

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho

**“La detención provisional en materia penal juvenil: análisis del
tratamiento normativo y jurisprudencial a la luz de la convencionalidad”**

Leonardo Ureña Araya

A86503

San José, Costa Rica. 2017



14 de agosto de 2017
FD-2043-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Leonardo Ureña Araya, carné A86053 Denominado: "La detención provisional en materia penal juvenil: análisis de tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad " fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Areay lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Jorge Olaso Álvarez
Presidente	Lic. Gustavo González Solano
Secretario	Lic. Deiby Gutiérrez Atencio
Miembro	MSc. Miguel Zamora Acevedo
Miembro	Dr. Ronald Salazar Murillo

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 01 de setiembre del 2017, a las 7:00 p.nwen el

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



primer piso de la Facultad.
RSP/lcv
Cc: arch. expediente

Señor: Ricardo Salas Porras
Director
Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Señor Director:

He finalizado la lectura del Trabajo Final de Graduación del egresado Leonardo Ureña Araya, titulado: 'La Detención Provisional en materia penal juvenil: análisis del tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad'. Es por ello que, en mi calidad de Director de dicha investigación, le comunico que cumple con los requisitos de forma y contenido que exige la normativa universitaria.

El trabajo efectuado por el egresado aborda un tema poco estudiado por la doctrina nacional, pero que significa en gran medida al correcto desarrollo del sistema judicial costarricense. Se trata de un tema de gran interés teórico y práctico que el postulante aborda con propiedad, a través de una investigación profunda y correcta que además es realizada con rigurosidad metodológica.

Las anteriores razones me permiten otorgar la aprobación a dicho trabajo elaborada por el egresado. Agradeciendo su atención y colaboración.
Atentamente,



Ms | Jorge Olaso Alvarez
Director

Señor:

Ricardo Salas Porras

Director

Area de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

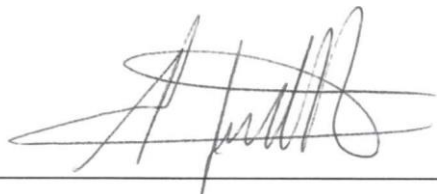
Señor Director:

He finalizado la lectura del Trabajo Final de Graduación del egresado Leonardo Ureña Araya, titulado: 'La Detención Provisional en materia penal juvenil: análisis del tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad'. Es por ello que, en mi calidad de Director de dicha investigación, le comunico que cumple con los requisitos de forma y contenido que exige la normativa universitaria.

Me permito otorgar la aprobación al trabajo elaborado por el egresado.

Agradeciendo su atención y colaboración.

Atentamente,



Dr. Ronald Salazar Murillo

Lector

Ricardo Salas Porras
Director
Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

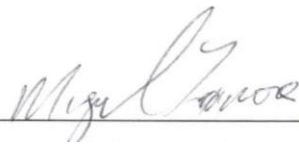
Señor Director:

He finalizado la lectura del Trabajo Final de Graduación del egresado Leonardo Ureña Araya, titulado: "La Detención Provisional en materia penal juvenil: análisis del tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad". Es por ello que, en mi calidad de Director de dicha investigación, le comunico que cumple con los requisitos de forma y contenido que exige la normativa universitaria.

Me permito otorgar la aprobación al trabajo elaborado por el egresado.

Agradeciendo su atención y colaboración.

Atentamente,



Msc. Miguel Zamora Acevedo
Lector

San José, 23 de julio 2017

Señores

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Comité de Trabajos Finales de Graduación

S.D.

Estimado señor:

Hago constar que el estudiante Leonardo Ureña Araya, cédula de identidad número 114440440, me ha presentado para corrección filológica la Tesis titulada • 'La detención provisional en materia penal juvenil: análisis del tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad'.

A este respecto, me permito aclarar que he revisado y corregido los aspectos concernientes a la estructura gramatical, ortografía, vocabulario, puntuación, vicios de estilo, repeticiones innecesarias, párrafos oscuros, contradicciones etc., y he comprobado que las correcciones y sugerencias hechas por mi persona, han sido incorporadas al documento en mención.

Por lo tanto, hago constar que esta Tesis reúne las condiciones de un documento, para ser presentada a la Universidad de Costa Rica.



Jorge Fernández Chaves

Filólogo - Carné Colypro 02545

Agradecimientos

A mis padres, a ellos la honra por siempre

A María José Navarro por ser la dueña de mis fuerzas

Al profesor Jorge Olaso Álvarez, por su guía y apoyo

A los profesores Miguel Zamora Acevedo y Ronald Salazar Murillo, por su interés y colaboración

A los miembros del Tribunal Examinador

A Cindy Fumero Molina y Adán Carmona Pérez, que iniciaron la senda de este camino

Índice

Agradecimientos.....	i
RESUMEN.....	iii
Justificación.....	iii
Objetivo general.....	iii
Metodología.....	iv
Conclusiones.....	iv
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	v
Introducción.....	1
Justificación del tema.....	1
Antecedentes.....	2
Planteamiento del problema.....	2
Marco teórico de referencia.....	2
Hipótesis.....	3
Objetivos.....	3
Objetivo general.....	3
Objetivos específicos.....	3
Marco conceptual.....	3
Metodología del trabajo.....	5
Estructura.....	6
Título I. Desarrollo histórico sobre detención provisional como medida cautelar y el bloque de convencionalidad: conceptualización y análisis.....	7
Capítulo I. Historia de la detención provisional como medida cautelar en el proceso penal juvenil.....	7
Capítulo II. Origen histórico y conceptualización del bloque de convencionalidad.....	16
Título II. Análisis doctrinario y conceptual de la detención provisional y de control de convencionalidad.....	23
Capítulo I. Análisis doctrinario de la medida cautelar de detención provisional.....	23
Capítulo II. Análisis del término de control de convencionalidad: conceptualización.....	31
Título III. Aplicación de la medida cautelar de detención provisional tanto en la normativa como en la jurisprudencia nacional.....	41
Capítulo I. Aplicación normativa y jurisprudencial de la detención provisional a escala nacional.....	41
Capítulo II. Aplicación jurisprudencial a escala constitucional de la detención provisional.....	60
Título IV. Análisis sobre la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil en el marco internacional, y su comparación con el marco nacional.....	71
Capítulo I. Análisis del tratamiento de la figura de la detención provisional a escala internacional.....	72
Capítulo II. Análisis comparativo entre el tratamiento internacional y el nacional de la figura de la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil... ..	81
Conclusiones.....	94
Conceptualización de la detención provisional y el bloque de convencionalidad.....	94
Análisis doctrinario de detención provisional y de bloque de convencionalidad.....	94
Aplicación normativa y jurisprudencial de la detención provisional en Costa Rica.....	95
La detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil en el marco internacional y su comparación con el marco nacional.....	95
Bibliografía.....	97

RESUMEN

Justificación

Como justificación al desarrollo de este tema se debe comprender la importancia que tiene la justicia penal juvenil y que sus figuras se encuentren bien demarcadas y definidas para que no exista una agresión a los principios que rigen esta materia, principios que en estas líneas se explicarán y ubicarán torno al tema de importancia, *verbigracia*, la detención provisional como medida cautelar en el proceso penal juvenil.

La discusión se centrará en dos panoramas, y el primero será, donde se determina la figura de la detención provisional, desde su creación, su desarrollo y su actualidad. Hay que extenderse sobre el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil sobre la supletoriedad, lo cual justifica que se pueda utilizar procesalmente la circunstancia de indicio comprobado, lo cual se hizo por vía jurisprudencial. El artículo 37 de la Constitución Política determina que nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, lo cual genera una nueva vertiente de desarrollo para complementar el panorama nacional de la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil. El segundo panorama es determinar si el bloque de convencionalidad permite que la detención provisional tenga al indicio comprobado de comisión o participación y que sea una circunstancia de aplicación y, además, si permite su inclusión jurisprudencial.

Hipótesis

La normativa y la jurisprudencia nacional violentan los principios que rigen la materia penal juvenil, aplicando supletoriamente la normativa procesal penal de adultos en los plazos de detención provisional, además de que establece prórrogas de manera antojadiza, sin observancia de reglas internacionales que protegen esta materia.

Objetivo general

Determinar el tratamiento normativo y jurisprudencial de Costa Rica en la medida cautelar de detención provisional, en un proceso penal juvenil de cara al bloque de convencionalidad.

Metodología

Para poder establecer satisfactoriamente el desarrollo del presente trabajo se utilizarán distintos análisis a escala doctrinaria, normativa y jurisprudencial. Hay que hacer un cuadro normativo general, establecer las condiciones de aplicación, crear un panorama de la realidad, determinar el problema en la actualidad y entender las razones por las cuales el tratamiento es más jurisprudencial que normativo.

Conclusiones

1. El concepto de detención ha venido teniendo transformaciones importantes a lo largo de la historia a fin de poder encasillar las necesidades para la conclusión de un proceso penal.
2. La doctrina tiene dos vertientes en torno a la detención provisional en las que se defiende el uso dentro de plazos y condiciones razonables; y sobre todo cuando se considera una condena adelantada, especialmente cuando se trata de personas menores de edad.
3. La aplicación adecuada de la detención provisional ha sido parcial por cuanto se utiliza bajo el panorama y la sombra de la prisión preventiva propia del derecho penal de adultos.
4. La detención provisional se ha venido transformando en un concepto que requiere una mejor aplicación jurisprudencial para poder salvaguardar los principios que la rigen a escala internacional, y se concluye que falta camino por recorrer en Costa Rica, aunque dista de ser el peor de los estados parte.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ureña Araya Leonardo. (2017). La detención provisional en materia penal juvenil: análisis del tratamiento jurisprudencial a la luz de la convencionalidad. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José.

Director: Lic. Jorge Olaso Álvarez.

Palabras clave:

- Detención provisional
- Bloque de convencionalidad
- Garantías fundamentales
- Análisis normativo y jurisprudencial

Introducción

La parte introductoria de esta tesis se elaboró con base en el artículo 46 del Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, aprobado en sesión 2713-17 del 4 de agosto de 1980.

Este apartado lo constituye la justificación del tema escogido, sus antecedentes y el planteamiento del problema que será abordado en el proyecto final de graduación.

Justificación del tema

Debemos ubicar la detención provisional como una figura exclusiva de la materia penal juvenil, dado que en el área penal de adultos se habla de prisión preventiva, lo cual conlleva distintos matices que hace necesaria una diferenciación conceptual. También debe tomarse en cuenta el concepto de bloque de convencionalidad, el cual se encuentra en estrecha relación con respecto a la evolución de la detención provisional. Para poder desarrollar el presente proyecto de investigación es menester establecer la importancia de la figura legal y su entorno y cómo se hace necesario su estudio, en aras de que no exista confusión de las figuras que se están tratando.

Es imperativo mantener una línea de estudio bien demarcada, así que la detención provisional se analizará en una óptica normativa nacional e internacional, para así determinar si hay armonía entre ambas, o si en caso contrario nos enfrentamos ante un problema en el marco de legalidad nacional disonante con la gama internacional. Por lo que se debe hacer un análisis histórico en ambos sentidos, uno en cuanto a la normativa nacional, desde su nacimiento hasta su estado actual y de igual manera la normativa internacional. Pasemos en primer orden de ideas al escenario internacional para llegar al concepto de bloque de convencionalidad y lo que este término implica.

Nace la detención provisional en el año de 1889 en Estados Unidos¹ la cual hizo necesaria una diferenciación entre los menores de edad en materia penal y los adultos. Se hace un tratamiento distinto en medidas cautelares, en primer lugar, por la edad de los imputados, donde existe una mayor posibilidad de poder darle una formación integral y un espacio de recuperación y reintegración social; y en segundo lugar se da un movimiento importante en el plano legal para establecer leyes especializadas en virtud de la justicia

¹ <http://jthomasniu.org/class/589/Readings/juvjust-ill.pdf>. Nace en Chicago, Illinois el primer tribunal juvenil ante la necesidad de separar al menor del proceso penal lo que desencadena una legislación especializada. Consultado el 10 de diciembre del año 2015.

penal juvenil, como se le conoce actualmente. Las consideraciones que deben hacerse a lo largo del trabajo de investigación se dirigen hacia el concepto de bloque de convencionalidad, término acuñado desde el año 2003 por el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García en el caso Myrna Mack vs Guatemala².

Una vez claro el concepto, se utilizan las herramientas que conforman dicho bloque de manera específica en la detención provisional como medida cautelar en menores de edad dentro de un proceso penal juvenil.

Antecedentes

Se utilizarán las diversas manifestaciones jurisprudenciales que se han dado tanto en suelo patrio como en terreno internacional, de diversas cortes y tribunales para establecer cómo se veía esta figura en sus inicios y cómo se le da trato en la actualidad para establecer el cumplimiento o no del bloque de convencionalidad y en cuáles ámbitos.

Planteamiento del problema

El tratamiento dado a la figura de la detención provisional en un proceso penal juvenil a escala jurisprudencial no hace observancia a los distintos cuerpos normativos que velan por los derechos inherentes de los menores de edad y, más bien, los violentan utilizando los parámetros del derecho penal de adultos.

Marco teórico de referencia

En esta sección se establece una hipótesis, un objetivo general, cuatro objetivos específicos y un marco conceptual de referencia, esto tomando en cuenta el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, aprobado en sesión 2713-17 del 4 de agosto de 1980.

² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Consultado el 10 de diciembre del año 2015.

Hipótesis

La normativa y la jurisprudencia nacional violentan los principios que rigen la materia penal juvenil, aplicando supletoriamente la normativa procesal penal de adultos en los plazos de detención provisional, pues establece prórrogas de manera antojadiza, sin observancia de reglas internacionales que protegen esta materia.

Objetivos

Objetivo general

Determinar el tratamiento normativo y jurisprudencial de Costa Rica en la medida cautelar de detención provisional, en un proceso penal juvenil, de cara al bloque de convencionalidad.

Objetivos específicos

1. Realizar un cuadro histórico de materia penal juvenil, sobre detención provisional como medida cautelar en un proceso y bloque de convencionalidad.
2. Analizar doctrinario de la detención provisional y de convencionalidad.
3. Establecer cómo se aplica la medida cautelar de detención provisional en materia penal juvenil, de cara al bloque de convencionalidad, tanto en la normativa como en la jurisprudencia.
4. Demostrar que el tratamiento jurisprudencial en Costa Rica violenta los derechos de los menores de edad, al aplicar la figura de la detención provisional como si fuera la prisión preventiva, figura propia del derecho penal de adultos.

Marco conceptual

De la detención provisional como medida cautelar en el proceso penal juvenil existen varios trabajos enfocados en su evolución y una nueva visión del proceso donde las garantías se amplían y se acercan más a un proceso penal de adulto. En estas líneas se puede tomar en cuenta el trabajo de la profesora de la Universidad de Costa Rica, Rita Maxera que se titula "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos

internacionales: El caso de Costa Rica'', donde se constata el cambio de visión en el proceso penal juvenil y se puntualiza una serie de características que constatan dicho cambio, y en el que se explica además la adición de garantías de fondo, procesales y de ejecución. En el apartado sobre el *control de la ejecución de las medidas privativas de libertad* se establecen reglas internacionales que resultan de mucho interés para lograr ubicar a la detención provisional y hacer una comparación normativa. Parte fundamental para este trabajo es entender que ante la eventual pérdida de libertad de un menor de edad por una aplicación de medida cautelar no significa, y de hecho se encuentra lejos, que pierda todos los demás derechos, a saber, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Hay que analizar en la dinámica nacional actual el tratamiento y la aplicación que al tratarse de menores de edad es en consecuencia un área especializada, y donde toman parte desde jueces, fiscales y defensores especializados en la materia hasta una ley de justicia penal juvenil que se ve complementada en caso de haber alguna brecha legal, con los Códigos Penal y Procesal Penal. En esta aplicación suplementaria se debe tener especial cuidado para evitar transgredir los derechos fundamentales de menores de edad y no agredirlos en el sentido de tratarlos como si fueran adultos, y esto se verá en el transcurso de este presente trabajo si se da una mala utilización del uso complementario de leyes generales sobre esta ley especializada.

Existe además un trabajo titulado ''Detención provisional en penal juvenil. Discursos legitimantes y prácticas ilícitas en su tratamiento jurisprudencial''³, que arroja luz sobre la realidad nacional desde una perspectiva garantista y proteccionista hacia los menores de edad. Si bien este trabajo logra satisfactoriamente dar vastos ejemplos sobre la realidad jurisprudencial no genera un análisis comparativo de cara al bloque de convencionalidad, y es aquí donde el desarrollo de este trabajo se hace importante, ya que se debe tomar en cuenta dicho bloque y así determinar si el tratamiento nacional cumple con reglas internacionales que son de acato obligatorio.

Vale destacar los diversos trabajos del proceso penal juvenil en general y el análisis de la figura de detención provisional que ha realizado el profesor Carlos Tiffer Sotomayor⁴, donde si bien utiliza como escenario la realidad de Argentina, contiene precisiones que procuran arrojar luz en cuanto a la privación de libertad como tal, ubicada en el derecho penal juvenil. Por otra parte, es importante destacar además el trabajo del profesor Gary

³ Carmona Pérez, Adán. Sin ser publicado por el momento.

⁴ Tiffer Sotomayor, Carlos. "Argentina en su laberinto. A propósito de la privación de libertad de personas menores de edad". <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12627/11883>. Revisado el día 11 de marzo de 2016.

Amador Badilla⁵, que permite entrever la realidad de Costa Rica en cuanto a la aplicación de la detención provisional en el proceso penal juvenil se refiere, pues de esta manera se puede entender que existen problemas de aplicación, y podría ser ante un problema de comprensión y limitación normativa.

Se señala que la investigación en marras contará con un profundo examen de las diversas manifestaciones doctrinarias y, dentro de lo posible, se procurará no entrar en puntos de vista contrarios ni controversiales. No significa que vaya a limitarse a una mera descripción de los conceptos y posiciones, sino que para poder establecer los lineamientos esenciales del tema, es decir, conceptual y jurisprudencialmente hay que mantener una posición de actualidad y utilizando ejemplos recurrentes en sentencias firmes y demás herramientas que permita esclarecer el panorama del uso de prácticas judiciales hacia la figura de la detención provisional que paralela a ella, el bloque de convencionalidad.

Las interrogantes que se plantean en esta investigación tienen diversas temáticas, por lo que se necesita un conocimiento holístico en torno al tema, para lograr establecer un escenario donde se satisfaga a cabalidad, tanto el planteamiento del problema, como la hipótesis y los objetivos.

Metodología del trabajo

Para poder establecer satisfactoriamente el desarrollo del presente trabajo se utilizarán distintos análisis a escala doctrinaria, normativa y jurisprudencial. Hay que establecer a la detención provisional como el eje de análisis central desde distintas ópticas, pues a escala doctrinaria se dará una conceptualización; a escala normativa se ubicaría la realidad y características que repercuten en el uso, vacíos y virtudes, y finalmente a escala jurisprudencial se plasma la realidad y cómo afectan los niveles de legislación especializada.

Se debe hacer un análisis profundo, para llegar a ahondar verdaderamente en la figura de la detención provisional, y poder determinar si nuestra legislación cumple a cabalidad con las condiciones de aplicación, y para ello se analiza la jurisprudencia que emana de diversos tribunales del país. Hay que realizar un cuadro holístico que nos permita entender la necesidad y la realidad de una figura de tanta importancia como la detención provisional, pues esta determina la libertad de menores de edad y en caso de que se

⁵ Amador Badilla, Gary. "Algunos problemas respecto a la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil". <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9753>. Revisado el 11 de marzo de 2016.

utilice con las condiciones de la prisión preventiva, figura propia y exclusiva del derecho penal de adultos, existiría una grave violación a los derechos fundamentales de los menores de edad. En resumen, hay que hacer un cuadro normativo general, establecer las condiciones de aplicación, crear un panorama de la realidad, determinar el problema en la actualidad y entender las razones por las cuales el tratamiento es más jurisprudencial que normativo.

Estructura

Este trabajo de investigación tiene como objetivo marcar las diferencias jurisprudenciales y normativas de la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil, tanto en Costa Rica como a escala internacional, sin excluir ejemplos de realidades distintas que pueden establecerse como más o menos desarrolladas con base en los principios que rigen la figura.

Así las cosas, en un primer título se desarrollará la historia de dicha figura, desde su nacimiento, pasando por su evolución hasta llegar al concepto por el cual se le conoce en la actualidad, esto con el fin de poder dar un acercamiento al concepto fundamental de esta investigación.

En un segundo título se trata de establecer lo que se entiende por detención provisional, además del concepto de bloque de convencionalidad, también conocida de manera más sencilla como convencionalidad, y para ello se analizan las leyes locales y los conceptos que se encuentran en la doctrina para poder ubicar en la realidad social, judicial y actual la forma en que dichos términos son utilizados.

En tercer lugar la ubicación de los conceptos establecidos responde a necesidades actuales para el mejoramiento del sistema de justicia especializada, entendiéndose como la justicia penal juvenil ubicado en la realidad de Costa Rica como punto de partida para procurar responder si se satisface el respeto por el bloque de convencionalidad, tanto en la teoría (normativa) como en la práctica (jurisprudencia).

En cuarto orden de ideas y una vez generado el cuadro general de la actualidad de conceptos fundamentales de esta investigación, se realiza una comparación de usos normativos y jurisprudenciales de términos que pueden verse protegidos mediante procedimientos sociales y de justicia o bien violentado en sus principios de aplicación.

Por último se genera una serie de conclusiones generales, y que se desprenden del desarrollo de los títulos del presente trabajo de investigación.

Título I. Desarrollo histórico sobre detención provisional como medida cautelar y el bloque de convencionalidad: conceptualización y análisis

El proceso penal juvenil nace producto de una necesidad por resolver conflictos, donde las partes comprometidas, o al menos la parte acusada es menor de edad, lo cual significa que se debe tener un cuidado especial al momento de llevar a cabo el proceso, dado que a esta población es protegida por principios y reglas internacionales que no se aplican dentro de un proceso penal de adultos. Es de suma importancia al momento de interponer medidas cautelares, específicamente cuando se impone la detención provisional de un menor de edad y se restringe el derecho fundamental de su libertad, tomar en cuenta todo el conglomerado nacional e internacional que da protección de manera especializada al menor de edad.

Se debe analizar el origen de la detención provisional en conjunto con el bloque de convencionalidad, para poder determinar si su aplicación es eficaz en Costa Rica y si se respeta dicho bloque.

Capítulo I. Historia de la detención provisional como medida cautelar en el proceso penal juvenil

La prisión como tal existe desde el Derecho Romano, donde se utilizaba preventivamente para custodiar a las personas acusadas, lo cual significa que su finalidad en sus inicios no era una manifestación para castigar los delitos, sino para mantener a las personas que esperaban sentencia. “La prisión desde la etapa primitiva, hasta finales del siglo XVI pasando por el Derecho Técnico Germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, incluso con ulteriores fines antropofágicos, como delito represivo en sí y ello es resultado de la concepción que sobre el delito y delincuente tiene la época: el hecho sancionable es un mal, y el culpable un *perversus homo* no susceptible de enmienda sino de castigo rápido y capital. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena”.⁶ Nace primero el concepto de prisión preventiva que no se veía en el Derecho Romano como castigo, distinto al concepto de prisión que se utiliza para descontar una pena por la comisión de un delito. Viene a

⁶ García Valdez, Carlos. Estudios de Derecho Penitenciario. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1982. Pág. 11.

cambiar el término de prisión preventiva por el de prisión cuando las penas ya no pueden ser la muerte del acusado o su expulsión del grupo social, dado que ya existe una protección al ser humano y estas prácticas de muerte y afectación del cuerpo dejan de considerarse eficaces.

La utilización la prisión como medida cautelar permitía que el proceso pudiera terminar, siendo quizá una forma efectivamente de custodiar al acusado o a la acusada el tiempo estrictamente necesario antes de dictar sentencia. Son los cambios de la población y sus necesidades sociales las que redefine a la prisión como una pena por la comisión de un delito, y se le encuentra cabida mediante una estructura nueva dentro del proceso penal.

Es evidente que la prisión ha tenido una evolución que se define por medio del contexto histórico y las necesidades que dicho periodo requiere, en el caso del Derecho Romano por ejemplo se evitaba el uso de esta práctica y se procuraba siempre otras opciones. Ya en la Edad Media, donde los procesos inquisitivos eran fundamentales para obtener confesiones de culpabilidad mediante el uso de la tortura y siendo el cuerpo su medio , la prisión aquí tiene una importancia vital. Así las cosas se puede concluir que la prisión como tal ha tenido diversas fuentes y variables, siempre dependiendo de la sociedad y las necesidades de esta. Asimismo, existen otros momentos históricos que redefine el concepto de prisión y, por ende, su aplicación y los casos en los que puede hacerse. La Ilustración por ejemplo, marca una importantísima diferencia en la prisión como parte del proceso penal, ya que incluye como pilar el principio de la libertad y sus diversos métodos de protección. A finales del siglo XVIII es cuando se introduce una sensibilidad al proceso penal, ya no se aplica la muerte como medio represivo ni las diversas prácticas de castigos corporales lo cual vuelca el proceso penal a su humanización, tanto a escala de procedimiento como en el ámbito de penas. Vale destacar que la pena de muerte sigue siendo utilizada inclusive en días modernos en algunos países. “No solo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”.⁷

El principio de libertad incide directamente en la definición de prisión, dado que para la aplicación de esta medida se deben respetar no solamente el principio de libertad, sino

⁷ Beccaria, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Versión digital de la Universidad Carlos III de Madrid. 2015. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20160808_02.pdf. Revisado el 29 de agosto del año 2016. Pág. 25.

también todos aquellos que rigen el proceso penal. Esto conllevó a la abolición de la tortura e inclusive se la tipifica como delito. Esto significa que se da una ruptura entre la tortura y la prisión, quedando injustificada la primera, por lo que se obliga a darle una nueva conceptualización, una vez más, a la prisión provisional como medida cautelar dentro del proceso penal.

“La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que solo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena. La ley, pues, puntualizará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano; pero estas penas deben establecerse por la ley, no por los jueces (...).”⁸

Como se puede ver, la prisión desde sus inicios ha tenido, *grosso modo*, dos vertientes. La primera, donde es un medio represivo que se justifica para obtener la confesión de la persona, sea por medio de tortura o cualquier otro medio que haga necesario que esa persona se encuentre privada de su libertad. La segunda es en la que se ve como una última opción dentro del proceso penal y que cuando sea utilizada encuentre su razón de ser dentro de los parámetros de legalidad y principios que rigen la materia, velando siempre por el marco de legalidad.

Mucho se cuestiona sobre la aplicación de la prisión como pena, dado que “es sobre todo de la crisis de ejecución prisional de donde proceden las censuras más duras e implacables contra esta joven pena. La crisis, para algunos endémica, se manifiesta en los conocidos efectos negativos producidos por la prisión sobre sus internos, a los que confirma y consolida en su status criminal, dificultando (cuando no cerrando) toda vía real de futura reinserción social. Como ponen de manifiesto las evaluaciones criminológicas, el tratamiento penitenciario, cuando se da, ni impide ni paraliza habitualmente las carreras criminales de los internos que se ven potenciadas y desarrolladas en prisión hasta extremos difícilmente previsibles con antelación.”⁹

Ahora bien, una vez establecido el origen del concepto de prisión, sus avances y diversas conceptualizaciones, pasando por el Derecho Romano, la Edad Media, la Ilustración, y de

⁸ *Ibidem*. Págs. 62-63.

⁹ De la Cuesta Arzamendi, José L. Reformas penales en el mundo de hoy. Instituto de Criminología. Madrid. 1984. Pág. 143.

ahí en adelante mediante diferentes desarrollos tanto nacionales como internacionales y las necesidades de cada época por querer cumplir con las necesidades propias de cada periodo y llegando a lo que se conoce hoy en día como prisión preventiva en el proceso penal de adultos, se llega a la detención provisional, concepto propio del derecho penal de menores.

Después de un proceso histórico que nace en el estado de Illinois en Chicago en 1889, surge en Estados Unidos un movimiento que es conocido como “Los salvadores del niño”. Este movimiento empieza a plantear cuatro demandas respecto de la justicia para menores: sustraer a los menores de la justicia penal de adultos; establecer tribunales especializados para jóvenes; extender las acciones de esta jurisdicción especializada hacia todos aquellos niños que se encontraran en situaciones de riesgo o abandono social; y crear lugares exclusivos para los niños privados de su libertad¹⁰.

Dicho movimiento conlleva consecuencias positivas para el sistema penal juvenil y es punto de quiebre para el nacimiento de lo que se va a conocer como derecho tutelar. “Esta doctrina genera, implícitamente, una división de la infancia en dos grupos. Por un lado, están los niños que viven bajo el resguardo de su familia, que tienen sus necesidades básicas satisfechas, y para quienes la escuela y la familia cumplen las funciones de control y de socialización. Por otro lado, hay un segundo grupo, denominados menores, que representan una categoría socialmente marginada. Los menores son los niños que no tienen una familia tradicional, que por alguna razón están fuera de la escuela y que generalmente viven en situaciones económicas precarias. Estos menores, en estado de abandono moral o material, son catalogados, junto con aquellos niños que cometen un delito, en situación irregular¹¹.”

La mayor consecuencia de este derecho tutelar es que tenía como defecto dar persecución a la población menor de edad más vulnerable, dado el aspecto de pobreza donde el estado de abandono de un menor de edad es común, por lo que la tendencia de afrontar los retos de salvaguardar la educación y socialización del menor de edad se ve muy afectada, debido a que los centros de reclusión albergaban por no decir más, a menores de una misma clase social y como consecuencia de ello la situación irregular, definida y defendida como una figura vital para el mejoramiento de la población juvenil en

¹⁰ Villanueva Castilleja, Ruth. Visión especializada del tratamiento para menores. Editorial Porrúa. México. 2004. Pág. 26.

¹¹ Guillén Cornejo, Jorge Luis. El vacío legal en el sistema de justicia para adolescente en materia federal. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Sonora. México. Versión digital <http://www.bidi.uson.mx/TesisIndice.aspx?tesis=19610> revisada el 20 de agosto de 2016.

cuanto a su rol social, no satisface a escalas social y jurídico con los fines del control penal juvenil.

En América Latina en el año 1919 en Argentina con la Ley Agote, la justicia penal juvenil tiene origen en nuestro país desde el año 1963 mediante la Ley 3260, llamada Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores cuando se establece que una persona menor de edad debe ser tratada de manera especial al encontrarse en una situación de riesgo social, lo cual hace necesario una tutela que en el caso de la población adulta no aplica. Esta ley tenía como principal doctrina la de la situación irregular de la persona menor de edad. Se veía como un mero objeto del proceso, mientras que el juez “es una figura *paternalista*, que debe buscar una solución para ese menor (objeto de protección) que se encuentra en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fin la recuperación social del menor. Con ello, lo que se está afirmando es que ese menor es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación en la sociedad”.¹²

Para determinar el uso de la detención provisional en un proceso penal juvenil se debe tomar en cuenta que existe, en primer lugar, el modelo de justicia penal de adultos y que se desprende que existe una población que necesita una observancia especializada en su aplicación de justicia penal, en pos de salvaguardar derechos fundamentales que son de obligatorio acatamiento de respetar.

“Con el transcurrir del tiempo, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para los menores producto de la concepción tutelar, por lo que, como respuesta surgió un nuevo concepto del derecho de menores. Esta nueva concepción denominada “Doctrina de la protección integral” encontró su fundamento en un reconocimiento de los menores de edad como seres humanos y sujetos de derecho, por tanto, es un reconocimiento de los derechos del niño como una categoría de los derechos humanos”.¹³

Se puede marcar la evolución histórica del proceso penal juvenil en dos momentos: antes de la Convención de los Derechos del Niño y después de ella . Sin embargo, vale destacar que en periodo de transición entre un momento y el otro, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, que viene a crear una nueva conciencia jurídica con respecto al derecho penal juvenil.

¹² Burgos Mata, Álvaro. 15 años de justicia penal juvenil en Costa Rica: lecciones aprendidas. DNI. San José, Costa Rica. 2011. Pág. 20.

¹³ Tiffer Sotomayor, Carlos. De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica. Universidad de Costa Rica. San José. Pág. 99.

La importancia de establecer la detención provisional como una figura exclusiva de la justicia penal juvenil permite dilucidar el uso de instrumentos internacionales eficaces y separar la concepción adultocentrista dentro de una sociedad dividida en poblaciones distintas, que conlleva principios, procedimientos y bases de aplicación para cada una de ellas. Costa Rica que se halla adjunta al cumplimiento de muchos instrumentos internacionales en diversos campos de aplicación legal, lo cual hace que su análisis en este particular se haga necesario, por lo que la detención provisional sea una figura independiente y no sea vista como una forma más de la prisión preventiva, dado que si sucediera de esta forma se estaría dando un trato propio de la justicia penal de adultos a la población penal juvenil. La presente investigación procura establecer la aplicación real de esta última.

El origen de la figura de la detención provisional desde la perspectiva de la justicia penal juvenil nace como una necesidad de establecer dicha detención como una medida cautelar, que conlleva la privación de un único derecho fundamental, la libertad. Este asunto obtiene relevancia en cuanto a su diferenciación con la prisión preventiva, figura propia del derecho penal de adultos.

Para que suceda de esta manera, se debe justificar su diferencia en un punto fundamental, el cual es la población a la que va dirigida. El definir la población a la cual se le aplica una y otra figura conlleva que los principios y los regímenes bajo los cuales se presentan vienen respaldados por necesidades distintas. Se justifica dicha diferencia con base en principios que emanan de distintos instrumentos internacionales que establecen como prioridad y población especial al menor de edad.

Es la detención provisional un procedimiento preventivo para que la finalización de un proceso no se halle viciado en su desarrollo, contemplando la privación de libertad a un menor de edad como medida para conseguir dicho fin. Tiene esta privación de libertad como medida cautelar características especiales que hace que se diferencie de la prisión preventiva. En primer lugar, la detención provisional se debe hacer en centros especializados para menores de edad, y no en una prisión de adultos. Además de que las condiciones para que se aplique tienen que ser utilizadas como último recurso, pero no debe ser nunca prioridad la privación de libertad de un menor de edad. Y es precisamente esta la razón principal por la cual la detención provisional debe tener un análisis de su aplicación nacional, y verificar si cumple con las reglas internacionales.

En la actualidad la detención provisional como tal es un término exclusivo del proceso penal juvenil, materia especializada donde la persona encausada es menor de edad, o bien, la comisión de los supuestos hechos se dio cuando la persona aún era menor de

edad. Se toma en cuenta la edad al momento de cometer el acto ilícito y esto conlleva a darle un tratamiento diferenciado por tratarse de una población vulnerable que todavía se encuentra en condiciones de superar esa etapa delictiva.

“Los rasgos más característicos de este nuevo modelo son el mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, se da un refuerzo de la posición legal de los jóvenes y adolescentes por sus actos delictivos. Se limita al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal y se establece una amplia gama de sanciones como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos y la reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad. Por otra parte se le da mayor atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación del daño a su persona. Lo mismo que se procura la desjudicialización al máximo posible por medio de controles formales, como el principio de oportunidad, la conciliación entre autor y la víctima, la suspensión del proceso a prueba y la condena de ejecución provisional sin limitaciones”.¹⁴

Se vislumbra el cambio de la concepción de prisión preventiva, donde sufre cambios como la prisión como imposición de condena y luego, en el caso de la presente investigación, aterriza en el concepto de detención provisional, siendo una figura especializada que cuenta con características comunes (junto con la prisión preventiva) y características propias que se reconocen en primer lugar a escala internacional y luego a escala nacional; se da así a los estados una investidura de protección y la oportunidad de velar los derechos que se firmaron en convenios internacionales, y el más importante en la historia del derecho penal juvenil ha sido la Convención Americana de los Derechos del Niño, que Costa Rica lo ratifica en el año de 1989 y permite un acercamiento a una adecuada protección a esta población en riesgo. Todo este proceso por el que se tuvo que pasar para lograr determinar a la figura de la detención provisional como tal y siendo exclusiva del derecho penal juvenil, se da cuando “la Convención termina con la confusión entre abandono y conducta irregular, entre la gestión del abandono y la de la reacción frente a la transgresión de normas penales por parte de niños y adolescentes. Desde el punto de vista organizativo, crea competencias separadas: una de la administración, para la gestión de las medidas de protección, y otra de la jurisdicción para la decisión de las medidas “socio-educativas” con las cuales se responde a la realización culpable de figuras delictivas por parte del adolescente. De esta forma, se ha ido desvaneciendo el tabú respecto a la responsabilidad de la persona menor que infringe la ley penal.

¹⁴ Ibídem. Pág. 100.

Igualmente, desde el punto de vista terminológico, la convención y el estatuto son profundamente innovadores: ya no se habla de "menores", sino de "niños y adolescentes". Esto significa que se trata, desde una perspectiva normativa, de borrar esta zona separada, representada por los "menores", en universo de los niños y de los adolescentes".¹⁵

Con respecto a la detención provisional como figura que forma parte del modelo de justicia penal juvenil, se define una vez establecido su origen que obviamente se da en el ámbito del derecho penal de adultos, quienes siempre se han considerado sujetos de derecho; cuando se supera la concepción tutelar y se adopta como cierta la visión de que los menores son sujetos de derecho, por lo que su aplicación contiene una serie de miramientos que en su análisis doctrinario del presente trabajo de investigación se darán a conocer, podemos decir que como momento histórico donde la detención provisional forma parte de la dinámica judicial es precisamente cuando se aparta la concepción tutelar y se comienza a determinar al menor de edad parte de un proceso penal, donde se deben observar todas las garantías procesales y no únicamente tener una situación irregular que no lo hace apto para la sociedad.

La detención provisional forma parte de las medidas cautelares en el proceso penal juvenil, pues existen tanto las no privativas como las privativas de libertad, en aras de alcanzar en dicho proceso y respetando las garantías procesales y constitucionales, para determinar si la persona menor de edad sujeta al proceso es autora responsable de los hechos delictivos que se le acusan.

El profesor Álvaro Burgos condensa de manera muy elocuente el cambio de visión que se da en este último período de legislación penal en materia penal juvenil en Costa Rica, por lo que la mudanza que significa la Convención Americana de los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento se puede observar de la siguiente manera: "a- Desaparece la concepción del menor como objeto de tratamiento y es sustituida por la del sujeto-persona titular de derechos; de esta forma, a los infractores penales se les reconocen las garantías procesales comúnmente aceptadas en el ámbito internacional para las personas adultas. b- Se separan las situaciones de naturaleza jurídica que ameritan la intervención judicial, de las patológico-sociales que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado.

¹⁵ Barrata, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia. Biblioteca Digital Revistas Científicas y Humanistas. Capítulo Criminológico Vol. 23, Núm. 1. Pág.5 Universidad del Zulia. Venezuela. 1995. Disponible en <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/issue/view/2282>. Revisado el 20 de agosto de 2016.

c- Se homogeniza el concepto de “niño” para todo ser humano menor de 18 años. También se establece una edad mínima para la adquisición de la capacidad penal.¹⁶

El cambio en el plano legal mediante el cual las personas menores de edad se rigen genera una protección si bien no ideal por lo menos tangible. La importancia de contar con defensor, el revestimiento del juez como tal y no como quien tutela al menor y el remover la situación de riesgo social como un parámetro que define qué hacer con la persona menor de edad, son cambios que significan vivir en un estado donde la vulneración de los derechos humanos de los menores sea cada vez más respetada y que se vean los aplicadores en la obligación de no perderlos de vista.

Se hace necesario al hacer mención del cambio de paradigma que marca la Convención Americana de los Derechos del Niño y que significa que a escala internacional se dé este movimiento de cambio, y que se logre determinar el porqué en las legislaciones nacionales se crea un movimiento que vaya en pos de adaptarse y adecuarse a dicha Convención, además de que no sólo se trata de observarla al momento de establecer las leyes nacionales sino que además se cuenta con una permanente observancia de ella .

Es decir, no basta únicamente al momento de conformar la ley nacional de justicia penal juvenil, en nuestro caso la llamada Ley de Justicia Penal Juvenil, tomar en cuenta lo acordado a escala internacional de respetar ciertas reglas y dotar de ciertos derechos fundamentales a quien es considerada una persona menor de edad, sino que una vez promulgada la ley local y su aplicación diaria en los tribunales de justicia nacionales, el conglomerado de partes que son parte de un proceso penal juvenil se encuentra en la obligación de no perder de vista e incluso aplicar primero dichas reglas internacionales si a escala nacional se da un quebranto o una aplicación inadecuada de dichas reglas.

“Incluso en los sistemas que presuntamente hacen hincapié en el bienestar de los menores, los derechos del niño pueden verse vulnerados cuando no se respetan las debidas garantías procesales más elementales, cuando se autorizan intervenciones respecto de delitos que, en otras circunstancias, no habrían captado la atención de las autoridades, y cuando se recurre a medidas de privación de libertad en centros de atención y enseñanza como instrumento principal de respuesta a los delitos cometidos por menores.

¹⁶ Burgos Mata, Álvaro. Manual de Derecho Penal Juvenil costarricense. Tomo I. Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Heredia, Costa Rica. 2009. Pág. 43. Versión Digital disponible en <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/penal%20juvenil/ManualDeDerechoaPenalJuvenil.pdf> revisado el 12 de agosto del 2016.

Con frecuencia, el sistema de justicia de menores de un país está vinculado íntegramente a servicios prestados en otros sectores de la sociedad como, por ejemplo, el acceso a la enseñanza en general, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales. Numerosos estudios han puesto de relieve la correlación entre las familias disfuncionales, la sociedad y la delincuencia juvenil. Por consiguiente, para evaluar el sistema de justicia penal de un país, es probable que el evaluador deba tomar en consideración factores sociales y aspectos del desarrollo que caen fuera del ámbito de la justicia penal¹⁷.

Es entonces menester ubicar en un mismo plano de importancia que la detención provisional, el origen de estas reglas internacionales, que se conocen como bloque de convencionalidad, dado que una es complemento de la otra, y lo que procura la presente investigación es el de poder crear la armonía del marco jurídico costarricense con el marco de convencionalidad, específicamente en la medida cautelar privativa de libertad llamada detención provisional en el derecho penal de menores de edad.

Para poder evaluar el verdadero respeto que nuestro país tiene hacia los menores de edad y su manto de protección internacional, se deben evaluar las acciones judiciales dentro del proceso mismo y así poder determinar si las reglas y tratados internacionales que se firman, se ubican y se aplican en la realidad nacional o simplemente pregonamos un respeto que no tenemos.

Capítulo II. Origen histórico y conceptualización del bloque de convencionalidad

Como punto de partida se discute sobre el origen del concepto del control de convencionalidad, donde se puede distribuir en dos momentos históricos. En primer orden tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, celebrada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Tal convenio estableció dos órganos competentes para conocer sobre violaciones de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

“La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los estados partes en la Convención durante el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General,

¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Cuestiones Intersectoriales. Manual de Instrucciones para la Evaluación de la Justicia Penal. Naciones Unidas. Nueva York. 2010. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Juvenile_Justice_Spanish.pdf consultado el 12 de agosto de 2016.

celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979¹⁸.

Los esfuerzos por parte de la Asamblea General de la OEA para que Costa Rica se convierta en la sede de la Corte. Dicho ofrecimiento formal se aprobó por los estados partes en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de setiembre de 1979.

“El 30 de julio de 1980 la Corte Interamericana y el Gobierno de la República de Costa Rica firmaron un convenio, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6528 del 28 de octubre de 1980, por la cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bajo este Convenio se establece el Instituto como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América. El Instituto, con sede también en San José, Costa Rica, trabaja en apoyo del sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos”¹⁹.

Para poder mantener el desarrollo internacional y los acuerdos entre los estados parte se necesitaba establecer una sede que viene a significar una especie de base de operaciones para que, por un lado, se tenga a la Corte Interamericana y, por el otro, el Instituto Interamericano para que se complementen una con otra, dado que por un lado tenemos quien aplique y haga respetar los diversos mandatos internacionales y por el otro que se promueva la investigación y desarrollo de dichas reglas, y se procura no dejar al desamparado un organismo internacional de tanta magnitud.

“La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

El SIDH se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta

¹⁸ Historia de la Corte IDH. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh> revisado el 12 de agosto de 2016.

¹⁹ *Ibíd.*

de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización.

El pleno respeto a los derechos humanos aparece en diversas secciones de la Carta. De conformidad con ese instrumento, "el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". La Carta establece la Comisión como un órgano principal de la OEA, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia.

La CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares de trabajo:

- el sistema de petición individual;
- el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los estados miembros, y
- la atención a líneas temáticas prioritarias.

Mediante este andamiaje, la Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el principio *pro personae* – según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano –, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades²⁰.

El año 1985 se designa como el Año Internacional de la Juventud: participación, desarrollo y paz y teniendo como fundamento la condición de menor de edad y su vulnerabilidad, se procura ajustar el marco jurídico de los países, aunque se reconoce que cada realidad es distinta, tanto a escala social, económica, cultural, como política y jurídica. Todo este movimiento genera un cambio en la percepción. Una vez establecida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, empieza a realizar actividades que conciernen a los países que forman parte de esta.

A partir del caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, el 23 de noviembre del 2003, es que nace el concepto de bloque de convencionalidad, ante la necesidad de hacer respetar las reglas internacionales que prevalecen sobre cualquier ley nacional. El juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado establece, por primera vez, ese control de convencionalidad como una obligación de observancia de los jueces locales de convenios

²⁰ Organización de los Estados Americanos. Sección Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> revisado el 10 de agosto del 2016.

y reglas que cualquier país haya ratificado. Adelanta en este caso que “para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.²¹

Además el caso *Tibi vs Ecuador* también da un acercamiento al control de convencionalidad, pues “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. Mediante el control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los estados partes en ejercicio de su soberanía.

Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción, y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado

²¹ Caso *Myrna Mack vs Guatemala*. 25 de noviembre del 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf revisado el 1 de agosto del 2016. Voto concurrente razonado, párrafo 27.

internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento²².

Existe una tendencia en el desarrollo de estos dos casos, en los votos razonados del juez Sergio García Ramírez, y que arroja luz sobre el nacimiento del concepto de convencionalidad, de una forma general da importancia a la convencionalidad y la diferencia que existe tanto a escala nacional como internacional. En el caso *Myrna Mack vs Guatemala* establece que si bien un Estado se maneja mediante distintos poderes como lo son el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, existen a la vista de la Corte como una unidad, y al momento de asumir una responsabilidad estatal internacional no separa ni distingue entre ellos, y el control de convencionalidad en este caso se refiere a que existen distintos órganos que representan al Estado, no queda exento de responsabilidad al establecer el derecho interno la división en dicha representación. Este es el primer ejemplo que se tiene de convencionalidad, en cuanto a la representación del Estado a escala internacional y que no puede separarse al momento de que se responsabilice en el plano internacional, no escapa ningún órgano como parte íntegra de un estado que asume responsabilidad.

Como segundo momento histórico de convencionalidad, se tiene el caso *Tibi vs Ecuador*, donde lo que se establece no es la responsabilidad del Estado, aunque exista una separación interna de representación estatal, sino de hacer la distinción entre constitucionalidad y convencionalidad. Manifiesta que mientras en un estado se da el control de constitucionalidad, en la Corte se da uno de convencionalidad y que dicha obligación de revisión se realiza cuando un determinado caso llega a su conocimiento. Esta diferenciación tiene una gran importancia y conforme se ha desarrollado el tema en los últimos años, se tiene entendido que existe un doble control. A escala interna se tiene la revisión constitucional como una obligación de los jueces y tribunales, y que haya que velar para que no exista una aplicación normativa contraria a la Constitución Política; ahora bien, en este caso se establece que es importante complementar el control constitucional con el control de convencionalidad. Más adelante se da una obligación de control de convencionalidad, no solamente por parte de la Corte, sino que existe una obligación de control a escala nacional donde los jueces y tribunales deben tener conocimiento tanto del bloque de convencionalidad y saber si la normativa interna se

²² Caso *Carlos Tibi vs Ecuador*. 7 de setiembre del 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf revisado el 1 de agosto del 2016. Voto concurrente razonado, párrafos 3 y 4.

encuentra en concordancia como este, dado que puede existir una revisión de constitucionalidad pero que al realizar la de convencionalidad se llegue a la conclusión de que no se encuentra adecuada a los convenios y tratados internacionales firmados por el país.

Pero es el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, en setiembre del 2006 donde nace a la luz de Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de control de convencionalidad y establece en su párrafo 124 que “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²³

En este caso se consagró que los jueces y tribunales internos de cada país tienen la obligación de aplicar tanto la normativa vigente de su ordenamiento jurídico como las disposiciones consagradas mediante la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de estos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El concepto de bloque de convencionalidad viene a dar una base importante para la creación de leyes especiales, y adecuar las ya existentes a reglas internacionales que son de acato obligatorio, por lo que su observancia no se puede pasar por alto. Para que se pueda plantear dicho concepto a la detención provisional debe, en primer orden, determinar qué se entiende por bloque de convencionalidad, desde su nacimiento hasta su importancia, para que después ese bloque sea dirigido directamente al caso concreto. El concepto de convencionalidad posee dos tipos de control de suma importancia, a saber: el primero es el que existe a escala internacional, este control que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también conocido como control propio; mientras que el segundo control es el llamado difuso, que es el control interno de cada país, es

²³ Caso *Almonacid Arellano vs Chile*. 26 de noviembre del 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf revisado el 10 de agosto de 2016. Párrafo 124.

decir, el que ejercen los tribunales nacionales. Pero hay que hacer la importante observación de que este último tipo de control, el difuso, no debe confundirse con el control de constitucionalidad de cada país, ya que su diferencia radica en el control difuso tiene como objetivo salvaguardar el bloque de convencionalidad, mientras que el control de constitucionalidad hace una observación al respeto de la Constitución Política, lo cual reduce en alguna medida el control en comparación con el difuso.

Hacer esta diferenciación acarrea comprender que en caso de encontrarse ante un escenario en que tanto el control difuso de convencionalidad como el de constitucionalidad, se hallen en una misma situación jurídica, prevalece el control difuso, siendo este control obligatorio para todos los poderes del Estado y en caso de no hacerlo se incurriría en responsabilidad por parte del Estado.

El caso *Boyce y otros vs Barbados* habla de manera importante sobre la manera en que debe entenderse la convencionalidad a escala interna, en sus párrafos 77 y 78, donde la “Corte observa que el CJCP (Comité Judicial del Consejo Privado)* llegó a la conclusión mencionada anteriormente mediante un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP (Ley de Delitos del Estado contra la Persona)* era inconstitucional. Más bien, la cuestión tendría que haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial tiene que ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁴

²⁴ Caso *Boyce y otros vs Barbados*. 20 de noviembre del 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf revisado el 10 de agosto de 2016. Párrafos 77 y 78. * Paréntesis no son del original.

En este caso se establece concretamente de qué manera se debe implementar el control de convencionalidad en el ámbito interno. Ya no basta que los jueces y los tribunales nacionales velen por el respeto al marco normativo interno y ejerzan un control de constitucionalidad, pues tienen que ejercer además un control de convencionalidad.

Estas líneas demuestran que desde el caso *Myrna Mack vs Guatemala* en el año 2003 hasta la fecha se ha dado un desarrollo importante en el concepto y aplicación de la convencionalidad, y se puntualiza que como marco histórico se procura ubicar el concepto como tal, más allá de las características que han sido creadas con la dinámica de la Corte y los marcos normativos internos. Este título aproxima y ubica el origen de los conceptos de la detención provisional y del control de convencionalidad; las características que rigen a cada figura, el tratamiento doctrinario y las diversas definiciones que se les puede dar son propias del desarrollo del segundo título de este trabajo de investigación, para poder mantener un orden adecuado en el entendimiento del presente tema.

Título II. Análisis doctrinario y conceptual de la detención provisional y de control de convencionalidad

Tenemos establecido el marco histórico que da comienzo al movimiento la detención provisional en materia de menores de edad y el concepto de convencionalidad de manera general. Este título se concentrará en determinar la conceptualización necesaria para poder crear un análisis del bloque de convencionalidad y detención provisional con la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la doctrina se han creado los verdaderos conceptos que hacen necesario el análisis jurisprudencial. Para obtener un panorama completo se debe desarrollar lo discutido tanto a escala nacional como internacional.

Capítulo I. Análisis doctrinario de la medida cautelar de detención provisional

Existen dos grandes ideas sobre la detención provisional. La primera es la teoría sobre la situación irregular del menor de edad y, la segunda, es la doctrina de la protección integral. En la primera se tenía al menor de edad y mediante la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores número 3260 del 21 de diciembre de 1963, como una persona en riesgo en caso de no estar en un escenario ideal de crecimiento humano. La situación irregular significaba que la persona menor de edad estaba en un escenario de

riesgo social, por lo cual se asumía su tutela mediante mandatos judiciales para su protección y establecía medidas cautelares para su recuperación en sociedad. ``Pero el problema no era solo que el modelo tutelar provocara impunidad, sino también arbitrariedad. Efectivamente, el modelo tutelar más bien se caracterizó por reclutar una gran cantidad de personas menores de edad, que en sentido estricto, no habían cometido ningún tipo de delito, sino que más bien se trataba de niños y adolescentes en condiciones de desventaja económica y social. En pocas palabras, menores pobres. Es decir, este modelo tutelar que se sustituyó, no solo provocaba impunidad sino también una represión indiscriminada contra niños y adolescentes que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad social. Sus presupuestos básicos de intervención lo constituyeron el abandono material o moral en el que se encontraban los niños. Desde luego que cuando estos niños eran incorporados dentro de este modelo tutelar, se desconocía por completo la aplicación de garantías judiciales sustantivas o procesales``.²⁵

La filosofía de la situación irregular no cumplía de manera adecuada el manejo de la población menor de edad, pues existe un sensación de impunidad e ineficacia de la ley. ``El objetivo principal de aprobación de esta Ley es y ha sido, garantizar a todas las personas menores de edad acusadas de infringir una norma penal, un juzgamiento que cumpla con las garantías internacionalmente reconocidas, para considerar un juicio justo, es decir, cumplir con un debido proceso judicial. De igual forma la LJPJ tiene como objetivo concomitante, eliminar o por lo menos reducir la impunidad, la cual, no es beneficiosa para la sociedad, ni mucho menos para la víctima e incluso para el autor. Por otro lado, la LJPJ tiene también como objetivo establecer un sistema de responsabilidad juvenil, independiente, especializado y diferente al juzgamiento de las personas adultas``.²⁶

La segunda es referida al modelo de la responsabilidad, producto de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las Niñas y demás instrumentos internacionales que la complementan. Dentro de esta segunda tendencia, enmarcada en la ley 7576 o Ley de Justicia Penal Juvenil, el principio que rige principalmente es el principio educativo, sobre todo en el caso de la detención provisional.

²⁵ Tiffer Sotomayor, Carlos. Justicia Penal Juvenil y Política Criminal. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 6. RDMCP-UCR. Págs. 5-6. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15826/15188> consultado el 1 de octubre del 2016.

²⁶ *Ibidem*. Págs. 7-8.

“Tampoco se encuentra una regulación característica del Derecho Penal Juvenil en lo concerniente a las causales de detención provisional, debiendo estar influida la previsión de estas por el principio de presunción de inocencia”.²⁷

Siguiendo esta línea de pensamiento en el cambio de paradigma del derecho penal juvenil en general, debe tomarse en cuenta que la posición de situación irregular generaba una ruptura con la realidad social, si bien la persona menor de edad requiere de una aplicación de justicia especializada, esto no quiere decir que no sea tutelable por el derecho. “No es posible ignorar, sin embargo, que el tema de los derechos de la infancia posee peculiaridades que lo transforman en verdaderamente singular. Si la lucha por la igualdad jurídica plena entre hombres y mujeres no admite ningún tipo de concesión, ni fáctico ni conceptual, diverso es el caso de las relaciones entre la infancia **(en el sentido de la Convención)** y las personas adultas. Una complejidad posible de sintetizar en las formulaciones del filósofo del derecho Ernesto Garzón Valdés en sus estudios acerca del paternalismo: “Mientras exista deber de protección, existirán formas más o menos legítimas de paternalismo”. Esta es, a mi juicio, la fórmula que sintetiza toda la complejidad del problema (...)”.²⁸

La detención provisional tiene un fuero de aplicación especializado, y es mediante su diversa conceptualización que llegamos a establecer el concepto que se requiere para poder hacer un análisis jurisprudencial *a posteriori*. Entender el concepto es importante y para ello se utilizan conceptos de autores nacionales y de autores internacionales y de esta forma generar una comparación y determinar si en nuestro país hay alguna diferencia con respecto al entendimiento internacional.

En primer término, abordaremos la conceptualización doctrinaria en el medio nacional, haciendo observaciones que aclaren y establezcan la definición de detención provisional. Vale destacar que al ser un trabajo de investigación en materia penal juvenil el origen de dicha figura ha sido ampliamente desarrollado en el primer título del presente trabajo.

Después de analizar el concepto de detención provisional y explicar la necesidad de comprender en el plano nacional e internacional la definición de ella para hacer un análisis comparativo en conjunto con el jurisprudencial, materia que en los siguientes títulos se intentará dividir entre el tratamiento jurisprudencial nacional y el internacional.

²⁷ Llobet Rodríguez, Javier. Tiffer Sotomayor, Carlos. Dunkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. 2014. Editorial Jurídica Intercontinental. Pág. 294.

²⁸ García Méndez, Emilio. La privación de libertad como forma de “protección” de la infancia: un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad. En Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de derecho en el siglo XXI. Homenaje a Elías Carranza. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. EDIAR. 2015. Pág. 67. La negrita no es del original.

Primariamente hay que establecer el concepto de detención provisional tal y como lo establece la ley 7576, es decir, la Ley de Justicia Penal Juvenil, en su artículo 58 "Detención provisional".

El juez penal juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias:

- a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia.
- b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba.
- c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo.

La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados²⁹.

Una vez establecido el concepto que se maneja en la legislación nacional, deja entrever una serie de características propias de la detención provisional, y cuenta con diferencias de aplicación importante en comparación con la figura de prisión preventiva del derecho penal de personas adultas. Algunos autores nacionales hacen una conceptualización de detención provisional acorde con el artículo antes mencionado, y de esta manera vamos a comparar lo dicho por la doctrina con los artículos propios de la figura en análisis.

La detención provisional es una medida cautelar en un proceso penal juvenil. Es importante definir el concepto de medida cautelar "...como el medio jurídico instrumental de que dispone el Estado y que ejerce mediante organismos jurisdiccionales especializados de menores, en función del significado tutelar de la justicia, que coactivamente se dirige a favorecer la integración armónica de la personalidad en un ser en desarrollo, proporcionándole un significado valorativo de la vida humana que le permita superar o compensar aquellas carencias precedentes que frustraron una idónea forja de su personalidad, con el fin de que aflore de su misma realidad existencial ese ideal siempre latente que pueda hacer posible su progresiva readaptación a las "mores" sociales que devienen de su propia ley".³⁰

Como deja entrever esta definición permite que la aplicación de la detención provisional sea en detrimento de la justicia, pues es de índole tanto privativas como no privativas de libertad. Se observa como una tutela para salvaguardar el interés superior de la persona

²⁹ Ley 7576. Ley de Justicia Penal Juvenil. Febrero de 1996.

³⁰ Mendizábal Oses, Luis. Derecho de Menores: Teoría general. Ediciones Pirámide. Madrid.1977.

menor de edad. Las medidas cautelares permiten llevar el proceso de manera que no exista ningún vicio ni ningún tipo de obstrucción en la consecución de la verdad real de los hechos. En este caso, la investigación se enfoca en la detención provisional, esta es la medida cautelar más gravosa que se le puede imponer a una persona menor de edad, y como deja ver lo establecido en la Ley de Justicia Penal Juvenil.

“Asimismo, su imposición debe ser ordenada por la autoridad jurisdiccional competente, en razón del territorio y la materia, en cumplimiento con el principio de juez natural y del debido proceso al que tiene derecho la persona menor de edad acusada. Y que dicha medida cautelar deberá imponerse sólo para cumplir fines procesales, es decir, la realización del juicio, la búsqueda de la verdad real y el cumplimiento de la ley. Para lo cual destaca los peligros procesales que ha dispuesto la legislación como obstáculos para la realización de los fines antes mencionados. Es importante señalar que para la legislación procesal de adultos, estos se hallan dispuestos en el artículo 239 del Código Procesal Penal y son: peligro de fuga, peligro de obstaculización y de reiteración delictiva. Mientras que la Ley de Justicia Penal Juvenil, en el artículo 58 contempló: el riesgo de evasión, el peligro de destrucción u obstaculización de la prueba y el peligro para la víctima, denunciante o testigo”.³¹

Una característica importante en la detención provisional es que no se impone por la causa de reiteración delictiva, pues es propia de la prisión preventiva en derecho penal de personas adultas. Esto en el sentido normativo, ya que se ha declarado ampliamente que la reiteración delictiva es un peligro procesal que justifica en la práctica judicial la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva. Sin embargo, la reiteración delictiva se aplica como justificación dentro de un proceso penal juvenil y en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que esto no va en contra de los principios que rigen la justicia penal juvenil. Como bien se menciona en la cita anterior, la imposición de las medidas cautelares debe ser ordenada por la autoridad judicial competente. Esta causal de imposición de detención provisional encuentra su justificación en la interpretación de la Sala Constitucional donde aplica supletoriamente el Código Procesal Penal.

La detención provisional entendida en el medio nacional suele explicarse mediante los conceptos de prisión preventiva, con las salvedades propias de la detención provisional,

³¹ Batista Arias, Verónica. La detención provisional y sus alternativas a la luz de la justicia penal costarricense. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Formato digital. Pág. 172. 2008.

como por ejemplo sus causas de imposición y sus plazos. “Al igual que lo que ocurre con el resto del derecho penal juvenil, el principio educativo es el que le imprime el carácter particular a la detención provisional, que lleva a que se diferencie de la prisión preventiva del derecho procesal penal de adultos. Debido a los efectos negativos que tiene la detención provisional desde la perspectiva del principio educativo, se establece que debe ser evitada al máximo, y se debe tener como un último recurso, y ello aún más que en el derecho de adultos. Por las mismas razones, cuando es inevitable ordenar la detención provisional, esta debe durar el plazo más breve posible”.³²

Lo más importante que debe entenderse en la detención provisional para que en la doctrina se haya diferenciado con la prisión preventiva, es que las personas menores de edad han sido introducidos en la comisión de delitos producto de factores sociales y para poder mantener un control que antes no se consideraba necesario, creando leyes que no cumplían con el marco legal propio de la protección de sus derechos y con ello un avance en la realidad que las sociedades modernas necesitaban, tanto para protección de derechos como para el adecuado manejo de un proceso penal juvenil. No basta con el control de situaciones irregulares, además hay que generar medidas que puedan mantener las condiciones ideales en el plano procesal y en el plano social de la persona menor de edad. “A ello se le suma que la detención provisional debe tener en el derecho penal juvenil plazos muy cortos, lo que se enfatiza en la afirmación de que cuando se dispone debe durar el menor tiempo posible. Es importante tener en cuenta que se enfatiza en el derecho penal juvenil que la sanción de internamiento debe tener un carácter absolutamente excepcional, debido a su carácter criminógeno. Esas son razones también por las que la detención provisional deber tener también ese carácter excepcionalísimo, resultando que el principio de proporcionalidad exige que cuando no se posible que se llegue a disponer en sentencia la sanción de internamiento, tampoco debe ser posible la detención provisional”.³³

En cuanto a la conceptualización de la detención provisional, en la doctrina hay que tomar en cuenta diversos autores para comprender de mejor el concepto como tal, ya que lo que se ha desarrollado hasta el momento han sido sus características y aplicación.

“La prisión preventiva es aquella privación de libertad temporal ordenada por el juez penal juvenil, contra el menor de edad, antes de la existencia de sentencia firme, basada

³² Llobet Rodríguez, Javier. Tiffer Sotomayor, Carlos. Dunkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. 2014. Editorial Jurídica Intercontinental. Pág. 287.

³³ Ídem.

en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad”.³⁴ En esta definición vale mencionar que en la doctrina en ocasiones el término *prisión preventiva* se utiliza indistintamente con el de detención provisional. Este trabajo de investigación intenta mantener el concepto de detención provisional como exclusivo del derecho penal juvenil, para que no llegue a confundirse con la prisión preventiva del derecho penal de adultos.

“La prisión preventiva es aquella privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad. *De lege data* en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro de reiteración delictiva”.³⁵

Como se ha dicho en líneas anteriores, existe una separación de la doctrina en cuanto a la imposición de la detención provisional como medida cautelar por reiteración delictiva. Justifican su uso mediante la supletoriedad del Código Procesal Penal. Sin embargo, se debe tener especial cuidado en el entendimiento de aplicación debido a que genera controversia en algún sector doctrinario por considerarla de mera conjetura y posibilidades; mientras que otro la defienden por ser un medio de protección social y de evitar otra posible comisión delictiva de la persona menor de edad. Y “dado que ese requisito en la doctrina ha causado mucha discusión, en especial, porque se afirma que presenta el inconveniente de ser contrario a los principios de *nen bis in ídem* y de inocencia, nuestro país, aún mantiene dicha causal, pero presenta el inconveniente de que en la práctica algunos operadores jurídicos se conforman con revisar los antecedentes penales anteriores del imputado o las “pasadas” que el justiciable presenta para determinar dicho peligro casi de forma automática, lo que no es correcto, ya que representa ese actuar sin duda una infracción al principio de inocencia”.³⁶

Otra definición de detención provisional es que “es una medida cautelar consistente en la privación de libertad del imputado, por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de precisión, que tiene como función asegurar la efectividad de la

³⁴ Amador Badilla, Gary. La detención provisional en la ley de justicia penal juvenil. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. 2006. Pág. 223.

³⁵ Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva (límites constitucionales). San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A. 1997. Pág. 35.

³⁶ Harblottle Quirós, Frank y Rivas Quesada, Lucrecia. Las medidas cautelares en el derecho penal costarricense. Revista Judicial, Costa Rica, N. 118, enero. 2016. Pág. 136.

ejecución y, también, la presencia del imputado durante el proceso³⁷. En ella es importante establecer que la detención provisional no puede ser por un plazo indeterminado, ya que ello va en contra de los principios y garantías procesales.

La detención provisional también puede definirse como “la privación de la libertad del imputado, por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de precisión, que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y, también, la presencia del imputado durante el proceso”.³⁸

Sin embargo la definición que mejor logra englobar en todas sus acepciones y características es aquella “limitación, de carácter temporal, excepcional, necesaria y proporcional de la libertad personal del niño o niña acusado o acusada en un proceso penal juvenil de cometer un acto delictivo (*cuya sanción directa implique internamiento directo*), previa solicitud del ente acusador y del debido ejercicio de derecho de defensa, ordenada, de forma motivada, por medio de una resolución judicial emitida por parte de un órgano jurisdiccional competente y especializado, antes de la existencia de una sentencia condenatoria firme (indiciado o indiciada), en el momento que existe una acusación debidamente formulada y siempre que concurra, necesaria e indispensablemente, tanto el requisito constitucional de presunción razonable de culpabilidad (indicio comprobado) como al menos, uno de los presupuestos materiales previamente establecidos por la ley, sea, peligro razonable que el menor de edad evada la acción justicia, peligro de destrucción u obstaculización de la prueba o peligro para la víctima, denunciante o testigo y que tendrá, como única finalidad, asegurar el normal desarrollo y las resultas del proceso, nunca servir como de una pena anticipada”.³⁹

La detención provisional responde a la medida cautelar más grave que se le puede imponer a una persona menor de edad y es claro por qué el manejo adecuado de esta figura debe iniciar en la doctrina mediante conceptos que enriquezcan y contribuyan a que la detención se vea como último recurso, situación que debe analizarse si en la práctica jurisprudencial es así. Una vez claro el concepto de detención provisional, acercándonos a materia especializada entendida en la doctrina nacional como en la internacional, es

³⁷ Ortells Ramos, Manuel. Derecho Jurisdiccional III, proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1997. Págs. 456-457.

³⁸ Cámara Ruiz, Juan. Derecho Procesal. Editorial punto y coma. Valencia, España. 2003. Pág. 391.

³⁹ Carmona Pérez, Adán. Control difuso de convencionalidad: una invitación para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil. Trabajo realizado para la maestría en derecho penal de la Universidad de Costa Rica. Pág. 13.

necesario para esta investigación la convencionalidad, concepto que permite establecer si Costa Rica llega a respetar un marco normativo local o también lo hace a la óptica de los controles interamericanos en cuanto a la detención provisional en un proceso penal juvenil.

Capítulo II. Análisis del término de control de convencionalidad: conceptualización

Es importante tomar en cuenta que el concepto de convencionalidad nace mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que por medio del desarrollo del concepto por esta vía también se ha dado a escala doctrinaria un importante movimiento para comprender y enriquecer dicha conceptualización. La convencionalidad como tal tiene múltiples entendimientos, empero, se debe adecuar lo entendido como convencionalidad a un bloque que comprenda el derecho procesal juvenil y más específicamente, la detención provisional.

Al establecer el concepto de convencionalidad, se entiende que es fundamental mantener una línea de pensamiento, tanto en el plano local como internacional, para hacer una comparación de las características que emanan del estudio de esta figura. Esto es necesario y esencial para poder determinar si el tratamiento jurisprudencial nacional hace valer los diversos procedimientos de protección especializada y cumple con lo establecido; además, el poder comparar la situación con respecto al control de convencionalidad de nuestro país con el que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, demuestra que guardan muchas similitudes, pero siempre hay que considerar las realidades sociales de cada país.

Ante todo se hace la acotación de que el concepto de convencionalidad como tal ha visto su nacimiento desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se tiene como primer momento de su utilización en el caso Myrna Mack vs Guatemala, mediante el voto razonado del juez Sergio García Ramírez. “Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología”.⁴⁰

⁴⁰ Hitters, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Visto en Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, No 2, 2009. Págs. 110-111.

El acercamiento entre los controles de constitucionalidad, ejercido exclusivamente por jueces y juezas nacionales guarda una relación con el control de convencionalidad, dado que “la inspección de ‘compatibilidad’ con la convención se efectúe sobre todo el material normativo del país. Ha establecido ese cuerpo que los pronunciamientos locales tienen que ser acatados y sólo en circunstancias excepcionales puede la Corte IDH ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, habida cuenta que ella [sic.] no lleva a cabo una tercera o cuarta instancia. En ese aspecto ha sostenido que los jueces y juezas de instancia y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José los órganos jurisdiccionales como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin”.⁴¹

Este movimiento jurisprudencial ha generado en otros casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos diversos puntos de aplicación de convencionalidad. No se trata únicamente de establecer el concepto como tal, sino que haya dinamismo en los diversos campos de aplicación normativa. En nuestro caso particular, puede decirse que el control de convencionalidad ha servido para encuadrar los términos de aplicación de la detención provisional, y un uso que la convencionalidad puede dar es en los plazos de la detención provisional y las condiciones de su aplicación. La convencionalidad no debe verse como un concepto en un sentido abstracto o una simple indicación simbólica de acato para los jueces y juezas nacionales, pues tiene que significarle un cambio en la manera de analizar las normas y el marco normativo que debe tomar en cuenta, el objetivo “cuando el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando frente a normas nacionales que tienen que aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, les dan prevalencia a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias. Este control ocurre, igualmente cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana. Dicho control de convencionalidad, además, particularmente en países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de la constitucionalidad, los órganos jurisdiccionales pueden, según sus respectivas competencias, no sólo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana”.⁴²

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 124.

⁴² Brewer-Carías, Allan R. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de

“En principio -y en términos muy generales- el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no corre solo a cargo de las autoridades jurisdiccionales (...) sino puede y debe ser cumplido igualmente por cualquier persona, y ciertamente por cualesquiera autoridades llamadas a promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos”.⁴³

Más allá del estudio del control de convencionalidad, visto tanto como un control que aplica o deber ser aplicable por quienes se encargan de impartir justicia, tanto en el plano internacional, cuando se recurre a esta instancia, como cuando se da la observancia en el medio local. La convencionalidad como tal nace producto de diversas situaciones jurídicas que las leyes de un país no logran satisfacer conforme a derechos y principios fundamentales. Costa Rica es un país que procura ser garante de los derechos humanos, desde cualquier óptica, tanto en la interpretación adecuada de la norma como de una puesta en práctica.

En el caso de la detención provisional no puede decirse que el concepto de control de convencionalidad, tanto concentrado como difuso y la definición de esta de forma general sirva para definir la convencionalidad de la figura antes mencionada. Es por medio de la jurisprudencia local e internacional cuando podemos determinar si la detención provisional en un proceso penal juvenil mantiene el respeto por las reglas y convenciones que nuestro país ratifica.

El bloque de convencionalidad como tal, si bien se ha hecho un cuadro holístico en este capítulo, no alcanza para determinar que si se respetan los derechos de las personas menores de edad, ya que como todo no basta la teoría y afirmar ciegamente que porque nuestro país trata de ser defensor de derechos humanos es en cuanto a la detención provisional un ejemplo de interpretación. Sin adelantar criterio con respecto a ello, la respuesta objetiva ante el cuestionamiento que genera este trabajo de investigación es revisar la práctica y la interpretación de esta medida cautelar. Hacer una comparación entre la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus diversas manifestaciones del tema y lo emanado de los diversos tribunales nacionales. En capítulo

los derechos humanos. Texto preparado para la exposición del evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación. San José, Costa Rica, 27-28 de setiembre del 2012. Disponible en <http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201.%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCIÓN%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc>).pdf revisado el 1 de octubre del 2016. Pág. 5.

⁴³ García Ramírez, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf> revisado el 2 de octubre del 2016. Pág. 213.

posterior se dará un profundo análisis de las diversas interpretaciones que se le han hecho a la Ley de Justicia Penal Juvenil a escala jurisprudencial.

Con respecto a la obligación de Costa Rica “(...) cuando un estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁴⁴

Nuestro país cuenta con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se encarga de velar por el adecuado cumplimiento de la Carta Magna, y esto significa que ella ha tenido una participación importante en la redacción de estas líneas, ya que mediante los diversos pronunciamientos de esta Sala se ha modificado la forma de interpretación de la norma en marras. No es únicamente como suele pensarse que los únicos tribunales nacionales que dan interpretación a las normas penales son precisamente los encargados y especializados en esta rama del derecho. Los diversos tribunales penales si bien son una instancia importante de interpretación normativa, esto no excluye a la Sala Constitucional.

“Hasta aquí pareciera que, vistos llanamente los pronunciamientos de la Corte sobre el control de convencionalidad difuso, todos los jueces y tribunales internos, de cada país, se encuentran legitimados para llevarlo a cabo, pero esto no es un tema en nada pacífico, pues hay parte de la doctrina que considera, con argumentos respetables, que este control puede ser llevado solamente por los jueces ordinarios, cuando tiene un sistema jurídico que dispone un control de constitucionalidad difuso y no concentrado, en virtud de que, en este último caso, no se contaría con la competencia necesaria para llevar a cabo este control por parte de los tribunales comunes, por lo cual, quien sería el único competente en la legislación interna para ejercer el control concentrado de

⁴⁴ Caso Gelman vs Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero del 2011. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf consultado el 2 de octubre del 2016. Párrafo 193.

convencionalidad sería el órgano jurisdiccional designado por la ley para ejercer el control concentrado de convencionalidad⁴⁵.

Se puede establecer entonces que la doctrina no decide si el control de convencionalidad puede ser ejercido por cualquier autoridad judicial, o en el caso contrario solamente puede ejercer dicho control el órgano jurisdiccional competente. En nuestro país recaería en la Sala Constitucional, empero, otra parte de la doctrina defiende la posición de un revisión de convencionalidad generalizada, es decir, que cualquier juez o jueza tiene la potestad de un revisar el control de convencionalidad. Por ello y como posición contrapuesta a un único control de convencionalidad interno puede decirse que “cuando afirmamos que todos los jueces nacionales tienen competencia para ejercer el control de convencionalidad, es para ejercerlo, de manera que aún en los países que tienen un sistema concentrado de control de constitucionalidad, y a pesar del control concentrado de constitucionalidad existente, todos los jueces y juezas y tribunales deben aplicar la Convención Americana y por ello están llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad, lo que implica que en caso de incompatibilidad o conflicto entre una norma interna que tengan que aplicar para resolver un caso concreto y normas de la Convención Americana, deben dar preferencia a estas y desaplicar las normas de derecho interno contrarias a la Convención⁴⁶”.

Es importante que al momento de tomar en cuenta las precisiones que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la revisión interna de convencionalidad, donde es clara al manifestar que lo puede ejercer cualquier autoridad jurisdiccional, ello debe ser dentro del marco de sus competencias y acorde con las regulaciones procesales pertinentes.

Existe una tendencia a permitir un control de convencionalidad siempre y cuando no afecte al control de constitucionalidad y la revisión de esta, en ocasiones revestida en un único órgano, en nuestro caso esa sería la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Producto de este movimiento iniciado en las sentencias de la Corte

⁴⁵ Carmona Pérez, Adán. Control difuso de convencionalidad: una invitación para soslayar el tratamiento inconveniente de la detención provisional en penal juvenil. Trabajo realizado para la maestría en derecho penal de la Universidad de Costa Rica. Pág. 7.

⁴⁶ Brewer-Carías, Allan R. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. Texto preparado para la exposición del evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sobre El control de convencionalidad y su aplicación. San José, Costa Rica, 27-28 de setiembre del 2012. Disponible en <http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.%201.%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCIÓN%20DEL%20AMPARO.%2018%20sept.%202012.doc>).pdf revisado el 1 de octubre del 2016. Págs.16-17.

Interamericana de Derechos Humanos se dio “en el Derecho Procesal Constitucional se da un salto parcial, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los tribunales y salas, so pena de hacer incurrir al estado respectivo en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente de convencionalidad, obviamente, todo dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas”.⁴⁷

Dentro de la discusión que genera el control interno de convencionalidad y las diversas posiciones dentro de la doctrina, lo cierto es que mediante las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha logrado un cambio significativo en la manera en que se da el control constitucional y convencional. Esto permite en tesis de principio crear sistemas de justicia que promuevan una observancia técnica más refinada, tanto si se quiere ver, como por ejemplo en nuestro país, si ese control es exclusivo de la Sala Constitucional o bien propio de cualquier órgano jurisdiccional. Ha quedado claro que la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la segunda, una observancia obligatoria siempre y cuando se encuentre dentro de las competencias y potestades de quien ejecuta dicha revisión.

Se debe tomar en cuenta que para establecer el bloque de convencionalidad no basta únicamente con el establecimiento de control concentrado o difuso de control de convencionalidad además de afirmar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de conocimiento y acato obligatorio. Existe un marco jurídico importante que desde hace varios años se ha desarrollado en aras de proteger los derechos de los menores de edad. La idea es poder determinar las reglas y convenciones que inciden directamente en el establecimiento de las condiciones de aplicación de la detención provisional.

Para entender el marco sobre el que debe trabajarse y explicar la figura de la detención provisional es por medio de “lo que se conoce como *“Corpus juris”* de los derechos humanos de las niñas, los niños y las personas adolescentes, que no es más que el conjunto de normas vinculadas a la protección de los derechos de la niñez, y forman parte de él, tanto la Convención Americana sobre los Derechos Humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales como: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”) las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No

⁴⁷ Jinesta Lobo, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales, en El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales. En memoria del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, Funda, Querétaro, México 2012. Pág. 278

Privativas de la Libertad (“Reglas de Tokio”), las Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad (“Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”), a los que debe agregarse, todos los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general y que son parte del sistema de protección”.⁴⁸

Un trabajo especial sobre justicia juvenil y derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos⁴⁹ retrata de manera concisa las reglas y diversas manifestaciones que se han generado para que los estados apliquen y protejan al mismo tiempo a los menores de edad que son parte en un proceso penal juvenil, en especial al momento de aplicarles la medida cautelar de detención provisional; estas líneas que a continuación se plasman son extractos de dicho trabajo para concluir con el tema de detención provisional desde el punto de vista conceptual.

La detención provisional la rigen principios que todo estado debe tomar en cuenta al momento de aplicarla. Hay que tomar en cuenta que “toda medida cautelar privativa de la libertad que se aplique a un niño acusado de infringir leyes penales debe cumplir con el principio de excepcionalidad, es decir, debe ser aplicada cuando el niño represente un peligro inmediato y real para los demás; como último recurso cuando no exista otra opción; adicionalmente, debe ser aplicada durante el plazo más breve posible y sometida a una revisión periódica; y finalmente, tiene que garantizar a los niños privados de libertad todos sus derechos y protecciones acordes con su edad, sexo y características individuales, y en particular deberá garantizarse su derecho a estar separados de los adultos así como también de los niños que hayan recibido una condena”.⁵⁰

Sobre el principio de excepcionalidad de la detención provisional se tiene en primer lugar el artículo 37, puntos c y d de la Convención de los Derechos del Niño⁵¹: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el 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

⁴⁸ Carmona Pérez, Adán. Control difuso de convencionalidad: una invitación para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil. Trabajo realizado para la maestría en derecho penal de la Universidad de Costa Rica. Págs. 10-11.

⁴⁹ Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la niñez. 13 de julio del 2011. Disponible en http://www.unicef.org/honduras/Justicia_juvenil_DDHH_Americas.pdf revisado el 2 de octubre del 2016.

⁵⁰ *Ibídem*. Párrafo 276.

⁵¹ Convención de los Derechos del Niño. Tratado Internacional de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.

derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

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

Además se suma al bloque de convencionalidad la disposición 13 de las Reglas de Beijing que dice: “13.2 Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”.⁵²

Las Reglas de Tokio en su regla 6 establece la prisión preventiva como último recurso:

“6.1 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.

6.2 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 será aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.

6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva”.⁵³

Por último la regla 17 de las Reglas de la Habana “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. (...) Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables”.⁵⁴

Como segundo principio de la detención provisional es la duración de la prisión preventiva y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José) el artículo 7 en su punto 5 establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

⁵² Reglas Mínimas de las Naciones Unidas. 29 de noviembre de 1985.

⁵³ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. 14 de diciembre de 1990.

⁵⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 14 de diciembre de 1990.

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio’’.⁵⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 37, punto b continúa con la duración de la detención provisional: ‘‘Ningún niño será 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’’.⁵⁶

Las Reglas de Beijing en su regla 13 en su punto 1 establece que solamente ‘‘se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible’’.⁵⁷

Como punto importante dentro del trabajo de investigación realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declara que Costa Rica tiene un plazo de detención provisional de que nunca se extiende más de un año. Dentro del desarrollo titular de este trabajo de investigación se darán a conocer las manifestaciones jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales con respecto al plazo y demás características que envuelven a la detención provisional.

La Reglas de la Habana establecen que cuando ‘‘se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible’’.⁵⁸

La tercera característica se refiere a la revisión periódica de prisión preventiva y en el artículo titulado Derecho a la Libertad Personal en su punto 5 se define como ‘‘Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio’’.⁵⁹

Hay que entender que la revisión periódica se establece para que todo menor de edad ‘‘detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de esta. El Comité también recomienda que los estados

⁵⁵ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁵⁶ Convención de los Derechos del Niño. Tratado Internacional de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.

⁵⁷ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas. 29 de noviembre de 1985.

⁵⁸ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 14 de diciembre de 1990.

⁵⁹ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.

partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los estados partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación⁶⁰.

Como última característica se toma en cuenta los derechos de las niñas, los niños y adolescente sometidos a detención preventiva, según las reglas de Beijing⁶¹ 13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4 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.

13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales⁶¹.

Mediante la jurisprudencia nacional e internacional todas las características que se relacionan con el concepto de detención provisional tanto en la doctrina como el concepto formado por medio del bloque de convencionalidad, es decir, el desarrollo de este título en su totalidad, nos permite con el conocimiento adquirido poder determinar si las reglas y demás lineamientos generales que deben respetarse para la aplicación de esta medida cautelar en un proceso penal juvenil.

Para que el objetivo de este trabajo de investigación, el cual es determinar el tratamiento normativo y jurisprudencial de la detención provisional de cara al bloque de convencionalidad, se tiene que generar un cuadro general del tratamiento donde se pueda establecer la realidad local y, al mismo tiempo, la internacional. Después de que mediante el cuadro normativo y jurisprudencial donde se establezca la realidad de la

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.

⁶¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas. 29 de noviembre de 1985.

detención provisional, hay que realizar un análisis del tratamiento jurisprudencial de dichas realidades, y comparar si la aplicación responde a los parámetros mínimos obligatorios de la figura de la medida cautelar de detención provisional.

Se hace primordial entonces entender la realidad en el uso de la detención provisional para que, de esta forma, se llegue a la conclusión de si Costa Rica aplica tanto en la normativa como en la jurisprudencia adecuadamente los lineamientos obligatorios establecidos para la detención provisional.

Título III. Aplicación de la medida cautelar de detención provisional tanto en la normativa como en la jurisprudencia nacional

Al determinar el origen y el concepto actual de los dos puntos más importantes de este trabajo, que son el de detención provisional y el de convencionalidad se debe establecer la realidad normativa y jurisprudencial para comprender el concepto en su uso, hacer un análisis de si Costa Rica cumple con los parámetros obligatorios mínimos en la aplicación de la detención provisional. Para ello se crea un cuadro nacional de la detención provisional, mediante las reglas normativas que se aplican y verlas siendo utilizadas en la jurisprudencia, para lograr obtener la realidad local. Por otra parte se requiere tener un cuadro con el cual se pueda comparar esta realidad, pues es el mejor exponente de ello el bloque de convencionalidad y la jurisprudencia derivada.

No puede hablarse de la convencionalidad como un concepto opcional al momento de emitir justicia, pues como se vio en el título anterior existe una obligación en conocer las reglas obligatorias mínimas y aplicarlas en caso de que la normativa local vaya en contra o sea más gravosa para el menor de edad detenido provisionalmente. A continuación vamos a desarrollar la realidad país en cuanto a la detención provisional.

Capítulo I. Aplicación normativa y jurisprudencial de la detención provisional a escala nacional

Para entender el uso de la detención provisional en nuestro país, hay que definir el cuadro normativo bajo en cual se hace uso y este mismo se debe ver utilizado en la jurisprudencia nacional. Esto es importante, ya que se toma en cuenta la realidad de Costa Rica como punto de partida para lograr hacer un posterior análisis sobre si se

cumplen o no con los parámetros internacionales mínimos en el uso de la detención provisional.

Como punto de partida se define que en “la detención resulta afectado el aspecto positivo de la libertad personal, al impedir a una persona determinada su posición en el espacio; en la conducción se afecta el aspecto negativo de la misma libertad, ya que se obliga a esa persona a dirigirse a cierto lugar, aun en contra de su voluntad”.⁶²

Esta definición no establece la conceptualización general de la detención provisional, es un acercamiento a concepto genérico de detención. Ahora bien, el concepto de detención provisional se ha establecido previamente por parte de diversos autores, lo que aquí interesa es aproximarse desde un punto de vista conceptual al marco normativo que reviste a esta figura. “La detención de los menores de edad reviste especialidad, pues para su adopción deberán observarse, además de las reglas generales (...), normas especiales contenidas en la normativa internacional y nacional que orientan la manera de cómo ha de practicarse dicha medida. De tal forma, debe tomarse siempre en cuenta, que la persona que se detiene es un menor de edad, y que prevalecerá ante todo su interés superior”.⁶³

Esta conceptualización arroja luz sobre conceptos fundamentales que envuelven a la detención provisional. Para ello podemos iniciar estableciendo como regla general el artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica que textualmente establece “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratase de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas”.⁶⁴ Para el interés del presente trabajo de investigación se hace uso del inicio del presente artículo. En cuanto al indicio comprobado lo define la jurisprudencia “como la existencia real de una información objetiva, capaz de producir un conocimiento probable de una imputación delictiva”.⁶⁵

El menor de edad no puede ser detenido si no se logra determinar de manera objetiva y si no se ha corroborado, mediante una investigación mínima que logre verificar dicho indicio de la comisión de un delito, su probable autoría y participación. Por lo que se requiere que para detener a un menor de edad no se trata simplemente de un concepto llano que se

⁶² Salido Valle, Carlos. La detención en la Ley de Responsabilidad penal de los menores. Anuario de Justicia de Menores, No.1. Editorial Astigi. Sevilla, España. 2001. Pág. 44.

⁶³ Amador Badilla, Gary. Op. cit. Pág. 150.

⁶⁴ Constitución Política de Costa Rica. 1949.

⁶⁵ Voto 7371 de la Sala Constitucional de las 10:12 horas del 24 de setiembre de 1999.

pueda encontrar encerrado en una sola regla general, debe hacerse obligatoriamente un análisis de las diversas aristas para comprender y darles explicación a los diversos porqués de la detención provisional. Si bien se ha dado hasta el momento una pincelada general del concepto de detención en primer término y de la observación especial cuando se trata de un menor de edad. Vale destacar que no existe una libertad o una detención a medias, son conceptos contrapuestos. No puede hablarse de que la detención provisional es una libertad a medias, o la mitad de camino entre la detención y la libertad.

Se debe entender que una restricción de libertad, aunque sea lo más breve posible, es detención. Esto es vital porque ello permite una observancia permanente de la constitucionalidad de restricción de libertad, aunque muchas veces se intente cambiar su nomenclatura con conceptos como retención, intervención personal, identificación de menor de edad, etc. “De no seguir los requisitos legales para practicar la detención, estaremos en presencia de una detención ilegal, que puede dar lugar a una indemnización civil por parte del Estado a favor del perjudicado, existiendo la responsabilidad solidaria del funcionario responsable. Asimismo, podrá exigirse responsabilidad penal por el delito de “detención ilegal”, a quien prive ilegítimamente de la libertad al menor de edad. Finalmente, ante esta privación de libertad ilegítima el menor podrá recurrir ante la Sala Constitucional mediante el recurso de *hábeas corpus*”.⁶⁶

Se habla de requisitos legales cuando se establecen los lineamientos generales para aplicar dentro del marco normativo costarricense a la detención provisional. Aparte de la regla generalísima contenida en la Constitución Política vista previamente, los artículos contenidos en la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley 7576, desde el numeral 58 al 60, los cuales establecen como marco normativo especializado⁶⁷. Dichos artículos hablan de

⁶⁶ Amador Badilla, Gary. Op. cit. Pág. 152.

⁶⁷ Ley de Justicia Penal Juvenil. Ley 7576. Textualmente dichos artículos rezan lo siguiente: ARTÍCULO 58.- Detención provisional El juez penal juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias: a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia. b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba. c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo.

La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados.

ARTÍCULO 59.- Carácter excepcional de la detención provisional La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince, y solo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

La detención provisional no podrá exceder de tres meses. Cuando el juez estime que debe prorrogarse lo acordará así estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan. En ningún caso, el nuevo término será mayor de tres meses.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil y la Sala de Casación, excepcionalmente y mediante resolución fundada, podrán autorizar una prórroga de la detención provisional superior a los plazos anteriores y hasta por tres meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

peligros procesales, excepcionalidad y celeridad en los procesos donde exista un menor de edad detenido respectivamente. Podría pensarse que el marco especial normativo de la detención provisional es escueto en la realidad nacional. Empero, dista mucho de ser insuficiente. Dentro de estas líneas hemos establecido una realidad que va más allá de tres artículos amalgamados dentro de la ley especializada y dirigida a los menores de edad. Toda acción que involucre a un niño menor de edad y más cuando se trata de la restricción de su libertad tiene lo que se define como *Corpus Juris* como principal manera de protección, tanto en materia de medidas cautelares, en este caso particular en materia de detención provisional, como en materia penal y procesal penal juvenil en general.

Pero la detención provisional mantiene su cuadro normativo también de manera supletoria reglas generales contenidas afuera de la ley de justicia penal juvenil, en los casos donde esta tenga una laguna normativa o bien cuando en la práctica se da una interpretación que se justifica mediante la supletoriedad en alguna norma encuadrada en otro cuerpo normativo. Complementariamente a lo dicho por la Ley de Justicia Penal Juvenil se establece en el artículo 258 de nuestro Código Procesal Penal y con respecto a la prórroga del plazo de la prisión preventiva, lo siguiente: ‘‘A pedido del Ministerio Público, el plazo previsto en el artículo anterior podrá ser prorrogado por el Tribunal de Casación Penal, hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga. En este caso, el Tribunal deberá indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento.

Si se dicta sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, el plazo de prisión preventiva podrá ser prorrogado mediante resolución fundada, por seis meses más. Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados en el artículo anterior y en el párrafo primero de esta norma.

Vencidos esos plazos, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición.

(Así reformado por el artículo 3° de la ley N° 9021 del 3 de enero de 2012)

ARTÍCULO 60.- Máxima prioridad A fin de que la detención provisional sea lo más breve posible, los tribunales penales juveniles y los órganos de investigación deberán considerar de máxima prioridad la tramitación efectiva de los casos en que se recurra a detener provisionalmente a un menor.

La Sala Tercera o el Tribunal de Casación, excepcionalmente y de oficio, podrán autorizar una prórroga de la prisión preventiva superior a los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio''.⁶⁸

Más allá de los principios y el respaldo internacional que tiene dicha figura para salvaguardar los derechos fundamentales de los menores de edad, se hace hincapié en el tratamiento de la jurisprudencia nacional, ya sea mediante la Sala Constitucional o el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil. Además, establece el Código Procesal Penal la prórroga de la detención y las condiciones bajo las cuales se puede hacer, también la aclaración que vencido el plazo de dicha prórroga no puede seguirse renovando dado que violenta el debido proceso y los derechos fundamentales de los y las menores de edad detenidos.

Y es este último el que nos permite hacer una apertura al tema de nuestra investigación donde establece que no es una decisión antojadiza el prolongar el plazo de detención provisional y es mediante una resolución que ''contiene una motivación clara y detallada en cuanto a las razones con fundamento en las cuales no se acoge la solicitud prorroga de detención provisional, se puede derivar que no existe la realización de un acto pendiente, como destaca el *a quo*, al no encontrarse señalado para juicio en ocasión a la prueba por evacuar, en este sentido se comparte el criterio del juzgador, pues no podría sujetar la prórroga de detención provisional de un menor a un eventual debate que se encuentra sujeto a prueba por evacuar, lo que lleva a pensar que la prórroga de detención está sujeta a un acto incierto, lo que afecta de forma flagrante la libertad personal, al desconocer el control de convencionalidad, la legislación nacional, la Constitución Política y el criterio de la Sala Constitucional''.⁶⁹

Es clara dicha sentencia en cuanto al conocimiento que deben tener los jueces y las juezas al momento de aplicar la normativa nacional, como se había visto, el conocimiento es una obligación no una opción, especialmente en el manejo de la medida de detención provisional y en lo perjudicial que dicho desconocimiento conlleva. Tanto los jueces y juezas entraban el proceso mediante decisiones judiciales erróneas, lo que trae consigo una serie de transgresiones en los derechos fundamentales de los y las menores de edad.

''En autos se desprende claramente '' que los seis meses concluyen el día de mañana el día cinco de marzo del dos mil dieciséis y la discusión radica en si existe norma expresa

⁶⁸ Código Procesal Penal. Ley 7594. 10 de abril de 1996. Artículo 258.

⁶⁹ Sentencia 109-2016 de las once horas y quince minutos del diecinueve de abril del dos mil dieciséis. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

en materia penal juvenil que regula el instituto de detención provisional o no, y la respuesta es sí existe una norma específica que establece el plazo ordinario de la detención provisional estableciendo la potestad del juez de disponer de este medio cautelar hasta por seis meses; sin embargo, se ha hecho una interpretación por algunos órganos e interpretación que este juzgador compartiría, que es cuando se proroga la detención es necesario prorrogar la detención provisional cuando ya estamos en el debate o cuando sea necesario para realizar un acto jurisdiccional. Ello por cuanto la Ley de Justicia Penal juvenil no establece ese supuesto, que pasa cuando estamos realizando el juicio y vencen los seis meses y no hemos podido concluir el debate, eso de acuerdo con el artículo 258, establece que únicamente podría superar el plazo establecido cuando sea necesario para asegurar la realización del debate en un acto particular. Es decir, cuando estamos en un debate, cuando hay que realizar un acto jurisdiccional, no es traer prueba, es posible en criterio de este juzgador, aún en contra de algunas interpretaciones que se han dado, dado que la Ley de Justicia Penal Juvenil debe ser interpretada de acuerdo con el *Corpus Iuris* de Niñez y Adolescencia, pero hay situaciones en las que en los seis meses inicia el juicio y no es posible concluirlo en ese momento, y por lo tanto no es procedente dejar al joven libre cuando ya está realizándose el juicio. Es decir, a criterio de este juzgador, la única posibilidad que se tiene para prorrogar más allá de los seis meses la detención provisional es cuando ya estemos realizando un acto jurisdiccional o se tiene fecha para la realización de ese acto jurisdiccional y se pueda mantener el estado de prórroga, únicamente, reitero, para asegurar la realización del debate o del acto jurídico. En este caso no estamos ante ese evento, no se ha iniciado el juicio, ni siquiera tenemos fecha para poder realizar el juicio y ello es así porque no es cierto lo que expresa la representante del Ministerio Público que únicamente falta por recibir una comparación, sino como bien, en forma atinada lo sostiene la defensa, existe o está pendiente de recabar el dictamen médico legal definitivo⁷⁰.

La extensión del plazo de la detención provisional no responde en alguna parte de la jurisprudencia a la exclusividad de normativa especializada, sino que se complementa mediante la materia supletoria como lo es en este caso la de derecho procesal penal de adultos. Puede considerarse el uso de leyes penales de adulto como una transgresión a los derechos fundamentales y procesales de los y las menores de edad, empero hay que responder primero a la incógnita de si esto se ejecuta por vacío legal de la normativa penal juvenil, por ignorancia de quienes aplican dichas normativas o, en última instancia, es adecuada la utilización supletoria de leyes procesales penales en materia de adultos.

⁷⁰ *Ibíd.*

Puede discutirse sobre un último punto de vista si existe un vacío que la ley especializada no satisface y el utilizar normativa que no corresponde en materia, existiendo la incertidumbre de si esta práctica podría afectar la eficacia del proceso, la mejor opción es manejar un conocimiento amplio y correcto de lo establecido en marcos jurídicos mejor desarrollados y además de lo establecido por la jurisprudencia internacional. No puede conformarse quien ha sido investido para impartir justicia con la corriente que podría ser contraproducente en los principios que protegen a los y las menores de edad, sin menospreciar esta importante práctica para mantener a flote un cambiante sistema judicial y normativo, pues hay una obligación de conocer a fondo la mejor resolución posible, ya sea utilizando un marco legal local o internacional, esta última plausible dentro de las potestades de los jueces y las juezas. Pero la detención provisional tiene condiciones que se han ido adecuando no solamente al marco nacional, sino también existen excepciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado en diversas manifestaciones al respecto y es que “cuando de medidas cautelares se trata, también se puede imponer la detención provisional incluso para delitos sancionados con una pena inferior a los seis años de prisión de acuerdo con el derecho penal de adultos, siempre y cuando el menor hubiera desobedecido previamente las medidas cautelares no privativas de libertad que debía cumplir advertido expresamente de la posibilidad de imponerle la detención provisional en caso de incumplimiento”.⁷¹

Hay que tomar en cuenta la importancia que conlleva hacer un análisis con respecto a la restricción de libertad cuando se trata de materia penal juvenil, ya que posee dos vertientes. En primer término se debe utilizar dicha restricción para componer el uso de la detención provisional, con fines que se definen en la Ley de Justicia Penal Juvenil, y en un segundo momento cuando se impone como sanción. Dicho de otra manera, no pueden utilizarse los mismos argumentos para determinar una detención provisional que para determinar una sanción penal. Para ello jueces y juezas deben mantener un conocimiento basto en la diferencia entre una figura y otra, ambas se encuentran en la normativa⁷². No puede equipararse como una especie de analogía la detención provisional a la sanción de internamiento y mucho menos considerar a la detención provisional como un adelanto de

⁷¹ Sentencia 123-2015 de las quince horas y nueve minutos del veintiséis de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.

⁷² La sanción guarda sus lineamientos en el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil que reza textualmente: ARTÍCULO 122.- Determinación de la sanción aplicable para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta: a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible. b) La comprobación del acto delictivo. c) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo. d) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta. e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales. f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.

la pena, ya que esto generaría una clara violación a los derechos fundamentales de los niños y las niñas. No puede imaginarse un mundo del derecho procesal juvenil en el que un juez o jueza establezca como argumento principal que se puede imponer una detención provisional ajustando la Ley de Justicia Penal Juvenil en cuanto a sanción de internamiento especializado y no por lo establecido en lo dispuesto en el artículo 58 de este mismo cuerpo normativo. Es en casos como este donde el conocimiento del bloque de convencionalidad tiene un papel fundamental en la toma de decisiones judiciales y donde el desconocimiento y la ignorancia no deberían tener cabida. Para seguir con esta línea de pensamiento se puede concluir que no basta con el respeto y el conocimiento, también debe existir una coherencia en cuanto al accionar de los jueces y las juezas.

En un voto salvado de la jueza Rosaura Chinchilla Calderón, esta establece muy concreta y adecuadamente que “existiendo normas legales, convenios internacionales y votos del Sistema Interamericano tan vinculantes para mí como los votos de la Sala Constitucional, contradictorios con aquellos, opto por aplicar aquellos que, conforme al principio de independencia judicial, estimo acordes con una interpretación sistemática y restrictiva de las normas penales que afectan derechos fundamentales y, por ende, a favor de la libertad (...)”.⁷³ Esta posición es digna de destacar, pues el gran vicio al que sucumben gran parte de las y los jueces al desconocer la útil herramienta de fundamentar sus actuaciones judiciales mediante normativas y precedentes judiciales internacionales es un medio más que eficaz, para mantener el uso de la detención provisional en los mejores estándares internacionales. Siempre será valiente asumir a la libertad como derecho fundamental y pilar argumentativo, por medio de conocimiento más allá del ordinario para saber la mejor forma de justificar su uso. Los medios internacionales, ya sea mediante normativa o jurisprudencia, son una fuente invaluable que pareciera ser vista como una opción y no como una obligación en su conocimiento.

La importancia de la detención provisional radica en que su uso sea cada vez mejor fundamentado y más escasa su aplicación, pero no puede ser vista como la solución a cualquier proceso penal juvenil como la herramienta por excelencia de hacer que se resuelva el proceso. La independencia judicial les ofrece a los jueces y las juezas una oportunidad de salir del conformismo, de no ver la impartición de justicia como una labor por realizar, sino como un método para mejorar la reputación de ellos mismos mediante decisiones judiciales que impliquen poseer un conocimiento holístico de las distintas ramas del derecho. El establecer precedentes que signifiquen y dignifiquen conocimiento,

⁷³ Sentencia 1762-2011 de las catorce horas del veintiuno de diciembre del dos mil once. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

visto como la verdadera forma de mantener el orden de las cosas en su manifestación certera de entender el derecho como un campo que va más allá de las normativas locales, permite entender y comprender la necesidad de expandir esta posición de la jueza Chinchilla Calderón.

“Tendríamos entonces dos posiciones que, en apariencia, resulten irreconciliables [sic]. Una en que se aplica un razonamiento por analogía para declarar que el uso de la detención provisional en el derecho penal juvenil se puede aplicar incluso para delitos que, en principio, no admitirían el uso de la sanción de internamiento en centro especializado como sanción directa; y otra tesis en que el mismo órgano señala que en tratándose de la libertad ambulatoria no es admisible el uso de la interpretación analógica, y que la libertad sólo puede restringida en los casos que precisen la propia ley y los tratados en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado de Costa Rica”.⁷⁴

Mediante la argumentación anterior podemos interpretar que se mantiene una posición firme en cuanto a la libertad de los y las menores de edad, amparados tanto por el marco local como por el internacional en cuanto a reglas que deben seguirse y no como en ocasiones se interpreta que las reglas internacionales son más guías que reglas, lo cual es un gravísimo error al momento de administrar justicia, y no tiene que ser la base de un argumento en la toma de decisiones judiciales. La posición sencilla de seguir reglas ya establecidas en un mundo en constante cambio como lo es el del derecho, no permite vincular su actualidad. Así que al determinar el uso de detención provisional como la medida cautelar por excelencia es agresor de derechos fundamentales, es no creer en un proceso de formación para los y las jóvenes, no pueden jactarse un juez y jueza imponiendo la medida de detención provisional inclusive ante delitos que no tienen como pena el internamiento en centro especializado. Tenemos problemas para entender la discusión antes expuesta, dado que se trata de uno de los derechos humanos más importantes que existen, y que tanto se defienden. Nos parece que si existe una discusión al respecto se trata más de una deficiencia en el uso de medidas cautelares y desconocimiento de realidad internacional en el tratamiento de esta medida en específico. Este trabajo de investigación demuestra que hay una cantidad importante de recursos en los que se puede amparar para establecer la mejor posición respecto a la detención provisional y su aplicación, basta con hacer un recorrido en los distintos pronunciamientos judiciales para concluir que hay una diversidad peligrosa en este apartado, porque no existe una simetría de criterios que se pueda establecer y aplicar uniformemente. La

⁷⁴ Sentencia 123-2015 de las quince horas y nueve minutos del veintiséis de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.

variación en los argumentos de un tema tan delicado es un contraste con su eficacia , y los resultados que provoca es la mala aplicación en algunos casos (que no necesariamente se considera como la regla) dado que estamos ante un escenario de una dinámica en constante movimiento en el que no tener en cuenta las últimas posiciones e investigaciones al respecto es tomar decisiones en materia que se desconoce. La posición de los jueces y las juezas es de protector y aplicador del buen derecho y no como se quiere ver, aplicar del derecho sin más.

“Las medidas cautelares en un proceso penal juvenil, responden a fines estrictamente de aseguramiento procesal, es decir, implican tomar decisiones que aseguren que el proceso tendrá el desarrollo que se espera normativamente que tenga, que las víctimas y testigos no corran peligro por esta condición, y que la persona menor imputada, se someta al proceso, atendiendo al llamado judicial. Siendo que la justicia juvenil, si bien se encuadra en un ámbito de responsabilidad de la persona menor de edad, esta lo será siempre tomando en consideración que se trata de personas, que tienen condiciones particulares por su edad, madurez y desarrollo psicosocial, y que por tanto, aun en un modelo de responsabilidad por las posibles conductas delictivas, se tiene frente a esta población menor de edad, la obligación de que la respuesta del Estado esté siempre orientada por el interés superior de estas personas, convirtiéndose el proceso penal mismo, así como los institutos propios de este y de la materia juvenil, en herramientas para que, aun estando en conflicto con la Ley, las personas menores puedan construir un modelo de vida diferente al delincencial, lograr su desarrollo integral como seres humanos, y con esto la reinserción en su familia, comunidad y sociedad”.⁷⁵

En algunas ocasiones es tanto el desconocimiento, que inclusive hay una especie de acuerdo tácito de suplantar cualquier vacío o desconocimiento en materia penal juvenil con la materia penal de adultos. Lo cual genera un panorama poco alentador para poder manifestar que hay una verdadera protección de los derechos humanos en los y las menores de edad. La frase clave para poder analizar correctamente el tema en marras es el de interés superior del menor de edad, concepto que se ha sido desarrollado y que se maneja normalmente dentro de los tribunales judiciales. Para imponer medidas cautelares que persiguen la finalización del proceso penal juvenil, deben existir los presupuestos que la ley exige lo cual no representa el verdadero problema, sino que al verse la libertad de los y las menores de edad restringida se debe ser cuidadoso al imponer la detención provisional, ya que de nada sirve aplicar la ley sin conocimiento real de la persona a la

⁷⁵ Sentencia 85-2015 de las dieciséis horas y veinte minutos del cuatro de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

que se le impone dicha medida, pues existen además otras maneras de llevar a cabo un proceso orientada al desarrollo integral de los y las menores de edad en cuanto a la familia, educación, desarrollo social y demás parangones que permiten que este sector poblacional supere satisfactoriamente un proceso penal y que puedan desarrollarse en sociedad. Además para poder aplicar la detención provisional deben existir algunos presupuestos que han sido mencionados por la ley de justicia penal juvenil y sin olvidar que tiene carácter excepcional. La doctrina ha sido variable en tan controversial tema, especialmente cuando se trata del peligro de fuga y se dice que “existe peligro de fuga por las altas penas por imponer, criterio propio del derecho penal de adultos (...) que no debe aplicarse al proceso penal juvenil, en el que existe un amplio catálogo de sanciones que permiten la imposición de medidas diferentes a la de internamiento”.⁷⁶ Así el orden de ideas, hay que entender que para poder identificar la imposición de la detención provisional en un proceso penal juvenil, el aplicar dicha medida mediante el argumento del peligro de fuga, contrasta con los principios que rigen la materia y las consecuencias que conlleva darle un tratamiento propio del derecho penal de adultos, mas esto no nos hace acreedores de un país defensor de derechos humanos de menores de edad. Pero para tener un mejor plano de aplicación de la medida cautelar de detención provisional hay que ser riguroso en sus cimientos para de esta manera saber aplicarla a la luz de la convencionalidad.

“Es claro que la medida más gravosa como la detención provisional, siempre va a ser idónea, en el sentido de que con ella se asegura la presencia del imputado en todas las etapas del proceso, pero no siempre será la necesaria ni la proporcional en sentido estricto. Solo será necesaria si no existe otra medida menos gravosa que permita lograr la misma finalidad procesal, y que no resulte excesiva, tomando en cuenta las condiciones concretas del caso y las condiciones particulares que ha mostrado el acusado a lo largo del proceso, respecto del fin que se procura resguardar con la medida”.⁷⁷

Para mantener el orden de ideas del presente trabajo de investigación y de este título hay que aclarar que lo que se pretende es establecer la realidad jurídica, por un lado, y la jurisprudencial por otro. El tratamiento que se hace a escala normativa contiene una importante investigación de lo que acontece en el ámbito internacional y, aunado a eso, se toma en cuenta si dichos usos de la figura pueden enmarcarse dentro de los límites internacionales mínimos necesarios para así generar una norma que regule

⁷⁶ Sentencia 104-12 de las once horas y diez minutos del treinta de mayo del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

⁷⁷ Sentencia 1204-12 de las ocho horas y veinte minutos del veinte de junio del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

efectivamente, pero en este caso y como se ha visto en líneas anteriores, nos encontramos con la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Se debe tomar en cuenta que la privación de la libertad es la pérdida del derecho humano por excelencia, y que para regular dicha privación a la luz del grupo etario en análisis se debe tener un cuidado especial, sobre todo partiendo del hecho de que para la finalización, protección o buen hacer de un proceso judicial de menores de edad existen medidas que no privan de libertad, pero que requieren un mayor trabajo y atención por parte de quienes ejercen la impartición de justicia, y es normal ver que la detención provisional se utilice como el santo remedio para todas y cada una de las causas judiciales.

Así que “la privación de libertad como sanción, ante una declaración de culpabilidad, debe ser la última de las opciones sancionatorias a las que un juez penal juvenil debe acudir ante una conducta delictiva, pues tiene que analizarse si con el abanico sancionatorio que caracteriza a la justicia de menores, se puede mediante otras sanciones, aplicadas simultánea o sucesivamente, lograr los fines dichos, lo cual implica, que la privación de libertad como medida cautelar, tiene un carácter de mayor excepcionalidad, puesto que no solo se exige la comprobación de un indicio de participación delictiva por parte de una persona menor de edad, la existencia de peligros procesales y que no sea posible paliarlos con formas menos gravosas de aseguramiento procesal”.⁷⁸

Tenemos entonces establecida la generalidad de aplicación de la detención provisional y además de observar cómo se vincula con la finalidad de la pena dentro del proceso penal juvenil, especialmente en la aplicación de la privación de libertad, no ya como medida sino como pena impuesta por la comisión de un delito. Sin embargo hay que hacer la excepción de que existen siempre opciones en cuanto a las penas y a las medidas cautelares y no puede darse por hecho que esto es de conocimiento general para quienes aplican el derecho desde los tribunales de justicia. En la mayoría de los casos que aparecen en estos se puede llegar a su final sin la necesidad de imponer la detención provisional, aún y cuando la pena impuesta sea la de privación de libertad.

“El joven acusado ha permanecido privado de su libertad al habersele impuesto la medida cautelar de detención provisional (...) al momento del dictado de la primera sentencia, en la que se declaró la culpabilidad (...) transcurrieron un mes y veintidós días (...). De ahí en adelante han transcurrido más de seis meses sin que se haya logrado

⁷⁸ Sentencia 85-2015 de las dieciséis horas y veinte minutos del cuatro de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

determinar la sanción por imponer al sentenciado, a pesar de haberse realizado un juicio de reenvío, debido a que los juzgadores de mérito que han intervenido han sido incapaces de fundamentarla adecuadamente y han tramitado la causa sin la celeridad que exige la circunstancia de encontrarse la persona menor de edad, juzgada sujeta a la medida cautelar de detención provisional, al grado de que el Juzgado Penal Juvenil de San José tardó más de dos meses en realizar el primer reenvío y ordenó (...), prolongándose la detención provisional de manera totalmente innecesaria y por razones atribuibles a la ineficiencia de la administración de justicia, cuyas consecuencias no tiene por qué sufrir el menor (...). Unido a lo anterior se toma en consideración también que la existencia de un juicio de culpabilidad firme no implica necesariamente [sic] una sanción privativa de libertad, aún y cuando esta haya sido por delitos graves, en el tanto en la materia penal juvenil no solo no existen mínimos sino que las sanciones no privativas de libertad son las prioritarias y la privativa de libertad la excepción. De ahí que (...) estima procedente revocar la medida cautelar de detención provisional que pesa contra el justiciable y ordenar su inmediata libertad si otra causa no lo impide, lo anterior en aplicación del principio de excepcionalidad y limitada duración de la medida cautelar de privación de libertad contenida en el numeral 37 inciso b) de la Convención de Derechos del Niño⁷⁹.

Otra perspectiva sobre la que se hace un análisis importante en el presente trabajo de investigación es, como se ha desarrollado, en cuanto al plazo de la detención provisional. Se ha visto que nuestro país pregona a sus anchas la protección y desarrollo de los derechos humanos y, especialmente, los de los y las menores de edad. Siempre existirá un marco normativo que se dirija a tan importante grupo etario. En el caso anterior se da un evidente quebranto de los principios que salvaguardan los derechos procesales de las personas menores de edad. Es una realidad palpable para cualquier persona que haya estado en un juzgado para saber que existen siempre circunstancias que pueden atrasar un proceso, sin el afán de justificar hay condiciones que no pueden ser previstas como por ejemplo la presentación de imputados, la falla del sistema de gestión del Poder Judicial, un hecho natural, el retraso en la llegada de las partes y demás; con ello se puede entender el retraso de ciertas gestiones judiciales que atrasan la eficiencia judicial y es de humanos no poder cumplir con una enorme cantidad de expedientes y labores por realizar, pero no hay circunstancia que justifiquen dos meses de retraso, no hay forma en la que se pueda explicar por qué una persona menor de edad detenida provisionalmente

⁷⁹ Sentencia 198-2015 de las trece horas y quince minutos del dieciocho de mayo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

(sin importar las circunstancias y el momento procesal) sobrepasa los plazos establecidos por ley especializada y, además, ni siquiera existe argumentación al respecto.

Como otro punto de análisis se tiene la máxima de que todo en exceso hace daño, ya sea si existe o no la búsqueda de una actuación perjudicial o bien que produzca un beneficio en pos de la persona menor de edad. Si bien debe haber un apoyo integral en torno al surgimiento adecuado de una persona menor de edad, cuando es parte de un proceso penal juvenil, no significa que el orden de las cosas pueda ser alterado o inclusive las actuaciones judiciales se vean viciadas en algunos supuestos. El caso a continuación deja en evidencia el exceso por proteger al grupo etario en análisis puede causar una enorme transgresión de derechos fundamentales y “aunque la intención de la jueza fuera el proteger los derechos de la menor o procurar que tuviera una mejor defensa, dicha funcionaria confundió su papel e infringió su deber de imparcialidad al incurrir en ese adelantamiento de criterio y ofrecimiento de consejos a la imputada (...). No debe olvidarse que el juzgador tiene que garantizar a las partes que sus resoluciones solo estarán apegadas a la ley, y que en ningún caso puede aconsejar, presionar o asesorar a ninguna de las partes, ni tratar de favorecer los intereses del Ministerio Público ni del imputado, y para ello es preciso que su conocimiento del caso se mantenga dentro de los lineamientos del procedimiento procesal establecido y la exposición de su criterio sea expuesto y comunicado a las partes, únicamente en los momentos procesales oportunos y por los medios o canales procesalmente dispuestos en nuestra legislación adjetiva”.⁸⁰

La presente investigación no se dirige únicamente a insinuar malos tratos o mal uso de la ley en su sentido más general, aquí lo que se procura es generar una nueva visión de la medida cautelar de detención provisional y para ello se debe comprender su actualidad ya sea en su mejor forma de aplicación o bien cuando los derechos fundamentales de las personas menores de edad son violentadas, en este caso particular se da una situación que trataba de mejorar las condiciones bajo las cuales se puede llevar a cabo un proceso penal juvenil; sin embargo, no existe ninguna potestad en la que el juez o jueza pueda desprenderse de su investidura y salir de su imparcialidad o adelantar criterio con respecto a una persona menor de edad. Para ello existen instituciones que procuran proteger y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos de las personas menores de edad, y no corresponde a quienes aplican el derecho investidos como jueces y juezas a crearles un daño a escala procesal que conlleva negativas consecuencias en el caso de que no puedan ser parte de un adecuado proceso penal juvenil.

⁸⁰ Sentencia 1351-2013 de las trece horas y treinta minutos del veintiuno de junio del dos mil dieciséis. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.

“La distinta finalidad que se persigue en la intervención del Estado en materia penal juvenil, que obliga a que los intervinientes deban atender el interés superior de la persona menor de edad y a su protección integral, demanda sí una especial sensibilidad de todos los operadores, pero para cumplir tales objetivos no es necesario trastocar ni poner en riesgo los principios fundamentales y elementales de todo proceso, y que no son ajenos al proceso penal juvenil, entre ellos el principio de imparcialidad del juez, pilar fundamental del debido proceso. El juzgador al resolver y al ejercer su papel, puede y debe atender a esos objetivos y finalidades, aplicando el derecho en sus decisiones y actuaciones, sin permitir que su rol se confunda y se pierda el norte de sus deberes, como ha sucedido en este caso, por muy buenas intenciones que pudieran mover la actuación de la juzgadora, las que no son obvices para que se haya apartado de su papel”.⁸¹

La amplitud con la que cuenta el sistema judicial local es un punto de suma importancia al momento de analizar la correcta aplicación de la medida cautelar de detención provisional, y es parte del desarrollo que se da en la doctrina y en la jurisprudencia sin dejar de observar lo que acontece a escala internacional, apartado que más adelante se entrará a analizar. Por lo que podemos observar en las diversas manifestaciones judiciales se pregona un adecuado uso de los lineamientos esenciales en torno a que una persona menor de edad sea parte de un proceso penal juvenil, y más específicamente cuando se trata de quienes se les encausa por la supuesta comisión de un hecho delictivo. Ahora bien, que se manifieste la protección o el adecuado ejercicio de los procedimientos locales y foráneos aplicables a las personas menores de edad. Como norte siempre debe tenerse el interés superior y es imperativo que todo proceso penal juvenil posea la noción de dicho principio. La Ley de Justicia Penal Juvenil es clara en sus principios tal y como lo presente la jurisprudencia antes citada, entiéndase que se refiere al principio del interés superior y al de protección integral y es de suma importancia mantener la definición presente en todo acto judicial que impliquen derechos de las personas menores de edad dado que no es lógico pensar en un uso restrictivo de dichos principios, pero tampoco uno amplio que va más allá de su esencia fundamental, que resultaría en la nulidad de dichos actos que provocan una vulneración al sistema de impartición de justicia y de una especie de exceso en el uso integral, para crear un estado de bienestar, que no tiene cabida dentro de los márgenes necesarios de objetividad con la cual los jueces y las juezas deben actuar, y procurar una ayuda humanitaria, lo que puede provocar es nulidad y no beneficios.

⁸¹ Ibídem.

Tratándose de personas menores de edad que encuentran restringido su derecho a la libertad por cumplir con los requisitos que la ley establece y que, al mismo tiempo, se defiende que es el único derecho que se le ve limitado, pero no puede ni debe verse afectada la persona menor de edad. Ahora bien, no tiene que dejar de observarse que el criterio para establecer la detención provisional requiere de un basto conocimiento que se debe estimar hacia el uso de la lógica y demás instrumentos que son tomados en cuenta al momento de imponer medidas cautelares, teniendo siempre los principios propios de la detención provisional.

Tenemos como ejemplo la importancia de interpretación y el desarrollo de la doctrina a escala jurisprudencial para poder responder a las diversas situaciones que se presentan al momento de restringir la libertad de las personas menores de edad, pero para que ello se lleve a cabo debe mantenerse un hilo a lo largo y ancho de la jurisprudencia que permita dar un adecuado uso de los diversos conceptos que deben manejarse para poder establecer los supuestos de la detención provisional. Existen casos en los que se cuestionan los momentos y los argumentos que se esgrimen para mantener una posición al momento de imponer lo necesario para un establecimiento de medida cautelar. Este ejemplo comienza argumentando que "lo cierto es que las manifestaciones que dijo la fiscal en la audiencia que dieron los testigos no eran susceptibles, en criterio unánime de este Tribunal, para ordenar la revocatoria de las medidas cautelares hasta ese momento vigentes. Primero porque dicha revocatoria no podía nunca sustentarse en hechos sucedidos antes de la imposición de la medida para valorar si esta había sido incumplida o no. Es decir, lo sucedido antes de que se impusieran las medidas que se acusan desobedecidas, no puede considerarse luego para estimar que no se cumplieron sino, como es lógico, solo lo acaecido con posterioridad a ellas (...). Lo propio hubiera sido que se advirtiera con mayor claridad los alcances de la expresión "evitar actos perturbatorios" y para especificar qué debía entenderse por tales, que los jóvenes se abstuvieran de dirigirse a los ofendidos máxime cuando la referencia a esa frase acontece, según refiriera la Fiscalía, cuando es uno de los ofendidos quien pasa por donde están los acusados, sin que estos lo busquen y sin que hagan ninguna amenaza sino, más bien, que optan por retirarse (...) sin que haya certeza de que existiera un plan previo para desplegar tales actos o si estos son excesos individuales de quien los emitió. En consecuencia, lo que procede, en definitiva, por razones de economía procesal y proporcionalidad, es declarar con lugar el recurso y (...) ordenar la inmediata libertad de los menores de edad S. y B. ambos C. M., salvo que alguna otra causa penal lo impidiera. Quedan, entonces, subsistentes las restantes órdenes de orientación y supervisión que,

como medidas cautelares, otrora [sic.] les fueran impuestas bajo la advertencia de que su incumplimiento injustificado, previa audiencia celebrada garantizando los derechos constitucionales de los jóvenes, podrá generar su revocatoria y detención´´.⁸²

Como se puede apreciar en las líneas anteriores, hay que saber diferenciar entre una situación que represente una genuina situación que amerite la imposición de una detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil. El ejemplo anterior muestra la importancia de conservar una noción de los términos que se utilizan como argumentos a favor de la imposición de la restricción de libertad a una persona menor de edad, y es la manera en la que se puede interpretar el término de actos perturbatorios. Con ello se limita el uso arbitrario tanto de quien solicita la medida cautelar como de quien interpreta el término, dado que conlleva una carga cognoscitiva importante. Puede depender de alguna forma en las manifestaciones de testigos, acusados, víctimas o demás partícipes del proceso penal juvenil, pero ello no significa que la interpretación sea abierta a las sensaciones del juez o la jueza. No se descarta la posibilidad de que algunas situaciones que se consideren como contacto perturbatorio puedan ser interpretadas de manera diversa dependiendo de quienes interpreten. Existe un concepto que no puede dejarse pasar, dado que es el pilar fundamental del uso de raciocinio y de las decisiones tomadas. Ello es la certeza, y la importancia de que sea la primera herramienta para tomar decisiones de magnitudes de restricción del derecho fundamental de la libertad. Conlleva una serie de procedimientos importantes en situaciones sociales que poseen un grado de interpretación. La certeza permite entender que si algo aparenta ser una situación determinante al momento de tomar una decisión que se relacione con derechos fundamentales no puede generarse por medio de argumentos sentimentales o interpretativos, si bien existe un margen donde los jueces y las juezas no dejan de ser personas, la certeza establece un límite que no puede obviarse y además se necesita para no infringir la gama de protecciones de quienes son parte de un proceso penal juvenil.

Además, de tomar en cuenta de forma obligatoria la certeza como base fundamental en las decisiones judiciales. Pero también ello puede acarrear una línea de pensamiento, como se da en el siguiente ejemplo.

´´En el presente asunto, estima este Tribunal que en aplicación del principio de proporcionalidad, no resulta necesario imponer una medida cautelar tan gravosa como la impuesta, habida cuenta de que si bien es cierto en este momento contra el imputado se

⁸² Sentencia 1747-11 de las once horas del dieciséis de diciembre del dos mil once. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.

ha dictado una sentencia condenatoria con una sanción de privación de libertad que podría tratar de evadir, correlativamente se pondera que se ha mantenido en su domicilio a lo largo de todo el proceso, el cual lleva más de cuatro años, de ahí que el peligro procesal no resulta de tal magnitud que amerite una medida cautelar como la impuesta, porque aún la sentencia no está firme y según información confirmada por las partes durante la audiencia oral, fue impugnada por la defensa''.⁸³

Es evidente que se pueden encontrar dos interpretaciones o inclusive más de la situación antes descritas. Se puede decir que la interpretación del Tribunal en este caso particular cumple con la lógica y la razón de un sector interpretativo; empero, hay una situación de suma delicadeza que vale la pena detenerse a analizar. Por una parte, habiendo concluido un proceso penal juvenil donde al encausado ya ha sido declarado autor del delito por el cual se le acusó, y donde no procede la aplicación de una detención provisional. Por otra parte, podría interpretarse como al existir un reenvío de la causa hay la posibilidad de evasión de justicia al haberse establecido culpabilidad en una primera instancia. El argumento de la duración del proceso en la que la persona menor de edad no se ha ausentado puede verse en dos aristas, la utilizada en este caso en particular, como una manifestación de fidelidad al proceso y responsabilidad no evadida en ningún momento; o bien podría darse una interpretación que tanto tiempo de responsabilidad se ve vulnerada al saberse culpable. Ahora, nos parece adecuada la interpretación del Tribunal debido a la importancia que existe de que para mantener una medida tan grave, debe siempre imperar y existir la certeza, tal y como se explicó en líneas anteriores.

El problema surge cuando la interpretación perjudica en todo sentido a los principios propios del proceso penal juvenil. Existe un panorama que no ha dejado de presentarse en este trabajo de investigación, el cual es poder establecer una diferencia entre la aplicación de la medida cautelar en un proceso penal juvenil, específicamente la detención provisional; y su correcta aplicación. Este problema surge por el crecimiento de causas penales juveniles además de la cultura nacional por encontrar como solución a todo la restricción de la libertad, incluyendo la búsqueda de ampliar el plazo de dicha detención y adecuando la figura a la prisión preventiva del proceso penal de adultos. Lo que estas líneas han evidenciado es que existe una falta de conocimiento en los principios que rigen la materia, y se pierde de vista el interés superior de la persona menor de edad. Los ejemplos recogen una muestra que reflejan el nivel de conocimiento

⁸³ Sentencia 1204-12 de las ocho horas y veinte minutos del veinte de junio del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

de las diversas vertientes de la detención provisional y su tratamiento, incluyendo también la cultura en torno a ello.

“En el caso concreto, el *A quo* revocó las órdenes de orientación y supervisión por incumplimiento injustificado del menor sentenciado y en su lugar le ordenó cumplir la sanción de internamiento y, decretó su detención provisional por un mes para atemperar el peligro para la víctima, período que estimó razonable para que se resolviera lo correspondiente en alzada. Dicha detención deviene ilegítima por cuanto la resolución que ordena el cumplimiento de la sanción de internamiento por considerar incumplidas de forma injustificada las ordenes de orientación y supervisión impuestas (y que por tratarse de una privación de libertad, versa sobre derechos fundamentales), tiene recurso de apelación en *ambos efectos*, esto es que posee efectos *suspensivo de la decisión impugnada y devolutivo al superior en grado*, lo que significa que mientras el asunto controvertido no sea conocido y resuelto por el *A quem*, el juez de instancia **no puede ejecutar su decisión de internamiento**, ni puede valerse de otros medios para violar las disposiciones normativas (...) no podría válida y legítimamente el juez de ejecución de sentencia penal juvenil, ordenar la detención provisional del menor sentenciado cuando dicta una resolución apelable en *ambos efectos*, como la es la resolución que dispone la revocatoria de sanciones alternas y en su lugar dispone el internamiento, pues ello significaría vulnerar por vía indirecta lo que la ley prohíbe directamente, burlando así el espíritu y sentido de la ley (...).”⁸⁴

La perspectiva presentada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil es de suma importancia, para comprender la realidad del presente trabajo de investigación como punto de partida para comprender el uso y entendimiento en cuanto a la aplicación de la figura de detención provisional. Ahora bien, no basta tomar como muestra únicamente sentencias de este Tribunal para establecer la verdadera realidad del tratamiento jurisprudencial, pues es necesario establecer la realidad del tratamiento en materia constitucional, haciendo la salvedad de que existe poco desarrollo en este rubro, pero no por ello deja de ser fundamental el entendimiento del más grande representante de revisión constitucional de Costa Rica, ya que como se sabe sus manifestaciones son vinculantes para el resto de aplicadores judiciales y que proviene también del desarrollo doctrinario, que ya ha sido explicado en líneas anteriores, propias de la figura en análisis y de la rama del Derecho en la que nace la presente investigación.

⁸⁴ Sentencia 737-12 de las dieciséis horas del diecinueve de abril del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

Capítulo II. Aplicación jurisprudencial a escala constitucional de la detención provisional

Una vez establecida la realidad jurisprudencial dentro del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José, hay que examinar lo que se ha establecido desde la jurisprudencia constitucional, en este caso se intenta ir más allá de los ejemplos vistos en el capítulo anterior, la Sala Constitucional nos ayuda en el sentido formal de las normas. Justifica el uso supletorio de otras normas nacionales, argumenta en pos de instrumentos internacionales y aclara el panorama en cuanto a la detención provisional se refiere. La Sala Constitucional ha mantenido una posición con respecto a la detención provisional que permite mediante los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, prorrogar el plazo de dicha medida cautelar. Hay que saber valorar lo que la Sala Constitucional donde se analiza constantemente la perspectiva de las actuaciones judiciales en relación con la Carta Magna y que no lleve ningún quebranto normativo. Empero y hasta hace poco, no basta ya analizar la Constitución Política, por lo que es imperativo tomar en cuenta el bloque de convencionalidad. Como se ha visto en este trabajo de investigación, dicho bloque es desconocido para muchos o bien ignorado lo cual genera una verdadera preocupación como país que pregona la protección de derechos humanos. Los diversos ejemplos que se han visto por medio de la jurisprudencia nacional evidencian la manera en que el conocimiento convencional es utilizado o no.

Es importante destacar que “esta Sala no es una instancia más en el proceso penal juvenil, ni le corresponde sustituir a los jueces competentes en el ejercicio de sus funciones, so pena de incidir indebidamente en el ámbito de competencia de la jurisdicción penal juvenil, en abierta contradicción con el artículo 153 de la Constitución Política. Por ello, en principio, es en el propio proceso penal juvenil que debe precisarse la procedencia de una detención provisional en contra de un imputado, de conformidad con los elementos de convicción existentes y la concurrencia de las circunstancias que lo justifican. En el caso en estudio, ante solicitud de libertad planteada por los recurrentes, el Juzgado recurrido dispuso (...) que procedía mantener la medida cautelar, pues no habían variado las razones procesales que habían justificado su imposición y aun no había vencido el plazo originalmente establecido, indicando al efecto que: "la medida cautelar de detención provisional bajo la cual se encuentran las menores acusadas, fue dispuesta mediante resolución debidamente fundada y consultada al Tribunal Penal Juvenil, de manera que no habiéndose vencido el plazo por el cual fue ordenada, y

subsistiendo aún los motivos por los cuales se ordenó, las menores se encuentran legalmente detenidas, no procediendo por ahora disponer su libertad”.⁸⁵

Al no ser una instancia más dentro del proceso penal juvenil la Sala Constitucional se adquiere relevancia todavía más sus manifestaciones, esto debido a que si bien no pretenden modificar la escala jerárquica en cuanto a instancia se refiere y, evidentemente, no menosprecia bajo ninguna circunstancia los argumentos y análisis realizados por las que sí son instancias judiciales propias del proceso en pos del uso de la detención provisional, hace un análisis propio de su investidura la cual es el de constitucionalidad donde encuentra cabida debido a que lo que se está entrando a analizar es la libertad que este caso corresponde a dos personas menores de edad. La Sala Constitucional debe considerar en sus decisiones el bloque de convencionalidad, concepto ampliamente estudiado en el presente trabajo de investigación, por lo que es menester no perder de vista en la toma de decisiones judiciales, pues es la herramienta más útil al momento de encontrarse frente a situaciones de determinación de libertad que se ven en ocasiones vulneradas por interpretaciones arbitrarias de la ley nacional, además del uso cultural de dicha medida cautelar en un proceso penal de adultos que llega hasta la cultura penal juvenil. Dicho de otra manera, la detención provisional puede analizarse tanto desde la óptica nacional como la internacional, inclusive desde ambos puntos de vista, uno no excluye al otro; empero, en nuestras líneas jurisprudenciales queda en evidencia en algunas ocasiones el análisis superfluo e inclusive hasta la copia de análisis realizados con anterioridad. Ampararse en decisiones anteriores como único argumento es perjudicial para el desarrollo doctrinario y el mejoramiento del sistema de justicia nacional. El poder argumentar una posición lejos del uso cotidiano ordinario y puntos de vista anteriores se puede realizar mediante la óptica brindada a escala internacional. Su desconocimiento al momento de tomar una decisión que repercute directamente con la libertad de una persona menor de edad perjudica cualquier argumento que se esgrima hacia esa dirección. El conocimiento de los lineamientos internacionales que inspiran las leyes nacionales no son puntos de referencia, son direcciones exactas de hacia dónde se deben dirigir los argumentos judiciales.

“El principio de que la libertad es la regla, y la detención es la excepción, tiene a su vez otras implicaciones: en primer lugar, el de que la regla —la libertad— se interpreta extensivamente y la "prisión" o "detención" restrictivamente. Es decir, que la detención se puede aplicar únicamente en los casos y en las condiciones excepcionales a los que la

⁸⁵ Voto 7332-02 de las quince horas y veintitrés minutos del veinticuatro de julio del dos mil dos. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

norma que la autoriza se refiere expresamente, por lo que queda vedada cualquier interpretación extensiva o aplicación analógica de ella. En segundo lugar, implica que en caso de duda debe interpretarse la norma en el sentido más favorable a la libertad *-pro libertatis-*, según el cual la norma debe siempre interpretarse a favor de la libertad y en contra de su restricción. Principio también derivado del *in dubio pro reo*, según el cual, las normas sustantivas y procesales deben interpretarse siempre a favor del acusado. En tercer lugar, esta regla, consecuencia necesaria del principio y del estado de inocencia del imputado, implica el derecho de la persona a que se le respete su condición de inocente y, por tanto, su derecho a la libertad personal salvo impedimento expreso de carácter legal —principio de legalidad penal— y siempre que sea pertinente, aplicable y se adecue a las normas de superior rango (Constitución y Tratados Internacionales), a los criterios que esos instrumentos imponen y a los valores que ellos representan´´.⁸⁶

La detención debe estar investida de un marco de legalidad que permite su aplicación y no tiene nunca que utilizarse como la salida fácil para la terminación del proceso. Es evidente que la detención provisional limita al máximo la posibilidad de la ausencia del enjuiciado en las diversas etapas, en especial y debido al tema de nuestra investigación, en cuanto a la imposición de las medidas cautelares de restricción de libertad. Existe toda amalgama normativa que genera seguridad jurídica al momento de que autoridades judiciales puedan imponer las detenciones provisionales. Para que ello pueda ser de esta forma, la jurisprudencia nos demuestra que se debe abastecer en sus decisiones mediante el conocimiento de dicho bloque normativo que se extiende a normas internacionales de acato obligatorio. Ignorar dichas normas e inclusive utilizar otras que vayan en contra o sean menos beneficiosas para las y los menores de edad detenidos afectan directamente la adecuada administración de justicia nacional. La serie de principios que deben tomarse en cuenta al momento de imponer la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil no tiene que tomarse a la ligera; es más, la jurisprudencia insiste en que existe una obligación de fundamentación.

´´La fundamentación, por tanto, exige justificar la necesidad de la detención en función de las causales constitucionales, internacionales y legales que pueden habilitarla y que son las únicas justificaciones posibles (...). Además, el ordenamiento jurídico impone otras condiciones: **para justificar la prisión es necesario que estén presentes tres elementos: a) que una ley expresamente lo autorice, a partir de una relación entre los hechos previstos por ella y sus propias causales; b) que esa ley no exceda las**

⁸⁶ Voto 11975-10 de las once horas y cincuenta y cinco minutos del nueve de julio del año dos mil diez. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

causales previstas por los tratados internacionales o por la Constitución; c) que la prisión sea "necesaria" para "asegurar la comparecencia del acusado en juicio" o para no afectar el proceso o los derechos de terceros´´.⁸⁷

No puede aplicarse la detención provisional por la mera necesidad de mantener al acusado a la orden judicial para poder darle término a un proceso. Aunque parezca repetitivo, no es escasa la advertencia que se puede encontrar en la mayoría de los votos del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil. La necesidad a la que se refiere la jurisprudencia se refiere que no existe ninguna otra manera de asegurar la comparecencia del acusado al juicio. Habiendo medidas no privativas de libertad que tienen la misma finalidad y resultan menos gravosa para la persona menor de edad acusada. Pero en caso de que la única vía sea la detención provisional esta no puede excederse en su uso y en su duración.

Así que ´´la detención provisional, en materia penal juvenil, podrá ser acordada mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose de modo que perjudique lo menos posible a los afectados, debiendo tener un carácter excepcional (artículo 59 de la Ley de Justicia Penal Juvenil) y aplicarse de manera proporcional a la pena o medida de seguridad que pidiera llegar a imponerse (artículos 19 y 25 de la citada Ley). De los hechos que se tienen por demostrados y de acuerdo con lo informado por la autoridad recurrida, en este caso la Sala advierte que la resolución mediante la cual el Juzgado (...) decretó el internamiento provisional del amparado por el plazo de tres meses, no está debidamente fundamentada y no se ajusta a los parámetros constitucionales y legales que legitiman esa medida en nuestro ordenamiento jurídico (...)

Puede verse en el caso anterior en cómo la Sala Constitucional lo que realiza es un análisis de legalidad de aplicación de una medida cautelar en un proceso penal juvenil. Es importante advertir que la misma Sala inicia su argumento estableciendo la materia bajo la cual se analiza el caso presentado. Es importante destacar que si bien la Sala determina que existe una mala aplicación en cuanto al uso de la detención provisional y que además la fundamentación no es correcta y no satisface los parámetros legales, no se ve en la obligación o tarea de decirle al Juzgado cómo debe proceder. Consideramos que es imperativo esta forma de proceder de la Sala, esto en cuanto que si existe un andamiaje judicial establecido y cada juez y jueza sabe exactamente su área de conocimiento y

⁸⁷ Ibídem. La negrita no es del original.

⁸⁸ Voto 978-06 de las dieciocho horas y veintitrés minutos del treinta y uno de enero del dos mil seis. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

sobre todo de aplicación, basta para la Sala establecer la ilegalidad de aplicación de una medida cautelar para que el Juzgado o Tribunal recurrido procure adecuar sus actuaciones a derecho, es decir, ajustar sus decisiones a la normativa que rige la materia especializada. La cultura nacional que ve con buenos ojos el uso indiscriminado de la detención provisional, inclusive ante casos en los que la pena del delito de la causa no sea la privación de libertad en centro especializado, genera una serie de inconvenientes si se utiliza el bloque de convencionalidad como norte de entendimiento.

Por eso "la prisión preventiva solo puede imponerse y aplicarse como "medida cautelar" para asegurar la acción de la justicia, no como medida de carácter "retributivo" o sancionatorio. Ello supone, en primer lugar, que, a pesar de la existencia de "indicios comprobados de haber cometido delito" (*fumus boni iuris*), el estado y la presunción de inocencia siguen rigiendo su aplicación. En segundo lugar, que se trata de una medida excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, porque la regla es la libertad. En tercer lugar, al tratarse de una medida cautelar y excepcional, la prisión preventiva solo puede decretarse bajo los criterios de "necesidad" (no simplemente "utilidad"), de instrumentabilidad (no de finalidad), de judicialidad (de constante sujeción y revisión judicial), de provisionalidad (no permanencia y, por tanto, sujeta a permanente "revisión"), y de "temporalidad" (es decir, sujeta a un plazo razonable en función de los criterios que la justifican) (...). Solamente el riesgo -cierto, objetivo y razonable- de que el sujeto va a abstraerse o que va a afectar seriamente la acción de la justicia; justifica la prisión preventiva en el orden internacional, y solo en la medida en que se ponga en peligro esa acción de la justicia, aquella se justifica".⁸⁹

La libertad es la regla. Una frase sencilla, concreta, directa y de fácil memoria. La libertad es la regla y no parecer ser una regla cierta. No parece ser la regla. El bloque de convencionalidad en especial pero también la normativa nacional utilizan a la libertad como el caballo de batalla al momento de argumentar el uso o no de las medidas cautelares que procuran su restricción. No puede hacerse en el presente trabajo de investigación suficiente hincapié en el uso de los lineamientos imperativos internacionales que rigen mediante tratados y convenciones a nuestro país. Debe existir un cambio general en la conceptualización de la detención provisional. No puede ignorarse el hecho de que resulta más fácil argumentar en pos de la restricción de la libertad que argumentar en pos de la libertad misma. El bloque de convencionalidad nos permite utilizar verdaderamente esta regla, aun y cuando la normativa nacional diga lo contrario. Vimos en el Título I que existe la posibilidad de utilizar el bloque de convencionalidad para poder

⁸⁹ *Ibidem*.

justificar una decisión judicial. Deberían los jueces y juezas tomar consciencia de tener siempre esta posibilidad al momento de esgrimir una u otra posición. La Sala Constitucional permanece dentro de lineamientos especializados para poder aplicar justificadamente la detención provisional. La cita anterior permite ver los supuestos esenciales para poder aplicar la medida cautelar dentro de un proceso penal juvenil. Ahora bien, dentro de esta misma Sala existen criterios diversos, que van desde la protección y establecimiento de las reglas básicas fundamentales para el uso de una medida cautelar de detención provisional hasta el uso de normativa propia del derecho penal de adultos que justifica el abuso en cuanto a plazos y argumentos.

“(…) El cumplimiento del límite máximo de la prisión preventiva, no impide admitir la imposición de una medida cautelar privativa de la libertad, cuando se pretenda la realización de un acto concreto, especialmente el debate, que es el acto determinante en él se dilucida la pretensión punitiva del Estado. Las vicisitudes del proceso, su complejidad, el agotamiento de las fases recursivas, el comportamiento del encausado durante el desarrollo del proceso, son elementos que deben considerarse al evaluar la pertinencia y legitimidad de una medida cautelar privativa de la libertad (...)”.⁹⁰

Puede decirse que “la prisión preventiva podrá ser acordada mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose de modo que perjudique lo menos posible a los afectados, debiendo tener un carácter excepcional y aplicarse de manera proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”.⁹¹

Queda en evidencia la perspectiva adultocentrista que llega inclusive hasta la Sala Constitucional de nuestro país y que transgrede la salvaguarda de la persona menor de edad. Este adulcentrismo no es extraño a Costa Rica, dado que al encontrarse una laguna normativa lo normal es recurrir a ley superior, comportamiento de básico entendimiento e inclusive visto en los primeros cursos de la carrera profesional de derecho. No puede aceptarse que sea posible la ampliación del plazo de detención provisional mediante el uso de la misma medida cautelar para justificarlo mediante el argumento de que hace falta un acto judicial. El atraso en la realización del debate no es responsabilidad de la persona menor de edad detenida que tiene un marco normativa donde se establece el plazo máximo de la medida cautelar. Si para el momento en que vence el plazo el Juzgado no ha sido capaz de llevar a cabo un acto judicial que en

⁹⁰ Voto 19962-10 de las trece horas y cinco minutos del treinta de noviembre del dos mil diez. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁹¹ Voto 3081-09 de las doce horas y treinta y dos minutos del dos mil nueve. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

principio por la situación de tener a una persona menor de edad detenida es un caso de prioridad, no puede incurrir en la transgresión de los derechos fundamentales que a dicha persona menor de edad protegen. Resulta irónico que siendo una población de máxima prioridad para que se resuelva su estado legal y así perjudicarse lo menos debido a su condición de persona menor de edad, se trate de ampliar una condición que debe durar lo menos posible.

Pero por otra parte el establecer las condiciones especiales de aplicación y no cumplirlas acarrea también un problema de paradigmas sociales y judiciales para darle prioridad a medias a una población en estado de vulnerabilidad. Argumentar principios sin utilizarlos deja entrever una argumentación copiada de alguna parte para justificar una decisión antojadiza, y este es un problema que tiene que erradicarse para siempre en la realidad nacional.

En algunas ocasiones no puede dejarse de lado que existe un factor humano inherente en un proceso penal juvenil. Nos parece que hay algún mal uso en la aplicación de la detención provisional, esto debido a que no hay una verdad absoluta en el manejo de dicha medida. Se puede establecer que ´´se dictó una prórroga de medida cautelar de detención provisional sin que se pusiera en conocimiento de la Defensa la solicitud de prórroga que hizo el Ministerio Público, debe indicarse que en criterio de este Tribunal, no es necesario que esa solicitud tenga que ser notificada a la defensa o puesta en conocimiento de esta. Ahora bien, como en el caso concreto, esa petición culminó con el dictado de una resolución privativa de libertad, debe recordarse que la defensora cuenta con diferentes procedimientos para impugnar tal resolución, siendo uno de ellos la posibilidad de apelar esa medida privativa de libertad y ahí alegar ese hecho. En todo caso, según lo considera la Sala, se trata de un elemento que puede ser alegado y analizado en la propia vía de legalidad por medio del procedimiento de actividad procesal defectuosa´´.⁹²

No puede entenderse que se pueda dar una prórroga de detención provisional a solicitud del Ministerio Público sin notificar o poner en conocimiento a la Defensa. No se comprende cómo se puede justificar la ampliación del plazo de la medida cautelar sin escuchar argumentos contra la medida cautelar que podría esgrimir la parte defensora. La forma de establecer una medida cautelar que restringe la libertad sin que una de las partes sea escuchada, argumentando que ante la solución del Juzgado la contraparte puede impugnar dicha resolución, es una forma de violentar los derechos fundamentales

⁹² Voto 8468-07 de las dieciséis horas y diecinueve minutos del trece de junio del dos mil siete. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

de las personas de edad, según nuestro criterio. Escapa de todo uso de razón el poder restringir la libertad a solicitud del Ministerio Público sin que la Defensa haya sido notificado de dicho cambio y, sobre todo, por el hecho de no poder argumentar contra dicha extensión del plazo. Pareciera que la Sala Constitucional en este caso en específico pasa por alto las regulaciones internacionales y los derechos de las personas menores de edad. En el caso de que se pueda impugnar y que efectivamente se determine que no puede darse una aplicación de detención provisional, no tomando en cuenta las situaciones personales de la persona detenida, sino por el hecho de que existe una decisión judicial con matices de parcialidad, dado que si bien es entendible la solicitud del Ministerio Público, y viendo que no hay cambio en la situación de la persona menor de edad, sí debe tomarse en cuenta la oportunidad de la defensa, para establecer o arrojar luz en alguna circunstancia que pueda ser ignorada por el Juzgado o el Ministerio Público. Por eso se insiste tanto en la constante revisión de los diversos procedimientos internacionales de protección de las personas menores de edad.

Dentro de esta amalgama de normativas nacionales e internacionales se puede cambiar el uso irracional y acostumbrado de la detención provisional mediante argumentos que dejan entrever la correcta aplicación de dicha medida cautelar en un proceso penal juvenil. Según nuestra percepción, no se trata únicamente del conocimiento especializado al momento de aplicar la medida cautelar, sino que existe una falencia en el uso del sentido común. Hay todo un panorama de situaciones que perjudican a la persona menor de edad, no solo cuando se le aplica la medida cautelar de detención provisional, sino también qué se hace durante la aplicación de esta, para determinar la situación jurídica de la persona menor de edad, aunque se sabe de sobra que quienes se encuentren en esta situación son prioridad debido a su condición.

Es por ello que ante esta situación no puede aceptarse que como por ejemplo “a la fecha no se han realizado los estudios ni la impresión diagnóstica que según el Juzgado son necesarios para determinar si es procedente o no el cambio de medida cautelar (...). Así las cosas, es evidente que en cuanto a este punto ha habido un retardo injustificado en la tramitación de la petición y en la atención del caso, que debe ser atribuida al Juzgado recurrido y al Departamento de Trabajo Social y Psicología; retraso que perfectamente ha podido repercutir en la libertad del imputado, dependiendo de los resultados que podrían arrojar tales estudios, y por ello en cuanto a este punto el recurso debe ser estimado, aunque se hace la advertencia correspondiente a las autoridades recurridas para que en

el futuro se abstengan de incurrir en las omisiones y retardos que han dado origen a esta estimatoria''.⁹³

''No obstante, la confusión se originó al rechazarse disponer la libertad del amparado, bajo la consideración de que incumplió las órdenes de orientación y supervisión (...). Esas consideraciones para esta Sala no son aceptables, primero porque la detención del amparado se dispuso en la sumaria que se concilió y no en la que quedaba activa, y segundo, porque esa resolución a que se hace mención es sobre el otro imputado y no acerca del amparado. De ahí que su detención ya se tornó en ilegítima y más aún cuando (...) el Juzgado recurrido dispuso la prórroga de la detención provisional del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx por el plazo de dos meses más, lo que era totalmente improcedente en un asunto que se dispuso su archivo por conciliación que era donde se había dispuesto inicialmente esa medida. Ahora el hecho de que (...) el Juzgado recurrido revocara la resolución que ordenó la prórroga de la detención provisional del amparado(...) que admitió la apelación interpuesta por la recurrente, en nada enerva su responsabilidad, por cuanto ya había dispuesto la continuación de la detención del amparado, en forma ilegítima, ya que esta se había ordenado en una causa penal que se concilió y en consecuencia, se dispuso el sobreseimiento del menor imputado. Por lo expuesto, concluye este Tribunal que la libertad personal del amparado ha sido violentada (...) se había dispuesto su sobreseimiento definitivo y el archivo de esa sumaria''.⁹⁴

Es evidente la inexistencia del sentido común en las presentes situaciones judiciales, y los argumentos que esgrimen algunos Juzgados que justifican su accionar pueden ir desde el uso de falacias argumentativas o inclusive en la copia de algún argumento utilizado en una resolución judicial previa. Cuando se da la existencia de una detención provisional utilizando como base una situación jurídica inexistente, como se da en el caso anterior, en el que se había acordado una conciliación que significa que no se encuentra activa para poder argumentar la situación legal de esta como base. También se denota una mala actuación judicial al tratar de ''curarse en salud'' ante un error propio. Aquí nos detenemos un momento en la línea de pensamiento de nuestro trabajo de investigación para hacer hincapié en la importancia que debería tener al asumir responsabilidad por parte de los jueces y las juezas como método de mejora profesional; existe siempre un proceso de acción disciplinaria para que estos asuman sus faltas. No nos parece que siempre se tenga que llegar a este momento, pues se podría dar una notable mejora si se

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Voto 3081-09 de las doce horas y treinta y dos minutos del veinticuatro de febrero del dos mil nueve. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

asume la responsabilidad de una acción judicial sin procurar esconder dicho error en argumentos falaces. Ahora bien, debe existir una forma de poder solventar dichos problemas sin tener que afectar la libertad personal de las personas menores de edad, dado que no deben ser violentados sus derechos mediante el mal manejo de la justicia.

Con respecto al uso de la detención provisional como medida cautelar por defecto, ignorando las demás “se tiene claro que por sus efectos tan gravosos para el menor de edad debe realizarse una interpretación restrictiva en su beneficio, pero sin olvidar que cuando se trata del proceso penal se hallan siempre en relación conflictiva el interés estatal de la realización del derecho material y los intereses de los ciudadanos afectados en sus derechos por tal situación, motivo por el cual se habla de una relación de tensión entre el interés de persecución penal y el del sujeto sometido a proceso. Esto obliga a buscar siempre una relación equilibrada entre ambos intereses. Es así como, a juicio de este Tribunal Constitucional, tratándose de una medida cautelar –cuya finalidad es el aseguramiento procesal– es decir, que el sometido a proceso penal no evada la acción de la justicia ni la obstaculice de forma alguna, es razonable aceptar que se le someta a detención provisional, aunque el delito por el que se le investiga no contemple sanción de internamiento en centro especializado, siempre y cuando exista peligro procesal comprobado, como es el caso en el que se ha tenido que declarar al imputado en rebeldía, situación en la que es evidente el peligro de fuga existente y, por consiguiente, el riesgo de que no se pueda aplicar la ley penal, con la consiguiente impunidad del sujeto infractor en detrimento de la paz social”.⁹⁵

Consideramos que la cita anterior es muy clara en cuanto lo que se procura dentro de un proceso penal juvenil, en el que se halla a una persona menor de edad detenida. Una cultura procesal con sentido protector, tal y como lo exige la normativa internacional y local, no adquiriendo vicios provenientes de otras ramas del Derecho. El aseguramiento procesal que se pregona tal y como lo exige la ley especializada, pero es en el uso argumentativo y restrictivo de dicho aseguramiento de donde se pueden ver la mayoría de las malas aplicaciones de la detención provisional que conlleva a una normalidad forzada de vulneración de derechos fundamentales de las personas menores de edad. Parece que la cita en marras de la Sala Constitucional es consciente de dicha problemática, y procura ser una guía para quienes aplican en una primera instancia la mencionada medida cautelar, una situación que no puede dejar de desarrollarse desde tan importante Tribunal.

⁹⁵ Voto 4618-07 de las catorce horas y cuarenta y un minutos del once de abril del dos mil siete. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

“Del elenco de hechos probados se desprende que efectivamente la detención provisional del amparado se dictó en un primer momento sin que el juez penal juvenil haya realizado un análisis adecuado de los presupuestos procesales por los cuales era procedente. Lo anterior, se desprende de la resolución (...) mediante la cual se decretó tal medida cautelar, toda vez que en ella el juez recurrido se limita a indicar que hace suyas las manifestaciones del Ministerio Público con base en los hechos narrados, sin que explique detalladamente por qué a la luz de los elementos probatorios existentes en el expediente, era procedente el dictado de la detención provisional. Si [sic.] embargo, tal como se desprende del expediente, como consecuencia de la solicitud de adición y aclaración presentada por el Ministerio Público, el juez penal recurrido subsanó el vicio existente, por lo que estima esta Sala que no existe violación alguna a los derechos del amparado, pues haciéndose uso de los propios procedimientos que otorga el proceso penal, el juez recurrido subsanó en un tiempo razonable la omisión en que incurrió”.⁹⁶

Como último análisis jurisprudencial nacional se dice que “estima la Sala que en aras del principio de proporcionalidad, en situaciones de este tipo esa interpretación es aceptable si y sólo si el órgano jurisdiccional dicta la detención provisional para asegurar la realización del debate, cuya fecha debe indiscutiblemente fijar de inmediato a efecto de no tornar más gravosa la medida cautelar que la sanción que, eventualmente, podría imponerse en caso de declararse culpable al menor en juicio. De estas consideraciones se desprende que en el caso que nos ocupa lleva razón la parte recurrente en cuanto a la desproporcionalidad e irrazonabilidad de la medida cautelar decretada, habida cuenta de que se dictó por el plazo máximo que establece la Ley de reiterada cita sin definir el despacho la fecha para debate.”⁹⁷

Los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad son el norte en la aplicación de la figura de detención provisional, y no debe perderse de vista bajo ningún tipo de análisis y su importancia radica en que es base fundamental desde cualquier punto de partida al momento de determinarse la libertad o no de una persona menor de edad. Es tanto su importancia que su base se puede hallar tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional como la internacional. Una vez establecida la realidad país de la detención provisional en un proceso penal juvenil, donde se inicia con el tratamiento del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, y donde pudimos evidenciar un variopinto conglomerado de análisis en pos de proteger a la persona menor de edad; y del uso adultocentrista de la

⁹⁶ Voto 11335-06 de las nueve horas y treinta y nueve minutos del cuatro de agosto del dos mil seis. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁹⁷ *Ibíd.*

figura objeto de esta investigación y se termina en la Sala Constitucional que busca un análisis que gira en torno a la Carta Magna, pareciera que el paso por seguir para establecer si dicha realidad cumple o satisface los lineamientos vinculantes que provienen de la normativa y jurisprudencia internacional. El siguiente título proyecta tanto la actualidad y realidad internacional en cuanto al uso de la detención provisional como medida cautelar de un proceso penal juvenil en su primer apartado y, seguido a ello, se dedica en su segundo capítulo a hacer una comparación entre la realidad nacional y la internacional que va a determinar si Costa Rica satisface los establecimientos mínimos que provienen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo representante en cuanto a la protección de tratados internacionales y el uso correcto de dichos tratados se desprende jurisprudencia propia de la Corte al hacerse una comparación entre una realidad y la otra.

Título IV. Análisis sobre la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil en el marco internacional, y su comparación con el marco nacional

En líneas anteriores se define y se ejemplifica el uso de la detención provisional mediante de la jurisprudencia para poder determinar la realidad país en la que nos encontramos en la actualidad. Ha sido una vasta investigación dirigida a la forma en que una figura que es parte de un sistema de justicia juvenil de carácter fundamental nos permite expandir la noción de dicho concepto. Nace imperativamente entonces poder reconocer en la detención provisional una figura exclusiva de un proceso penal juvenil que se rige bajo reglas internacionales distintas. Lo que acontece en el presente título es analizar la realidad de la detención provisional a escala internacional y así crear una comparación fundada del manejo de dicha figura, pero para ello es necesario ampararse en la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a la detención provisional y además las diversas convenciones, informes y demás manifestaciones de los organismos internacionales que procuran que se realice una adecuada impartición de justicia en los estados. Nace para la presente investigación una necesidad de establecer por una parte la realidad internacional de la detención provisional como medida cautelar en cuanto a su uso, duración, fin y demás; y por otra lo que acaece

en Costa Rica y que tanto concuerda con lo establecido a escala internacional, para responder la interrogante de si se da un adecuado uso.

Primeramente tenemos que aclarar los puntos importantes y que puedan ser comparados, para así determinar una realidad y no un mero procesamiento de datos sin analizar. En segundo término se debe aclarar el panorama nacional mediante los diversos acercamientos que se generan por medio de las fuentes internacionales, con ello se podría llegar a conclusiones determinantes en el uso de la detención provisional dentro de un proceso penal juvenil, evidentemente como medida cautelar.

Capítulo I. Análisis del tratamiento de la figura de la detención provisional a escala internacional

La atención que ocupa este trabajo de investigación procura hacer entender que en nuestro país hay una necesidad por establecer la diferencia entre un proceso penal juvenil y uno de adultos, además del tema central de la imposición de la detención provisional. La necesidad no es exclusiva de nuestro país, sino que a escala mundial se da la misma necesidad, en especial para controlar las situaciones en las que un menor de edad se ve envuelto debido en ocasiones a su entorno y, sobre todo, procura mejorar su calidad de vida, principios fundamentales e inquebrantables propios de la justicia penal juvenil.

Es por ello que “la existencia de dificultades en la implementación de la normativa aprobada que en muchos países ha generado una brecha entre el discurso normativo y la realidad de los sistemas de justicia juvenil”.⁹⁸ Efectivamente las dificultades comienzan desde la aplicación normativa y su adecuación a la realidad país de cada estado que posee un sistema especializado de justicia penal juvenil. Para ello se comienza por establecer la especialidad de la materia y así se basan en diversas fuentes internacionales que procuran un sistema penal juvenil, con características inherentes a dicha rama. Se ha extendido el inicio de dichos sistemas y sus fines, por lo que es normal pensar que su desarrollo va en conjunto con el paso del tiempo, tratando siempre de mejorar la calidad de la justicia especial y las condiciones que procuran siempre el bienestar de la persona menor de edad. Se olvidan fácilmente los principios que rigen esta rama especializada al momento de impartir justicia, además de los problemas que se pueden tener en cuanto a la infraestructura y la capacidad de los aplicadores por conocer más del tema, y de las diversas posibilidades que brinda la índole internacional para evitar

⁹⁸ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 6.

un proceso de carácter penal. “Un aspecto especialmente preocupante de varias de las reformas propuestas radica en la inclusión del criterio del discernimiento, lo que implica la posibilidad de que las autoridades puedan decidir discrecionalmente y respecto de cada caso concreto la inclusión o no del niño dentro del sistema especial de justicia penal. La implementación de este tipo de medidas puede reforzar el carácter selectivo y discriminatorio de las intervenciones”.⁹⁹ El estado socioeconómico de una persona menor de edad no debería ser un parangón para determinar si esta persona es culpable de infracción a una ley o no; sin embargo, como se puede comprobar existe una relación estrecha entre la detención provisional con la situación económica y social, inclusive parte del problema es que tanto en derecho penal de adultos como penal juvenil se puede ver que, por lo general, las personas que se encuentran privadas de su libertad son de un estrato social bajo, se manifiesta mediante la similitud de circunstancias bajo las cuales dichos individuos delinquen. Tanto la prisión preventiva, propia de un proceso penal de adultos como la detención provisional no vienen a darles solución a los problemas sociales bajo los cuales se vive en esta era moderna. La situación no se considera que se maneje de una forma adecuada, especialmente en la imposición de la detención provisional. “En cuanto a los lineamientos y principios fundamentales que deben guiar el ejercicio de la acción penal para niños, el derecho internacional de los derechos humanos establece la necesidad de proporcionarles una protección mayor que a los adultos, limitando el ejercicio del carácter punitivo de la respuesta estatal y condicionando fuertemente el carácter retributivo de la respuesta penal”.¹⁰⁰ Se puede ver cómo la normativa internacional procura en un primer término una adecuada aplicación de justicia penal juvenil que además tiene la gran diferencia con la justicia penal de adultos. El carácter punitivo del Estado conlleva asimismo una responsabilidad de este para que sus castigos (en el entendido propio del Derecho Penal) cumplan uno o varios fines dentro de los cuales se hallan el más importante en el campo del derecho penal juvenil, que exista una reinserción social para una población vulnerable y que se les dé una verdadera oportunidad a las personas menores de edad para que prosperen como adultos.

Pero la realidad de que las diversas situaciones que se presentan como retos de los diversos estados es el poder mantener a raya los usos y prácticas de los procesos penales de adultos en un proceso penal juvenil. No es que no preocupa la situación del manejo de la prisión preventiva, pero lo que ocupa estas líneas es que se deja entever prácticas propias de esta rama en procesos penal juveniles, cuando se sabe que existen

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011, párr. 29.

muchas aristas de protección especial para este grupo etario y conlleva a una serie de prácticas inadecuadas. “También se han discutido y aprobado reformas legales que favorecen la utilización de la privación de libertad, tanto mediante la prisión preventiva como de sanciones que implican el encierro. Las iniciativas de endurecimiento, además de implicar la posibilidad de que los niños sean juzgados fuera de un sistema especial de justicia juvenil, han estado orientadas a disminuir la edad mínima de responsabilización en el marco de la justicia especializada, a la criminalización de una mayor cantidad de conductas, así como a aumentar el uso de la privación de libertad para los niños”.¹⁰¹ El análisis de este trabajo que realiza la UNICEF donde establece con datos fehacientes las diversas realidades de la justicia penal juvenil en América Latina y el Caribe es una manifestación de la necesidad de darles una prioridad a las modificaciones de dicho campo especializado, no puede en primer lugar pretenderse que se trata de una población común y, en segundo lugar, emular las actuaciones judiciales propias de procesos de personas adultas, sabiendo que es precisamente su condición de persona menor de edad lo que permite establecer entes especializados, y procurar una adecuada reinserción social de una población que se halla con posibilidades. Diversos son los puntos de vista como diversos son los estados que consideran a personas menores de edad con la capacidad de poseer responsabilidad penal. Esta es la que permite al sistema de contención social entrar a ser parte de la formación de las personas que conviven en sociedad y es la que persigue encontrar una mejor convivencia social.

“La mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad cumplidos, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Por lo que, toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia penal juvenil”.¹⁰² En muchas ocasiones los problemas que se manejan en un sistema especializado de justicia pueden ser solventados mediante una adecuada preparación académica y el conocer los lineamientos generales de normativa especializada, ya sea local o bien la normativa fundamental propia del derecho internacional. No sobra establecer que para que exista un panorama que favorezca los diversos principios de justicia penal juvenil. Como se puede ver en la cita anterior es lógico pensar que la aplicación de justicia penal juvenil se aplica a cierto grupo etario e inclusive puede verse con sencillez; empero, la realidad de diversos estados es incluir a

¹⁰¹ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Págs. 6-7.

¹⁰² Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párrs. 36 y 37.

personas menores de edad dentro de un proceso penal de adultos. “Además, en el caso de infracciones tipificadas, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, la legislación debe promover la aplicación de tipos de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad”.¹⁰³ No puede únicamente decirse que existen reglas internacionales lógicas y obvias, en incontables ocasiones la lógica se esfuma en manifestaciones judiciales y de las mentes de sus aplicadores, pierde lógica quien desconoce por completo la especialidad de su rama. La detención provisional tiene, además del examen de su correcta aplicación también la prueba de su falta de aplicación. Dicho de otra manera la detención provisional encuentra su examen no solamente en si su aplicación en cuanto a plazo, pertinencia, oportunidad y demás características propias de esta figura, sino que además hay que verificar que si no se aplica, es porque existen mejores métodos de salvaguarda procesal. No es una receta que se les prescriba a todos indistintamente, eso ha quedado claro, pero si las otras fórmulas tampoco contienen dosis de apoyo no puede decirse que la aplicación o no de la detención provisional haya sido adecuada. En incontables ocasiones la lógica y lo obvio es lo primero en pasarse por alto, y estas reglas internacionales generales suelen tener este destino por parte de jueces y juezas al momento de tomar una decisión que concierne la libertad de una persona menor de edad. No son palabras muertas, no son meras oraciones que guían, son reglas por seguir.

Para obtener una mejor visión de la detención provisional, se establecerán ejemplos de reportes que se han generado mediante la jurisprudencia internacional y de informes de entidades como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informes sobre justicia penal, informes de la UNICEF y demás instrumentos que arrojen luz en la realidad de los estados con respecto a este tema, esto con el objetivo de crear un marco de realidad general y poder esclarecer el objetivo de si en Costa Rica se da un tratamiento adecuado de cara al bloque de convencionalidad.

“La temática referida a la edad máxima para la responsabilización en el marco de la justicia penal juvenil ha estado permanentemente en el debate en la región, promoviéndose en varios países, como es el caso, por ejemplo, de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Ecuador, El Salvador, Perú y Uruguay, modificaciones normativas encaminadas a disminuir dicha edad, lo que permite que personas menores de 18 años de edad sean excluidas del régimen penal especial de la justicia penal juvenil. Un aspecto especialmente preocupante de varias de las reformas propuestas radica en la

¹⁰³ CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011, párr. 32.

inclusión del criterio del discernimiento, que implica la posibilidad de que las autoridades puedan decidir, para cada caso concreto, de la inclusión o no dentro del sistema especial de justicia penal juvenil del adolescente sujeto al proceso. La implementación de este tipo de medidas ampliamente discrecionales puede implicar un importante retroceso en lo que refiere a los estándares y garantías establecidos por el derecho internacional, así como reforzar el carácter selectivo y discriminatorio de las intervenciones de la justicia penal juvenil¹⁰⁴.

Si bien es importante que exista un esquema en el que se pueda dar espacio de interpretación de la norma, se sabe ampliamente que dicha interpretación procura siempre un bienestar o bien una mejora del proceso. Cuando existen reformas que tratan de perjudicar la condición especial de una persona menor de edad no puede hablarse de avance o mejoramiento en las condiciones de dichas personas sujetas a un proceso penal especial. El presente trabajo de investigación no trata de establecer datos porcentuales ni cuantificar los casos en los estados que pertenecen al presente sistema de justicia penal juvenil, pero se ve en la necesidad de conocer diversas realidades para poder llegar a conclusiones del uso adecuado de la detención provisional además de las condiciones bajo las cuales se aplica y también si estas son adecuadas. “En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a este debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad¹⁰⁵”.

La conducta desviada es un concepto fundamental para poder establecer el uso de *ius puniendi* por parte del Estado, y es por ello que posee el monopolio en un país de aplicar castigos con base en estas conductas desviadas socialmente dañinas. Esto no significa que por ello se limite su uso a discreción, dado que hay un deber de readaptar siempre que sea posible con dichos castigos. La detención provisional, sobra decirlo, no es en sí un manifestación de castigo (aunque existan fuentes en la doctrina que consideren lo contrario) dado que busca un proceso sin vicios que permita averiguar llegar a la verdad real de los diversos asuntos que lleguen a despachos judicial sin que medie el miedo, la amenaza o cualquier otra manera de viciar una prueba. “Esto conduce a considerar la

¹⁰⁴ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 20.

¹⁰⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC- 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113.

hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquellos o estos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado¹⁰⁶.

La intervención estatal es importante desde el momento en que una persona menor de edad pasa a ser parte de un proceso penal, y es su obligación en primer lugar que sea por la menor cantidad de tiempo posible, o bajo las condiciones que menos afecten a las personas menores de edad. Como bien se dice en la cita anterior, el imperio de la legalidad es ante todo base por la causa de conductas penales tipificadas. Estas tienen una menor o mayor gravedad, dependiendo de las circunstancias de la comisión de dichas conductas, siempre y cuando pueda hablarse de una probabilidad de participación de las personas menores de edad involucradas. Las leyes penales son las guías para actuar dentro un conglomerado estatal de leyes y, por este motivo, hay que tener especial cuidado cuando lo que se decide es la libertad ambulatoria de una persona menor de edad que pertenece a determinado proceso penal.

Existen criterios que emanan de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que nos dan un panorama de mejoramiento en cuanto a las modificaciones de tratamiento de la detención provisional. No sobra decir que si bien en ocasiones estas se consideran lineamientos, existen para cuando se encuentre en una situación similar de tratamiento normativo.

Podemos comenzar nuestra imagen general del marco internacional con el caso Instituto de Reeducación del menor vs Paraguay se establece claramente la necesidad de una especialización “A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la

¹⁰⁶ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 2002, párr. 108.

manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios, y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales''.¹⁰⁷

De la cita anterior se subrayan las siguientes condiciones que se deben tener en un proceso penal juvenil que *a grosso modo* son: evitar que sean parte de un proceso judicial siempre y cuando sea posible; que cuando lo sean existan medidas y cuidados para que dicho proceso no afecte más de la cuenta a la persona menor de edad; utilizar en muchas ocasiones el sentido común para el bienestar del proceso y de la persona sujeto a dicho proceso; y, por último, que dichas decisiones sean siempre adecuadas, proporcionales e idóneas. Es importante tomar en cuenta dichas condiciones para poder hacernos la interrogante de si estas se cumplen en mayor o menor medida en Costa Rica y para ello se ha desarrollado en líneas anteriores ciertos aspectos propios de la detención provisional, lo que adquiere importancia es poder crear líneas generales de acato al momento de imponer una medida cautelar, siempre y cuando sea idónea y proporcional.

''Teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves, deberá estar prevista una serie de medidas que entrañen la supresión del procedimiento penal o de justicia de menores y la reorientación hacia servicios sustitutorios (sociales) (es decir, remisión de casos), que pueden y deben adoptarse la mayoría de las veces''.¹⁰⁸ La realidad de los conceptos que se manejan de forma generalizada, se hace evidente en la presente cita. En primer término vemos el concepto de ''niños delincuentes'' que es una observación general importante al momento de determinar la condición de una persona menor de edad que es parte de un proceso penal. Esto conlleva la necesidad de establecer en un estado que contiene una estructura de justicia penal juvenil una manera de poder definir a la población que se encuentra en una situación de ser parte en un proceso penal juvenil. En segundo lugar nos enfrentamos al concepto de ''servicios sustitutorios'', que es una manera de decir que como Estado se debe encontrar capacitado para poder generar justicia mediante procedimientos que

¹⁰⁷ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia No. 112, 2004, párr. 211.

¹⁰⁸ Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 24.

procuren no solamente reparar el daño sino que además consigan alejar a la persona menor de edad de delinquir, por medio de programas de ayuda social, que hagan prosperar a las personas menores de edad por medio de orientación social y de ayuda profesional (trabajo social, sociología, psicología infantil, por ejemplo) para que esta persona consiga superar su "necesidad" de delinquir, ya sea por presión social, económica o psicológica. En tercer y último orden se establece el concepto de "supresión del procedimiento penal", que procura maneras alternativas que vayan en conjunto con la reparación del daño causado, sin que ello signifique la inexistencia de justicia penal en un estado, pues lo que se pretende es evitar un proceso penal juvenil como única herramienta para que una persona menor de edad cumpla con su responsabilidad en la comisión de un delito, siempre que exista la posibilidad tanto por la categoría o gravedad del delito y por la pertinencia judicial que dicha opción puede ofrecer a las partes, tanto el sector afectado como la parte acusada.

Los estados deberían estar más pendientes de las emanaciones jurisprudenciales de la Corte para poder establecer una adecuada aplicación de justicia penal juvenil, que como se ha visto no necesariamente significa un proceso judicial. Cuando en un país la detención provisional es la medida de lujo que aplican los jueces y juezas eso se considera un problema mayúsculo por los diversos procedimientos internacionales, que ven el detención una opción extrema o, por ende, de aplicación mínima, cuando todo lo demás falla. Esto trae consigo un importante análisis para poder establecer si en Costa Rica se pueden establecer medidas alternas a la detención provisional como medida cautelar. "La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática".¹⁰⁹

Se amplía la importancia de diversas manifestaciones con respecto al bloque de convencionalidad, entendido en cuanto a su importancia al momento de tomar decisiones judiciales, pues "cuando los estados ratifican los tratados internacionales sobre derechos humanos y los incorporan a su normativa interna, se obligan a proteger y garantizar el ejercicio de estos derechos, lo que incluye la obligación de realizar las modificaciones que sean necesarias en su derecho interno, para garantizar el cumplimiento de las normas

¹⁰⁹ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia No. 112, 2004, párr. 228.

contenidas en dichos tratados''.¹¹⁰ Esto va más allá de incluir tratados y pregonar ser un estado que protege los derechos humanos, y es de adquirir el conocimiento para que esta afirmación sea real. No sobra acotar la necesidad del conocimiento en cuanto a un tema específico por el cual se pueda perjudicar o no a una persona, y tal es el caso de una detención provisional como medida cautelar cuando ello no corresponda.

''Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas, para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de esta. El Comité también recomienda que los estados partes adopten disposiciones jurídicas estrictas, para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas. Si no es posible la libertad provisional del menor, por ejemplo mediante la aplicación de medidas alternativas, deberá presentarse una imputación formal de los presuntos delitos y poner al menor a disposición de un tribunal u otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en el plazo de 30 días a partir del ingreso del menor en prisión preventiva. El Comité, teniendo en cuenta la práctica de aplazar la vista de las causas ante los tribunales, a menudo en más de una ocasión, insta a los estados partes a que adopten las disposiciones jurídicas necesarias, para que el tribunal o juez de menores, u otro órgano competente, tome una decisión definitiva en relación con los cargos en un plazo de seis meses a partir de su presentación''.¹¹¹

Pudimos observar las diversas manifestaciones en torno a la detención provisional que, si bien son generales, no por ello pierden relevancia, todo lo contrario. Hay una necesidad de tener guías de acción para que un estado pueda crear un sistema de justicia penal juvenil eficiente, que genere un bienestar social y procure mantener a las persona menores de edad por caminos que deberían siempre poder tomar. Una persona menor de edad detenida debe ser vista como prioridad en cualquier momento, tanto en su plazo como en su condición de persona menor de edad. Existen diversas maneras de poder llevar a cabo una solución de conflictos, pero para que esto pueda ocurrir satisfactoriamente, hay que tomar siempre en cuenta las guías generales que permiten una mejor calidad en la impartición de justicia, y el mismo Comité de los derechos del niño hace recomendaciones importantes también en disposiciones jurídicas, para que la

¹¹⁰ CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011, párr. 139.

¹¹¹ Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 83.

decisión que se tome sea con base en el conocimiento especializado y pronto en la toma de decisiones.

Ahora bien, al tener un panorama amplio del tratamiento recomendado de la detención provisional a la luz de la normativa internacional, donde las virtudes que se precisan son la generalidad esencial y los criterios oportunos, para poder velar por una impartición de justicia penal juvenil adecuada; entonces se pretende en las siguientes líneas hacer un análisis comparativo de las diversas manifestaciones estatales con respecto a la figura de detención provisional, y si estas satisfacen los lineamientos internacionales al momento de establecer que una persona menor de edad sea parte de un proceso penal. Esto principalmente con el objetivo de concluir si existe o no un adecuado uso de detención provisional en Costa Rica, pero también comparando con países de la región a los que compete este trabajo de investigación.

Capítulo II. Análisis comparativo entre el tratamiento internacional y el nacional de la figura de la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil

En las líneas anteriores se ha logrado establecer una realidad que va más allá de nuestras fronteras, y que permite hacerse la interrogante de si nuestro país satisface las normativas internacionales y lo más importante, si ello conlleva un progreso o un retroceso en nuestra política criminal. Para ello se hace uso de situaciones y tratamientos específicos en cuanto al uso de la detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil, como ya se vio en título anterior; sin embargo, se considera importante una vez establecida la realidad nacional si en otros estados se da, tomando en cuenta las sugerencias de los organismos internacionales, mediante la normativa o la jurisprudencia, un adecuado tratamiento de cara a dicho bloque de convencionalidad, y para ello nos haremos de datos importantes en diversos aspectos propios de un proceso penal juvenil.

“El funcionamiento de un sistema especializado de justicia penal juvenil ha tenido logros y resultados. Sin embargo, en diversos sectores de la sociedad existe la tendencia a responsabilizar del incremento general de la violencia a las niñas, niños y adolescentes por cometer delitos, planteando como solución la aplicación a estos del régimen penal

general así como la inclusión de los más pequeños en la justicia penal juvenil, o el aumento de penas, entre otras medidas tendientes al endurecimiento del sistema”.¹¹²

Parte de las diversas maneras de abordar el presente tema de investigación es comprender la necesidad de que en un país protector de derechos humanos aplique adecuadamente la normativa internacional, entendida como el bloque de convencionalidad para poder decir que lo hace de manera eficaz. Parte de la problemática generalizada por la delincuencia juvenil y, por ende, la eventual detención provisional en algunos procesos penales es debido a que se trata de culpar al sector poblacional involucrado, cuando se debería velar por un adecuado desarrollo social para estas personas menores de edad. No se puede decir que no exista un derecho penal juvenil; todo lo contrario, es fundamental su existencia, pero debe haber también un desarrollo que trascienda los tribunales de justicia y que sean la última instancia y el último recurso posible, es decir, que la persona menor de edad que sea parte de un proceso judicial lo sea debido a que sus acciones no tienen cabida en ningún otro lugar para asumir su responsabilidad.

“Las condiciones en las que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en las que interviene un adulto; sostener lo contrario implica desconocer la realidad y omitir la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, generando un grave perjuicio para ellos . Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferentes situaciones entre quienes participan en los procedimientos”.¹¹³

La realidad es variable en justicia penal juvenil, sin saberse cuál estado puede mantener unas mejores condiciones de justicia. Algo está claro, los procesos penales, si bien algunos procuran el bienestar de la persona menor de edad más que otros, no deja de ser un episodio oscuro para una sociedad en que la delincuencia no debería existir siquiera, y el que se hallen menores de edad que infringen leyes penales da una certeza de fallas sociales que no pudieron solucionarse por caminos más propicios. No se puede pensar en un remedio cuando se habla de medidas y además penas privativas de libertad. “Se han identificado en el presente informe múltiples intentos encaminados a lograr que personas menores de 18 años sean sometidas por sus conductas infraccionales al

¹¹² Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 11.

¹¹³ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/02. Serie A No. 17, 2002, párr. 96.

sistema penal de adultos. Este tipo de cambios, así como otros que se han implementado recientemente en la región tienen como consecuencia, en términos generales, el endurecimiento de las respuestas penales sobre la infancia y la adolescencia¹¹⁴.

La realidad de cada sociedad es distinta, y Costa Rica no escapa de ello. La sociedad costarricense ha visto un incremento en la delincuencia juvenil, llenando centros de atención especializados y tribunales de justicia penal juvenil. El verdadero problema se debe reconocer antes de que las personas menores de edad acudan a que se resuelva su situación jurídica, debería cambiarse la cultura represiva actual a una cultura preventiva. No extraña entonces que existen "personas menores de 18 años son sometidas a procesos de responsabilización penal en iguales condiciones que los adultos. Por ejemplo, según información recabada en Bolivia y Cuba se establece que los niños son imputables penalmente a partir de los 16 años"¹¹⁵.

Para poder considerar a Costa Rica como opción defensora de derechos humanos en pos de las personas menores de edad, desarrollo que se hizo en su momento en el presente trabajo de investigación, donde se hace un análisis tanto normativo como jurisprudencial, debe compararse con otros países de la región, dado que también ellos toman en cuenta las pautas marcadas a escala internacional. Un análisis comparativo nos permite concluir en observancia de algunos tratamientos de la detención provisional si existe o no un adecuado uso de él en Costa Rica, por lo que es importante establecer ejemplos de detención provisional. Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia son los modelos que nos van a permitir dejar entrever si Costa Rica demuestra una adecuada forma de tratamiento normativo y jurisprudencial.

Tenemos en primer lugar a Argentina, unos de los máximos exponentes de desarrollo penal en la región, de donde se han adoptado incontables conceptos que permiten que algunos estados los adopten y prosperen bajo ciertos modelos y esquema de especialización. Ante todo, es importante mencionar que si bien algunos estados se encuentran en una mejor posición con respecto a un determinado tema, vale destacar que eso se realiza en observancia de normativa y jurisprudencia internacional. Así, como primer acercamiento del uso de detención provisional como medida cautelar en un

¹¹⁴ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 87.

¹¹⁵ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 19.

proceso penal juvenil observamos que si bien el Decreto 22.278¹¹⁶ expresa que la edad de responsabilidad penal mínima es de 16 años de edad; sin embargo, se da un tratamiento igual al de los adultos a personas que cometieron algunos delitos entre los 16 y los 18 años.

El caso Mendoza y otros vs. Argentina nos permite visualizar una aplicación del entendimiento del mencionado decreto desde la perspectiva internacional para comprender el porqué es importante profundizar en el conocimiento al momento de aplicar la ley, dado que esta norma realiza una distinción entre sujetos no punibles y punibles. El primer grupo comprende a los niños menores de 16 años, mientras que el segundo abarca a los niños que tienen entre 16 y 18 años al momento de la comisión de los hechos, si son imputados de un delito de acción pública que tenga una pena mayor a los dos años de prisión¹¹⁷.

La detención provisional permite que existan ciertas garantías para poder dar un adecuado término a una resolución de conflicto de una persona menor de edad con la ley, tomando en cuenta la situación personal y estableciendo plazos razonables para dicha resolución. Pero la posibilidad de aplicar esta medida cautelar no significa, y dista de hacerlo, que se deba aplicar siempre que exista la posibilidad y sobre todo aplicarla inclusive cuando no tiene cabida. Permitir una restricción de la libertad para poder ajustar problemas que van más allá de los tribunales de justicia no parece ser una solución.

“Al cumplir 18 años de edad y luego de haber sido sometidos a tratamientos tutelares por lo menos por un período de un año, el juez puede imponer a estos una pena de las previstas en el Código Penal de la nación. Una de las características de este régimen es que la aplicación de la pena queda supeditada fundamentalmente a indicadores subjetivos como los que arroja el período de tratamiento tutelar¹¹⁸”.

Podemos concluir entonces que en Argentina es loable que la edad de responsabilidad mínima sea de 16 años de edad, parece ser una edad adecuada en la que se pueda asumir responsabilidad y que a la vez permita paralelamente una guía para no volver a realizar conductas de este tipo, que estos cuenten con una red de apoyo que pueda significar una evasión de lugares e influencias negativas para las personas menores de

¹¹⁶ Argentina. Decreto 22.278, Boletín Oficial del 28 agosto de 1980.

¹¹⁷ Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia No. 260, 2013, párr. 75.

¹¹⁸ Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia No. 260, 2013, párr. 76.

edad, un seguimiento para que sean socialmente adecuados y que, a su vez, se procure su desarrollo académico y económico, dado que es una población en riesgo. En la región se tiene conocimiento de que la infraestructura para poder establecer un adecuado sistema de prevención penal juvenil y de justicia penal juvenil no cuenta con los parámetros internacionales, y es entendible pero no es justificable. El poder establecer un sistema de pasos para que una persona menor de edad que se encuentre en conflicto con la ley y al mismo tiempo tenga posibilidad de mejorar su porvenir es un sistema ideal para cualquier estado respetuoso de la normativa internacional.

Con respecto a este importante punto de manutención de un adecuado sistema, en el que la política social debe imperar sobre la criminal, hay muchas fuentes que nos hacen concluir que para que se establezcan modificaciones legales para que las personas menores de edad sean procesadas como adultos responde a una desinformación de los índices económicos y sociales, además de no manejar una adecuada formación para que los extremos no lleguen a ser un camino por seguir. Ni permitir que las personas menores de edad puedan cometer delitos sin ninguna consecuencia, ni permitir que sean tratados como adultos cuando no lo son y, todavía más grave, endurecer las penas¹¹⁹.

“En Uruguay, mediante un sistema de recolección de firmas de la población, se logró obtener aprobación para realizar un plebiscito que permita realizar una reforma constitucional juntamente con las elecciones nacionales en el año 2014. Esta reforma constitucional permitiría excluir a las personas mayores de 16 años de edad de la justicia juvenil cuando cometan determinados delitos”.¹²⁰

Este plebiscito no obtuvo la mayoría simple de los habitantes en Uruguay, y logró el 45% de la totalidad de los votos. Esto tiene dos puntos importantes. El primero, pese a que no pudo sobrepasar la mayoría simple, (es decir, la mitad más uno) sigue siendo un porcentaje muy alto dentro de la población, lo cual lleva a pensar que se cree mucho en la cultura de endurecer penas y no en la de prevención y redes de apoyo. En segundo orden se ignora el manto de protección que se rige en la justicia penal juvenil, al pretender que personas menores de edad a partir de los 16 años sean procesadas como si fueran

¹¹⁹ Al respecto vale destacar el artículo del profesor Carlos Tiffer en la Nación publicado el 14 de noviembre del año 2014. Dirección digital del artículo: http://www.nacion.com/opinion/foros/Uruguay-edad-imputabilidad-penal_0_1452654721.html revisado el día 10 de diciembre del año 2016.

¹²⁰ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Fundación Sur Argentina, Cuestiones a considerar en la evaluación del tercer informe periódico de Argentina en cumplimiento del art. 44 de la Convención sobre Derechos del Niño, 2009, págs. 34 y ss.

adultos. Aunque se procura que sea en casos particulares y siempre que se trate de delitos de gran gravedad, no es la solución a un problema social. Así como las personas que viven en sociedad no necesitan reglas para cada aspecto de la cotidianidad, tampoco los y las menores de edad no necesitan un proceso penal para poder discernir entre lo adecuado y el comportamiento grave, y sabiendo que se encuentran en una edad en la que pueden ser fácilmente manipulados por influencias negativas, y que se debería procurar un sistema de educación y de verdadero surgimiento social, desde edades tempranas para que, de esta manera, exista una adecuada manera de afrontar un problema en crecimiento.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento se tiene a Brasil, donde “desde el año 1999, han existido propuestas legislativas de rebaja de la edad penal que son discutidas en el Congreso Nacional, en distintas propuestas de reforma a la Constitución Federal. Más recientemente, la Comisión de Constitución y Justicia del Senado Federal ha aprobado una propuesta de rebaja a los dieciséis años para los casos de crimen hediondo ¿hediondo? cuando un reporte psicológico ateste la capacidad de discernimiento del adolescente. La propuesta sugiere que el cumplimiento de la pena se realice en un local distinto de donde se quedan los mayores de edad. Teniendo en cuenta que el cambio es de orden constitucional, el tema debe seguir siendo debatido”.¹²¹ Cada país enfrenta diariamente problemas sociales que significan factores de riesgo para las personas menores de edad; empero, se insiste en lo ilógico que resulta solucionar un problema de círculos con figuras cuadradas. La salida fácil que se presenta como método adecuado para solventar la criminalidad juvenil, tiene consecuencias nefastas a futuro, en la que una persona menor de edad sufra penas privativas de libertad sin que se haya procurado, en primer lugar, solucionar su situación social y apoyar mediante programas de conducta y una adecuada ayuda profesional en la solución de sus necesidades y problemas, y esto pensar que el bloque de convencionalidad no satisface las necesidades de los países, debido a que ello conlleva a una mayor inversión que muchos países no pueden costear. La situación antes descrita de Brasil no es muy diferente de lo que acontece en diversos países de la región, y la solución planteada se halla a medio camino de ser adecuada. No puede decirse que las personas menores de edad, sobre todo a los 16 y 17 años de edad, no tienen capacidad de discernimiento, pues ahí no está la raíz del problema de creciente índice de delincuencia juvenil, sino en la poca posibilidad de reinserción social y la escasa observancia a los métodos de prevención. Se considera que en las personas menores de

¹²¹ Información proporcionada por la Oficina Regional de UNICEF.

edad el discernimiento existe, pero son las pocas posibilidades las que conllevan a dejar sin opciones reales antes de cometer un delito.

“En Colombia, en 2009, se presentaron varias propuestas de reforma del sistema de justicia juvenil. Los planteamientos incluían, entre otros, la aplicación del sistema penal de adultos –incluida la privación de libertad en cárceles de adultos– a los adolescentes desde los 16 años y aumentar la posibilidad de aplicar penas privativas de la libertad a casi todos los delitos. Estas iniciativas se concentraron en un proyecto de ley más amplio sobre seguridad ciudadana. Finalmente, en el 2011, fueron aprobadas algunas modificaciones al sistema, pero no las mencionadas anteriormente, no se aumentaron las penas, pero sí se aprobó incluir entre los delitos que establecen una privación de libertad entre 2 y 8 años, los delitos contra la libertad e integridad sexuales, así como la no suspensión de la sanción cuando los adolescentes alcanzan los 21 años durante el cumplimiento de esta”.¹²²

Según los párrafos 36 y 37 del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores del año 2007 e internacionalmente hablando las personas menores de 12 años de edad no sean responsabilizados ante la justicia penal juvenil por infringir las leyes penales, aún menos ante la justicia penal ordinaria. Todo el párrafo anterior es extraño y oscuro. Por lo que existe un fuero internacional que marca una pauta de responsabilidad penal, en la que los estados parte deben seguir para evitar transgresiones en los derechos de las personas menores de edad; sin embargo, hay una diferencia como bien se sabe entre los lineamientos generales e internacionales y lo establecido en la normativa local. Por lo que la edad mínima sugerida no siempre es abarcada. Inclusive el Comité recomienda que la edad mínima sea entre los 14 y 16 años, e insta a que dichas edades no sean reducidas más allá de lo recomendado. El Informe Sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, en su párrafo 45, da a conocer las edades mínimas de responsabilidad penal, teniendo a Trinidad y Tobago y Granada como los únicos estados donde la edad mínima son los 7 años de edad; mientras que Argentina es el Estado en que la edad mínima es la más alta con 16 años. Vale mencionar como tema de análisis al resto de los estados y sus edades mínimas de responsabilidad penal en las personas menores de edad. Una tabla nos permite visualizar de manera más concreta los diversos puntos de vista de los estados que tienen aprobados aspectos vitales del bloque de convencionalidad.

¹²² Información proporcionada por la Oficina Regional de UNICEF.

Edades mínimas de responsabilización penal	Edad
Granada, Trinidad y Tobago	7 años
Antigua y Barbuda, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas	8 años
Bahamas, Guyana, Surinam	10 años
Barbados	11 años
Dominica, Santa Lucía, Jamaica, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Venezuela	12 años
Haití, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay	13 años
Chile, Colombia, Paraguay, Perú	14 años
Argentina	16 años

Dicha tabla denota que existe en muchos estados una problemática social que se satisface con la responsabilidad penal temprana, situación que denota una clara infracción a los muchos acuerdos y reglas internacionales que velan por la adecuada imposición de un proceso penal a las personas menores de edad, e inclusive que la inclusión a un proceso penal sea la última salida posible para la solución de conflictos de las personas menores de edad con la ley penal. Y es producto de los extremos donde los 7 años de edad sea un grupo etario en el que ya se pueda ser responsable penalmente, sin tomar en cuenta las diversas opciones que en estas edades se pueden realizar y que podrían crear una mejor solución de conflictos.

“Este tipo de tendencias son contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y al principio de regresividad. Pero además, se trata de modificaciones que no han resultado eficientes para cumplir los objetivos que generalmente postulan. Los países que han transitado el camino del endurecimiento de los sistemas penales juvenil continúan

planteándose problemas referidos a la inseguridad de la misma forma que antes de emprender las reformas normativas (...).¹²³

Y en efecto, esas reformas normativas que procuran solventar un problema que no encuentra su base en la edad de responsabilidad penal mínima, sino que contiene una carga social que requiere un mejor estudio y cuidado. Nos encontramos en un largo punto de la presente investigación como para que se presuma que no se debe considerar relevante una conducta agresora de una persona menor de edad por debajo de la edad mínima de responsabilidad, no sólo desde la perspectiva local sino también y sobre todo desde la óptica internacional. Consideramos que inclusive tienen que ser los casos a los que más cuidado se le debería de prestar, al haber un estado de vulnerabilidad de dicha persona. Además, a tales edades que algunos estados han considerado como adecuados para responsabilizar a una persona menor de edad. No podemos dejar de observar la *ultima ratio* característica del Derecho Penal, por lo que se deben procurar medidas adecuadas para solventar el problema y no punitivas, pues la regla es el interés superior, y la excepción es la responsabilidad penal vista como una adecuación a la política criminal de adultos.

“Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquellos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.¹²⁴

La hipótesis de que una persona sea encausada penalmente por su condición social y económica es más frecuente de lo que se espera. Ya es delicado el tema de justicia penal juvenil como para aceptar una regresión en sistemas represivos y arbitrarios de impartición de justicia. Mediante argumentos sin lógica, razón ni fundamentos legales se

¹²³ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 21.

¹²⁴ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 2002, párr. 109.

comete la mayor de las injusticias. Costa Rica posee la característica de reconocer en sí misma los problemas que tiene en su haber. Buscando soluciones que sobre todo tienen que ver con falta de presupuesto para un adecuado sistema de reinserción social penal juvenil y, además, evita la detención provisional como herramienta única de asegurar la finalización de un proceso penal. Por lo que este capítulo ha mantenido es que Costa Rica posee una amplia gama de soporte normativo en el bloque de convencionalidad, y es así que se procura mejorar las condiciones de los tribunales especializados, pues queda en evidencia que tienen un largo camino por recorrer, y se puede ver por medio de los diversos sistemas de la región, unos en mejor posición y control de la población juvenil; y otros que no tienen un rumbo adecuado en su desarrollo. Lo que debe evitarse a toda costa es establecer reformas regresivas, que no tienen contenido de cara al bloque de convencionalidad. La solución a un problema en crecimiento no se encuentra utilizando procedimientos que antaño han fallado. “Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado; esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos”.¹²⁵

En definitiva, se debería buscar un sistema que genera bienestar y no uso del monopolio del Estado de aplicar penas y que “los niños que enfrentan problemas sociales o económicos deben ser atendidos mediante la prestación de servicios sociales o de protección de la niñez, pero no mediante el sistema de justicia juvenil. En toda circunstancia, deben mantenerse a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que los afecte debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser objetiva y razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar **en todo momento** su necesidad, proporcionalidad, idoneidad y legitimidad”.¹²⁶

¹²⁵ Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 2002, párr. 110.

¹²⁶ CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011, párr. 74.

Existe la posibilidad en algunos países de que una persona menor de edad sea parte de un proceso penal de adultos. Países como Antigua y Barbuda y Jamaica tienen esta posibilidad cuando son acusados con un adulto, se pasan a conocer a un tribunal penal. En otros países existe la posibilidad de que sea el juez el que haga esta especie de "traslado" judicial de un proceso juvenil a uno adulto según su discrecionalidad; esto sucede en países como Surinam, mientras que en Argentina se trasladan en cuanto a la aplicación de penas máximas propias del derecho penal adulto, incluyendo la prisión y reclusión perpetua. Como se sabe, en Costa Rica dichos problemas no se presentan bajo ninguna circunstancia y no permite que se traslade a un menor de edad a un proceso penal de adultos, inclusive cuando una persona que ya cuenta con la mayoría de edad pero que se le abre una causa de cuando era menor de edad; a dicho individuo ya considerado adulto se le da un tratamiento especializado como si se tratase de un menor de edad.

Para que dichas circunstancias se mantengan incólumes hay que conservar un sistema normativo que vaya en la misma línea de pensamiento que la normativa internacional, donde como hemos visto hay lineamientos y manifestaciones claras de respeto de especialización y protección a la población vulnerable. Un ejemplo de un mal entendimiento de la normativa internacional es Cuba, donde se tiene conocimiento que no existen tribunales especializados para las personas menores de edad en conflicto con la ley, mientras que en Costa Rica se prevé que exista en todo el territorio dicha condición, sin ignorar por supuesto que los tribunales especializados se mantengan de una forma limitada en cuanto a su capacidad de respuesta y de celeridad del proceso, además de su ausencia en algunos sectores del país.

"En atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad, sean ilegalmente restringidas."¹²⁷

Es importante mencionar la realidad de muchos países centroamericanos con respecto a las pandillas conocidas como las maras. No es el punto central de la presente

¹²⁷ Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia No. 152, 2006, párrs. 110 y 112.

investigación pero es importante conocer el impacto que tiene al momento de tomar decisiones judiciales y sus implicaciones sociales, por medio de quienes forman parte del sistema judicial.

“La situación actual no ha cambiado sustancialmente y continúa siendo preocupante el enfoque represivo adoptado hasta la fecha por la mayoría de los países hacia la delincuencia juvenil (...).”¹²⁸ Con ello se debe decir que existen muchos países que mantienen una línea de protección de derechos humanos, siendo partícipes de varios convenios y demás instrumentos internacionales y al momento de redactar sus normas y leyes locales adoptan dichas pautas. Sin embargo, la falta de conocimiento o especialización en el conglomerado de tribunales que implican situaciones de relevancia penal en la categoría juvenil no es acorde, y ello provoca una falla en muchos sistemas de justicia. Debido a esto, Costa Rica sufre en ocasiones situaciones poco favorables para las personas menores de edad en cuanto a su libertad, teniendo varios ejemplos jurisprudenciales en que los puntos fundamentales de aplicación de la medida cautelar de detención provisional no se halla debidamente fundada, al heredarse la práctica penal de adultos. Y “las reformas regresivas han encontrado un campo fértil en un contexto de ciencias de los sistemas de información sobre el sistema, de baja profesionalización de este, de ausencia de planificación estratégica en relación con el funcionamiento de la justicia juvenil y de dificultades de los estados en abordar la temática de las políticas de seguridad ciudadana”.¹²⁹

Se tiene poco conocimiento de si la detención provisional en Costa Rica o países de la región contiene un grado de reinserción social, y si de alguna forma es eficaz contra la reincidencia delictiva. Se puede llegar a la conclusión de que existen límites y protecciones especiales para las personas menores de edad que se encuentran en detención provisional y que muchas veces se respetan y hacen valer, pero la situación de esta población en riesgo puede mejorar, empezando por incrementar un interés en que este grupo etario se aleje lo más posible de los tribunales de justicia y en el caso de lleguen su restricción de libertad no sea la regla sino la excepción. La información que se brinca con respecto a la efectividad de la detención provisional en Costa Rica no es amplia y clara, por lo que se pueden hablar de supuestos, pero ello en sí es un indicativo de que la situación posterior de las personas menores de edad no es controlada de

¹²⁸ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 28.

¹²⁹ Palummo, Javier. Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital. Pág. 89.

alguna forma, por lo que se debería intentar crear un sistema especial que incluya el adecuado desarrollo social de personas que no llegan todavía a su etapa adulta y podrían todavía controlar sus futuras conductas, siempre y cuando haya un genuino interés de mejorar la calidad de vida.

Conclusiones

Al establecer el desarrollo de los títulos en el trabajo de investigación, puede llegarse a una serie de conclusiones que permiten condensar la información que se obtuvo por medio de diversas fuentes de información y conforme se profundizó en detalles vitales para comprender la función de cada título.

Conceptualización de la detención provisional y el bloque de convencionalidad

Los conceptos fundamentales sirven para poder comprender la importancia del uso de los principios que rigen la materia especial penal juvenil, y para que exista una revisión continua de aplicación y conocimiento suficiente para que las actuaciones judiciales siempre permanezcan actualizadas.

Para ello se requiere comprender el origen de figuras de gran relevancia procesal como el bloque de convencionalidad y la detención provisional que, a su vez, desprenden conceptos para su comprensión holística. Se concluye que la detención provisional no puede sustentarse en la época actual sin hacer revisión de la convencionalidad, pues de lo contrario se estaría incurriendo en faltas a principios y pilares de protección hacia las personas menores de edad a las cuales esta medida cautelar se les aplica.

Análisis doctrinario de detención provisional y de bloque de convencionalidad

Establecida la importancia de que estos dos términos se complementen, existe un desarrollo por los analistas de derecho que crea una discusión en torno al uso de la detención provisional, entendida así de manera exclusiva en materia penal juvenil, de cara al bloque de convencionalidad, concepto que se define mediante la doctrina como una forma de evitar quebrantos a convenciones, tratados y demás fuentes del derecho internacional, que procuren adecuar la necesidad de un proceso de derecho penal juvenil que deben analizarse más allá de la normativa local.

Y da espacio a quienes aplican el derecho de revisar y en caso de quebranto normativo propio del país, se pueden acaparar las decisiones mediante argumentos sustraídos de manifestaciones internacionales, situación que es permitida siempre y cuando se cumplan las condiciones de que en la normativa local especializada no hay respuesta, y que el uso de la normativa internacional no procure un daño a la situación jurídica de la persona en

análisis y que, de esta manera, exista un respeto a los principios y fundamentos de un proceso penal juvenil.

Aplicación normativa y jurisprudencial de la detención provisional en Costa Rica

Para entender cómo funcionan las prácticas normativas y doctrinarias de la detención provisional, hay que establecer la realidad de comprensión como se da en los tribunales de justicia y que, en ocasiones, adquieren prácticas propios del derecho penal de adultos. Cuando existe algún vacío normativo al momento de establecer la detención provisional por un plazo determinado y que, a su vez, dicho plazo por ejemplo se encuentre en duda si es pertinente o no, es común ver argumentos para defender dicha posición mediante manifestaciones propias de tribunales penales de adultos, y ello conlleva a una violación evidente de principios fundamentales que se exponen a que las decisiones tomadas sean puestas en tela de duda, y esto se puede mejorar de forma definitiva si se puede dar una capacitación de control de usos correctos de detención provisional y que la jurisprudencia mejore en la guía y mantenga una posición firme de condiciones idóneas, contrario a lo que acontece en la actualidad, cuando se han podido encontrar diversas posiciones sobre un mismo tema.

Esto genera una incertidumbre para cada caso particular y es mediante una solicitud de conocimientos más amplia que pueda crear un sistema adecuado de justicia penal juvenil, ya que ha quedado en evidencia espacios de aplicación contrarios a la conceptualización básica de los elementos para restringir la libertad de una persona menor de edad, sin tener que analizar si se dan por una cuestión de ignorancia o por una cuestión de transgresión normativa, tanto nacional como internacional.

La detención provisional como medida cautelar en un proceso penal juvenil en el marco internacional y su comparación con el marco nacional

En Costa Rica hay un adecuado uso de la detención provisional si se hace una comparación de los diversos usos en la región, y se entiende que quienes hayan firmado las diversas bases de convencionalidad son punto de partida de la confección de normativa especializada. Si bien a futuro hay retos en los que se puede mejorar, especialmente en cuanto a la expansión de bienestar de las personas menores de edad y de que estos no sean parte de un proceso penal juvenil cuando ello se puede evitar y

mucho menos restringir su libertad como regla ante un proceso y no como debería ser, que sea la excepción.

Falta recorrido en programas sociales de ayuda juvenil y manifestaciones que eviten una conglomeración judicial de conductas delictivas que pueden solventarse mediante un mayor conocimiento de los jueces y las juezas, para que el apoyo a una población en riesgo y con edad para buscar solución alternativa de conflictos tengan una valía mayor.

Bibliografía

- Álvarez Mora, Maribelle. Soto Montero, Shirley. (1994). *Detención y libertad en materia penal: una perspectiva criminológica*. Editorial Universidad de Costa Rica, San José.
- Amador Badilla, Gary. (2008). *Algunos problemas respecto a la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil*. Revista Digital de Ciencias jurídicas, edición Núm.115. Universidad de Costa Rica.
- Amador Badilla, Gary. (2006). *La detención provisional en la ley de justicia penal juvenil*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.
- Anitua, Gabriel Ignacio. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina
- Argentina. Decreto 22.278, Boletín Oficial del 28 agosto de 1980.
- Baratta, Alessandro. (2002). *Criminología crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Siglo Veintiuno Editores. Argentina.
- Barrata, Alessandro. (1995). *Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia*. Biblioteca Digital Revistas Científicas y Humanistas. Capítulo Criminológico Vol. 23, Núm. 1. Pág.5 Universidad del Zulia. Venezuela. Disponible en <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/issue/view/2282>.
- Batista Arias, Verónica. La detención provisional y sus alternativas a la luz de la justicia penal costarricense. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Formato digital. 2008.
- Beccaria, Cesare. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Versión digital de la Universidad Carlos III de Madrid. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20160808_02.pdf. Revisado el 29 de agosto del año 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. (2012). *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Iustel, Madrid, España
- Binding, Karl Lorenz. Hoche, Alfred Erich. (2009). *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de la vida*. Traductor: Serigós, Bautista. EDIAR, Buenos Aires, Argentina
- Brenes, Albam. (2005). Los trabajos finales de graduación: su elaboración y presentación En Las Ciencias Sociales. EUNED, San José
- Brewer-Carías, Allan R. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. Texto preparado para la exposición del

evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sobre el control de convencionalidad y su aplicación. San José, Costa Rica, 27-28 de setiembre del 2012. Disponible en [http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-](http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCIÓN%20DE%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc)

[41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCIÓN%20DE%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc](http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCIÓN%20DE%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc)).pdf revisado el 1 de octubre del 2016.

- Burgos Mata, Álvaro. (2011). *15 Años de justicia penal juvenil en Costa Rica: lecciones aprendidas*. DNI. San José, Costa Rica
- Burgos Mata, Álvaro. (2009). *Manual de Derecho Penal Juvenil Costarricense*. Tomo I. Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. Heredia, Costa Rica. Pág. 43. Versión Digital disponible en <https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/penal%20juvenil/ManualDeDerechoaPenalJuvenil.pdf> revisado el 12 de agosto del 2016.
- Cámara Ruiz, Juan. (2003). *Derecho procesal*. Editorial punto y coma. Valencia, España.
- Cárcova, Carlos María. (2006). *La opacidad del Derecho*. Editorial Trotta, Madrid
- Carmona Pérez, Adán. Control difuso de convencionalidad: una invitación para soslayar el tratamiento inconveniente de la detención provisional en penal juvenil. Trabajo realizado para la maestría en Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica.
- Caso Almonacid Arellano vs Chile. 26 de noviembre del 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf revisado el 10 de agosto de 2016.
- Caso Boyce y otros vs Barbados. 20 de noviembre del 2007. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf revisado el 10 de agosto de 2016.
- Caso Carlos Tibi vs Ecuador. 7 de setiembre del 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf revisado el 1 de agosto del 2016.
- Caso Gelman vs Uruguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero del 2011. Disponible en

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf consultado el 2 de octubre del 2016.

- Caso Myrna Mack vs Guatemala. 25 de noviembre del 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf revisado el 1 de agosto del 2016.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Fundación Sur Argentina, Cuestiones a considerar en la evaluación del tercer informe periódico de Argentina en cumplimiento del art. 44 de la Convención sobre Derechos del Niño, 2009.
- CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011.
- CIDH, Informe sobre justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, 2011.
- Código Penal de Costa Rica.
- Código Procesal Penal de Costa Rica.
- Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007.
- Comité de los Derechos del Niño, Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención de los Derechos del Niño. Tratado Internacional de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.
- Convención de los Derechos del Niño. Tratado Internacional de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.
- Correas, Óscar. (1991). *Sociología jurídica en América Latina*. Editorial Gipuzkoa, España
- Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia No. 112, 2004.
- Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia No. 260, 2013.
- Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia No. 152, 2006.
- Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 2002.
- Corte IDH, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02. Serie A No. 17, 2002.

- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A.
- De la Cuesta Arzamendi, José L. (1984). *Reformas penales en el mundo de hoy*. Instituto de Criminología. Madrid
- Dieterich, Heinz. (2001). *Nueva guía para la investigación científica*. Editorial Planeta Mexicana, México D.F.
- Eco, Umberto. (2001). *Cómo se hace una tesis*. Editorial Gedisa, México. D.F.
- Gallardo, Helio. (2002). *Elementos de investigación académica*. EUNED, San José
- García Méndez, Emilio. La privación de libertad como forma de “protección” de la infancia: un caso paradigmático de construcción judicial de vulnerabilidad. En Justicia Penal, Política Criminal y Estado Social de derecho en el siglo XXI. Homenaje a Elías Carranza. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. EDIAR. 2015.
- García Ramírez, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf> revisado el 2 de octubre del 2016. Pág. 213.
- García Valdez, Carlos. (1982). *Estudios de Derecho Penitenciario*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España
- Guillén Cornejo, Jorge Luis. El vacío legal en el sistema de justicia para adolescente en materia federal. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Sonora. México. Versión digital <http://www.bidi.uson.mx/TesisIndice.aspx?tesis=19610> revisada el 20 de agosto de 2016.
- Harblottle Quirós, Frank y Rivas Quesada, Lucrecia. Las medidas cautelares en el derecho penal costarricense. *Revista Judicial, Costa Rica*, N. 118, enero. 2016.
- Historia de la Corte IDH. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh> revisado el 12 de agosto de 2016.
- Hitters, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Visto en *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, No 2, 2009.
- Hulsman, Louk. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Editorial Ariel, Barcelona
- Jakobs, Günther. Cancio Meliá, Manuel. (2005). *Derecho penal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina
- Jakobs, Günther. Traductor: Weezel, Alex Van. (2008). *El Derecho Penal como disciplina científica*. Thompson, España
- Jinesta Lobo, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales, en *El control difuso de convencionalidad*. Diálogo entre la Corte

Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales. En memoria del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, Funda, Querétaro, México 2012. Pág. 278

- Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de la niñez. 13 de julio del 2011. Disponible en http://www.unicef.org/honduras/Justicia_juvenil_DDHH_Americas.pdf revisado el 2 de octubre del 2016.
- Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.
- Llobet Rodríguez, Javier. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José, Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.
- Llobet Rodríguez, Javier. Tiffer Sotomayor, Carlos. Dunkel, Frieder. (2014). *Derecho Penal Juvenil*. Editorial Jurídica Intercontinental.
- Llobet, Javier. Tiffer, Carlos. (1999). *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional*. EDISA. San José, Costa Rica
- Maxera, Rita. La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: El caso de Costa Rica. Publicación en línea.
- Mendizábal Oses, Luis. (1977). *Derecho de menores: teoría General*. Ediciones Pirámide. Madrid
- Muñoz Conde, Francisco. (2008). *De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"*. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina
- Muñoz Conde, Francisco. (2007). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Cuestiones Intersectoriales. Manual de Instrucciones para la evaluación de la justicia penal. Naciones Unidas. Nueva York. 2010. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Juvenile_Justice_Spanish.pdf consultado el 12 de agosto de 2016.
- Organización de los Estados Americanos. Sección Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> revisado el 10 de agosto del 2016.
- Ortells Ramos, Manuel. (1997). *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España
- Palummo, Javier. *Justicia Penal Juvenil: Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. UNICEF. 2014. Versión digital.

- Ramírez Solera, Alonso. Análisis jurídico repercusiones socio-políticas de institucionalismo educacional en Costa Rica. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 1982.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 14 de diciembre de 1990.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. 14 de diciembre de 1990.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. 14 de diciembre de 1990.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas. 29 de noviembre de 1985.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas. 29 de noviembre de 1985.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos. (¿Muchas Nueces?)--, ¡Poco Ruido!: Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico-penal costarricense. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2002.
- Roxin, Claus. (2000). La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal. Traductores: García Cantizano, María y Gómez Rivero, Carmen. Tirant lo Blanch, Valencia
- Salas Solís, Minor E. La explicación en las ciencias sociales: consideraciones intempestivas contra el dualismo metodológico en la teoría social. Reflexiones Segunda Época. Universidad de Costa Rica. 2005.
- Salido Valle, Carlos. La detención en la Ley de Responsabilidad penal de los menores. Anuario de Justicia de Menores, No.1. Editorial Astigi. Sevilla, España. 2001.
- Samaja, Juan. (2007). *Epistemología y metodología: elementos para una teoría de la investigación científica*. Editorial Eudeba, Buenos Aires
- Santacruz Giralt, María Lizet. (2001). *Barrio adentro: la solidaridad violenta de las pandillas*. Instituto Universitario de Opinión Pública. San Salvador, El Salvador
- Schünemann, Bernd. (2010). *Derecho Penal contemporáneo: sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina
- Sentencia 104-12 de las once horas y diez minutos del treinta de mayo del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 109-2016 de las once horas y quince minutos del diecinueve de abril del dos mil dieciséis. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.

- Sentencia 1204-12 de las ocho horas y veinte minutos del veinte de junio del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 1204-12 de las ocho horas y veinte minutos del veinte de junio del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 123-2015 de las quince horas y nueve minutos del veintiséis de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 123-2015 de las quince horas y nueve minutos del veintiséis de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 1351-2013 de las trece horas y treinta minutos del veintiuno de junio del dos mil dieciséis. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 1747-11 de las once horas del dieciséis de diciembre del dos mil once. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 1762-2011 de las catorce horas del veintiuno de diciembre del dos mil once. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 198-2015 de las trece horas y quince minutos del dieciocho de mayo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 737-12 de las dieciséis horas del diecinueve de abril del dos mil doce. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 85-2015 de las dieciséis horas y veinte minutos del cuatro de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sentencia 85-2015 de las dieciséis horas y veinte minutos del cuatro de marzo del dos mil quince. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil del Segundo Circuito Judicial de San José.
- Sibaja, Gina y otros. (2012). *Técnicas cualitativas de investigación*. Editorial UCR, San José

- Sousa Santos, Boaventura de y otros. (2007). *El Derecho y la globalización desde abajo: hacia una realidad cosmopolita*. Universidad Autónoma Metropolitana Cuajimalpa, México
- Sousa Santos, Boaventura de. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho*. Editorial Trotta, Madrid
- Tiffer Sotomayor, Carlos. Argentina en su laberinto. A propósito de la privación de libertad de personas menores de edad. *Revista digital Maestría en Ciencias Penales*, edición Núm.1. San José, Costa Rica. Universidad de Costa Rica. 2009.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*. Universidad de Costa Rica. San José.
- Tiffer Sotomayor, Carlos. Justicia penal juvenil y política criminal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 6. RDMCP-UCR.
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15826/15188> consultado el 1 de octubre del 2016.
- Valverde Molina, Jesús. Los efectos de la cárcel sobre el preso: consecuencias de internamiento penitenciario. Universidad Complutense De Madrid, España.
- Villanueva Castilleja, Ruth. (2004). *Visión especializada del tratamiento para menores*. Editorial Porrúa. México.
- Voto 11335-06 de las nueve horas y treinta y nueve minutos del cuatro de agosto del dos mil seis. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 11975-10 de las once horas y cincuenta y cinco minutos del nueve de julio del año dos mil diez. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 19962-10 de las trece horas y cinco minutos del treinta de noviembre del dos mil diez. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 3081-09 de las doce horas y treinta y dos minutos del dos mil nueve. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 3081-09 de las doce horas y treinta y dos minutos del veinticuatro de febrero del dos mil nueve. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 4618-07 de las catorce horas y cuarenta y un minutos del once de abril del dos mil siete. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 7332-02 de las quince horas y veintitrés minutos del veinticuatro de julio del dos mil dos. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 7371 de la Sala Constitucional de las 10:12 horas del 24 de setiembre de 1999.

- Voto 8468-07 de las dieciséis horas y diecinueve minutos del trece de junio del dos mil siete. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Voto 978-06 de las dieciocho horas y veintitrés minutos del treinta y uno de enero del dos mil seis. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal: lectio doctoralis. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2009.