, al sostener que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de los jóvenes, en particular, en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de pares que se encuentran en condiciones similares, la escuela, – en lo relativo a la información y orientación sobre los derechos y los deberes de la niñez y sus padres – así, como la prestación de un cuidado y atención especial a dicha población en situación de riesgo.

La niñez y adolescencia, generalmente devuelven a la sociedad lo que reciben, por ello, debe hacerse mención al sentido de la democracia, mediante el concepto ampliado de ciudadanía, que la sociedad garantice a las familias las condiciones mínimas para responsabilizarse de su niñez y adolescencia proveyéndoles lo necesario para su desarrollo integral, esto es, garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos, con la mayor calidad de vida posible, que habilite su bienestar personal conforme a su proyecto de vida.

En esa dirección, la articulación entre participación y prevención de la delincuencia juvenil, surge como una fórmula moderna y progresista para dar cuenta de la definitiva presencia de la juventud en la vida social. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad salvadoreña, y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control así; lo regulan las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil arts. 4, 5. b y 9. i ²³⁰; además, los ordenamientos jurídicos

227 Para una mejor comprensión sobre el derecho a la participación consúltese a HART, R., *La participación de los niños, de la Participación Simbólica a la Participación Auténtica*. UNICEF, TA CRO, 1993. Este autor define a la participación como la «Capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive».

228 Vid. CUEVAS JIMÉNEZ, A., *Derechos del niño y desarrollo infantil*, en Revista Cubana de Psicología, Vol. 22, No 1, 2005, P. 38.

229 Por prevención del delito se entiende «Toda medida dirigida a atacar los factores causales del delito, incluidas las oportunidades para cometer delitos». Así la definió *La Organización de las Naciones Unidas*, en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito E/CN.15/1993, P.3, párrafos 4 y 5.

230 Consideraciones hechas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

nacionales y los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes en una política progresista de prevención de la delincuencia juvenil.

Sobre la prevención de la delincuencia juvenil sostiene ROXIN que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino también, ha de imponer límites al ejercicio de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención excesiva y arbitraria del «Estado Leviatán»²³¹. En tal sentido, la selección de medidas aplicables para la prevención de la delincuencia juvenil, debe responder a razones de políticas de minoridad y no de política criminal adultocéntrica, debiendo inspirarse en principios de protección educativos que promuevan la responsabilidad de los jóvenes; las políticas de prevención deben configurar un cinturón genérico de defensa para los adolescentes, un cerco de protección que impida caer en la delincuencia²³².

Dentro del contexto de la prevención, especial mención merece el fenómeno de las pandillas o «maras»²³³, que en nuestro país ha tenido un amplio desarrollo legislativo con un fuerte componente represivo, ejemplo de ello lo constituyen la ley antimaras con vigencia transitoria de seis meses – diez de octubre de 2003 al diez de abril de 2004 –, en ese mismo orden, se impulsa el plan súper mano dura, con el cual se insiste en apostarle a una política anacrónica de corte punitiva-represiva, un plan mucho más violento y agresivo que la misma ley antimaras. Estas políticas constituyeron en nuestro país un verdadero fracaso en el control de la criminalidad.

Resulta oportuno indicar en este apartado, la importancia que reviste el fenómeno de las maras o pandillas como actores de la violencia social que padece nuestra sociedad, estos grupos delictivos se proliferan en zonas caracterizadas por el alto hacinamiento poblacional, donde existe una prestación deficiente de los servicios básicos y bajos niveles de ingreso en los hogares. En tal sentido, es a ese fenómeno de las maras o pandillas, al que se le debe prestar mayor atención, con políticas inclusivas, precisamente para

Humanos sobre los principios fundamentales de las Directrices de la Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas por la asamblea general en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

231 Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Traducción DIEGO – MANUEL LUZÓN PEÑA y otros. Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, P. 137.

232 Vid. GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia Juvenil y Derecho de Menores*, citado por RÍOS MARTÍN, J., en *El Menor Infractor ante la Ley Penal*. Editorial Comares, Granada, 1995, P. 295.

233 Para los efectos del presente trabajo los términos «maras o pandillas» se utilizarán indistintamente, para designar aquellas agrupaciones de personas que en su accionar afectan la pacífica convivencia social, el orden público, el decoro, las buenas costumbres o la seguridad ciudadana. Aunque su uso no es constante ni es preciso, la expresión «mara» suele acentuar el ingrediente criminal mientras «pandilla» tiende a ser más neutro.

prevenir la criminalidad.

Finalmente, en cuanto a las políticas públicas dirigidas hacia la delincuencia juvenil, particularmente la vinculada con grupos pandilleriles, consideramos que deben crearse estrategias claras de prevención de la violencia, con el objeto de evitar el ingreso de más niños a las pandillas, en ese contexto, se deben potenciar el diálogo directamente con la población infanto-juvenil sobre los riesgos que implica el ingreso a las mismas.

3.1.2.2 Intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervenciones en el contexto de las actuaciones judiciales

La desjudicialización del proceso penal juvenil constituye un mecanismo idóneo para dar solución al conflicto penal, sin necesidad de llegar hasta la sentencia definitiva, lo cual contribuye a descongestionar el sistema penal juvenil. Para ello, el Estado puede adoptar dos tipos de medidas en relación a jóvenes en conflicto con la ley penal, a saber:

- 1) Medidas que no supongan el recurso a procedimientos judiciales – desjudicialización –; y
- 2) Medidas en el contexto de un proceso judicial.
 1. A la base de la primera de estas dos opciones político-criminales descansa el fundamento legal de la presente investigación, por cuanto hemos dedicado un desarrollo más integral del primero, respecto del segundo. La adopción de las formas de desjudicialización o formas para no recurrir a procedimientos judiciales, con el pleno respeto de los Derechos Humanos y las garantías legales, constituye una razón de derecho penal mínimo que tiene su génesis en el art. 40.3 letra «b» CDN²³⁴.
 2. De igual manera, el Comité exhorta a los Estados signatarios de la CDN, que deben ser vigilantes en la aplicación efectiva de los derechos y garantías fundamentales del joven sometido a la jurisdicción penal juvenil. En ese orden, los adolescentes en conflicto con la ley penal, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato digno que promueva su reintegración, y el desempeño de una función constructiva en la sociedad conforme con los objetivos propios de la justicia penal juvenil.

Conforme con lo regulado en los arts. 40.1 y 40.3 letra «b» CDN, se torna

234 Reza la disposición «Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetaran plenamente los Derechos Humanos y las garantías legales».

indispensable desarrollar y aplicar, dentro del marco de una política general de justicia juvenil, aquellas medidas que garanticen que los niños serán tratados de manera apropiada para su bienestar. Dichas medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad y la posibilidad alternativa a la institucionalización. De acuerdo con el párrafo 3º de la disposición en estudio, los Estados partes deben promover medidas en relación a los jóvenes en conflicto con la ley, en el marco de un sistema penal juvenil, que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable.

De la lectura del art. 40.1 CDN²³⁵ se deducen los siguientes principios fundamentales respecto del trato debido a los niños en conflicto con la justicia:

1. La intervención tiene sentido en base a la dignidad y el valor del adolescente, no buscando su degradación e inoquización.
2. La intervención debe atender al fortalecimiento del respeto al niño por las reglas de convivencia social, fundadas en el acatamiento de los derechos y libertades de terceros, destacándose los fines educativos y de reinserción a la sociedad.
3. La intervención tiene delimitado fines específicos a saber: promover la reintegración del joven y que este asuma una función constructiva en la sociedad.

Consideramos necesario aclarar las locuciones, «remisión» y «medidas alternativas», en virtud que ambas instituciones jurídicas presentan confusiones al momento de su aplicación. En tal sentido, el Comité a través de la Observación General número diez, conceptualiza los términos: remisión²³⁶ y medidas alternativas²³⁷. Bajo ese argumento, dicho Comité considera que los Estados partes deben promover la adopción de dichas medidas en los casos de delitos leves o bien en delitos cometidos por primera vez, que, según las

235 La disposición establece «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad».

236 El Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 24 - Observación General No 10 -, durante el período de sesiones No 44º, celebrado en Ginebra del 15 de enero al 2 de febrero de 2007, P. 9, «Define a la Remisión como la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) esto es, la remisión de casos».

237 El Comité de los Derechos del Niño, en el párrafo 73 - Observación General No 10 -, durante el período de sesiones No 44º, celebrado en Ginebra del 15 de enero al 2 de febrero de 2007. P. 22, Conceptualiza a las medidas alternativas «Como mecanismos alternativos a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad y la internación en instituciones».

estadísticas, constituyen la mayor carga laboral en la jurisdicción penal juvenil.

Finalmente, la remisión concluimos que dice relación con la supresión al acto del debate o enjuiciamiento, como una forma moderna y apropiada de desjudicializar el proceso penal juvenil. Mientras que las medidas alternativas, constituye un verdadero mecanismo alternativo a la prisión.

La doctrina en sintonía con el sistema abolicionista²³⁸ del derecho penal²³⁹ y del pensamiento penal juvenil, vinculado a evitar las intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales sintetiza las siguientes premisas:

- a. El sistema penal no soluciona los problemas de la criminalidad, porque en lugar de procurar una reducción en la tasa de delincuencia, ésta por el contrario, se agudiza con la reincidencia.
- b. El sistema penal como generador de violencia, el sistema penal por naturaleza es violento, al mismo tiempo, constituye un amplificador del efecto estigmatizante en el justiciable, lo cual es nocivo para el adolescente.
- c. El sistema penal se apropia del conflicto entre el infractor y víctima, rehusando la oportunidad de alguna posible solución más pacífica y satisfactoria para ambas partes.

3.1.2.3 Edad mínima a efectos de determinar la responsabilidad penal juvenil

En la determinación de la edad penal para los niños en conflicto con la ley convergen dos condiciones destacables: a) La edad mínima respecto de la cual se le puede inculpar responsabilidad penal a los adolescente mayores de 12 años, según lo regula el art. 2 inc. 1º LPJ²⁴⁰; y b) La edad superior como límite o techo para la justicia penal juvenil, menores de 18 años, conforme lo establece el art. 2 inc. 1º LPJ. En esa dirección, si el justiciable al momento de cometer la infracción penal, había cumplido 18 años, no podría ser sujeto del régimen penal juvenil, sino que deberá ser juzgado conforme al procedimiento penal común,

238 Sobre el abolicionismo del sistema penal consúltese a MATHIESEN, HULSMANN, O CHRISTIE, quienes defienden la idea del abolicionismo del derecho penal, por considerar que el sistema penal está específicamente concebido para hacer mal, que es una respuesta violenta y pública que incita a la violencia, y que además es una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección. Vid. STEINERT, H., *Más allá del delito y de la pena*, en: AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, P. 49 y sig.

239 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Op. Cit., 106-108.

240 Esta disposición determina los destinatarios de la ley penal juvenil, el inc. 1º reza: «Esta ley se aplicara a las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho».

es decir, se le procesará como adulto.

a. *La edad mínima respecto de la cual se le puede atribuir responsabilidad penal al joven que reta a la norma penal.*

De acuerdo al párrafo 31 de la Observación General número diez el Comité les recuerda a los Estados partes que el apartado 3° del art. 40 de la CDN dispone, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual se presume que el niño no tiene capacidad para infringir las leyes penales. Sin embargo, esta disposición es cuestionable debido a que la CDN no definió una edad mínima concreta, dejando a discreción de cada Estado la potestad de determinación de una edad mínima respecto de la cual, al niño no se le pueda exigir responsabilidad penal.

Sobre este tópico, el Comité en el párrafo 31 de la Observación General número diez advierte, que la edad mínima a los efectos de la responsabilidad penal, significa que «los niños que cometan un delito cuando todavía no han cumplido esa edad mínima, no podrán considerarse responsables en un procedimiento penal».

En ese sentido, cada Estado es libre de fijar la edad mínima, a partir de la cual no se puede exigir responsabilidad penal a los niños. Sin embargo, establecida una edad mínima, el Estado renuncia a ejercer cualquier tipo de acción coactiva sobre una persona, aún cuando ese niño haya cometido un delito, el Estado no tiene facultad para aplicar el *ius puniendi*, lo que implica excluir de la intervención penal a aquellos niños que no han alcanzado este límite al momento de su comportamiento antijurídico.

En igual contexto se pronuncian Las Reglas de Beijing conforme al principio 4.1²⁴¹; al sugerir no fijar el límite inferior a una edad demasiado temprana. En esa dirección, el Comité recomienda a los Estados, no fijar una edad mínima de responsabilidad penal por debajo de los 12 años de edad, de la misma forma, alienta a continuar elevándola.

Consecuentemente, el Comité insta a los Estados a que se adopten niveles de intervención penal por encima de los doce años, un ejemplo palmario de ello lo constituyen las legislaciones de Uruguay, país que ha determinado la edad mínima a los 13 años, Italia delimitó la edad penal a los 14 años, Argentina por su parte elevó esta edad a los 16 años, esto contribuye a que el sistema de justicia penal trate a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales – art. 40.3 letra

241 Reza la disposición «En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual».

«b» CDN –.

En relación a la edad mínima respecto de la cual se le puede exigir responsabilidad penal a un adolescente, algunos países sometidos al *common law*²⁴²; han fijado la responsabilidad penal a una edad más temprana, entre ellos Inglaterra, Países de Gales, han determinado la edad penal mínima a los 10 años de edad, esto instituye la excepción –. En ese sistema cíclico, nuestro legislador reguló la edad penal mínima a los 12 años, según lo dispone el art. 2 inc. final LPJ²⁴³; dicha norma instaaura un techo de edad mínima, por debajo de la cual no se puede exigir al niño o niña que responda penalmente, esto constituye una presunción *juris et de jure* ²⁴⁴.

De la lectura del art. 2 incisos 2º y 3º LPJ, se colige una distinción entre dos grupos etarios de edades, que va desde los 12 a los 16 y de los 16 a los 18 años no cumplidos. Este tratamiento diferenciado entre estas dos franjas de edades está justificado atendiendo al grado de desarrollo y comprensión que se tiene, respecto de la primera franja, en relación a la segunda franja. En ambos casos los adolescentes tienen responsabilidad penal, sin embargo, no se puede justificar un tratamiento igual a los desiguales, en términos sancionatorios, en tal sentido, es imperiosa la necesidad de conservar la diferencia de edad que actualmente existe, es decir, los rangos etarios de 12 a 16 y mayores de 16 a menores de 18 años, todo ello para dotar de legitimidad el principio de igualdad constitucional establecido en los arts. 3 y 35 inc. 2º de la Cn.

b. La edad superior como límite para la justicia penal juvenil.

Respecto de esta condición, el Comité sostiene que la edad superior debe ser fijada a los 18 años, a fin de darle aplicación directa al art. 1 CDN, que define la categoría jurídica de niño, es decir, que las personas que han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal, pero que al momento de entrar en conflicto con la ley penal, no han cumplido los 18 años, deberán ser sometidos a la jurisdicción penal juvenil – arts. 35 inc. 2º Cn. y 40 CDN –, disposiciones

242 Locución inglesa que significa literalmente ley o derecho común; y así se denomina el derecho consuetudinario inglés. CASTILLO Y ALONSO lo define como el «Conjunto de prácticas, costumbres y observancias a que da vida la conciencia jurídica del pueblo inglés, y que, constituyendo la fuente más interesante y copiosa de su Derecho, se exterioriza mediante declaraciones del Parlamento y, más singularmente, de los tribunales de justicia». Diccionario Jurídico Elemental, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, 1993, I.S.B.N. P. 64.

243 El art. literalmente establece «los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común están exentos de responsabilidad penal....».

244 La locución latina *juris et de jure*, refiere a: que no se admite prueba en contrario, es decir, constituye una presunción de derecho.

que obligan a un régimen jurídico especial para jóvenes infractores.

Referente al techo máximo de edad penal juvenil, nuestro legislador, optó por establecer un límite no superior a los 18 años de edad de conformidad al art. 2 inc. 2º²⁴⁵; disposición que ha sido objeto de críticas por la misma judicatura, por contener un texto confuso, debido a que las franjas de edades a las que refiere a saber: «menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años de edad...» son muy imprecisas; lo que ha provocado el pronunciamiento de la misma Corte Suprema de Justicia al resolver conflictos de competencia negativa, originados por la falta de precisión entre los rangos de edades que contiene dicha disposición.

Este error de técnica o sistemática legislativa, consideramos que se pudo haberse salvado, estableciendo el legislador edades delimitadas, no intermedias, es decir, pudo haber determinado con precisión estos grupos etarios o franjas de edades, con la inclusión del texto – mayores de 16 años y menores de 18 años de edad –, como bien lo hacen legislaciones penales juveniles como la española y la costarricense, entre otras. Al hilo de lo antes expuesto, se torna imperiosa la necesidad de delimitar la palabra «entre» que denota un estado intermedio; lo cual significa, que la referido disposición, cobija tanto a los jóvenes que han cumplido 16 años como los que han cumplido 18 años de edad, al momento de cometer la infracción penal.

En esa dirección, y atendiendo al principio favor *rei* o de aplicación analógica «*in bonam partem*»²⁴⁶; no podría sostenerse legítimamente una interpretación inversa o restrictiva de los principios rectores que deben ser siempre aplicados, como lo advierte el art. 4 de la LPJ; sostener esa posición tornaría nugatoria la mencionada disposición. Sobre este yerro legislativo ya se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia²⁴⁷, al dirimir la competencia inhibitoria o negativa por la que el Juzgado 4º de Menores de San Salvador y el Tribunal 3º de Sentencia del mismo Distrito Judicial, se excluían de conocer el proceso instruido en contra del joven Santiago N., por los delitos de Robo Agravado y Lesiones Graves, en perjuicio de Vicente N. y Miguel N.

245 El mencionado art. literalmente establece «Los menores cuyas edades se encontraren comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años de edad, a quienes se les atribuyere o comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se le aplicaran las medidas establecidas en la presente ley».

246 La aplicación de este método de interpretación por la vía de la analogía *in bonam partem*, está legitimado por el art. 29 N° 5 CP; de manera concomitante, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable arts.14 y 15 CP.

247 Vid. Sentencia No CFP-24-2002, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, a las once horas y treinta minutos del día veinticuatro de abril de dos mil tres. Sobre el conflicto de competencia negativa suscitado entre el Tribunal 3º de Sentencia y el Juzgado 4º de Menores de San Salvador.

En esa línea de criterios, la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a los principios invocados en el párrafo que antecede y aunado a lo que disponen los arts. 26 y 7 LPJ, el primero, que refiere al medio legal para determinar la edad de una persona y el segundo, que regula la presunción de minoridad, en el caso que no fuere posible establecer la edad de una persona, esta deberá ser considerada como tal y quedará amparada bajo el sistema penal juvenil, por lo que el Tribunal 3° de Sentencia consideró según reconocimiento médico legal de edad media practicado al joven indiciado, que este al momento de cometer los delitos que se le atribuían, se encontraba dentro del rango de edades a que se refiere el art. 2 inc. 2° LPJ es decir, entre 16 y 18 años.

En consecuencia, y atendiendo a las razones esgrimidas en el párrafo que antecede, no cabe duda, que le correspondería conocer del presente caso, al Juzgado 4° de Menores de esta ciudad, así lo reconoció y lo ordenó la Suprema Corte.

3.1.2.4 Garantía de un Juicio Imparcial

Es importante advertir que la imparcialidad, como eje central de una política integral de justicia juvenil, no sólo discurre como garantía, sino también como principio, así lo ha regulado el legisferente en el Código Procesal Penal, Libro Primero, Título I, Capítulo Único²⁴⁸. En ese orden, entendemos por principio, aquel axioma que origina una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las diferentes instituciones del derecho y que sirven para informar y orientar el contenido de las normas jurídicas de un Estado.

Mientras que por garantía concebimos, aquella institución mediante la cual se pretende la seguridad y protección de los derechos reconocidos al justiciable. En ese sentido, y para los efectos de esta investigación las locuciones «principios y garantías» se utilizaran de manera indistinta.

La imparcialidad bien como principio o como garantía constituye una característica de la administración de justicia, un derecho aplicable a todo justiciable, en particular, esta garantía tienen por objeto asegurar que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales reciba un trato imparcial conforme al debido proceso. El reflejo normativo de esta garantía está regulada en los siguientes cuerpos legales a saber: arts. 15, 16, 17, 172 inc. 3° y 186 inc. 5° de la Cn.; arts. 37 letra «d» y 40 numerales 2 y 3 de la CDN; Regla 14. Inc.

248 Vid CÓDIGO PROCESAL PENAL, *Libro Primero, Título I, Capítulo Único*, Principios Básicos y Garantías Constitucionales.

1° de las Reglas de Beijing; art. 8 de la CADH; art. 5 letra «c» LPJ; en relación con los arts. 2 y 4 Pr. Pn.

Para impedir que el procedimiento penda del arbitrio de los jueces, el legislador sabiamente, ha regulado determinadas causales de impedimentos y recusaciones, mismas que le recuerdan al juzgador que su compromiso es únicamente con la justicia y con la verdad, dichas causales están normadas en el Título III, Capítulo I, Sección Sexta, del Código Procesal Penal; aunado a lo anterior, dispone el Constituyente en el art. 16 que «un mismo Juez no puede administrar justicia en diversas instancias en una misma causa».

En general, el art. 2 Pr. Pn., regula de manera expresa el principio de legalidad del proceso y la garantía de Juez natural y en particular, el art. 4 Pr. Pn. titula «Imparcialidad e independencia judicial» Por último, la LPJ, reconoce la vigencia de dicha garantía en los arts. 42 al 44, al habilitar la existencia de una jurisdicción especializada a cargo de los Juzgados y Cámaras de menores.

Dicho en otras palabras, la garantía de imparcialidad²⁴⁹; del Juez busca asegurar que éste, se encuentre libre de todo prejuicio o predisposición, que pueda llegar a incidir en su decisión, por diversas causas, verbigracia sean *objetivas* o *subjetivas*. Las primeras, son aquellas que implican criterios de discriminación, como la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la religión y las opiniones políticas o religiosas²⁵⁰; y las segundas, comprenden los prejuicios personales que pueda tener el Juez respecto del caso sometido a su consideración.

En ese orden, CAFFERATA NORES, define a la imparcialidad como «aquella condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos – es el tercero en discordia – »²⁵¹. La garantía de un juicio imparcial, se corresponde de manera directa con la figura del Juez natural. En tal sentido, la doctrina ha conceptualizado la locución

249 Para un estudio más profundo sobre la garantía de imparcialidad consúltese a LOZADA, A., *Imparcialidad y jueces federales*, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 5, P. 67 y ss. Citado por MAIER, J., ROXIN, C., y otros *Ministerio Público en el Proceso Penal*, Primera Edición, Buenos Aires, 1993, P. 182.

250 Vid. CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107; Europea Court. H. R. *Case of Pabla KY v. Finland*, Judgment of 26 June, 2004, y CIDH. Informe n.º 1/05. Caso 12.430. *Caso Roberto Moreno Ramos*. Fondo. 28 de enero de 2005.

251 Vid. CAFFERATA NORES, J., *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto S.R.L. 2000, P. 33.

«Juez natural» como: aquel cuya creación, jurisdicción y competencia han sido establecidos por una ley anterior al hecho o situación que origina el proceso²⁵².

El juicio de imparcialidad está vinculado directamente con la independencia del juzgador, lo que significa, no que el Juez pueda actuar de manera caprichosa y arbitraria, sino que debe decidir libre de intromisiones, sean estas económicas, partidistas, religiosas o en general de cualquier índole. En todo caso, el Juez está sometido al imperio de la Constitución y de la ley. En tal sentido, este principio implica también, la protección de la judicatura respecto de incidencias o intromisiones de otros órganos, para lo cual se coloca en cabeza del Estado la salvaguarda de este principio, que se logra dotando a la judicatura de garantías, estímulos y de una política seria de promoción y evaluación desde la perspectiva de la seguridad laboral²⁵³.

La concreción del juicio de imparcialidad en el sistema acusatorio, se ve reflejado en que en su actitud de director del debate sólo es un observador pasivo sin facultades oficiosas o discrecionales; es pues, un Juez de control de garantías, director del proceso, en consecuencias, no decreta pruebas porque debe respetar el querer de las partes, no interroga testigos ni peritos porque debe dejarlo a las partes; debe producir un fallo que se corresponda con los resultados arrojados por las pruebas y no favorezca arbitraria ni caprichosamente a ninguno de los participantes en el debate.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha calificado como principio el juicio de imparcialidad al manifestar que «El principio de imparcialidad se encuentra necesariamente referido al ejercicio de la potestad jurisdiccional; en otras palabras, a la actitud que deben tener los jueces en el desarrollo del proceso respecto de los intervinientes en el litigio»²⁵⁴. En tal sentido, si el joven, es considerado como sujeto responsable de su conducta activa u omisiva constitutiva de delito o falta, debe por ese mismo hecho, garantizársele una justicia especializada, en donde confluyan todos los requisitos esenciales a la jurisdicción: Juez natural²⁵⁵, independiente e imparcial.

252 Vid. BIDART CAMPOS, G., *La Garantía de los Jueces Naturales*, Buenos Aires, 1995, P. 657. El autor expresa que: «la garantía de los Jueces naturales significa la existencia de órganos judiciales preestablecidos de forma permanente por la ley».

253 Así lo indican los *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptados por el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/46 de 13 de diciembre de 1985.

254 Así, lo reconoció la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia pronunciada a las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez; en la demanda de Inconstitucionalidad, registrada bajo el No 10-2003.

255 La figura del Juez natural instituye un principio de amplia tradición jurídica, que tiene su origen en la

Sobre dichas normas, el Supremo Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en la sentencia registrada bajo el número 47/1982, de fecha 12 de julio del mencionado año, en la que se reconoce que «no solo las normas establecen los límites de la jurisdicción y de la competencia de los órganos jurisdiccionales, sino también, las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez, en relación con un caso concreto, entre las cuales es eximio la de imparcialidad, que se mide no solo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también, por las de desinterés y neutralidad».

Así, resulta claro que la garantía a ser juzgado por un Juez imparcial, ha tenido un desarrollo notable en el seno de los tribunales y órganos internacionales de Derechos Humanos durante los últimos años, así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando que la «[...] imparcialidad supone que el Juez no debe tener opiniones preconcebidas sobre el caso que analice y, en particular, no debe presumir la culpabilidad del acusado»²⁵⁶.

3.1.2.5 Medidas

El legisferente penal juvenil reguló en el art. 8 un catálogo de medidas, de entre las cuales el Juez puede imponer en el trámite del proceso, a un adolescente que ha cometido un hecho constitutivo de delito o falta, de conformidad con los arts. 75²⁵⁷ y 76 LPJ²⁵⁸, claro está, siempre que fuere procedente. Dichas medidas se clasifican en provisionales o definitivas. La provisionalidad de las medidas obedece a su carácter transitorio y limitado en el tiempo, ya que las mismas cesaran en un plazo no mayor a noventa días, concluido ese plazo cesarán de pleno derecho, salvo que se hubiere ampliado el plazo original de la investigación, en cuyo caso la duración de la medida se prorrogará en la misma proporción al plazo de la ampliación autorizada por el

Regla 4.3 de las Reglas de Mallorca; igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1. Este principio, ofrece seguridad en el sentido de que previamente se conoce cuál será la autoridad encargada de conocer de los hechos que se investigan y juzgan, finalmente, constituye una barrera infranqueable contra la arbitrariedad y la incertidumbre.

256 Vid. CIDH. Informe N° 67/06, *Caso de Elías Biscet y Otros*. Fondo. 21 de octubre de 2006; y CIDH. Informe N° 41/04. Caso 12.417. *Caso de Whitley Myrie*. Fondo. 12 de octubre de 2004.

257 El art. 75 a su letra dispone «Cuando el menor hubiere sido detenido en flagrancia y fuere puesto a disposición del Juez, éste resolverá inmediatamente sobre su libertad; y ordenará la aplicación de una medida en forma provisional si fuere procedente, sin perjuicio de que la Fiscalía General de la República continúe la investigación».

258 El art. 76 textualmente establece «El Juez con base en las diligencias de investigación y previa declaración del menor, resolverá si procede aplicarle una medida en forma provisional. Esta medida quedará sin efecto al decretarla en forma definitiva; al cesar el procedimiento y en los demás casos previstos en esta Ley».

Juez, así lo regula el art. 17 inc. final LPJ²⁵⁹.

En relación con el plazo máximo de ampliación que el Juez puede autorizar al ministerio fiscal – para agotar la investigación –, este plazo no podrá exceder de treinta días, en consecuencia, la vigencia de la medida provisional, en ningún caso podrá exceder de ciento veinte días.

Por otra parte, las medidas decretadas en forma definitivas, son estacionarias en el tiempo y su límite máximo de duración dependerá de las siguientes condiciones, a) si el proceso se instruye en contra de un adolescente cuya edad se encontrare comprendida entre los *12 años cumplidos y menor de 16 años*, a quien se le declare establecida su conducta antisocial, *la medida a imponer no podrá exceder de cinco años*; b) por el contrario, si el proceso ha sido incoado en contra de un adolescente cuya edad oscilare entre los *16 años cumplidos y menor de 18 años de edad*, a quien se le declare responsable de la infracción penal que se le atribuye, la vigencia de *la medida no podrá exceder del techo máximo de 15 años*.

En el contexto de las sanciones penales juveniles o medidas, como las califica el legislador, en el Título Primero, Capítulo I, art. 8 LPJ²⁶⁰, se torna interesante determinar, si las consecuencias que derivan de la inobservancia a la ley penal constituyen medidas socioeducativas o verdaderas sanciones punitivas. En este sentido, los instrumentos internacionales de justicia juvenil en complicidad con la legislación penal salvadoreña, utilizan un lenguaje reticente en la denominación de sanciones, que sutilmente pretenden ocultar el llamar las cosas por su nombre.

En general, le denominan institucionalización o internamiento a lo que en verdad es la ergástula, califican de localización a la captura o detención, y particularmente, la LPJ salvadoreña le llama medidas a la sanción, con el fin – entendemos – de evitar el efecto aflictivo y estigmatizante que todo castigo encierra.

En tal sentido, disentimos de la posición del legislador de llamarle medidas a lo que realmente es una sanción, teniendo en cuenta que las mismas pretenden castigar al adolescente restringiendo con ello alguno de sus derechos;

259 El inc. final del art. 17 dispone «La duración de las medidas decretadas en forma provisional, no podrá exceder de noventa días; concluido este término cesarán de pleno derecho, si no se hubiere ordenado la medida en forma definitiva, salvo que legalmente se hubiere ampliado el plazo original de la investigación, en cuyo caso, la duración de la medida provisional se prorrogará en la misma proporción».

260 La disposición literalmente regula «El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento».

sobre todo sabiendo que el fundamento de la sanción, es la prevención especial positiva, esto es, la resocialización y la reeducación. Por tal razón, nos asalta la pregunta ¿Porqué llamarle medidas de carácter socioeducativo, si en todo caso estamos frente a una legislación penal juvenil cuya especialidad no convierte en nugatoria su naturaleza penal?

No olvidemos que aun cuando el legislador utilice términos reticentes para enervar las consecuencias que soporta el castigo, ello no significa *per se*, que la «medida» esté exenta de ser considerada como una verdadera sanción negativa, misma que tienen su génesis en la restricción de alguno de los derechos del justiciable, en consecuencia, la denominación «medidas socioeducativas» no es más que un lenguaje cargado de eufemismos que no es conforme con la verdadera finalidad de las sanciones, a saber, la formación educativa en responsabilidad del joven en conflicto con la ley.

Finalmente, consideramos que en esta última razón, encuentra su naturaleza y justificación la frase «medidas» antes que sanción. Sobre esta discusión doctrinal, en la denominación de «medidas» y no sanciones, un importante aporte lo ofrece CAMPOS VENTURA, RIVAS GALINDO y otros²⁶¹.

En este sentido, la adopción de una medida decretada en contra de un niño sometido a la LPJ cualquiera que ésta sea, debe respetar los siguientes principios:

- 1) Legalidad, la medida debe adoptarse conforme a la ley.
- 2) Idoneidad, la medida ha de adecuarse a los fines perseguidos.
- 3) Intervención mínima, obedece esta característica a que la medida debe durar el menor tiempo posible, para conseguir su objetivo procesal.
- 4) Proporcionalidad, en esta convergen la suma de los tres criterios antes referidos, se pretende con ello que la medida guarde una relación razonable entre la función procesal que se espera, procurando en lo posible, mínima incidencia sobre los Derechos Humanos del infractor.
- 5) Interés superior del niño, que impone la necesidad de decretar el internamiento cuando sea absolutamente imprescindible art. 3 LPJ ²⁶².

Lo antes mencionado, no debe significar un desprecio al otro sujeto

261 Vid. CAMPOS VENTURA O., RIVAS GALINDO, D., Y OTROS., *Justicia Penal de Menores*, San Salvador, bajo el auspicio del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia ARS/UTE 1998, P. 397 y 398.

262 Siempre que el Juez aplique una medida provisional o definitiva al adolescente en conflicto con la ley, no podrá prescindir de los principios rectores del proceso penal juvenil, en particular deberá atender al interés superior del niño, principio que está contenido en el art. 3 LPJ el cual dispone «La protección integral del menor, *su interés superior*, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad, son los principios rectores de la presente Ley».

procesal, fundamental en todo conflicto penal; – la víctima – de quien, al igual que al victimario, le asiste el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3.1.2.6 Privación de libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia

El internamiento constituye la medida excepcional que solo debe ser utilizada cuando no sea jurídicamente posible aplicar ninguna otra de las medidas – socioeducativas – que regula el art. 8 LPJ²⁶³. En tal sentido, el internamiento como último recurso, se reconoce también como un principio que debe procurar el derecho penal común. En consecuencia, la privación de libertad o medida de internamiento como la regula nuestro legislador, sólo estará justificada, cuando no sea posible recurrir a otra opción y siempre que aquella resulte imprescindible.

En ese contexto, cuando sea imprescindible el juzgamiento de un adolescente, el internamiento, se utilizará como medida de último recurso²⁶⁴ y por el menor tiempo posible, es decir que en el marco del proceso penal juvenil, la privación de libertad, constituye la auténtica medida alternativa así lo dispone el art. 37 letra «b» CDN²⁶⁵. La medida de internamiento también está regulada

263 El art. textualmente establece «El menor que cometiere un hecho tipificado como delito o falta de acuerdo a la legislación penal, sólo podrá ser sometido a las siguientes medidas: a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; f) Internamiento».

264 Debe reservarse la privación de libertad para casos extremos ante la indudable ineficacia general en materia de resocialización de adultos que, en el caso de jóvenes la torna claramente desaconsejable si se piensa en términos de inserción e integración y solo utilizable cuando el aseguramiento personal y social sea la exclusiva finalidad perseguida en virtud de las particularidades del joven y de los hechos que motivan la intervención penal. Así lo expresa CORTARZAR M., *Niños y Jóvenes en infracción a la ley penal. Bases del Nuevo Sistema*, en Derecho Penal revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, 2008, art. consultado el 3 de octubre de 2012.

265 Este art. dispone «Los Estados partes velaran porque (...) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad».

en el art. 15 LPJ²⁶⁶ y en el principio 17.1 letra «c», reglas de Beijing²⁶⁷.

Asimismo, la aplicación de cualquier medida sea esta de internamiento u otra medida cautelar están condicionadas al cumplimiento de los siguientes presupuestos materiales y formales:

- a) El *fumus boni iuris*; regulado en el art. 54 letras «a y b» LPJ, locución latina conocida en la doctrina como la apariencia de buen derecho; que implica obligar al Juez – de menores – a efectuar un análisis de los diversos indicios incriminatorios contra el niño que se tienen al momento de aplicar la medida, siempre que aquellos tengan una base de la cual se pueda inferir racionalmente que el acusado es, con probabilidad el responsable de la infracción que se le imputa.

En ese mismo orden, ASCENCIO MELLADO, define la dicción *fumus boni iuris* como un «Juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia sobre la futura imposición al mismo de una pena»²⁶⁸. Por tanto, este requisito no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues resulta obvio que tal situación solo se puede alcanzar con la sentencia misma y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del debido proceso.

- b) El *periculum in mora*, regulado en el art. 54 letra «c» LPJ, conocido por

266 El art. 15 LPJ literalmente establece « El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida, cuando concurren las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial y su duración será por el menor tiempo posible. El Juez dentro de la ejecución de esta medida, podrá permitir o autorizar la realización de actividades fuera del centro, siempre que los especialistas lo recomienden; y podrá ordenar el internamiento de fin de semana. El internamiento, podrá ser sustituido por la libertad asistida, con la imposición de reglas de conducta o servicios a la comunidad. Si se incumpliere, el Juez podrá revocarla y ordenar de nuevo el internamiento. Cuando la infracción fuere cometida por un menor, que hubiere cumplido dieciséis años al momento de su comisión, el Juez podrá ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito. El término máximo de la medida será de siete años, salvo los casos en que incurren en responsabilidad penal por los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, proposición y conspiración en el delito de homicidio agravado, extorsión, proposición y conspiración en el delito de extorsión, secuestro, proposición y conspiración en el delito de secuestro, atentados contra la libertad individual agravados en el delito de secuestro, violación en menor o incapaz, agresión sexual en menor e incapaz, violación y agresión sexual agravada, robo agravado, así como, proposición y conspiración en el delito de robo agravado; en los cuales el término máximo de la medida podrá ser de hasta quince años. No obstante lo establecido anteriormente, en ningún caso por dichos delitos, el internamiento podrá ordenarse por un término igual o mayor al mínimo de pena de privación de libertad que en la legislación penal corresponda para cada delito».

267 El principio 17.1 letra «c», Reglas de Beijing, dispone «Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada».

268 Vid. ASCENCIO MELLADO, J., *La Prisión Provisional*, Editorial CIVITAS, S.A., Primera Edición España, 1987, P. 108.

la doctrina como peligro de fuga, que consiste en la sospecha razonable que el indiciado con probabilidad pueda fugarse, ocultarse o hacer desaparecer elementos de prueba, obstaculizando con ello, la acción de la justicia. El *periculum in mora* debe fundarse en criterios objetivos referidos al tipo penal que se investiga y a las circunstancias que lo rodean y en criterios subjetivos, vinculados al encausado.

- c) Que la adopción de las medidas deberán ser siempre justificadas mediante resolución judicial debidamente motivada y durante el tiempo absolutamente imprescindible, para legitimar la necesidad de su aplicación. La motivación de la resolución judicial obedece, según CASADO PÉREZ²⁶⁹, a que existen medidas provisionales, sobre todo la de internamiento, que afectan derechos fundamentales del acusado.

Por otra parte, la doctrina en el devenir de la historia, ha mostrado sus reticencias respecto a la privación de libertad del justiciable que, aún no ha sido condenado por la comisión de un hecho delictivo y ha tratado de dar diferentes justificaciones a la detención y prisión preventiva²⁷⁰. En igual sentido se pronuncia FERNÁNDEZ ENTRALGO²⁷¹.

3.2 La desjudicialización del proceso penal juvenil como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y la adolescencia.

Uno de los objetivos capitales para impulsar la aplicación de la desjudicialización como elemento imprescindible de toda política criminal juvenil, parte de fijar las acciones necesarias que habiliten al adolescente su permanente desarrollo personal e impidan el abandono de su familia, lo cual a su vez contribuye significativamente al proceso educacional del justiciable aislando con ello, la estigmatización que personifica el proceso penal frente a una eventual sanción.

En esa misma línea, la diversión, diversificación o desjudicialización como formas que habilitan el descongestionamiento del sistema penal juvenil,

269 Vid. CASADO PÉREZ, J., *Proceso Penal de Menores*, Op. Cit., 161 y 162.

270 Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, en *Detención y Prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

271 Vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Detención y prisión provisional*, en *Jornadas sobre privación de libertad y derechos humanos*, hacer, Barcelona, 1986, P. 79, Para quien la privación de libertad constituye «...una función retribucionista de la medida cautelar y también de prevención general ...», por lo tanto, esos fines, aplicados a la jurisdicción penal juvenil resultan aún más sensibles de críticas, en cuanto a que cumplen funciones de anticipación de la pena, para calmar a la sociedad que se siente agredida.

constituye una norma internacional del «*ius cogens*»²⁷²; con carácter vinculante para los Estados signatarios de la Organización de las Naciones Unidas – art. 40. 3. b. de la CDN – que tiene como fin ulterior la reducción de la intervención punitiva del Estado en los litigios de naturaleza penal, en particular, en los adolescentes en conflicto con la ley penal.

En concordancia con lo anterior, conviene ahora mencionar los argumentos filosóficos en pro de la desjudicialización incardinada en la prevención general y especial de la delincuencia juvenil que son²⁷³:

- a) La mejor estimulación para la resocialización del menor en conflicto con la ley penal se construye en la comunidad, y no por medios formales de control como la jurisdicción penal juvenil.
- b) La justicia penal representa un alto costo, es selectiva, estigmatizante e inconveniente para los adolescentes en su proceso de formación.
- c) La desjudicialización produce una sensación distorsionada en el colectivo, sobre todo, porque se especula que por medio de ella, se eliminará la criminalidad, lo cual es un verdadero sofisma. No olvidemos que la desjudicialización, no instituye una herramienta para impedir conductas delictivas, sino más bien, busca prescindir en general, de la sanción formal y en particular, de la imposición de una sanción privativa de libertad.

Con la desjudicialización se contribuye a la búsqueda de medios alternativos²⁷⁴ e idóneos, diferentes a los sistemas tradicionales de intervención jurídico-penal con miras a desformalizar los conflictos de naturaleza penal, atribuibles a jóvenes en conflictos con la ley. En ese contexto, este instituto jurídico obliga a que en determinados casos, el control formal sea referido a otros órganos de control informal.

En este sentido, para el sistema abolicionista la no intervención judicial es la mejor respuesta para adolescentes sometidos a la LPJ, de cara a la

272 El *ius cogens* se define como, aquellas normas imperativas de derecho internacional aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto y que gobiernan el orden público internacional. Vid. MONROY CABRA, M., *Derecho de Los Tratados*, 2ª edición, Editorial Leyer, Bogotá, 1995, P. 24.

273 Vid. TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., DÜNKEL, F., *Derecho Penal Juvenil* 1ª edición San José, 2002, P. 324 y 325.

274 Referente a lo alternativo de los medios que habilitan la desjudicialización consúltese a BINDER, A., *Introducción al derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, 1ª edición, 2004, P. 45. Sostiene el autor que «Lo alternativo de estos modos de resolución de conflictos no debe entenderse reservado a lo formal ya que si bien es cierto, conciliación, mediación y pacificación constituyen el eje principal de la actividad judicial, esto no es óbice para ampliar su radio de acción a lo informal, consecuentemente, su aplicación no puede quedar circunscripto a lo estricta judicial».

abolición²⁷⁵ del sistema penal. La propuesta abolicionista se origina principalmente en el norte de Europa, especialmente en los países escandinavos como en Holanda. Así, autores como HULSMAN y ZAFFARONI abogan por el abolicionismo del sistema penal; sin embargo, este último autor recomienda no tratar de alcanzar de inmediato la utopía abolicionista, porque ello conllevaría el riesgo de venganzas privadas y acarrearía el riesgo de que se recurra a medios aún más violentos que la misma pena para «disciplinar» a la sociedad.

Por lo tanto, el mencionado autor recomienda adoptar la táctica de la intervención penal mínima, tratando de reducir la violencia del régimen penal. Sin embargo, la abolición del sistema penal no está exenta de críticas, sobre todo, por la ausencia o falta de previsión en cuanto a que si se llega a derogar el sistema penal, de manera concomitante se tornarían nugatorias las garantías substanciales a la persona humana. Por lo tanto, consideramos legítimo apostarle al sistema reduccionista, en el sentido de buscar alternativas a la pena privativa de libertad y mejor aún, potenciar la adopción de la vía desjudicializadora.

La propuesta reduccionista del sistema penal no es ajena a la desjudicialización, que se caracteriza por la búsqueda de alternativas reales a su configuración actual, con un espíritu humanista. En este sentido, una política criminal reduccionista al máximo de la utilización de la cárcel nos conduce a una propuesta desjudicializadora, que devendría en una ampliación de las medidas alternativas y sustitutivas, para que se contengan los índices de encarcelamiento con medidas no institucionales²⁷⁶; por lo tanto, se debe procurar reducir o minimizar la intervención de los medios de control formal que bien o mal, constituye una opción de política criminal.

Aunado a lo anterior, la aplicación irrestricta del principio de legalidad u obligatoriedad en la persecución penal juvenil, fomenta una sobrecarga del sistema de justicia en el ejercicio de la acción penal con delitos menores que se tornan inocuos al interés público, pero que las agencias de persecución penal se

275 Sobre el sistema abolicionista consúltese a DEMETRIO CRESPO, E., *El pensamiento abolicionista*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1995, P. 35 y sig. 41 y sig. y *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, en El Derecho Penal entre abolicionismo y tolerancia cero. Homenaje a LOUK HULSMAN. Cahiers de Défense Sociale, 2003, P. 107-129.

276 Para una mejor comprensión sobre una política criminal reduccionista consúltese a JIMÉNEZ, M., *Sistema penal y medidas alternativas*, en Capítulo Criminológico, No. 20, Universidad del Zulia, Venezuela, 1992, P. 132-133. Increpa la autora sin embargo, «Que para que estas medidas cumplan un rol verdaderamente sustitutivo a la cárcel, estas deben darse en un contexto garantista y de profundo respeto a los derechos humanos, en el cual se reorienten las bases sobre las cuales se realiza la selección, el control y el tratamiento en esta área, en la perspectiva que el receptor de las medidas sea considerado como un sujeto pleno de derechos».

ven obligadas a perseguir por una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal que provocan costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan, lesionando con ello, los principios de mínima intervención y de fragmentariedad propios del derecho penal.

En ese orden de ideas, el minimalismo penal encuentra su fundamento epistemológico en el principio de intervención mínima que como sostiene FERRAJOLI, apalea al correlato con el «máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo»²⁷⁷.

En sintonía con lo anterior, el minimalismo penal propone los siguientes principios rectores: a) proporcionalidad abstracta, que aboga porque el derecho penal solo debe intervenir para casos muy graves o de extrema gravedad; b) subsidiariedad, el cual procura que el sistema penal se utilice como *última ratio*; c) descriminalización, que respalda la idea de la eliminación de tipos penales, en particular conductas irrelevantes no merecedoras de reproche penal; d) desjudicialización, la cual se perfila como un mecanismo de diversificación²⁷⁸ orientado a evitar las formas normales de concluir el proceso y; e) lesividad, el cual parte de la idea de no legitimar el ejercicio de la acción penal si no hay una conducta exteriorizada que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, cuando dicha lesión no esté justificada por la necesidad de preservar otro bien jurídico prevaleciente.

En otras palabras, no se puede justificar el ejercicio de la acción penal sino se ha lesionado o conculcado un bien jurídico²⁷⁹. Dichos principios constituyen los valores desde los cuales ha de formularse una opción de política criminal que tenga como fin ulterior el respeto a los derechos fundamentales del justiciable.

En congruencia con esa línea están orientadas las Reglas de Beijing, particularmente la regla 1.3²⁸⁰, de cuyo texto se colige que su espíritu nuclear

277 Vid FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, en Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995, P. 104.

278 Este principio de desjudicialización o diversificación 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.

279 La lesividad del bien jurídico, constituye una consecuencia directa del principio de legalidad en todas sus garantías a saber: garantía criminal, por medio de la cual el delito debe estar determinado de forma clara, precisa e inequívoca en la ley penal; garantía penal, en virtud de la cual la ley debe establecer las penas; garantía judicial, en virtud de la cual la existencia del delito y la imposición de la pena deben ser determinadas en una sentencia debidamente motivada y dictada por el Juez competente; y una garantía de ejecución, en virtud de la cual la ley debe establecer las reglas adecuadas para el cumplimiento de las penas.

280 La mencionada disposición literalmente establece «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 niño que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas

tiene a su base la sustracción del juicio al infractor, a fin de promover su bienestar, procurando con ello, evitar los efectos estigmatizantes que la intervención judicial y, en especial la jurisdicción penal, provoca en el adolescente sometido a la Ley Penal Juvenil. En igual sentido, se pronuncian las reglas 11.1²⁸¹ y 11.3²⁸², estas dos últimas disposiciones se corresponden con lo regulado por el legisferante salvadoreño en los arts. 36 y 37 LPJ respecto de la *remisión* como una forma de desjudicializar el proceso.

En ese mismo contexto, el art. 22 LPJ no solo establece el objeto del proceso, o la determinación del hecho delictivo y la aplicación de la sanción que corresponda, sino que además se colige la finalidad del proceso, cual es, la reincorporación del joven en su familia en particular y en la sociedad en general. De ahí que la LPJ no posee únicamente un carácter represivo, ya que la justificación de la aplicación de una sanción debe incorporar concomitante el bienestar del joven, esto es, la intervención legal busca por medio de la reinserción social que el joven se aleje del delito. No obstante, la disposición en comento no reguló de manera expresa la incorporación del joven en su familia y en la sociedad, como sí lo regulan otras legislaciones, verbigracia; el art. 44 inc. 2º de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica²⁸³.

Sin embargo, consideramos que esto no es óbice para que el juzgador penal juvenil salvadoreño integre la norma penal juvenil conforme a los principios que gobiernan el proceso de los niños en conflicto con la ley penal, a fin de dotar de contenido los fines de la prevención especial que contiene dicho cuerpo normativo, por ejemplo, debe dotar de aplicación y eficacia lo regulado por el art. 3 LPJ que determina los principios rectores que gobiernan el proceso penal de adolescentes.

En coherencia con lo anterior, el art. 9 inc. 1º de la LPJ titula la «Finalidad y Forma de Aplicación», la disposición instituye una norma fundamental que informa la política criminal del Estado en materia penal juvenil, al regular que cualquier medida que se le imponga al menor responsable

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».

281 La mencionada regla establece «Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, para que los juzguen oficialmente».

282 La referida regla describe «Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad y 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».

283 El referido art. determina «Asimismo, buscará la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley».

de un hecho delictivo deberá tener una finalidad primordialmente educativa y se complementaran, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que el Juez determine; es decir, la medida solo estará justificada si tiene fines educativos.

De igual forma, la desjudicialización puede ser analizada en dos niveles a saber: a) *en la fase preparatoria o de investigación*, que *ope legis* le corresponde; al ministerio Fiscal, según lo advierte el constituyente en el art. 193 ordinales 2º, 3º y 4º Cn²⁸⁴, con relación al art. 66 LPJ²⁸⁵. En tal sentido, dicho ministerio puede promover en esta fase, la desjudicialización del proceso penal juvenil, bien invocando la aplicación del criterio de oportunidad reglado, que como antes se acotó su equivalente en la LPJ sería la renuncia de la acción penal art. 36, 70 y 71 letra «a» LPJ o bien, puede autorizar la conciliación entre víctima y adolescente infractor, conforme lo habilitan los siguientes arts. 36, 51 letra «b», 59 inc. 3º²⁸⁶ y 71 letra «a» LPJ.

Asimismo, la desjudicialización puede analizarse, b) *en la fase intermedia o audiencia preparatoria*, donde el proceso ya se ha judicializado, en tal sentido, el Juez puede considerar no continuar con el proceso, porque el delito que se le atribuye al adolescente está sancionado en la ley penal con pena de prisión cuyo mínimo es inferior a tres años o, bien con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo, según se colige de los arts. 36 y 37 LPJ.

En esta línea interpretativa, el Estado debe remover los factores que causan la criminalidad juvenil con la participación del sector privado y de aquellos organismos dedicados al trabajo en favor de la niñez y la juventud²⁸⁷, principalmente en el ámbito familiar, con el propósito de crear las condiciones

284 La mencionada disposición establece «Corresponde al Fiscal General de la República...Inc. 2º promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad; 3º dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; 4º promover la acción penal de oficio o a petición de parte».

285 El art. literalmente regula «La investigación se iniciará de oficio o por denuncia».

286 El art. 59 inc. 3º de manera expresa regula «La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el Juez de menores, mientras no se haya pronunciado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor».

287 La Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes conceptualiza las expresiones 'joven', 'jóvenes' y 'juventud', «A todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad» – Capítulo Preliminar, Artículo I –; en idéntico sentido se pronuncia el Preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que define a la juventud como aquella etapa de la vida donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro.

más favorables para la convivencia e integración en la sociedad²⁸⁸.

Por medio del instituto jurídico de la desjudicialización se faculta al Ministerio Fiscal, por diversas razones de política criminal, la prescindencia del ejercicio de la acción penal o, bien suspender temporal o provisionalmente la acción ya iniciada para ello, deberá solicitar al Juez de menores que aplique una de las formas que regula el art. 36 LPJ, es decir, que convoque a conciliación – siempre que esta sea procedente –; puede también aplicar la remisión, la renuncia de la acción o bien decretar la cesación del proceso, o de limitarla en su extensión objetiva o subjetiva o en última instancia, de hacerla cesar definitivamente, previo a la sentencia de mérito, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar²⁸⁹.

Para finalizar, y con ello reafirmar el carácter de prevención especial que contiene la LPJ baste con mencionar los objetivos establecidos para el normal funcionamiento de los centros de internamiento que regula el legislador en el art. 120 del citado cuerpo legal²⁹⁰, al establecer que dichos centros deberán funcionar en lugares adecuados y con el personal capacitado en el área social, *pedagógica* y legal.

En este sentido, la escolarización, la capacitación profesional y la recreación serán obligatorias en los referidos centros reeducativos, donde también se prestará especial atención al grupo familiar del niño, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a la sociedad. Es decir, que la sanción debe estar orientada a cumplir con su finalidad ulterior, cual es la reinserción del infractor en la sociedad.

Por lo tanto, adhiriéndonos a la opinión de TIFFER SOTOMAYOR, consideramos que las razones jurídicas y sociales que sustentan la desjudicialización como forma anormal de fenecer el proceso descansan en dos pilares fundamentales que son²⁹¹: a) Que la desjudicialización es una forma de practicar la aplicación de los principios de humanidad, de proporcionalidad, de igualdad y de eficacia que debe procurar el sistema penal y, b) Que se debe reconocer que todo sistema de represión y corrección por medio de una política

288 Vid. GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia y Derecho de Menores*, Op. Cit., P. 76.

289 Vid. CAFFERATA NORES, J., *El principio de Oportunidad en el Derecho argentino*, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3ª edición, Argentina, Editores del Puerto, 2000, P. 32.

290 Se refiere a la LPJ, la disposición a su texto se lee: «Los centros de internamiento para el menor, deberán funcionar en locales adecuados, con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal».

291 Sobre las razones jurídicas y sociales que justifican la desjudicialización como forma anticipada de concluir el proceso penal juvenil, consúltese a TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRIGUEZ, J., Y DÜNKEL F., Op. Cit., 317.

criminal fuerte y severa resulta inocua.

En relación con lo anterior, consideramos importante destacar las ventajas o beneficios que la desjudicialización suministra a los sujetos implicados en el conflicto penal, en particular esta institución beneficia al justiciable, por cuanto, constituye un instrumento que elimina los riesgos de estigmatización e institucionalización propias del proceso penal; a la víctima, en el sentido de reconocerle el derecho de participar en el desarrollo del proceso, habilitando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva del cual por mucho tiempo estuvo excluida; a la sociedad, ya que por medio de ella se promueve la participación de los sectores sociales, habilitando con ello la resocialización, concomitante con la reeducación de los adolescentes.

Asimismo, la desjudicialización favorece la reducción de los costos en la administración de justicia y particularmente, coadyuva a reducir la discriminación o trato desigual del sistema de justicia; por último, la diversificación o desjudicialización contribuye a reducir la mora judicial. En ese mismo sentido, con la desjudicialización se abre una puerta para el desarrollo de políticas de persecución penal, dirigidas a la realización de ciertos fines, entre los cuales destacan: la aplicación justa e igualitaria del derecho, el descongestionamiento del sistema penal de jóvenes privados de libertad, y no, en ampliar el número de individuos sujetos a diversas normas de control penal²⁹².

Así también, la mejor canalización de recursos económicos materiales y humanos para ciertos delitos, la persecución de delitos que reportan una mayor ofensa a la sociedad en general y a la víctima en particular, la resolución rápida, justa y equitativa de los conflictos derivados de delitos y, por último, busca la reinserción de las personas a la sociedad.

292 Vid. CARRANZA, E., *Criminalidad ¿Prevención o Promoción?*, San José EUNED, 1994, P. 107.

3.3. Propuesta de Lege Ferenda.

Es innegable que en todo conflicto de naturaleza penal confluyen dos sujetos: víctima y victimario, el primero de ellos, ha sido invisibilizado por la misma expropiación que del conflicto hace el Estado, de tal manera que el sistema penal ha fincado un proceso en el que el conflicto ha sido arrebatado a los protagonistas; como corolario de ello, la víctima ha sido un perdedor por partida doble, primero frente al agresor y por último frente al Estado. Empero, modernamente y atendiendo al sistema abolicionista del derecho penal se ha fortalecido el redescubrimiento de la víctima que por mucho tiempo estuvo ignorada.

Conforme con lo anterior, la desjudicialización constituye un cambio de paradigma ambicioso del derecho penal, vinculado a los fines de la pena: la reeducación y la resocialización, derechos del justiciable consubstanciales a la Carta Magna.

Asimismo, la LPJ como instrumento jurídico-procesal aplicable a jóvenes en conflicto con la ley penal, constituye un sistema normativo gobernado por principios que orientan e informan al proceso penal juvenil. En ese sentido, debemos reconocer sus progresos y avances en la consolidación del Estado democrático de derecho, sobre todo, en el arraigo del sistema adversativo en el que sienta su fundamento legal. Al mismo tiempo, no podemos desconocer que el proceso penal juvenil se ha visto fortalecido a partir de los requerimientos de la CDN en demanda de un modelo de intervención penal de corte garantista, a fin de abandonar de una vez por todas la doctrina de la situación irregular que tanto daño ha causado a la niñez y la adolescencia.

Lo anterior no significa que la LPJ sea un instrumento que deba permanecer estacionario en el tiempo, sin posibilidad de reforma. Por el contrario, la ley ha de ser versátil adecuando su contexto a las necesidades actuales de la sociedad. En tal sentido, podemos abogar por su reforma sobre

todo de aquellas instituciones procesales que no responden a las necesidades reales de la sociedad. Así, en cuanto al art. 59 de la LPJ, consideramos que debería ser reformado en su texto, específicamente el inciso tercero, en el sentido de constreñir tanto en sede fiscal como en sede judicial, la convocatoria a la audiencia conciliatoria, respetando desde luego, su procedencia de acuerdo al catálogo de infracciones que regula la disposición, es decir, sin alterar la esencia del mencionado artículo.

En esa misma línea interpretativa se ha pronunciado la Fiscalía en su Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil²⁹³ en general en su art. 6 que titula «Principio de separación de funciones» y en particular, el acápite segundo de la misma disposición que regula el «Ejercicio de la acción penal» inciso segundo que a su letra se lee «Al tener conocimiento de la infracción a la ley penal por parte de un adolescente, el Fiscal de la Unidad Penal Juvenil *deberá*: numeral 7) Establecida la existencia de la infracción, siempre que se cuente con indicios de participación del adolescente en la misma y, la falta o el delito por el que se investiga admita conciliación, citará a los padres o responsables, al adolescente, al defensor de menores o al defensor particular, si lo tuviere y, a la víctima u ofendido constituida o reconocida hasta ese momento a una audiencia de conciliación²⁹⁴.

La locución «deberá», encierra una orden o mandato, lo cual significa que no queda a discreción del Fiscal convocar o no a conciliación, sino por el contrario, está obligado a citar a conciliación a las partes en la etapa preparatoria o investigativa.

En concordancia con lo anterior, proponemos la siguiente reforma al inc. 3° del art. 59 de la LPJ.

Conciliación. Procedencia

293 La Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil, fue publicada en el Diario Oficial número 128, Tomo 396 de fecha 11 de julio de 2012. En este instrumento se definen las líneas y criterios bajo los cuales deben actuar los Fiscales auxiliares del Fiscal General de la República, en el ejercicio de la dirección funcional de la investigación del delito, en consecuencia dichas políticas de persecución penal constituye un imperativo categórico que vincula a la misma Fiscalía y a la Policía Nacional Civil, conforme al principio de corresponsabilidad.

294 Continúa el numeral 7 de la mencionada disposición «El Fiscal deberá verificar previamente en el Sistema de Información y Gestión de la Fiscalía si el adolescente ha conciliado otro delito doloso que afecte el mismo bien jurídico tutelado y, en caso afirmativo, se abstendrá de promover la conciliación.».

«En los casos en que proceda la conciliación, tanto el Fiscal como el Juez, deberán convocar a las partes a una audiencia conciliación, a fin de que sean estas las que decidan si resuelven el conflicto por esa vía, sin perjuicio de que el proceso continúe si no hubiere acuerdo».

En correspondencia con lo anterior, ambos funcionarios al tener conocimiento de la *notitia criminis*, deberán citar a las partes a conciliación, a fin de fortalecer la aplicación efectiva de este método de desjudicializar el proceso penal juvenil, ello contribuiría significativamente a descongestionar el sistema de administración de justicia tanto a nivel fiscal como a nivel judicial.

En esa línea de criterios, la LPJ ha permeado un elenco de soluciones anticipadas a los conflictos de naturaleza penal en los que un adolescente ha participado bien como autor o partícipe de una conducta proscrita por la norma penal. Esto obedece a la necesidad imperante de ajustar nuestra legislación penal interna a las recomendaciones de las Naciones Unidas. Consecuentemente, en las infracciones penales que exista prohibición expresa, el juzgador no debe procurar la conciliación entre las partes por lo tanto, no debe convocar a una audiencia con ese propósito. Y es que no podría ser de otra forma, porque con ello se estaría actuando en contra de ley expresa que inhibe su aplicación.

Por otra parte, conviene hacer un símil entre otras legislaciones penales juveniles, particularmente con la institución de la remisión del proceso, como una de las formas de desjudicializar el proceso penal juvenil. Este instituto tiene aplicación práctica en muchos ordenamientos jurídicos, en donde ni siquiera interviene el proceso penal ni se envía el sujeto a servicios comunitarios, esto tiene lugar en infracciones de menor entidad penal. En ese contexto se perfila el art. 18 de la Ley de Responsabilidad Penal para Menores de España, al establecer la posibilidad que tiene el Ministerio Fiscal de renunciar a la incoación del expediente si los hechos constituyen faltas o delitos menos graves, o cuando estos se han cometido sin violencia o intimidación.

Asimismo, esta forma de desjudicializar el proceso – la remisión –, es procedente también, para supuestos en los que el proceso ya se ha judicializado según lo dispone el art. 19 del mismo cuerpo legal, en este caso, corresponde aplicar la figura del sobreseimiento del expediente vía conciliación entre el infractor y la víctima o también, por haber asumido el justiciable el compromiso de reparar el daño causado a la víctima, o se comprometa al aprendizaje educativo propuesto por el equipo técnico en su respectivo informe. El incumplimiento de los compromisos asumidos por el adolescente, tiene como consecuencia la continuación del proceso.

A diferencia del sistema penal juvenil español, la remisión en nuestro país, solo puede tener lugar en el trámite mismo del proceso, es decir, cuando la FGR ha resuelto promover la acción penal y consecuentemente el Juez ha decidido iniciar el trámite judicial, de tal manera que extrajudicialmente no es procedente su aplicación. Por tal razón, consideramos que el art. 37 de la LPJ, debería ser objeto de reforma en el sentido de ampliar la esfera de aplicación de la remisión para que también en sede fiscal sea viable su procedencia.

En ese orden, proponemos la reforma al art. 37 de la siguiente manera:

Remisión

Art. 37 «La remisión podrá decretarse en la etapa investigativa ante el Fiscal o en sede judicial ante el Juez de menores, siempre y cuando el delito que se investigue estuviere sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

En este caso, si el Fiscal o el Juez considera que no procede la continuación del proceso, deberá citar a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al adolescente a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso».

En igual sentido nos pronunciamos respecto a la cesación del proceso, ya que por ahora las causas que habilitan su procedencia no constituyen según nuestra opinión, motivos razonables para sustentar justificadamente que esta solamente se decreta en sede judicial; debido a que si el fiscal advierte en el desarrollo de la investigación que el justiciable al momento de la infracción estaba amparada bajo una excluyente de responsabilidad, o bien porque la parte ofendida no desea continuar con el proceso, o cuando la acción no debía haberse iniciado o no deba proseguir por cualquier causa legal, en estos casos no tiene sentido la judicialización del proceso.

En todo caso, recordemos que la decisión fiscal siempre estará sometida al control judicial. Es decir, que agotada la investigación la Fiscalía deberá pronunciar la resolución que corresponda y, si en el mejor de los casos, decidiera no promover la acción penal atendiendo a una de las mencionadas causas y el Juez no estuviere de acuerdo con la referida decisión, este podrá invocar lo dispuesto en el art. 72 inc. 2º de la LPJ a efecto de requerir a la Fiscalía para que promueva la acción.

Por tales razones proponemos la siguiente reforma al inc. 1º del art. 38 de la LPJ.

Cesación del proceso

Art. 38.- «Durante la investigación o en cualquier estado del proceso deberá el Fiscal o el Juez según sea el caso, decretar la cesación, con base en las siguientes causas»

Por último, recibimos con beneplácito el ambicioso diseño de la Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil de la Fiscalía, en lo relativo a la apuesta por un derecho penal de corte garantista, en donde tenga plena aplicación el principio de mínima intervención penal – art. 2 inc. 2º del mencionado documento – el cual legitima la aplicación del principio de desjudicialización del proceso penal juvenil, lo cual constituye una obligación para el Estado en general, y para la fiscalía en particular, de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del justiciable – art. 68 inc. 1º LPJ – a fin de dotar de contenido la legalidad en la investigación del delito.

En ese mismo orden de ideas, debemos destacar la decisión político-criminal del Ministerio Fiscal en la persecución penal, sobre todo, el de promover «El principio de disposición de la acción penal», en cuanto a la obligación que tiene el Fiscal de promover los mecanismos de desjudicialización del proceso penal juvenil, conforme al principio de disposición de la acción penal que regula el art. 7 del citado instrumento²⁹⁵.

Asimismo, el art. 25 del referido instrumento, constituye un avance en el nuevo esfuerzo por promover métodos de desjudicialización compatibles con las políticas de respeto a los derechos fundamentales del adolescente²⁹⁶. Consecuentemente y en la misma dirección se perfila el art. 37 del *supra* dicho instrumento, al asignarle al Fiscal la obligación de solicitar al Juez de menores autorice la aplicación del procedimiento abreviado.

295 Particularmente el inc. 1º del art. 7 de la Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil, textualmente establece «El Fiscal de la Unidad Penal Juvenil deberá siempre buscar en primer lugar salidas alternativas a la solución del conflicto, como la conciliación o la renuncia al ejercicio de la acción penal aplicando el criterio de oportunidad, la remisión, la suspensión condicional del procedimiento, igualmente podrá en acuerdo con la defensa aplicar otras salidas alternativas previstas en las leyes pertinentes, tanto en la fase de investigación como en la de ejecución».

296 El numeral 12 del art. 25 literalmente establece «Procurar en las faltas y en los delitos que lo permitan, que se llegue a una salida alternativa justa y equitativa para las dos partes».

CONCLUSIONES

La incorporación de la desjudicialización del proceso penal juvenil, como elemento indispensable de política criminal de la niñez y adolescencia está íntimamente vinculada a la actividad jurisdiccional, que deviene en inevitable para la armonización y aplicación del plexo de derechos y garantías respecto del justiciable adolescente, de tal modo que se deben articular esfuerzos tanto a nivel de protección jurisdiccional como a nivel efectivo en la vigencia y aplicación de todos los derechos consagrados en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, por lo que en el proceso penal juvenil es mucho más evidente la protección reforzada de los derechos del justiciable.

En ese sentido, la interpretación de la ley debe ser integral y no taxativa, en virtud de los principios *pro homine* – el intérprete de la norma debe optar por aquella que mejor garantice los derechos del justiciable – y del interés superior del niño, el mismo alcanza no solo a las disposiciones de forma sino también a las de fondo.

La mutación que ha identificado al sistema de responsabilidad penal juvenil a través de la historia, tiene que ver con dos modelos de juzgamiento penal que son: el modelo tutelar o modelo pre-Convención que se caracterizó por una excesiva intervención judicial, al extremo de estimar al justiciable como un objeto de protección, más que un sujeto de derecho, modelo en el que se confundía la vagancia con las infracciones penales; ese modelo ha sido moderadamente superado por el modelo de protección integral o modelo de justicia, gracias al valioso aporte de la norma que origina su existencia y promueve su desarrollo —la CDN— dicho modelo contrario al primero, apuntala hacia la desjudicialización del proceso penal juvenil, con pleno respeto de las garantías fundamentales del justiciable.

Por tal razón, las modernas tendencias político-criminales están orientadas a evitar la respuesta sancionadora a través de la intervención penal, por cuanto su tramitación supone la declaración formal de responsabilidad penal del adolescente en conflicto con la ley penal, lo que inexorablemente lo

conminará a ser etiquetado como «delincuente», con el inevitablemente efecto estigmatizante. Para evitar estas secuelas nocivas en el desarrollo del justiciable adolescente, y con ello dotar de eficacia el contenido normativo del art. 40.3 letra «b» de la CDN en relación al art. 36 LPJ se exhorta a la Jurisdicción Penal Juvenil, en el sentido de reforzar su efectiva aplicación, que habiliten una adecuada y oportuna gestión del conflicto ocasionado por la infracción penal.

Por otra parte, proponemos se reformen parcialmente las siguientes disposiciones de la Ley Penal Juvenil a saber, los incisos 1º y 2º del art. 37 que regula la figura de la remisión; el inciso 1º del art. 38 que codifica la cesación del proceso y, el inciso 3º del art. 59 que establece la procedencia de la conciliación. Ello resulta imperioso si se pretende dotar de contenido la desjudicialización del proceso penal juvenil, a la luz del principio de intervención mínima.

En ese mismo orden, una de las premisas de las que parte la desjudicialización, tiene relación con la filosofía cardinal de incidir en la reducción de la judicialización de aquellos procesos de estigmatización a que se ven sometidos los adolescentes en su contacto con el sistema penal. En esa dirección se ha establecido que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de contar con políticas-públicas progresistas de prevención de la delincuencia juvenil, en el sentido de evitar criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios al conglomerado social. Fijando a su vez la necesidad de emplear la remisión a otros servicios, y de recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a la niñez del sistema de justicia penal.

Por otra parte, no debe estimarse la desjudicialización a cualquier precio, como única respuesta para cualquier clase de delitos en el que su autor o partícipe es un adolescente, sino que su aplicación debe estar limitada a criterios razonables de procedencia, sobre todo, a infracciones de mediana o menor entidad – delitos de menor calado –. En esa línea, consideramos se orienta la previsión del legislador al regular de manera expresa las formas de terminar anticipadamente el proceso penal juvenil, que tiene como efecto jurídico-procesal el cierre y archivo del mismo, sin declaración de responsabilidad.

Además de los importantes cambios sociopolíticos y jurídicos que evolucionan a través del tiempo en los diferentes países del mundo, se demanda un enfoque más adecuado e integral para abordar el problema de la delincuencia penal juvenil y su inaplazable prevención, sin desconocer la vulnerabilidad que caracteriza a esa población y la necesidad de revisar asiduamente, los mecanismos de desjudicialización que promueve el ordenamiento jurídico

internacional que acoge nuestra LPJ.

Los desafíos que demanda la construcción de políticas sociales incluyentes, pasa por apostarle a una verdadera democracia inclusiva y la ampliación de la ciudadanía de la población juvenil, se trata de potenciar el desarrollo de políticas públicas a favor de la niñez y adolescencia, no solo de jóvenes en conflicto con la ley penal, sino también, de jóvenes en riesgos y de grupos vulnerables, partiendo desde luego de los estándares mínimos que demanda la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, para ello, deben adoptar medidas legislativas, judiciales y políticas-administrativas que tengan como fin común, una verdadera política integrada.

De igual manera, el *corpus iuris* de los Derechos Humanos cuya génesis deviene de las Naciones Unidas y de la Comunidad Internacional, pretende mantener un justo equilibrio entre los binomios enfrentados y contrapuestos, relativos a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia sometidos a la LPJ – por una parte – y la protección de la sociedad – por la otra –. La primera protección se ha dispensado por la misma ley para que el joven pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente de manera saludable, asimismo, deberá gozar de las condiciones de libertad y dignidad orientadas a su desarrollo integral. Al promulgar leyes con ese propósito, la consideración fundamental a la que se atenderá deberá ser el interés superior del niño.

En consecuencia, una vez establecida la integración entre interés superior del niño y garantías penales y/o procesales, sólo puede darse en la medida que ambos constituyen un límite a la pretensión punitiva del Estado, en tal sentido, concluimos, que la finalidad específica del sistema penal de adolescentes basado en la CDN, será limitar el brazo punitivo del Estado y garantizar a la niñez y adolescencia en conflicto con la ley, los derechos y garantías que integran el ordenamiento jurídico nacional, sumado a los instrumentos internacionales vinculantes a nuestro sistema penal a través, de la desjudicialización del proceso penal juvenil.

Uno de los principios básicos del sistema penal juvenil que tiene su fuente en la Doctrina de la Protección Integral de niños, niñas y adolescentes, es el de prioridad a la prevención antes que la represión o castigo. Se parte de la máxima de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social más que una «buena» política penal. De lo anterior se concluye que la idea de prevención se refleja en el mismo sistema penal, al decantarse el legislador por sanciones no privativas de libertad y considerar criterios de prevención futura a través de la resocialización.

Debemos tener siempre presente que las personas menores de edad, en

conflicto con la ley penal, son titulares de todos los derechos que le asisten a los adultos y como sujetos de derechos son también, sujetos de ciertas obligaciones, por lo que a partir de la CDN la condición de sujeto de derecho de los niños determina niveles de responsabilidad específica. El sistema de justicia penal juvenil salvadoreño no ha permanecido ajeno a dicha directriz y ha evolucionado en la línea de fijar un derecho penal de acto, disímil al de los adultos, esto obedece a la especial cualidad de sus destinatarios y a su particular condición de desarrollo en todos los aspectos de su vida personal y social. Este derecho está sujeto a un mínimo de garantías, en términos afines a las de los adultos, con raigambre legal en el art. 40.2 de la CDN.

En ese mismo criterio, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-17/2002 al destacar, que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Se pretende que la tendencia sea hacia la desformalización o desjudicialización del proceso penal juvenil, es decir se le apuesta con esta investigación, a prescindir de una sanción propiamente dicha, a través de soluciones de justicia restaurativa – se le da importancia total a la conciliación víctima-autor, por sobre la imposición de una sanción o pena –, o bien el cierre y archivo del proceso a través de la aplicación de la renuncia de la acción – criterio de oportunidad reglado –. Se aboga en definitiva por impedir el pronunciamiento de una sentencia de responsabilidad, con su carácter estigmatizante y la imposición de una sanción, especialmente la privativa de libertad.

En concordancia con lo anterior, el recurso a la justicia penal juvenil debe ser el último camino a seguir y previo a ello, debe procurarse la desjudicialización del proceso, sobre todo en aquellos comportamientos de escasa o menor entidad, mediante sistemas alternativos tales como: la mediación, la conciliación, la remisión, la renuncia de la acción y la cesación del proceso, instituciones jurídicas-procesales que sirven para dotar de contenido a los principios de mínima intervención o derecho penal subsidiario.

En ese mismo sentido, el impulso a los mecanismos de desjudicialización, como la conciliación, la remisión, la mediación y la reparación nos parecen algo sumamente positivo, pues contribuyen a la toma de responsabilidad del menor respecto a su acto, así como al empoderamiento de la víctima u ofendido.

Las propuestas de desjudicializar los conflictos de carácter penal en los

que interviene la niñez y la adolescencia, deben orientarse principalmente al análisis no solo legal sino mas bien interdisciplinario para encontrar una respuesta viable y adecuada al fenómeno criminal, que pretenda una interacción entre acusado y víctima, a fin de restablecer el tejido social alterado por el delito. En ese sentido, el principio de intervención mínima debe servir como un verdadero limite al despotismo de los sistemas penales que gobiernan a los Estados represivos, por cuanto, para impedir el abuso desmedido del *ius puniendi*, se le debe apostar a las formas de desjudicializar o de diversificar la reacción penal para adolescentes sometidos a la LPJ.

No menos atendible resulta el respeto y aplicación del principio de especialidad en el que confluyen la extensión del derecho penal juvenil al derecho penal de adultos, y no a la inversa, también deben respetarse los derechos y garantías especiales propias de los adolescentes tales como: la especialidad misma, la jurisdicción especializada, la sumariedad del proceso y su simplicidad, y un elenco amplio de sanciones en donde se prioricen las sanciones socioeducativas en lugar de las privativas de libertad, esto para dotar de garantías al principio de mínima intervención o del carácter subsidiario del derecho penal juvenil.

En esa línea de criterios, para prevenir los comportamientos violentos y con ello frenar la delincuencia juvenil, el Estado salvadoreño tiene que adoptar estrategias combinadas del sistema triangular de medidas preventivas, de intervención y de represión. Las dos primeras deben estar orientadas a minimizar los factores de riesgo, socializar e integrar a la población juvenil especialmente a través de la familia, la comunidad, su grupo de pares, la escuela, su formación profesional entre otras aristas. Las medidas represivas operan en casos indispensables, las que deberán respetar los principios de legalidad, de presunción de inocencia, el derecho de defensa, estos derechos tienen aplicación tanto en el trámite del proceso como al momento de la adopción de la sanción a imponer.

En un verdadero Estado Constitucional de Derecho, las políticas de intervención penal deben estar sometidas a una buena política social y de prevención, debido a que la única justificación de la sanción penal debe ser siempre, su función social. Estas políticas sociales generalmente resultan una quimera, por lo que se recomienda una política social moderna con visión dinámica, organizadas de abajo hacia arriba y no a la inversa.

Por último, la inclusión de la remisión, la cesación, la conciliación y la renuncia de la acción en la LPJ salvadoreña, constituye la piedra angular que da fuerza de ley a los subrogados penales que fundamentan su finalidad preventiva del derecho penal y de la sanción en la vigencia del principio de intervención

mínima, pues la previsión de esas cuatro formas de solucionar el conflicto de los adolescentes con la ley penal resulta más idónea frente a la tradicional justicia retributiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. Autores

ACUÑA GONZÁLEZ, G., MILLA QUESADA, A., *Defensa de Niños y Niñas – Internacional, DNI*, en Tendencias actuales en Seguridad y sus impactos en la Justicia Penal Juvenil, San José, 2009, P. 9.

ALBRECHT, P., *El Derecho Penal de Menores*, traducción. BUSTOS RAMÍREZ, J., Barcelona, 1990.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, en Detención y Prisión provisional, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

ASENCIO MELLADO, J., *La Prisión Provisional*, Editorial CIVITAS, S.A., Primera Edición, España, 1987.

ASENCIO MELLADO, J., *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, Editorial Trivium. S.A. Primera Edición, Madrid, 1991.

ARMIJO, G., *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Unión Europea, San José, 1997.

ASTON, F., Y GILMOUR WALSH, B., *El interés superior del niño*. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, UNICEF, 2ª Edición, Buenos Aires, 2002.

BARATTA, A., *Principios del Derecho Penal Mínimo, para una Teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite del Derecho Penal*, en Revista de Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1987.

BARATTA, A., *La integración prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica*, en Revista Capítulo Criminológico No. 15. Ediciones Jurídicas, Santa fe, 1987.

BARRAS ALEGRÍA V., *El Interés del Menor*, Barcelona, 1993.

BERISTAIN, A., *Criminología, victimología y cárceles*, Bogotá, 1996.

BERNUZ BENEITEZ, M., *Justicia de menores española y nuevas tendencias penales, La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – en línea –, No 07-12, 2005.

BIDART CAMPOS, G., *La Garantía de los Jueces Naturales*, Buenos Aires, 1995.

BINDER, A., *Menor Infractor y Proceso ... ¿Penal?: Un modelo para armar*», artículo publicado en: *La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la Ley Penal*, recopilación de artículos de diferentes autores. Publicación del Ministerio de Justicia de la República de El Salvador y el PNUD, Prodere Edinfodoc, con la cooperación italiana, UNICEF e ILANUD. Editorial Hombres de Maíz, Colección Desarrollo Humano, San Salvador, 1995.

BINDER, A., *Introducción al derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, 1ª edición, Buenos Aires, 2004.

BONASSO, A., *Adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos y responsabilidades* – el caso de Uruguay –, en GARCÍA MÉNDEZ, E., (compilador), en *Adolescentes y Responsabilidad penal*, AD-hoc, Buenos Aires, 2001.

BONILLA AVELAR, E., Y CAMPOS VENTURA, O., *Leyes del Menor Infractor y de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor*, Concordadas, Comentadas y Anotadas, en Justicia Penal de Menores, Programa de Apoyo a la Reforma de Justicia ART/UTE. San Salvador, 1998.

BURGOS MATA, A., CHAN MORA, G., *Cuaderno de Justicia Juvenil / Corte Suprema de Justicia*. Unidad de Justicia Juvenil, 1ª Edición, San Salvador, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Un Derecho Penal del Menor. Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de Menores*, 1ª edición, editorial jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, publicado en Revista de Ciencias Penales, San José, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Perspectivas de un Derecho penal del niño*, en Obras Completas Tomo II, Ara Editores, Lima, 2004.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, 1993.

CAFFERATA NORES, J., *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto S.R.L. 2000.

CAFFERATA NORES, J., *El principio de Oportunidad en el Derecho argentino*, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3ª edición, Editores

del Puerto, Argentina, 2000.

CAMPOS CALDERÓN, J., *Consideraciones en torno al derecho constitucional a no inculparse en el proceso penal*. en Revista de la Defensa Pública, N° 3. 2003. San José, 2003.

CAMPOS VENTURA O., RIVAS GALINDO, D., Y OTROS., *Justicia Penal de Menores*, San Salvador, bajo el auspicio del Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia ARS/UTE 1998.

CARRANZA, E., *Criminalidad ¿Prevención o Promoción?*, EUNED, San José, 1994.

CARRANZA, E., MAXERA, R., *El Control Social sobre Niños, Niñas y Adolescentes en América Latina*, en La Niñez y la Adolescencia en conflicto con la ley penal, Ministerio de Justicia, Ediciones Último Decenio, San Salvador, 1995.

CASADO PÉREZ, J., *Proceso Penal de Menores*, San Salvador, 2001.

CATENA MORENO, V., *Derecho Procesal: Proceso Penal*, Editor, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

CHAN MORA, G., *De la hipocresía del derecho tutelar al cinismo del derecho penal para enemigos*, *Políticas Criminales Autoritarias y algunas de sus manifestaciones en el Proceso Penal Juvenil Costarricense*, en *Revista Electrónica*, consultada el 29 de noviembre de 2012.

CERDA / CERDA., *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*. Política criminal. Vol. 5, N° 10, Art. 1, Santiago, 2010.

CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Editorial Temis-Depalma, 1ª Edición, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.

CORTARZAR M., *Niños y Jóvenes en infracción a la ley penal. Bases del Nuevo Sistema*, en *Derecho Penal revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, 2008.

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, año 5, San José, 1994.

CUEVAS JIMÉNEZ, A., *Derechos del niño y desarrollo infantil*, en *Revista*

Cubana de Psicología, Vol. 22, No 1, 2005.

DAPENA, J., Y MARTIN, J., *La Mediación Penal en Cataluña, España*, en Estudio de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, Departamento de Justicia, Generalidad de Cataluña, Barcelona 1998.

DAPENA, J., *La mediación penal, una justicia restauradora. La mediación y la reparación en la justicia juvenil*, en Forum, núm. 2, 2003.

D' ANTONIO, D., *Derecho de Menores*, 4ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Depalma, Buenos Aires, 1994.

DE GIORGI, A., *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Ed. DeriveApprodi, Roma, 2000.

DEMETRIO CRESPO, E., *El pensamiento abolicionista*, en Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1995.

DE URBANO CASTRILLO, E., Y DE LA ROSA CORTINA, J., *La responsabilidad penal de los menores*. Thomson Arazandi, Navarra, 2007.

DUCE, M., *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*. Política criminal. Vol. 5, Nº 10, Art. 1, Santiago, 2010.

ESTRADA, F., *La Renuncia del Derecho a Guardar a Silencio por un Adolescente en Nuestro ordenamiento Jurídico y en el Estadounidense*. en Revista de Derechos del Niño Nº 3/4, Santiago 2006.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Detención y prisión provisional*, en Jornadas sobre privación de libertad y derechos humanos, hacer, Barcelona, 1986.

FERNÁNDEZ MÉNDEZ, J., RONQUILLO, V., *De los Maras a los Zetas*. . Editorial Grijalbo, México, 2006.

FERRAJOLI, L., *Prefacio de Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis-Depalma, 1ª Edición, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, en Teoría del garantismo penal, Trotta, 5ª Edición Madrid, 2001.

GALAWAY, B., citado por BARNETT, R., Y HAGEL, J., (Ed.): *Assessing the Criminal*, en Restitution, Retribution, and the Legal Process, Harvard University, 1977.

GARCÍA GÉRBOLES, M., *El entronque histórico-jurídico del concepto de*

mediación desde el derecho romano hasta la actualidad, en *La Mediación. Presente, Pasado y Futuro de una institución jurídica*, 2010.

GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho a la Infancia-Adolescencia en América Latina; De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Ediciones Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1996.

GARCÍA, PABLOS, A., *Criminología, Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Editorial Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 1996.

GARCÍA-PABLOS, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999.

GARCÍA-PABLOS, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, Editorial Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2001.

GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., *La justicia de Menores, en el siglo XX. Una gran incógnita*, en *Un Derecho Penal del Menor*, de BUSTOS RAMÍREZ, J., Editorial Jurídica ConoSur. Ltda. Santiago de Chile, 1992.

GIMÉNEZ SALINAS, C., *La conciliación víctima delinciente como alternativa a la justicia penal*, en *La víctima entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, Barcelona, 1993.

GIMENO SENDRA, V., *Los procedimientos penales simplificados – Principio de Oportunidad y proceso penal monitorio –*, Revista Poder Judicial, número especial II.

GOLDSTEIN, A., *La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos*, en *Lecciones y Ensayos*, No 49, Buenos Aires, 1988.

GÓMEZ COLOMER, J., MONTERO AROCA, J., y otros en *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

GÓMEZ-JARA, D., *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena*, en *¿el dolor penal como constructo comunicativo?», InDret*, 2008.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., *El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, en *Temas de derecho procesal penal*, San José, Universidad de Costa Rica. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1995.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia Juvenil y Derecho de Menores*, citado por RÍOS MARTÍN, J., en *El Menor Infractor ante la Ley Penal*. Editorial

Comares, Granada, 1995.

GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de Dogmática penal*, Edición Atelier, Barcelona, 2006.

HART, R., *La participación de los niños, de la Participación Simbólica a la Participación Auténtica*. UNICEF, TA CRO, 1993.

HERNÁNDEZ BUSUALTO, H., *El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito*, en Revista de Derecho, Vol. XX, No 2, 2007.

HERRERO, C., *Delincuencia de Menores: tratamiento criminológico y jurídico*, Madrid, 2008.

JIMENO QUESADA, L., *El Lugar de la Constitución en los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos*, en Liber Amicorum CancadoTrindade, Editor Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2006.

JIMÉNEZ M., *Sistema penal y medidas alternativas*, en Capítulo Criminológico, No. 20, Universidad del Zulia, Venezuela, 1992.

KAISER G., *Introducción a la Criminología*, 7ª Edición, Madrid, 1988.

KEMELMAJER, A., *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Edición Rubinzal-Culzoni, 2004.

LANDEIRA, R., *El Principio de Oportunidad: un saludable instrumento de política criminal*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 4, Montevideo, 1995.

LARRAURI PIJOAN ELENA, E., TERRADILLOS J., y otros, *Ciencias Penales Monografía*, 1ª edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001.

LLOBET RODRÍGUEZ J., *Garantías y Sistema Penal*. Releyendo hoy a CÉSARE BECCARIA. Ediciones Jurídicas, Arete, San José, 1999.

LÓPEZ, R., Y ARROJO, M., *Criminología: Teoría, delincuencia juvenil, predicción y tratamiento*, Editorial Aguilar, 1ª. Edición, España, 1981.

LOZADA, A., *Imparcialidad y jueces federales*, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 5, P. 67 y ss. Citado por MAIER, J., ROXIN, C., y otros *Ministerio Público en el Proceso Penal*, Primera Edición, Buenos Aires, 1993.

MAIER, J., *Los Niños como titulares del Derecho al debido proceso*, en Revista de Justicia y Derechos del Niño, No II UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de área para Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, 2000.

MAIER, J., Y BOVINO, A., – compiladores –, *El Procedimiento Abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

MARSHALL, T., *Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996*, en European Journal on Criminal Policy and Research, 1996.

MARSHALL, T., *Criminal mediation in Great Britain*, en European Journal on Criminal Policy and research, 1980-1996, P. 21- 43 citado en MORRIS, A., Y MASWELL, G., *Restorative justice for juveniles*. Conferenciing, mediation and circles, Oregon, Hart, 2001.

MEJÍAS GÓMEZ, J., *La mediación como forma de Tutela Judicial*, en El Derecho, Madrid, 2008.

MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

MONROY CABRA, M., *Derecho de Los Tratados*, 2ª edición, Editorial Leyer, Bogotá, 1995.

MONTOYA CARDOZA, R., *Consideraciones sobre la aplicación del criterio de oportunidad en el proceso penal salvadoreño*, en <http://fespad.org.sv/portal/html/archivos/descargas/2007>.

MORA ALARCÓN J., *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORRIS, A., Y MASWELL, G., *Restorative justice for juveniles*. Conferencing, mediation and circles, Oregon, Hart, 2001.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, 2ª Edición corregida, editorial librotécnica, Santiago, 2008.

OVALLE FAVELA, J., *Teoría General del Proceso*, 4ª Edición, México Oxford University Press, 1998.

PLATT, A., *Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982.

PÉREZ, J., *El Niño como sujeto social de derechos. Una visión del niño para leer la Convención*, en Atención y Tratamiento de Niños y Adolescentes. Policía Nacional del Perú. Rada Barnen de Suecia. Curso para Oficiales PNP/

Texto básico, 1, 3ª edición, Lima, 1997.

PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal*, en ¿Apertura de una nueva vía?, Granada, 1999.

PERLA, M., *Estado actual de la Justicia Penal Juvenil en El Salvador, Ponencia para el Congreso Internacional*, en Juventud, Seguridad y Justicia en Centroamérica, Antigua, 2008.

QUINTANILLA MOLINA, S., *Introducción al Estudio del Derecho de Menores*, 1ª Edición Último Decenio, publicación del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, San Salvador, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*. Parte General, Cedecs, Barcelona, 1996.

RÍOS MARTÍN, J., *El Menor Infractor Ante la Ley Penal*. Editorial COMARES, Granada, 1991.

ROUSSEAU, J., *El Contrato Social*. Edición Quinto Sol. México, 1987.

ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Traducción de GÓMEZ RIVERO, C., Y GARCÍA CANTIZANO, M., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*. Traducción DIEGO – MANUEL LUZÓN PEÑA y otros. Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003.

SAJÓN–ACHARD GALVENTO, *Menores en Situación Irregular*, en Boletín del Instituto Interamericano del Niño, No 194.

SÁNCHEZ, I., *La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor*, en Actualidad Penal, núm. 3, 2000.

SANTOS CASTELLAR, J., *Eficacia y Garantía de la Legislación de Menores en El Salvador*, en Justicia para todos, FESPAD Ediciones, San Salvador, 1997.

SEDA, E., *La protección Integral*, Ediciones «ADÉS», 3ª Edición, Sao Paulo, 1995.

SCHMIDT, E., *Los Fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1957.

STEINERT, H., *Más allá del delito y de la pena*, en: AA.VV., Abolicionismo penal, Edición Ediar, Buenos Aires, 1989.

TIFFER SOTOMAYOR, C., *Justicia Juvenil Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia en Costa Rica*, UNICEF-México, 2000.

TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., DÜNKEL, F., *Derecho*

Penal Juvenil, 1ª Edición San José, 2002.

TINOCO PASTRANA, A., *Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal*, en Cuadernos de Política criminal, N° 63, Edersa, Madrid, 1997.

TREJO ESCOBAR, M., *Reflexiones Sobre Derecho de Menores*, San Salvador, 1996.

UMBREIT, M., PETERSON ARMOUR, M., *Restaurative Justice Dialogue*, en Springer Nueva York, 2011.

VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado*. En Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Pamplona: Aranzadi, 2007.

VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado*. En Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Pamplona: Aranzadi, 2007.

VÁSQUEZ-PORTOMEÑE, S., *Presunción de inocencia, mediación y conformidad: algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal de adultos*, en Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Antón, Vol. II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000.

WLAGRAVE, L., *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton: Willan Publishing, en Reconstruir la Justicia Juvenil en base a la Justicia Restaurativa-LodeWalgrave. Este artículo es una versión resumida y editada de un artículo presentado en el Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa en Lima del 4 al 7 de noviembre de 2009.

YOUNG, J., *La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, 2003.

ZAFARONI, R., *Infancia y Poder Punitivo*, en Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, R., *Derecho Penal Parte General*, Edirial Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, R., *Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario*, en: ILANUD editor, Derechos fundamentales y justicia penal, Juricentro, San José, 1992.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Edición Colex, 2001.

2. TEXTOS LEGALES

2.1 Legislación Internacional

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, mediante Decreto Legislativo No. 108 de 9 de mayo de 1990, vigente desde el 2 de septiembre de 1990.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS conocida como «Pacto de San José», adoptada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y, Ratificada por El Salvador, mediante Decreto Legislativo No. 5 de 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No 113 de 19 de junio de 1978.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución No 1386 (XIV), el 20 de noviembre de 1959.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL, Costa Rica, del 1 de mayo de 1996.

LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, LO 5/2000, de 12 de enero, España.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 a (XXI), 1966, Ratificado mediante D. L. N° 27, del 23 de noviembre de 1979, publicados en D. O. N° 218, T. 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

2.2 Legislación Nacional

Asamblea Constituyente, Constitución, Decreto Constituyente 38, Diario Oficial 234, Tomo 231 1983.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto 1030, Código Penal de fecha 26 de abril de 1197 Diario Oficial 105, Tomo 335.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto 733, Código Procesal Penal 22 de octubre de 2008 Diario Oficial 20, Tomo 382.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto 482, Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia 31 de marzo 1993 Diario Oficial 63 Tomo 318.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto 863, Ley Penal Juvenil, 8 de junio de 1994, Diario Oficial 106 Tomo 323 1994.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto 677, Código de Familia de 11 de noviembre de 1993, Diario Oficial 231, Tomo 321.

Páginas Web

www.cienciaspenales.org

www.derechopenalonline.com

www.idhacabrirespaciosalaseguridad.org.co

www.politicacriminal.cl

www.juridicas.unam.mx

ÍNDICE DE AUTORES

- ACUÑA GONZÁLEZ, G., MILLA QUESADA, A., 1
- ALBRECHT, P., 26
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 101
- ASTON, F., Y GILMOUR WALSH, B., 22
- ARMIJO, G., 28
- ASCENCIO MELLADO, J., 34, 100
- BARATTA, A., 43, 80
- BARNETT, R., Y HAGEL, J., 46
- BARRAS ALEGRÍA V., 16
- BERISTAIN, A., 26
- BIDART CAMPOS, G., 94
- BINDER, A., 13, 94
- BONASSO, A., 75
- BONILLA AVELAR E., y CAMPOS VENTURA, O., 32
- BUSTOS RAMÍREZ, J., 5, 8, 79, 82
- BURGOS MATA, A., CHAN MORA, G., 22
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., 84, 91
- CAFFERATA NORES, J., 94, 107
- CAMPOS CALDERÓN, J., 65
- CAMPOS VENTURA O., RIVAS GALINDO y otros., 28, 98
- CASADO PÉREZ, J., 35, 36, 101
- CARRANZA, E., 108
- CARRANZA, E., MAXERA, R., 10
- CATENA MORENO, V., 64
- CHAN MORA, G., 13
- CORTARZAR M., 99
- CILLERO BRUÑOL, M., 16, 23

CRUZ, F., 56
CUEVAS JIMÉNEZ, A., 84
DAPENA, J., 26
DAPENA J. Y MARTIN J., 39
D' ANTONIO, D., 15
DE URBANO CASTRILLO, E., Y DE LA ROSA CORTINA, J., 31
DE GIORGI, A., 79
DEMETRIO CRESPO, E., 102
DUCE, M., 64
ESTRADA, F., 65
FERRAJOLI, L., 25, 65, 80
FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., 101
FERNÁNDEZ MÉNDEZ, J., RONQUILLO, V., 81
GARCÍA GÉRBOLES, M., 38
GARCÍA MÉNDEZ, E., 6,
GARCÍA, P., 75
GARCÍA-PABLOS, A., 17, 28
GIMÉNEZ SALINAS COLOMER, E., 15
GIMENO SENDRA, V., 54
GOLDSTEIN, A., 56
GÓMEZ-JARA, D., 46
GÓMEZ COLOMER, J., MONTERO AROCA, J., 52
GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., 53
GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., 86, 106
GRACIA, MARTÍN, L., 25
HART, R., 84
HERNÁNDEZ BUSUALTO, H., 28
HERRERO, C., 72
JIMENO QUESADA, L., 30

JIMÉNEZ, M., 103
KAISER, G., 76
KEMELMAJER, A., 27
LARRAURI PIJOAN ELENA, E., TERRADILLOS J., y otros, 69
LANDEIRA, R., 54
LLOBET RODRÍGUEZ, J., 61
LOZADA, A., 94
LÓPEZ, R., Y ARROJO, M., 12
MAIER, J., 29
MAIER, J., Y BOVINO, A., 65
MARSHALL, T., 15, 38
MEJÍAS GÓMEZ, J., 32
MOCCIA, S., 79
MONROY CABRA, M., 101
MONTOYA CARDOZA, R., 55
MORA ALARCÓN, J., 12
MORRIS, A., Y MASWELL, G., 38
NOGUEIRA ALCALÁ, H., 46
OVALLE FAVELA, J., 27
PERLA, M., 24
PÉREZ, J., 17
PÉREZ SANZBERRO, G., 42
PLATT ANTHONY, M., 6
QUINTANILLA MOLINA, S., 6, 14, 20
QUINTERO OLIVARES, G., 18
RÍOS MARTIN, J., 80
ROXIN, C., 73, 86
ROUSSEAU, J., 25
SÁNCHEZ, I., 26

SANTOS CASTELLAR, J., 31
SAJÓN – ACHARD GALVENTO., 11
SCHMIDT, E., 54
SEDA, E., 20
STEINERT, H., 89
TIFFER SOTOMAYOR, C., LLOBET RODRÍGUEZ, J., Y FRIEDER, D., 11, 61, 101, 107
TIFFER SOTOMAYOR, C., 17
TINOCO PASTRANA, A., 42
TREJO ESCOBAR, M., 43
UMBREIT, M., PETERSON ARMOUR, M., 28
VARGAS PINTO, T., 47
VÁSQUEZ-PORTOMEÑE, S., 37
WACQUANT, L., 79
WLAGRAVE, L., 29
YOUNG, J., 80
ZAFFARONI, E., 18, 73, 77
ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. 74, 89

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I:

EL SISTEMA PENAL JUVENIL.....	5
1.1 Antecedentes.....	5
1.2 Marco histórico salvadoreño.....	7
1.2.1 Tratamiento indiferenciado.....	7
1.2.2 Tratamiento parcialmente diferenciado.....	8
1.2.3 Tratamiento diferenciado.....	9
1.2.3.1 El modelo tutelar o doctrina de la situación irregular.....	11
1.2.3.2 El modelo de justicia o doctrina de la protección integral.....	14
1.3 La Ley Penal Juvenil.....	18
1.3.1 Antecedentes.....	18
1.3.2 Principios Rectores.....	20
1.3.2.1 La Protección Integral del adolescente.....	20
1.3.2.2 El Interés Superior del Niño.....	21
1.3.2.3 El Respeto a los Derechos Humanos.....	22
1.3.2.4 La Formación Integral del adolescente.....	23
1.3.2.5 La Reinserción en la familia y en la sociedad.....	23

CAPÍTULO II:

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL JUVENIL.....	25
2.1 Generalidades.....	25
2.2 Marco Legal de la Desjudicialización.....	29
2.3 Las Formas de Desjudicialización del Proceso Penal Juvenil Salvadoreño.....	33

2.3.1	La Conciliación.....	36
2.3.1.1	Clases de Conciliación.....	39
2.3.1.2	Requisitos formales de validez de la Conciliación.....	41
2.3.1.3	El Objeto de la Conciliación.....	42
2.3.1.4	Contenido del Acuerdo Conciliatorio.....	43
2.3.1.5	Efectos Jurídicos del Acuerdo Conciliatorio.....	44
2.3.2	La Remisión.....	45
2.3.3	La Renuncia de la Acción.....	47
2.3.4	La Cesación.....	50
2.4	Clases de Desjudicialización en el Proceso Penal de Adultos que pueden ser aplicadas en el Proceso Penal Juvenil.....	52
2.4.1	El Criterio de Oportunidad Reglado.....	53
2.4.2	La Suspensión Condicional del Procedimiento.....	61
2.4.3	El Procedimiento Abreviado.....	64

CAPÍTULO III:

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL JUVENIL COMO ELEMENTO INDISPENSABLE DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN EL SALVADOR.....68

3.1	La Política criminal de la niñez y la adolescencia.....	68
3.1.1	Elementos.....	74
3.1.1.1	Prevención.....	75
3.1.1.2	Control.....	78
3.1.1.3	Represión.....	80
3.1.2	Ejes Centrales.....	82
3.1.2.1	Prevención de la delincuencia Juvenil.....	82
3.1.2.2	Intervenciones que no supongan el recurso a procedimientos judiciales e intervención en el contexto de las actuaciones judiciales.....	87
3.1.2.3	Edad mínima a efectos de determinar la responsabilidad penal juvenil.....	89
3.1.2.4	Garantía de un Juicio Imparcial.....	93

3.1.2.5 Medidas.....	96
3.1.2.6 Privación de Libertad, incluida la detención preventiva y la prisión posterior a la sentencia.....	99
3.2 La desjudicialización del proceso penal juvenil como elemento indispensable de la política criminal de la niñez y la adolescencia.....	101
3.3. Propuesta de <i>Lege Ferenda</i>	109
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	119
ÍNDICE DE AUTORES.....	130
ÍNDICE GENERAL.....	134