



Garantías básicas de carácter penal, procesal penal y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua

Elías Carranza

Director del ILANUD

Sergio J. Cuarezma Terán¹

*Catedrático de Derecho Penal y Criminología
Universidad Centroamericana*

I. Introducción

El Estado de Nicaragua ratificó y aprobó en 1990 la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Constitución Política, artículo 71, reconoce la plena vigencia y efectividad de la misma, y la incorpora como parte del texto constitucional. En este sentido el Estado de Nicaragua asumió la responsabilidad y el compromiso de adecuar su ordenamiento jurídico a partir de los preceptos de la Convención y, a su vez, crear una legislación especial para la niñez y la adolescencia desde un nuevo enfoque representado por la doctrina de la protección integral: reconocer a la niña, niño y adolescente como sujeto social y sujeto de derecho, y la garantía de su pleno ejercicio y desarrollo.

El reconocimiento sin reservas en el ámbito constitucional de la Convención reforzó la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico nicaragüense relativo a la niñez y adolescencia y asimismo adecuar la Convención conforme a la realidad del país, tomando en cuenta que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es el norte de cualquier intento de reforma.

La plena vigencia que adquirió la Convención por medio de la Constitución Política creó una ambigüedad jurídica con relación a las leyes vigentes, tanto en su fundamento ideológico como en su letra. Por un lado, una legislación basada en la doctrina de la situación irregular (tuteladora y represiva); y, por el otro lado, una legislación que introduce de forma expresa e inequívoca la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos de la doctrina de la protección integral (garantista). Si-

tuación que fortaleció la obligación inaplazable de reformar el ordenamiento jurídico nicaragüense en este tema. Así, el 27 de mayo de 1998 se publicó el *Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua*. Entró en vigencia 180 días después de la fecha de su publicación.

Sin duda alguna, la aprobación y entrada en vigencia del *Código de la Niñez y la Adolescencia* supone uno de los logros más importante de la vida social y política de la nación nicaragüense. El *Código* viene a romper con concepciones e instituciones que a lo largo de muchos siglos han venido tratando a la niña, niño y adolescente como objetos inanimados y de forma compasiva. El *Código* supone un nuevo concepto de ciudadanía, la niñez y adolescencia como sujeto de derecho y sujeto social, o sea, como seres humanos con derechos, libertades, garantías y responsabilidades. Es un instrumento jurídico importante si se toma en cuenta que describe y regula el principio de igualdad constitucional de forma clara, precisa y con una intensidad singular (art. 27, Constitución Política), además guarda un claro vínculo axiológico con el modelo de Estado Social y de Derecho establecido por la Constitución en el artículo 130.

En esta línea de pensamiento, el *Código de la Niñez y Adolescencia* responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Esta legislación se caracteriza por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentándose en la dignidad humana y actualizando el ordenamiento jurídico de forma tal que se haga efectiva la igualdad constitucional.

1. Co-autor del *Código de la Niñez y la Adolescencia* y autor del *Libro III, Del Sistema de Justicia Penal Especializada del Adolescente*.

Revista Penal

Garantías básicas de carácter penal, procesal penal y de la ejecución en la justicia de adolescentes del código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua

El *Código* reconoce, por primera vez en la historia del país, a la niña y al niño como sujeto de derecho y sujeto social, esto implica una visión nueva para el surgimiento de la condición ciudadana. En este sentido, el concepto de ciudadano aparece en el *Código* con la posibilidad real, práctica, de asunción de deberes y derechos consagrados por la Constitución y las leyes de la República, y por la posibilidad adicional de modelar y construir de forma segura esos derechos de cara a corto, mediano y largo plazo.

Por otra parte, con la promulgación del *Código de la Niñez y la Adolescencia* se inicia en Nicaragua además un proceso de implementación de la nueva Justicia Penal de Adolescentes Especializada que transforma radicalmente el derecho penal tutelador o proteccionista, fundamentado en un sistema de arbitrariedad e impunidad, por una nueva filosofía basada en la responsabilidad del adolescente, pero con garantías.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* está integrado por tres libros. El *Libro Primero* recoge los principios fundamentales, derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes. En cada uno de los capítulos de este primer libro se abordan los derechos civiles, sociales y políticos de modo acorde a la Constitución Política. Un capítulo de suma importancia es el dedicado a la convivencia familiar y el papel que juega la familia dentro de lo que es la protección integral de la niñez y la adolescencia.

El *Libro Segundo* establece la protección especial dirigida a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, amenaza o de violación de los derechos establecidos en el *Libro Primero* y que son reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Estas políticas de protección especial están dirigidas a los niños, niñas y adolescentes cuando sufran abusos o negligencias, carezcan de familia, se encuentren refugiados en otros países, sean víctimas de conflictos armados, se encuentren en centros de protección o de abrigo; cuando trabajen y sean explotados sexualmente y/o económicamente, cuando sean adictos a sustancias tóxicas o psicotrópicas; cuando se encuentren en total desamparo, deambulen en las calles, sufran algún tipo de lesión y cuando las adolescentes se encuentren embarazadas o estén en cualquier situación que restrinja sus derechos.

En este *Libro*, la protección especial se establece como un conjunto de medidas preventivas y restrictivas; dirigidas principalmente a la familia,

los establecimientos, medios de comunicación, empleadores y a otras instancias vinculadas con la niñez, referidas a prohibiciones para regular el acceso de niñas, niños y adolescentes a determinados centros, entre otros el suministro de bebidas alcohólicas, sustancias tóxicas, entre otras.

El *Libro Tercero* plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de «responsabilidad con garantías», cuyas características serían las siguientes: Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales; refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad; la atribución de responsabilidad penal (atenuada) de los actos delictivos que realicen; limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal; una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad; reconocimiento de los derechos e intereses de la víctima como parte en el proceso penal y una mayor atención de la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad y conservar para los adolescentes los principios educativos que en «teoría» han presidido las legislaciones en esta materia (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del adolescente)².

Las características y principios de ese *Libro* son el resultado de una investigación sobre el aspecto jurídico y sociológico del Sistema de Justicia Penal Juvenil de Nicaragua. Esta investigación se desarrolló, para el caso de Nicaragua, dentro del Proyecto de Investigación «Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina», que, con la colaboración de las Comunidades Europeas, ejecutó el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ILANUD, bajo la dirección científica del Lic. D. Elías Carranza, con actividades en diez países, a saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador.

La investigación sociológica contiene importante información sobre el Sistema de Justicia Juvenil y sobre los niños, niñas y adolescentes infractores con motivo de su accionar; se agregan además historias de los casos-tipo de mayor frecuencia.

De esta investigación surgió un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción; es que la Justicia Penal Juvenil

2. CARRANZA y CUAREZMA TERÁN, *Bases para la Nueva Legislación Penal Juvenil*, 1996, p. 21.

(como toda la Justicia Penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres. En sociedades con muy desigual distribución de la riqueza y el bienestar, también la Justicia Penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales.

De la investigación jurídica se desprende –al igual que de las investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto– que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la Justicia Penal reconocidas ahora explícitamente por el Derecho Internacional también para los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

II. Sujeto de la Justicia Penal Especializada

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

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

La doctrina cree conveniente fijar una sola edad para todos los efectos jurídicos en el ámbito del Derecho Público y del Derecho Privado, ya que, como expresa Zaffaroni, «No resulta lógico que una sociedad exija deberes y responsabilidad antes que reconozca derechos»³.

Debe también fijarse una edad mínima debajo de la cual «la justicia no debería intervenir nunca, aún en el caso de tratarse de autores de delitos graves»⁴.

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

Respecto a la edad de la responsabilidad penal, antes de la entrada en vigencia del *Código de la Niñez y la Adolescencia*, no existía un criterio claro.

La Constitución Política expresa que los menores no pueden ser sujetos ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno; también, y en especial, los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Y deja que una Ley –especial– regule esta materia (Art.35).

Por su parte, la Ley Tutelar de Menores entendía por menor a toda persona que no hubiera cumplido los quince años de edad, cualquiera que fuera la situación jurídica que se encontrara y en caso de duda (In dubio pro reo) acerca de la edad de una persona a quien se puede presumir menor, se le consideraría provisionalmente como tal y quedaba amparada por las disposiciones de dicha Ley, mientras se comprueba su edad (Art. 2). Toda persona que no haya cumplido los quince años de edad, expresaba la Ley Tutelar de Menores, era inimputable de delito y sólo estaría sujeta a las disposiciones de la presente Ley (Art. 8).

El Código Penal establecía la mayoría para la responsabilidad penal en quince años no cumplidos, y la inimputabilidad por debajo de aquella edad, sin embargo, establecía dos tipos de criterios respecto a los inimputables: Primero, eximía completamente (inimputabilidad absoluta) al menor de diez años y, segundo, eximía parcialmente (inimputabilidad relativa) al mayor de diez años y menor de quince, a no ser que constare hubiere obrado con discernimiento (Art. 28, 2 y 3). Este criterio quedaba sujeto al dictamen –por lo general– de un psiquiatra forense (o en el peor de los casos, un médico general habilitado para tal efecto) que determinaba si el menor pudo haber actuado o no con discernimiento en un hecho punible, situación que podría crear en casos de delitos similares cometidos por menores de igual edad (por ejemplo, 11 años) dictámenes dispares, declarando inimputables a unos y responsables a otros –y de hecho se dieron muchos casos–. Este criterio de inimputabilidad relativa, como puede observarse, en múltiples situaciones desembocaba en resoluciones o decisiones materialmente injustas, ya que las fronteras de la responsabilidad penal (lo inimputable y lo imputable) no estaban trazadas con claridad y seguridad. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* resuelve estas imprecisiones.

El Código crea, en su *Libro Tercero*, un Sistema de Justicia Penal Especializada para adolescentes, contrapuesto al sistema procesal penal de adultos,

3. ZAFFARONI, *Los Menores y la Ley*, 1990, p. 9.

4. GIMÉNEZ SALINAS Y GONZÁLEZ ZORILLA, *Jóvenes y cuestión penal en España*, 1993, p. 23.

articulando y desarrollando el mandato constitucional de que los menores «serán atendidos en centros bajo la responsabilidad de organismos especializados» (Art. 35 Constitución Política). El Sistema de Justicia Penal Especializada nace, pues, del propio concepto y modelo constitucional de la atención especializada al adolescente infractor de la Ley Penal.

También establece a qué personas se les aplicará esta Justicia Penal Especializada, determinando los límites de la edad de forma precisa y clara respecto de quienes son responsables o imputables penalmente: «los comprendidos entre la edad de 13 años cumplidos y los 18 no cumplidos». Y delimita quiénes no son responsables o inimputables penalmente y, por tanto, no están sujetos a este Sistema de Justicia Penal Especializada: «las niñas y niños menores de 13 años».

En este caso, cuando las niñas y niños que no hayan cumplido los 13 años de edad cometan algún delito (por ejemplo, una niña de 11 años que diere muerte a otra persona) están exentos de responsabilidad penal, no obstante la responsabilidad civil queda a salvo, pudiendo ser ejercida por la víctima o por el ofendido ante los tribunales de justicia correspondientes. Por su parte, el Juez Penal de Distrito de Adolescente remitirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, y vigilará a la autoridad administrativa para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Además se prohíbe aplicarles, por ningún motivo, cualquier medida que implique privación de libertad. De esta forma, queda a salvo el precepto constitucional «de que los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno» (Art. 35 Constitución Política), la categoría de inimputables absolutos, ya que para los adolescentes mayores de 13 años y de 18 años no cumplidos el Sistema de Justicia Penal Especializada crea órganos e instituciones especializadas para su juzgamiento y reinserción social, conforme al mandato constitucional (Art. 35 Constitución Política).

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Esta misma Convención establece que los Estados que formen parte tomarán las medidas para el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presu-

mirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (Art. 40 inc. 3 b).

En este sentido las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing) dicen que menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto (Art. 2 inc. 2.2. a). Y sigue diciendo en su articulado que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínimas y máximas a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros.

III. Garantías de carácter penal

Toda Ley Penal que pretenda denominarse o adjudicarse el calificativo de democrática debe respetar determinados principios que constituyen el camino para darle vigencia al catálogo de garantías que deben imperar a lo largo de todo el Derecho Penal. Dichos principios fundamentalmente son los de Culpabilidad, Legalidad y Humanidad.

A) PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (*NULLA POENA SINE CULPA*)

Este principio significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Del Principio de Culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad)⁵ (Jescheck 1981: 30).

El Derecho Penal de Culpabilidad debe completarse, para mayor garantía, con el concepto de «culpabilidad por el hecho», que es el único respetuoso de los derechos humanos. Entendemos por culpabilidad por el hecho aquel principio que se opone a la «culpabilidad de autor», lo que significa que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo.

La investigación realizada por Bacigalupo⁶, titulada *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal en Amé-*

5. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 1981, p. 30.

6. BACIGALUPO, *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores*, 1983, p. 61.

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

Este principio significa que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida.

Autores como Mir Puig⁷ asignan al concepto de culpabilidad, desde la óptica del Derecho Penal, una triple significación. Por un lado se considera como fundamento de la pena, que se refiere a que si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, para ello es necesario la presencia de varios elementos; éstos son capacidad de culpabilidad, tener conocimiento del acto antijurídico y que la conducta sea exigible. Por otro lado, la culpabilidad como elemento de la graduación de la pena, asignándola en su función limitadora, es decir, que la pena no sobrepase la medida de culpabilidad. Por último, la culpabilidad se utiliza como lo contrario a la responsabilidad por el resultado, el cual impide la atribución a su autor de un resultado previsible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, imprudencia o a una combinación de ambas.

En este sentido Luzón Peña⁸ apunta que en el aspecto funcional de este principio está conectado a los de necesidad, eficacia y proporcionalidad. Pues si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesaria la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, y es comprendida por la sociedad; además, la prevención general es ineficaz frente a los inculpables. En caso de disminución de la culpabilidad, disminuye gradualmente la necesidad y también la eficacia de la prevención general.

Luzón Peña⁹ señala que desde la perspectiva político-constitucional, el Principio de Culpabilidad tiene la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, especialmente es una plasmación del Principio de Igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables.

La Ley Tutelar de Menores estaba estructurada conforme a la culpabilidad del autor; no consideraba al menor sujeto de derecho, sólo sujeto u objeto de tutela o protección, por tanto la idea que prevalecía era «protegerlo de sus propias acciones». O sea, presumía que el menor es autor de los hechos en los que se ve involucrado, por su condi-

ción de inmadurez psicológica. Partía de que el menor es culpable de la comisión de un delito por el hecho de que es menor, y no de que si realmente participó o no en el hecho punible (la Ley Tutelar de Menores no sólo conocía de los delitos y faltas atribuidas a menores, sino de abandono, peligro o desviación moral); la Ley Tutelar de Menores daba por sentado la participación del menor en el hecho transgresional. Por tanto, el menor no gozaba del derecho constitucional del adulto: «a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la Ley».

Por otra parte, la Ley Tutelar de Menores estaba construida, bajo el modelo de Derecho Penal de Autor y no con la concepción de Derecho Penal de Acto garantizado al adulto. Esta verificación se prescribe en el texto del artículo 42 de la Ley Tutelar de Menores: «Con los datos recabados, el Director Tutelar dictará su resolución, atendiendo preferentemente más a la persona del menor a que la gravedad del hecho transgresional». Por ejemplo, cuando un menor, no habiendo cometido actividades transgresionales de la ley penal, por sus actos (personales) demostraba una disposición habitual para el mal (Derecho Penal de Autor) y significaba un peligro para los demás (Art. 24, b, Ley Tutelar de Menores), era puesto a la disposición del Director Tutelar de Menores, el cual podía dictar las medidas necesarias de protección al menor (Art. 26 Ley Tutelar de Menores).

La gravedad de que la Ley Tutelar de Menores (o cualquier otra ley) estuviera fundamentada en el modelo del Derecho Penal de Autor radica en que éste, como sabemos, se basa en cualidades o características personales imprecisas e incapaces de limitar el poder punitivo del Estado (concepción totalitaria)¹⁰. Sólo el Derecho Penal del Acto puede ser limitado democráticamente. Éste es, precisamente, el modelo que adopta el *Código de la Niñez y la Adolescencia*, el Derecho Penal del Acto, al adolescente lo juzgarán y (si es responsable) lo sancionarán por el acto que cometió (por ejemplo, un homicidio), y no por el hecho de ser un adolescente o tener características que «presuman» ser peligroso (en circunstancias especialmente difícil: pobreza, desamparo, indigencia) tanto para la comunidad, como lo fundamentaba la doctrina de la situación irregular o ideología tutelar.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* establece que el adolescente tiene derecho «a que se le pre-

7. *Derecho Penal, Parte General*, 1996, p. 95.

8. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, p. 86.

9. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, p. 86.

10. Sobre este particular, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Iniciación a la Teoría del Delito*, 1995, pp. 33 y ss; del mismo autor, *Curso de Derecho penal, Parte General I* 1996, pp. 234 y ss.

suma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme, por los medios establecidos en el propio Código u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen» (Art. 101 inc. c).

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (Art. 8 inc. 2).

En este mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño consagra la presunción de inocencia (Art. 40 inc. 2 i).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que menor delincuente es todo joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito (Art. 2.2. c). En lo referente a la proporcionalidad entre culpabilidad y sanción, establece que el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (Art. 5 inc. 1).

En el comentario al artículo, las Reglas expresan que «el segundo objetivo es el Principio de la Proporcionalidad», principio que consideramos también derivado del Principio de Culpabilidad.

B) PRINCIPIO DE LEGALIDAD (*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*)

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

Es una característica de las leyes tutelares de menores referirse por un lado a la calificación de las infracciones por medio de las conductas tipificadas en los códigos penales, y por otro, ampliar la competencia de los jueces a otros comportamientos no tipificados que puedan considerarse problemáticos, con lo cual, el Principio de Legalidad pierde vigencia. Sería importante en este punto lo siguiente: «enjuiciar al menor sólo por he-

chos constitutivos de delitos, pero no por todos los hechos constitutivos de delitos para los adultos. Especialmente en este campo tendrá que entrar en juego el principio de oportunidad, que supone la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor hagan innecesaria o perjudicial, para su desarrollo psicoeducativo, la adopción de cualquier tipo de sanción»¹¹.

En lo referente a la legalidad de las medidas, en este punto en materia de menores, es correcto que se manejen una serie de alternativas, pero teniendo en cuenta que su aplicación debe basarse en la gravedad del delito y en las condiciones personales del menor, tomando en cuenta la finalidad educativa de las mismas. De donde se derivará que la privación de libertad será excepcional, y siempre como último recurso. En este sentido, Giménez Salinas y González Zorrilla sostienen que «adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de adolescentes y jóvenes supone contar con un catálogo de sanciones (siempre determinadas en el tiempo), amplias, flexibles, dotadas de contenido educativo y susceptibles de ser llevadas a cabo en el propio medio del menor; supone por último estimular y potenciar la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas, a fin de lograr limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes»¹².

Para Luzón Peña¹³, el Principio de Intervención Legalizada o de Legalidad sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal, entendiéndose actualmente como un principio fundamental del Derecho Penal. Este principio supone al mismo tiempo un freno que decida acabar a toda costa con la criminalidad movida por razones defensistas o resocializadoras radicales, y sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiendo sanciones no reguladas en ninguna ley.

El Principio de Legalidad se expresa en su ámbito formal con el aforismo «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», procedente de Beccaria y Feuerbach, el cual supone que sólo la ley previa aprobada por la soberanía del Parlamento puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas.

Posteriormente se ha ampliado el Principio de Legalidad Penal a la previsión legal de los estados peligrosos y las medidas de seguridad. Esta ga-

11. GIMÉNEZ SALINAS y GONZÁLEZ ZORRILLA, *Jóvenes y cuestión penal en España*, 1983, p. 25.

12. GIMÉNEZ SALINAS y GONZÁLEZ ZORRILLA, *Jóvenes y cuestión penal en España*, 1983, p. 25.

13. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, p. 81.

rantía, de carácter formal, tiene un claro fundamento político-constitucional, proveniente de la Ilustración y de su Teoría de la División de Poderes, y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano; encajando en las exigencias del Estado Democrático y de Derecho, en cuanto que ha de ser el Poder Legislativo representante del pueblo y única instancia legitimada para decidir sobre la creación o agravación de la responsabilidad penal.

Luzón Peña¹⁴ expresa que el Principio de Legalidad también se puede derivar indirectamente del fundamento funcional de la necesidad del Derecho Penal para prevenir el delito; a su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el Principio de Legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general. Al respecto señalaba Feuerbach que para que pueda producirse la coacción psicológica de las amenazas penales sobre los potenciales delincuentes, es preciso que tanto el delito como la pena aparezcan claramente definidos en la ley escrita.

Las garantías que se derivan del Principio de Legalidad hacen referencia a dejar claramente establecido el órgano competente para realizar ese control y el contenido del mismo y, asimismo, adoptar las disposiciones adecuadas para la ejecución de las medidas u órdenes que dicte la autoridad competente u otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

El Principio de Legalidad comprende las siguientes garantías: una *garantía criminal*, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*); una *garantía penal*, cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho (*nulla poena sine lege*); una *garantía judicial*, la cual exige que tanto la existencia de un delito como la composición de la pena sean determinados por una sentencia judicial; por último, requiere de una *garantía de ejecución*, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal. Estas medidas también son exigibles en lo que concierne a las medidas de seguridad.

Asimismo, a la norma jurídica que establece estas garantías se le imponen ciertos requisitos: *Lex praevia* (Ley previa), lo cual implica la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; *Lex scripta* (Ley escrita), que excluye la costumbre como posible fuente de delitos y penas y, generalmente, que la norma escrita tenga la categoría de ley como ema-

nación del Órgano Legislativo; por último, la *Lex stricta* (Ley estricta), cuya característica excluye la analogía cuando ésta sea perjudicial al reo y, a la vez, exige que la ley establezca, en forma precisa y concreta, las diversas conductas punibles y las penas respectivas.

La Ley Tutelar de Menores es una Ley de carácter tuteladora y protectora, la cual se ejecutaba a través de las acciones de protección, prevención y corrección, sin garantías (Art. 4, 1,2,3 Ley Tutelar de Menores). Su competencia privativa no sólo era la de conocer de los delitos y faltas atribuidos a menores, sino de abandono, peligro o desviación moral; su competencia iba más allá de hechos tipificados y punibles por la Ley, lo que vulneraba sin reservas el Principio de Legalidad (Art. 34 núm. 11 Constitución Política).

Por ejemplo, cuando un menor, no habiendo cometido actividades transgresionales expresadas en ley penal (delito o falta), sin embargo por sus actos demostraba una disposición habitual para el mal siendo un peligro para los demás (Art. 24 b, Ley Tutelar de Menores), era puesto a la disposición del Director Tutelar de Menores, pudiendo éste dictar las medidas necesarias de protección (Art. 26 Ley Tutelar de Menores), las cuales afectaban sin duda la libertad individual y seguridad jurídica del menor. Dichas medidas eran de naturaleza predelictivas y, por tanto, inconstitucionales. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* elimina de tajo semejante abuso, al establecer que «en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentelas o de tutela» (Art. 22).

En relación al Principio de Legalidad y las medidas (*nullum poena sine lege*) que podía dictar el Director Tutelar tenemos que, además de las expresamente citadas (Art. 48 1.º a 8.º Ley Tutelar de Menores) como la amonestación; libertad vigilada; colocación familiar, etc., podía imponer «cualquier otra medida que creyere conveniente para la salvaguarda de los derechos del menor» (Art. 48, 9.º). El Principio de Legalidad perdía toda su eficacia. O mejor expresado, se vulneraba el Principio de Legalidad en su aspecto fundamental de garantía penal (la exigencia que la Ley señale inequívocamente la pena al hecho concreto) y, además, los requisitos de la norma jurídico-penal en sus exigencias de *lex praevia* (prohibición de la retroactividad), *lex scripta* (exclusión de la costumbre) y *lex stricta* (exclusión de la analogía).

14. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1996, p. 81.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* construye con nitidez el principio de legalidad a lo largo y ancho de su texto, y termina con muchos años de abuso y violación de los derechos humanos de los adolescentes al expresar que «ningún adolescente puede ser sometido a proceso ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de producirse no esté previamente tipificado en la Ley Penal de manera expresa e inequívoca como delito o falta, ni sometido a medidas o sanciones que aquélla no haya establecido previamente» (art. 103). Esto significa que, conforme al *Código de la Niñez y la Adolescencia*, el adolescente será procesado y condenado sólo por un hecho que realmente sea delito según el Código Penal y las Leyes Penales Especiales.

Así, en la Convención Americana de los Derechos Humanos se expresa que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella (Art. 9).

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (Art. 37 inc. b).

Asimismo establece que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estén prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron (Art. 40 inc. 2 a).

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), se define que delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate (Art. 2 inc. 2 b). También dice que las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible, imponiendo la privación de libertad personal sólo en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en co-

meter otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada (Art. 17 inc. 1 b y 1 c).

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

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión.
- b) Libertad vigilada.
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad.
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones.
- e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras órdenes de tratamiento.
- f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas.
- g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos educativos.
- h) Otras órdenes pertinentes (Art. 18 inc. 1).

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

También establece que el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible (Art. 19).

C) PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Este principio, según Jescheck, «impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una disposición a la ayuda y asistencia y de una decidida voluntad de recuperación del condenado»¹⁵. De este principio se deriva la abolición de las penas crueles y degradantes, y en el caso espe-

15. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, p. 35.

cífico de los menores, la prohibición de la pena de muerte.

La Constitución Política consigna el Principio de Humanidad; sin embargo, con la Ley Tutelar de Menores perdía su eficacia y resultaba inaplicable en la medida que el Director Tutelar estaba facultado para dictar «cualquier medida» de protección «necesaria» al menor cuando su conducta pueda poner en peligro a los demás. Es decir, la Ley Tutelar de Menores y su reglamento tenían muchas formas de enmascarar posibles actuaciones contrarias (conscientes o inconscientes) a la dignidad del menor.

La propia Ley Tutelar de Menores (Art. 6) expresaba que «el Estado –por medio del Director Tutelar– ejercerá las funciones propias de un buen padre de familia y las medidas que se adopten no se considerarán como sanciones, sino como medidas correccionales o de reeducación social». Esto significaba que el menor estaba expuesto a cualquier medida, fuera legítima o ilegítima, y debía conformarse con su aplicación y considerarlas no como sanciones, sino como medidas correccionales o de reeducación social; o, lo que es lo mismo, como buenas, idóneas, benévolas, bondadosas, humanas, provechosas, útiles, correctas, etc., ya que, según la Ley, las determinaba un buen padre de familia llamado Estado.

En un Estado Democrático y Social de Derecho, como el que consagra y proclama la Constitución Política (Art. 7 y 130) lo anterior es inadmisibles. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* corrigió este grave hecho, definiendo de forma inequívoca las sanciones, tiempo de duración y formas de ejecución de las mismas, garantizando el respeto a la dignidad del adolescente.

Así, el texto refiere que el adolescente tiene derecho a ser tratado con el respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal, a que toda medida que se le imponga tenga como fin primordial su educación, a que toda limitación, privación o restricción de sus derechos, libertades y garantías, sea ordenado judicialmente, a no ser ingresado en una institución sino mediante orden escrita del juez competente, como medida excepcional y por el tiempo más breve posible (Art. 101, inc. a, g, h, i) y que durante la investigación, la tramitación del proceso y la ejecución de las medidas, se le respetará el derecho a la igualdad ante la ley, a igual protección y a la no discriminación por ningún motivo (Art. 102). También, que no puede ser sometido a detención, encarcelamiento o prisión ar-

bitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley, con arreglo a un procedimiento legal y por la orden de autoridad competente; ni a ser limitado en el ejercicio de sus derechos, libertades y garantías más allá de los fines, alcances y contenido de cada una de las medidas que se le deban de imponer, de conformidad a la Justicia Penal Especial del Adolescente (Art. 103).

Para Luzón Peña¹⁶, el Principio de Humanidad significa una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido, así el sujeto que cumple una pena no será aislado totalmente de la sociedad, sino que se le proporcionen los medios adecuados para reincorporarse a la misma.

Por ello en los actuales Estados Democráticos y Sociales de Derecho no sólo se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes, que son incompatibles con la garantía constitucional de la dignidad personal, especialmente las penas corporales, sino que se marca una paulatina reducción del contenido aflictivo de las sanciones y un intento de compatibilizarlas en lo posible con el máximo disfrute de derechos del condenado, cuya restricción no sea imprescindible para el fin de las sanciones.

Este principio se conecta con los de necesidad, subsidiariedad y eficacia, con su significado político-constitucional, ya que las sociedades evolucionan hacia una mayor sensibilidad permitiendo sanciones menos duras que sean eficaces para la prevención general. Así, el principio de resocialización permite al recluso participar de la vida en sociedad sin privársele de su dignidad, propio de un Estado Social y Democrático.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que no se impondrá la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieren menos de 18 años de edad o más de 70... (Art. 4 inc. 5). Asimismo dice que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Art. 5 inc. 2).

En igual sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dice que ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de

16. *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 1996, p. 89.

edad (Art. 37 inc. a). Continúa expresando en su articulado que todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas salvo en circunstancias excepcionales.

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que la justicia de menores se ha de concebir como una parte importante del proceso de desarrollo de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad (Art. 1 inc. 4). Las mismas reglas dicen que los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital y que los menores no serán sancionados con penas corporales (Art. 17 inc. 2 y 3).

IV. Los principios del debido proceso que fundamentan la Justicia Penal Especializada de Adolescente

El proceso que establece el Sistema de Justicia Penal Especializada modifica integralmente el sistema procesal vigente del país (de naturaleza inquisitiva, escrito y secreto)¹⁷, incorporando no sólo un sistema moderno de justicia penal, sino desarrollando por primera vez las garantías mínimas del procesado establecidas en la propia Constitución Política. Los principios que fundamentan el procedimiento son, entre otros, principio de jurisdiccionalidad, del contradictorio, de inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, principio de impugnación, de legalidad del procedimiento, publicidad del proceso, de intermediación y de oralidad.

A) PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD

Si el adolescente es sujeto del Derecho Penal aplicable a través de una justicia especializada,

este órgano debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural e independencia e imparcialidad del órgano.

Debe tratarse de jueces especializados, que cuenten con la debida asesoría en el plano no jurídico y, como sostiene Andrés Ibáñez, «actuando en función realmente jurisdiccional, es decir, de "tercero" respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario de la misma y su defensa»¹⁸.

Es decir, el Principio de Jurisdiccionalidad establece que si el menor es sujeto de Derecho Penal aplicable por medio de una justicia especializada, ésta debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural e independencia e imparcialidad del órgano. De tal forma que actúen en función de «tercero» respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario.

Como advierten Carranza y Maxera, hay países en que los tribunales para menores de edad son administrativos, dependiendo del Ejecutivo, con lo que este principio no se cumple. En otros, en los que son tribunales del Poder Judicial, la indiferenciación de los roles procesales, propia del derecho «tutelar» tradicional, hace que tampoco se cumpla a cabalidad con este requisito.

En este caso, el *Código* expresa que los delitos y faltas cometidos por adolescentes serán conocidos y resueltos, en primera instancia, por los Juzgados Penales de Distrito de Adolescentes y, en segunda instancia, por los Tribunales de Apelación. Además, que la Corte Suprema de justicia es competente para conocer de los recursos extraordinarios de Casación y Revisión (Art. 112). Los funcionarios a que integran tanto la primera como la segunda instancia deben estar especialmente capacitados en el tema (Art. 116).

La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a este principio al decir que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella... (Art. 8 inc. 1).

Así pues, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño expresa que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal

17. Véase de forma amplia CUAREZMA TERÁN, *Código de Instrucción Criminal*, 1997, pp. 213 y ss.

18. *El sistema tutelar de menores como reacción penal*, 1986, p. 237; en ese mismo sentido se expresa ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, 1986, p. 248.

u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción (Art. 37 inc. d).

Esta misma Convención establece las garantías que los Estados Partes deben proclamar, y dice que todo niño acusado de haber infringido las leyes penales tiene derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial... Asimismo se hace referencia en dicha Convención a la jurisdiccionalidad, reafirmando dicho principio al decir que, en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial.

Este mismo instrumento, al tratar sobre las medidas que los Estados Parte deben propiciar, dice que siempre que sea apropiado y deseable, se ha de llevar a cabo la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (Art. 40 inc. 2 y 3b).

En las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) no se encuentra referencia específica a la garantía de jurisdiccionalidad. No así en varios artículos se refiere a «autoridad competente» para dictar sentencia y establece que todo menor cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (Corte, Tribunal, Junta, Consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

Al respecto, las mismas Reglas aclaran que con «autoridad competente» se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (uni-personales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las juntas administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculte para dictar sentencia (Art. 14 inc.1).

Estas mismas Reglas establecen que se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas anteriormente, para que los juzgue oficiosamente (Art. 11.1).

Sin embargo, esa remisión o exclusión del ámbito jurisdiccional estará supeditada al consentimiento del menor o de sus padres o tutor, no obstante, la decisión relativa a la remisión del caso se

someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite (Art. 11.3).

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

B) PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

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

Es característico de los sistemas tutelares el ser inquisitivo. El órgano acusador no existe y el juez actúa en el triple carácter de órgano de acusación, de decisión y revisión¹⁹. Por otro lado la mayor preponderancia la tienen los dictámenes; si bien son necesarios, no garantizan el contradictorio. Supone además el principio en análisis que debe existir el debido equilibrio entre los sujetos procesales, que en el caso de los menores debe garantizar especialmente:

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

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

La Ley Tutelar de Menores y su reglamento no prescribían estas garantías al menor. No especificaba si el menor debiese tener defensor, mucho menos especializado; prohibía al menor comunicarse libre y privadamente con su abogado (si lo tuviere) y al derecho de disponer de los medios adecuados para su defensa. El artículo 58 del reglamento de la Ley Tutelar de Menores decía que «podrán» personarse defensores, no decía «deberá» personarse un defensor, ni mucho menos le garantizaba el nombramiento de un defensor de oficio; además, el artículo citado advierte que «en ningún momento el menor será aconsejado por el Abogado defensor, ni interrogado ni confrontado con el ofendido». No tenía derecho al Principio del Contradictorio.

19. En este sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, *El sistema tutelar de menores*, 1986, p. 227.

Por otro lado, la intervención del menor en el proceso de su investigación, tanto del hecho delictivo como de su conducta peligrosa, no estaba garantizada: se le marginaba, se le excluía. El artículo 59 del citado reglamento expresaba, por ejemplo, que el Director Tutelar, antes de dictar su resolución final a solicitud de la parte interesada, podría decretar una audiencia privada, sin la presencia del menor para oír a la defensa sobre la situación familiar del menor y de parientes que pudieran encargarse del mismo. Se le privaba al menor de ser escuchado y de ser oído.

En otras palabras, la Ley Tutelar de Menores y su reglamento no reconocían tal garantía. Por ejemplo, el artículo 65 de la Ley Tutelar de Menores planteaba el derecho a la defensa del menor, al expresar que: «Cuando en una causa se personen los abogados defensores podrán presentar las pruebas que estimen convenientes para descargo de los hechos», lo cual significaba que podría haber casos en que no hubiera defensores y no establecía de qué forma se le garantizara. Por otro lado, el menor no tenía derecho a comunicarse libre y privadamente con su abogado ni derecho a disponer de los medios adecuados para su defensa, el artículo citado es taxativo al respecto: «en ningún momento el menor será aconsejado por el abogado defensor, ni interrogado o confrontado con el ofendido».

Por su parte, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* establece un sistema acusatorio, un proceso justo y oral, la defensoría especializada para los adolescentes, todo ello bajo el concepto del Principio de Contradictorio (Art. 101). Todo ello, fundamentado en los instrumentos internacionales de la materia. La Convención Americana de Derechos Humanos dice que, durante el proceso, toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
- c) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (Art. 8 inc. 2).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño establece varios derechos que se refieren al contradictorio, a saber:

- a) A ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus

padres o su representante legal, de los cargos que pesan contra él.

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

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

- d) A que el niño tenga la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado (Art. 40 inc. 2, b, II, III, IV, VI).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen que se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como el derecho a que se le notifiquen las acusaciones, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos (Art. 7 inc. 1).

Asimismo, hace referencia al tema cuando dice que todo menor delincuente será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. En el mismo artículo también contempla este principio al establecer que el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente (Art. 14 inc. 1 y 2). Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existe motivo para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor (Art. 15 inc.2).

C) PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

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

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

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

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

En la Convención Americana de los Derechos Humanos se otorga a la persona inculpada la garantía procesal a la que nos referimos, en los siguientes incisos:

a) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

b) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

c) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (Art. 8).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño consagra este principio cuando dice que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada (Art. 37 inc. d).

Entre las garantías básicas se establece el derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (Art. 40, inc. 3).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) consagran el derecho al asesoramiento (Art. 7 inc. 1).

Asimismo, establece que el menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso y a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país (Art. 15 inc. 1).

D) PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

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

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

En materia de adolescentes, como lo planteamos al tratar el Principio de Culpabilidad, las leyes tutelares, al responder generalmente al mode-

lo de «culpabilidad de autor», no reconocen la Presunción de Inocencia. Generalmente la intervención punitiva comienza con el primer contacto del menor con las agencias de control.

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

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

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (Art. 8 inc. 2, primer párrafo).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño también consagra expresamente este principio al enunciar las garantías, al decir a que se lo presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (Art. 40, inc. b).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) enumeran, entre las garantías procesales básicas, la Presunción de Inocencia (Art. 7 inc. 1).

Las citadas reglas establecen los límites a la prisión preventiva al decir que sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso durante el plazo más breve posible (Art. 13 inc. 1). Y expresan que, de conformidad con el debido proceso, en un «juicio imparcial y equitativo» deben darse garantías tales como la presunción de inocencia (Art. 14).

E) PRINCIPIO DE IMPUGNACIÓN

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

Además de la impugnación a través de recursos ordinarios y extraordinarios, en el caso de los adolescentes, al igual que en materia de adultos, se establece la habilitación del *habeas corpus* y otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privaciones de libertad procesales o la prolongación de ellas²⁰.

La impugnación tiene como efecto llevar una resolución considerada injusta al conocimiento de

20. ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, 1986, p. 150.

otro tribunal distinto al que dictó la resolución, para que se modifique o revoque según el caso. No obstante, la Ley Tutelar de Menores y el reglamento indicaban que tal recurso lo tenía que conocer el propio Centro que emitió el fallo y no otro distinto, con lo cual no se garantizaba la imparcialidad de la decisión futura. Por otro lado, conforme a la Ley Tutelar de Menores, el Centro Tutelar de Menores tenía dos opciones frente al reclamo o impugnación: primero, confirmar la medida dictada por el Director y, segundo, devolver el expediente dictando otra u otras medidas contempladas por la Ley, pero nunca revocando la medida adoptada.

En el artículo 185, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* reconoce y garantiza este derecho –negado al menor en la Ley Tutelar de Menor–. Las partes, dice el artículo, podrán recurrir de las resoluciones del Juzgado Penal de distrito del Adolescente mediante los recursos de apelación, casación y revisión.

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece este principio al expresar el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (Art. 8 inc. 2 h). En este mismo sentido establece que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal o cual amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona (Art. 6).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción (Art. 37 inc. d).

Asimismo, la Convención expresa que, en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley (Art. 40 inc. b, 2, V).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores

(Reglas de Beijing) enumeran, entre las garantías procesales básicas, el derecho de apelación ante una autoridad superior (Art. 7 inc. 1).

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

F) PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

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

«Las formas procesales constituyen garantía, pero no se trata de rituales que sean fines en sí mismos sino que, justamente, tienen un fin en la medida en que sirven a las garantías contra la arbitrariedad»²¹.

En materia de adolescentes debe establecerse una ordenación de los actos procesales que garanticen el Contradictorio.

El modelo procesal debe ser oral de única audiencia con una etapa previa de investigación, ágil, que permita el cumplimiento de los Principios de Concentración e Inmediación.

Es coincidente la doctrina en conceder al juez en esta materia «la posibilidad de hacer uso siempre razonado de expedientes de benignidad (suspensión de condena o del mismo proceso desde su fase inicial) cuando se trate de actos de escasa lesividad social o lo aconsejen las condiciones personales del autor y su situación»²².

Históricamente al Principio de Legalidad, desde el punto de vista *nullum poena sine lege*, se le añade el Principio de Legalidad desde el punto de vista procesal. Desde el punto de vista penal se establece que todo procesado tiene derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (Art. 34 inc. 11 Constitución Política).

En los mismos términos del párrafo anterior se expresa el principio desde el punto de vista procesal al señalar que no podrá imponerse pena o medida de seguridad por la comisión de un delito o falta, sino a través de un procedimiento establecido previamente por la ley.

21. ZAFFARONI, *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, 1986, p. 163.

22. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El sistema tutelar de menores*, 1986, p. 225.

Con el establecimiento del Principio de Legalidad desde la norma constitucional se ha interpretado que dicha garantía se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio previo y lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada.

Está normado por la Constitución de la República que la administración de justicia garantiza el Principio de Legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en asuntos o procesos de su competencia, de lo cual se desprende que en los tribunales debe aplicarse el Principio de Legalidad por mandato expreso de la norma constitucional (Art. 160 Constitución Política). En el artículo 34 de nuestra Constitución Política establece que todo procesado tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

En otros apartados, la Carta Magna establece la obligación de tener en cuenta el Principio de Legalidad desde el momento en que la persona es detenida por la autoridad, so pena de hacerse reo de detención ilegal (Art. 33 Constitución Política).

Cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, no sólo está dando pautas concretas acerca de que ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto.

Del Principio de Legalidad se desprende que no se admitirá acto procesal alguno que no sea el establecido constitucionalmente por la Ley de la materia; sin embargo, este principio tiene sus excepciones en nuestra legislación, al admitir otros procedimientos análogos que procuren un beneficio al procesado, así se expresa nuestro Código de Instrucción Criminal cuando señala que todos los recursos extraordinarios, reglas y procedimientos establecidos para lo Civil tienen lugar en lo criminal en cuanto le sean aplicables y no se encuentren modificados expresamente por este Código. Se exceptúa el recurso extraordinario de nulidad que no tiene lugar en lo criminal (Art. 601).

La garantía del Principio de Legalidad o Juicio Previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder. Se dice que es una fórmula sintética porque expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. Como señala Binder, el juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de de-

fensa, inocencia, inviolabilidad de la intimidad, intermediación, publicidad.

La Ley Tutelar de Menores y el reglamento no establecían expresamente el Principio de Legalidad del procedimiento, sino que determinan un procedimiento poco convencional, estableciendo en términos muy generales y atomizados el procedimiento para el conocimiento de la transgresión del menor. Por ejemplo, la Ley expresaba que «la resolución deberá dictarse a más tardar en el término de cincuenta días contados a partir de la fecha de la iniciación del expediente» (Art. 46 Ley Tutelar de Menores). El término «probatorio será de diez días» (Art. 58 Ley Tutelar de Menores). La reclamación (o recurso) deberá ser interpuesta ante el Tribunal dentro de los quince días hábiles siguientes en que se notificó la resolución respectiva. En todo caso el tribunal debía dictar la resolución dentro de los diez días siguientes al recibo de las diligencias ordenadas a practicar (Art. 62 Ley Tutelar de Menores). En fin, la Ley Tutelar de Menores no contenía un procedimiento estructurado, sistemático y claro; los términos eran, en muchos casos, indeterminados, no habiendo pues certeza jurídica respecto al mismo.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* garantiza la legalidad de procedimiento. Expresa, por ejemplo, que ningún adolescente puede ser sometido a detención, encarcelamiento o prisión arbitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas en la ley, con arreglo a un procedimiento legal y que no puede ser sometido a proceso ni condenado si el mismo no está previamente determinado por la ley (Art. 103).

Por su parte, la Constitución Política establece que toda persona procesada tiene derecho, en igualdad de condiciones, a ser juzgada sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley y a que se le dicte sentencia absolutoria o condenatoria dentro de los términos legales, en cada caso de las instancias correspondientes (Art. 34).

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

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño lo expresa al consagrar, junto a otras garantías, que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa, conforme a la ley (Art. 40 inc. 2, b, III).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se refieren a la posibilidad de suspender el proceso: la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

En el comentario de las reglas a este mismo artículo, se expresa que la facultad de suspender el proceso en cualquier momento es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En cualquier momento pueden llegar a conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso (Art. 17, inc. 4).

G) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO

Debe entenderse este principio como la posibilidad de tener acceso a las actuaciones judiciales por parte de los sujetos procesales. Es decir, que los sujetos involucrados en el proceso tengan conocimiento de las actuaciones que se desarrollan en él, y de esa forma evitar que el mismo se convierta en un proceso secreto, como lo era en la Ley Tutelar de Menores.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* consigna esta garantía. Expresa que el adolescente tiene derecho a recibir información clara y precisa del juzgador, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido y las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa, so pena de nulidad de todo lo actuado (Art. 101 inc. d y e).

En cambio, la Ley Tutelar de Menores prohibía a los sujetos procesales y al menor de edad el acceso del proceso que se desarrollaba en su contra, decía que «todo lo referente al estudio e investigaciones que el equipo efectúe con el menor, así como el acceso y conocimiento de los expedientes y fichas de archivos, será estrictamente secreto y reservado únicamente al Director y a los miembros del grupo que hayan trabajado en cada caso particular». La Ley no permitía acceso al expediente (proceso) al defensor, ni al menor de edad, lesionando la garantía de publicidad en el sentido de conocer las diligencias practicadas por la autoridad tutelar.

La publicidad surge de la esencia de nuestra Constitución Política como una de las garantías judiciales básicas que se relaciona con una de las funciones propias de la justicia penal: la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social. En este sentido se dice que una de las funciones de la pena es la prevención general, es decir, la producción de efectos sociales a través del castigo. Estos efectos sociales se pueden producir infundiendo miedo o intimidando a las personas, para que no realicen las conductas prohibidas; es-

tos efectos también pueden ser producidos por la afirmación pública de que existen ciertos valores que la sociedad acepta como básicos y que las personas deben autolimitarse en afectarlos, pues en caso de suceder podría adjudicársele la imposición de un castigo.

El juicio público como expresión del Principio de Publicidad Procesal implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de valores que fundamentan la convivencia social.

En materia de adultos, en varios países de la región rige el principio de la publicidad del debate; en casos en que se afecte la intimidad de la persona puede ordenarse que éste se realice en forma privada.

Sin embargo, en materia de menores de edad, se recomienda la no publicidad del proceso por las consecuencias estigmatizantes del juicio y sus secuelas que pueden afectar el desarrollo de la personalidad del mismo; recomendación que el *Código de la Niñez y la Adolescencia* acoge en el sentido de que el adolescente tiene derecho a que se le respete su vida íntima privada y la de su familia, y prohíbe publicar y divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite su identidad (Art. 106). La Ley Tutelar de Menores protegía la imagen del menor al prohibir «la publicidad por cualquier medio de difusión de todo dato relacionado con el menor que lo identifique o lesione su personalidad» (Art. 47, *in fine*), reprimiendo con penas de multa la lesión a tal garantía (Art. 64, 1.).

La Constitución Política establece que el proceso penal debe ser público; pero, en casos de excepción, la prensa y el público en general podrán ser excluidos por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional (Art. 34).

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (Art. 8 inc. 5).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño establece, entre otras garantías, que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento (Art. 40 inc. 2, b, VII).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen expresamente que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente (Art. 8 inc. 1 y 2).

En las mismas reglas, se establece que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente (Art. 21, inc. 1 y 2).

H) PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

El proceso penal, como expresan Trejo, Serrano, Rodríguez y Campos Ventura²³, es una actividad o serie de actividades de adquisición de conocimiento; dichos actos van encaminados a reconstruir o redefinir los hechos del modo más aproximado a la verdad histórica, para luego imponer la consecuencia prevista en la ley. Estos actos son realizados por personas con diferentes actitudes respecto a la verdad, los jueces, procuradores penales, los funcionarios de la Administración de Justicia en general indagan la verdad (objetividad), en cambio otros, como el adolescente imputado, los defensores, la víctima, el perjudicado, se guían por sus intereses (parcialidad). Bajo este aspecto la inmediación se presenta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, porque la comunicación entre las personas y la información (prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, especialmente, con la presencia obligada de la persona que decidirá o sentenciará luego de apreciar la prueba (juez).

Un fenómeno muy arraigado en nuestro medio y que atenta contra el Principio de la Inmediación es la delegación de funciones, es decir, que las principales tareas del juzgador, observar la prueba que ingresa y elaborar la sentencia, son realizadas por funcionarios auxiliares o empleados del tribunal (por ejemplo, el secretario), en un claro menoscabo de las garantías personales.

I) PRINCIPIO DE ORALIDAD

Para Trejo, Serrano, Rodríguez y Campos Ventura²⁴ la Oralidad, más que un principio, es un

mecanismo, un instrumento que sirve para garantizar determinados principios del juicio penal, por ejemplo inmediación, publicidad, concentración y personalización de la función judicial.

La afirmación de que la oralidad no es un principio en nada disminuye la importación que ésta reviste, pues es tan necesaria su presencia que se ha llegado a aseverar que el modelo de juicio republicano es el juicio oral. La oralidad es un medio de comunicación, la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación, entre las partes y el juez, así como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

La utilidad de la oralidad es fácilmente demostrada, porque si se utiliza la palabra hablada, las personas o partes deben estar presentes (Principio de Inmediación) y se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (Principio de Publicidad), así como se permite que la prueba ingrese al juicio del modo más concentrado posible y en el menor lapso posible (Principio de Concentración).

El mecanismo de la Oralidad se establece en el Sistema de Justicia Penal Especializada (Art. 101, inc. d); la audiencia será oral, y el imputado y las demás personas que participen en ella deberán declarar. Las resoluciones del tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, haciéndose constar en el acta de la audiencia. Además, se reconoce la utilización de intérpretes para aquellas personas que no se pueden comunicar en el idioma oficial o en el caso de sordos.

V. Las garantías básicas que rigen la ejecución de las sanciones o medidas

Para Carranza y Maxera, el control de la ejecución de las medidas en primer lugar, debe quedar claramente establecido cuál es el órgano competente para realizar el control y el contenido del mismo. Para ellos existe la posibilidad de que el control permanezca en la misma autoridad que dictó la sentencia o que pase a otro órgano con esa función especial; tal como un juez de ejecución.

Pero en todo caso, indica Carranza y Maxera, debe quedar establecido que el control de legalidad sólo puede ejercerse por un órgano jurisdiccional. Hay países que han creado el *ombudsman* (Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos) para esta función. Lógicamente, el control de mayor importancia es el de las medidas priva-

23. En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño, 1994, p. 26.

24. En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño, 1994, p. 29.

tivas de libertad. Cabe recordar que el encierro de niñas, niños y adolescentes debe ser una medida de último recurso, y que bajo ningún concepto éstos deben ser alojados en establecimientos para adultos.

En este sentido, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* crea la Oficina de ejecución y vigilancia de las sanciones penales a los Adolescentes, adscritas al Juzgado Penal del Adolescente. Esta oficina, que estará a cargo de un Director, será la encargada de controlar y supervisar la ejecución de las medidas impuestas al adolescente, con competencia para resolver los problemas que se susciten durante la ejecución y para controlar el cumplimiento de los objetivos fijados por el *Código* (Art. 208).

La concepción de la creación de esta Oficina se hace a la luz de las normas contenidas en los dos instrumentos internacionales que se refieren específicamente al tema: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se refieren al tema expresamente cuando dicen que se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1., por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen (Art. 23 inc. 1). Significa que, en cuanto al órgano, da la posibilidad de que se deje el control en la misma autoridad que dictó la sentencia o que se le atribuya a otro órgano esta función en especial.

Las mismas reglas, en el comentario a este artículo, expresan que la creación del cargo de juez de ejecución de pena en algunos países obedece a este propósito.

En cuanto al contenido del control, las mismas reglas expresan que dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente, según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en estas reglas (Art. 23 inc. 2).

En esta misma línea, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen que la protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención, será garantizada por la autoridad judicial competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regu-

lares y otras formas de control llevadas a cabo de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no permanezca en la administración del centro de detención (Art. 13).

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada en psicología social y sistema penal*, 1986.

ARMILLO GILBERT: «La tutela constitucional del interés difuso», en *Serie de Políticas Sociales*, UNICEF, Costa Rica, 1998.

– *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, ILANUD, Escuela Judicial y Unión Europea, 1997.

BACIGALUPO, Enrique: «Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores a la ley penal en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela», en revista *ILANUD*, año 6, núm. 17-18, San José, Costa Rica, 1983.

CARRANZA, Elías y CUAREZMA TERÁN, Sergio: *Bases para la nueva legislación penal juvenil de Nicaragua: Diagnóstico Jurídico y Sociológico del sistema vigente (Texto para su estudio)*, editorial UCA, Managua, 1996.

CARRANZA, Elías y MAXERA, Rita: *El control social sobre niños, niñas y adolescentes en América Latina: En la niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal (el nuevo Derecho Penal Juvenil. Un derecho para la libertad a la responsabilidad)*, coordinación e investigación por Alessandro Baratta y Sneider Rivera, editorial Hombres de Maíz, El Salvador, San Salvador, 1995.

CUAREZMA TERÁN, Sergio: *Código de Instrucción Criminal*, Comentado, Concordado y Actualizado, editorial Jurídica Hispamer, Managua, Nicaragua, 1997.

– *Código Penal*, Comentado, Revisado y Actualizado, editorial Jurídica Hispamer, Managua, Nicaragua, 1998.

CUAREZMA TERÁN, Sergio y ZAPATA LÓPEZ Roxana: El artículo 71 de la Constitución Política y el Código de la Niñez y la Adolescencia», en *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, editorial Hispamer, 1999, pp. 99-114.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary: *Compiladores. Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, editorial TEMIS y Depalma, 1998.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: «La Convención de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujetos de derechos» en revista *Foro Penal*, núm. 57, julio, 1992.

– «Prehistoria e Historia del Control socio-penal de la infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina», en *Ser Niño en América Latina. De las necesidades a los Derechos*, UNICRI, editorial Galerna, Publicación 42, Argentina, 1990.

– «Infancia y Derechos Humanos», Conferencia, San José, 1993.

GIMÉNEZ SALINAS, Esther y GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: «Jóvenes y cuestión penal en España», en revista *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 3, abril, Madrid, España, 1983.

JESCHECK, Jans Henrich: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, editorial Bosch, España, 1981.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, editorial Universitaria, S.A. Madrid, 1996.

– *Iniciación a la Teoría General del Delito*, Editorial UCA, Managua, 1995.

MAXERA, Rita: «La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales», en *Del revés al derecho: La condición jurídica de la in-*

fancia en América Latina, editorial Bolerna, Buenos Aires, 1992.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)*, 3.^a ed. corregida y puesta al día, editorial PPU, 1990.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos: *Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y concordada*, Costa Rica, 1996.

TREJO, Miguel; SERRANO Armando; RODRÍGUEZ Delmer y CAMPOS VENTURA José: *En Defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1994.

RIVERA, Sneider: *La nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia de El Salvador*, San Salvador, El Salvador, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: «Los menores y la ley», en *Pibes unidos y la ley*, Colección «Cuadernos» núm. 1, Argentina, 1990.

– *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final), IIDH/De palma, Argentina, 1986. ●