



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Las Medidas Cautelares y las Sanciones:

Ejecución en la Justicia Penal Juvenil

Sanciones penales del adolescente y
la reinserción en su familia y la sociedad,
así como el desarrollo de sus capacidades



Las Medidas **Cautelares y** **las Sanciones:**

Ejecución en la Justicia Penal Juvenil

TÍTULO
LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LAS SANCIONES:
EJECUCIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

AUTORES

Consultores Nacionales: Bernabel Moricete Fabián,
Carmen Rosa Hernández, Juan Sabino Ramos

Hecho el Depósito Legal

ISBN: 978-9945-425-15-4

Portada: Ruddy Reyes

Diagramación: Ruddy Reyes

Corrector de estilo: Juan Manuel Prida

© **Escuela Nacional de la Judicatura**
ENJ

Teléfono: (809) 686-0672

Fax: (809) 686-1101

Dirección:

César Nicolás Penson No. 59, Gazcue, Santo Domingo,
República Dominicana.

Email: comunicación@enj.org / info@enj.org

Pág. Web: <http://www.enj.org>

Consejo Directivo

Mag. Jorge A. Subero Isa

Presidente

Mag. Enilda Reyes Pérez

Miembro

Mag. Erick Hernández-Machado

Miembro

Mag. William Encarnación

Miembro

Dr. Juan Manuel Pellerano

Miembro

Lic. Julio César Terrero

Miembro

Luis Henry Molina Peña

Secretario

Dirección

Luis Henry Molina

Director

Gervasia Valenzuela Sosa

Subdirectora

Mag. Yokaurys Morales

Coordinadora Técnica

Silvia Furniel

Analista

Capital Humano

Joddy Hernández

Analista

Gerencias de Proyectos

Nora Rubirosa

Gerente

Glenys Linares

Analista

Ney De la Rosa

Gerente

Ellys Coronado

Analista

Rosa María Cruz

Especialista

María Amalia Bobadilla

Analista

Mariloy Díaz

Especialista

Dilenia Hernández

Analista

Ricardo Tavera

Analista

Gestión Administración y Finanzas

Alicia Tejada

Gestora

Adriano Francisco

Especialista

Giselle Mojica

Analista

Yokasta García

Analista

Gestión de Información y Atención al Usuario

Jacqueline Díaz

Gestora

Luis M. Pérez

Especialista

Guillermo Haché

Especialista

Glennys Díaz

Analista

Mencia Mercedes

Analista

Virginia Feliz

Analista

José L. Rodríguez

Analista

Maurys Santana

Analista

Denia Pichardo

Analista



ESCUELA NACIONAL
ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

Las Medidas **Cautelares y** **las Sanciones:** Ejecución en la Justicia Penal Juvenil

SANTO DOMINGO, REPÚBLICA DOMINICANA
2007

CONTENIDO

PROLOGO.....	8
--------------	---

MODULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES	13
------------------------------	----

1. INTRODUCCION.....	14
2. ASPECTOS GENERALES.....	15
2.1. Evolución de las Medidas Cautelares Respecto de los Adolescentes	16
2.2. Conceptualización.....	17
2.3. Propósito y Finalidad.....	18
2.4. Supuestos que Autorizan la Adopción de Medidas Cautelares.....	18
2.5. Elementos o Caracteres.....	20
2.6. Principios que Rigen su Aplicación.....	21
3. Las Medidas Cautelares en la Ley 136-03. Generalidades.....	22
3.1. Tipos.....	22
3.2. Permanencia en el Hogar: Excepción.....	23
3.3. Inhabilidad de los Padres.....	24
3.4. Deber de la Comunidad.....	24
3.5. Duración Limitada de las Medidas Cautelares.....	25
4. La Privación Provisoria de Libertad como Medida Cautelar	26
4.1. Generalidades.....	26
4.2. Requisitos Materiales y Supuestos que Autorizan la Privación Provisional de Libertad.....	27
4.3. Principios Rectores.....	30

4.4. Plazo.....	31
5. Procedimiento.....	31
6. Ejecución de las Medidas Cautelares.....	36
7. Precisiones finales.....	38
Bibliografía.....	39

MODULO II

LAS SANCIONES EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES	41
1.3 Sanción. Definición	44
1.4 Características de las sanciones.....	45
1.6 Tipos de Sanciones	61
Sanciones socio-educativas.....	62
Órdenes de orientación y supervisión	63
Sanciones privativas de libertad.....	64
1.7 Finalidad de las sanciones	65
Bibliografía.....	67

MODULO III

LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	69
Introducción.....	71
I.- Las Sanciones Socioeducativas.....	75
A) Amonestación y advertencia.....	75
1.- Condiciones	76
2.- Características.....	76
3.- Destinatario.....	77
4.- Magnitud de la infracción	78
B) Libertad Asistida	78
1.- Condiciones, ...	81
2.- Tipos de Medidas, ...	81
3.- Los sujetos dentro de la aplicación de la medida- a) El Juez, b) Psicólogo, c) Trabajador Social, d) profesionales afines, d) El procesado, e) Juez de Ejecución de Penas).....	
4.- Máxima Duración	82

C) Prestación de servicios a la comunidad	82
1.- Gratuidad.....	83
2.- Duración	83
3.- Consentimiento del menor de edad	84
4.- Las instituciones.....	84
D) Reparación de los daños a la víctima	85
1.- Régimen Jurídico	85
2.- Carácter Obligatorio.....	88
3.- Método Alternativo o Adjudicativo	88
4.- Ejecución	92
Conclusión.....	95

MODULO IV

LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD	99
1. INTRODUCCIÓN.....	100
Derechos fundamentales en el cumplimiento de la sanción privativa de libertad ..	101
2 Privación de la Libertad de la persona adolescente.....	103
2.1 De los diversos modos de privación de libertad.....	103
4.5.1 Privación de libertad domiciliaria	105
3.1 Alternativa a la ausencia de medio familiar	106
3.2 Duración y efecto de la sanción.....	107
4. Privación de la libertad durante el tiempo libre o semilibre.....	108
4.1 Plazo máximo de la sanción de privación de libertad durante el tiempo libre o semilibre.....	109
5. La privación de libertad definitiva en un centro especializado	109
5.1 Duración de la privación de libertad en un centros especializados.....	111
6 De la revisión de la sanción	113
7. Excepcionalidad de las sanciones privativas de libertad.....	115
Bibliografía.....	118

PRÓLOGO

Antes de iniciar la presentación de este libro quiero agradecer a la Escuela Nacional de la Judicatura la deferencia que siempre ha tenido conmigo, en esta ocasión al pedirme que escribiera estas breves líneas introductorias.

Toda idea de la existencia de una justicia penal para adolescentes va unida a la finalidad de educación, rehabilitación e inserción social de la persona adolescente, por ello la piedra clave de este derecho está en la ejecución de las medidas cautelares y las sanciones penales juveniles. Pues bien, el objeto de esta obra, es precisamente éste, las medidas cautelares y la sanción penal juvenil.

Se pretende con esta obra dar respuesta, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, a los problemas que plantea la aplicación de la Ley 136/2003 de 7 de agosto Código de Niños Niñas y Adolescentes en materia de ejecución de medidas cautelares y sanciones penales juveniles. Esta obra se encuentra presidida por el principio de que toda ejecución de sanciones penales juveniles deberá perseguir el permanente desarrollo personal del adolescente y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades.

La presente obra se compone de cuatro módulos, el primero sobre Las Medidas Cautelares, el segundo sobre Las Sanciones en la Justicia Penal de Adolescentes, el tercero sobre las Sanciones no Privativas, el cuarto sobre las Sanciones Privativas de Libertad.

Esta obra se aborda desde la perspectiva de los principios rectores en la materia, en especial el del superior interés del menor; recogidos en la Doctrina de la Protección integral y en las normas internacionales reguladoras del Derecho Penal de menores como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Pekín), aprobadas por la Asamblea General de ONU el 29 de noviembre de 1985, La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; Las Reglas de las Naciones Unidas 45/113 para la protección de los menores privados de libertad. Pero de forma específica teniendo en cuenta Ley 136/03 de 7 de agosto Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como el Reglamento Resolución 1618-2004 de 2 de diciembre. Desde esta perspectiva el adolescente se configura como un sujeto de derecho y por ello se convierte en titular de derechos y garantías procesales básicas, inherentes a esa condición. En ese sentido, le asisten todos los derechos y garantías penales y procesales que tienen las personas mayores de edad, más aquellos especiales, por su condición de personas en estado de crecimiento y desarrollo. Con base en estos principios se evita la imposición de una sanción y cuando ella es inevitable, dispone la menor restricción de derechos posibles, tratando de no imponer una sanción privativa de libertad. Y cuando ésta se aplica, está influida por el principio educativo.

Por lo que respecta al primer módulo -las Medidas Cautelares en el Proceso Penal Juvenil-, no puedo sino destacar la brillante exposición en esta materia. Nos encontramos ante un estudio detallado y exhaustivo del concepto de medida cautelar, sus clases, su finalidad, los principios que las rigen, abordando detalladamente cada uno de los tipos de medidas cautelares previstas en la Ley 136/03, en especial las medidas cautelares privativas de libertad, los presupuestos para su adopción, los plazos de duración, el procedimiento y la ejecución de las mismas.

El segundo módulo estudia Las Sanciones en la Justicia Penal de Adolescentes. Aborda con gran acierto el concepto de sanción, reconociendo que aunque tiene una connotación negativa, la sanción penal juvenil no puede, sin embargo, equipararse a la sanción penal de adultos, por cuanto se trata de sujetos diferentes, pues aquellos a quien va dirigida se encuentran en una etapa de la vida diferente. Así, destaca cómo por ser el adolescente una persona en pleno desarrollo, a la sanción penal juvenil se le ha asignado una finalidad también y esencialmente educativa, lo que no excluye, como pretenden concluir algunos, su connotación negativa, pero sí limita, debe señalarse, la imposición de sanciones que se contrapongan a la consecución de esa finalidad. También estudia la sanción en el marco de la Doctrina de la Protección integral, las diferencias entre sanción de adultos y sanción en la justicia penal de adolescentes, los principios rectores de la sanción penal juvenil, estudiando detalladamente los tipos de sanciones y la finalidad perseguida en las sanciones penales de adolescentes.

Destaca cómo frente a las respuestas tradicionales existentes en el Derecho Penal de adultos, de más represión y penas severas con las que se ha respondido históricamente en nuestras legislaciones, tales respuestas no han sido eficaces, mucho menos cuando los autores de estos hechos delictivos son personas menores de edad. Pone el autor de manifiesto cómo la modificación del sistema de penas, y en particular, la flexibilización de las penas privativas de libertad, constituye uno de los aspectos más significativos en el Derecho Penal de adultos, pero especialmente la trascendencia que estos principios tienen en el Derecho Penal juvenil.

El tercer módulo aborda la problemática de las sanciones no privativas de libertad, recordando que el principio educativo tiene gran importancia en la fijación de toda sanción. Esta finalidad primordialmente educativa, así como el principio de última ratio de las sanciones privativas de libertad, las cuales sólo deben ser acordadas en casos absolutamente excepcionales, así como la exigencia de la normativa internacional de establecer un catálogo lo más amplio posible de sanciones penales juveniles, favorece la imposición de sanciones socioeducativas, así como órdenes de orientación y supervisión.

Así en este capítulo el autor aborda con toda amplitud las sanciones socio-educativas: la amonestación y advertencia, la libertad asistida, las prestaciones de servicios en beneficio de la Comunidad y la reparación de daños a la víctima. También aborda brillantemente las órdenes de orientación y supervisión: la asignación y cambio de residencia, la prohibición de trato con ciertas personas, la matriculación en un centro formativo o técnico vocacional, la obligación de realizar ciertos actos y la obligación de someterse a tratamiento médico.

El cuarto módulo trata de las sanciones privativas de libertad desde el principio de privación de libertad como última ratio y por el tiempo más breve posible. Aborda la restricción en la utilización de la privación de la libertad y la ampliación de una gama de sanciones aplicables a los adolescentes que infringen la ley penal, cuyo fundamento se encuentra en los efectos negativos que aquellas tienen en una persona en pleno desarrollo. Las medidas sustitutivas de la prisión constituyen un medio eficaz para el tratamiento del o la adolescente que delinque y tiene por cometido evitar aquellos castigos y sanciones que afectan negativamente la socialización del infractor. Con ellas se busca reducir la intervención del sistema penal, mediante sanciones de ejecución ambulatoria. Se pretende, que la afectación a la psique y normal desarrollo social de la persona menor de edad sean mínimas; así mismo, que éste no sea sustraído de la supervisión de sus padres, quienes poseen un preferente derecho de educación. Por último, se busca realizar los objetivos del sistema penal juvenil, que no requieren siempre de la institucionalización para su ejecución. Así en este módulo se aborda con acierto los diversos modos de privación de libertad de la persona adolescente: la privación de libertad domiciliaria, la privación de libertad durante el tiempo libre o semilibertad, la privación de libertad definitiva en

un centro especializado. También se estudia la revisión de la sanción dado el principio de flexibilidad en la aplicación y ejecución de toda sanción.

Desde aquí quiero dedicar unas líneas a los autores magistrados Bernabel Moricete Fabián, Juan Sabino Ramos, y la licenciada Carmen Rosa Hernández Evangelista, magníficos profesionales del Derecho, de quienes mucho he aprendido tanto por su innegable aportación teórica a la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes como práctica, dada su entrega y humanidad en el quehacer diario y en la búsqueda de un mundo mejor para nuestros jóvenes.



Módulo I LAS MEDIDAS CAUTELARES

Autore 

Carmen Rosa Hernández Evangelista

Coordinadora:

Concepción Rodríguez González del Real

I. Introducción.

2. Aspectos Generales.

- 2.1 Evolución de las Medidas Cautelares Respecto de los Adolescentes.
- 2.2 Conceptualización.
- 2.3 Propósito y Finalidad.
- 2.4 Supuestos que Autorizan la Adopción de Medidas Cautelares.
- 2.5 Elementos o Caracteres.
- 2.6 Principios que Rigen su Aplicación.

3. Las Medidas Cautelares en la Ley 136-03. Generalidades.

- 3.1 Tipos.
- 3.2 Permanencia en el Hogar: Excepción.
- 3.3 Inhabilidad de los Padres.
- 3.4 Deber de la Comunidad.
- 3.5 Duración Limitada de las Medidas Cautelares.

4. La Privación Provisional de Libertad como Medida Cautelar.

- 4.1. Generalidades.
- 4.2. Requisitos Materiales y Supuestos que Autorizan la Privación Provisional de Libertad.
- 4.3. Principios Rectores.
- 4.4. Plazo.

5. Procedimiento.

6. Ejecución de las Medidas Cautelares.

7. Precisiones Finales.

LAS MEDIDAS CAUTELARES

LAS MEDIDAS CAUTELARES

I. INTRODUCCION

El primer módulo de este curso tiene por objeto estudiar uno de los institutos del proceso penal más relevante a considerar para la determinación de un Estado acreedor del calificativo 'de derecho': las medidas de coerción, en especial la prisión preventiva, es decir, lo que el proceso penal juvenil denomina medidas cautelares y privación provisional de libertad, las que serán analizadas detalladamente.

La importancia de un minucioso análisis deriva de constituir éstas, en particular la privación provisional de libertad, una contraposición entre el respeto a las libertades fundamentales de todo ciudadano, especialmente la personal, y el interés Estatal en la persecución y represión de conductas consideradas como altamente contrarias al orden social establecido. El estudio de los requisitos de aplicación y los efectos que producen estas medidas resulta de capital importancia junto a la correcta comprensión del lugar que ocupa la privación provisional de libertad en el esquema de las medidas cautelares.

La regla general debe ser siempre la prevalencia, respeto y promoción de los derechos y libertades ciudadanas, no incurriendo en la equivocación de sobreponer a éstos una equivocada noción de 'interés social' o 'interés general', debiendo considerarse que es precisamente el justo equilibrio entre ambos valores lo que viene a garantizar el goce de la justicia, la libertad y el bienestar social.

Las formas de coerción procesal, en especial la prisión preventiva, resultan contrarias al principio básico de presunción de inocencia que rige todo proceso penal respetuoso de los derechos y garantías de los ciudadanos. A pesar de la contradicción que supone una prisión preventiva de quien no ha sido juzgado y condenado, ésta se contempla en todos los ordenamientos jurídicos. Sin las medidas coercitivas, podrían verse frustradas las legítimas expectativas y aspiraciones de algunos de los que intervienen en el proceso.

Las llamadas medidas cautelares, respecto de los/as adolescentes, encuentran en el capítulo de la trasgresión penal de éstos un campo de acción importante que aún no ha sido suficientemente trabajado en el Derecho Penal Juvenil. La privación provisional de libertad es la medida cautelar de mayor importancia en el sentido de ser la que más atención requiere, precisamente por afectar a un derecho tan esencial como el de la libertad de la persona adolescente, sin haber sido juzgada y condenada.

Debido al carácter supletorio de la aplicación de las garantías procesales establecidas en el derecho de adultos, el proceso penal juvenil adquiere relevancia en cuanto a regulaciones propias, siendo lo más característico del Derecho Penal Juvenil su sistema de sanciones alternativas a la privación de la libertad.

El juzgamiento de adolescentes transgresores de la ley penal exige herramientas técnicas fundadas en principios teóricos sólidos del derecho procesal penal general, del derecho procesal penal juvenil en particular y de otras disciplinas ligadas a la problemática, más su integración con la correcta aplicación en la práctica.

Se concibe a la persona menor de edad y a la persona adolescente en particular como una unidad en todos y cada uno de sus actos, de cualquier naturaleza que estos sean, y se respetan dos aspectos a los que resulta acreedora: que al ser persona es sujeto de derecho y que su especial condición de ente en formación y desarrollo lo coloca en una situación particular cuando se observa su accionar y las repercusiones que los hechos que protagoniza generan en la sociedad.

La introducción, definición y aplicación de las medidas cautelares deben estar prescritas por la ley.

2.ASPECTOS GENERALES.

Las medidas cautelares deberán ser utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión, teniendo por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal.

La selección de una medida no privativa o privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del adolescente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.

La autoridad judicial u otra autoridad competente ejercerán sus facultades en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley.

2.1. Evolución de las Medidas Cautelares Respecto de los Adolescentes.

Las medidas cautelares, en la doctrina de la situación irregular, adquirían el carácter de una respuesta inmediata a la situación de riesgo o peligro social en que se encontraba el adolescente como forma de sacarlo del entorno social en que se desenvolvía cuando se estimaba que éste no era conveniente. De esa manera quedaba reflejado en las leyes tutelares de menores típicas de la situación irregular.

Para tales leyes, la presunción de inocencia no era relevante, de manera que dicho principio no actuaba como límite para dictar la detención provisional. También esa doctrina estaba influenciada del positivismo criminológico, cuyos autores eran fuertes opositores de la presunción de inocencia. De igual forma, la doctrina de la situación irregular guardaba gran similitud con el correccionismo, que rechazaba la importancia de la presunción de inocencia en razón de que lo que ese principio pretendía que, según esa corriente, era proteger a los criminales.

Tampoco tenía importancia para la doctrina de la situación irregular la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad y el respeto al principio de proporcionalidad; más bien existía una desvinculación del hecho, siendo lo relevante la situación de riesgo social en que se encontraba el/la adolescente.

La doctrina de la situación irregular ha sido ventajosamente superada dando paso gradual a la 'doctrina de la protección integral', adoptada por los países que han ido modificando sus leyes tutelares, creando nuevas leyes acordes al modelo de responsabilidad, consecuencia o derivación fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás instrumentos internacionales relativos a las personas menores de edad que conforman dicha doctrina, como son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

En esta nueva doctrina de la protección integral, el proceso penal de la persona adolescente tiene regulaciones propias, caracterizándose por ofrecer un abanico de sanciones alternativas hasta llegar a la privación de libertad. Las medidas cautelares son

tratadas en el marco de un sistema de responsabilidad penal juvenil concordante, en gran parte, con el derecho procesal penal de adultos, pero con particularidades propias de la condición de el/la adolescente de persona en desarrollo.

2.2. Conceptualización.

Se parte de los conceptos de medidas cautelares que ofrecen algunos autores.

El magistrado español José Manuel Maza Martín las describe como *“(...) aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga”*. (Maza. 2002:299)

La autora panameña Aura Guerra de Villaláz, citada por Esmeralda A. de Troitiño y otros autores en “El Proceso Penal de Adolescentes. Del Régimen Especial de Responsabilidad Penal de la Adolescencia”, define las medidas cautelares como *“(...) aquellos mecanismos o instrumentos de los que se vale el Estado para lograr el descubrimiento de la verdad material y la aplicación de la ley sustantiva en la dilucidación de los distintos conflictos sociales que se presentan ante los tribunales de justicia”*. Señala igualmente esta profesora que: *“(...) las medidas cautelares pueden recaer sobre el patrimonio y reciben el nombre de medidas cautelares reales o pueden afectar la libertad personal del imputado surgiendo así las llamadas medidas cautelares personales”*. (1999:45)

Para el autor argentino José Cafferata Norez, las reales y las personales son medidas de coerción procesal, definiéndolas como *“(...) toda restricción al ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendientes a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto”*. (Cafferata. 1992:7)

Algunos autores entienden como medidas cautelares “a los medios jurídicos procesales cuyo fin u objetivo es que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, llevándose a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del/la imputado/a. De igual forma, otros las entienden como “*el conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte*”.

De las definiciones antes enunciadas se desprende claramente que existen dos clases de medidas cautelares: las reales y las personales; las primeras afectan la libertad de disposición sobre el patrimonio, conocidas como conservativas o conservatorias, y las segundas afectan la libertad ambulatoria y personal del procesado y se conocen con el nombre de innovativas. En este curso sólo se analizarán las medidas cautelares de carácter personal, pues solo éstas son aplicables en el proceso penal de adolescentes,

de acuerdo al Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03), en razón de que los adolescentes, en su generalidad, carecen de patrimonio.

Se puede conceptuar las medidas cautelares como los mecanismos restrictivos de derechos que el órgano jurisdiccional penal juvenil puede imponer a el/la adolescente imputado/a, ceñidos estrictamente a los propósitos, presupuestos, características y principios que las rigen y dentro del límite de los plazos establecidos por la ley, dirigidos a garantizar la realización del juicio.

2.3. Propósito y Finalidad.

Los motivos o propósitos por los cuales se puede justificar la adopción de una medida cautelar en el proceso penal contra un adolescente son los siguientes:

Proteger a la víctima, al denunciante o al testigo. Significa que el/la Juez/a podrá, a solicitud debidamente fundamentada del misterio público, adoptar la medida que considere adecuada y procurar con ello que el adolescente no atente contra la seguridad de la víctima del acto infraccional o quien lo haya denunciado. En relación con el/la testigo/a, se considera que se pretende también asegurar la prueba testimonial con la medida cautelar, pero se infiere que se refiere a la protección de la integridad física de la persona que sirve como testigo/a en contra de la persona adolescente investigada.

Asegurar las pruebas. Tiene el propósito de impedir que el/la adolescente procesado/a pueda ocultar o hacer desaparecer las pruebas de la comisión del acto infraccional o pruebas que lo vinculen con el mismo.

Impedir la evasión de la acción de la justicia. Procura asegurar los resultados del proceso penal juvenil.

La finalidad de la aplicación de las medidas cautelares es garantizar la presencia del/la adolescente en todas las etapas del proceso, luego de haber valorado los elementos probatorios relativos a la comisión del hecho delictivo, de poseer indicios racionales suficientes para creer que existe la posibilidad de que el/la adolescente ha participado en el hecho y que existe el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia.

2.4. Supuestos que Autorizan la Adopción de Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares personales, que vienen a romper la lógica general de la presunción de inocencia, requieren para que puedan ser aplicadas, la concurrencia de dos supuestos.

La doctrina señala como supuestos generales de las medidas cautelares: el **'fumus boni iuris'** y el **'periculum in mora'**, los cuales deben tomarse en cuenta para la imposición de cualquier medida cautelar.

El **'fumus boni iuris'** es la forma o apariencia de fundamento jurídico en el proceso penal; se integra por la constancia de la comisión de un hecho que ofrezca los caracteres de infracción delictiva, esto significa que deben existir motivos bastantes o indicios suficientes que vinculen a la persona con el hecho punible que se investiga, es decir, una certeza respecto al derecho que asiste en torno a aquel frente al cual se toma la cautela. Este supuesto está consagrado en el artículo 285 de la Ley 136-03, al indicar que el juez debe estar en posesión de indicios racionales suficientes para creer que existe la posibilidad de que la persona adolescente ha participado en el hecho, lo que se traduce en que el/la juez/a debe tener graves indicios sobre la responsabilidad del/la adolescente.

Para que el/la juez/a pueda ordenar la privación provisional de libertad, debe considerar que los antecedentes presentados demuestran la existencia de un hecho punible y se basan en presunciones fundadas de la participación del/la adolescente imputado/a. Es lo que se conoce como el **supuesto material**.

El **'periculum in mora'** son los riesgos derivados de la dilación en el tiempo del procedimiento o el peligro que se tiene durante el proceso de que no se cumpla con el fin procesal, lo cual constituye la verdadera causa o razón de ser de la medida cautelar. Esa dilación mínima necesaria en la tramitación de cualquier proceso penal de adolescentes es la que justifica la necesidad de disponer de mecanismos o instrumentos para garantizar que no se perjudique la conclusión del proceso y la efectividad del pronunciamiento judicial o, como expresa el artículo 285 de la Ley 136-03, con la finalidad de garantizar la presencia de la persona adolescente en el proceso de investigación hasta la etapa de juicio. Se conoce como la **necesidad de cautela**.

Este segundo supuesto de las medidas cautelares personales exige que el/la juez/a pondere, por una parte, la necesidad de las medidas solicitadas por el/la ministerio público, es decir, que considere cuál es el riesgo de que el comportamiento del adolescente imputado constituye una amenaza para el adecuado desarrollo del proceso y la aplicación de la sentencia y, por otra, la efectiva utilidad de la/s medida/s cautelar/es solicitada/s para evitar o disminuir ese riesgo. Lo anterior deberá hacerlo solo una vez que estime que se ha cumplido el supuesto material; de no ser así, aunque aparezca de manifiesto la necesidad de cautela, es improcedente pensar en la posibilidad de decretar privación provisional de libertad.

Cuando no existan ninguno de estos supuestos, entonces no existe la necesidad ni la legalidad para aplicar una medida cautelar.

Al aplicarla, no sólo se debe tomar en cuenta los supuestos, sino también algunos principios que serán tratados más adelante.

2.5. Elementos o Caracteres.

Las características de las medidas cautelares vienen determinadas por la propia finalidad de aseguramiento que cumplen dentro del proceso penal.

Al igual que ocurre con todo del Derecho Penal Juvenil, las medidas cautelares se particularizan por su naturaleza y caracteres, enmarcados en los principios que rigen todo el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes.

La correcta comprensión de la naturaleza y los caracteres que conforman las medidas cautelares resulta imprescindible para su adecuada aplicación.

Entre los caracteres generales de las medidas cautelares podemos citar:

- a) **Jurisdiccionalidad:** conforme al cual, las medidas cautelares en el ámbito penal juvenil únicamente pueden ser estimadas y adoptadas por la autoridad judicial competente. Este carácter resulta esencial desde todo punto de vista, ya que sólo pueden ser adoptadas por el juez natural y legal y a través de las formalidades establecidas en la ley.
- b) **Instrumentalidad:** toda medida cautelar es instrumental, son instrumentos para obtener un fin, nunca puede ser considerada como un fin en si misma, sino que siempre ha de concebirse y dirigirse en relación con el proceso cuya efectividad se pretende garantizar. Por esta razón se habla de otra característica: la **subsidiariedad**.
- c) **Provisionalidad:** íntimamente ligado al elemento anterior y siempre en coherencia con la finalidad instrumental; conforme a esta característica las medidas cautelares no pueden llegar a convertirse en definitivas, sino que deben durar el tiempo estricto que establece la ley, o desaparecer por decisión de el/la juez/a. Frente a decisiones absolutorias, la medida desaparece y, respecto a las condenatorias, se transforma, si de acuerdo con el contenido su pronunciamiento corresponde a materia de la propia ejecución.
- d) **Temporalidad:** conforme al cual la duración de la medida cautelar será siempre limitada. Este carácter temporal se refleja en la propia decisión del legislador de someterla, en algunos casos por su incidencia en derechos fundamentales, a plazos máximos. Nacen para extinguirse como consecuencia de su carácter instrumental y provisional.

- e) **Variabilidad:** de acuerdo al cual las medidas cautelares pueden ser modificadas o suspendidas si la situación o circunstancias que la motivaron han sufrido alteraciones; únicamente deberán mantenerse mientras subsistan los supuestos que las han justificado. Están llamadas siempre a desaparecer, si no con anterioridad por decisión del o la juez/a, ineludiblemente al tiempo de producirse una sentencia que pone término al procedimiento, la cual, si es absolutoria, extingue la medida y si es condenatoria hace que el tiempo de la medida cautelar pase a ser propio de la ejecución.
- f) **Excepcionalidad:** la adopción de medidas cautelares ha de ser excepcional, especialmente la privación provisional de libertad, sólo aplicable cuando se considere imprescindible y no pudiese ser sustituida por otra más leve. La interpretación de los preceptos que rigen esta materia es radicalmente restrictiva frente al principio del 'favor libertatis'.
- g) **No prejuzgamiento del fondo.** Se entenderá en todos los casos que se admita su aplicación como simple garantía para la correcta y eficaz celebración del juicio, para llegar a su culminación, independientemente cuál fuere el fallo que de éste se derive.

En los casos en que el/la juez/a considere necesaria su aplicación, dado su carácter de excepcionalidad y subsidiariedad, existe la obligación de tramitar el proceso con mayor celeridad, tomando en cuenta su provisionalidad y los plazos establecidos en la ley.

2.6. Principios que Rigen su Aplicación.

Las medidas cautelares están enmarcadas dentro de ciertos principios que rigen todo el sistema de responsabilidad penal de la persona adolescente y dentro de algunos principios específicos que sirven de límite a su utilización.

Se debe tener presente que el principio educativo rige todo el sistema penal juvenil. Este principio le imprime a todo el derecho penal juvenil un carácter particular que lo diferencia del proceso penal de adultos.

Al aplicar una medida cautelar no sólo ha de tomarse en cuenta los supuestos sino que también se debe tomar en cuenta los siguientes principios:

Principio de la proporcionalidad, es decir que la medida a adoptar sea proporcionada para la consecución de fines congruentes con su naturaleza cautelar, sin que se perjudiquen los derechos y garantías fundamentales de la persona.

De igual forma, al aplicar la medida cautelar, se debe ordenar basándose en el principio de la urgencia o necesidad, derivado del de proporcionalidad, tendente a evitar que el proceso sea ilusorio, que se evada la acción de la justicia o que se destruyan, sustraigan o alteren las pruebas.

Es sumamente importante el principio de celeridad o sumariedad, esto es que se de un trámite sumario desde que es invocada por el ministerio público hasta que se desestime o se ordene la medida cautelar, sin que se viole con ello los requisitos exigidos por la ley y el debido proceso. Existe la obligación de tramitar el proceso con celeridad cumpliendo con los plazos establecidos en la ley.

3. Las Medidas Cautelares en la Ley 136-03. Generalidades.

En materia de medidas cautelares personales, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03) ofrece a el/la juez/a un abanico de opciones con la finalidad que la medida que imponga sea adecuada a las circunstancias concretas de la persona adolescente imputada y del caso.

El artículo 285 de la Ley 136-03 establece que: *“(...) las medidas cautelares se podrán aplicar a solicitud debidamente fundamentada por el Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes, con la finalidad de garantizar la presencia de la persona adolescente en el proceso de investigación hasta la etapa del juicio. El juez deberá valorar los elementos probatorios que le sean sometidos en referencia a la comisión del hecho delictivo y estar en posesión de indicios racionales suficientes para creer que existe la posibilidad de que la persona adolescente ha participado en el hecho.”*

El concepto “indicios racionales suficientes” posee cierta subjetividad; se deben establecer parámetros para determinar los límites de ese concepto, por eso siempre debe enmarcarse dentro de los propósitos, necesidad, supuestos y principios que rigen la adopción de todas las medidas cautelares.

3.1. Tipos.

Determinada la necesidad, cumplidos los supuestos y propósitos enunciados anteriormente y a solicitud debidamente fundamentada del ministerio público, el/la juez/a penal de adolescentes, de acuerdo al artículo 286 de la Ley 136-03, podrá ordenar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Cambio de residencia;
- b) Presentación periódica al tribunal o ante autoridad designada por éste;
- c) Prohibición de salida del país, localidad o ámbito territorial;
- d) Prohibición de visita y trato a determinadas personas;
- e) Detención domiciliaria;
- f) Puesta bajo custodia de persona o institución determinada; y
- g) Privación provisional de libertad en centro especializado.

La medida dispuesta en el literal e), llamada detención domiciliaria, por analogía, hace pensar que se trata del equivalente al arresto domiciliario en el derecho común.

Todas las medidas cautelares enunciadas son de carácter personal, pues todas se refieren a la persona del/la adolescente presunto/a infractor/a de la ley penal.

3.2. Permanencia en el Hogar. Excepción.

El artículo 287 de la Ley 136-03 se refiere a la permanencia del/la adolescente en el hogar familiar; lo cual hace entender que ésta es la regla. En aplicación de esa filosofía de defensa de los derechos del/la adolescente, la ley prioriza el mantenimiento en el medio familiar de origen, fomenta la integración familiar y social y la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal. Se tendrá como excepción la medida enunciada en el literal a) del artículo 286, o sea la disposición del cambio de residencia, siempre que se establezcan los siguientes supuestos: peligro físico o moral, inhabilidad de los padres o imposibilidad de éstos de darles formación adecuada.

En la parte 'in fine' del texto del artículo 287 subyace cierta subjetividad en las expresiones "*peligro moral*" e "*imposibilidad para darles formación adecuada*". Esto plantea algunas dudas acerca de si el término 'peligro moral' se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que componen el aspecto personal de la autoridad parental, como velar por los hijos, tenerlos consigo, educarlos y procurarles una formación integral. La amplitud derivada de la vaguedad de la segunda terminología 'imposibilidad para darles formación adecuada', podría referirse a imposibilidad por circunstancias ajenas a su voluntad, como puede ocurrir en supuestos de enfermedad que les impida cumplir con **su responsabilidad**.

3.3. Inhabilidad de los Padres.

El artículo 288 de la Ley 136-03, aunque hace la aclaración que es a efectos de la aplicación del artículo anterior, expresa conceptos ajenos al ámbito penal propio de la parte de la ley en que se enmarcan, al enunciar las razones para considerar que existe inhabilidad de parte de los padres de la persona adolescente imputada cuando:

- a) Estuvieren afectados por incapacidad mental;
- b) Padezcan de alcoholismo o fueren drogadictos;
- c) No velaren por la buena crianza, el cuidado personal y educación del hijo o hija;
- d) Abusaren física o psicológicamente del adolescente;
- e) Otras causas que a criterio del juez o por recomendación del equipo técnico evidencien inminente vulneración de los derechos del adolescente, desde la perspectiva su interés superior.

El literal e) convierte al artículo 288 en meramente enunciativo, no limitativo debido a la subjetividad de la expresión: “(...) *otras causas que a criterio del juez o por recomendación del equipo multidisciplinario...*”. Frente a disposiciones de esta naturaleza, el o la juez/a debe tener presente que los informes técnicos tienen un valor equivalente al de un dictamen pericial y son valorados como pruebas técnicas (artículos 268, Párrafo y 271 de la Ley 136-03).

El último párrafo del artículo 288 faculta al juez a remitir al adolescente afectado por estas circunstancias al organismo central del sistema de protección, con la finalidad de que se le brinde una medida de protección. El organismo central deberá determinar cuál de sus instancias debe brindar las condiciones para la ejecución de la protección requerida. La intervención administrativa debe estar orientada a intentar eliminar, dentro de la estructura familiar, los factores de dificultad que inciden negativamente en la situación de el/la adolescente.

3.4. Deber de la Comunidad.

El cumplimiento de las medidas cautelares aplicables en el proceso penal contra el/la adolescente requiere de la cooperación de instituciones públicas y privadas. La Ley 136-03 ha facultado al/la juez/a penal juvenil para conminar a instituciones públicas y privadas a apoyar en el cumplimiento de las medidas cautelares impuestas a los/as adolescentes,

que impliquen un deber de la comunidad. En caso de que se rehusaren a cumplir las órdenes emanadas del/la juez/a, de acuerdo al derecho común, podrán ser declarados en desacato, con las consecuencias administrativas y penales correspondientes.

La incipiente participación, cooperación y apoyo de instituciones públicas, privadas y de la sociedad civil en el cumplimiento de medidas cautelares, deberá ser desarrollada y coordinada para el cabal cumplimiento de la Ley 136-03.

Se deberá alentar la participación de la sociedad, pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los adolescentes sometidos a medidas no privativas de la libertad, sus familias y la comunidad. Esto deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal.

La participación de la sociedad será una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a la protección de las personas adolescentes.

También deberá alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

Para lograrlo es importante organizar regularmente actividades para hacer conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

Deberán aprovecharse los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los adolescentes.

Se debe hacer todo lo posible por informar a la sociedad acerca de la importancia de su función en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

3.5. Duración Limitada de las Medidas Cautelares.

La Ley 136-03, en su artículo 286, señala que, como regla general, las medidas cautelares serán ordenadas hasta por dos (2) meses de duración. A su vencimiento podrán ser prorrogadas por el juez, una única vez, por un mes adicional. Se deberá mantener debidamente informado al tribunal respecto del cumplimiento de la medida, conllevando su violación o incumplimiento la aplicación por el juez de otra medida más severa. Esta regla tiene como excepción la medida de privación provisional de libertad, que sólo podrá ser ordenada por 30 días, prorrogables por 15 días más, lo que significa que bajo ninguna circunstancia se podrá prolongar esta medida por más de 45 días.

Los plazos establecidos en la Ley 136-03 para cualquiera de las medidas cautelares se refieren a días calendario o naturales.

El tiempo de cumplimiento de la medida cautelar privativa de libertad se abonará en su totalidad al tiempo de cumplimiento de la sanción homóloga que se pueda imponer por la misma causa. El/la Juez/a podrá ordenar que se tenga por ejecutada la sanción impuesta en aquellos casos que se estime razonablemente compensada por la duración de la medida cautelar.

4. La Privación Provisional de Libertad cómo Medida Cautelar

4.1. Generalidades.

Si tomamos como referencia el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, se llega simplemente a enumerar los derechos y garantías propios de la justicia penal de adultos que, aunque contribuyen en gran medida, no alcanzan a determinar la especificidad del Derecho Penal Juvenil. El modelo de responsabilidad penal de los adolescentes deriva, fundamentalmente, de la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan, los que conforman la denominada 'doctrina de la protección integral'.

Manifiesta el magistrado costarricense Gilbert Armijo Sancho que: *"(...) en principio, las medidas cautelares privativas de libertad no se diferencian, en lo esencial, de las penas privativas de libertad que se le imponen al menor acusado como consecuencia del hecho punible", esto en el sentido que ambas afectan un derecho tan fundamental como la libertad del individuo.* Para todos los efectos, en sendas situaciones, el adolescente se encuentra ante la misma realidad: encerrado en un centro, con la leve diferencia que, en el primer supuesto, es decir, cuando de medida cautelar se trate, el tiempo que cumpla en esta etapa le será tomado en cuenta de ser sancionado con privación de libertad como sumatoria al tiempo impuesto por la sanción. (Armijo. 1998:127,128)

El principio educativo transversaliza todo el Derecho Penal Juvenil y le imprime un carácter particular a la privación provisional de libertad diferenciándola de la prisión preventiva del Derecho Procesal Penal de adultos.

Las particularidades del Derecho Penal Juvenil conllevan a que la privación provisional de libertad deba ejecutarse en forma separada de la prisión preventiva de los adultos. La Regla 13.4 de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores establece que: *"(...) Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos".* Esta disposición es clara y precisa.

Lo establecido en el numeral 13.5 de las mencionadas Reglas fundamenta el principio educativo antes aludido en cuanto indica que: *"(...) Mientras se encuentren bajo custodia,*

los menores recibirán cuidados, protección y toda asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

Por otra parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad disponen, en la No.18 b) lo siguiente:“(…) Cuando sea posible deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no se les obligará a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, estudios o de capacitación”. Esta disposición deja claro que el principio educativo no puede servir para justificar la imposición de la privación provisional de libertad.

La Ley 136-03 establece que: *“(…) la privación provisional de libertad es una medida cautelar de carácter excepcional. Sólo podrá ser ordenada mediante sentencia motivada y se utilizará si no fuere posible aplicar otra medida menos grave. En ningún caso podrá ser ordenada con el objeto de facilitar la realización del estudio psicosocial o pruebas físicas a la persona adolescente para determinar su edad”.*

La prevalencia de lo que algunos autores denominan “el síndrome de la prisión preventiva” nos obliga a examinar detenida y cuidadosamente los supuestos materiales y formales que autorizan la excepcional medida de privar preventiva o provisionalmente de su libertad a un/a adolescente.

La Regla 6 de Tokio establece:“La prisión preventiva como último recurso”. Las Reglas 6.1 y 6.2 establecen lo siguiente:

“En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”.

“Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

La Regla 6.3 establece disposiciones relativas al doble grado de jurisdicción; de acuerdo a la misma, el adolescente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial en los casos en que se le imponga prisión preventiva.

4.2. Requisitos Materiales y Supuestos que Autorizan la Privación Provisional de Libertad.

Los requisitos materiales de la privación provisional de libertad, al igual que en el Derecho Penal de adultos, son: a) la sospecha suficiente de culpabilidad, b) la existencia de una causal de prisión preventiva y c) el respeto al principio de proporcionalidad. De estos requisitos, el último tiene una importancia capital.

La sospecha suficiente de culpabilidad es una consecuencia del principio de proporcionalidad. La exigencia de un grado de sospecha para disponerse la privación provisional de libertad impide que pueda exigirse a un adolescente que sufra de una restricción de la intensidad y duración de esta medida cautelar cuando no existe suficiente grado de probabilidad como para esperar que pueda dictarse posteriormente una sentencia condenatoria.

Este requisito no está previsto expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, ni por los instrumentos internacionales que la complementan. No obstante, puede inferirse del artículo 37, literal b) de dicha Convención, en cuanto dispone que: “(...) ningún niño puede ser privado de su libertad arbitrariamente”.

La Ley 136-03 establece que se podrá ordenar la medida cautelar de privación provisional de libertad cuando existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que la persona adolescente es autor o cómplice de la comisión de una infracción a la ley penal y que, de conformidad con la calificación dada a los hechos, se trate de una infracción que en el derecho común se castigue con una sanción que exceda los cinco años, condicionando esto a las circunstancias o causales de privación provisional de libertad detalladas a continuación:

- a) Exista el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia;
- b) Exista posibilidad de destrucción u obstaculización de los medios de prueba;
- c) Exista peligro para la víctima, el denunciante, querellante o testigo.

La previsión de estas causales está influida por el principio de presunción de inocencia, principio éste asumido por el paradigma de la responsabilidad penal de los adolescentes derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales. La Convención dispone en su artículo 40.2 b) i) que todo niño tiene derecho a que se le garantice: “(...) que se *presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley*”, principio regulado igualmente por la Regla 7.1 de Beijing y por la Regla 17 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que dispone lo siguiente: “(...) Se *presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales...*”, reiterada esta relación entre la presunción de inocencia y la medida cautelar de privación provisional de libertad en el numeral 18 de dichas Reglas al establecer que las condiciones de detención deberán ajustarse a “*las exigencias de la presunción de inocencia*”.

De acuerdo al profesor y magistrado costarricense Javier Llobet Rodríguez, “*aunque no esté previsto expresamente los fines que se persiguen con la detención provisional, dichos fines se pueden deducir de la previsión de la presunción de inocencia, ya que ésta exige que*

la detención provisional no pueda convertirse en una pena anticipada y que debe ser diferenciada de la sanción privativa de libertad. Esta distinción debe hacerse a partir de los fines perseguidos. Así la detención provisional debe tener más bien fines de carácter procesal: evitar el peligro de fuga del joven imputado y el peligro de obstaculización”.

En lo que respecta al peligro de fuga como causal de la medida cautelar privativa de libertad, la Ley 136-03 establece que puede disponerse dicha medida cuando “exista el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia”. Esta causal es similar al peligro de fuga.

La segunda causal enunciada en la Ley 136-03 se refiere al peligro de obstaculización al expresar que puede ordenarse la privación provisional de libertad cuando “exista posibilidad de destrucción u obstaculización de los medio de prueba”. Esta causal es similar a la prevista en el Derecho Procesal Penal de adultos.

En el Derecho Penal Juvenil tienen más importancia los supuestos de delincuencia violenta que los supuestos de delincuencia económica que generalmente caracterizan las transgresiones a la ley penal protagonizadas por adultos.

La tercera causal que establece la Ley 136-03 para ordenar privación provisional de libertad es que “exista peligro para la víctima, el denunciante, querellante o testigo”. Esta causal está íntimamente relacionada con el peligro de obstaculización, debiéndose rechazar cualquier pretensión fundamentada en el peligro de reiteración delictiva, supuesto de dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia y, además, no contemplado por la Ley 136-03.

El tercer requisito material se basa en el principio de la proporcionalidad, que la Ley 136-03 recoge cuando precisa: “(...) y que, de conformidad con la calificación dada a los hechos, se trate de una infracción que en el derecho común se castigue con una sanción que exceda los cinco años, siempre que se presente adicionalmente una cualquiera de las circunstancias siguientes”..., que fue detallado precedentemente.

De acuerdo a Llobet Rodríguez, “(...) el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, se divide en tres subprincipios: a) de necesidad, b) de idoneidad y c) de proporcionalidad en sentido estricto. (Llobet. 2002:226)

En lo concerniente al subprincipio de necesidad, es relevante que toda medida que restrinja un derecho fundamental debe ser la *‘última ratio’*, de manera que, si el fin puede lograrse por medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben perseguirse estos otros medios.

El subprincipio de idoneidad se refiere a que la privación provisional de libertad sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, denominado también principio de prohibición del exceso, exige que se lleve a efecto un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida cautelar guarda relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

En lo atinente a la privación provisional de libertad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto influye en la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad como requisito material de la detención provisional, también en lo concerniente a la corta duración que debe tener ésta y el establecimiento de plazos máximos. Además, conduce a que deba hacerse un balance, en el caso concreto, entre lo que implica esta medida para el adolescente y la gravedad de los hechos atribuidos, lo que lleva al establecimiento del carácter aun más excepcional de privar provisionalmente de libertad a adolescentes cuya edad se encuentre en el primer grupo etario establecido por el artículo 223 de la Ley 136-03, es decir, a los adolescentes de 13 a 15 años, por los efectos especialmente dañinos que pudiera tener para este segmento de la población adolescente, si son privados de su libertad.

4.3. Principios Rectores.

El Derecho Penal Juvenil tiene algunas normas procesales propias, fundamentadas como se ha expresado, en el principio educativo, entre ellas la regulación de la privación provisional de libertad.

Debido a los efectos negativos que tiene la privación provisional de libertad desde la perspectiva del principio educativo, se establece que esta medida debe ser evitada al máximo, debiendo utilizarse sólo como último recurso. Cuando sea inevitable ordenarla, debe durar el plazo más breve posible. El estar privado de libertad conlleva siempre la posibilidad de sufrir daños irreparables en lo físico y en lo psíquico, lleva a depresiones graves con severas consecuencias en el desarrollo emocional, especialmente tratándose de adolescentes, que son personas en formación y desarrollo.

Por eso la utilización de la prisión provisional ha sido considerada la última alternativa, porque el Estado de Derecho presume que toda persona es inocente hasta que se demuestre por sentencia lo contrario. La detención cautelar del adolescente debe estar fuertemente unida al estado constitucional de inocencia que consagra la Constitución Política, pues sólo se admite cuando se trate de salvaguardar fines procesales. Esta posición no es nueva, pues este criterio fue externado por Beccaria, para quién “(...) *siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga... y no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos*”.

4.4. Plazo.

El artículo 291 de la Ley 136-03 es claro y preciso al establecer que: “(...) la privación provisional de libertad ordenada por el juez durante la investigación tendrá una duración máxima de treinta (30) días y podrá ser sustituida por otra medida menos grave en cualquier momento, a solicitud de partes”. Esta disposición hace admisible la revocación de la medida en cualquier momento del proceso y su parte final excluye la oficiosidad del juez, limitando esta facultad a las partes, por solicitud.

El artículo antes mencionado contempla un único plazo de prórroga de 15 días, condicionado el mismo a que el ministerio público estime que debe prorrogarse, por solicitud motivada, sujeto esto a la valoración, por parte de el/la juez/a, de las actuaciones y circunstancias particulares del caso. Este artículo es enfático al decretar que en ningún caso la prórroga podrá ser mayor de 15 días.

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que el plazo máximo total que un adolescente podría estar privado provisionalmente de su libertad es 45 días. Se debe tener presente que estos plazos se refieren a días calendario o naturales.

Nótese que en el caso de la medida cautelar de privación de libertad, el plazo máximo es menor (45 días) que el plazo establecido para cualquiera otra de las medidas cautelares precedentemente tratadas, que, según el artículo 286 de la Ley 136-03, podría llegar a ser por un máximo de tres (3) meses.

El artículo 292 de la Ley 136-03 establece el concepto de máxima prioridad que recoge el principio de celeridad procesal del que se había hablado precedentemente, estableciendo la obligatoriedad de que los tribunales y órganos de investigación consideren de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos.

5. Procedimiento

Lo relativo al procedimiento para ordenar medidas cautelares en general y privación provisional de libertad, en particular, se traduce, de acuerdo a la Ley 13-03, en la discusión de la solicitud del ministerio público, en una audiencia que será oral y contradictoria, con publicidad restringida a las partes, a la que comparecen las personas que intervienen en el proceso, debiendo, indefectiblemente, estar presente el/la adolescente imputado/a y su abogado/a defensor/a.

La Ley 136-03 no trazó el procedimiento relativo a las audiencias que deben ser celebradas en la etapa preparatoria. Por tanto apremiaba reglamentar lo relativo a esta fase del proceso, muy especialmente aquellas que tienen que ver con medidas cautelares solicitadas con la finalidad de asegurar la comparecencia de la persona adolescente imputada a los actos procesales y a la ejecución de la sentencia.

Atendiendo al carácter de agilidad que deben tener estos procesos mediante la implantación de mecanismos que permitan tramitar y decidir con rapidez las peticiones respecto de medidas cautelares; a que es preciso crear prácticas respecto a la celebración de las audiencias que se producen durante la etapa preparatoria a los fines de lograr mayor celeridad y eficacia en el conocimiento de tales procesos; a que se requiere implementar controles que permitan un correcto funcionamiento de los mecanismos procesales para la revisión de las medidas cautelares a fin de evitar su uso excesivo e irrazonable; el Pleno de la Suprema Corte de Justicia dictó, el 7 de septiembre del 2006, la Resolución No.2634-2006 del Reglamento sobre Medidas Cautelares y Celebración de Audiencias durante la Etapa Preparatoria, cuyo dispositivo se transcribe textualmente:

CAPITULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Denominación. La presente resolución se denomina Reglamento sobre Medidas Cautelares y Celebración de Audiencias durante la Etapa Preparatoria ante la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes.

Artículo 2. Objeto. Tiene por objeto establecer en la jurisdicción de niños, niñas y adolescentes los procedimientos y operatividad de las solicitudes de medidas cautelares, así como también la revisión de las mismas en los casos en que se disponen a solicitud de parte.

CAPITULO II: COMPETENCIA: Alcance y Extensión

Artículo 3. Competencia. El presente reglamento se aplica en la sala penal del tribunal de niños, niñas y adolescentes, en el tribunal de niños, niñas y adolescentes con plenitud de jurisdicción, en la cámara Penal del tribunal de primera instancia y en el tribunal de primera instancia con plenitud de jurisdicción, en atribuciones de niños, niñas y adolescentes. Se aplica también, en cuanto sea pertinente, al funcionamiento del sistema de toda otra audiencia o vista que sea celebrada durante el procedimiento preparatorio de conformidad con lo previsto por los artículos 285 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos

Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes y 292 del Código Procesal Penal, salvo lo que se indicará en el presente reglamento de la audiencia preliminar.

Artículo 4. Alcance y extensión. El presente reglamento se aplica a las siguientes actuaciones:

- Peticiones de medidas cautelares hechas por el ministerio público de niños, niñas y adolescentes o quien haga sus veces;
- Revisión de medidas cautelares a instancia de la persona adolescente imputada;
- Modificación de medidas cautelares;
- Revocación de medidas cautelares;

CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA

Artículo 5. Petición. La solicitud para la aplicación de medida cautelar debe ser hecha por el ministerio público de niños, niñas y adolescentes o quien haga sus veces. La petición puede ser un escrito simple y sin formalidades especiales, que contenga los datos personales de la persona adolescente imputada, un relato sucinto del hecho y su calificación jurídica con los elementos de prueba que lo sustentan, el tipo de medida que se requiere y, en su caso la solicitud de arresto.

Párrafo: La solicitud puede ser realizada mediante escrito depositado en la secretaría del tribunal competente personalmente, vía fax, correo electrónico u otro cualquiera de los medios establecidos en el reglamento para la tramitación de notificaciones, citaciones y comunicaciones judiciales.

Artículo 6. Fijación de audiencia y convocatoria. Recibida la petición, el juez procederá de inmediato o la fijación de audiencia, debiendo la secretaria convocar toda persona que deba asistir. La convocatoria deberá contener la fecha de celebración de la audiencia, la indicación de la calidad en que se le cita y todos los elementos que permitan al destinatario de la misma preparar adecuadamente sus medios de defensa.

Artículo 7. Preparación de la audiencia. Con antelación al momento de la audiencia, la secretaria asegurará los siguientes elementos:

.Un lugar adecuado para la celebración de la audiencia que garantice el principio de confidencialidad.

- Los equipos necesarios para la celebración de la audiencia.
- Los antecedentes documentales del proceso.

Contactar, por cualquier vía, los encargados del traslado de la persona adolescente imputada, en caso de estar detenida, y velar por su comparecencia oportuna a la audiencia.

.Verificar la convocatoria hecha al adolescente imputado cuando éste se encuentre en libertad.

.Contactar, por cualquier vía, al defensor, al ministerio público y al querellante para asegurarse de su presencia a la hora prevista para la audiencia.

Artículo 8. El juez que resulte apoderado de una solicitud de medida cautelar celebrará la audiencia dentro de los siguientes términos:

I) Si la persona adolescente contra quien se dirige la petición se encuentra bajo arresto, la audiencia será celebrada el mismo día tan pronto le sea presentada la persona adolescente imputada

Artículo 9. Ámbito de la discusión. Para la imposición de una medida cautelar, durante la audiencia serán escuchadas las partes debidamente convocadas y de modo exclusivo sobre los siguientes puntos:

- 1) La ocurrencia de un hecho tipificado como infracción penal.
- 2) La probable participación de la persona adolescente imputada como autor, coautor o cómplice.
- 3) Riesgo razonable de que la persona adolescente imputada no se presentará a los actos del procedimiento y al pronunciamiento de la sentencia.

Párrafo: En cuanto sean aplicables rigen las reglas propias del juicio, adaptadas a la sencillez de la audiencia para medida cautelar. El juez indicará a las partes el tiempo necesario para que viertan su parecer en torno a los puntos sometidos a discusión, tomando en cuenta el grado de complejidad del asunto a decidir.

Artículo 10. Presentación de pruebas. A los fines de determinar la probabilidad para dictar medida cautelar será suficiente con que las partes informen al juez respecto del contenido y valor de las pruebas obtenidas hasta el momento.

DECISION DEL JUEZ

Artículo 11. La decisión. Respecto de la medida cautelar debe, en todo caso, ser rendida al final de la audiencia luego de las conclusiones de las partes, no pudiendo el juez reservarse el fallo para un día posterior.

Artículo 12. Contenido de la resolución la resolución debe conformarse a los requisitos previstos en el artículo 231 del Código Procesal Penal. Dicha resolución puede ser dictada sobre minuta y debe ser motivada de manera íntegra el mismo día.

Artículo 13. Acta de información. Previo a la ejecución de las medidas cautelares se levantará un acta en la que conste la notificación a la persona adolescente imputada, la identificación y el domicilio de la institución o de los particulares que intervengan en la ejecución de la medida y la aceptación de la función u obligación que les ha sido asignada, el señalamiento del lugar o la forma para recibir notificaciones y, la promesa formal de la persona adolescente imputada de presentarse a las citaciones.

Artículo 14. Notificación de la resolución. La lectura de la resolución, luego de la audiencia, vale notificación cuando la misma es dictada en presencia de las partes, a las cuales se les expedirá copia debidamente motivada.

Artículo 15. Revisión de las medidas cautelares. Todas las medidas cautelares pueden ser revisadas a solicitud de parte. Previo a la fijación de la audiencia y conforme prevé el artículo 291 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes y los artículos 238 y 240 del Código Procesal Penal, el juez ponderará su admisibilidad, siempre que el solicitante cumpla con las siguientes condiciones:

1. Presentación precisa de hechos, pruebas o presupuestos que determinen la variación de las condiciones que justificaron la imposición de la medida.
2. Presentación de certificación que no ha mediado recurso de apelación y, en caso que se haya interpuesto el recurso deberá presentarse la decisión de la Corte

Párrafo I. En todos los casos en que el juez admita una solicitud revisión de medida cautelar, sólo se fijará audiencia cuando se trate de privación provisional de libertad o detención en el propio domicilio, conforme lo dispone el artículo 240 del Código Procesal Penal, o cuando la revisión procure la imposición de una de estas medidas. Tanto esta decisión de admisibilidad como la instancia en solicitud de revisión, deberán ser notificadas a todas las partes. Cuando la solicitud se refiera a la revisión de las demás medidas establecidas en el artículo 286 de la ley 136-03, se resolverá de manera administrativa mediante una sola decisión tanto la admisibilidad como el fondo.

Párrafo II. El desarrollo de la audiencia de revisión se realizará conforme a las reglas de la audiencia para medidas cautelares.

Párrafo III. En caso de que el juez decida no acoger la solicitud de revisión porque los presupuestos que dieron lugar a la medida no han variado, emitirá un auto motivado declarado la inadmisibilidad de la solicitud y lo notificará al solicitante. Si la admite procederá a la fijación de audiencia para su conocimiento.

Artículo 16. El presente reglamento aplica de igual manera 3 todos los casos en los cuales deba celebrarse audiencia durante la etapa preparatoria, tomando en cuenta la naturaleza y particularidades de los casos sometidos al juez de niños, niñas y adolescentes en sus atribuciones penales o a quien haga sus veces, salvo lo previsto para la audiencia preliminar; la cual se encuentra regida por lo establecido por el artículo 304 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes y 300 del Código Procesal Penal.

Artículo 17-Variación de la medida cautelar por incumplimiento. En los casos que la persona adolescente imputada haya incumplido con la medida cautelar impuesta, el ministerio público de niños, niñas y adolescentes, o quien haga sus veces, solicitará fijación de la vista donde deben ser citadas las partes a los fines de que sean presentadas y discutidas las pruebas del incumplimiento de dicha medida.

Párrafo I. La audiencia a estos fines debe ser celebrada dentro de los tres (3) días y las partes serán convocadas dentro de las 24 horas, siendo obligatoria la comparecencia del ministerio público de niños, niñas y adolescentes o quien haga sus veces la persona adolescente imputada y su abogado:

Párrafo II. En caso de que la persona adolescente imputada debidamente citada no comparezca al conocimiento de la vista, sin que la defensa presente excusa válida, se procederá conforme al artículo 100 del Código Procesal Penal, declarando la rebeldía de la persona adolescente imputada y ordenando su arresto.

Párrafo II. Una vez arrestada la persona adolescente deberá ser inmediatamente presentada ante el juez que dictó la orden a los fines de escuchar los alegatos del ministerio público sobre el cambio de medida. El juez que conoce la instrucción de estos procesos no puede ordenar cambio de medida en ausencia de la persona adolescente imputada, aún en los casos de declaración de rebeldía.

CAPITULO III: DISPOSICIONES FINALES

Artículo 18. Fuerza vinculante del reglamento. El presente reglamento será de aplicación obligatoria y uniforme en todos los departamentos y distritos judiciales.

Artículo 19. Ordena comunicar la presente resolución al Procurador General de la República, al Director General de la Carrera Judicial, a los jueces de paz, a los jueces de niños, niñas y adolescentes, a los jueces penales y a los Jueces penales y a los jueces con plenitud de jurisdicción, en funciones de niños, niñas y adolescentes, para fines de su cumplimiento, y que sea publicada en el Boletín Judicial para su conocimiento general."

Esta Resolución llena el vacío de la Ley 136-03 en cuanto al procedimiento de las medidas cautelares de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal.

6. EJECUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La Dirección Nacional de Atención Integral de la Persona Adolescente en Conflicto con la Ley Penal, dependencia de la Procuraduría General de la República, es la encargada de coordinar con el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), todos los programas y las acciones relativas a la ejecución de las sanciones penales impuestas a las personas adolescentes. El literal e) del Art.359 de la Ley 136-03 le otorga la función de garantizar, coordinar y supervisar la existencia de programas de atención terapéutica y orientación sicosocial a las personas adolescentes que se encuentren cumpliendo una sanción o medida cautelar, en coordinación con sus familiares más cercanos.

Las instituciones públicas y privadas que tengan relación con medidas cautelares impuestas a las personas adolescentes, que impliquen un deber de la comunidad, podrán ser conminadas por el/la juez/a para que hagan cumplir dichas medidas.

A tales fines, se crearán, a diversos niveles, mecanismos apropiados para facilitar el establecimiento de vínculos entre los servicios encargados de las medidas no privativas de la libertad, otras ramas del sistema de justicia penal juvenil y los organismos de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en sectores como salud, vivienda, educación, trabajo y los medios de comunicación.

Con relación a la medida cautelar de privación provisional de libertad, la citada Regla 13.4 de Beijing establece la separación de los adolescentes de los adultos en prisión preventiva y de los propios adolescentes sancionados.

Las personas adolescentes que se encuentren en prisión preventiva deben gozar de todos los derechos y garantías previstos en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos/as en general, en las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en su artículo 9, en el literal b) del párrafo 2 del artículo 10 y en el párrafo 3 del mismo artículo.

Las diversas características físicas y psicológicas de los/las jóvenes reclusos/as pueden justificar medidas de clasificación por las cuales algunos de ellos/as pudieran estar separados de otros/as jóvenes que se encuentren privados de libertad provisionalmente, lo que contribuye a evitar que se conviertan en víctimas de otros/as adolescentes.

El Capítulo VIII del Libro Tercero de la Ley 136-03 dispone todo lo relativo a la ejecución y al cumplimiento de las sanciones penales por la persona adolescente.

Establece el objetivo de la ejecución, los medios para lograrlo y unos principios generales y derechos a que son acreedores los/as adolescentes durante la ejecución y cumplimiento de las sanciones.

Aunque se refiere específicamente a la ejecución y cumplimiento de las sanciones, o sea las decretadas con posterioridad al conocimiento del fondo y por determinación o comprobación de culpabilidad por el hecho, estas disposiciones, por analogía, son aplicables a las medidas cautelares, en especial la privativa de libertad, en cuanto le sean aplicables.

Lo antes expresado encuentra su fundamento en el artículo 349, literal k, que establece: *“(...) Que se le garantice la separación de las personas infractores mayores de dieciocho años y, en caso de estar bajo una medida cautelar, a estar separada de las personas adolescentes declaradas responsables mediante una sentencia definitiva”*.

7. PRECISIONES FINALES.

En el Derecho Penal Juvenil, las medidas cautelares presentan particularidades especiales con respecto al Derecho Procesal Penal de adultos, especialmente como consecuencia del principio educativo y la influencia que sobre éste ejercen las valoraciones propias del principio de proporcionalidad, que establece requisitos de mayor intensidad para determinar cuándo una privación provisional de libertad debe ser impuesta a el/la adolescente imputado/a.

El principio de necesidad, derivado del de proporcionalidad, exige que en el caso concreto deban buscarse otras medidas cautelares alternativas a la privación provisional de libertad, de manera que esta sea siempre la 'última ratio' o último recurso que se adopte de la gama de medidas cautelares de la justicia penal juvenil. Así se desprende del estado constitucional de inocencia que protege a toda persona.

El principio de proporcionalidad lleva a la menor duración posible de cualquier medida que se adopte, por lo que deben respetarse los plazos establecidos por la ley.

También tiene este principio una amplia influencia en la medida cautelar privativa de libertad en el sentido de que no es posible la privación provisional de libertad durante el proceso cuando no es factible que se disponga, en caso de decisión condenatoria, la sanción privativa de libertad. Esto, unido a la corta duración de la medida, es el aspecto más relevante e identificador de la medida cautelar privativa de libertad, la que con ello adquiere un carácter más excepcional que en el Derecho Penal de adultos.

Por ello ni aun frente a los supuestos procesales que autorizan su dictado procede decretarse de manera automática. El/la juez/a debe previamente determinar si es factible obtener la protección de la víctima o salvaguardar las pruebas o evidencias. Sólo cuando ello no sea posible y siempre de forma excepcional, puede ordenarse la privación provisional de la libertad. En estos casos, el/la juez/a debe fundamentar la decisión y justificar la proporcionalidad de la medida. Cuando los fines procesales se hayan alcanzado antes del vencimiento del plazo por el cual fue impuesta la medida cautelar de privación provisional de libertad, ésta debe ser dejada sin efecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO, GILBERT. **MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL JUVENIL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL)**. SAN JOSÉ: EDITORIAL INVESTIGACIONES JURÍDICAS, S.A. 1998.
- AROSEMENA DE TROITIÑO, ESMERALDA; MONTENEGRO, MARIANELA; Y OTROS. **FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES**. UNICEF/ÓRGANO JUDICIAL/ESCUELA JUDICIAL. CIUDAD DE PANAMÁ: IMPRESORA PACÍFICO, S.A. 1999
- AROSEMENA DE TROITIÑO, ESMERALDA; FUENTES, ARMANDO; Y OTROS. **EL PROCESO PENAL DE ADOLESCENTES: DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LA ADOLESCENCIA**. UNICEF/ÓRGANO JUDICIAL/ ESCUELA JUDICIAL. CIUDAD DE PANAMÁ: IMPRESORA PACÍFICO, S.A. 2000
- AROSEMENA DE TROITIÑO, ESMERALDA; ROJAS, ALEJANDRO; Y OTROS. **DERECHO PENAL JUVENIL**. UNICEF/ÓRGANO JUDICIAL/ ESCUELA JUDICIAL. CIUDAD DE PANAMÁ: IMPRESORA PACÍFICO, S.A. 2000
- BARATTA, ALESSANDRO. **PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL MÍNIMO EN DOCTRINA PENAL**. BUENOS AIRES: EDICIONES DEPALMA. 1987
- BARATTA, ALESSANDRO. **ELEMENTOS DE UN NUEVO DERECHO PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. LIBRO LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**. SAN SALVADOR: EDITORIAL HOMBRES DE MAÍZ. 1995
- BELOFF, MARY Y GARCIA, EMILIO. **INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA**. SEGUNDA EDICIÓN, TOMOS I Y II. EDITORIAL TEMIS, SANTA FE DE BOGOTÁ, COLOMBIA. BUENOS AIRES : EDICIONES DEPALMA. 1999
- BINDER, ALBERTO. **MEJOR INFRACCIÓN Y PROCESO... ¿PENAL? EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL. EL NUEVO PROCESO JUVENIL, UN DERECHO PARA LA LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD**. SAN SALVADOR: EDITORIAL HOMBRES DE MAÍZ. 1995
- CABALLERO, JESÚS; CUELLAR, RIGOBERTO Y GALAN, JUAN. **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO PROCESO PENAL**. TEGUCIGALPA: LITOCOM, S. DE R. L. DE C.V. 2000
- CAFFERATA, JOSÉ. **MEDIDAS DE COERCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN**. BUENOS AIRES: EDITORIAL DEPALMA. 1992
- CORTES, RONALD. **LA ETAPA PREPARATORIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL**. SAN JOSÉ: EDITORIAL INVESTIGACIONES JURÍDICAS, S.A. 1998
- DE PRADA, RICARDO Y PÉREZ-CADALSO, GUILLERMO. **EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS JUDICIALES EN EL PACTO DE SAN JOSÉ. CUADERNOS DE ESTUDIOS JUDICIALES RAFAEL ALVARADO MANZANO**. TEGUCIGALPA: LITOCOM, S. DE R. L. DE C.V. 2001
- DUCE, MAURICIO. **INTRODUCCIÓN AL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL**. SANTIAGO: TALLERES DIGITALES RIL. 2002
- FERRAJOLI, LUIGI. **DERECHO Y RAZÓN**. MADRID: EDITORIAL TROTTE. 1995
- GARCIA, EMILIO. **PARA UNA HISTORIA DEL CONTROL SOCIO-PENAL DE LA INFANCIA. LA INFORMALIDAD DE LOS MECANISMOS FORMALES DE CONTROL SOCIAL EN INFANCIA. DE LOS DERECHOS Y DE LA JUSTICIA**. BUENOS AIRES: EDICIONES DEL PUERTO. ARGENTINA. 1998
- HERNÁNDEZ, EDGAR. **MINISTERIO PÚBLICO Y LA ACCIÓN PÚBLICA**. SANTO DOMINGO: EDITORA BUHO. 1999
- HERRERA, HIPÓLITO. **PROCEDIMIENTO CRIMINAL**. SANTO DOMINGO: EDITORA EL SÓTANO. 1998
- HODGKIN, RACHEL Y NEWELL, PETER. **MANUAL PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**. UNICEF. GINEBRA: ATAR ROTO PRESSE. 2001
- HOUEDE, MARIO. **PROCESO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**. SAN JOSÉ: LITOGRAFÍA E IMPRENTA LIL, S.A. 1997
- LLOBET, JAVIER. **LA PRISIÓN PREVENTIVA, LÍMITES CONSTITUCIONALES**. SAN JOSÉ: UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL. 1997
- MAXERA, RITA. **LA LEGISLACIÓN PENAL DE MENORES A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN DERECHO A TENER DERECHO** Tomo II. UNICEF. EDITORIAL LA PRIMERA PRUEBA, C.A. 1992
- MAZA, JOSÉ. **“LA PRISIÓN PREVENTIVA” EN EL LIBRO CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL. PROYECTO FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL**. SANTO DOMINGO: EDITORA CORRIPIO, C. POR A. 2002
- MORICETE, BERNABEL. **“NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL” EN EL LIBRO CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL**. SANTO DOMINGO: EDITORA CORRIPIO, C. POR A. 2002
- PALACIOS, JOSÉ Y FERNÁNDEZ, JESÚS. **CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO**. TEGUCIGALPA: LITOCOM, S. DE R.L. DE C.V. 2000
- PELLERANO, JUAN. **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO. ESTUDIOS JURÍDICOS, VOLUMEN VIII, NÚMERO 2**, DE 1997. SANTO DOMINGO: EDICIONES CAPELDOM, S.A. 1997
- PELLERANO, JUAN. **“DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES” EN GACETA-JUDICIAL DE FEBRERO**. SANTO DOMINGO. 2001
- TEJADA, ADRIANO; SUÁREZ, CARLOS Y COLS. **CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES**. SANTO DOMINGO: PARME. 2003
- TIFFER, CARLOS. **LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL COMENTADA Y CONCORDADA**. SAN JOSÉ: EDITORIAL JURITEXTO. 1996
- TIFFER, CARLOS; LLOBET, JAVIER Y DUNKEL, FRIEDER. **DERECHO PENAL JUVENIL**. SAN JOSÉ: IMPRENTA Y LITOGRAFÍA MUNDO GRÁFICO DE SAN JOSÉ, S.A. 2001. 1ª EDICIÓN

- VASQUEZ, DOMINGO. EL DEBIDO PROCESO. LIBRO CURSO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. SANTO DOMINGO. 2000 CONSTITUCIÓN, CONVENCIONES, PACTOS, REGLAS, DIRECTRICES, CÓDIGOS, LEYES Y RESOLUCIONES. REPÚBLICA DOMINICANA [LEYES] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, 2002.
- ORGANANAZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 1966, APROBADO POR EL CONGRESO NACIONAL MEDIANTE RESOLUCIÓN No.684 DE FECHA 27 DE OCTUBRE DE 1977, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL No.9451 DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1977. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ, DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 1969, APROBADA POR EL CONGRESO NACIONAL MEDIANTE RESOLUCIÓN No.739 DE FECHA 25 DE DICIEMBRE DE 1977, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL No.9460 DEL 11 DE FEBRERO DE 1978. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANANAZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING), DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 1985. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE FECHA 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, APROBADA POR EL CONGRESO NACIONAL MEDIANTE RESOLUCIÓN No.8-91 DE FECHA 23 DE MARZO DE 1991, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL No.9805 DEL 15 DE ABRIL DE 1991. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO), DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 1990. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD), DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 1990. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD, DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 1990. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DE FECHA 28 DE AGOSTO DE 2002. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- REPÚBLICA DOMINICANA [CÓDIGOS] CÓDIGO PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (LEY 136-03). **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG [FECHA DE CONSULTA]
- REPÚBLICA DOMINICANA [CÓDIGOS] CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. (LEY 76-02). **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- BELOFF, MARY Y GARCÍA, EMILIO. LEYES LATINOAMERICANAS COMPILADAS POR MARY BELOFF Y EMILIO GARCÍA MÉNDEZ. EN: INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA. BUENOS AIRES : EDICIONES DEPALMA, 1998.
- ESPAÑA [LEYES] LEY ORGÁNICA 5/2000 QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES EN ESPAÑA. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG
- REPÚBLICA DOMINICANA [RESOLUCIONES] RESOLUCIÓN No.2634-2006 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, DENOMINADA REGLAMENTO SOBRE MEDIDAS CAUTELARES Y CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS DURANTE LA ETAPA PREPARATORIA. **[EN LINEA] DISPONIBLE EN:** WWW.ENJ.ORG

Módulo II

LAS SANCIONES EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

Autore

Bernabel Moricete Fabián

Coordinadora:

Concepción Rodríguez González del Real

B) SANCIONES EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

1. Conceptos Generales

2. La sanción penal en los adolescentes en el marco de la Doctrina de la Protección Integral

3. Definición

4. Características

5. Principios Rectores.

Principio de proporcionalidad

Principio de legalidad.

Principio de culpabilidad.

Principio de determinación de la sanción.

Principio de privación de libertad en centro especializado

Principio de Humanidad.

Principio de educación y reinserción

6. TIPOS DE SANCIONES

Sanciones socio-educativas

Órdenes de orientación y supervisión

Sanciones privativas de libertad.

7. FINALIDAD DE LAS SANCIONES.

LAS SANCIONES EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES

*“... Dejáis que se dé a los niños una pésima educación
y que sus costumbres se corrompan ya desde los años más tiernos y
los castigáis al llegar a la virilidad por crímenes que su infancia hacía ya previsibles.
¿Qué otra cosa es esto, sino hacerles ladrones y castigarles luego?”*

TOMAS MORO. UTOPIA, 1516

Las ideas revolucionarias del tratamiento del menor de edad, en el campo del derecho penal, que nacen con la denominada ‘Doctrina de la Protección Integral’, rompen, en las décadas de los 80 y 90, con un sin número de paradigmas que, en aras de la ‘protección’, enfocaban la incursión de la persona menor de edad en el sistema penal como parte de una problemática social que hace abstracción de cualquier tipo de consideración jurídica de carácter penal –salvo (en las legislaciones previas a la Convención) para el caso del discernimiento que se tomaba como parámetro para darle al menor de edad el tratamiento de un adulto, con todas sus consecuencias- haciendo purgar, no obstante, al adolescente verdaderas penas por situaciones que nada tenían que ver con actos infraccionales y que se inscribían, más bien, en situaciones del más absoluto abandono y falta de orientación por parte de los adultos llamados a velar por su sano desarrollo; una forma de ver al menor de edad como un objeto de la buena intención de la sociedad, del Estado y sus instituciones, de la familia y que, en doctrina, se ha denominado “Teoría de la Situación Irregular”. Teoría ésta que encontraba base de sustentación en una creencia, ampliamente difundida, de que el menor de edad de conducta irregular es un sujeto en esencia diferente del niño, niña o adolescente ‘normal’ –se plantea- o no infractor. Sobre

lo cual expresa Emilio García Méndez que *“una concepción jurídica tutelar como la que imperó por casi un siglo en la región debió su vigencia a predominio de dos ideas hegemónicas: la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional. [...]”* (GARCIA MENDEZ: 2001, 18)

Sobre la noción de protección de la infancia al amparo de la Teoría de la Situación Irregular se señala —en palabras de García Méndez—, que *“La vigencia por tantos años de una concepción jurídica aparentemente tutelar (aunque en realidad criminalizadora de la pobreza de unos y cómplice de la impunidad de otros) en relación con la infancia no se mantuvo ni por fuerza, ni caprichosamente. Curiosamente, el derecho de menores y los sistemas de bienestar compasivo-represivo que el mismo generó, resultaron tan fáciles de aceptar para las “buenas” y malas” conciencias, como difícil resulta hoy la implantación de sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados en un modelo de justicia.”*¹ (GARCIA MENDEZ: 2001, 18)

La Doctrina de la Protección Integral encuentra su base de sustento por excelencia en la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo adelante “la Convención”), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a la que se unen otros instrumentos internacionales —como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de Menores, del 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, del 14 de diciembre de 1990 (Directrices de RIAD), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, del 14 de diciembre de 1990— dedicados de manera precisa, al igual que esta, a reconocer a favor de la población menor de edad, un amplio espectro garantista enfocado a la configuración de un sistema de administración e impartición de justicia penal, para adolescentes, que se encuentre *“dotada —como bien plantea Ferrajoli— de las mismas garantías que el derecho penal de adultos pero menos severo, tanto en la tipificación de los delitos cuanto en la cantidad y calidad de las sanciones.”* (BELOF y GARCIA MENDEZ: 1999, XVII)²

La Doctrina de la Protección integral, está trazada —siguiendo lo planteado por Ferrajoli cuando cita a Mary Belof en el prefacio de la obra *Ley, Infancia y Democracia en América Latina*— *“[...] en el sentido de que la intervención punitiva en la vida de los jóvenes debe ser limitada lo más posible, pero existir, cuando necesario, con la observancia de todas las garantías legales.”* (BELOF y GARCIA MENDEZ: 1999, XVII)

1 GARCIA MENDEZ, Emilio. La Dimensión Política de la Responsabilidad Penal de los Adolescentes en América Latina: Notas para la Construcción de una Modesta Utopía. En *Adolescente y Responsabilidad Penal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, p. 18

2 Ferrajoli aborda el tema de las garantías de los derechos fundamentales de las personas menores de edad al elaborar el prefacio de a la obra *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*.

La Doctrina de la protección Integral, en el ámbito de la aplicación, ejecución y cumplimiento de la sanción, representa un acercamiento cualitativo a la ciencia de la penología, pero como una rama autónoma en tanto las características y particulares exigencias del cumplimiento de sanciones de la población adolescente sancionada exigen una clara diferenciación e individualización del de los adultos. Así se concibe en los términos que se expresa el preámbulo de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad cuando señala, ***“reconoce que, debido a su vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección y que deberán garantizarse sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de su libertad y con posterioridad a él.”*** Sobre éste particular importa agregar la opinión de Ferrajoli, acerca del sentido garantista del derecho penal juvenil, al señalar que “[...] ***se trata de una opción respetuosa, que contradice el conformismo dominante también en Europa, donde continúa prevaleciendo modelos sustancialistas, “pedagógicos” y subjetivistas de tratamiento de la desviación juvenil, que de hecho en última instancia se convierten en formas de derecho máximo en cuanto máximamente represivos.***” (BELOF y GARCIA MENDEZ: 1999 XVII-XVIII)

Es oportuno observar, en términos generales (como señala Olga Elena Resumil), que ***“Tradicionalmente a la penología se la ha identificado con las sanciones represivas por su relación con la concepción de la pena-castigo, de la cual deriva su nombre. Se dice que la voz fue acuñada a principios de siglo XIX por Francis Lieber quien la definió como la rama de la ciencia criminal que trata o debe tratar del castigo del delincuente.”*** (:1992, p.159)

Hay autores que entienden la penología como una parte integrante de la criminología, en cambio Cuello Calón la sustrae de esta ciencia y la ubica como una disciplina autónoma que, para la realización de sus fines, toma en cuenta los datos e informes que la ciencia de la criminología le proporciona” (MORICETE y VERAS: 1992, 12); que para el caso de la población adolescente, al identificar las causas explicativas de la conducta antijurídica del joven infractor; podrá dar respuestas más efectivas e individualizadas a las necesidades de educación y reinserción del adolescente sancionado.

La concepción dada, sobre penología, ha ido variando para añadir como objeto de estudio de esta disciplina la medida de seguridad y otras sanciones tanto de carácter represivo como de función socializadora y educativa.

1.3 SANCION. DEFINICION

El término sanción evoca, en sentido amplio, al ***“Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo”*** (Dic. Gran Espasa Ilustrado, 1999). En un sentido más restringido, desde el punto de vista de la política estatal para la persecución del delito, se puede definir como el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta.

La sanción, es vista por Eugenio Cuello Colón como el sufrimiento impuesto conforme a la Ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales al culpable de una infracción penal (MORICETE y VERAS: 1992, 12).

La sanción constituye el elemento de contención, en cuanto la ley establece parámetros que deben ser respetados para su imposición, a la reacción de la sociedad contra aquel que ha infringido el orden preestablecido y se traduce, en el ámbito de la política penal, en un sufrimiento impuesto por el Estado al culpable del acto infraccional.

En el derecho penal de adolescente la política sancionadora estatal para la persecución del delito adquiere unos matices muy particulares que la hacen diferir considerablemente del régimen sancionador de los adultos; las sanciones a los adolescentes infractores se imponen sobre bases muy específicas, que irradian todo el proceso dimensionándose hasta alcanzar categoría de principios fundamentales que constituyen la fuente de interpretación de toda normativa aplicable en justicia penal juvenil, entre estos encontramos: el principio del interés superior del niño y la protección integral, que por sus alcances y trascendencia pueden considerarse la piedra angular de la impartición de justicia para este grupo étnico.

Tales principios intentan, en un primer momento, evitar que en el derecho sancionador de adolescentes se impongan sanciones y que, cuando sea inevitable, se disponga la menor restricción de derechos que se pueda imponer dentro de los parámetros legales, previniendo que no resulten desproporcionadas con las condiciones particulares del adolescente infractor –y del delito–, conducentes a su efectiva educación y reinserción. Los enunciados principios persiguen que se obvie la imposición de sanciones privativas de libertad³; o que en todo caso sea la última alternativa a la que legalmente el juez de niños, niñas y adolescentes deba apelar para sancionar el acto infraccional.

1.4 CARACTERÍSTICAS DE LAS SANCIONES

Partiendo de las definiciones dadas podemos identificar varias características en la sanción penal a saber:

³ La Regla 19.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores realiza dos recomendaciones básicas para la instauración de políticas sancionadoras del acto infraccional cometido por adolescentes. Por un lado la exigencia de que tan sólo se adopte la sanción privativa de libertad como medida de último recurso, lo que refleja un llamado a que se procure en todo momento la imposición de sanciones que limite en la mayor proporción posible la sustracción del menor de edad de su medio familiar o, en todo caso, del contacto con el medio social; y, por otro lado, ante la situación de que sea inminente la imposición de la sanción privativa de libertad, que ésta se lleve a ejecución y cumplimiento por el más breve tiempo posible, sobre cuyo mandato consideramos que debe entrar en juego el principio de proporcionalidad que no dependerá únicamente de la naturaleza del delito, sino, como se expresa en otra parte de este estudio, que deberá asociarse con otros elementos que se le anteponen como son las características particulares del adolescente como dispositivo de salvaguarda de su interés superior.

- f) Aún cuando en el ámbito penal de adolescente la sanción sobre el infractor menor de edad tiene unos fines educativos, es indudable que toda sanción penal constituye, en definitiva, un mal para el sujeto que se puede traducir en un sufrimiento físico o psíquico para el infractor. Este proviene de la privación o restricción impuesta al culpable del acto infraccional en bienes jurídicos que les pertenecen, que deberá consistir en una respuesta proporcional al bien jurídico lesionado.

En la Ley 136-03, promulgada el 7 de agosto del año 2003, que instituye el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03), se prevén sanciones que en ocasiones, por alejarse del fin educativo, adquieren unos matices que se orientan más bien como elemento de reprimenda; así el caso de la amonestación o advertencia, que definida en los términos establecidos en el artículo 330, evidencia que está dirigida a prevenir, en caso de que la conducta antijurídica se repita, que será inminente la imposición de algún tipo de castigo al expresar, el citado texto legal, que: “La amonestación es la llamada de atención oral o escrita que el juez hace al niño y/o adolescente imputado (a), exhortándolo (a) para que en lo sucesivo, se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social que el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes establezca expresamente. Cuando corresponda, deberá advertirles a los padres, tutores o responsables sobre la conducta infractora del niño, niña y/o adolescente y les solicitará intervenir para que el amonestado respete las normas legales y sociales de convivencia. La amonestación y la advertencia deberán ser claras y directas, de manera que el niño, niña y/o adolescente imputado (a), y sus representantes, comprendan la ilicitud de los hechos cometidos y la responsabilidad de los padres o representantes en el cuidado del hijo⁴”

- g) La sanción penal ha de ser establecida por la Ley y dentro de los límites que esta fija. El principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*) exige que se imponga conforme a lo ordenado por la Ley creando así una importante garantía jurídica que será tratada más adelante.

⁴ Esta previsión legal llama la atención por una aparente contradicción que inserta el legislador con respecto a la previsión contenida en el párrafo del artículo 223, en el que se consagra una inimputabilidad absoluta a favor de los niños y niñas menores de 13 años –y recordemos que en el Principio II de la Ley 136-03 se establece que se considera niño o niña a la persona desde su nacimiento hasta los doce años inclusive, a partir de donde se inicia la adolescencia– prohibiendo todo tipo de sanción por autoridad alguna sobre la persona de un niño o niña; pero resulta que en el caso del artículo 330 se permite la amonestación y advertencia ante el acto infractor de este sector de la población menor de edad, lo que evidentemente colocaría al juez en una situación de juzgador de la conducta infractora del niño, en violación a esa inimputabilidad que ya le ha sido reconocido, toda vez que la amonestación y advertencia están concebidas como sanciones en el glosario del artículo 327 y, en consecuencia, sólo podrán ser impuestas después de una valoración de culpabilidad con respecto a presunto infractor.

- h) Su imposición está reservada a los competentes órganos jurisdiccionales del Estado; los Tribunales de justicia que la aplican por razón del delito para la conservación del orden jurídico y la protección de la ordenada vida en sociedad, mediante una decisión con carácter irrevocable. La facultad de sancionar penalmente sólo reside en el Estado. Las penas deberán ser impuestas conforme a las normas de la ley procesal⁵ y como consecuencia de un previo juicio penal.
- i) Solo puede ser impuesta a los declarados culpable de una infracción penal (*Nulla poena sine culpa*, reza la máxima) y deben recaer únicamente sobre la persona del culpable, de modo que nadie sea castigo por el hecho de otro; este es el fundamento del principio de la personalidad de la pena.

Estas características nos conducen, en el campo del derecho penal de adolescentes a la observación de una serie de principios que deben ser tomados en cuenta para la imposición de las sanciones por la comisión de un acto infraccional y que conforman un conjunto de garantías fundamentales que deben ser tuteladas a favor del infractor; como elementos que son del Debido Proceso y de realización del principio del interés Superior del Niño.

GARANTIAS PROCESALES EN LA IMPOSICIÓN, EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA SANCION EN LA JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES.

El Debido Proceso como elemento del estado de derecho y del, específicamente, acceso a la justicia, no se completa con la sola observación de las garantías procesales durante la sustanciación de la causa que concluiría con la sentencia que se dicta; éste influye en la forma como se dicta la sentencia, en su contenido, en su alcance y en la ejecución⁶; una intervención que se manifiesta en materia penal, y más aún en la que involucra a los ~~adolescentes, por medio de una~~ serie de principios, contenidos en la Constitución y en

⁵ La convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40.3, pone a cargo de los Estados partes la obligación de establecer “[...] leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos [...]” como una forma de asegurar una necesaria especialización en la forma de administrar e impartir justicia en ámbito penal juvenil.

⁶ Sobre la tutela de las garantías en fase de ejecución de las sanciones la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de La Vega (RD) ha resuelto que: “aún cuando la presunción de inocencia es vencida por efecto de la sentencia condenatoria, el derecho a no declarar; entendido como la Garantía de no confesar haber cometido un determinado acto delictivo (en los términos consagrados por el literal i, en el inciso 2, del artículo 8 de la Constitución de la República), acompaña a la persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho en todas las fases del proceso, incluyendo la fase de ejecución de la sanción misma, no pudiendo, en consecuencia el juzgador, extraer consecuencias tendentes a agravar la situación del procesado, de su negativa a admitir que ha cometido un determinado delito, aún cuando haya sido ese mismo hecho el que ha originado la condena; que mal podía el juez de primer grado, como lo hizo, asumir falta de arrepentimiento, cuando el adolescente sancionado prefirió no declarar sobre su participación en el hecho y extraer de allí su negativa de la revisión solicitada, [...]” (§12 de la sentencia 00115-2007, del 4 de abril)

la normativa supranacional sobre derechos humanos incorporada a nivel constitucional (Art. 10 de la constitución dominicana⁷), que están llamados a delinear la intervención estatal y limitar la discrecionalidad del juzgador en la imposición de las sanciones penales; una influencia que, como bien apunta José Cafferata Nores (:2000, p.199), se extiende a la etapa procesal de ejecución de la sentencia, especialmente –agregamos- cuando se trate de la imposición de una sanción de privación de libertad de un adolescente.

Estos principios rigen en dos momentos procesales que en legislación han sido diferenciados; en primer lugar, referidos al momento de la imposición de la sanción, en manos del juez que ha resuelto el fondo de la acusación y, en segundo lugar, durante la fase de ejecución de la sanción impuesta, con una combinación entre la autoridad administrativa y el órgano jurisdiccional de vigilancia de ejecución de la sanción impuesta. A este respecto señala Cafferata Nores: “[...] su mayor impacto es la de incorporar expresamente a los derechos de los condenados la garantía judicial, pues la justicia no puede detenerse en las puertas de las cárceles.” (:2000, p. 200)

Para la fase de ejecución, si bien permanece en el campo del derecho administrativo, apuntan autores como Santor y Gutiérrez de Cabiedes citados por Luis Fernández Arréalos,⁸ moderadamente, se ha acudido al control jurisdiccional, poniéndole en manos de un órgano judicial independiente e imparcial⁹ que garantice el derecho del infractor sancionado a recibir un tratamiento conforme a su dignidad de persona humana y, en el caso de los adolescentes, tomando en cuenta su condición de persona en desarrollo durante la fase de ejecución y cumplimiento.

Entre tales principios se destacan: el proporcionalidad, legalidad, culpabilidad, determinación de la sanción (o prohibición de imponer sanciones indeterminadas), privación de libertad en centros especializados, principio de humanidad, de educación y reinserción, de igualdad de oportunidades frente a los discapacitados.

7 La Constitución dominicana ha establecido un sistema de recepción de los Derechos Fundamentales de la persona humana, incorporándolos con rango constitucional, sin necesidad de que se inserten de manera explícita en la misma; esto lo hace por medio del artículo 10 que, refiriéndose tanto a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 8 y a los deberes contenidos en el 9, consagra: “La enumeración contenida en los Artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza.”

8 FERNADEZ AREVALOS, Luis. Ejecución de la sentencia penal, en Constitucionalización del Proceso Penal. Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial. Santo Domingo, 2002, p.407.

Este autor destaca las posiciones asumidas por tratadistas como Marsich, Carmelutti, Fairen, quienes sostienen –según afirma- que el proceso penal no acaba en el momento en una sentencia penal condenatoria adquiere firmeza, sino que continua hasta la completa extinción de la pena; agregando que, en este sentido, la ejecución tiene una inequívoca naturaleza procesal, pero no jurisdiccional. Coronando su exposición con la identificación de la corriente –en las que inscribe a Manzini, Falchi, Catelani, Leone y Gómez Orbaneja- que identifica en la fase de ejecución dos aspectos, por un lado la ejecución de las sentencias a cargo de los órganos jurisdiccionales y, por el otro, lo relativo al cumplimiento personal de las penas privativas de libertad que corresponde a la administración.

9 La independencia y la imparcialidad son los principios pilares de la función judicial, consagrados en la Constitución de la república en sus artículos 4 y 8.2.j, respectivamente, los que, junto al principio de responsabilidad (artículo 4 de la Constitución) constituyen la base de sustento y legitimidad del más neutro, pero más cercano al ciudadano, de los tres poderes del Estado.

Una enumeración que no es limitativa, toda vez que, en materia de justicia para personas menores de edad, las garantías se presentan con un plus sobre las garantías hábiles para las personas adultas, otorgándoles a las personas menores de edad todas las que corresponden a la población adulta más las que se agreguen a favor de la condición de personas en desarrollo que es la población adolescente.

a) principio de proporcionalidad

“La proporcionalidad jurídica o prohibición del exceso en derecho –plantea José Luis Raquero Ibáñez¹⁰, implica que toda limitación de derechos, acto sancionador o represivo debe ser acorde con la finalidad de la norma, ajustado a la conducta que motiva la reacción jurídica y adecuado al medio con el que se actúa.” Como bien apunta este autor, la proporcionalidad esta encaminada a imponer límites al juzgador en la respuesta que habrá de dar a la comisión de un delito, obligándolo a partir de la finalidad de la norma aplicable (supeditada a los criterios de utilidad de la norma del artículo 8.5 de la Constitución de la república¹¹).

Afirman Tiffer y Llobet (:1999, p. 31 y 32.) que, la proporcionalidad como principio general del derecho, en su contexto histórico, cuenta con una larga tradición¹², la encontramos consagrada en instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 8 se lee: *“La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”*

Raquero Ibáñez considera que la proporcionalidad implica un metaconcepto propio de la teoría general del derecho, predicable tanto del legislador como de las administraciones y, por supuesto, de la actuación de los órganos jurisdiccionales (:2000. 247). Pero su desarrollo como categoría jurídica ha sido una tarea del derecho constitucional, convirtiéndose en eje de la administración de los derechos fundamentales. En el ámbito de las normas supranacionales encontramos el principio de proporcionalidad reglado en convenciones como la de Ginebra del 21 de abril de 1949 –sobre la protección de las personas civiles en tiempos de guerra- que en su artículo 67.IV dispone: “Los tribunales

10 RAQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Algunos Derechos Procesales (IV), en Curso de Garantías Constitucionales. Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial, Santo Domingo 2000, p. 247

11 El artículo 8 de la Constitución de la república, en su inciso 5, dispone que “[a] nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedírsele lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: **No puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica**” [los corchetes y las negritas son nuestras]

12 Montesquieu, refiriéndose a la justa proporcionalidad entre las penas y los delitos, expresa que “Es esencial que las penas guarden entre sí armonía, porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofenda a la sociedad que lo que menos le hiera” (Del Espíritu de las Leyes, Tecno, Madrid, 2000, 5ª. Edición, p. 66)

sólo podrán aplicar disposiciones legales anteriores a la infracción y conforme a los principios generales del derecho, **especialmente en lo que concierne al principio de proporcionalidad de las penas [...]**"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado acerca del principio de proporcionalidad, en aspectos como la suspensión de derechos y relativas al principio de igualdad y no discriminación. En el ámbito europeo la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 10.2 establece de manera implícita este principio, al consagrar, en relación con al libertad de expresión, que *"el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática [...]"*.

Otro instrumento internacional que lo consagra es el de las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, o Reglas de Beijing, que en la número 5 establece como objetivos de la justicia de menores que "el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito."

Este principio encuentra en el espacio de la administración de justicia penal juvenil un espacio de aplicación que adquiere, por la especialidad de la materia, unas dimensiones ha tomar en cuenta que lo diferencia de otras áreas de administración de justicia. Así el operador de justicia está llamado a observar, en la aplicación proporcional de la sanción, las circunstancias personales del infractor, anteponiéndolas, incluso, a las circunstancias del delito, cuya magnitud debe también observar.

Sobre estos últimos aspectos hay opiniones, como la contenida en la recopilación de instrumentos internacionales sobre derechos del niño preparada por la Dra. María Isabel Álvarez Vélez y Elena Calvo Blanco¹³, que llaman la atención asegurando que, por la observación de las circunstancias individuales del infractor –poniendo las indicadas autoras como ejemplo su condición social, la situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales-, dicen *"(...) las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven (...)"*; agregan éstas que *"(...) en este aspecto, también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima."* (:1998. 140).

El principio de proporcionalidad, en materia de niñez y adolescencia, ha sido objeto de decisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, cuando en opinión

¹³ Derechos del niño. Legislación, Código Sectorial. Mc Graw Hill, Madrid 1998, p. 140

¹⁴ Opinión disponible en http://www.corteidh.or.cr/serie_alseris_a_esp.doc

consultiva de fecha 28 de agosto de 2002 refiriéndose al cuidado del niño y las medidas que se pueden adoptar en aplicación de la Directriz 14 de RIAD ha considerado que “[...] algunas de esas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. [...]”, agregando la referida opinión, en lo relativo a las medidas de protección que se tomen en sede administrativa, “[...] que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor; cuando ello sea pertinente; y que solo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad.”

El principio de proporcionalidad de la pena, en opinión de Gilbert Armijo, se encuentra expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto*, sobre cuyo principio agrega que “*pese al acuerdo que existe sobre la necesidad de que la pena sea proporcional al hecho delictivo, el criterio por sí solo no ofrece ningún parámetro objetivo de ponderación.*” (ARMIJO: 1997, p. 31)

Sobre este último particular añade, no obstante, que el principio de proporcionalidad actúa, en primer lugar, como un límite a la discrecionalidad. No sin antes destacar el autor citado, la opinión crítica de Luigi Ferrajoli que señala que “*suele afirmarse en doctrina que entre pena y delito no existen vías naturales que les sean inherentes, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones éticas – políticas o de oportunidad, para establecer la calidad o la cantidad de la pena adecuada a cada delito*”

Si bien el principio de proporcionalidad no ha sido consagrado de manera literal en la constitución dominicana¹⁵, nadie niega su integración al Debido Proceso y, por ende, su elevación a garantía fundamental por aplicación del artículo 10 de la constitución, que consagra un mecanismo de recepción de los Derechos Fundamentales no consagrados de manera literal en ésta (bloque de constitucionalidad), siendo, en consecuencia, el principio de proporcionalidad una prerrogativa de carácter inviolable en cuanto es inherente a respeto de la dignidad de la persona humana.

En nuestro derecho positivo encuentra su consagración legal, para el ámbito penal juvenil, en la Ley 136-03, que instaura el Código para el Sistema de Protección de los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, cuando en el literal c del artículo 328, sobre los criterios que debe tener en cuenta el Juez para determinar la sanción, señala “Que la sanción que se le imponga al adolescente imputado sea pro-

¹⁵ aunque se puede colegir de la interpretación extensiva de la consagración de la igualdad de todos ante la ley y de la exigencia de que su contenido no ordene más que lo que sea justo y útil para la comunidad, sobre todo en el mecanismo de control que establece al limitar que no pueda prohibir más que lo que le perjudica; unas previsiones que, por analogía, deben alcanzar a todas las actuaciones de los poderes público.

porcional y racional, al daño causado por la conducta delictiva, que sea conducente a su inserción familiar y comunitaria, y que sea viable en las condiciones reales en que deberá cumplirse”.

Reviste gran importancia –citando a Tiffer Sotomayor (:1996. p. 45)- que principios como el de proporcionalidad¹⁶ y el de racionalidad, tengan una vigencia que trascienda más allá del momento de la sentencia por la que se pronuncia una condena; abordando, entonces, el proceso en toda su extensión -incluyendo así la fase de investigación, la imposición de medidas cautelares, el juicio, el pronunciamiento de la sentencia-, alcanzando hasta la plena ejecución de la sanción impuesta. Constituyéndose en la garantía de que no sólo se pronuncie una sanción previsiblemente proporcional a las características particulares del menor de edad infractor y al hecho sancionado, sino que, tal garantía, subsistirá y tutelaré que todos los medios utilizados para la ejecución y cumplimiento de la sanción no sobrepasen esos límites proporcionales a las condiciones particulares del sancionado y los fines útiles de la medida impuesta.

b) Principio de legalidad.

El poder estatal para la imposición de las penas esta supeditado al cumplimiento y tutela de la garantía del debido proceso, integrado por una serie de principios que se encadenan para establecer un adecuado equilibrio entre la necesidad de respuesta a la sociedad por la trasgresión de las normas jurídicas de convivencia preestablecidas y la necesidad de asegurar un juicio imparcial al sindicado trasgresor.

Entre los principios que se integran al debido proceso se encuentra el de Legalidad, signado como un mecanismo de control a la arbitrariedad del poder estatal frente al indefenso ciudadano, que impide al Estado exceder los límites que impone la Ley en tareas como las de persecución y sanción del delito.

El principio de legalidad, como elemento de concreción del debido Proceso, lo encontramos ya, en su contexto histórico, en instrumentos jurídicos como la Carta Magna de Juan Sin Tierras, de 1215, expresado como un límite al poder del soberano de disponer de los bienes jurídicos del ciudadano (su vida, sus bienes materiales, su libertad).

El Pacto de San José, en el artículo 9, trata de manera conjunta el principio de legalidad y el de retroactividad, sobre los que refiere “Que nadie podrá ser condenado

¹⁶ Se identifican dos sub-principios –tal y como lo plantean TIFFER y LLOBET- del principio de proporcionalidad, que están llamados a complementarlo y que forman parte inseparable de éste; por un lado esta el subprincipio de identidad, relativo a la observación de por parte del juez sentenciador de la adecuación de la sanción al fin que se persigue; y, por el otro lado, el subprincipio de necesidad, que esta llamado a servir de mecanismo de concreción de la obligación de disminuir al mínimo posible los efectos lesivos sobre los derechos y libertades del adolescente sancionado.

por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito [...].”

El principio de legalidad, en cuanto mecanismo de control de la actividad punitiva del Estado, está fundado en la máxima “*Nulla poena sine lege*”, referida a que ninguna contravención, delito o crimen puede ser castigado con penas que no hayan sido pronunciadas por la Ley antes de su realización.

Una de las características del derecho penal de adolescentes es la multiplicidad de respuestas posibles y el poder discrecional que se otorga al juez sancionador para escoger, de las establecidas por la ley, la sanción que se impondrá frente al acto infraccional. La Ley 136-03, en la parte relativa a los tipos de sanciones se conforma en el artículo 327 con identificar los diversos tipos de sanciones sobre los que puede optar el Juez para aplicarla frente a la comprobada responsabilidad penal de un adolescente, sin determinar que tipo de sanción se aplicará ante determinados delitos, salvo el caso de ciertas precisiones que se realizan con respecto a la privación de libertad en centros especializados, la que sólo se ha de aplicar como sanción, de manera excepcional – artículo 336-, cuando no sea posible aplicar ninguna otra sanción. Abandonando así a la discrecionalidad del juez la evaluación de los niveles de proporcionalidad que cabe apreciar y el tipo de sanción aplicable frente al caso dado.

Sobre este último aspecto la Ley 136-03, en su artículo 339, establece la privación de libertad como sanción de última ratio, sólo hábil para unos determinados tipos de delitos, -contrario a lo que ocurre en el derecho penal de adultos en que la naturaleza del delito determina los tipos de sanciones aplicables, aquí la sanción determina sobre que tipo de delito opera-, estableciéndose este tipo de sanción únicamente para los delitos que la ley considera de mayor gravedad, haciendo una relación en numerus clausus sobre los delitos¹⁷ (contenidos en el código penal y leyes especiales) en los que se puede optar

Aunque el mismo texto legal citado, en el párrafo final, establece la privación de libertad del adolescente que ha sido sancionado con una medida distinta a la privación de libertad y que de manera injustificada incumpla tal sanción; pero la ley no establece el mecanismo procesal para el cambio de sanción primaria por otra que habrá de vulnerar más derechos que los que inicialmente impuso el juez sentenciador; lo que colocaría en tela de juicio la relación del principio de proporcionalidad que ha de haberse tomado en cuenta para la fijación de una sanción que no vulnerará el derecho a la libertad, por ejemplo. Con lo que se abre un poco la puerta de la discrecionalidad de los operadores

¹⁷ El artículo 339 de la Ley 136-03, establece la privación de libertad para los siguientes delitos: homicidio (sin entrar en consideraciones sobre las circunstancias del mismo o su carácter culposo o no), lesiones físicas permanentes, violación o agresión sexual, robo agravado; secuestro, venta y distribución de drogas narcóticas y sobre todas las infracciones a la ley penal vigente que sean sancionadas con penas de reclusión mayores de cinco (5) años.

por la imposición de este tipo de sanción; así como una previsión que abarca las infracciones que, para el caso de los adultos, aparezcan penas de reclusión mayor de cinco años; previendo, además, su aplicación por los incumplimientos injustificados de las sanciones socioeducativas u ordenes de orientación o supervisión que hayan sido impuestas a un adolescente infractor.

El principio de legalidad no cesa su influencia con la imposición de la sanción, sino que la exigencia de su tutela se extiende a la fase de ejecución en toda su extensión, así lo prevé el artículo 346 de la Ley 136-03 al establecer, bajo el epígrafe 'Principio de Legalidad Durante la Ejecución', que "Ninguna persona adolescente sancionada puede sufrir limitación alguna a su libertad u otros derechos que no sean consecuencia directa e inevitable de la sanción impuesta". A lo que se le agregan la previsiones de la parte final del, antes citado, artículo 9 del Pacto de San José, al disponer como elemento de influencia de tal principio en todas las fases del proceso, incluida la de cumplimiento de la sanción, que "[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

c) Principio de culpabilidad.-

David Garland —citado por Miguel Sillero Bruñol— plantea, sobre el castigo en la sociedad moderna, que "[...] pese al mito utilitario de la ilustración de que el castigo puede producir resultados positivos y útiles [...], el castigo parece más una tragedia que una comedia, por bien organizado que esté y, aunque se administre con la mayor humanidad, estará ineludiblemente marcado por la contradicción moral y la ironía, como cuando busca defender la libertad por medio de su privación, o condena la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el poder público." (CILLERO B.:2001, p. 73)

El principio culpabilidad se formula, junto a otros principios, como el de humanidad, el de racionalidad o el de legalidad, como otros de los límites a la potestad punitiva del Estado; descansa en la máxima '*nulla poena sine culpa*' y supone que nadie puede ser penado o sancionado si no es con motivo de declaración de culpabilidad después de haberse agotado el debido proceso para la celebración de un juicio imparcial.

Este principio entraña la primacía del juicio de responsabilidad del sujeto adolescente por sobre la consideración de su peligrosidad para justificar la intervención punitiva estatal. "Los adolescentes —plantea Cillero Bruñol— no pueden ser simplemente equiparados ante el derecho penal con un enajenado mental, ni la supuesta tutela del Estado, ejercerse al margen de los derechos del sujeto que se pretende proteger, a través de medidas de protección o seguridad de carácter compulsivo fundadas en la supuesta peligrosidad del agente."

La vigencia del principio de culpabilidad en la fijación de las sanciones constituye un principio fundamental del estado de derecho, tanto en el campo del derecho penal de adultos, como para el relativo a los adolescentes, estableciendo los límites proporcionales necesarios entre una y otra población. Sobre tales límites, se sostiene ***“que toda persona es responsable, pero cada uno en niveles diferentes y de acuerdo a la configuración jurídica y social que se la reconoce.”***¹⁸ (Cillero: 77)

La idea de responsabilidad del adolescente se fundamenta en la convicción de la capacidad de comprensión de la ilicitud del acto. A tales fines la ley establece unos parámetros de edades para la consideración de una responsabilidad limitada, fundada en su minoridad, así como una inimputabilidad absoluta fundado en el establecimiento de una edad mínima por debajo de la cual se establece una presunción de que el niño no está en capacidad de comprender la ilicitud de sus actos y lo excluye del aparato sancionador del Estado.

La Ley 136-03 establece estos parámetros, siguiendo las orientaciones diseñadas por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como fundamento para la instauración del sistema de administración de justicia penal de adolescentes. Desarrollado sobre la base del reconocimiento de la responsabilidad del menor de edad, por sus actos infraccionales, en una edad mínima de 13 años y una máxima de 18 años; edades en las que estarán sometidos, por los actos contrarios a la ley, al ámbito de la competencia exclusiva de la jurisdicción especializada de Niños, Niñas y Adolescentes.

La política penal estatal, en lo referente a las personas menores de edad, se establece con una marcada tendencia hacia la transformación del modelo tutelar paternalista por una orientación punitivo-garantista, sobre la que juega un papel determinante el respeto del principio de culpabilidad para la imposición de las sanciones, entendiendo así al adolescente como sujeto –plantea Tiffer-, no sólo titular de derechos legales y sociales, sino como un sujeto responsable por sus actuaciones frente a la ley penal. (Tiffer: 194)

La Ley 136-03 es categórica en la observación del principio de culpabilidad como criterio básico para la imposición de una sanción, así lo establece en su artículo 327 cuando, al enumerar los tipos de sanciones que puede aplicar el juez, supedita su imposición a que haya sido “comprobada la responsabilidad penal de un adolescente, sea por comisión o por su participación en una infracción a la ley penal vigente [...]”. La determinación, mediante sentencia, de la culpabilidad es la única justificación válida que tiene el Estado para vulnerar, mediante la imposición de sanciones, la libertad de las personas (salvo la excepcionalidad de las medidas cautelares), ya se trate de la privación de libertad física o de la restricción de determinados atributos de la libertad.

¹⁸ La Convención sobre los Derechos del Niño representó un cambio de paradigmas en la consideración de la responsabilidad penal del menor de edad, representando un salto cualitativo en el diseño de políticas que dieran respuestas más efectiva en la persecución y sanción del delito cometido por los menores de edad; un cambio que, en doctrina, se identifica como la Doctrina de la Protección Integral, por oposición a la Teoría de la Situación Irregular, que operaba antes de la Convención y que veía en el menor de edad con problemas de conducta –en la mayoría de los casos no delictuosas- un objeto de intervención en cuanto representaba un problema social.

d) Principio de determinación de la sanción.-

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40.4, como las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores en la regla 18, establecen la obligación de que se cuente con una pluralidad de opciones como respuesta a la declaración de responsabilidad de una persona adolescente como autor de un acto infraccional; sobre este criterio la mayoría de las legislaciones de América Latina establecen múltiples tipos de sanciones, otorgándole al juez la posibilidad de imponer a la persona adolescente infractora, en forma simultánea, sucesiva o alternativa, una o varias de éstas¹⁹.

Pero esta facultad otorgada al juez de niñez y adolescencia en materia penal, tiene como mecanismo de control el principio de determinación de las sanciones, principio que –como bien expresa Tiffer- excluye, por completo, la posibilidad de que el Juez pueda imponer sanciones en las que no se determine su duración. (TIFFER: 1996, p. 45-46)

Este principio, conteste con el citado autor, encuentra su fundamento, principalmente, al ser un instrumento de garantía del principio de legalidad y en la tutela del derecho de seguridad jurídica que le asiste a toda persona de conocer, exactamente, cual es el tipo y extensión de la sanción que se le aplica, contando con la información clara de los derechos que la misma limita y el momento preciso en que cesa la sanción que le ha sido impuesta (esto sin menoscabo de poder beneficiarse de los mecanismos de reducción del tiempo, y variación de la modalidad de cumplimiento, que les sean aplicables a su caso).

El principio de determinación de la sanción adquiere una dimensión especial en la administración de justicia penal de adolescentes, por un lado, en el caso de las sanciones socioeducativa, por la *‘Espada de Damocles’* de el artículo 339 de la Ley 136-03 hace pender sobre la persona del adolescente sancionado, que puede verse en la situación de incumplimiento injustificado de la sanción y que se traduciría en un agravamiento de su situación penal al serle aplicable la privación de libertad como sanción a tal incumplimiento; y, por otro lado, para el caso excepcional de la imposición de sanciones privativas de libertad, ya que la ejecución de estas sanciones supone, por los fines que persigue, planes individuales de ejecución para cada adolescente privado de libertad, con la posibilidad de que el tiempo de duración de ésta se reduzca, pudiendo llegar a terminar de manera anticipada, si los programas educativos y de reinserción a que es sometida la persona sancionada reflejan que puede reinsertarse en su medio familiar y social con unos niveles previsibles de comportamiento que haga presumir que no habrá de repetir la conducta infractora.

e) Principio de privación de libertad en centro especializado

Es preciso acotar, previamente, que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como las Reglas de Beijing hacen causa común a favor de la protección del dere-

¹⁹ La Ley 136 establece en el artículo 327 tres grupos de sanciones, cuya división obedece a los fines que se pudieran perseguir; estos son: a) Sanciones socio-educativas; b) órdenes de orientación y supervisión; y, c) Sanciones privativas de libertad.

cho fundamental a la libertad, estableciendo, la primera, en los artículos 37, b) y 40.4 y, la segunda, en las reglas 17.1, c) y 19, la excepcionalidad de la adopción de sanciones privativas de libertad sobre la persona de un menor de edad, reservando esta sanción tan sólo como medida de último recurso y, para los actos infraccionales de mayor gravedad, siempre que no haya otra respuesta adecuada.

Cuando proceda la imposición de una sanción de privación de libertad, su ejecución, atendiendo a sus fines²⁰, debe estar rodeada de unas garantías cuya tutela efectiva estará a cargo tanto de las autoridades administrativas como de las jurisdiccionales de control de ejecución. Entre tales garantías se encuentra la privación de libertad en centros especializados; una previsión que la ley 136-03²¹, siguiendo la corriente de otras legislaciones extranjeras, ha elevado a la categoría de garantía procesal.

Estos centros especializados –siguiendo las disposiciones sobre la separación de los menores de edad de los adultos y entre la población menor de edad, los condenados de los que están privados de libertad con motivo de una medida cautelar; establecida en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²²–, se requiere que estén destinados sólo a los adolescentes tomando en consideración su sexo, edad y situación jurídica.

f) Principio de Humanidad.-

“El ejercicio de la autoridad pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores a la poder del Estado” ; de suerte que la actividad estatal, en su función de garante de la paz social, no puede sobrepasar tales límites en la persecución y sanción del delito.

20 La educación y reinserción al medio familiar y social constituyen el fin último de la imposición de toda sanción penal sobre un adolescente infractor; lo que, claro está, no le quita en ciertos presupuestos el carácter protectorista frente a la posible vulneración de sus derechos fundamentales, o la situación de riesgo a la que pudiera verse expuesto de no aplicarse esa determinada sanción, como es el caso –por ejemplo– cuando se le impone una orden de orientación y supervisión como el “abandono del trato con determinadas personas”.

21 La Ley 136-03 establece como uno de los principios rectores del proceso penal para impartir justicia frente al acto infraccional cometido por adolescentes, en el artículo 327, la previsión de que la privación de libertad sólo se lleve a cabo en centros especializados donde se tome en cuenta su sexo, edad y situación jurídica (en cuanto se trate de la aplicación de una medida cautelar o del cumplimiento de una sanción). Lo relativo al sexo no implica en modo alguno la inexistencia de centros donde puedan coincidir jóvenes de ambos sexos, sino que sobre esta consideración estén plenamente delimitadas las áreas en que se desarrollarán las actividades conforme a los planes de educación de la población del centro y los planes individuales para cada adolescente recluso.

22 En el artículo 10 se establece, por un lado –numeral 2, a) la separación entre los procesados de los condenados y el tratamiento diferenciado de los procesados (haciendo alusión a los detenidos provisionalmente por la imposición de una medida cautelar) adecuado a su condición de personas no condenadas, por aplicación –agregamos– a la presunción de inocencia de que se benefician; por otro lado, estable – en literal b) del mismo literal– la separación de los menores de edad de los adultos en privación de libertad.

23 Opinión Consultiva del Comité Interamericana de los Derechos Humanos del 15 de octubre de 1996, fragmento disponible en <http://www.derechos.net/doc/cidh/>

El principio de humanidad, como un elemento intrínseco de la actividad punitiva estatal en la impartición de justicia penal juvenil, ha sido consagrado en el artículo 345 de la Ley 136-03, con referencia a la fase de ejecución y cumplimiento de la sanción, en el que se lee: “Art. 344.- Principio de Humanidad. En la ejecución de todo tipo de sanción deberá partirse del principio del interés superior de la persona adolescente sancionada, respetarse su dignidad y sus derechos fundamentales.”

Con este llamado de respeto a los derechos de los adolescentes sancionados, con especial atención en el interés superior, se crea un sistema de protección —que era impensable bajo el régimen de la Teoría de la Situación Irregular²⁴, que veía en el menor de edad un objeto de intervención fundado en situaciones que nada tenían que ver con actos infraccionales (como analfabetismo, marginación social, carencias económicas, origen racial)—, que cubre todo sistema de ejecución y cumplimiento de la sanción con una gama de derechos que deben ser tutelados y respetados a favor del adolescente sancionado.

El artículo 349 de la Ley 136-03 establece una serie de derechos, cuya interpretación debe ser hecha en *numerus apertus*, que deben ser garantizados tanto por los órganos jurisdiccionales de control de ejecución, como por las autoridades administrativas de los centros de cumplimiento, entre cuyos derechos se encuentran:

- el derecho a la vida, su dignidad e integridad física, psicológica y moral;
- respeto absoluto de todos sus derechos y garantías consagrados en la Constitución, tratados²⁵ y este Código;
- solicitar información sobre sus derechos en relación con las personas o funcionarios bajo cuya responsabilidad se encuentra;
- disponer de información sobre el régimen disciplinario de la institución en que se encuentra;

24 Denominación que recibe el régimen imperante previo al surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo cuya égida al menor de edad sujeto a protección tutelar estatal se le trataba, más que como una persona en desarrollo, como un problema social que debía ser resuelto para ‘protegerlo’, lo que generaba la intervención de los órganos estatales, como la jurisdicción, para resolver problemas que nada tenían que ver con situaciones de derecho penal y que, cuando se presentaban acusaciones por la comisión de algún delito, no les reconocían —y ni pensar tutelarlas— ni las más mínimas garantías procesales. En la República Dominicana este régimen estuvo en vigencia con la Ley 603 de noviembre de 1941, sobre Régimen Tutelar y que perdurará hasta 1994 cuando fue derogada por la Ley 14-94 que instituyó el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que puso en vigencia los postulados garantista de la Convención, pero que por conservar algunos resabios de la situación irregular fue sometida a reforma y ha sido sustituida por la vigente 136-03.

25 Una discusión doctrinal de larga data es la de la ubicación de los tratados internacionales en el orden jerárquico de las normas de derecho positivo; si bien ya nadie niega la eficacia directa de las normativas supranacionales en la solución de los casos ante los tribunales, reconociéndose su carácter supletorio, se mantiene la discusión sobre el lugar que ocupan con respecto a resto de las normas, hay quienes los ubican en un renglón intermedio entre las leyes adjetivas y la Constitución, otros lo distinguen con respecto a su contenido para destacar que si consagran Derechos Fundamentales ocupan un lugar al lado de la Constitución, integrando con esta el denominado Bloque de la Constitucionalidad.

- tener acceso a comunicación con sus padres, tutores, responsables o persona con las que pueda mantener vínculos que no atenten con su recuperación e interés superior;
- atención en los servicios de salud, educación y otras asistencias sociales que garanticen su adecuado desarrollo físico y psicológico;

Un elemento que modernamente se integra a la fase de ejecución, que se constituye en una herramienta de capital importancia en los fines garantista y que esta llamado a posibilitar el trato humanitario, lo es el derecho que se le reconoce al adolescente sancionado de contar con asistencia técnica jurídica hasta la culminación de la fase de cumplimiento de la sanción, debiendo garantizársele la comunicación constante y privada con su defensor; esta prerrogativa, unida a la garantía de comunicación con su familia, con el ministerio público, así como con el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes, contribuirá a viabilizar la potenciación del ejercicio de otros derechos, como:

- presentar peticiones ante cualquier autoridad;²⁶
- presentar incidentes ante el juez de control de ejecución;
- separación de los infractores adultos;
- separación de los adolescentes que están sometidos a medidas cautelares, de aquellos que están en cumplimiento de sanción por sentencia definitiva;
- garantía de no ser sometido a castigos corporales, ni tratos vejatorios o degradantes;
- cumplimiento de la prohibición constitucional²⁷ a no ser trasladado de forma arbitraria del centro de cumplimiento de la sanción; entre otras.

26 En materia de ejecución de sanciones, principalmente las que se cumplen en régimen abierto con la asistencia de instituciones públicas o privadas, resulta sumamente importante el ejercicio de éste derecho a fin de conminarla a dar efectivo cumplimiento a la sentencia que impone la sanción; a modo de ilustración resulta muy enriquecedora la experiencia sobre la materia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que en decisión adoptada en fecha 12 de enero del 2006 acogió un recurso de amparo en que falló, sobre la falta cumplimiento de una sanción impuesta, que: "ha quedado demostrado que el Instituto Nacional de Aprendizaje recibió desde el 28 de junio de 2006 una orden por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena del Circuito Judicial de Cartago para que incluyera al amparado en uno de los programas con los que cuenta para la población penal juvenil, sin embargo, a la fecha han transcurrido más de seis meses y el INA no ha cumplido con tal obligación lo que evidentemente implica un obstáculo para que el tutelado pueda continuar con su proceso educativo, menoscabando sus derechos fundamentales por lo que se impone la estimatoria del amparo contra el Instituto Nacional de Aprendizaje en el tanto no ha procedido a incorporar al tutelado a los programas señalados en el artículo 77 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles."

27 La Constitución dominicana consagra de manera expresa esta prohibición cuando en la letra f) del numeral 2 del artículo 8, refiriéndose a la seguridad individual, dispone: "f) Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro sin orden escrita y motivada de la autoridad judicial competente."

Como se puede observar, el principio de humanidad entraña el respeto y garantía de la consideración de la dignidad de la persona adolescente sancionada en cuanto persona humana, *“a este respecto –apunta la Corte Interamericana de Derechos Humanos- debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención [Pacto de San José] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.”*²⁸

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, del 14 de diciembre de 1990, contiene todo un glosario que enuncia en sus reglas derechos y principios, que deben ser tutelados al adolescente sancionado con medidas privativas de libertad, con un corte tendencialmente humanizante del cumplimiento de la sanción. Desde las previsiones de la regla 1 se evidencia tal tendencia, cuando consagra que *“el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental [...]”*; estableciendo las Reglas en su contexto, en detalle, derechos como el de educación, alimentación, salud, prohibición de los traslados arbitrarios, la asistencia jurídica, entre otros.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera categórica la obligación de los Estados partes de garantizar un trato humanitario a los menores de edad privados de libertad; así lo dispone en el artículo 37²⁹, sobre lo cual exige un trato fundado en el respeto de sus derechos fundamentales y que tome en cuenta su edad y desarrollo.

La tutela del principio de humanidad en la fase de cumplimiento de la sanción, es enfatizada por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad –del 14 de diciembre de 1990-, al disponer, en la regla 13, que *“No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de libertad.”*

Cabe resaltar la preocupación que a menudo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño³⁰—conforme se señala en el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño³¹— *“por las condiciones existentes en los centros de detención y otros*

28 Opinión consultiva, 15 de oct. de 1996, cit.

29 Los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyen el manual primario de la instauración y concreción del sistema garantista de impartición de justicia penal juvenil, conteniendo directrices que los Estados deben tomar en cuenta en la implementación del sistema sancionador para la población menor de edad, pero al mismo tiempo consagrando normas que contienen garantías procesales con eficacia directa en todo proceso y, por ende, aplicables para la solución de los casos.

30 El Comité de los Derechos del Niño es un mecanismo internacional encargado de vigilar los progresos realizados en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, establecidos por la misma Convención en el artículo 43. (Manual de Aplicación de la Convención, UNICEF, 2001, p. 594)

31 UNICEF. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2001, p.522.

establecimientos en los que se restringe la libertad de los niños.” Así se cita en el referido manual que “El Comité expresa su alarma por los informes que ha recibido [en referencia a informes de Paraguay, Colombia, Myanmar] sobre los malos tratos de que son objeto los niños en los centros de detención. En vista de la gravedad de esas presuntas violaciones, preocupa al Comité la insuficiente capacitación dada a los funcionarios encargados de aplicar la ley y al personal de los centros de detención sobre las disposiciones y principios de la Convención y otros instrumentos internacionales pertinentes, tales como las “Reglas de Beijing”, las Directrices de RIAD y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad.” Una realidad de la que no pueden sustraerse la mayoría de los países de Latinoamérica y de la que no escapa la República Dominicana.

g) Principio de educación y reinserción

En el derecho penal de adolescentes las sanciones se imponen con un marcado sentido de protección fundado en la tutela de principios que son inmanentes a la persona menor edad, como son el principio del interés superior³² y el de protección integral. Principios estos que procuran dar un trato diferenciado al adolescente con respecto al adulto, planteando como premisa primaria evitar, en la mayor medida posible, que se impongan sanciones y que, si resultara inevitable sancionar, se disponga la menor intervención posible considerando restringir la menor cantidad de derechos, procurando que la intervención resulte proporcionada con las condiciones particulares del adolescente y que, cualquier sanción que se imponga, conduzca a la efectiva educación y reinserción del infractor, como veremos más adelante.

I.6 TIPOS DE SANCIONES

En la consagración de los principios fundamentales de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, del 04 de diciembre de 1990 (Directrices de Riyadh), se establece –Principio 2 e)– “El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta.”

32 Un principio del Interés Suprior cuya vaguedad permite alcanzar todos los procesos y todas las fases procesales, con la obligación para aquel que lo invoca, o para el operador de justicia que lo aplica, de darle el alcance y la naturaleza que amerite para el caso de que se trate, con la inequívoca identificación del bien jurídico que se pretende tutelar.

Partiendo de criterios como esos y manteniendo la coherencia del conjunto de metanormas que integran, en el ordenamiento internacional, la Teoría de la Protección Integral, es que instrumentos normativos como la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 40.4, establecen la necesidad de que se disponga de diversas medidas a escoger frente a la conducta infractora de un menor de edad para asegurar que sean tratados de manera apropiada para su bienestar; pero sin perder de vista la necesaria proporción que debe guardar la respuesta adoptada, tanto con las circunstancias personales del infractor como con la infracción misma.

Una previsión que robustece el postulado inicial, lo constituye en las Reglas de Beijing —en la parte relativa a los principios generales—, bajo el título de orientaciones fundamentales, la regla 1.4, cuando, al vincular con un enfoque socio-político el problema de la delincuencia en la población infanto-adolescente, dispone que “La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”.

Una protección que debe atender a esa etapa de desarrollo en que se encuentra el adolescente infractor y al que deben ofrecérseles alternativas conducentes a acompañarlo en ese proceso de maduración, sobre la base de programas individualizados de educación y reinserción al seno familiar y social.

Sobre la base de esta necesaria respuesta frente al acto infraccional, cometidos por los menores de edad, la mayoría de las legislaciones pos-convención contienen diversas medidas aplicables en el régimen sancionador; adoptando esta corriente la Ley 136-03 contiene una gama de sanciones que, partiendo del fin que persiguen, ha clasificado en tres grupos:

a) Sanciones socio-educativas.

En esta categoría se incluyen:

1.- La amonestación y advertencia. Definida por el artículo 330 como la llamada de atención oral o escrita que el juez hace al niño, niña y/o adolescente imputado (a), exhortándolo (a) para que en lo sucesivo, se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social que el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes establezca expresamente [...]

2.- Libertad asistida con asistencia obligatoria a programas de atención integral. En el artículo 331 se plantea que esta “consiste en sujetar, a determinadas condiciones, la libertad al niño, niña y/o adolescente imputado (a), quien podrá quedar obligado a cumplir cualesquiera de las ordenes de supervisión y orientación que imponga el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes.

3.- Prestación de servicios a la comunidad. Conforme lo dispone el artículo 332, esta sanción “consiste en realizar, de modo gratuito, tareas de interés general, en las entidades de asistencia pública o privada, tales como hospitales, escuelas, parques, bomberos, defensa civil, cruz roja y otros establecimientos similares, siempre que éstas medidas no atenten contra su salud o integridad física y psicológica”.

4.- Reparación de los daños a la víctima. Es “una obligación de hacer —dice el artículo 333—, por parte de la persona adolescente imputada a favor de la persona agraviada, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por razón de la conducta infractora”.

Una acotación importante sobre este tipo de sanción, que nos la ofrece el mismo artículo 333, es que su imposición se hace depender del requerimiento del consentimiento de la persona adolescente que lo ha producido, lo mismo que de la persona agraviada, pudiendo contar el adolescente, según corresponda, con la presencia de la persona adulta responsable que manifieste su acuerdo en comprometerse solidariamente a la reparación del daño.

Una consecuencia inmediata del cumplimiento de esta sanción es la extinción de la acción penal. Esta consecuencia hace ubicar la imposición de esta medida sobre delitos de acción privada o para aquellos casos que, por no tratarse de asuntos graves, puedan ser sometidos a conciliación y puedan prevalecerse de un principio de oportunidad³⁴.

b) Órdenes de orientación y supervisión.

El artículo 334 de la Ley 136-03 define este tipo de sanciones como aquellas consistentes en mandamientos o prohibiciones impuestas por el juez para regular el modo de vida de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, así como promover y asegurar su formación integral.

Se establece este segundo grupo de sanciones como una forma de protección del adolescente infractor, dirigiendo su imposición, en ocasiones, a impedir que continúe en

33 Ya antes hemos aclarado que el grupo atareo “niños” (población entre 0 a 12 años de edad) se prevalece de una inimputabilidad penal absoluta y no pueden, en consecuencia, ser sometidos a proceso penal alguno por la participación en actos infraccionales; de modo que ha de tratarse de un gazapo de la ley su inclusión en esta categoría de sanciones.

34 La Ley 136-03, establece tres formas de terminación anticipada de los procesos penales, así podrá terminar por aplicación: a) del principio de oportunidad de la acción pública; b) la conciliación; y c) la suspensión condicional del procedimiento. No obstante esta ley no establece por sí misma los criterios para su aplicación, sino que remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, que trata este particular en los artículo del 34 al 43, para la observación de los criterios, procedimientos, reglas y efectos de estas formas anticipadas de finalizar el proceso penal seguido a la persona adolescente. Reservando esos textos legales los medios anticipados para los que revistan menos gravedad, fijando unos criterios fundados en que el hecho no sea sancionado con uno determinados límites de penas, o que el bien jurídico afectado no comprometa gravemente el interés público. También se acuerda esta prerrogativa para todos los delitos de acción privada.

contacto con factores que se entienden contribuyen al incremento de la conducta desviada del menor de edad o, en otros casos, dirigidas a procurar en favor del adolescente servicios que coadyuven a su educación, al tratamiento de su conducta o al tratamiento médico, si fuera el caso, o a la inserción en programas conducentes a su rehabilitación cuando estuviere expuesto a sustancias que produzcan adicción. Entre estas sanciones, conforme lo dispone el artículo 327, encontramos:

- 1.- Asignación del adolescente a un lugar de residencia determinado o disponer el cambio de su residencia;
- 2.- Abandono del trato con determinadas personas;
- 3.- Obligación de matricularse y asistir a un centro de educación formal, o a otro cuyo objetivo sea el aprendizaje de una profesión o la capacitación para algún tipo de trabajo;
- 4.- Obligación de realizar algún tipo de trabajo;
- 5.- Obligación de atenderse médicamente para tratamiento, de modo ambulatorio o mediante hospitalización, o por medio de una programa de rehabilitación en institución pública o privada, con la finalidad de lograr su desintoxicación y el abandono de su adicción.

c) Sanciones privativas de libertad.

Este tipo de sanción –a la que se le dedica, al igual que las demás sanciones, un capítulo aparte– conlleva la mayor conculcación a los derechos fundamentales que la legislación, al amparo de la Convención sobre los Derechos del Niño, pueda permitir al poder sancionador sobre la persona de una menor de edad; está dirigida a limitar derechos como la libertad de tránsito –y con ella la consecuente limitación de otros derechos que se asocian al estado de libertad–; estableciendo el legislador diferentes modalidades en la imposición de tal sanción, conforme la forma y el tiempo que se fije para su cumplimiento.

En esta tesitura, sobre la persona del adolescente infractor podrán imponerse las siguientes modalidades de restricción de la libertad:

- 1.- Privación de libertad domiciliaria. Consistente –consagra el artículo 337– en el arresto de la persona adolescente imputada en su casa de habitación, con su familia o personas responsables, o en otra vivienda con el consentimiento del sancionado, si no contara con la de algún familiar o entidad privada.
- 2.- Privación de libertad durante el tiempo libre o semilibertad. Se refiere a la limitación de libertad en determinados periodos, pudiendo establecerse: durante el tiempo libre (fundamentado en controlar los momentos de ocio del adolescente), en días de asueto y fines de semana en que no tengan obligación de asistir a la docencia. Esta sanción esta definida por el artículo 338.

3.- Privación de libertad en centros especializados. Para diferenciarla de los otros dos tipos anteriores, se le denomina también 'privación de libertad definitiva en un centro especializado', con esta sanción —dispone el artículo 339- al adolescente sancionado no se le permite salir por su voluntad propia.

Por la naturaleza del derecho que afecta y la magnitud con que se ve limitado tal derecho, como lo es el de la libertad, ha sido reservado para los casos de mayor gravedad y como opción de última ratio.

1.7 FINALIDAD DE LAS SANCIONES

Con el devenir de los tiempos a la sanción penal, en general, impuesta por el Estado le han atribuido diversas funciones, tales como: la de venganza, infligir un sufrimiento, retribuir a la sociedad por el mal causado, satisfacer las reacciones sociales que nacen del delito, defensa de la sociedad; y, modernamente, la sanción, en legislación, se concibe como un bien a favor de la persona infractora y para la sociedad (Moricete y Veras: 86), en cuanto plantea, para el delincuente, recibir instrucción para posibilitar su reinserción social y, a la sociedad, le entregaría un individuo capaz de integrarse a la fuerza laboral minimizando la posibilidad de que vuelva a delinquir.

Plantean Tiffer y Llobet que “pese que declara fines como la rehabilitación o la resocialización, a la justicia penal tradicional de adultos la caracteriza, más bien la retribución o, en algunos casos, el castigo por el castigo, sin tener realmente programas efectivos para cumplir con esos fines declarados.” (Tiffer y Llobet: 171)

La vigente legislación dominicana para el caso de los adultos —plantean Moricete y Veras-, a través de la ley número 224 de 1984 sobre Régimen Penitenciario, “opera con formulas que tienden a erradicar el carácter netamente castigador de las penas en su ejecución, implantando la protección social y la readaptación del condenado como función principal, por no decir exclusiva.” (Moricete y Veras, 1992: 88)

En el caso del derecho sancionador de adolescente el fin está marcado por su carácter educativo y de reinserción³⁵ —reinserción en su medio familiar y en su medio social-, muestra de lo cual es el mandato de la aplicación de las sanciones más gravosas tan sólo como medidas de último recurso (Reglas de Beijing) al tiempo que se elaboran múltiples alternativas destinadas a evitar que el menor de edad infractor sea sustraído de su medio familiar y social.

35 En tal sentido la jurisprudencia de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de La Vega (RD) ha señalado que “conforme dispone el artículo 382 de la Ley 136-03, el tiempo para la ejecución y cumplimiento de las sanciones privativas de libertad de personas adolescentes, está sometido a un proceso de seguimiento a cargo del Juez de Control de la Ejecución de la Sanción, cuyos insumos deben ser suministrados por el director del centro privativo de libertad, en coordinación con el equipo multidisciplinario, disponiendo el referido texto legal, que de forma trimestral estos funcionarios les envíen al indicado juez un informe de la situación de la persona adolescente sancionada y sobre el desarrollo del plan individual de ejecución; que a juicio de esta corte, el suministro de tal información es lo que permite al juez encargado del control de la ejecución de la sanción evaluar los progresos del adolescente y realizar los ajustes necesarios en la sanción impuesta” (sentencia No.00041-2007, del 26 de enero).

Sobre el fin de las sanciones penales juveniles, expresa Tiffer, que “el cuadro de sanciones que contiene la ley [haciendo referencia a la legislación de Costa Rica] tiene un fin muy definido: preparar al joven o adolescente para ser una persona responsable, apta para la normal convivencia y, cuando sea necesario, su reinserción social. [...]” La acotación que hace el autor citado al final de la cita sobre la reinserción social, entendemos que la forja en tales términos porque, precisamente, la última sanción que se debe aplicar es la que prive a la persona adolescente infractora de libertad y lo sustraiga del medio social.

Educación, rehabilitación e inserción social de la persona adolescente en conflicto con la ley penal, son los fines declarados de la sanción por el artículo 326 de la ley 136-03; una previsión que necesita de una contrapartida material que posibilite adecuar los medios de cumplimiento de las sanciones, principalmente con la privativa de libertad, que den respuestas efectivas a tales fines.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, establecen la educación, la formación profesional y el trabajo con su consecuente remuneración, como fines de la sanción privativa de libertad; contando en su regla 40 con una previsión que reviste importancia cimera sobre futuras estigmatizaciones al cumplimiento de la sanción, al disponer que “Los diplomas o certificados otorgados a los menores durante detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado reclusos.” Para el cumplimiento de esta última disposición es aconsejable que los certificados estén avalados por centros de estudios ajenos al sistema penal.

La ley 136-03, en su artículo 326 precitado, pone a cargo de los órganos jurisdiccionales, con la atribución al juez de ejecución de la sanción³⁶, velar porque el cumplimiento de toda sanción satisfaga la finalidad declarada de educación, rehabilitación e inserción social del adolescente sancionado, en cuyo favor, tales fines, se configuran como derechos fundamentales que les son inherentes y cuyo respeto y tutela son los que justifican el accionar del juez de ejecución.

La consecución de tal finalidad, agrega una obligación más a los parámetros que debe tener en cuenta el juzgador; para la imposición de la sanción. Así, junto a las necesidades específicas de la persona menor de edad, y frente a la magnitud del delito (en cuanto presupuesto necesario para satisfacer el principio de proporcionalidad) el juez está llamado a observar las condiciones y facilidades con que cuenta el medio en habrá de ejecutarse la sanción, para garantizar con su aplicación un mínimo de previsibilidad de que la finalidad de la misma se llevará a cabo.

36 La ley 136-03 crea una jurisdicción especializada encargada del control de la ejecución de las sentencias penales irrevocables de los tribunales especializados, y de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la sanción privativa de libertad, así como de cualquier otra sanción o medida ordenada contra la persona adolescente, con lo que reviste de garantías procesales el proceso de cumplimiento de la sanción, antes abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas de los centros de detención en el caso de las privaciones de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO, GILBERT. **ENFOQUE PROCESAL DE LA LEY PENAL JUVENIL**. SAN JOSÉ: ESCUELA JUDICIAL, IMPRENTA LIL S.A., 1990.
- CAFFERATA, JOSÉ. **PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS**. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO. 2000
- CILLERO, MIGUEL. “NULLA POENA SINE CULPA”. **UN LÍMITE NECESARIO AL CASTIGO PENAL DE LOS ADOLESCENTES. EN ADOLESCENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL**. BUENOS AIRES: AD-HOC. 2001
- ESPAÑA [CÓDIGOS] **DERECHOS DEL NIÑO. LEGISLACIÓN, CÓDIGO SECTORIAL**. MADRID: MC GRAW HILL. 1998.
- FERNANDEZ LUIS. **EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL, EN CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL. PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL**. 2002
- BELOFF, MARY Y GARCÍA, EMILIO. **INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA**. TOMOS I Y II. SANTA FE DE BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS; BUENOS AIRES: EDICIONES DEPALMA, 1999. SEGUNDA EDICIÓN.
- GARCIA, EMILIO. **ADOLESCENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL**. BUENOS AIRES: EDITORIAL AD-HOC, 2001.
- REPÚBLICA DOMINICANA. [LEYES] **CÓDIGO PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES - LEY 136-03**. APROBADO EL 7 DE AGOSTO DEL 2003. PROMULGADO EN 17 DE OCTUBRE DEL 2004.
- MONTESQUIEU. **DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES**. MADRID: TECNO, 2000. 5ª. EDICIÓN.
- MORICETE, BERNABEL; Y VERAS, ERNESTO P. **ESTUDIO DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA: SU FUNCIÓN**. LA VEGA: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL CIBAO - ESCUELA DE DERECHO. 1992.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS DEL HOMBRE - PACTO DE SAN JOSÉ**. SAN JOSÉ: 7 AL 22 DE NOVIEMBRE DE 1969. RESOLUCIÓN NÚM. 739 DEL 25 DE DICIEMBRE DE 1977. G. O 9460 DEL 11 DE FEBRERO DE 1978.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**. [EN LÍNEA] ADOPTADO Y ABIERTO A LA FIRMA EL 16 DE DICIEMBRE DE 1966. ENTRADA EN VIGOR EL 23 DE MARZO DE 1976. DISPONIBLE EN: [WWW.ENJ.ORG](http://www.unhcr.org)
- OFICINA DEL ALTO COMISARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES - REGLAS DE BEIJING**. [EN LÍNEA] 29 DE NOVIEMBRE DE 1985. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/H_COMP48_SP.HTM](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp48_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**. [EN LÍNEA] 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/K2CRC_SP.HTM](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANO. **DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL - DIRECTRICES DE RIAD**. [EN LÍNEA] 14 DE DICIEMBRE DE 1990. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/H_COMP47_SP.HTM](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp47_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD**. [EN LÍNEA] 14 DE DICIEMBRE DE 1990. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH](http://www.unhcr.ch)
- COMISIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA DEL COMITÉ INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL 15 DE OCTUBRE DE 1996**. [EN LÍNEA] DISPONIBLE EN [HTTP://WWW.DERECHOS.NET/DOC/CIDH/](http://www.derechos.net/doc/cidh/). 2004-05-20.

- RAQUERO IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS. ALGUNOS DERECHOS PROCESALES. EN: **CURSO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**. TEMA IV. PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL. SANTO DOMINGO: 2000.
- RESUMIL, OLGA E. **CRIMINOLOGÍA GENERAL**. RÍO PIEDRAS: EDITORIAL UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, 1992. SEGUNDA EDICIÓN..
- TIFFER, CARLOS Y LLOBET, JAVIER. **LA SANCIÓN PENAL JUVENIL Y SUS ALTERNATIVAS EN COSTA RICA**. SAN JOSÉ: UNICEF, 1999.
- UNICEF. **MANUAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**. NEW YORK: EDITORIAL UNICEF, 2001.
[HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/SERIE_ALSERIS_A_17_ESP.DOC](http://www.corteidh.or.cr/serie_alseris_a_17_esp.doc) (CITAR DOCUMENTO)
[HTTP://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp)(CITAR DOCUMENTO)

Módulo III

LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Autore

Juan Sabino Ramos

Coordinadora:

Concepción Rodríguez González del Real

C) SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Introducción

I.- Sanciones Socio-educativas

A) Amonestación y advertencia

1.- Condiciones

2.- Características

3.- Destinatario

4.- Magnitud de la Infracción

B) Libertad Asistida

1.- Condiciones,

2.- Tipos de Medidas,

3.- Los sujetos dentro de la aplicación de la medida- a) El Juez, b) Psicólogo, c) Trabajador Social, d) profesionales afines, d) El procesado, e) Juez de Ejecución de Penas)

4.- Máxima Duración

C) Prestación de servicios a la comunidad

1.- Gratuidad

2.- Duración

3.- Consentimiento del menor de edad

4.- Las instituciones

D) Reparación de los daños a la víctima

1.- Régimen Jurídico

2.- Carácter Obligatorio

3.- Método Alternativo o Adjudicativo

- 4.- Ejecución
 - 2.- Ordenes de Orientación y supervisión
 - 1.- Asignación y Cambio de residencia
 - 2.- Prohibición del trato con ciertas personas
 - 3.- Matriculación en un centro de educación formal o técnico vocacional
 - 4.- Obligación de realizar ciertos actos
 - 5.- Obligación de someterse a tratamiento medico.
- IONES EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

1. Conceptos Generales

2. La sanción penal en los adolescentes en el marco de la Doctrina de la Protección Integral

3. Definición

4. Características

5. Principios Rectores.

- Principio de proporcionalidad
- Principio de legalidad.
- Principio de culpabilidad.
- Principio de determinación de la sanción.
- Principio de privación de libertad en centro especializado
- Principio de Humanidad.
- Principio de educación y reinserción

6. TIPOS DE SANCIONES

- Sanciones socio-educativas
- Órdenes de orientación y supervisión
- Sanciones privativas de libertad.

7. FINALIDAD DE LAS SANCIONES.

LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Introducción

La Doctrina de la Protección integral³⁷ aplicada a los procesos penales juveniles ha representado la superación del criterio de la inimputabilidad que estaba vigente cuando existían los tribunales tutelares de menores,³⁸ para dar paso a un sistema de responsabilidad penal juvenil con el objetivo de conocer de las acusaciones en contra de los menores de edad. En éste nuevo esquema la administración de justicia debe constituir el principal garante de los derechos fundamentales del imputado con estricto apego al debido proceso de ley, quedando superada así la discrecionalidad de los jueces de menores de edad en materia de protección y la supuesta o real apariencia de impunidad.³⁹

37 Sobre la Doctrina de la Protección Integral, véase a Edson Seda Moraes, La Protección Integral, en Derechos del niño, Textos Básicos, UNICEF Venezuela, Pág. 87, 1996.

38 Antigua Ley 603, de fecha 3 de noviembre de 1941, sobre los Tribunales Tutelares de Menores en Rep. Dom.

39 Sobre éste tópico, Santiago Mir Puig señaló: Científicamente no puede asegurarse que los menores, sobre todo a partir de la edad adolescente, entre los 12 y 14 años no posean una actitud de entender y querer suficiente, como para ser considerados capaces de ser culpables y de merecer un reproche penal. Por ello, la misma doctrina antes mencionada, ha propugnado la necesidad de superar el criterio jurídico de la inimputabilidad y de reconocer la responsabilidad del menor. Se trata de mantener la eximente de minoría de edad, pero de no fundamentarla ya en la completa irresponsabilidad o presunción de inimputabilidad del sujeto, sino en la convicción política criminal de que el comportamiento de los menores, no debe merecer la misma sanción penal que el de los mayores. (Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Barcelona 1996, Citado por Juan Bustos Ramírez en : Un Derecho Penal del Menor, Editora Jurídica del cono sur, LTDA, Santiago de Chile 1993)

Sobre este tema Miguel Cillero Bruñol declaró:

La prueba más clara que se está frente a un sistema que reconoce una especial capacidad de culpabilidad es que estos sistemas no sólo fijan un límite superior en los dieciocho años, sino que también un límite inferior, bajo el cual se presume la inexistencia de todo tipo de responsabilidad, con lo que se da cumplimiento a la norma expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Artículo 40.3 a). Tanto los sistemas del discernimiento como los de protección han sido incapaces de absolver y controlar todo el poder punitivo del Estado. Niegan la culpabilidad, pero no renuncian a penar, aunque sea bajo el pretexto de proteger o educar.⁴⁰ (Citas omitidas).

El reconocimiento de la competencia penal en la jurisdicción de los menores de edad, ha sido el producto de años de reformas legales en el plano internacional y nacional, y con referencia al proceso penal en si y su aspecto sancionador; tenemos que referirnos específicamente a los artículos 37 y 40 de la convención Internacional de los Derechos del Niño,⁴¹ las Reglas mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing),⁴² las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, éstos tres últimos instrumentos internacionales no han sido ratificados por nuestro órgano legislativo, pero es indudable el carácter vinculante que poseen, por ser instrumentos relacionados con la preservación de los derechos humanos de los menores de edad.

Las disposiciones de la C.D.N. en su artículo 37, en sus letras b), c) y d), son un reconocimiento implícito de que las acciones penales se pueden ejercer en contra de los menores de edad, admitiendo entre otras cosas la prisión preventiva del procesado, sujetándola a un debido proceso de ley y otras condiciones específicas relacionadas con el principio de humanidad y el respeto a la dignidad humana, siempre y cuando se aplique ésta como medida de último recurso. De igual manera, los criterios legales del artículo 40 apuntan al reconocimiento tácito de que a los procesados menores de edad se le aplican las disposiciones regulatoria del derecho penal, siempre y cuando se garantice el respeto a los principios de legalidad y especialidad y dentro de este contexto podemos mencionar algunos principios, tales como la presunción de inocencia, derecho a conocer de la acusación, derecho a la defensa letrada, celeridad, igualdad de armas, derecho a guardar silencio, a la contradicción dentro del proceso, entre otros.

40 Miguel Cillero Bruñol, *Nulla Poena Sine Culpa*, un límite necesario al castigo penal de los adolescentes, Instituto Interamericano del Niño, pág. 9.

41 Aprobada por las naciones unidas el 20 de Noviembre de 1989. En lo sucesivo C.D.N.

42 En lo sucesivo Reglas de Beijing, aprobada por la Asamblea ONU, 29 de Noviembre 1985

43 Naciones unidas mediante resolución No. 45/113

44 Aprobada por las Naciones unidas mediante resolución No. 45/112, de fecha 14 de Diciembre de 1990, en lo adelante Directrices de Riad.

Para la aplicación de las medidas, la C.D.N. es categórica en señalar en el mismo artículo 40, numeral 4, lo siguiente:

Se dispondrá de diversas medidas tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con las circunstancias como con la infracción.

Por su parte, las Reglas de Beijing articulan un mínimo de disposiciones para regular el tratamiento que se le ha de dispensar al menor de edad, siempre que se vincule con la violación de un precepto penal⁴⁵ o se haya comprobado su participación en los hechos alegados. Mientras que la Regla 18.1 contempla un conjunto de medidas resolutorias que pueden aplicarse a los menores de edad de manera prioritaria y la Regla 19.1 limita las medidas de privación de libertad a los casos de excepción cuando dispone: “El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios, se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Esta Regla hace referencia a dos puntos esenciales, el primero limita la privación de libertad para que la misma sea aplicada sólo si no se encuentra otra medida más adecuada y la segunda, que se refiere a la duración de la aplicación de ésta sanción reduciéndola al más breve plazo posible. En otras palabras, luego de que el operador judicial examina cada una de las medidas alternativas a la privación de libertad, si encuentra que ninguna de éstas es aplicable al procesado, entonces se recurre a las medidas de privación de libertad. Por ello es esencial el informe socio-familiar del equipo multidisciplinario, que podrían trazar ciertas pautas a la hora de aplicar cualquier medida socio-educativa.

De ahí, que las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, establezca en su artículo 1.2, lo siguiente:

Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes reglas, así como en las Reglas Mínimas de las naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial, sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

45 Según el ordinal 2.2, letra c)

Como se ha expresado en la introducción de éste capítulo, los acuerdos internacionales han definido el objetivo de la intervención de los órganos jurisdiccionales en el proceso penal juvenil, pues, se debe tener en cuenta que el principio de legalidad es un punto fundamental, que exige la necesidad de formulación de una acusación que esté relacionada con la violación de un precepto penal previamente establecido en la ley.⁴⁶ Para la aplicación de la sanción, se requiere que en los tribunales sea demostrada la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable. Demostrado el hecho y sancionado el infractor, se le aplican las medidas socio-educativas que establecen las leyes, y entre éstas, de manera prioritaria las no privativas de libertad, que persiguen educar y re-orientar al sentenciado a los fines de que pueda reinsertarse efectivamente en la sociedad.

El artículo 326 de la Ley 136-03, establece como finalidad de la sanción la educación, rehabilitación y la reinserción social del adolescente en conflicto con la ley penal. Esta es la principal diferencia que existe con el proceso penal ordinario, en donde no se excluyen estos tres objetivos, pero se le da mayor relevancia a la modalidad de sanción como castigo, tal y como era concebida la pena en la antigüedad, como un sufrimiento impuesto por la sociedad al infractor por haber violado un precepto penal, como forma de preservar el orden jurídico y la convivencia social.⁴⁷

El antiguo régimen aplicado por la ya derogada Ley 14-94, al referirse a la aplicación de sanciones a los menores de edad infractores, enumeró indistintamente las sanciones socioeducativas, las órdenes de orientación y vigilancia junto a las medidas de protección. Por ello encontramos en el artículo 190 de dicho texto una mezcla en las atribuciones para atender casos relacionados con la custodia del adolescente, colocación en centros de abrigo y protección especial, colocación en familia sustituta o la iniciación de los trámites de adopción, junto con las sanciones o a medidas que deben aplicarse ante una infracción penal. Esta doble competencia, por decirlo de esa manera, ubicaba al juez como un buen padre de familia al estilo de un tribunal tutelar, en donde se concebía el estado como el último pariente del menor desprotegido,⁴⁸ por lo que la reforma que se venía gestando perseguía separar los procesos penales que debía aplicarse a los que se vincularan con la violación a un precepto penal, de aquellos que buscaban proteger los derechos humanos de los menores de edad en estado de abandono, pobres o marginados sociales.⁴⁹

A partir de la entrada en vigencia del Nuevo Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, se establece un régimen de garantía de derechos fundamentales contemplados en los libros I y IV; mientras que, en lo que se refiere al proceso penal está plasmado en el libro III, donde se habla de los principios

⁴⁶ Ver artículo 7.1 de las Reglas de Beijing

⁴⁷ Ramos, Leoncio, Nota de derecho penal, 2da Edición, Editorial Tiempo S.A., Sto. Dgo. Pág. 325 (1986)

⁴⁸ Para más detalle sobre este tema: José Martín Ostos, *Jurisdicción de Menores*, Barcelona, J.M. Bosh S.A., Pág. 18 (1994)

⁴⁹ Alejandro Rojas, redactor de materiales educativos para la E.N.J. Ha señalado, que es necesario lograr una separación de vías: Por un lado el sistema de administración de Justicia Penal Juvenil, y, por la otra vía un Sistema de Protección de Derechos matizado por las tres "P", que son: Prevención, Protección,

del derecho penal de la persona adolescente, los órganos que intervienen, el proceso y las sanciones que son aplicados a los adolescentes declarados responsables penalmente, dentro de este contexto la Ley 136-03 en su artículo 327 ha establecido tres tipos de sanciones o medidas que los tribunales pueden aplicar, las cuales son:

- a) Sanciones Socioeducativas
- b) Ordenes de Orientación y Supervisión
- c) Sanciones privativas de libertad

Dentro de este contexto nos corresponde referirnos específicamente a las sanciones no privativas de libertad, que como hemos señalado representan las medidas de primera ratio o sea las sanciones que más se deben aplicar cuando se ha comprobado las acciones delictivas atribuidas a los adolescentes procesados.

I.- LAS SANCIONES SOCIOEDUCATIVAS

Suelen ser considerada como el conjunto de sanciones penales adoptadas por la jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando se ha demostrado que un menor de edad ha violado una disposición legal previamente establecida. Tiene por finalidad lograr la educación, orientación, resocialización y reinserción del infractor en su medio social y familiar. Emilio García Méndez distingue los mecanismos procesales, el monto de las penas y el lugar de cumplimiento de las sanciones como las tres principales diferencias de las medidas socioeducativas frente a la sanción penal ordinaria, que se aplican a los adultos, lo que representa que a los menores de edad se le aplica un régimen diferente y especializado.

Las medidas socioeducativas que enumera la Ley 136-03, en su artículo 327, letra a) son:

- 5. Amonestación;
- 6. Libertad asistida con asistencia obligatoria a programas de atención integral;
- 7. Prestación de servicios comunitarios; y
- 8. Reparación de los daños a la víctima.

A).- AMONESTACIÓN Y ADVERTENCIA

Según el artículo 330 de la citada ley, la amonestación es la *llamada de atención oral o escrita que el juez hace al Niño, Niña o Adolescentes imputado, exhortándolo para que en lo sucesivo, se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social*. Este texto sólo

50 Emilio García Méndez, Adolescentes Infractores como una precisa categoría jurídica, en *Derechos del Niño textos básicos*, UNICEF Venezuela, Pág. 41, (1996)

debió referirse a los adolescentes, pues el artículo 223 dispone de manera clara que los menores de 13 años no pueden ser responsables penalmente, ni se les puede detener, privar de libertad o ser sancionado por autoridad alguna.

1) Condiciones

Para aplicar a un adolescente imputado cualquier medida socioeducativa, se deben conjugar uno de los requisitos, reseñados en el artículo 327 de la ley, éstos son: 1) que se compruebe la comisión del acto infraccional por parte del menor de edad (autor principal); y, 2) Que se demuestre su participación en el acto (cómplice).

2) Característica

Nuestra opinión sobre esta sanción es que además del carácter oral de la medida debe acompañarse al menos por una indicación escrita de los hechos demostrados en el juicio, el derecho violado y un dispositivo escrito con relación a la sanción que se ha aplicado, ya que esto garantiza mas efectividad en el cumplimiento de las medidas ordenadas y se satisface el imperativo de las nuevas disposiciones penales que exigen la fundamentación de cada resolución judicial. En este sentido el Código de Procedimiento Penal señala en su artículo 22, lo siguiente: *“Los Jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar”*.⁵¹

Tanto de la mínima redacción de la decisión, su lectura, como la amonestación oral servirá para que la medida surta el efecto deseado, pues esto llevará al conocimiento del sentenciado sobre los términos de la acusación, cual fue el precepto legal violado y la responsabilidad penal que éste tiene frente a la sociedad y servirá para advertirle que esa primera sanción tiene por finalidad darle una oportunidad para que el infractor enmiende su comportamiento.⁵²

51 La Resolución 1920-2003 S.C.J. establece: “La motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión”

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 55/87, expresa: “La exigencia de motivación de las sentencias se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para esta la Ley...para permitir el control de la función jurisdiccional”

52 La amonestación a los imputados declarados culpables, estaba contemplada en el Código Procesal Penal ordinario e indicaba que luego de pronunciada la sentencia, el presidente podía según las circunstancias, exhortar al acusado a la conformidad, resignación o a reformar su conducta. (Art. 278)

El texto hace énfasis en lo directa y clara que debe hacerse la amonestación y advertencia, lo que indica que el procesado no debe salir de la sala de audiencias sin haber entendido cual fue el motivo de la amonestación y cuales consecuencias se derivan si éste no se somete a las advertencias que les formula el juez y las futuras consecuencias que tendrían la comisión de hechos más graves.

El momento de la ejecución sanción no ha sido previsto en la ley, pero por aplicación de las garantías y principios procesales que cobijan los derechos de los menores de edad, entendemos que para garantizar un debido proceso de ley, es menester que esas amonestaciones y advertencias se ejecuten en presencia del acusado y sus padres o responsables y que la misma debe ejecutarse en la misma sala de audiencia. En este aspecto, la C.D.N., en su artículo 40, inciso 2, letra b) iii, indica como condición para el debido proceso:

“Que la causa se dirimirá sin demora por una autoridad 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 ello fuera contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular, su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

Para la más efectiva aplicación de esa medida es necesario la presencia del adolescente, sus abogados, sus padres y el respeto al principio de oralidad a la hora de hacerles las amonestaciones y advertencias, tal y como lo establecen las Reglas de Beijing, en su numeral 14.2, que señala que para dictar sentencia, el procedimiento favorecerá los intereses del menor de edad y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor de edad participe en él y se exprese libremente. En éste sentido, son válidas las expresiones de Javier Tiffer Sotomayor, quien apunta: *“La ejecución de éste tipo de sanción debe hacerse en presencia tanto del menor de edad, así como de sus padres y su abogado defensor”*.⁵³ Del estudio de las demás sanciones establecidas en la Ley 136-03 se observa que esta es la única sanción que debe ser ejecutada por el juez que conoce el fondo del proceso, pues las demás, aunque no debe aplicarla el Juez del Control de Ejecución de las Sanciones, debe preservar los derechos de los sentenciados y el efectivo cumplimiento de la sanciones establecidos en las sentencias dictadas por los jueces de la sala penal de la jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes.

3) Destinatario

En el anterior sistema, erróneamente, la amonestación estaba exclusivamente dirigida a los padres o responsables de la guarda o custodia del menor de edad, para determinar su responsabilidad o falta con los hechos imputados⁵⁴, pero, la nueva legislación ha que-

⁵³ Javier Tiffer Sotomayor; *Ley de Justicia Penal Juvenil, Comentada y Concordada*, ILANUD, Juritexto, San José, Costa Rica Pág. 115 (1996)

rido dotar de mayor responsabilidad al adolescente procesado al indicar expresamente que ésta medida se le aplica al adolescente imputado. Sin embargo, no se excluye plenamente la responsabilidad de los mayores de edad al expresar que el procesado debe estar sujeto a la autoridad de sus padres o de las personas que ejerzan responsabilidad sobre él, de tal manera que entiendan la ilicitud de los hechos cometidos y la responsabilidad en el cuidado y protección de sus hijos.

Evidentemente, que éste procedimiento tiene un carácter educativo para el procesado y sus padres. Puede suceder como pasa con mucha frecuencia que éstos estén por vez primera en la sala de un tribunal; es posible además que tengan un total desconocimiento de la disposición legal por la que se le procesó, que este primer contacto con los administradores de justicia pueda convertirse en una oportunidad aleccionadora para el procesado y sus padres. Por ello la aplicación de esa medida cumple un rol eminentemente educativo.

4) Magnitud de la Infracción

Nuestra ley, nada dice en lo relativo a cuando procede la aplicación de ésta sanción socioeducativa. Se ha de interpretar que se puede aplicar ante la ocurrencia de hechos que no revelen gravedad y sin violencia. Esa es la opinión que sobre el tema tiene Carlos Tiffer Sotomayor, al señalar, que el Juez penal juvenil tiene como una primera posibilidad la aplicación de las sanciones socio-educativas en aquellos casos en que el bien jurídico afectado no sea de carácter fundamental y se considere además, que por las condiciones personales del sujeto, éste tipo de sanción sea la más adecuada. Por otro lado, recurriendo el derecho comparado, el artículo 66 de la Ley sobre sistema de responsabilidad penal juvenil de Colombia, establece que la amonestación es una medida que se aplica dentro de los delitos que se consideran leves.

B).- LIBERTAD ASISTIDA

La primera manifestación de aplicar un procedimiento especializado para los menores de edad y especialmente el régimen de libertad asistida, surge en Chicago Illinois en el año 1890, cuando nace el primer tribunal para conocer de los procesos penales

54 Esto era considerado como una vulneración al principio de legalidad y al de personalidad de la sanción o pena, establecidos en los artículos 8 y 100 de nuestra Carta Magna. La Ley 603 del año 1941, que instituyó los Tribunales Tutelares de Menores fijó en una reforma al artículo 2, párrafo de la Ley 603, mediante la Ley 3938, de fecha 20 de septiembre de 1954, que a los padres se les podía aplicar sanciones penales, por hechos atribuidos a sus hijos menores de ocho años.

55 Procede aquí exteriorizar las consideraciones del artículo 123 de la derogada Ley 14-94, que identificó como hechos leves cuando se ejecutan contra la propiedad de menor cuantía y sin violencia y en lesiones personales.

56 Tiffer Sotomayor, Carlos, Comentario a la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Pág. 115, Editorial Juristexto, San José Costa Rica, (1996).

a menores de edad. A partir del año 1912 se introduce esta medida en Francia, por influencia de los tribunales norteamericanos.⁵⁷ En nuestro país éste concepto se asimila por primera vez a partir del año 1941, por efecto de la Ley 603, que creaba los tribunales tutelares de menores.

En la evolución y desarrollo de las funciones de los tribunales y salas penales juveniles, se ha confundido de manera indistinta la libertad provisional y la libertad asistida, las que en sus aspectos procesales y en lo que se refiere a los fines que persigue cada una es distinta.

La libertad provisional como se ha establecido, es una medida que se aplica tomando en cuenta que la presunción de inocencia es un principio que protege a todo procesado y por tanto la libertad del individuo es la regla y la excepción es la prisión. Por ello el nuevo ordenamiento procesal permite la prisión provisional cuando se conjugan por lo menos tres elementos esenciales referidos en el artículo 290 de la Ley 136-03.

En cambio, la libertad asistida al tenor de las nuevas corrientes del derecho procesal penal juvenil,⁵⁹ sólo es aplicable cuando una jurisdicción retiene la responsabilidad penal del agente por la comisión de un hecho previamente tipificado.⁶⁰ Sólo bajo éste esquema, se puede aplicar una de las medidas socioeducativas y dentro de éstas, la libertad asistida. Por ello, consideramos que no procede aplicar ese tipo de medida antes de que el tribunal delimite la acusación y el grado de responsabilidad del autor, si procede. Pues, en caso contrario no se estaría respetando el debido proceso de Ley del imputado y dentro de éste el derecho a la presunción de inocencia.

Supongamos que a un menor de edad acusado se le aplique de manera provisional una libertad asistida en lo que concluye el proceso penal, luego, las pruebas aportadas resultan insuficientes y el adolescente es descargado, esto traería como consecuencia una violación a los derechos de ese procesado, ya que se aplicaron en su contra unas medidas que para la especie se aplican a los declarados responsables penalmente.

La libertad asistida según lo exponen las Doctoras Zulita Fellini y María Angélica Montes de Oca,⁶¹ *consiste en una sanción de carácter educativo social, dirigida a adolescentes que han cometido infracción a la ley penal, ejecutada desde el marco de la cotidiana del adolescente, a fin de que desarrolle su vida integrado a un medio familiar.* En el Primer Congreso Latinoame-

57 Dotel Matos, Héctor; Delincuencia Juvenil o Justicia de Menores en Circunstancias Difíciles, Malibú Cómpu- tos, Editora Tavarez, Santo domingo, Pág. 217 (1995)

58 Dotel Matos, Héctor; Delincuencia Juvenil o Justicia de Menores en Circunstancias Difíciles, Malibú Cómpu- tos, Editora Tavarez, Santo domingo, Pág. 217 (1995)

59 El artículo 290 de la Ley 136-03, enumera los siguientes presupuestos: a) Peligro de fuga, b) Peligro de destruc- ción u obstaculización de los medios de pruebas; y c) exista peligro para la víctima, denunciante o querellante.

60 El principio de legalidad: Este principio establece que nadie puede ser juzgado o condenado por la comisión de un hecho que al momento de cometerse no esté debidamente previsto y sancionado por la ley penal de un determinado país.

61 Zulita Fellini y María Angélica Montes de Oca, Libertad Asistida: Alternativa a la Privación de Libertad de Niños, Niñas y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, fuente: www.dniu-uy.com/libertad_asistida.htm, 24/04/04

ricano de Capacitación e Investigación Sobre los Derechos del Menor Frente a los Sistemas de Administración de Justicia Juvenil, organizado por ILANUD⁶² y celebrado en Costa Rica en el año 1986 se estableció la distinción entre la libertad asistida y la vigilada.⁶³

La antigua concepción del derecho penal juvenil respondía a un esquema, donde los principales protagonistas en el cumplimiento de la libertad asistida eran los padres o responsables, de esta manera la definición de esa medida según el artículo 200 del anterior sistema, establecía como requisito fundamental la entrega del menor de edad a sus padres, representantes legales, guardadores o personas determinadas, con la obligación de parte de éstos someterse a la orientación y supervisión de un representante de la jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes.

Si se profundiza en estas disposiciones, podremos notar lo irregular que resultaba la aplicación de ésta medida, hasta el grado de ser interpretado erróneamente por muchos operadores judiciales, que ante un supuesto de responsabilidad penal, si el procesado no contaba con adultos para representarle, no se podía otorgar el régimen de libertad asistida, pues nadie iba a asumir la responsabilidad de someter al menor de edad al régimen multidisciplinario. Por ello, al amparo de la nueva legislación no puede ordenarse medidas privativas de libertad sin explorar otras medidas alternativas, poco importa si el adolescente está o no representado por sus padres. En este tenor la C.D.N. en su artículo 37, letra b) indica:

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

Afortunadamente, el artículo 331 de la Ley 136-03, ha dado un fuerte espaldarazo a la Doctrina de la Protección Integral y a las disposiciones de los instrumentos internacionales relacionados con el fomento progresivo de los derechos individuales del ser humano, entre los que se insertan necesariamente los Niños, Niñas y Adolescentes, pues, en su contexto señala que la libertad asistida es una sanción socioeducativa que consiste en sujetar a determinadas condiciones, la libertad del imputado, quien quedará obligado a cumplir cualquiera de las órdenes de supervisión y orientación que imponga el Juez.

Recordemos que la Doctrina de la Protección Integral concede amplios derechos a los menores de edad adolescentes, a quienes no se consideran ya como seres incapaces, sino que ese criterio se sustituye para dotarlo de mayor garantía en cuanto a sus prerrogativas y atribuirle un mayor grado de responsabilidad.

⁶² Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

⁶³ En ese Congreso se estableció que la libertad vigilada es una medida de control social, que tiene como uno de sus objetivos supervisar el comportamiento del menor durante ésta transcurra; y que la libertad asistida, aún siendo una medida de control social, su objetivo es desarrollar estrategias para que la libertad sitúe al imputado en un rol protagónico.

De ahí, que en lo adelante resultará más factible entender a la hora de determinar que el adolescente va a quedar sujeto al régimen de libertad asistida, que la principal responsabilidad de cumplir con lo que el tribunal ha ordenado, es el propio sentenciado. La nueva disposición de la ley al atribuir un mayor grado de responsabilidad al imputado, impide que éste pueda delegar sus obligaciones a los padres o responsables, ni podrá acusar a estos por no haber respondido adecuadamente a la sanción que se ejerció en su contra.

1) Condiciones

Ya se ha establecido como requisito esencial para la aplicación de la libertad asistida que sea demostrado en el tribunal judicial la responsabilidad penal del menor de edad. Ahora bien, si se trata de establecer en cuales casos proceden, debemos indicar que la nueva ley no dice nada al respecto, pero la disposición del artículo 336 permite interpretar que ha de aplicarse en todos los casos, salvo que los hechos sean de tal magnitud y gravedad que ameriten la aplicación de medidas privativas de libertad.

Entendiendo lo complejo que resulta el ejercicio de la función jurisdiccional en esta materia, creemos que hubiera resultado más favorable establecer con precisión en cual circunstancia procede la aplicación de esa medida. La efectividad del Derecho Procesal Penal se mide en función de cuan clara resultan las reglas de derecho, que garantizan el debido proceso de ley y al mismo tiempo limita el uso de la discrecionalidad por parte del operador judicial.

2) Tipos de Medidas

El artículo 331 de la Ley 136-03 indica como se aplica el régimen de libertad asistida, precisando que el adolescente imputado se le puede exigir el cumplimiento de cualquiera de las órdenes de supervisión y orientación que determine el juez de N.N.A. y dentro de éste esquema el artículo 327, letra b) enumera las órdenes de orientación y supervisión, las cuales son:

- 1) Asignarlo a un lugar de residencia determinado o disponer cambiarse de el;
- 2) Abandono del trato con determinadas personas;
- 3) Obligación de matricularse y asistir a un centro de educación formal u otro técnico vocacional;
- 4) Obligación de realizar algún tipo de trabajo;
- 5) Obligación de atenderse médicamente para tratamiento ambulatorio o de hospitalización.

64 La discrecionalidad de los jueces de N.N.A, es una característica de la Doctrina de la Situación Irregular

Es bueno acotar, que la aplicación de éstas órdenes de orientación y supervisión no excluyen que al imputado se le puedan aplicar otras medidas socioeducativas, como por ejemplo, la prestación de servicios sociales a la comunidad o la reparación del daño, entre otras. En éste tenor el artículo 327 de la Ley 136-03, establece que comprobada la responsabilidad penal del adolescente, el juez podrá imponerle medidas en forma simultánea, sucesiva o alternativa, garantizando el principio de proporcionalidad.⁶⁵

3) Máxima duración

La antigua ley no hacía referencia a la duración de la aplicación de la libertad asistida, pero la nueva ley ha fijado una duración máxima de tres (3) años. A la hora de aplicar la medida, el operador judicial debe tomar en cuenta las disposiciones en que se sustenta el principio de proporcionalidad. Para ello deberá examinar la gravedad o levedad de la infracción, las condiciones físicas e intelectuales del adolescente y el medio social en que se desenvuelve, a manera de ponderar cual es el lugar apropiado para ofrecer ayuda y orientación al sentenciado menor de edad; además de que le ofrece una visión aproximada sobre el tiempo que éste requiere para abandonar el patrón o la conducta delictiva.

C) PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

Las disposiciones del artículo 332 de la Ley 136-03, que regula la aplicación de ésta medida socioeducativa son similares a las disposiciones de los artículos 117 y 126 de las Leyes Penales Juveniles de Brasil y Costa Rica, respectivamente.

La prestación de servicios sociales a la comunidad, consiste en que el adolescente declarado responsable de un tipo penal realice de manera gratuita tareas de interés en las entidades de asistencia pública o privada. Nos preguntamos: ¿Cuál será la motivación de los legisladores para insertar la aplicación de ésta medida en casi todas las legislaciones de la niñez y adolescencia de Latinoamérica?

La prestación de servicios comunitarios, que se aplica a los adolescentes declarados penalmente responsables, cumple con la finalidad de brindar la oportunidad para una efectiva terapia ocupacional del menor de edad, porque la ociosidad y la falta de dependencia directa de los padres, suelen generar inclinaciones hacia patrones de conducta delictivas.

⁶⁵ Este principio establece que al decretarse la responsabilidad penal de un menor de edad, se deben aplicar las medidas adecuadas, dependiendo de la levedad o gravedad de la misma, y, debe ésta proporcional al hecho cometido.

⁶⁶ Estatuto del niño y el adolescente de Brasil

⁶⁷ Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica

Debemos precisar, que la adolescencia es la etapa más compleja y turbulenta de la existencia del ser humano, en donde el joven es asaltado por las dudas, incertidumbre, la timidez, el prejuicio y otros miedos ocultos.⁶⁸ Una época en que se hace necesario las orientaciones, la dependencia de los padres o responsables, y, el involucrar al adolescente en actividades comunitarias que le hagan levantar la autoestima y sentirse entes productivos.

1) Gratuidad.

Para distinguir los conceptos y objetivos de ésta medida con la del trabajo habitual, la disposición legal ha querido subrayar que el procesado habrá de asumir la ejecución de la medida dispositiva de forma gratuita. Esto significa que la institución pública o privada que reciba al sentenciado no ofrecerá, ni dará emolumento alguno, ni hará promesas a esos fines, de manera que éste comprenda que la asignación que realiza es producto de una violación a un precepto legal.

La persona responsable del lugar donde se presta el servicio tendrá en cuenta que ese adolescente no está supeditado a un contrato, como si fuera un empleado común y corriente. Por tanto, no serán aplicadas medidas que vulneren las disposiciones de los artículos del 245 al 254 del Código de Trabajo, ni los convenios Nos. 77, 79, 138 y 182 y de la Organización Internacional del trabajo, que protegen al menor de edad de la explotación laboral.⁶⁹

2) Duración

Se ha establecido mediante la nueva legislación que la aplicación de la medida se hará por un período máximo de Seis (6) meses y no más de ocho (8) horas a la semana, incluyendo fines de semana, días feriados o en cualquier otro día hábil, pero sin que pueda perjudicar la asistencia del adolescente a su centro escolar o la jornada normal de su trabajo, si posee.

Esta Máxima duración para la aplicación de esta medida ha sido consignada además por las legislaciones de Brasil en su artículo 117 y en el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia en su artículo 246; mientras que el artículo 133 de la ley sobre Responsabilidad Penal para la Adolescencia de Panamá, establece como máxima duración 18 meses.

⁶⁵ Este principio establece que al decretarse la responsabilidad penal de un menor de edad, se deben aplicar las medidas adecuadas, dependiendo de la levedad o gravedad de la misma, y, debe ésta proporcional al hecho cometido.

⁶⁶ Estatuto del niño y el adolescente de Brasil

⁶⁷ Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica

⁶⁸ Dr. Julián Melgosa, *Para Adolescentes y Padres*, Editorial Safeliz, Madrid (España) Pág. 7 (1998)

⁶⁹ Convenio 77 de la O.I.T. establece que las personas menores de 18 años no serán admitidas a empresas industriales, a menos que un examen médico establezca que están aptas para realizar el trabajo y que el proceso de supervisión se realice hasta que cumpla 18 años.

-Consentimiento del Menor de Edad

Nuestra legislación guarda silencio en lo relativo a si se requiere del consentimiento previo del adolescente para la aplicación de la medida, de igual manera las leyes de Brasil y Costa Rica no disponen si hay que recabar el consentimiento del procesado.-

Sin embargo, el artículo 73 del Sistema de Responsabilidad Juvenil de Colombia, plantea la opinión del menor de edad como un requisito esencial para aplicar la medida. Mientras que el artículo 7, Ordinal 1 y letra k) de la ley Orgánica 5/2000 de España, establece:

“Prestación de servicio a la comunidad. La persona sometida a ésta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”⁷⁰

Nos solidarizamos con las legislaciones que establecen como requisito el consentimiento del menor de edad, pues, una medida sobre prestación de servicios a la comunidad que no cuente con el aval del procesado, no alcanzaría los objetivos para los que se ordenan. No hay que olvidar que es una medida a aplicar a una población que requiere de atenciones y cuidados especiales, que las áreas donde intervendrán son entidades públicas o privadas donde se necesita un mínimo de disposición para evitar que terceros resulten perjudicados.-

Por otro lado, pienso que el objetivo de la medida es básicamente para sensibilizar emocionalmente al adolescente, hasta el punto que pueda comprender que está realizando una labor útil a la sociedad. Si la medida se aplica de manera coercitiva, estaría revestida de arbitrariedad e inmediatamente cambiaría el significado para el adolescente, quien lo interpretaría como una especie de trabajo forzado.⁷¹

4) Las Instituciones

Las instituciones que pueden intervenir en el proceso de aplicación de esta medida socio educativa pueden ser de naturaleza pública o privada, siempre y cuando estas realicen trabajos para ayuda y soporte de la comunidad.

⁷⁰ 30 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

⁷¹ Para mas detalle ver a: Cunningham, Hugh. Los hijos de los pobres. La imagen de la infancia desde el siglo XVII.-

Entre las instituciones públicas, el artículo 332 hace referencia a las centralizadas y las descentralizadas. Se mencionan los hospitales, las escuelas porque son instituciones centralizadas y dependen de forma directa de secretarías de estado adscrita al gobierno central; mientras, que las entidades como cuerpo de bomberos, defensa civil, cruz roja, entre otras, son instituciones que pertenecen al estado, pero de forma indirecta o descentralizada. Ambas dependencias pueden realizar un valioso aporte para que el adolescente se ejercite en la labor comunitaria, donde se facilite un mayor grado de interacción con comunidad y sus necesidades.

Otras instituciones que pueden realizar una loable función en la aplicación de estas medidas, son las entidades no gubernamentales (ONG) y dentro de estas se destacan las iglesias, los clubes deportivos y culturales, ligas deportivas y escuelas de arte, entre otras.

D) .- REPARACION DEL DAÑO A LA VICTIMA

d) Régimen Jurídico

El sistema legal de República Dominicana permite al amparo del Código Procesal Penal que la acción civil se ejerza de forma accesoria a la penal, salvo el ejercicio de una acción civil ante otra jurisdicción.⁷² Este procedimiento se implementó en la jurisdicción de Niños, Niñas y adolescentes a partir del año 1995, por aplicación de los artículos 197, 198, 239 y 242⁷³ de la derogada Ley 14-94. Estas disposiciones tenían como referencia directa lo que establece el artículo 1384 del Código Civil, que entre otras cosas indica : *“No solamente es uno responsable del daño que causa por el hecho suyo, sino también del que se causa por hechos de las personas por quien se debe responder, o de las cosas que están bajo su cuidado. El padre y la madre después de la muerte del esposo, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que vivan con ellos.....”*.

En lo que se refiere a las sanciones penales en la jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 136-03 en su artículo 333 ha introducido, si se quiere, una novedosa modalidad cuando ha señalado que los adolescentes declarados responsables penalmente pueden ser sancionados a reparar el daño causado por su hecho delictivo, abriendo la posibilidad de que el daño sea resarcido (ya no como una acción civil accesoria en contra de los padres) como una sanción pura y simplemente en contra del adolescente, en este sentido el referido texto señala : *“La reparación de daños consiste en una obligación de hacer, por parte de la persona adolescente imputada en favor de la persona agraviada, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por razón de la conducta infractora.*

⁷² El 27 de Junio de 1884, en virtud del Decreto No. 2259, se traduce y adecua a nuestro régimen legal, el código de procedimiento criminal Francés, el cual establecía en su artículo 3, que se podía perseguir la acción civil al mismo tiempo y ante los mismos jueces, que la acción pública.

⁷³ Los artículos 197, 198 y 239, establecen entre otras cosas, que los padres o responsables asumirían la responsabilidad civil de restituir, resarcir o compensar el daño a la víctima cuando los actos delictivos de sus hijos tuvieran consecuencias patrimoniales.

El hecho de que ésta Ley haya establecido esta sanción en el nuevo sistema, no necesariamente se debe mal interpretar en el sentido de que el Juez que conoce el juicio de fondo no pueda determinar la restitución de la cosa y resarcir o compensar el daño causado a la víctima cuando éstas lo soliciten de manera accesoria a la acción pública, porque esta manera de reparación del daño está contemplado en el artículo 242 y 243 de la misma Ley donde se mantiene el ejercicio de la acción civil de forma accesoria a la penal, bajo el precepto de que son los padres los responsables civilmente por los hechos de sus hijos. Sin embargo, el texto del artículo 242 presenta una disposición novedosa, pues permite la acción civil en contra del adolescente procesado, siempre y cuando este tenga patrimonio propio. Esto no significa que la acción civil se ejecutará en contra del menor de edad, pues en caso de tener bienes, la acción civil se ejercerá en contra de la persona que tiene el ejercicio de la autoridad parental o tutela del menor de edad, (como claramente lo establece el primer párrafo del artículo 333) salvo que éste se haya emancipado civilmente bajo los preceptos legales establecidos en los artículos 476 y siguientes del Código Civil.

La parte final del artículo 333 ha establecido que *para reparar el daño causado, se requerirá el consentimiento de la persona agraviada, de la persona adolescente, y según corresponda se podrá contar con la presencia de la persona adulta responsable que manifieste su acuerdo en comprometerse solidariamente con la persona adolescente imputada a la reparación del daño. El cumplimiento de la obligación de hacer, extinguirá la acción penal.* La interpretación de esta disposición resulta ambigua, pues, por un lado está señalando que la reparación del daño es una sanción penal resultante de haberse demostrado en el juicio la responsabilidad penal de la persona adolescente, en este tenor se interpreta como sanción a aquel último acto jurisdiccional que dicta un juez después que en el plenario se ha comprobado la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado. Tal y como lo ha señalado Alejandro Rojas al escribir sobre el tema de sanciones penales en la justicia de la persona adolescentes, en el sentido de que *la sanción penal juvenil es la reacción o consecuencia jurídica que surge ante la comisión, por parte de un adolescente, de una conducta prevista como delito por una ley anterior, que tiene el doble objetivo de asignarle una consecuencia acorde con su responsabilidad y de educarlo para que, en el futuro, no vuelva a realizar conductas de ese tipo.* Como se ha podido notar si se habla de sanción es porque se ha celebrado juicio y se ha determinado responsabilidad penal.

Pero no parece ser el curso final que se le da a la solución de esta controversia, porque este texto ha indicado que si se el agraviado, el acusado y el padre o responsable están de acuerdo en que se repare el daño, y, finalmente se cumple con esta condición se extingue la acción penal. Debemos hacer algunas reflexiones al respecto, porque el Código Procesal Penal plantea algunos procedimientos alternativos para poner fin a las acciones que se ejercen en el nuevo sistema procesal penal.

Por ejemplo el código hace alusión a la conciliación, indicando que procede en caso de contravenciones, infracciones de acción pública a instancia privada, homicidio culposos, infracciones que admiten el perdón condicional de la pena, y, que en las infracciones de acción pública la conciliación procede en cualquier momento previo a que se ordene la apertura del juicio.

El inconveniente que se plantea es que en nuestra jurisdicción no existe la acción privada, única posibilidad de admitir la conciliación después de la apertura a juicio, porque el texto señala que se admite en cualquier estado de causa. Sin embargo es el Artículo 39, el que se asemeja a la disposición del artículo 333, pues, señala que si se produce la conciliación se levanta acta que tiene fuerza ejecutoria. *El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal. Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento continúa como si no se hubiera conciliado.* Pero aún con esta similitud es preciso acotar que legalmente la conciliación no procede cuando se está dictando sentencia al fondo, aunque esta se refiera a reparar el daño a la víctima, con el consentimiento de ésta, del Ministerio público, el querellante y el propio procesado.

El Código procesal penal hace una mezcla un tanto riesgosa de dos figuras alternativas que son la suspensión condicional del procedimiento y la suspensión condicional de la pena, supeditando la primera a una condición hipotética de cuando sea previsible la suspensión condicional de la pena y la segunda la supedita al cumplimiento del procedimiento de la suspensión condicional del procedimiento. Estas figuras están identificadas en los artículos 40 y 141 de la Ley 76-02. Pienso que estas figuras persiguen un fin común que es la reparación del daño; sin embargo, hay que colegir que la forma en que se debe dirimir el proceso y sus fines son completamente distintos, porque para el primer proceso es evidente que el acuerdo de la reparación del daño y su cumplimiento garantiza que se satisfaga el anhelo de justicia por parte del ofendido, se evita la continuación del proceso y por el otro lado es lógico que si se cumple lo acordado o pactado se extinga la acción penal como método alternativo al proceso, tal y como lo aclara el artículo 44.9 del CPP, al señalar como causa de extinción de la acción *el Resarcimiento integral del daño particular o social provocado, **realizada antes del juicio** (marcado nuestro), en infracciones contra la propiedad sin grave violencia sobre las personas, en infracciones culposas y en las contravenciones, siempre que la víctima o el ministerio público lo admitan, según el caso.*

En lo que se refiere a la suspensión condicional de la pena, entendemos que aunque el procesado cumpla con lo pactado, no operará extinción de la acción, porque la responsabilidad penal no está en discusión sino la sanción, por tanto se reafirma el criterio de que es un método alternativo a la aplicación de la sanción. Por tanto entendemos que la solución mas factible que debió plantear el CPP no era asimilar el procedimiento de la suspensión condicional del proceso para la figura de la suspensión condicional de la pena, pues, lo mas factible era elaborar directrices mas útiles y que se prestaran a menos confu-

siones procedimentales, como por ejemplo hacer la referencia de que cualquier sanción que implicara reparación de daño a la víctima, no necesariamente tendría influencia sobre la extinción de la responsabilidad penal sino mas bien sobre el cambio, modificación o eximente de la aplicación de sanciones.

2) Carácter Obligatorio

Ahora bien, en lo que se refiere a la reparación de los daños, el artículo 333 la define como una obligación de hacer por parte de la persona adolescente imputada a favor de la persona agraviada, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por razón de la conducta infractora. Esta disposición otorga capacidad para que el menor de edad que cuente con recursos económicos pueda reparar un daño, cuando esa responsabilidad surge de la comisión de un delito en este particular aspecto, se observa un cambio sustancial en lo que se refiere al régimen de las obligaciones, ya que obliga a un menor de edad a resarcir o restituir el daño causado a la víctima, en razón de su conducta infraccional.

3) Ejecución

Al tenor del artículo 368, cuando se dicte la sentencia en la que se sanciona al adolescente con la reparación del daño a la víctima, los funcionarios encargados de la Dirección nacional de Atención Integral de la Persona adolescente, elaboraran un plan para el cumplimiento de la sanción, que consignara los siguientes aspectos:

- 4 la forma en que se desarrollara la restitución del daño;
- 5 Lugar donde se debe cumplir;
- 6 Los días que la persona adolescente le dedicara a tal función;
- 7 El horario diario en que se debe cumplir con la restitución o resarcimiento del daño.

Para los casos en que se adjudique la reparación del daño por una suma de dinero, el párrafo del citado artículo señala que se hará énfasis en que el dinero debe provenir del esfuerzo del adolescente. En este sentido nos parecen acertadas la palabra de Edson Seda, cuando indicó:

Quien tiene derechos, automáticamente tiene deberes. Incluir Niños, Niñas y adolescentes en el mundo del derecho (como sujeto de derecho, o en otras palabras, como sujetos jurídicos), los transforma en sujetos de derechos y obligaciones. Ese cono-

cimiento está en la base transdisciplinar de la convención. Es un grave error de paradigma pensar que el proceso de formación de una niña o un niño se le inculque el sentir y el pensar de que es dotado de derechos (aquello que puede exigir de los demás) sin inculcarle el pensamiento y el sentimiento de que es dotado de deberes (aquello que los demás, a empezar por el padre y madre, hermanos y amigos pueden y deben exigir de él) el termino exigir puede parecer excesivo, pero no lo es. Si reflexionamos sobre su significado vamos a ver que es lo que las personas esperan una de las otras en el límite de la relación social, desde que nacen.⁷⁴

II.- LAS ÓRDENES DE ORIENTACIÓN Y SUPERVISIÓN:

Han sido definidas por el artículos 334 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, como los mandamientos o prohibiciones que impone el Juez al adolescente para regular su modo de vida y para promover y asegurar su formación integral.

Para la aplicación de ésta medida, la disposición legal establece un plazo máximo de dos (2) años, y debe comenzar a ejecutarse un (1) mes después de haberse dictado la sentencia.-

El artículo 327, letra b) de la ley 136-03, hace referencia a cinco (5) categorías que constituyen Órdenes de Orientación y Supervisión. Entendemos que las órdenes de orientación y supervisión no se han de limitar a estas condiciones, sin embargo, en la presente investigación sólo nos referiremos a las contempladas en la ley.-

I Asignación y Cambio de Residencia

La aplicación de ésta medida persigue varios objetivos. Uno de ellos se relaciona con los hechos ocurridos y la necesidad de sustraer al menor de edad del lugar y las personas que tuvieron contacto directo con el accionar delictivo, ya sea en calidad de observadores, testigos o los que ostentan calidad de víctima o querellante. Se interpreta que el contacto con estas personas puede resultar nocivo para su proceso de reeducación y porque en casos extremos puede poner en riesgo la integridad física del menor de edad o éste poner en riesgo la integridad física de la víctima, querellante o testigos.

⁷⁴ Seda, Edson, El Nuevo Paradigma de la niña y el niño en América Latina, Pág. 10.

Otra de las razones que fundamentan la aplicación de ésta medida para la resocialización del procesado, es que tanto la ocurrencia del hecho como el propio proceso en los tribunales causan ciertos niveles de estigmatización, que aumentan cuando el adolescente es declarado responsable y éste acontecimiento llega al conocimiento de los que interactúan en el medio social del menor de edad.⁷⁵

El tercer objetivo está relacionado con el medio familiar en que se desenvuelve el menor de edad. Como hemos expresado, la nueva corriente del derecho penal juvenil al tiempo de reconocerle derechos al procesado, también le confiere obligaciones, eso quiere decir que éste debe ser el principal garante para la efectiva ejecución de las medidas que se han dispuesto mediante la sentencia de fondo. Pero, los padres deben asumir (en adición al procesado) una adecuada supervisión de sus hijos y colaborar con éste para la consecución de los objetivos que persigue la sanción que se le ha impuesto. Pero, si el hogar no es estable y la familia no es sana, poco importa que el adolescente muestre todo el deseo de someterse a las instituciones de resocialización. En estos casos resulta más adecuado ordenar un cambio de residencia para el menor de edad, asignándole un hogar o familia funcional donde estén definidos los roles y el adolescente pueda encontrar buenas orientaciones y una oportunidad de reorientar su vida.-

Para la ejecución de ésta medida, el artículo 369 señala que el juez debe, si es posible, establecer el lugar donde el adolescente debe residir o donde le está prohibido. Si al juez de fondo no le fue posible establecer o fijar el nuevo lugar, esa responsabilidad la tendrá el juez de ejecución de sanciones.-

2- Prohibición del trato con ciertas personas

Se trata de una medida que tiene un estrecho vínculo con el cambio de residencia, pues, al igual que ésta impide que el adolescente interactúe con personas que precipitan un comportamiento antijurídico en él. En otras palabras, que la conducta criminal se aprende mediante un proceso de comunicación con otras personas, que es la llamada Teoría de la Asociación Diferencial.⁷⁶

75 40 Según Iris Oldano, la teoría del etiquetado trata de los efectos que producen las intervenciones de los órganos e instituciones de control social sobre los niños y jóvenes vinculados con el proceso penal, atribuyendo los actos delictivos al etiquetamiento y la estigmatización a que están expuestas las personas por el número de intervención. Provocando una reacción que varía de acuerdo a la personalidad del individuo y se interpreta como medio de defensa, ataque o adaptación. Iris Oldano, *Criminología, Agresividad y Delincuente*, Buenos Aires, ad-Hoc S.R.L., Pág. 27 (1998).

76 Para mas detalle sobre esta teoría atribuida a Sutherland, Léase a: Oscar Lugones Chávez, *La Delincuencia, Problemas teóricos y Metodológicos*, La Habana, editorial de Ciencias Sociales, Ediciones Jurídicas, Pág. 103, (1985).-

La prohibición del trato del adolescente con las personas, puede ordenarse de dos ámbitos distintos:

a) Trato con personas particulares, que se refiere a cualquier persona que por acción directa o indirecta está interfiriendo de forma negativa en el desarrollo de la persona adolescente. Como aquellos que suelen involucrar al menor de edad en acciones delictivas, para encubrirse detrás de personas a quienes las leyes penales le dan un tratamiento sancionador más benigno; y

b) Trato con familiares, que pueden ser padres, ascendientes, colateral o responsables, los que por acción u omisión, permiten, facilitan o incentivan que el menor de edad adopte un patrón de conducta delictivo ante la sociedad.-

Un dato importante que aporta el artículo 370, para cuando en la aplicación de la medida se refiera a un miembro del núcleo familiar de la persona adolescente o de cualquier otra persona que resida allí, a los fines de que la sanción se aplique junto con la de asignación y cambio de residencia.-

3- Matriculación en un Centro de Educación Formal o Técnico Vocacional.-

Esta medida persigue re socializar el proceso educativo de la persona adolescente en conflicto con la ley penal que por algunas razones no está vinculado a un centro escolar o de formación vocacional, por los diversos factores que inciden en el ausentismo, repitencia, la desertión y la no-matriculación de los menores de edad en centros escolares.-

La educación cumple la función social de transmitir conocimientos, técnicas, actitudes y valores de la sociedad. En otras palabras y según lo expresa Andrés A. Fulcar, la educación consiste en la preparación o formación del ser humano en y para la vida social.⁷⁷

Cuando un joven está integrado a su proceso educativo, es un ente que adquiere una visión adecuada de su presente y futuro, cuando un joven se ausenta con frecuencia del aula por problemas financieros de sus padres o por falta de supervisión y seguimiento, comienza a adoptar conductas antijurídicas, pues recibe la instrucción de los adultos mal intencionados y los amigos de la calle.

El artículo 327 acápite 3, expresa que tiene la característica de obligatoria la medida de matriculación y asistencia a los centros educativos, cuando es ordenada por el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes, pero la plantea en dos diferentes perspectivas, que son:

⁷⁷ Andrés A. Fulcar; Apuntes Sobre Educación de Niños, Niñas y Adolescentes. Ponencia en la capacitación, conocimiento y aplicación de la Ley 14-94. Santo Domingo, Agosto, 1998.-

- j) La matriculación obligatoria a los centros de educación formal, llámese escuelas, liceos, etc. y
- k) La asistencia a centros de enseñanza de oficio técnico vocacional, que lo capacite para el aprendizaje de una profesión o la capacitación para algún tipo de trabajo.-

Creemos que para la aplicación de éstas medidas de manera efectiva, sería adecuado involucrar a padres o responsables, pues el menor de edad sólo permanece en el centro escolar por espacio de 4 horas diarias, por lo que entendemos que cuanto más se integran los padres o responsables a la supervisión de sus hijos, mayor provecho recibirá éste de su proceso educativo, lo que redundará en beneficio de la sociedad. Si la sentencia a intervenir no identifica el centro en que se va a aplicar la medida, esa prerrogativa ha sido conferida al juez de control y ejecución de la sanción, con el apoyo de la Dirección Nacional de Atención Integral de la Persona Adolescente en conflicto con la ley penal.

4.- Obligación de Realizar Ciertos Actos

Dentro del tema que estamos abordando, consideramos que la realización de ciertos actos no tiene relación a lo que comúnmente se considera órdenes de orientación y supervisión. Pues se trata de comisionar al adolescente para que éste desarrolle una función laboral o ya bien sea que se involucre en alguna actividad que resulte útil para su reeducación, lo que evidentemente quedará al arbitrio del juez de control de la sanción. De hecho, al ser un mandamiento o la prohibición que ordena un juez, lo convierte en un procedimiento coercitivo, que aportaría muy poco a la resocialización del sentenciado.

Creemos que ésta disposición debió mantenerse fuera de la aplicación de éstas ordenes e insertarse dentro de las socio-educativas, específicamente dentro de la prestación de servicio a la comunidad. Esta disposición puede representar un inconveniente en el aspecto emocional y social del adolescente, incluso puede llegar a asociar la actividad laboral y productiva del ser humano como un castigo.

5.-Obligación de Someterse a Tratamientos Médicos

Esta medida se aplica cuando los adolescentes procesados presentan problemas de adicción a sustancias psicotrópicas. El artículo 327, numeral 5to de la Ley 136 dispone que esas órdenes pueden ejecutarse de manera ambulatoria u hospitalización, o por medio de la intervención de otras instituciones públicas o privadas, siempre y cuando se logre la desintoxicación y el abandono de la adicción por parte del procesado.

Finalmente, el artículo 335 de la ley establece de manera general que cuando un juez impone una sanción no privativa de libertad, tales como las medidas socio-educativas y las órdenes de orientación y supervisión, debe fijar en la misma sentencia la sanción privativa de libertad que deberá cumplir la persona adolescente para el caso de que éste no observe las medidas dispuesta en la sentencia, siempre que la causa le sea imputable. Esa sanción de privación de libertad como medida sustitutiva no podrá exceder de seis (6) meses, según el párrafo del mismo artículo. No obstante, si se demuestra que las instituciones o las personas obligadas a acompañar al adolescente incumplen en las obligaciones que le corresponde o no le ofrecen el apoyo requerido, la parte in-fine del artículo 327 del citado texto legal establece. “En ningún caso se podrá establecer responsabilidades a la persona adolescente, por el incumplimiento de las medidas socioeducativas, por falta de apoyo de la persona o institución obligada a acompañar el cumplimiento de dichas medidas”.

CONCLUSIÓN

Nos parece apropiado resaltar, que tanto las sanciones socio-educativas, como las órdenes de orientación y supervisión, tienen por finalidad aportar soluciones viables a los menores de edad que están en conflicto con las leyes penales, al margen de la aplicación de medida más drásticas, que como en el caso de la privación de libertad deben ser reservada como medida de último recurso, tal y como lo establece las Reglas de Beijing en su artículo 19.1, cuando señala: *El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible.*⁷⁸ y el artículo 37 b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, quien indica que *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;* bajo el entendido de que el menor de edad que infringe la ley es producto de factores endógenos y exógenos que lo forman,⁷⁹ por ello Alberto Binder justifica el tratamiento alternativo y de reducción de la sanción o castigo al expresar: *“... el proceso debe fortalecer la reducción del castigo. Esta reducción no es sólo una decisión de fondo, propio de la ley sustantiva. El principio de mínima intervención propio del derecho penal, en su formulación clásica, es también un principio básico del derecho procesal, no sólo para reducir las violencias procesales –que no son pocas- sino que de él se extrae el mandato para el proceso de reducir el castigo”.*

78 El comentario anexo de dicho instrumento señala: La regla 19 pretende restringir el confinamiento en establecimientos penitenciarios en dos aspectos: en cantidad (“último recurso”) y en tiempo (“el más breve plazo posible”). La regla 19 recoge uno de los principios rectores básicos de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas: un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada. La regla, por consiguiente, proclama el principio de que, si un menor debe ser confinado en un establecimiento penitenciario, la pérdida de la libertad debe limitarse al menor grado posible, a la vez que se hacen arreglos institucionales especiales para su confinamiento sin perder de vista las diferencias entre los distintos tipos de delincuentes, delitos y establecimientos penitenciarios. En definitiva, deben considerarse preferibles los establecimientos “abiertos” a los “cerrados”. Por otra parte, cualquier instalación debe ser de tipo correccional o educativo antes que carcelario.

79 Sobre estas consideraciones Antonio Beristain, afirmó: Nadie delinque sólo. Todo autor de un delito ha recibido la colaboración más o menos mediata de ocultos cómplices individuales y estructurales. La sociedad con sus injusticias legales, su desigualdad económica exagerada, sus discriminaciones raciales, sus áreas delincuenciales, su morbosidad infectante en los medios de comunicación (tanto más rentable, más infectantes) sus condicionamientos de emigración e inmigración, escasez de centros docentes, sus gastos excesivos en armamentos, su fomento de la agresividad individual y colectiva, su explotación del mercado humano en la prostitución, etc., ofrece fecundo caldo de cultivo para el crimen. Antonio Beristain, *El Delincuente en la Democracia*, Buenos Aires, Editorial Universidad, Pag. 30, (1985).

Para que estas disposiciones resulten efectivas es necesario que los actores que intervienen en el proceso penal de la persona adolescente puedan ser fortalecidos, a los fines de que se evalúe que las principales opciones que debe tener un estado en materia de política criminal juvenil es el de ofrecer reales oportunidades a la adolescencia para una adecuada reeducación, cuando por alguna razón, estos jóvenes han estado involucrados en hechos antijurídicos, la opción no debe ser confinarlos a un centro sabiendo que este lugar no reúne la condiciones mínimas para lograr la adecuada reinserción de un adolescente en la sociedad en estado óptimo.

Para ello se requiere que en la aplicación de medidas no privativas de libertad el Juez desempeñe un rol protagónico, asimilando las disposiciones del artículo 328 de la Ley 136-03, que establece que el juez para aplicar sanciones debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- d) Que se haya comprobado la comisión del acto infraccional y la participación del adolescente investigado;
- e) La valoración psicológica y sociofamiliar del imputado;
- f) Que la sanción que se imponga sea proporcional y racional al daño causado;
- g) La edad del adolescente y sus circunstancias personales, familiares y sociales;
- h) Las circunstancias en que se hubiesen cometido las infracciones penales, tomando en cuenta aquellas que atenúen o eximan su responsabilidad;
- i) Los esfuerzos del N.N.A. por reparar el daño causado; y
- j) Cualquier otro supuesto que establezca la legislación penal.

Es importante, además, que los miembros del equipo multidisciplinario puedan entender y adecuarse a su rol cuando le corresponda realizar investigaciones en el ámbito social, las evaluaciones y diagnósticos sistémico del procesado a partir del hecho investigado, tomando en cuenta que no han sido designada para recomendar la aplicación de sanciones, sino para que con plena conciencia y objetividad elaboren los informes que conduzcan a los administradores de justicia y a los auxiliares que participan en el proceso a tener una radiografía de la realidad social y emocional del procesado. En adición a estos y para el periodo de control y ejecución de las sanciones, estos profesionales desempeñan una función clave cuando se le aplica al menor de edad medidas socioeducativas y de reeducación que incluyen terapias en ésta importante disciplina y el seguimiento que se le da al procesado a través de las visitas de seguimiento y evaluación sobre el entorno familiar y comunitario del adolescente sentenciado y su evolución. De vital importancia las funciones del trabajador social cuando se quiere apreciar como está respondiendo el adolescente procesado a las medidas socioeducativas que se están aplicando y el ambiente en el que interactúa.

Finalmente, hay dos actores fundamentales que intervienen en la fase mas critica del proceso penal de la persona adolescente. El Juez de control de ejecución de la sanción de la persona adolescente quien está llamado a ser el protagonista de esta fase pues tiene a su cargo la obligación de garantizar el proceso de ejecución de la sanción de la persona adolescente sancionada libre de traumas y con el debido respeto de los principios consagrados en la ley y para que este proceso alcance los objetivos trazados. En este sentido el artículo 219 de la Ley 136-03, dispone que en cada departamento judicial habrá por lo menos un Tribunal de Ejecución de la Sanción de la Persona adolescente, que tiene dentro de su competencia el control de la ejecución de la sentencias irrevocables y cuestiones accesorias sobre ejecución de cualquier sanción contra la persona adolescente. El nuevo esquema que regula el cumplimiento de las sanciones otorga facultad para que el juez de ejecución sea el funcionario que vigile el fiel cumplimiento de las medidas socio-educativas por parte del adolescente sentenciado.

Mientras que la persona adolescente sancionada, a quien la ley ha conferido amplios derechos y garantías en la fase de ejecución juega un papel preponderante en la consecución de los objetivos del proceso de educación o de re-educación la persona a quien se aplica la sanción socio-educativa. Según el nuevo esquema o sistema de responsabilidad penal juvenil, al adolescente sentenciado le corresponde jugar un rol protagónico, pues será éste a quien se le exigirá el cumplimiento de las medidas socio-educativas después que el tribunal haya rendido el fallo o sentencia adjudicando responsabilidad penal y en la medida de que el mismo asimile esta responsabilidad podrá dar respuestas a sus inquietudes y necesidades de resocialización.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO, GILBERT. **MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL JUVENIL**. COSTA RICA: ILANUD. 1998.
 - BARATTA, ALESSANDRO; BINDER, ALBERO; GARCIA MENDEZ, EMILIO Y TODOS. **EL NUEVO DERECHO PENAL JUVENIL: UN DERECHO PARA LA LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD**, UNICEF E ILANUD. SAN SALVADOR: EDITORIAL HOMBRES DE MAÍZ, 1995.
 - CILLERO, MIGUEL. NULLA POENA SINE CULPA, UN LÍMITE NECESARIO AL CASTIGO PENAL DE LOS ADOLESCENTES. EN: ADOLESCENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL. BUENOS AIRES: AD- HOC. 2001.
 - DOTEI, HÉCTOR. **DELINCUENCIA JUVENIL O JUSTICIA DE MENORES EN CIRCUNSTANCIAS DIFÍCILES**. SANTO DOMINGO: EDITORIAL TAVAREZ, 1997.
 - FELLINI, ZULITA Y MONTES DE OCA, MARÍA. **LIBERTAD ASISTIDA: ALTERNATIVA A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL**. [EN LINEA] DISPONIBLE EN: : WWW.DNIU-UY.COM/LIBERTAD_ASISTIDA.HTM. 24/04/04
 - GARCÍA, EMILIO Y BELLOF, MARY. **INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA. TOMO I Y II**. SANTA FE DE BOGOTÁ, BUENOS AIRES: EDITORIAL TEMIS, 1999. 2DA EDICIÓN.
 - GARCÍA, EMILIO, O'DONNELL, DANIEL Y OTROS. **DERECHOS DEL NIÑO TEXTOS BÁSICOS**. VENEZUELA – UNICEF: LA PRIMERA PRUEBA, C.A, 1996.
 - RESUMIL, OLGA E. **CRIMINOLOGÍA GENERAL**. RÍO PIEDRAS: EDITORIAL UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, 1992. SEGUNDA EDICIÓN.
 - TIFFER, CARLOS. **LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL COMENTADA Y CONCORDADA**. SAN JOSÉ: EDITORIAL JURITEXTO, 1996.
 - RAMOS, LEONCIO. **NOTAS DE DERECHO PENAL**, SANTO DOMINGO: EDITORIAL TIEMPO S.A. 1986. 2DA EDICIÓN, PÁG. 325
 - OSTOS, JOSÉ. **JURISDICCIÓN DE MENORES**. BARCELONA: J.M. BOSH S.A. 1994
 - SEDA, EDSON. **LA PROTECCIÓN INTEGRAL, EN DERECHOS DEL NIÑO**, TEXTOS BÁSICOS, UNICEF. 1996
 - BUSTOS, JUAN. **UN DERECHO PENAL DEL MENOR**. SANTIAGO DE CHILE: EDITORA JURÍDICA DEL CONO SUR, LTDA. 1993
- LEYES**
- REPÚBLICA DOMINICANA [CÓDIGOS] **CÓDIGO PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y NORMATIVA INTERNACIONAL**. UNICEF, 2DA DE. SANTO DOMINGO : EDITORIAL GENTE, 1996.
 - REPÚBLICA DOMINICANA [LEYES] **LEY NÚM. 603 DE 1941 SOBRE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES**. SANTO DOMINGO, 1941
 - REPÚBLICA DOMINICANA [LEYES] **LEY 136-03 QUE CREA EL CÓDIGO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**. SANTO DOMINGO, 2003

Módulo IV

LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Autore

Bernabel Moricete Fabián

Coordinadora:

Concepción Rodríguez González del Real

C) SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

C) SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

I. INTRODUCCIÓN.

Derechos fundamentales en el cumplimiento de la sanción privativa de libertad
Privación de Libertad de la Persona Adolescente
De los diversos modos de Privación de Libertad.

2. Privación De Libertad Domiciliaria.

Alternativa a la Ausencia de Medio Filiar
Duración y efecto de la Sanción.

3. Privación De Libertad Durante El Tiempo Libre o Semilibertad.

Duración de la sanción durante el Tiempo Libre o Semilibertad.

4. La Privación De Libertad Definitiva En Un Centro Especializado.

Duración de la Privación de Libertad en Centros Especializados.

5. De La Revisión De La Sanción.

6. Excepcionalidad De Las Sanciones Privativas De Libertad

LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

I.- SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

I.-I GENERALIDADES.-

Resulta oportuno acotar como, en el devenir en el desarrollo de la humanidad, la imposición de sanciones ha estado asociado a la idea de venganza, manifestada mediante la reacción de la sociedad como respuesta a la trasgresión del orden establecido; en algún tiempo, la facultad de sancionar fue otorgada de manera directa a la víctima (a través de la venganza privada); por momentos establecida como venganza colectiva (lapidaciones públicas); en otros tiempos como mecanismo estatal para aislar al sujeto y neutralizarlo para que no pueda continuar con sus prácticas infractoras (confinamiento en las cárceles por largo tiempo o por tiempo indefinido) y, modernamente, la separación física del sujeto infractor de su medio social mediante el encierro con un fin, en legislación, marcado por las ideas de reeducación, rehabilitación y reinserción en el seno de la sociedad.

Precisamente, conceptos como los de reinserción, rehabilitación, han llevado a las sociedades a crear mecanismos de ejecución de sanciones alternativas a la privación de libertad que, tomando en cuenta múltiples factores como la naturaleza del delito, el bien jurídico lesionado o la peligrosidad del agente, permiten al infractor tener mayores contactos con su medio social e, inclusive, se establecen sanciones para ser cumplidas sin estar privado de la libertad, con un mínimo de restricciones, en su medio familiar y social.

En lo relativo a la persona menor de edad, frente a la actividad sancionadora del Estado, ésta no fue tomada en cuenta como sujeto capaz de responder penalmente por sus actos infraccionales sino hasta últimas décadas del siglo pasado –salvo los casos en que se apreciaba la capacidad de discernir de la persona menor de edad, puesta de manera discrecional a conciencia del juzgador– cuando, con la aprobación por parte de asamblea General de las Naciones Unidas y la posterior ratificación casi a escala universal, la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo adelante CDN) sale a la luz trazando las pautas para el desarrollo de políticas estatales encaminadas a atender las especiales circunstancias de la población menor de edad que se ve expuesta, por la comisión de actos infraccionales, a las acciones punitivas del Estado; llamando tal instrumento internacional, junto a otros de no menor importancia –como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores de 1985 (en lo adelante Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (en lo adelante Directrices de RIAD), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad de 1990 (en lo adelante RMPL)-, a establecer políticas, medidas y medios para la persecución y sanción de los actos delictivos cometidos por las personas menores de edad.

Así la CDN en su artículo 40.1 señala una serie de opciones, a las que deberán acogerse los Estados partes, como sanciones a imponer a la persona menor de edad por la comisión de un acto infraccional. En este contexto enuncia tal artículo que los Estados dispondrán de diversas medidas, en respuesta al acto infraccional, para asegurar que las personas menores de edad sean tratadas de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Entre las medidas a adoptar por los Estados, la CDN recomienda el cuidado personal, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en Hogares de Guarda, los programas de enseñanza y formación profesional.

Tales sanciones, acota el indicado artículo 40.4 de la CDN, serán adoptadas como alternativas de primer orden a la internación de la persona adolescente en instituciones.

1.1 Derechos fundamentales en el cumplimiento de la sanción privativa de libertad

Por otra parte, un salto cualitativo en el desarrollo de la penología y el tratamiento del reo en sistema penitenciario –e incluso en las sanciones que no lo exponen a encierro y cuya ejecución se realiza bajo un estatuto de libertad de tránsito que tan sólo limita muy determinados derechos- viene de las manos de las más recientes reformas de las leyes procesales con el reconocimiento expreso, y la consiguiente consagración legislativa, de unos Derechos Fundamentales mínimos que deben serles tutelados a las personas que se encuentran privadas de libertad.

La necesidad de reconocimiento del reo como persona humana, provisto de dignidad y de razón, a la cual sólo se le ha privado de su libertad, más no de su condición de ser humano, fue un elemento olvidado a todo lo largo del desarrollo de la humanidad; en este contexto la opinión de Olga Elena Resumil sobre la presencia del elemento humano en la aplicación y ejecución de las sanciones basta para entender, en pocas palabras, el tratamiento que ha recibido el delincuente en todo el marco histórico de la penología. La indicada autora lo expresa en estos términos:

“La reclusión como medio de castigo se ha demostrado infructífera en la práctica. La razón para este resultado puede radicar en que se haya tratado de ver al hombre delincuente como un animal salvaje y sin tomar en consideración su componente humano. (:1992. p. 168)

La necesaria humanización de la pena, que se avecina con la inclusión en legislación de los Derechos Fundamentales del penado, no sería nada si no se contara con el adecuado dispositivo de vigilancia, control, supervisión y seguimiento de la ejecución de las sanciones penales impuestas. Este dispositivo se ha encontrado por medio de la jurisdiccionalización de la ejecución de la sanción, poniendo a cargo de jueces especializados la labor de velar por el cumplimiento de la sanción y la satisfacción de sus fines.

El Nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana (Ley 76-02), del año 2002, consagra la protección de los derechos a favor de una persona adulta sancionada con un enunciado simplista, pero cuya gran extensión y alcances son incuestionables, así la Ley 76-02 dispone en el artículo 436 lo siguiente:

“Art.436. Derechos.- el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este Código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley.”

No obstante la forma abierta que adopta la normativa procesal para la administración de justicia de adultos, el legislador del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo adelante Ley 136-03), conocedor de las condiciones en que es sometida a privación de libertad la población menor de edad que se ve expuesta a persecución penal, adopta la consagración expresa de un conjunto mínimo de derechos inviolables a la persona adolescente sancionada, entre los que se cuentan: el Principio de Humanidad, Principio de Legalidad durante la ejecución, de Tipicidad de la Sanción, Debido Proceso durante la tramitación de todo procedimiento en fase de ejecución, Derecho de Petición y Recursos, entre otros; poniendo a cargo del Tribunal de Ejecución de las Sanciones la tutela efectiva de los Derechos Fundamentales en el proceso de ejecución de todo tipo de sanción sobre la persona de un menor de edad.

2.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LA PERSONA ADOLESCENTE.

La Privación de libertad de la persona adolescente consiste en una limitación de la libertad de tránsito que le impide, ya de manera parcial, ya condicionada o de manera definitiva, salir por su propia voluntad.

La Privación de libertad, puede ser impuesta tanto en la fase de investigación como medida cautelar⁸⁰, como al dar solución al caso en forma de sanción mediante sentencia definitiva por un acto infraccional. En uno y otro caso esta medida está llamada a aplicarse solo en centros especializados para la específica ejecución de tales medidas, con un marco de garantías fundamentales a cuya tutela se obliga el Estado⁸¹, así como una distribución reglada que toma como parámetros de aplicación la situación jurídica de los adolescentes (provisional o sanción), edades, condiciones particulares de cada adolescente, etc.

Ahora bien, un elemento que merece especial atención, por su trascendencia, lo constituye el carácter excepcional de que se ha revestido la imposición de la privación de libertad sobre la persona adolescente, ya se trate de una medida cautelar o de la sanción al acto infraccional; tal excepcionalidad obliga al juzgador a examinar las diversas alternativas posibles para la imposición de una medida cautelar, o de una sanción, antes de optar por la privación de libertad, debiendo aplicar ésta como opción de última ratio.

2.1.- DE LOS DIVERSOS MODOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

La mayoría de las legislaciones surgidas post convención sobre los Derechos del Niño (CDN) han adoptado un sistema de imposición de sanciones que otorga al juzgador la posibilidad de escoger, de un catalogo reglado de sanciones alternativas, aquella que considere le otorgará a la persona menor de edad mayores oportunidades de educación y reinserción familiar y social. Opciones entre las que escogerá el juzgador tomando en cuenta parámetros como el interés superior de la persona menor de edad sujeta a la sanción, así como la edad, sexo, situaciones particulares que permitan prever de manera objetiva los efectos de la sanción, etc., a fin de tomar la menos gravosa partiendo de la observación del principio de proporcionalidad y su vinculación con la etapa de desarrollo en que se encuentre la persona adolescente.

80 Las medidas cautelares –partiendo de las previsiones del artículo 285 de la Ley 136-03- son las medidas de que dispone el aparato estatal de persecución del delito para ser impuesta sobre la persona expuesta a investigación y juicio como presunto autor de un acto delictivo, cuya imposición esta a cargo de los jueces a solicitud, debidamente motivada, del Ministerio Público, teniendo por “finalidad garantizar la presencia de la persona adolescente en el proceso de investigación hasta la etapa de juicio [...]”

81 La Ley 136-03 consagra, en los artículos del 345 al 354, una serie de principios y derechos fundamentales y prerrogativas específicas que deben ser respetados y tutelados a las personas adolescentes que se encuentran en fase de ejecución de una sanción, como una forma de velar por el cumplimiento de los fines de la sanción: la educación, la inserción social y familiar, etc.

Sobre este particular se afirma –así lo expresa Javier Llobet Rodríguez- que “en el *Derecho Penal Juvenil se parte de la consideración de que la personalidad se forma, decisivamente, en las etapas de la infancia y la adolescencia, por lo que existe necesidad de influir positivamente en el desarrollo de la personalidad [...]*”⁸², de ahí la importancia de que se cuente con las alternativas necesarias a la hora de imponer una sanción a una persona que, al estar en la etapa de la adolescencia, se encuentra en pleno desarrollo de su personalidad.

El Código para el sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03), partiendo del criterio de que la persona menor de edad se encuentra en una fase de estructuración y desarrollo de su personalidad, asume como finalidad de la sanción que se le impone, al ser sometida a un proceso penal, los principios de educación, rehabilitación e inserción social⁸³ Fines sobre los que debe descansar la sanción impuesta, y a cuya observancia está obligado el juzgador al momento de imponer una de las sanciones dispuesta por la ley para esta justicia especializada.

Como ya antes hemos indicado, la ley 136-03 establece tres grupos de sanciones entre las cuales el juez podrá escoger para su aplicación (ya de manera simultanea, sucesiva o alternativa), entre las que entran medidas que si bien, en principio, no parecen sanciones, tienen la naturaleza de tales, ya que son imposiciones de carácter obligatorio que coartan de algún modo la libertad del sancionado, de las que se ocupa la ley clasificándolas⁸⁴ en:

- l) **Sanciones socio-educativa**, entre las que se encuentran la amonestación, libertad asistida con asistencia obligatoria a programas de atención integral, la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de los daños a la víctima.
- m) **Ordenes de orientación y supervisión**; y,
- n) **Sanciones privativas de libertad**.

80 Las medidas cautelares –partiendo de las previsiones del artículo 285 de la Ley 136-03- son las medidas de que dispone el aparato estatal de persecución del delito para ser impuesta sobre la persona expuesta a investigación y juicio como presunto autor de un acto delictivo, cuya imposición esta a cargo de los jueces a solicitud, debidamente motivada, del Ministerio Público, teniendo por “finalidad garantizar la presencia de la persona adolescente en el proceso de investigación hasta la etapa de juicio [...]”

81 La Ley 136-03 consagra, en los artículos del 345 al 354, una serie de principios y derechos fundamentales y prerrogativas específicas que deben ser respetados y tutelados a las personas adolescentes que se encuentran en fase de ejecución de una sanción, como una forma de velar por el cumplimiento de los fines de la sanción: la educación, la inserción social y familiar; etc.

82 Llobet Rodríguez, J. “La sanción Penal Juvenil”, en de la arbitrariedad a la Justicia: adolescente y Responsabilidad Penal en Costa Rica....

83 El artículo 326 de la Ley 136-03, establece que “La finalidad de la sanción es la educación, rehabilitación e inserción social de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, y es deber del juez encargado de la ejecución de la sanción velar porque el cumplimiento de toda sanción satisfaga dicha finalidad.”

84 Criterios similares de clasificación de las sanciones se encuentran en legislaciones como el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil; la Ley de Justicia Penal de Costa Rica; la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de España; entre otras.

De las sanciones privativas de libertad, a su vez la Ley 136-03 establece tres modalidades para su aplicación. Estas son:

- 2 La Privación de libertad domiciliaria;
- 3 La Privación de libertad durante el tiempo libre o semilibertad.
- 4 La Privación de libertad en centros especializados.

De esta sub-clasificación nos ocuparemos a continuación, procurando establecer su radio de acción, naturaleza, fines y eficacia.

4.5.1 PRIVACION DE LIBERTAD DOMICILIARIA

Como bien afirma Carlos Tiffer Sotomayor; “La aplicación de sanciones privativas de libertad debe ser la respuesta a conductas que lesionen, de manera grave, bienes jurídicos de carácter fundamental para la sociedad.” “Lo anterior –continúa diciendo el indicado autor– por la seria posibilidad de que las sanciones de ejecución estacionaria produzcan efectos desproporcionadamente negativos en la psiquis, la personalidad y el desarrollo del menor de edad.” (:1996, p. 121)

Como ya hemos señalado, la sanción es la necesaria respuesta que los órganos estatales deben dar frente a los actos infraccionales que lesionan bienes jurídicamente tutelados⁸⁵; una respuesta que debe estar fundada –como un derecho inherente al imputado– en la proporcionalidad entre el daño y la sanción; una proporcionalidad que, como principio definitorio de la mínima intervención estatal sobre la persona menor de edad, en materia penal juvenil ha merecido especial atención tanto en doctrina como en legislación. En tal sentido se pronuncian las Reglas de Beijing cuando, en la Regla 17.1 letra a, establece que *“La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”*, enfatizándose, en el literal c del referido artículo, que la privación de libertad solo se impondrá por delitos graves.

Frente a la ocurrencia de delitos graves y la inminente aplicación de una sanción privativa de libertad como respuesta proporcional al hecho y a las condiciones y necesi-

⁸⁵ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en el artículo 1.4 dispone: “1.4. La Justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden social.” (Las negritas no corresponden al texto original).

dades particulares del adolescente imputado, se le permite al juzgador manejar opciones entre distintas modalidades de la privación a la libertad –domiciliaria, semilibertad, definitiva, así como opciones sobre la limitación en el tiempo de duración de estas sanciones. Si debe imponer (examinadas circunstancias del hecho, la naturaleza del delito y las condiciones del infractor) una sanción privativa de libertad, el ejercicio que se impone es el de cómo acudir a la opción menos gravosa, dentro de las sanciones privativas de libertad de las que dispone el juez, comprobada la responsabilidad penal de una persona adolescente por un hecho grave⁸⁶; que en dentro de la clasificación que se examina lo será la privación de la libertad domiciliaria. Una sanción que la Ley 136-03 define como *“el arresto de la persona adolescente imputada en su casa de habitación, con su familia o personas responsables”*⁸⁷.

Este tipo de sanción procura limitar la libertad de tránsito del adolescente infractor manteniéndolo en su medio familiar. Tal medida impone obligaciones a cargo de las personas responsables del adolescente sancionado y del mismo adolescente sancionado, que se convierte en el órgano ejecutor de la sanción y primeros responsable del cumplimiento de la finalidad de la misma, caso en el cual la educación estará como el elemento de observación dado que el adolescente sancionado, en principio, no es segregado de su medio familiar y social.

Tal característica entraña un alto grado de compromiso y participación activa de los miembros del grupo familiar; que en su misión deberán estar acompañado por los órganos estatales de ejecución de la sanción, en una labor de orientación y vigilancia a los fines de garantizar la efectividad de la sanción impuesta.

3.1 ALTERNATIVA A LA AUSENCIA DE MEDIO FAMILIAR.

Cuando un adolescente, encontrado culpable de un acto infraccional, sea pasible de la imposición de una sanción de privación de libertad domiciliaria y carezca de un entorno familiar; o de personas adultas idóneas, para la ejecución de tal sanción, la ley 136-03 establece la alternativa de que se ordene su ejecución en otra vivienda o ente privado de comprobada responsabilidad y experiencia que garantice los fines de la sanción.

86 La Ley 136-03, nos trae un glosario de los hechos que pueden dar lugar a la aplicación de una sanción privativa de libertad en centro especializado. Esta enumeración estaría llamada a interpretarse en *numerus clausus*, reservando así su imposición para los hechos allí establecidos; no obstante se abre la posibilidad de integrar otros hechos con la única condición de que en legislación penal estén sancionados con penas mayores de 5 años, al tiempo que, además, la coloca como alternativa por el incumplimiento injustificado de una sanción socio educativa u órdenes de orientación o supervisión.

87 La Ley 136-03 consagra esta modalidad de sanción en el Artículo 237, disponiendo, incluso, de una previsión que permite colocar al adolescente imputado en un medio familiar distinto al suyo, pero con la salvedad de que se deberá contar con el consentimiento de éste a tal fin; lo que no establece la Ley 136-03 es la alternativa a seguir cuando el adolescente no asienta a su colocación en los lugares sugeridos y deba el tribunal imponer una medida de manera imperativa.

Con esta alternativa “Se pretende –plantea Alejandro Bonasso- que el sujeto a la misma tenga una convivencia temporal en un grupo familiar adecuado, distinto de aquel en el que residía hasta ese momento.” “Es importante –continúa diciendo Bonasso- que el adolescente esté de acuerdo y participe en forma positiva en su integración en la familia [...]”⁸⁸

Esta medida sólo podrá ser escogida –dispone la ley 136-03 en su artículo 337- previo consentimiento de la persona adolescente imputada.

Es evidente que esta última parte le concede al adolescente imputado un derecho de participación en la aplicación de la sanción, que no podría ni remotamente pensarse bajo la égida de la Teoría de la situación irregular⁸⁹. Ahora bien, al tiempo que otorga oportunidad a la concreción de un Derecho Fundamental de la persona menor de edad, como lo es el de participación⁹⁰ deja abandonado a la discrecionalidad del juzgador la sanción aplicable cuando el imputado no otorgue su consentimiento a que la sanción se ejecute bajo la premisa de esta variable.

3.2.) DURACION Y EFECTO DE LA SANCION.-

La sanción privativa de libertad domiciliaria tiene una duración limitada de seis (6) meses, según lo dispone la parte in-fine del párrafo que acompaña al artículo 337 de la Ley 136-03.

Por su naturaleza y tiempo de duración, este tipo de sanción, deberá estar acompañada de otro tipo de sanción que establezca mecanismos de medición del control y efectividad de la sanción. El artículo 327 de la Ley 136-03 establece la posibilidad de que se impongan de manera simultánea sanciones socio-educativas, órdenes de orientación y supervisión y la sanción privativa de libertad; así como el establecimiento de las sanciones alternativas al incumplimiento de las obligaciones impuestas con la sanción privativa de libertad domiciliaria.

⁸⁸ Bonasso, Alejandro. “Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal: Derechos y Responsabilidades (el caso de Uruguay).” En Adolescente y Responsabilidad Penal. 2001, Pág. 101

⁸⁹ La Teoría de la Situación Irregular, estaba fundada en la exclusión de la persona menor de edad del horizonte del derecho, vinculándose tan sólo en cuanto objeto de intervención de las políticas públicas como mecanismos de segregación “del menor peligroso”. Una concepción de la persona menor de edad que inicia su transformación hacia una nueva concepción del niño como sujeto de derechos con la Convención de los Derechos del Niño.

⁹⁰ El artículo 16, en su párrafo II, de la Ley 136-03 al establecer el derecho a opinar y ser escuchado, establece que “Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses.”

Es obligación del juzgador, al momento de imponer este tipo de sanción, procurar no imponer obligaciones que le impidan la asistencia a un centro educativo, además de evitar que la ejecución de la sanción afecte de manera significativa el cumplimiento de sus deberes, tal y como lo dispone el párrafo del artículo 337 precitado. Así cuando se imponga la sanción el juez deberá evaluar e indicar los intervalos correspondientes de asistencia a clases, u otros deberes que coadyuven a los fines de la sanción, debiendo disponer, también, los medios de vigilancia durante los intervalos de ausencia del domicilio. Ahora bien, si no ha hecho el juez de fondo corresponderá al juez de vigilancia de la ejecución de la sanción establecer, dentro de los parámetros de cumplimiento, las condiciones para que la misma sea efectiva, cuidando siempre de no imponer obligaciones que represente un agravamiento de la sanción impuesta por el juez de fondo, que es quien conoce de los niveles de proporcionalidad suficientes sobre el hecho sancionado.

4. PRIVACION DE LIBERTAD DURANTE EL TIEMPO LIBRE O SEMILIBERTAD.

La sanción privativa de libertad durante el tiempo libre, junto a la privativa de libertad domiciliaria, son sanciones- en opinión de Douglas Durán Chavarría- que vienen a ser el complemento necesario de la sanción privativa de libertad en centro especializado,

“en el sentido de que se convierten en medios a través de los cuales se da contenido a la excepcionalidad del internamiento en centro especializado, lo cual está en consonancia con lo que establecen los numerales 37b de la Convención de los Derechos del niño, 19 de las Reglas de Pekín y 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad”⁹¹.

La Ley 136-03 dispone, como régimen de aplicación de esta sanción, la privación de libertad de la persona adolescente infractora en un centro especializado (en un centro que esté destinado a este tipo de privación de libertad) durante el tiempo libre, los días de asueto, y fines de semana en que el sancionado no tenga la obligación de asistir a la docencia.

Esta sanción procura limitar la capacidad de tránsito del infractor durante los momentos de ocio, lo que permitiría, además, que los equipos multidisciplinarios y órganos de ejecución puedan mantener un contacto directo con la persona adolescente, evaluando su capacidad de reinserción y los progresos en su educación, a fin de ir haciendo los ajustes necesarios conforme se vaya cumpliendo la sanción impuesta.

91 Durán, Douglas. “Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles Privativas de Libertad.” En De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica. (2000) p. 489

Dado que el sancionado goza de una semi-libertad que le permite un contacto directo con su medio social y familiar (si por alguna circunstancia no le ha sido limitado), se hace necesario que esta medida se haga acompañar de otras, dentro de las socio-educativa y de las de orientación y supervisión, que permitan involucrar a los actores extra sistema que entran en contacto con la persona sancionada durante los momentos de libertad. Esto se sumará como elemento de apoyo en la consecución del fin declarado de la sanción que es la educación y la reinserción.

4.1. PLAZO MÁXIMO DE LA SANCION DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE EL TIEMPO LIBRE, O SEMILIBERTAD

La imposición de esta categoría de sanciones está limitada a un tiempo máximo de seis (6) meses y los períodos de permanencia en el centro especializado deben estar plenamente identificados en la sentencia y referidos al tiempo libre, con lo que se procura –partiendo de los postulados del interés superior de la persona menor de edad– alterar lo menos posible el modo de vida y desarrollo del imputado.

Tanto para esta sanción, como para la privación de libertad domiciliaria, el legislador ha previsto y establecido la posibilidad de que se puedan convertir en privación de libertad definitiva. Estableciendo como condición para su conversión que el adolescente sancionado incumpla de manera injustificada con las medidas dispuestas en la sentencia que dio solución al caso iniciado por el acto infraccional.

Esta sanción alternativa deberá ser fijada por el Juez que impuso la sanción en la misma sentencia. Su conversión en privación de libertad definitiva sólo podrá ser fijada por un período de seis (6) meses, estado limitada, además, por el tiempo que reste en la ejecución de la sanción incumplida que ha generado su conversión. Pero la misma ley 136-03 prohíbe la conversión en privación de libertad definitiva cuando el incumplimiento no es atribuible a la persona menor de edad sanciona, si no que es la exclusiva culpa del Estado, o de las entidades a quienes corresponde la ejecución de la sanción. Claro está que aquí el juzgador habrá de evaluar los esfuerzos realizados por el adolescente sancionado en aras de dar cumplimiento a las obligaciones que le ha impuesto la sentencia.

5. LA PRIVACION DE LIBERTAD DEFINITIVA EN UN CENTRO ESPECIALIZADO.

Recordemos que la finalidad de la sanción, en el derecho Penal de adolescente, está fundada en Principios como el educativo de rehabilitación y de inserción social, en tal sentido dispone la Ley 136-03, en el artículo 326.

92 Acerca del Principio Educativo, como fundamento de la fijación y ejecución de las sanciones, ver: Llobet Rodríguez, "La Sanción Penal Juvenil." En de la Arbitrariedad a la Justicia Penal en Costa Rica. (2000)

“El Principio educativo –afirma Llobet Rodríguez- le otorga al Derecho penal Juvenil su aspecto característico”. Un principio que –en palabras del citado autor– “no pude justificar una sanción por encima de la culpabilidad del joven y que la sanción – por más que se diga que en su ejecución debe tenerse en cuenta el criterio educativo-, es un mal y no un bien que se le impone, debido a que implica una restricción de derechos.” (:2000, p. 228 y 229)

La sanción de privación de libertad definitiva en un centro especializado consiste en (artículo 339 de la Ley 136-03) que la persona adolescente no se le permite salir por su propia voluntad durante el tiempo de ejecución de la misma.

Esta sanción refiere a la persona adolescente (o joven adulto) al confinamiento en un centro de privación de libertad en el que –aplicando las expresiones de Olga E. Resumil para referirse a la institución penitenciaria-⁹³ “[...] se llevará a cabo la vida de un grupo de personas cuya asociación no es homogénea ni voluntaria por lo cual la vida en comunidad allí será producto de una continua búsqueda de formas placenteras de convivencia aún en contraste con las reglas institucionales”.(RESUMIL:2000, p.162)

La aplicación de una sanción privativa de libertad definitiva en centro especializado está reservada para los casos que revisten mayor gravedad, ya por su naturaleza, ya por el bien jurídico lesionado, estableciendo en legislación unos parámetros que deben ser observados de manera restrictiva para la imposición de tal sanción, cuyo fin es procurar limitar al mínimo posible la población de personas menores de edad reclusas en centro de detención. Con la exclusión, para esta sanción, del menor de edad cuya conducta antijurídica no transgrede de manera grave el orden social, se hace acopio de las previsiones de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, en tanto manda, en su artículo 2, que la privación de libertad esté limitada “a casos excepcionales”.

⁹³ Se establece en la Ley 136-03 una previsión para el caso en que una persona adolescente habiendo cometido un acto infraccional durante su minoridad y cumpla los 18 años (que la ley pone como límite para el sometimiento ante la jurisdicción especializada de niños, niña y adolescente) después de haber cometido el hecho estando aún el proceso en transcurso, caso en el cual continuarán sometidas a tal jurisdicción especializada y las sanciones establecidas por la Ley 136-03. A tales efectos dispone la indicada ley en el artículo 225 que: “Estarán sujetas a la justicia penal de la persona adolescente, todas las personas que al momento de cometer la infracción penal sean adolescentes, es decir, a partir de los trece años cumplidos y hasta el día en que cumpla los 18 años, inclusive este día. Se considera edad cumplida el día siguiente de la fecha de cumpleaños. Lo anterior sin perjuicio de que en el transcurso del proceso cumpla la mayoría de edad. (las negritas son nuestras)

5.1. DURACION DE LA PRIVACION DE LIBERTAD EN CENTROS ESPECIALIZADOS.

Uno de los aspectos a los que, en criminología y penología, se le ha dado especialmente tratamiento es el estudio de la duración necesaria del confinamiento institucional del recluso que permitan de manera efectiva los fines socialmente útiles de la imposición de la sanción, como lo es la reinserción que elimine la amenaza de reincidencia del sancionado. Sobre este aspecto expresa Olga Elena Resumil que *“El éxito de la política criminológica en su aspecto de control se verificará a través del mantenimiento de un bajo porcentaje de reincidencia, por lo cual, podríamos correctamente señalar que la fase ejecutiva de proceso penal se convierte en la prueba de fuego del sistema de justicia criminal”*.

En materia penal de adolescentes el problema se enfoca desde el punto de vista del conflicto que surge –con la imposición de una sanción– entre opciones fundamentales, con las que debe lidiar el órgano sancionador, a las que no se ha dado clara respuesta, tales como:

- k) Rehabilitación frente a justo merecido;
- l) Asistencia frente represión y castigo
- m) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general,
- n) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual⁹⁴.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de Menores, establecen un conjunto de directrices que deben ser tomadas en cuenta para la solución de los casos en que se vincula a personas menores de edad en la comisión de actos delictivos. Así, al consagrar los Principios rectores de la sentencia y la resolución, dispone en el literal a de la Regla 17.1 el Principio de Proporcionalidad en estos términos: *“a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.”*

En tales términos el Principio de Proporcionalidad, si bien en las sanciones no privativas de libertad estará vinculado a los programas educativos que se ordenen y la cantidad de derechos que se restrinjan, más que el factor tiempo, en las sanciones privativas de libertad en centros especializados tal principio verá su realización, de manera inmediata, en el tiempo que se imponga para la duración de la sanción.

94 comentario al artículo 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores en la recopilación de Mc Graw Hill: “Derechos del Niño” (1998) p 148

Sobre la ponderación de la razonabilidad de la duración de las sanciones privativas de libertad a la persona menor de edad, se pronuncian los distintos instrumentos internacionales que versan sobre protección de los derechos de las personas menores de edad en conflictos con las leyes penales, estableciendo de manera reiterativa la necesidad de que, destinadas como sanción sólo para los casos de mayor gravedad, se establezca “durante el período más breve que proceda”⁹⁵.

Entre las distintas legislaciones extranjeras no se han establecidos unos criterios unificados sobre el tiempo para la duración proporcional de las sanciones privativas de libertad, el único parámetro común es la consagración de techos máximos por encima de los cuales no se puede ordenar sanción privativa de libertad. Además de que algunas legislaciones establecen proporciones que varían obedeciendo a divisiones por grupos etéreos.

Así encontramos legislaciones como la de Costa Rica, que, en su Ley de Justicia Penal Juvenil de 1996, establece –en el artículo 131– para el internamiento en centro especializado, la duración de un período máximo de quince años *“para menores entre los quince y los dieciocho años, y una duración máxima de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años”*.⁹⁶

En el caso de la República Dominicana, la Ley 136-03 en su artículo 340, adopta un sistema que establece la imposición diferenciada en cuanto a su duración por grupos etéreos, al tiempo que establece parámetros mínimos y máximo para la imposición de sanciones privativas de libertad en centros especializados. En tal sentido establece la sanción con un mínimo de un año y máximo de tres años para la persona adolescente que tenga entre trece y quince años de edad al momento de cometer la infracción, y para la persona adolescente que, al momento de cometer la infracción, tenga entre dieciséis y dieciocho años se establece una sanción privativa de libertad con un mínimo de un año y un máximo de cinco años.

95 Así lo encontramos expresado en instrumentos de la ONU como: en la letra 'b' del Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); en el Artículo 13.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985); en el Artículo 2 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (1990). Así mismo hay instrumentos internacionales de alcance regional que hacen referencia a la necesaria limitación de la sanción privativa de libertad aplicable a personas menores de edad, en este contexto la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa (78)62, Sobre Transformación Social y Delincuencia Juvenil del 29 de noviembre de 1978, recomienda “(c) en la medida de lo posible, limitar las sanciones y las medidas privativas de libertad y desarrollar los medios de tratamiento en libertad”.

96 Esta proporción ha recibido críticas por parte de tratadistas de la materia, en tal sentido se ha pronunciado Carlos Tiffer Sotomayor, señalando, sobre a la sanción de quince años de privación de libertad que prevé la ley costarricense, que “El aumento es totalmente desproporcional, injusto e irracional y no concuerda con la filosofía que inspiró la creación de la Ley. Consecuentemente, la LJPJ [Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica] puede ser considerada como una de las leyes, materia de menores de edad que infringen la ley penal, más represivas de la región [...]” –el corchete es nuestro- (Ley de Justicia Penal Juvenil: Comentada y Concordada –1996– p. 123)

Un punto que siempre presenta controversia es el cómputo de la sanción, sobre todo cuando previo a la sentencia sancionadora, la fase procesal se llevó a cabo con la imposición de medida cautelar privativa de libertad; en tal sentido siempre surge la pregunta de cuando se ha iniciado el cumplimiento de la sanción. La opinión más socorrida, en este particular aspecto, es que al momento de realizar el cómputo de la sanción para dejar fijada la fecha en que está deberá considerarse definitivamente cumplida, se debe tomar en cuenta, e incluirlo, el tiempo en que la persona menor de edad ha estado en privación de libertad.

6. DE LA REVISIÓN DE LA SANCIÓN.

Un elemento importante, para la concreción del mandato del ordenamiento internacional sobre creación de mecanismos que propendan a reducir al mínimo posible la sanción de privación de libertad en centro especializado, es que se establece en la mayoría de las legislaciones, post convención, un mecanismo de revisión de la sanción que permite ir reduciendo el tiempo de internamiento en el centro especializado con la aplicación de medidas alternativas –como el otorgamiento de permisos por determinado tiempo, colocación familiar o en instituciones educativas, o de organismos especializados de protección– que permitan a la persona adolescente sancionada un proceso de reinserción en el ceno familiar y social que se vaya ejecutando de manera paulatina y que propenda, como regla general, a procurar la libertad definitiva de éste.

Para tales fines, los órganos de ejecución de la sanción privativa de libertad, deberán diseñar mecanismos de observancia y evaluación – del plan individual de ejecución que arroje datos objetivos acerca del Progreso y efectividad de los fines educativos y de inserción de la sanción impuesta, lo que les permitirá hacer los ajustes necesarios a cada caso de forma progresiva, haciéndola variar, cuando opere, por otras sanciones menos gravosa.

La Ley 136-03, siguiendo esta recomendación del ordenamiento internacional, establece en su artículo 341 la figura de la “Revisión de la sanción”; esta es una acción legislativa que las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad comienzan a recomendar desde su artículo segundo, cuando en la parte in –fine de éste expresan que “[...] La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

La revisión de la sanción, en la Ley dominicana, ha sido puesta a cargo del juez de ejecución, al que se le otorga la facultad de revisar los progresos de la sanción, aún de oficio o a solicitud de parte, también puede realizar la revisión por recomendación técnica del equipo multidisciplinario que supervisa la ejecución de la sanción.

En este contexto, debemos entender por partes con calidad para solicitar la revisión de la sanción, en primer lugar, a la persona adolescente sancionada, una consideración que viene dada cuando la misma Ley 136-03, en su artículo 349, reconoce una serie de derechos que les deben ser tutelados y que puede exigir por sí misma, o por intermedio de su defensor técnico, durante la fase de ejecución de la sanción. Sobre éste particular la letra i del referido artículo 349 dispone que la persona adolescente, durante la ejecución de la sanción tendrá garantizado “[...] el derecho de defensa técnica durante toda la etapa de ejecución y mantener comunicación continua y privada con su familia, defensa técnica, representante del ministerio público de niños, niñas y adolescentes, Juez de Niños, Niñas y Adolescentes”.

El artículo 349 reconoce a favor de la persona adolescente sometida a la a ejecución de una sanción penal otros derechos tendentes a minimizar el tiempo y la rigurosidad de la sanción, el indicado texto legal le garantiza derechos como el de presentar peticiones ante cualquier autoridad (letra j), recibir información y participar activamente en la elaboración y ejecución del plan individual de Ejecución de la sanción (letra h), la promoción de incidentes por medio de su defensor ante el Juez de Control de la Ejecución, etc.

También caben, dentro de la categoría de parte, la familia o personas responsable de la persona adolescente que se encuentra en fase de ejecución de una sanción, para ello, el artículo 354 dispone que de forma periódica se informe al familiar más cercano sobre el desarrollo de la sanción o cualquier ventaja o desventaja del plan de ejecución.

Por otro lado, partiendo de la premisa de que la Doctrina de la Protección Integral eleva los Derechos de la niñez y la adolescencia a la categoría de derechos con carácter de intereses difusos, cuya tutela constitucional se impone, se debe entender por parte a cualquier particular, persona física o entidad pública o privada, que presente petición en tal sentido en favor de una persona menor de edad, ante cuya petición -como con la de cualquier otro- el juez de ejecución está obligado a decidir, obligación que en la Ley 136-03 se expresa como un derecho de la persona adolescente sancionada, en la letra j artículo 349, cuando consagra el derecho a “[...] que se le garantice la respuesta” [...] a sus peticiones.

96 Sobre el Interés Difuso, ver: Armijo, Gilbert. (1998) “La Tutela Constitucional del Interés Difuso.” UNICEF-Costa Rica.

Sobre el interés difuso, nos refiere Armijo en la página 70 de la obra recomendada, “[...] Un ejemplo que podemos extraer de la doctrina clásica, es el concepto acuñado en Italia de la “pluriofensivita”, éste responde a la realidad de que existen individuos afectados por infracciones al derecho que tienen relevancia colectiva.” Agregando el autor –en la página 71- que “Es dentro de la categoría de los derechos sociales y de los de la tercera generación, implementados por los convenios y tratados internacionales y desarrollados en las constituciones democráticas, donde es susceptible reclamar el derecho a la educación de los niños niñas y adolescentes [el principio educativo es el que gobierna el régimen de sanciones penales juveniles], a no ser maltratados ni abusados o a exigir al Estado satisfacer las necesidades básicas de salud, seguridad e integridad efectiva para todas las personas menores de edad. Estos temas exceden lo meramente individual para convertirse en exigencias de la comunidad, en tanto afectan intereses difusos.” –los corchetes son nuestros.

La Ley 136-03 establece una condición para que se pueda revisar la sanción impuesta, supeditando la intervención del juez de ejecución en la revisión de la sanción a que se haya cumplido “[...] Al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, el juez de ejecución deberá revisar de oficio o a solicitud de parte, o por recomendación técnica del equipo multidisciplinario que supervisa la ejecución de la sanción, la posibilidad de sustituir esta sanción por otra más leve, de conformidad con el desenvolvimiento de la persona adolescente durante el cumplimiento de la privación de libertad” (Artículo 341).

Con ésta disposición –según nuestro punto de vista– el legislador, procurando limitar la discrecionalidad del órgano de revisión de la sanción, superpone el concepto de la sanción como castigo al infractor sobre el enunciado fin educativo y de inserción que se pregona sobre la imposición de una sanción. Sin un criterio técnico definido impide que se beneficie la revisión de la sanción a la persona adolescente sancionada que muestre progresos significativos en su educación y capacidad de inserción en el ceno familiar y social, si no ha cumplido aún con la mitad de la sanción, con lo que se hace evidente la idea de castigo como retribución social que prima en legislación para la imposición de las penas.

7. EXCEPCIONALIDAD DE LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

“Alarmado por las condiciones y circunstancias en que se procede en todo el mundo a privar a menores de su libertad, consciente de que los menores privados de libertad son sumamente vulnerables a los malos tratos, a la victimización y a la violación de sus derechos”. Así se expresa el preámbulo a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de libertad, para dar la voz de alerta sobre las bases en que se sustenta el principio de excepcionalidad de las sanciones privativas de libertad.

Conforme a las Reglas precitadas

“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 37, al igual que las Reglas de Beijing, en su artículo 19, condicionan la aplicabilidad de las sanciones privativas de libertad, estableciendo patrones que deben seguir las legislaciones nacionales para su consagración como parte del ordenamiento punitivo en materia penal de adolescente. Así, se hace condicionar la privación de libertad de la persona menor de edad al factor tiempo procurando que esta se realice por el período mínimo necesario; de igual forma se establece la necesaria consagración para que este tipo de sanción se disponga solo

como medida de último recurso. Sobre esta última tesitura la CDN impone a los Estados miembros (artículo 40.4) la obligación de crear diversas medidas que otorguen posibilidades alternativas que no entrañen privaciones de libertad que deberán ser evaluados antes de imponer este tipo de sanción.

La Ley 136-03 se orienta sobre tal mandato, estableciendo en su artículo 336, de manera expresa que: *“La privación de libertad es una sanción de carácter excepcional que deberá aplicarse cuando no sea posible aplicar ninguna otra sanción”*.

La excepcionalidad de la privación de libertad no se refiere únicamente a la definitiva en centro especializado, sino que – por mandato del artículo 336 precitado – abarca además la privación de libertad domiciliaria y la privación de libertad en tiempo libre. Ahora, como ya antes hemos apuntado, ante la necesaria imposición de una sanción privativa de libertad, el juzgador deberá hacer una gradación entre estas para orientar su sentencia hacia la menos gravosa posible, partiendo de criterios como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción a imponer; condiciones particulares del adolescente imputado, los fines socialmente útiles de la sanción, así como el principio educativo e inserción.

Otro elemento que se debe tomar en cuenta en el campo de la excepcionalidad, es que la privación de libertad, en cualquiera de sus modalidades, deberá estar reservada para los casos que estén revestidos de mayor gravedad o, lo que vale decir, para casos excepcionales.

En éste aspecto cabe destacar el particular tratamiento que da la Ley 136-03 a la privación de libertad definitiva en centro especializado, para la cual elabora un catalogo de situaciones en las que se puede optar por su imposición, en tal sentido, en el artículo 339, dispone que solo se aplicará esta sanción a los siguientes actos infraccionales:

- a) Homicidio
- b) Lesiones físicas permanentes
- c) Violación y agresión sexual;
- d) Robo agravado;
- e) Secuestro; y
- f) Venta y distribución de drogas narcóticas;

Además de integrarse, de manera abierta, la posibilidad de su aplicación sobre las infracciones a la ley penal vigente que sean sancionadas con penas de reclusión mayores de 5 años.

Por otro lado, el legislador de la L 36-03, establece la privación de libertad en centros especializados, como medida extrema alternativa, para los casos de personas adolescentes que incumplan injustificadamente las sanciones socio-educativas u órdenes de orientación o supervisión que le hayan sido impuestas.

Este último supuesto hace pender, como Espada de Damocles, sobre la persona adolescente sancionada con una orden de orientación y supervisión o con una sanción socioeducativa —en todo caso no privativa de libertad definitiva—, la posibilidad de ser enviado a un centro especializado de privación de libertad definitiva, hasta por el tiempo de duración restante a la sanción inicialmente impuesta, ante los incumplimientos injustificados de la sanción. Pero tal solución alternativa podría encerrar sus riesgos, ya que no se cuenta con las estructuras administrativas —ni públicas ni privadas— con la capacidad necesaria para una adecuada puesta en marcha del sistema de sanciones no privativas de libertad que propone la ley L 36-03.

No obstante, el legislador de la Ley L 36-03, ha establecido —en el Artículo 342— que “No podrá atribuírsele el incumplimiento de las sanciones socio-educativas o las ordenes de orientación y supervisión por parte de la persona adolescente, cuando sea el Estado quien haya incumplido en la creación y organización de los programas para el seguimiento, supervisión y atención integral de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal.” Con lo que, en legislación, se ha querido procurar solución al problema de las carencias de un orden institucional que de respuesta a tal problemática, creando un dispositivo de salvaguarda ante el incumplimiento de la sanción, cuyo origen, esté fundado en causas atribuibles al Estado o, en todo caso, a los organismos —públicos o privados— sobre los que pese la obligación de proveer los medios para la ejecución y cumplimiento de la sanción impuesta por el juez con motivo de la comprobación de la responsabilidad de una persona adolescente por la comisión de un hecho delictivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIJO, GILBERT. **ENFOQUE PROCESAL DE LA LEY PENAL JUVENIL**. SAN JOSÉ: ESCUELA JUDICIAL, IMPRENTA LIL S.A., 1990.
- UNICEF. **LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS DIFUSO**. SAN JOSÉ: UNICEF, 1998
- ESPAÑA [CÓDIGOS] **DERECHOS DEL NIÑO. LEGISLACIÓN, CÓDIGO SECTORIAL**. MADRID: MC GRAW HILL, 1998..
- GARCIA, EMILIO. **ADOLESCENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL**. BUENOS AIRES: EDITORIAL AD-HOC, 2001.
- REPÚBLICA DOMINICANA. [LEYES] **CÓDIGO PARA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES** - LEY 136-03. APROBADO EL 7 DE AGOSTO DEL 2003. PROMULGADO EN 17 DE OCTUBRE DEL 2004.
- MORICETE, BERNABEL; Y VERAS, ERNESTO P. **ESTUDIO DE LA PENA EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA: SU FUNCIÓN**. LA VEGA: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL CIBAO - ESCUELA DE DERECHO. 1992.
- OFICINA DEL ALTO COMISINARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES - REGLAS DE BEIJING**. [EN LÍNEA] 29 DE NOVIEMBRE DE 1985. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/H_COMP48_SP.HTM](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp48_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISINARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**. [EN LÍNEA] 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/K2CRC_SP.HTM](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISINARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANO. **DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL** - DIRECTRICES DE RIAD. [EN LÍNEA] 14 DE DICIEMBRE DE 1990. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/SPANISH/HTML/MENU3/B/H_COMP47_SP.HTM](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp47_sp.htm)
- OFICINA DEL ALTO COMISINARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD**. [EN LÍNEA] 14 DE DICIEMBRE DE 1990. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UNHCHR.CH/](http://www.unhchr.ch/)
- COMISIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA DEL COMITÉ INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL 15 DE OCTUBRE DE 1996**. [EN LÍNEA] DISPONIBLE EN [HTTP://WWW.DERECHOS.NET/DOC/CIDH/](http://www.derechos.net/doc/cidh/). 2004-05-20.
- RAQUERO IBÁÑEZ, JOSÉ LUIS. ALGUNOS DERECHOS PROCESALES. EN: **CURSO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**. TEMA IV. PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL PODER JUDICIAL. SANTO DOMINGO: 2000.
- RESUMIL, OLGA E. **CRIMINOLOGÍA GENERAL**. RÍO PIEDRAS: EDITORIAL UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO, 1992. SEGUNDA EDICIÓN.
- TIFFER, CARLOS. **LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL COMENTADA Y CONCORDADA**. SAN JOSÉ: EDITORIAL JURITEXTO, 1996.
- TIFFER, CARLOS Y LLOBET, JAVIER. **LA SANCIÓN PENAL JUVENIL Y SUS ALTERNATIVAS EN COSTA RICA**. COSTA RICA: UNICEF, 1999.
- UNICEF. **MANUAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**. NEW YORK: EDITORIAL UNICEF, 2001.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA

República Dominicana

Toda idea de la existencia de una justicia penal para adolescentes va unida a la finalidad de educación, rehabilitación e inserción social de la persona adolescente, por ello la piedra clave de este derecho está en la ejecución de las medidas cautelares y las sanciones penales juveniles. Pues bien, el objeto de esta obra, es precisamente éste, las medidas cautelares y la sanción penal juvenil.

Se pretende con esta obra dar respuesta, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, a los problemas que plantea la aplicación de la Ley 136/2003 de 7 de agosto Código de Niños Niñas y Adolescentes en materia de ejecución de medidas cautelares y sanciones penales juveniles. Esta obra se encuentra presidida por el principio de que toda ejecución de sanciones penales juveniles deberá perseguir el permanente desarrollo personal del adolescente y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana