

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIDAD DE POSGRADO**



TESINA:

**LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO PENAL CONTRA ADOLESCENTES
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES ESPECIAL REFERENCIA
A LA SENTENCIA DE COMPETENCIA 27-COMP-2011**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. VICTOR MANUEL MELENDEZ REYES

ASESOR: DR. REINALDO GONZÁLEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2014

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR**

**MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADEMICA**

**MAESTRO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**DOCTORA ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL**

**LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO**

**LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO**

**LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO**

**DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DOCTOR REINALDO GONZÁLEZ
COORDINADOR DE SEMINARIO**

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Introducción..... | i |
| CAPÍTULO I | |
| TRATAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN | |
| CONFLICTO CON LA LEY PENAL..... | |
| | 1 |
| 1. Surgimiento y Evolución de la Infancia y Adolescencia..... | 1 |
| 2. Proceso Penal de Adultos Aplicado a Niños, Niñas y Adolescentes..... | 8 |
| 3. Los Modelos de Justicia Penal Juvenil..... | 16 |
| 3.1. Modelo Tutelar, Asistencialista, Caritativo o de Protección..... | 16 |
| 3.2. Modelo Educativo o Permisivo..... | 20 |
| 3.3. Modelo de Responsabilidad..... | 22 |
| 4- Modelo de Justicia Penal Juvenil en El Salvador y La Justicia Restaurativa..... | 25 |
| CAPITULO II | |
| EL PROCESO PENAL JUVENIL Y LA REPRESIÓN | |
| PENAL CONTRA ADOLESCENTES..... | |
| | 34 |
| 1. El Proceso Penal Juvenil en El Salvador..... | 34 |
| 2. Estructura del Proceso Penal de Adolescentes | 42 |
| 2.1. Etapa Preparatoria..... | 43 |
| 2.2. Etapa del Juicio..... | 51 |
| 2.3. Etapa de Impugnación..... | 52 |
| 3. Debido Proceso en contra de Adolescentes..... | 55 |
| 4. El Proceso Penal de Adolescentes y el Principio de Especialidad..... | 63 |
| 5- Represión Penal y la Afectación de la Libertad en el Proceso Penal Juvenil..... | 69 |
| 5.1. Represión Penal..... | 70 |
| 5.2. La Afectación de la Libertad en el Proceso Penal Juvenil..... | 77 |
| 5.2.1. Detención de Adolescentes en el Termino de Flagrancia..... | 80 |
| 5.2.2. Detención por Inquirir en el Proceso Penal Juvenil..... | 86 |

CAPITULO III

ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DE LA IMPARCIALIDAD.

| | |
|---|----------------|
| REFERENCIA AL CONFLICTO DE COMPETENCIA 27-COMP-2011..... | 92 |
| 1. La Imparcialidad..... | 92 |
| 2. Antecedentes de la Resolución 27-COMP-2011..... | 103 |
| 3. Configuración de la Competencia de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador..... | 108 |
| 4. Análisis de los Argumentos de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador | 114 |
| 5. La Imparcialidad Objetiva en el Proceso Penal de Adolescentes | 128 |
| CONCLUSIONES..... | 135 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|--|
| Acum(s). | Acumulado(s) |
| Amp. | Amparo |
| Art(s). | Artículo(s) |
| C. Pn/CPn. | Código Penal |
| C.P.Pn/CPn. | Código Procesal Penal |
| C.P.C.M./CPCM | Código Procesal Civil y Mercantil |
| Cn. | Constitución de la República de El Salvador |
| C.I.D.H./CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| CSDN/C.S.D.N. | Convención Sobre los Derechos del Niño |
| CSJ/C.S.J. | Corte Suprema de Justicia de El Salvador |
| D.L. | Decreto Legislativo |
| <i>Op. cit.</i> | Obra Citada, sin tratarse de la inmediata anterior |
| D.O. | Diario Oficial |
| <i>et. al.</i> | Más de un autor en la obra citada. |
| inconst. | inconstitucionalidad |
| inc(s). | inciso(s) |
| lit(s). | literal(es) |
| LMI | Ley del Menor Infractor |
| LPJ/L.P.J. | Ley Penal Juvenil |
| O.C. | opinión consultiva |
| ord(s). | ordinal(es) |
| SCn | Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador |

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la presente tesina de maestría denominado “LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO PENAL CONTRA ADOLESCENTES. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE COMPETENCIA 27-COMP-2011”, se orienta al estudio analítico de los fundamentos y el fallo que fueron emitidos por la Corte Plena de la CSJ en la resolución del incidente de competencia con referencia 27-COMP-2011, al tratar por un lado, el significado y alcance de las exigencias del régimen jurídico especial que regula el proceso penal juvenil en cumplimiento a la garantía del debido proceso, y por otro lado, el análisis crítico de la procedencia de crear competencia funcional para los jueces/zas de menores evitando concentrar el conocimiento de las distintas fases del proceso en un mismo juez, cuestionándose si ello es posible a partir de la reforma de la ley, tal como lo dice la Corte Plena, o bien, si es válido mediante la integración de principios constitucionales y el desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, para que proceda a la configuración de competencia funcional dentro de un proceso, apartándose de lo que desarrolla la LPJ.

Se ha fijado como objetivo general de la investigación, analizar si la resolución emitida por la Corte Plena de la CSJ., en el incidente de conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011 configura la prórroga de la inobservancia de la garantía de imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes, al negar la aplicación del impedimento del juez penal consistente en haber conocido el asunto en las fases previas del proceso y posteriormente concurrir a emitir sentencia, o si por el contrario, dicha decisión tiene sustento en los principios de especialidad y legalidad que son citados por dicho tribunal.

Fue en el año de 1998 cuando entra en vigencia el código procesal penal, que con el propósito de armonizar las normas procesales que rigen el proceso penal con la configuración que se imponía desde la Constitución de 1983, proceso de constitucionalización que ya había iniciado con la vigencia de la LMI en el año de 1995, que surgen cuestionamientos por la concentración en un solo juez, del conocimiento

de las diferentes etapas procesales en los procesos penales de adolescentes, por considerar que se confieren mayor garantía al adulto sujeto a un proceso penal, ya que al emitir sentencia el juzgador no se ha pronunciado por su parte, resolución que implique valoraciones de probabilidad sobre la existencia del delito y la autoría o participación del inculpado en el mismo, que hagan previsible cual sería el sentido de la sentencia que se pronunciaría en la vista pública.

Con el fin de guardar la garantía de imparcialidad respecto de ausencia de prejuicios del juez que pronuncia sentencia, se fraccionó la competencia de los diferentes funcionarios judiciales que en atención a la fase del proceso, corresponderá a unos el pronunciamiento de la procedencia de la medida cautelar que se impone a un imputado para luego remitirlo a instrucción y a otro que correspondería el control de la fase de instrucción y el pronunciamiento de la resolución de apertura a juicio, para que sea el sentenciador, que no ha tenido contacto con el objeto del debate ni tampoco ha emitido valoraciones previas al juicio, que impliquen un temor fundado, que éste ya se ha predispuesto con la teoría de una de las partes, por lo que se crea la competencia funcional que distingue el rol del Juez de Paz, de Instrucción y de Sentencia.

El proceso penal contra adolescentes que regula la LPJ, desde su inicio hasta la fecha, continua concentrando el conocimiento de todas las fases del proceso en un solo juez de menores, sin sufrir reformas significativas, viéndose ello agravado cuando en el mes de enero del año 2011 entra en vigencia un nuevo código procesal penal, con el que parte de la jurisdicción penal juvenil estimó que la estructura del proceso penal de adolescentes lesionaba la imparcialidad del juez que pronuncia sentencia, pues ahora de forma literal se protege en la legislación común la garantía de imparcialidad del Juez frente al caso, al establecerse que no podría concurrir a pronunciar sentencia aquel Juez que ha conocido el asunto en las fases previas, habilitando las excusas y recusaciones como mecanismos para separar a los funcionarios que se encuentren en esa situación.

La ruptura del criterio que en la jurisdicción penal juvenil se había mantenido hasta la llegada del código procesal penal vigente –Las Cámaras de Menores de la Sección del Centro y de la Sección de Occidente, declaran procedente separar del caso al juez de menores que ha pronunciado resolución de medida

provisional y pronunciado auto de mérito, acogiendo el impedimento del art. 66 1) CPrPn- respecto de ser conocido el proceso por un solo Juez, trasciende de los tribunales penales especiales de adolescentes, en tanto por vía del conflicto de competencia el asunto fue conocido por el Pleno de la CSJ, quienes al pronunciarse fallan dando razón a los que sostenían que el incidente de excusa y recusación que se funda en el conocimiento del Juez de Menores, en las etapas o fases previas del juicio, no es aplicable al proceso penal en contra de adolescentes, pues ello significaba una transformación de las competencias que sólo debía hacerse mediante reforma de la ley.

La resolución emitida por la Corte Plena de la CSJ, si bien aporta una solución inmediata que nuevamente lleva a asumir, sin que la jurisdicción penal juvenil diere muestras de resistencia para separarse de un criterio que se impone vía jurisprudencia de conflicto de competencia, que el conocimiento de todas las fases o etapas del proceso penal corresponderían a un solo Juez de menores, no obstante ello con fines teóricos y de aplicación, es necesario que los motivos que generaron el pronunciamiento del pleno de la CSJ, así como la argumentación que se expone por este, sean analizados para arribar a las correspondientes conclusiones respecto del cumplimiento de la garantía de imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes que desarrolla la LPJ.

Para ello será necesario tener una definición clara del proceso penal juvenil como una categoría especial de los procesos penales, así como los alcances de la garantía de imparcialidad dentro de este en particular y lo que se ha dicho por los tribunales internacionales de derechos humanos sobre el tema, para que luego sean cotejados con lo dicho por la jurisprudencia interna, pues sólo así será posible realizar un abordaje analítico de los diferentes argumentos expuestos en la ya citada resolución que se pronunció en la causa 27-COMP-2011 por la Corte Plena de la C.S.J., sin que sea una limitante que la resolución provenga de éste último, en tanto con más razón, se espera que se aporten argumentos razonables y uniformes con sus precedentes, por consiguiente se exige un análisis crítico de ellos, dado que las resoluciones de ese tribunal de justicia, influyen en la orientación de la jurisprudencia que se asume por el resto de tribunales del país.

La estrategia metodológica que se desarrolla en este trabajo de investigación es de tipo teórico-documental, en tanto que la información recolectada y obtenida que se somete a análisis, proviene de los diferentes criterios que se han fijado por los tribunales internos en materia penal y por la SCn., especialmente lo que se ha dicho por la Corte Plena de la CSJ en conflictos de competencia, así como de fuentes electrónicas confiables, las que aportan insumos que posteriormente son comparados con interpretaciones que se han venido desarrollando por la doctrina procesal y por los tribunales de derechos humanos en lo que respecta a la imparcialidad en su vertiente objetiva, lo que ha requerido que la investigación sea de carácter científico-descriptivo, comprendiendo no sólo la referencia del surgimiento de la categoría de infancia y del derecho de menores, sino también la identificación de las diferentes fases del proceso penal contra adolescentes, con la puntualización de las valoraciones que se deben realizar previas al juicio por el mismo Juez que luego concurrirá a emitir sentencia, volviendo indispensable que esa situación sea considerada desde la exigencia de la estructura constitucional de todo proceso penal.

Para sentar las bases del tema principal, el primer capítulo está referido a un breve repaso histórico sobre el surgimiento y evolución de la infancia-adolescencia, resaltándose la ausencia de una concepción propia de niñez y adolescencia, que como categorías con su propia identidad, son de reciente reconocimiento, pues ha sido a partir del sometimiento a las diferentes formas de control social que se les ha aplicado caracterizados por su violencia y marginación, en particular al someterlos a un sistema de control social formal, en donde destacan los modelos de justicia penal juvenil tutelar, permisivo y de responsabilidad, para arribar finalmente a realizar un análisis de la llamada justicia restaurativa, que debe considerarse como el futuro de los sistemas o modelos de justicia penal juvenil.

El segundo capítulo desarrolla las generalidades de la instauración del modelo de responsabilidad que se impone con la vigencia de la CSDN y el desarrollo de la configuración constitucional del proceso penal, que fueron recogidos en la LMI, describiéndose la estructura que se da al proceso penal, en el que se distinguen las etapas preparatorias, de juicio, impugnación y ejecución, para cerrar con el análisis de los principios del debido proceso y de especialidad que rigen en el proceso penal contra adolescentes, desarrollado en la LPJ, así como una breve aportación sobre la represión penal en contra de adolescentes, en particular la afectación de la libertad ambulatoria de éstos.

Cotejando con las diferentes concepciones e interpretaciones de la imparcialidad, particularmente la llamada imparcialidad objetiva, que se ha venido desarrollando por la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, en el capítulo final, se aborda la garantía de imparcialidad en general, así como la llamada imparcialidad objetiva, las que serían el fundamento para el análisis crítico de la resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, iniciando con los antecedentes del incidente de conflicto de competencia, así como las diferentes motivaciones que fueron consideradas por las sedes judiciales involucradas, para que luego de la delimitación de la competencia de la Corte Plena de la CSJ, y cerrar con la valoración de la argumentación que se expone al pronunciar esas resoluciones.

La presente investigación ha permitido arribar a conclusiones referidas al proceso que precedió el reconocimiento de la infancia como categoría social titular de derechos específicos, así como las observancias del debido proceso en el proceso penal contra adolescentes, sin que pierda vigencia la exigencia de la especialidad como repercusión de los principios de protección integral e interés superior, aportándose simultáneamente, propuestas de solución que podrían ser llevadas a la práctica, ya sea aplicándose directamente por los operadores del sistema de justicia penal juvenil, o bien ser un instrumento al cual acudir como insumo, para superarse las falencias o inobservancias del proceso penal contra adolescentes, por la inadecuada interpretación y aplicación de la LPJ que se observa en práctica, tal como se verifica en el pronunciamiento de la Corte Plena, cuando se acude al principio de especialidad para negar la optimización del derecho a un juez imparcial en el proceso penal de adolescente que sí se observa en el proceso penal común.

CAPÍTULO I

TRATAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

SUMARIO 1- Surgimiento y Evolución de la Infancia y Adolescencia. 2- Proceso Penal de Adultos Aplicado a Niños, Niñas y Adolescentes. 3- Los Modelos de Justicia Penal Juvenil y 4- Modelo de Justicia Penal Juvenil en El Salvador y La Justicia Restaurativa.

1. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Se inicia con un abordaje breve y concreto del desarrollo de la categoría infancia-adolescencia¹, puntualizando en las formas que fueron valoradas y reprimidas las conductas consideradas como indeseables cuando las mismas eran exteriorizadas por éstos niños y adolescentes, a quienes se les consideró y se les dio un trato que correspondía a un ser humano adulto, para sentar las bases dentro del recorrido histórico del tratamiento que se ha dado a niños, niñas y adolescentes, que configura el proceso llamado *descubrimiento de la infancia*², que permita comprender la actual situación de ese sector vulnerable en la sociedad y a la vez predecir la trayectoria que se espera para el tratamiento de comportamientos subsumibles en delitos realizados por aquellos.

Desde la visión del desarrollo histórico del control social aplicado a la infancia-adolescencia, se evidencia el carácter sancionatorio que se ha dado como respuesta a la exteriorización de comportamientos considerados lesivos por la sociedad, adelantándose que la infancia tal como es percibida en la actualidad, es una categoría de reciente aparición, cuyos primeros antecedentes se encuentran no más

¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Elías Carranza, *Del Revés al Derecho. La condición Jurídica de la Infancia en América Latina. Base Para una Reforma Legislativa*, Buenos Aires, Argentina, p. 5 y ss., disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01022010/ninez03.pdf>, (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). Postulan los autores, que el camino más adecuado para la comprensión de los problemas vinculados a la cuestión criminal y control social, es el análisis de su historia, por lo que se reconstruye la historia de la infancia a partir del estudio de los mecanismos punitivos-asistencialistas que la inventan.

² BISIG, Nidia Eleonor del Carmen, *La Relación Estado Familia e Infancia en la Argentina -El Proceso de Construcción de la Infancia*, p. 2, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/bisig.pdf>, (sitio consultado el 1º de marzo del 2012). Se liga el proceso de construcción de la infancia, con el cambio histórico de la apreciación de la niñez como entidad biológica para insertarlo en la existencia social, tomándose dicha transición como punto de surgimiento de la infancia.

allá del siglo XVI, como bien se ha señalado cuando se afirma que: “...la concepción tradicional de la infancia, tal como se entiende y representa modernamente, no se visualiza antes del citado siglo”³.

Es difícil la percepción de la infancia-adolescencia en la historia de la humanidad como una categoría diferenciable y más aún cuando se trata del control jurídico penal que se les ha dado a estos⁴, asumiéndose como justificaciones, que al niño, niña y adolescentes no se la ha visto como un ser humano en proceso de formación, sino más bien se le concibió sin existencia plena respecto de una persona adulta, o en el mejor de los casos, como adultos en pequeño⁵, de ahí que la responsabilidad penal que se ha asociado con el discernimiento, ha transitado desde la plena irresponsabilidad, pasando por consideraciones de simple atenuación de la pena hasta llegar a dar un trato y respuesta penal igual que la que correspondería a una persona adulta⁶.

En la época antigua los romanos se esforzaron por categorizar a niños, niñas y adolescentes⁷, siguiendo un criterio estrictamente cronológico, es decir, en atención a su edad, así diferenciaban entre infantes,

³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Prehistoria e Historia del Control Socio-Penal de La infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina*, disponible en: <http://primerainfancialac.org/documentos/all/documentos/pdf/Prehistoria-e-historia-control-sociopenal-infancia-LAC-Garc-a-M-ndez.pdf>, (sitio consultado 25 de febrero de 2012). Manifiesta que la infancia, tal como hoy es entendida y representada en su acepción moderna, no existe antes del siglo XVI.

⁴ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Ana Cristina, et al., *Justicia Penal Juvenil Salvadoreña. La Experiencia Desde los Operadores*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, 2001, p. 29. Se caracteriza dentro del ámbito interno, como “pocos” a los esfuerzos históricos, sociológicos y jurídicos que se han realizado para identificar los controles sociales para los niños y adolescentes, tal como ha ocurrido en general en el resto de países, lo que refleja el desinterés que la misma ha tenido a través del tiempo por las diferentes sociedades.

⁵ CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *Antecedentes, orígenes y evolución de los modelos de justicia penal minoril*, et al., *Justicia Penal de Menores*, 1ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1999, p. 8. Se señala que la inexistencia de información sobre infancia en la historia de la humanidad, se debe a que no se visualizaba a la infancia como categoría distinta del adulto, pues se trataba de una categoría sin reconocimiento formal.

⁶ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *El Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*, tesis doctoral en Derecho, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, p. 15, disponible en <http://www.eumed.net/libros/2011a/913/indice.htm>, (sitio consultado el 25 de febrero del 2012). En cuanto a los modelos o tipo de tribunales de menores menciona que a nivel mundial dentro de la historia de los sistemas de justicia juvenil se pueden distinguir los tribunales de menores siguiente: a) Los inspirados en el modelo de protección de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, que son los primeros tribunales penales juveniles, b) Los que dieron comienzo al modelo educativo, de la década de 1960, inspirados en la política del Welfare, y c) el modelo garantista de la década de 1980.

⁷ COUTIÑO CASTRO, Matilde, *El Derecho de los Menores: Una Perspectiva Nacional e Internacional*, en Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 2 número 3, 2006, p. 292. Se atribuye a la jurisprudencia haber determinado que la infancia - que llega hasta los siete años- , el individuo tenía incapacidad plena para realizar cualquier acto jurídico sin generarle responsabilidad alguna, y luego en la época de Justiniano se hace la distinción entre impúber y púber, considerándose que ésta última fase del desarrollo se alcanzaba a los catorce años, en la que ya tenían capacidad para realizar actos con relevancia jurídica.

impúberes y púberes, vinculando la edad cronológica con el desarrollo mental de aquellos, llevándoles a considerar que todo niño o niña de hasta siete años, era inimputable por asimilárseles a un adulto loco, mientras los comprendidos desde los siete hasta los diez años y medio para el varón y nueve años y medio para la hembra, eran irresponsables de sus actos ya que a su favor operaba una presunción *iuris tantum* de inimputabilidad, y a partir de estas últimas edades la inimputabilidad debía probarse, entendiéndose que después de los catorce años en el varón y doce años en la hembra, se tiene discernimiento, estableciéndose una cuarta categoría que denominaron menores, que llegaba hasta los dieciocho años de edad, caracterizado porque a estos se les imponían penas de carácter atenuada, respecto a la que le correspondía a una persona adulta⁸.

Ese periodo de la Roma antigua⁹, la responsabilidad del menor generaba como consecuencia penas atenuadas, siendo esa tendencia imperante durante largo período de la historia, por lo que no resulta extraño que la influencia del derecho romano, gestó que en el derecho canónico se mantuviera la presunción de irresponsabilidad de los infantes y que la responsabilidad se considerara sólo a partir de la denominada *pubertate próxima* que vinculaba la estratificación a la capacidad de discernimiento para aplicar penas que se fijaban según el arbitrio judicial, pero siempre considerando la minoridad como una circunstancia genérica de atenuación de la pena¹⁰, persistiendo hasta nuestros tiempos algunos criterios que se originaron en aquellas épocas, tal es el caso del criterio cronológico, es decir la edad del sujeto

⁸ CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, citado por Elba Cruz y Cruz, *El Concepto de Menores Infractores*, p. 338, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>, (sitio consultado el 26 de febrero de 2012). Se sostiene que la edad hacía variar las consideraciones que se le daban a cada uno, así el infante que comprendía hasta los siete años, se le equipara al loco (*furiosus*), la segunda categoría la conformaban los impúberes, que llegaba a los diez años y medio en el varón y a los nueve y medio en la hembra, siendo normalmente considerados como irresponsables de los ilícitos, salvo demostrarse lo contrario, la tercer categoría formada por "*pubertate próxima*", que se extendía a los 14 años en los niños y 12 en las niñas, no se les imponía pena de muerte, sino sanciones atenuadas y en algunos caso se les eximía de sanción, y finalmente la categoría de los menores, que comprendía etapas de entre 12 a 18 años, a quienes se le imponían penas mitigadas.

⁹ GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alejandro, *El Delincuente Infantil, El nacimiento de su tutelaje en San Luis Potosí, Siglos XIX-XX*, p. 4, disponible en: http://amoxcalli.leon.uia.mx/epikeia/numeros/09/epikeia09-el_delincuente_infantil.pdf, (sitio consultado el 10 de julio del 2012). El autor manifiesta que durante este periodo fueron creadas normas especiales aplicables a menores, cita La Ley de las XII Tablas que distinguía entre impúberes y púberes, y que a los primeros se les sancionaba con una medida benévola: la *castigatio* o la *verberati*, mientras a los segundos con pena atenuada, pues se les consideraba responsable de los actos que exteriorizaban ampliándose la responsabilidad, incluso sobre actos que ejecutaban sus progenitores.

¹⁰ CRUZ Y CRUZ, Elba, *El Concepto de Menores de Infractores*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt17.pdf>, p. 339, (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). Señala que el derecho canónico siguió los mismo criterios fijados por el derecho romano imperial en lo que respecta a la presunción de irresponsabilidad, manteniéndose las diferenciación en los grados de responsabilidad según la situación específica del menor, valorándose la capacidad de discernimiento para determinar si era atribuible el dolo y una atenuación genérica de las penas que se dejaba a criterio judicial.

para separar niños y niñas, adolescentes y personas adultas, que ha perdurado hasta la legislación vigente¹¹, excluyéndose de responsabilidad para aquellos que no han cumplido doce años y fraccionando al grupo de adolescentes, que según la LPJ, se encuentra un grupo que parte de los doce años hasta los dieciséis y otro que va desde esta última edad hasta los dieciocho años¹², a quienes se les imponen límites diferentes en el término máximo de la medida de internamiento.

Podemos concluir, que el discernimiento entendido como la capacidad de diferenciar el bien del mal¹³, fue un criterio que se utilizó desde el derecho romano para equiparar a los infantes e impúberes con una persona adulta mentalmente incapaz de comprender sus actos, siendo dicho criterio retomado en el derecho canónico y transferido con sus variantes a la época posterior al humanismo, donde se gestó incluso como postulado por la escuela penal clásica, en términos más o menos similares a los que se consideraba en la época romana.

Es ineludible citar los estudios sistematizados por ARRIES¹⁴, a quien se le tiene como pionero y referente en el tema de la historia de la infancia, en tal sentido se debe destacar que éste se propuso descubrir la influencia que ejerce la actitud de los adultos sobre la infancia, puntualizando que la educación se convierte en el elemento vital de la construcción de la identidad infantil, no sólo por el aprendizaje para el niño que ha sido una función encomendada a la familia, sino por fijar los límites entre el mundo de la infancia y el mundo del adulto, siendo así que el autor al buscar los orígenes de la infancia como categoría hoy entendida, se auxilia del análisis del arte medieval, donde no resulta casual la falta de representación

¹¹ Con la suscripción y ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, salvo el caso de Estados Unidos y Somalia, es vinculante para los Estados, en ese sentido se adquirió el compromiso de fijar la edad a partir de la cual se tiene responsabilidad penal por los niños, tal como lo dispone el artículo 40.3.a) CSN.

¹² La LPJ, estipula que a los adolescentes entre las edades de 12 a 16 años, el límite máximo de la medida extrema de internamiento no podrá exceder de cinco años, además de ser procedente que sean ordenas en su contra otro tipo de medidas diferentes a las que enumera la Ley Penal Juvenil, mientras que a los adolescentes entre 16 y 18 años, la privación de libertad tiene como techo quince años, y únicamente pueden ser ordenas en su contra, las medidas que enumera la citada ley.

¹³ CRUZ Y CRUZ, Elba, *Los Menores de Edad Infractores de la Ley Penal*, tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2009, p. 30, disponible en <http://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf>, (sitio consultado el 23 de febrero del 2012). Se relaciona que el discernimiento como criterio específico para menores infractores no fue sistematizado sino hasta el proceso de codificación de mediados el siglo XIX.

¹⁴ ARIES, Philippe, *El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen*, p. 1, disponible en <http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/1346/1/Texto%2015.pdf>, (sitio consultado el 25 de febrero del 2012). A partir del arte medieval, afirma que durante el siglo XVII, por no estar representada en la pintura las figuras de infantes, en la sociedad de esa época no había espacio para la infancia, que se evidencia con la deformación de las imágenes que representaban a los niños, siendo esto compatible con la idea que se tenía en dicho periodo.

de la infancia, observando que dentro del arte de esa época, no se tenía espacio para la infancia, pues para ilustrarlo se deforman sus cuerpos creando imágenes de personas adultas a quienes se les reducía de tamaño, proyectándose imágenes que anatómicamente corresponden a un adulto, representando de ese modo a un infante, lo que de forma simultánea simboliza el significado que se tenía de la infancia en esa fecha, llevando al autor a concluir, que hasta antes de la edad media, no se tenía una concepción de lo que hoy se entiende por infancia.

También se ha afirmado que la historia de la infancia no ha pasado de ser la historia del control social¹⁵, en virtud de la cual se ha negado su reconocimiento como categoría ontológica, al no diferenciarse entre seres humanos que se encuentran en la fase de infancia, de quienes se encuentren en su fase de adulto, ilustrando elocuentemente, auxiliado del trabajo de ARIES sobre la pintura, con la que destaca a niños con características fisiológicas, ropas y en actividades propias de un adulto, a lo que el autor califica como deformación “*miniaturista de la infancia*”¹⁶, para destacar que los rasgos físicos como musculatura abdominal y pectoral se mantienen, proyectando el cuerpo que corresponde a un adulto, con la diferencia que para representar al niño o niña, se reduce su tamaño.

A partir del siglo XIII se vuelve perceptible en imágenes recreadas en las pinturas y esculturas del siglo en referencia, la distinción de prototipos de niños que representan una aproximación a lo que correspondería con la imagen real de un niño¹⁷, por lo que siguiendo a ARIES¹⁸ respecto de esa nueva visualización de las características de la infancia se distinguen: a) El Niño Ángel, aquí se representa por

¹⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *La Convención Internacional de los Derechos del Niño: Del Menor como Objeto de Compasión-Represión a la Infancia-Adolescencia como Sujeto de Derechos en: Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, disponible en: http://www.iin.oea.org/La_convencion_internacional.pdf, (sitio consultado el 25 de febrero del 2012). Refiere que la historia de la infancia es la historia de su control, que parte de rechazar como categoría propia, con su propio proceso de construcción, remitiéndose al trabajo de Philippe Ariès, que utilizando como fuente documental la pintura, demuestra que la infancia es integrada totalmente al mundo adulto.

¹⁶ ARIES, Philippe, *Op. cit.* Fundado en la representación de los niños en la pintura, señala que estos son hombrecitos caracterizados por su reducción de talla respecto de imágenes que representan a individuos adultos.

¹⁷ ÁLVAREZ CHUART, Jorge, *Primera Infancia: Un Concepto de la Modernidad*, p. 2, disponible en <http://www.sename.cl/wsenam/OBS7/Observador-7-marzo2011-articulo-jorge-alvarez-chuart.pdf>, (sitio consultado el 3 de marzo del 2012). Se hace mención que en la época medieval en Europa, no se tenía una representación socialmente significativa sobre la infancia, fundando dicha afirmación por la representación de la pintura de esa época, limitándose la definición de infancia a la referencia de un período muy breve en la vida de las personas, en el que una vez transcurrida la dependencia materna, el niño era integrado totalmente al mundo del adulto.

¹⁸ ARIES, Philippe, *Op. cit.*, pp. 2 - 3. Se distingue en las pinturas del niño ángel, representadas por medio de un hombre joven, un adolescente: monaguillo, la segunda era la del niño Jesús o la virgen niña, vinculadas al misterio de la maternidad y al culto mariano, y en la época gótica aparece la representación del niño desnudo.

medio de las imágenes pintados o esculpidas, a un hombre muy joven, caracterizando a un adolescente monaguillo, como en el caso del Ángel de Reims¹⁹, en el cual el artista recrea a un jovencito con rostro redondeado y gestos agraciados, que incluso orientan la caracterización afeminada de la imagen, lo que evidencia el abandono de la tendencia que hasta ese momento se observaba con la miniaturización de una persona adulta, percibiendo a un adulto joven. Esa percepción de la infancia como el ángel similar a un pequeño niño, desnudo y con alas, perdura hasta el siglo XV; b) El Niño Jesús o de Virgen Niña, se vincula la idea de infancia al misterio de su maternidad y al culto mariano, estampándose al niño modelo, que refleja la inocencia, santidad, fragilidad-omnipotencia y divinidad, rasgos que son perceptibles aún en el arte de nuestros días; c) El Niño Desnudo, que surge cuando el arte gótico ejerce su influencia, destacándose que el niño Jesús no aparece desnudo, sino como niños de su edad, cubiertos en pañales, siendo hasta la conclusión de la edad media, donde aparecerá desnudo.

En los siglos XV y XVI, de las representaciones iconográficas religiosas de la infancia se derivan las representaciones pictóricas laica que vincula la figura de la infancia a las edades de la vida, estaciones del año o a los sentidos, sin que sea considerada como una exclusiva representación de un niño como figura principal del arte, lo que permite sostenerse que dentro de las diferentes escenas tienden a ser más recurrente²⁰ la tendencia que perdura incluso durante el siglo XIX, en tal sentido ARIES manifiesta que con anterioridad al citado siglo, se pensaba que el niño no era un ser humano completo, lo que resultaba compatible con la creencia cristiana de la época que condicionaba la inmortalidad del alma de los niños al bautizo, por lo que ésta no se alcanzaba cuando se fallecía sin ser bautizado.

La separación de la infancia y adultez se produce por un lado, con la llegada de la revolución industrial²¹, que al poner en crisis el modelo de producción feudal, requiere concentración de población joven que proporcione la fuerza y capacidad física necesaria para el nuevo modelo de producción, haciendo surgir

¹⁹ La escultura de piedra de El ángel de Reims, se ubica en la Catedral de Nuestra Señora de Reims, en la ciudad de Reims, Francia, caracterizada por la calidad de la sonrisa de la imagen, que llevan a considerarla como la expresión más acaba del arte gótico Francés.

²⁰ ARIES, Philippe, *ídem*, p. 4. El autor señala que durante los siglos XV y XVI, aparece la iconografía laica, sin que hasta ese momento aparezca la representación *del niño solo*, sino más bien como accesorio a la escena principal en la cual aquel era incluido.

²¹ MARTÍNEZ PEÑA, Leandro, *Los Inicios de la Legislación Laboral Española: La Ley Benot*, en revista *Aequitas*; Volumen 1, pp. 25-26, disponible en <http://revistaequitas.files.wordpress.com/2011/11/25-70.pdf>, (sitio consultado el 5 de marzo del 2012). Se atribuye al proceso industrializador la incorporación de la niñez al mundo laboral, concibiéndose la infancia como la etapa de la vida humana en que a las capas trabajadoras conforman el paso previo de su incorporación de la vida laboral.

con ello, los llamados cinturones de pobreza que persisten hasta nuestros días²², lo que conjuntado con la intervención del Estado a través de la escuela²³ que se produce a inicios de la era industrial, con la que se brinda a la infancia un tipo de socialización para uniformar y disciplinar la potencial mano de obra, que fueron factores determinantes para su visualización.

El enfoque de la historia de la infancia que postula que para arribar a la concepción actualmente de ésta, es necesario comprender que: *"La historia de la infancia es la historia de su control"*²⁴, identifica los mecanismos e ideas que crean el control social de esa infancia, en el que se destaca la escuela que pasa a ocupar un lugar esencial, en tanto ha sido el instrumento que ha permitido la reproducción y ampliación de la categoría infancia, hasta la segunda mitad del siglo XIX, sostiene así mismo, que con la consolidación del surgimiento de códigos penales y sus referencias a la exigencia de imputabilidad, que se gestó a partir del cambio que se produce en la revolución francesa en lo relativo a la humanización y juridificación del control social, se da por concluida la prehistoria del control socio/penal de la infancia.

Adiciona con razón, que por el estado de cuestiones penitenciarias y la condición de la infancia-adolescencia, hacen surgir en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, a los reformadores, que es un movimiento de corte moralista integrado por mujeres de la clases social media y alta, que fue utilizado como método de ascenso e interacción social, habiendo dado visibilidad a los problemas relacionados con la infancia, que al segregar a aquellos niños, niñas o adolescentes que eran excluidos en la institución escolar, o por razones de conducta o condición social pasaban a ser parte del grupo de menores a quienes se les sometía al mecanismo de protección caridad-represión, ante un Juez con amplias facultades discrecionales, que inician con el primer tribunal de menores de Illinois en 1899²⁵.

²² CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *Op. cit.*, p. 12. En lo medular señala que al llegar la revolución industrial se generó la crisis en el sistema de producción en relación al campo y la ciudad, surgiendo nuevos polos industriales que necesitan la concentración de población joven.

²³ BISIG, Nidia Eleonor del Carmen, *Op. cit.*, p. 2. El Estado y la escuela son consideradas por la autora, como dos grandes instituciones que tuvieron incidencia en el desarrollo del concepto de infancia, en tanto con la intervención del Estado al efectivizar la escuela se pretendía brindar una nueva socialización para la infancia con el propósito de uniformarla y disciplinarla.

²⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Prehistoria e Historia del...Op. cit.*, p. 1,. Aborda el análisis de la categoría infancia-adolescencia desde la perspectiva de los diversos mecanismos y teorías utilizados a lo largo de la historia para su "control social" específico, afirmando que el concepto control social deja en evidencia la ambigüedad del instrumento socio-penal, relacionando que los mecanismos e ideas creadoras de la infancia corresponden a los mecanismos e ideas que gestan el control de la infancia.

²⁵ CORTÉS MORALES, Julio, *et. al.*, *A 100 Años de la Creación del Primer Tribunal de Menores Y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El Desafío Pendiente*, en "Justicia y Derechos del Niño", N°. 9. Andros Impresores, Santiago, Chile, 2007, p. 145, disponible en <http://www.unicef.org/argentina/>

Con la aparición de los primeros procesos europeos de codificaciones del siglo XIX también aparecen las primeras referencias específicas a los menores como una categoría diferenciable, al haberse incorporado la categoría jurídica de discernimiento como condición que el Juez debía tener en cuenta para determinar si el sujeto que realizó el acto ilícito tenía o no conciencia para comprenderlo, siendo destacable que en ese periodo, en lo que se refiere a los fines de las respuestas penales y el cumplimiento de pena, no existía diferencia relevante entre las penas que se imponían a una persona adulta y las que se imponían a los menores²⁶.

2- PROCESO PENAL DE ADULTOS APLICADO A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad se ha negado u ocultado la categoría de la infancia, permaneciendo imperceptibles como sujetos a quienes se le debía reconocer derechos que atendieran sus propias características, sin que se ignore en general, que los niños, niñas y adolescentes han sufrido maltratos en la antigüedad²⁷, siendo reciente su aparición como titulares de derechos que implique un tratamiento penal especializado²⁸, tomando como punto de partida la creación del primer tribunal juvenil de Chicago Illinois de 1899²⁹. Antes de ésta fecha, los menores eran equiparados a una persona adulta

spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf, (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). A propósito del primer tribunal, con acierto se manifiesta que desde varias décadas antes de 1899 ya existían normas especiales para el procesamiento y privación de libertad de personas menores de edad, aplicables tanto en Illinois, como en los demás Estados de la Unión, estableciendo régimen penal mitigado con el que se aplicaban las mismas disposiciones penales que a los adultos, agregando algunas reglas o excepciones especiales que atendían la condición de inmadurez propia de su edad, pero fue el impulso que aportaba el proceso de reformas de los llamados *salvadores del niño*, la que culminaría con la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal de adultos.

²⁶GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Prehistoria e Historia del...*, *Op. cit.*, p. 2. El autor puntualiza que con la codificación del siglo XIX aparecen las primeras disposiciones específicas para menores, no obstante el cumplimiento de la pena de prisión como regla, no establecía ningún tipo de distinción si era aplicable adultos o a menores.

²⁷POLLOCK, Linda, citada por Zoila Santiago Antonio, en *Los niños en la Historia. Los enfoques historiográficos de la infancia*, p. 35, disponible en: http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/takwa/Takwa1112/zoila_santiago.pdf, (sitio consultado el 28 de febrero del 2012). Se puntualiza por la autora, que la relación entre padres e hijo era formal, y que el maltrato físico era el método utilizado para quebrantar la voluntad de los hijos.

²⁸TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: Nueva Ley de Justicia Penal Juvenil*, p. 1, disponible en: <http://www.unicef.org.co/Ley/AI/01.pdf>, (sitio consultado el 27 de Febrero del 2012). Para SOTOMAYOR el derecho de menores es de reciente creación, circunscribiendo su historia a más o menos cien años.

²⁹GIMÉNEZ SALINAS, Esther, *et. al.*, *Prevención y Teoría de la Pena. Justicia de Menores y Ejecución Penal*, Talleres de Editorial Jurídica conoSur Ltda., Santiago, Chile, 1995, p. 214. Se concretiza que *las jurisdicciones especializadas para menores tiene una historia muy breve*, al haber nacido a finales del siglo XIX en Chicago, Estados Unidos en el año 1899.

mentalmente incompleto, en consecuencia sus actos no le generaban responsabilidad, mientras en otros supuestos, se les atribuía discernimiento que a su vez implicaba recibir el mismo trato que un adulto, existiendo diferencia únicamente respecto a la cuantificación de la pena, concluyéndose que los niños/as y adolescentes fueron tratados bajo condiciones análogas a un adulto.

Para sistematizar el tratamiento penal de la infancia-adolescencia se ha dicho que al fraccionar la historia del derecho de menores, se distinguen dos fases, la primera que comprende desde el surgimiento de la disciplina hasta la promulgación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y la segunda fase que se inicia con la Convención Sobre los Derechos del Niño hasta la fecha³⁰, fraccionamiento que si bien es atendible, se deberá anteponer un primer período que va de la edad antigua, edad media y que concluye con el surgimiento de la disciplina de menores, caracterizado por la ausencia de un reconocimiento especializado de la adolescencia.

La influencia del derecho romano se transmitió durante los siglos posteriores al imperio, siendo esto visible en el predominio de las formas de control social sobre la infancia y adolescencia de carácter retributivo, indiscriminada, arbitraria y desproporcionada, que en principio venía del mismo grupo familiar al que pertenece el infante o adolescente, en otros supuestos, ante la insatisfacción de los perjudicados, se procedía a entregarse para que se hiciera justicia por los afectados, lo que evidencia el trato como objeto de represión que se ejerció sobre aquellos³¹.

La similitud de los procedimientos y penas aplicables a una persona adulta y a los infantes-adolescentes en el derecho antiguo, se observan maltratos y castigos que se imponían a estos, como también la existencia de medidas de protección a favor de aquellos, así en el caso de los egipcios que obligaban a los padres a permanecer al lado de sus hijos cuando estos fallecieran a consecuencia de maltrato, o en sentido contrario, el surgimiento de nuevos derechos que se les reconocían a los adultos, luego eran ampliados a los infantes y adolescentes, configurando limitación a los castigos, tales como la ley del

³⁰ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *De un Derecho Tutelar...*, *Op. cit.*, p 1. Distingue dos fases dentro de la evolución histórica de la rama del derecho de menores: antes y después de la convención sobre los derechos del niño.

³¹ SAJON, Rafael, *Derecho de Menores*, S.E., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 25. La institución de *Pater Familiae* en Roma, es la representación para el autor, del extremado autoritarismo del padre sobre el resto de la familia, particularmente los hijos, sobre quienes ejercía una especie de propiedad, donde el poder de negociación por las faltas cometidas por el infractor, podían incluso llegar a permitir que el padre entregara a su hijo al perjudicado.

talión o la exigencia del principio de *nullum crimen, nulla poena*, que por derivación se volvió aplicable a los menores³².

En la edad media, tras la caída del imperio romano y el surgimiento del predominio bárbaro, entre quienes se destacan los germanos, permitió que éstos últimos enriquecieran su propio derecho al conjuntarlo con las instituciones del derecho romano, dando lugar a que durante la época anterior a las invasiones, se de una prevalencia de la iglesia y la venganza privada, mientras en la época de las invasiones se caracterizó por el predominio de leyes a cargo del poder público, en donde aún sin legislarlo, a los menores se les tenía como inimputables, según el derecho canónico hasta los siete años, y entre los siete a catorce años se les imponía pena disminuida, resultando más refinada la doctrina *parens patrice* en Inglaterra medieval³³, que implicó una evolución de los cimientos del derecho de menores, ya que para atender la responsabilidad por los asuntos que involucrara a quien todavía no era adulto, se le conferían al rey de Inglaterra la representación y asunción de tal responsabilidad, correspondiéndole dar tratamiento, supervisión y control sobre el menor infractor, con el consecuente efecto de privar los jóvenes del derecho a un juicio y sentencia justa.

Es difícil rastrear en nuestro continente, antecedentes históricos de las culturas americanas precolombinas que contaban con mayor grado de desarrollo, como los mayas, incas o aztecas, en lo que respecta a la regulación de comportamientos equiparados a lo que hoy entendemos como delitos cometidos por menores, ocurriendo lo mismo respecto de la época colonial, a lo que se agrega que en el periodo republicano posterior a la independencia de las colonias, durante la creación de las constituciones y codificación de las repúblicas independientes, la criminalidad no tenía como objeto particular de tratamiento a la criminalidad juvenil³⁴, no obstante, se suelen mencionar generalidades respecto de la sanción que aplicaban a los jóvenes en los períodos prehispánicos y durante la colonia,

³² CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, pp. 11- 12. Menciona que la norma jurídica no varía en su aplicación para menores o para adultos.

³³ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p.13. La doctrina de *Parens Patrice* (padre de la patria) indicaba que corresponde al rey de Inglaterra asumir la responsabilidad por todo asunto que involucre a los niños y jóvenes, sobre quienes ejercía protección, supervisión y control cuando sus padres no lo proporcionaban apropiadamente.

³⁴ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Derecho Penal de Menores y Derechos Humanos en América Latina*, p.74, disponible en [http:// www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_01.pdf](http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_01.pdf), (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). Manifiesta que no existe duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas, o de Mesoamérica, pero que se desconoce la existencia de regulación especial para delitos cometidos por niños o jóvenes, ocurriendo lo mismo en la época del derecho colonial americano.

caracterizándose por la crueldad que se imponía en general, para todo aquel que infringía normas penales, aunque se atenuara la intensidad de sanción para los jóvenes respecto de la que se imponía a una persona adulta³⁵.

Del fraccionamiento de los niños, niñas y adolescentes, que por un lado integran el grupo formado por los que no tienen responsabilidad alguna asimilados con adultos mentalmente defectuosos y por otro lado, incluir a los niños, niñas y adolescentes en el grupo de los adultos con capacidad para discernir, con quienes eran sometidos a los mismos procedimientos, con el único privilegio que se atenúa la respuesta penal de sus actos, permite afirmarse que la referencia a los niños, niñas y adolescentes se ha encontrada vinculada a la suerte de las personas adultas sujetas a esa misma situación.

FRANCISCO CARRARA³⁶ como principal exponente de la escuela penal clásica, postuló “...que los principios de libre albedrio³⁷ y la imputación moral del hombre, son las causas que podrían neutralizar la inteligencia...”, con lo que se reafirma que cuando se carece de tales condiciones no se le debe aplicar penas, señalando como generador de tal estado la edad de la persona que lleva a no acarrear responsabilidad alguna, o bien producir responsabilidad ya sea condicionada, plena o modificable en sus resultados³⁸, postulados fuertemente influenciados tanto por la tradición del derecho romano como por la teología de la época, en donde el libre albedrio y la responsabilidad moral, eran aplicables de forma

³⁵JUÁREZ GONZÁLEZ, Ciro, *La Nueva Ley de Menores Infractores y Los Delitos Graves*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México, 2005, p. 51 y ss., disponible en <http://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icshu/doctorado/documentos/La%20nueva%20ley.pdf>, (sitio consultado el 10 de noviembre del 2012). En relación al derecho precortesiano de las culturas olmeca, maya, zapoteca, etc., que florecieron en territorio mexicano, afirma que si bien es un sistema penal con sus propias características y especialidades, presentaba la constante de comprender trato cruel e inhumano que se aplicaba a las personas que infringían las normas penales, comprendiendo a los menores a quienes se les atenuaba el castigo.

³⁶CARRARA, Francisco, citado por ERMO QUISBERT, en *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, La Paz, Bolivia, Centro de Estudios de Derecho, 2008, p. 54, disponible en http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/archivos_varios/historia_derecho_penal_representantes.pdf, (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). Propone el estudio del delito bajo la base de libre albedrio y la imputabilidad moral.

³⁷GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 168. Como uno de los principios fundamentales de la doctrina clásica, cita que “*el sujeto responde de su acto porque es libre, puede determinar sus comportamientos, está en posibilidad de escoger entre actuar o no conforme a la norma penal*”, acogiéndose la doctrina de libre albedrio.

³⁸CRUZ Y CRUZ, Elba, *El Concepto..., Op. cit.*, p. 341. En referencia a la postulación del principio de libre albedrio y la imputabilidad moral de FRANCISCO CARRARA, manifiesta que la doctrina penal de la época considero que la edad es una primer circunstancia que perturban la inteligencia que influye sobre la imputación, y que a partir de ello se obtiene un criterio jurídico que permite para efectos penales, dividir en cuatro períodos: 1) período de irresponsabilidad absoluta; 2) de responsabilidad condicional; 3) de responsabilidad plena; 4) de responsabilidad modificable en sus resultados.

universal a todo ser humano adulto, pues con ello se lograba distinguir lo justo, bueno, honesto y lícito, pero que también podía ser alcanzada por menores, por lo que a estos también se les debía aplicar el castigo como consecuencias de sus actos.

En la región centroamericana, como resultado de la herencia colonial Española, tuvo vigencia la postulación del código penal Español de 1822³⁹, que declaraba inimputables exentos de responsabilidad penal absoluta a los menores de siete años, mientras los comprendidos entre las edades de siete a diecisiete años se sometían a la previa determinación de haber obrado o no con discernimiento, dejándose habilitada la posibilidad de imponérseles penas de cárcel, en similares términos que a una persona adulta, mientras los menores de siete años, o los mayores de esa edad, pero menores de diecisiete que se declara que no tenían discernimiento, el Juez podía declararlos peligrosos ordenado su ingreso en casas de corrección cuando lo consideren conveniente.

Se ha señalado que: “.....aún en nuestros días la especialización de un derecho penal juvenil no deja de ser un simple enunciado de garantías y principios específicos que producen una readecuación organizacional con una perspectiva eminentemente procesal, permaneciendo a la fecha inmutable el derecho penal sustantivo, en tanto las categorías de análisis de la teoría del delito son formuladas tomando como parámetro a una persona adulta.....”⁴⁰, sin que se tenga un derecho penal juvenil en su sentido estricto⁴¹, por lo que al precisarse la vinculación entre derecho penal y la infancia, resulta perceptible que el castigo penal para los jóvenes es caracterizado tanto por su indiferencia como por la arbitrariedad de quienes lo imponían, interpretándose que sin importar el empeño para disfrazar la respuesta penal mediante procedimientos especializados que observan la garantía del debido proceso,

³⁹ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822, disponible en <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>, (sitio consultado el 27 de febrero del 2012). La inimputabilidad legal de los menores de siete años, así como la declatoria de inimputabilidad para los mayores de esa edad, hasta la edad de diecisiete años, se desarrollaba en los artículos 23, 24, 25 y 26.

⁴⁰ CHAN MORA, Gustavo, *Adultocentrismo y Culpabilidad Penal Juvenil*, 1ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2010, p. 25 y ss. Menciona que tanto en Costa Rica como en el resto de Latinoamérica, el llamado a la especialización de la práctica y del discurso penal juvenil ha tenido como su límite la enunciación de ciertas garantías y principios, con un enfoque procesal, mientras que el derecho penal juvenil sustantivo, a excepción de las sanciones, se ha mantenido pasivo, trasladándose de forma automática las categorías de análisis de la teoría del delito del derecho penal de adultos.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996, p. 383. En esa misma línea, el autor lamenta la falta de un derecho penal específico para jóvenes delincuentes.

la sanción sigue siendo una pena atenuada para adolescentes⁴², que en su base ha partido de la misma consideración que se hace para una persona adulta que ha cometido un ilícito penal.

Al hacer este breve recorrido histórico de los mecanismos con los que se ha dado respuesta a las acciones inmorales o ilícitas de los niños, niñas y jóvenes, tenemos que este grupo de personas vulnerables, se les ha explotado y tratado de forma cruel en el pasado, siendo la historia de la infancia una pesadilla que recién se ha iniciado el despertar, esto último relacionado no sólo al reconocimiento de la infancia como tal y a su doloroso pasado, sino también al reconocimiento para los adolescentes del conjunto de derechos y garantías que en un proceso penal ya se reconocen a una persona adulta, que configura en la actualidad el mínimo de derechos y garantías que deben ser observado en un proceso penal en contra de un adolescente en conflicto con la ley penal.

La influencia sobre la LPJ, desde la perspectiva penal sustantiva como procesal, ha configurado en las últimas décadas las oscilaciones legislativas de los diferentes países de la región que no pasan de ser meros discursos⁴³, pues en ciertos puntos, tal sería el caso de los años posteriores a la promulgación de la CSDN, en el plano formal se hacen esfuerzos que se concretaron en leyes especializadas que disciplinaban el proceso penal contra adolescentes⁴⁴, siendo evidente que desde la misma creación, como ejemplo en nuestro país, se postuló un tratamiento especializado y el reconocimiento de derechos que consideran en concreto las características de los adolescentes, lo que provocó importantes confrontaciones, no sólo en el seno de la sociedad salvadoreña, sino incluso entre funcionarios de

⁴² ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 2ª edición, Editorial Civitas, S.A., 1997, Madrid, España, pp. 46 y 118. Al referirse al derecho penal juvenil, manifestó que las consecuencias de los delito cometidos por jóvenes son “*sólo parcialmente penales*”, entendiendo que el derecho penal juvenil forma parte de una de las disciplinas que integra la ciencia global del derecho penal, al considerar que la pena se complementa con medidas que tienen un fin educador.

⁴³ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. *Derecho Penal...*, *Op. cit.*, p. 74. El autor manifiesta: “*Muy lamentablemente hay que reconocer que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre el discurso y la práctica. Por un lado se nos presenta un derecho liberal, democrático y garantista, el cual es rápidamente desvirtuado y distorsionado en la realidad por los factores verdaderos del poder. El derecho penal de menores no es la excepción en este divorcio entre lo teórico y lo práctico*”.

⁴⁴ BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, p. 2, disponible en http://enj.org/portal/biblioteca/penal/penal_juvenil/34.pdf, (sitio consultado el 29 de febrero del 2012). A pie de página, la autora respecto de los cambios que se producen con la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, manifiesta que en los países de América Latina se ha caracterizado como un proceso de triple vía, así en algunos países la ratificación de la convención no produjo impacto alguno, mientras en otros casos sólo ha sido una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional y finalmente algunos países han realizado una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional.

diferentes órganos, señalando por un lado el reconocimiento de las garantías especiales del proceso penal contra adolescentes, mientras otros exigían tratamiento igualitario entre adolescentes y adultos, lo cual desembocó en que las esperadas transformaciones únicamente fueran de carácter legislativa, pues los proyectos de inserción que requerían de inversión estatal, fueron poco a poco dejándose en el olvido.

La atracción que se ejerce por el derecho procesal y penal común respecto del derecho penal juvenil, que busca equiparar a los adolescentes con los adultos, se ha orientado en la aplicación de un trato desfavorable asociado a la restricción de derechos⁴⁵, más no respecto de la aplicación favorable de derechos y garantías que como parte del debido proceso si son reconocidos para otros grupos⁴⁶, tal como se ha observado en nuestra legislación juvenil como ejemplo en materia de impugnación, donde permanecen inmutables los medios con cuenta un adolescente para recurrir de una resolución con la amplitud del recurso que ya se ha modificado en el proceso penal de adulto cuando se trata de una sentencia condenatoria⁴⁷, por lo que la velocidad con se transfieren las restricciones o relajamiento de los derechos y garantías del proceso penal común hacia el proceso penal de adolescentes, así como el endurecimiento de las condiciones e incremento del tiempo de duración de las sanciones penales, difiere con la lentitud en que se produce la optimización de los derechos y garantías incorporados al proceso penal común.

⁴⁵ Dentro de las últimas reformas que se le hacen a la ley penal juvenil, mediante Decreto Legislativo 309, publicado en diario oficial N° 64, Tomo N° 387, de fecha 9 de abril de 2010. Destaca el incremento del techo límite de la medida extrema de internamiento, que paso de siete a quince años, todo ello asociado a la percepción de la falta de retribución con las respuestas penales aplicadas a los adolescentes, vistas respecto de la penas para adultos.

⁴⁶ AGUIRRE, Eduardo Luis, *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*, disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/ninez07.pdf>, (sitio consultado el 12 de noviembre del 2012). Explica el autor como el modelo económico capitalista es capaz de crear sus propias estructuras e instituciones, generando temor respecto de un grupo social excluido a quienes se les presenta como enemigos, justificándose que sobre estos se impongan penas más graves, mayor dureza policial y severidad jurisdiccional, con cárceles deshumanizadas, encontrándose dentro de estos grupos que representan un peligro, a hombres jóvenes, provenientes de sectores sociales pauperizados, con escaso nivel de instrucción formal, que son los clientes del sistema penal juvenil, destinatarios de un retribucionismo extremo, a los que se debe aplicar el sistema penal relajando la exigencia de la observación de derechos y garantías fundamentales generales, manifestando que *“los grandes pilares de las concepciones punitivas clásicas no se han alterado: una justicia penal para adultos varones, un sistema tutelar para infractores juveniles y un plexo de baterías asistenciales para casos de crisis familiar o para mujeres y niñas”*.

⁴⁷ C.I.D.H., Caso BARRETO LEIVA Vs. VENEZUELA, sentencia del 17 de noviembre del 2009, párrafo 89, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, (sitio consultado el 12 de agosto del 2012). Se fundamenta que la doble conformidad judicial, se expresa mediante la revisión integral del fallo condenatorio, lo que le da más credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y le brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Este precedente junto con lo resuelto en el caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica, motivó que la legislación en materia procesal penal de nuestro país se adecue la exigencia de la revisión integral en segunda instancia, tal como se cumplió en el código procesal penal vigente, al regularse la apelación en segunda instancia, como un requisito previo del recurso de casación.

Ha sido en este orden de ideas, que la llamada originalmente Ley del Menor Infractor, ahora Ley Penal Juvenil, reguló el proceso penal contra adolescentes según la estructura constitucional y convencional que entró en vigencia en 1995, permaneciendo a la fecha sin mutaciones relevantes, mientras la regulación del código procesal penal aplicables a adultos, no sólo fue reformado casi en su totalidad durante los aproximadamente doce años de su vigencia, sino que hoy ya fue sustituido por una nueva legislación procesal⁴⁸, que ha retomado las nuevas concepciones de la doctrina procesal y jurisprudencia acumulados a nuestro tiempo.

Esto sienta las bases para concluir, que en los antecedentes históricos del tratamiento penal de las conductas ilícitas, antisociales o inmorales que se les atribuye a niños, niñas y adolescentes, ha predominado una visión adultocentrista⁴⁹, en consecuencia para imponerle la respuesta penal se parte de supuestos de similitud de una persona ya desarrollada⁵⁰, siendo reciente la aparición de procedimientos penales específicos para adolescentes, agregándose que las respuestas penales según el modelo de justicia penal vigente en nuestro país, tiene formalmente un fin eminentemente educativo, en tal sentido que se le conceptualice como medida y no como pena, lo que no quita que sea verdadera restricción o afectación de derechos a los adolescentes a quienes se les declara responsable, existiendo similitud entre las precarias condiciones de los centros penitenciarios de adultos y los centros de internamientos de adolescentes⁵¹, siendo evidente que tanto el legislador como los mismos operadores

⁴⁸ El código procesal penal vigente, dentro de sus considerandos señala que ante la multiplicidad de reformas que sufre el código procesal penal del 1998, es necesario sistematizarlo, reafirmando el rol que corresponde al órgano persecutor y buscar equilibrio entre los derechos del inculpado y de la víctima.

⁴⁹ CHAN MORA, Gustavo, *Adultocentrismo...*, *Op. cit.*, p. 43 y ss. Entiende que el derecho penal juvenil no ha construido sus propias categorías de análisis del delito, sino que las transfiere del derecho penal de adultos, agregando que es necesario un concepto penal juvenil de culpabilidad que no sea adultocentrista.

⁵⁰ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *Sobre la Responsabilidad Penal de los Menores*, en AA.VV. "Responsabilidad Sanción Y Justicia Penal Juvenil", 1ª. edición, Procesos Gráficos, San Salvador, El Salvador. 2011, p. 42. La visión de prevención general propias de los fines de la pena del derecho penal de adultos, son consideradas por SÁNCHEZ ESCOBAR como reducidas en el derecho penal juvenil, ello en razón del interés del menor, que por sus propias características personales, exige que se privilegie la prevención especial como fin básico de las respuestas penales.

⁵¹ Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Comunicado de prensa N° 104/10*, disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/104-10sp.htm>, (sitio consultado el 15 de marzo del 2012). La relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad en su visita a El Salvador del 5 al 9 de octubre del 2010, que incluyó visitar in situ el centro de inserción social Senderos de Libertad de Ilobasco, manifestó su preocupación por las deficiencias estructurales constatadas en el sistema penitenciario salvadoreño, debido a la ausencia de políticas públicas para lograr que el sistema penitenciario cumpla con los fines que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *la reforma y la readaptación social de los condenados*.

asocian las consecuencias penales al castigo, persistiendo una visión retributiva del proceso penal de adultos⁵².

3. LOS MODELOS DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

Para fijar como punto de partida, conviene aclarar por una parte, que los modelos de justicia penal juvenil no han existido, ni existen en forma pura, en tanto se produce una especie de coexistencia pero con el predominio de un determinado modelo⁵³, y por otra parte, se continuará con la separación de los modelos de justicia penal considerando los anteriores a la promulgación de la CSDN y los modelos de justicia penal posteriores a la misma, cerrando con una breve referencia a la llamada justicia restaurativa, que aparece como el horizonte para la justicia penal juvenil.

En cuanto a los modelos de justicia juvenil que se han tenido en el derecho comparado, no obstante la corta historia del tratamiento legislativo de los adolescentes en conflicto con la ley penal, fundados en las doctrinas de la situación irregular y más recientemente, a partir de la CSDN, en la doctrina de la protección integral, se distinguen tres modelos de justicia juvenil:

3.1. MODELO TUTELAR, ASISTENCIALISTA, CARITATIVO O DE PROTECCIÓN

Los orígenes de este modelo podemos encontrarlos de la interrelación de ideas iluministas que se heredan con la revolución francesa⁵⁴ y el surgimiento de la sociedad industrial, que fomentó la apertura de la desigualdad social, en la que el Estado asume una postura apática respecto del adolescente que delinque, haciendo surgir en la clase alta a los filantrópicos, quienes buscaron que los menores que

⁵² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, editorial Hammurabi SRL Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 23. Se atribuye a las teorías absolutas o retributivas legitimar la pena sólo si son justas, y lo cual se produce cuando el culpable de un hecho recibe como respuesta *un mal que compense el mal que él ha causado libremente*.

⁵³ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p. 64. En la tesis citada, la autora hace referencia que la justicia de menores surge de una convergencia de modelos, en tanto estos se transforman a través del tiempo, en los que coexisten elementos de varios modelos pero con predominio de alguno de ellos.

⁵⁴ CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *Op. cit.*, p. 13. El autor hace referencia que con la consolidación de la concepción de libertades que se expresaron al dignificar la persona humana, se produce una reformulación sobre el ejercicio del poder político, en particular el poder punitivo del Estado, que ya dio paso a tutela de los sectores *necesitados y desprotegidos*.

cometían delitos no fueran sometidos al sistema penal, sino que junto con mendigos y pobres se les diera protección⁵⁵.

Desde la perspectiva filosófica de este modelo, al menor abandonado, en vagancia, en extrema pobreza, dedicado a la mendicidad o que cometiere un ilícito penal se le concebía como enfermo a quien hay que curar, acudiéndose a la institucionalización para dar el tratamiento correctivo que aquel necesitaba, por lo que la realización de conductas ilícitas o la previa declaratoria de culpabilidad en un proceso no eran condicionantes para que se ordenara medida en contra de aquel, pues los jueces que gozaban de una amplia discrecionalidad, intervenían no por el acto realizado, sino para la protección física y moral de los niños, niñas y adolescentes que se encontraran en situación de riesgo⁵⁶.

Este modelo fundamentó las legislaciones que en Latinoamérica dieron origen a los tribunales llamados Tutelares, que concebía al Juez como el *buen padre de familia* que debía suplir la responsabilidad que correspondía a los padres biológicos, transformándose en una función paternalista y protectora, que implicó reconocer en éste, la concentración de diferentes roles, tales como los de acusar, defender e imponer medidas de protección, en consecuencia se ejercieron facultades discrecionales que por ausencia de límites no se diferencian de arbitrariedades⁵⁷, en tanto no existían garantías procedimentales aplicables en tales procesos, por lo que se ordenaban verdaderas medidas de seguridad fundadas en peligrosidad pre-delictual.

Fue con el primer tribunal de menores creado en Chicago en el año de 1899, con el que proliferaron tanto la creación de normas específicas, como de los tribunales para menores, siempre inspirados en

⁵⁵ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p. 64. Postula que el Estado al permanecer indiferente ante el cometimiento de delitos por menores, la clase alta con propósitos filantrópicos luchó por sacar a los menores del sistema penal, para que estos fueran incluidos junto con mendigos y pobres, dentro de un sistema de protección.

⁵⁶ COY, Ernesto y Torrente Ginesa. *Intervención con Menores Infractores: su Evolución en España*. p. 39, disponible en [www.http://www.um.es/analeps/v13/v13_1/04-13-1.pdf](http://www.um.es/analeps/v13/v13_1/04-13-1.pdf), (sitio visitado el 3 de Marzo de 2012). Señala que la filosofía del Modelo Tutelar considera al menor como enfermo al que es necesario curar, siendo ese el fin de las medidas de tratamiento que debían imponerse para corregir al menor que se encontraba en riesgo, en consecuencia no hace falta la declaratoria de culpabilidad por el cometimiento de delito para que se imponga una medida, pues la función del Juez en el tribunal tutelar es paternalista.

⁵⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina: Modelos y Tendencias*, Serie N° 3, disponible en <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/garmendez.pdf>. (sitio visitado el 15 de marzo del 2012). Sintetiza que la doctrina de la situación irregular sirve de fundamento al modelo tutelar, lo que “no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”.

postulados del positivismo criminológico⁵⁸ que debía corresponder con el modelo económico de la época⁵⁹ y en la doctrina de la situación irregular, que percibe la criminalidad de niños y niñas, como el mal funcionamiento de las instituciones o como una enfermedad social, que no se corrige mediante la imposición de penas, sino curando la enfermedad de los necesitados de ayuda.

Se postulan como principales características de este modelo⁶⁰ “*que el menor de edad se le tiene como sujeto que debe soportar la intervención jurídica, pues es un objeto, a quien no se le reconocen ni las garantías comunes de los adultos sujetos a un proceso penal, ni las propias que atenderían su minoridad*”, la figura del Juez se asimila a la de un *buen padre de familia*, a quien corresponde solucionar la situación irregular del menor, aportándole alternativa para que éste se pueda resocializar e insertarse en la sociedad porque se le considera incompleto, inadaptado, siendo la inimputabilidad inherente a todo menor, por lo que queda exento de responsabilidad penal, en tanto las medidas dictadas en su contra, son valoradas como favorables para aquel.

Es por ello que se busca solucionar la situación irregular del menor; en primer lugar, confiriéndose amplias facultades discrecionales al Juez tanto para determinar los supuestos que configuran la situación irregular como la medida a adoptar para ayudar al menor; lo que se verifica en ausencia de garantías que sí eran reconocidas en el derecho penal para adultos; en segundo lugar, concentrando la función de investigación y decisión en el Juez, siendo este una característica del sistema penal inquisitivo, aunado a las funciones administrativas fusionadas con las funciones jurisdiccionales; en tercer lugar, al conferir como fin de las llamadas medidas de protección, el lograr la adaptación del menor a la sociedad; en cuarto lugar, al considerar que la medida de internamiento es indeterminada, cumpliéndose en centros

⁵⁸ ELBERT, Carlos Alberto, *Manual Básico de Criminología*, 1ª edición, editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 48. Se concibe el positivismo como: “*una postura filosófica agnóstica que tuvo enorme influencia en el campo científico, merced a la consagración del método experimental, que se liga con la búsqueda metódica sustentada en lo experimental, rechazando nociones religiosas, morales, apriorísticas o conceptos abstractos, universales o absolutos*”.

⁵⁹ CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *El Pensamiento Criminológico*, p. 3, disponible en <http://www.lettrasjuridicas.com/Volumenes/4/rcontreras4.pdf>, (sitio consultado el 15 de marzo del 2012). Se considera por la autora, que el positivismo se configura como el instrumento legitimador del nuevo orden político y social, necesario en los nuevos espacios que se crearon con la revolución industrial, que llevaban a percibir como criminalidad, todas aquellas manifestaciones de descontento y agitación social.

⁶⁰ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *La Convención Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Niños y su Influencia en el Modelo de Justicia*, disponible en www.dniu.org.uy/Public/Revista1/Tiffer.pdf, p. 2. (Sitio consultado el 3 de marzo de 2012). El autor señala en doce literales, las principales características de este sistema de justicia penal, y puntualiza que este tiene en su base la peligrosidad, afirmando que los efectos disuasorios y reeducativos de los sistemas penales, solo son aplicables a personas adultas.

de reclusión sin condiciones para alcanzar fines educativos, con la agravante de no atender la gravedad del hecho realizado, sino la peligrosidad del autor.

En este modelo de justicia penal conviene hacer dos acotaciones: en primer lugar, se manifestó como un derecho penal de autor, en el cual las circunstancias de pobreza, abandono o marginación social⁶¹, se tomaban como justificantes para la intervención del Juez de Menores Paternalista, y en segundo lugar, que la influencia de este modelo ha logrado sobrevivir no sólo en países en los cuales aún es dominante, sino incluso, en aquellos que se supone que al haber reconocido en su ordenamiento interno la CSDN, deberían implementar el modelo de responsabilidad⁶².

Como antecedente del modelo tutelar en nuestro país, podemos mencionar que al igual que otros países de la región, la protección de los niños desamparados surge como iniciativa de piedad de sectores altruistas o bien de grupos religiosos de nuestras sociedades, así desde el año 1921, la congregación religiosa Somascos, fundaron la correccional de menores con el nombre de Instituto Emiliani, y tres años después fundaron el centro para protección de niñas La Obra del Buen Pastor. El 15 de julio de 1966 se promulga la Ley de Jurisdicción Tutelar con la que surgen los tribunales tutelares de menores y los centros de orientación Rosa Virginia Pelletier y el Centro de Observación de Menores, que puntualiza límites para la protección y jurisdicción de menores hasta los dieciocho años de edad a quienes se les podía dar tratamiento⁶³.

⁶¹ CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 16. Se considera que el modelo de justicia tutelar se transformó en un medio de control social manifestándose como un derecho penal de autor, con el que se persiguió circunstancias personales como la pobreza, marginación social o abandono, que se consideraban como detonantes para habilitar la intervención de ayuda para los menores.

⁶² BELOFF, Mary, *Los sistemas de Responsabilidad...*, *Op. cit.*, p. 1, Sostiene que más allá del cambio legislativo en los países de la región, la falta de claridad en lo que se debe entender por *interés superior, sujeto de derecho o protección integral*, ha llevado a que se continúe reproduciendo con distinto nombre, lo que ya hacía el viejo modelo de justicia penal juvenil, es decir, el modelo tutelar sustentado en la situación irregular.

⁶³ INSTITUTO SALVADOREÑO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ y LA ADOLESCENCIA, *Antecedentes Históricos del ISNA*, disponible en: http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84, (sitio consultado el 14 de febrero del 2012). Con la promulgación de la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, que limitaba la protección y jurisdicción a los menores de dieciocho años, se generan las pautas para la creación de los primeros establecimiento para atender a los menores con fines de observación y tratamiento, surgiendo de forma paralela el primer Juzgado Tutelar de Menores y se fundan los Centros de Orientación Rosa Virginia Pelletier y el Centro de Observación de Menores.

Pero fue con el código de menores del 1974⁶⁴, que de forma específica se legisló la protección a los niños, niñas y adolescentes, implementándose en El Salvador el modelo tutelar, el cual recogía la doctrina de la situación irregular, con la creación de los centros correccionales para niños, niñas y adolescentes a quienes se les imputare ilícitos penales, o que se encontraran ante los supuestos de situación irregular, que se mantuvo vigente hasta la llegada de la actual Ley Penal Juvenil con la creación de los Juzgados de Menores, que incorporaba el nuevo modelo de justicia penal de Responsabilidad⁶⁵.

3.2. MODELO EDUCATIVO O PERMISIVO

Se vincula el surgimiento de este modelo, con el Estado de *Bienestar Social*⁶⁶ que fue influenciado con las doctrinas socialistas democráticas y demócratas cristianas que aparecen en Europa inmediatamente después de concluir la segunda guerra mundial y ejerce su influencia desde el año 1948 hasta 1975⁶⁷. En lo fundamental, este modelo busca que las políticas de asistencia social excluyan a los menores de la justicia penal mediante soluciones alternas, otorgándoles a los operadores del sistema facultades que le permitan resolver conflictos sociales que involucran a menores, sin que la respuesta sea obtenida dentro de un proceso penal.

Siendo que este modelo de justicia surge en el seno del “Estado de Bienestar”⁶⁸, que concibe al Estado como guardián de la seguridad y el gestor de la eliminación de la pobreza, correspondiendo a este, dignificar condiciones de trabajo, salud y enseñanza, por lo que era de esperarse que no se visibilizaran las acciones realizadas por menores que tendrían efectos penales, en tanto se tenía como objetivo, evitar

⁶⁴ El código de menores, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 516 de fecha 8 de enero de 1974; publicado en el Diario Oficial Número 21, Tomo 242, de fecha 31 de enero de 1974. Que desarrollaba la doctrina de la situación irregular.

⁶⁵ CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 19. Tanto el código de menores como la legislación desde el año de 1945 son consideradas como normativas que encuadran de forma “*fíel al modelo tutelar*”.

⁶⁶ HUERTA LARA, María del Rosario, *Los conceptos de Estado Social de Derecho, Bienestar Social e Interés Colectivo*, p. 3, disponible en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/huerta18.pdf>. Distingue tres interpretaciones de Estado de bienestar: el primero que hace relación a la provisión de servicio de bienestar por el Estado, el segundo a la asunción por parte del Estado de responder ante las necesidades primarias de sus ciudadanos y el tercero a que se identifica con sistemas generales de bienestar social.

⁶⁷ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p. 66. Hace referencia que el modelo educativo comienza a finales de la segunda guerra mundial y llegó aproximadamente hasta 1975.

⁶⁸ Se trata de un concepto utilizado en economía y finanzas públicas, que relaciona la obligación del Estado para se busque bienestar tanto económico como social a sus ciudadanos, partiendo que estos tendrían igualdad de oportunidades, con una equitativa distribución de la riqueza, en la cual el Estado garantiza una base mínima para la subsistencia de sus connacionales, acudiendo a la redistribución de la riqueza mediante la imposición de impuestos.

la intervención del sistema penal, privilegiándose el interés superior de aquellos, para que bajen las estadísticas de casos penales y se cumpliera con el deber de brindar educación al adolescente que ha infringido la ley penal⁶⁹.

Dentro de las principales características de este modelo tenemos⁷⁰: a) Tanto policía, como trabajadores sociales y educadores entre otros, debían evitar que el problema que involucrara a menores, llegara al sistema de justicia penal, lo cual se comprendía como una disminución de la criminalidad juvenil, en tanto se tendía a ocultar las cantidades reales de ilícitos que involucraban a menores; b) La finalidad principal del modelo es lograr en consideración al beneficio del menor, una mínima intervención del sistema de justicia, limitado aquellos casos en donde no se logre dar otra solución al conflicto generado con la acción ilícita del menor; c) El tratamiento de los menores no se veía como una respuesta represiva por la acción realizada, ya que se tenía como propósito, una finalidad educativa para el menor; d) Se sustituyen los reformatorios por medidas alternativas como casas de familia, residencias, familias sustitutas o centros de medios abiertos entre otros, con lo que se buscaba dar excepcionalidad o erradicar la privación de libertad de los menores, incluso en aquellos casos más graves, e) La actividad del Juez es accesoria, siendo el rol de los educadores y trabajadores sociales como función administrativa, prioritaria, independiente y desvinculada de la función jurisdiccional, pues esta es vista como el último eslabón del trabajo social; f) Al igual que en el modelo tutelar, no se diferencia el tratamiento de los menores en conflicto con la ley penal y los menores abandonados, huérfanos o en situación de peligro o riesgo; y g) Es un modelo que aparenta efectividad, en tanto se potencia la intervención administrativa que reduce la remisión de casos al sistema de justicia juvenil.

La implementación de este modelo de justicia no se visualiza con claridad en El Salvador, pues si bien es cierto fueron recogidas las ideas principales de un asistencialismo por parte del Estado, debido al predominio que se ejerció por el modelo tutelar del cual pasó sutilmente a formar parte, lo que generó

⁶⁹GIMENEZ-SALINAS, Esther, *La Justicia de Menores en el Siglo XX Una Gran Incógnita*, p. 4, disponible en www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf, (sitio consultado el tres de marzo del 2012). Se relaciona que el modelo educativo se basaba en evitar que los jóvenes ingresaran al sistema de justicia penal, por lo que todo operador contribuye en la búsqueda de ese objetivo, ya que se había abandonado los métodos represivos que sustituyeron acciones educativas.

⁷⁰ CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *et. al., Op. cit.*, pp. 20-21. Se señalan por el autor, las principales características del modelo permisivo, que destacan su orientación al evitar a toda costa, la intervención represiva para ilícitos penales que se cometan por menores, logrando con ello el beneficio de bajar las estadísticas de criminalidad.

como consecuencia, que la influencia del modelo permisivo no tuviese la identidad suficiente para sostener, al igual que el caso Español⁷¹, que si ha estado vigente por sobre los otros modelos, tal como sí ocurre en el caso de Holanda, Bélgica y países nórdicos donde se complementó con aportación de organizaciones privadas.

3.3. MODELO DE RESPONSABILIDAD

La sentencia Gault de 1967, que se dicta por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, como el resultado de la crisis constitucionalidad por las medidas que privativas de la libertad que se decretaban por los jueces de menores inobservando el debido proceso⁷², en tal sentido se exige en estos procesos: una inmediata comunicación entre adolescentes institucionalizados y sus padres; que se informaran los hechos imputados, con el tiempo suficiente para preparar su defensa; que se le diera al procesado, asistencia jurídica por un letrado; que cumpliera el derecho a la no autoincriminación y el derecho a ejercerse la contradicción. Estas garantías fueron expresamente recogidas en la CSDN⁷³, formando el núcleo de la modificación o transición al nuevo modelo de justicia o responsabilidad⁷⁴, por lo que hoy es posible afirmar que este modelo se desarrolla en los años ochenta⁷⁵, alcanzando su consolidación en el plano normativo, con la vigencia de la citada convención.

Es destacable en este punto, que el modelo de responsabilidad no abandona los fines de educación para el adolescente, en tanto si bien se le reconocen derechos y garantías procesales, de forma simultánea,

⁷¹ GIMENEZ-SALINAS, Esther, *Op. cit.*, p. 4 y ss.. Con relación a la implementación del modelo permisivo en España, se afirma que por la tradicional postura inmovilista que se observa en el ámbito legislativo, no se dieron cambios significativos que afecten el modelo tutelar vigente, tal como ocurre en El Salvador.

⁷² BELOFF, Mary, *La aplicación directa...*, *Op. cit.* A propósito de la peculiar implementación de derechos y garantías que eran violentado en el proceso tutelares contra menores, fue la propia Corte Suprema de los Estados Unidos la que “*dispara el proceso de reformas*”, y no la entrada en vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, como sí ocurrió en el caso Latinoamericano.

⁷³ QUINTANILLA MOLINA, Salvador Antonio, *Introducción al Estudio del Derecho de Menores*, 1ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1996, p. 42. Se señala que la Convención sobre los Derechos del Niño recoge los Derechos Humanos de la Niñez más importantes comprendiéndose los derechos civiles, sociales y culturales.

⁷⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Aspectos Procesales de la Nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, en REVISTA XURÍDICA GALEGA, p. 32, disponible en [//www.rexurga.es/pdf/COL169.pdf](http://www.rexurga.es/pdf/COL169.pdf), (sitio consultado el 4 de marzo del 2012). En referencia al nuevo modelo de responsabilidad afirma que este se desmarca de los postulados ideológicos del movimiento positivista y correccionalista que fundaban a los tribunales tutelares de menores, a los que les puntualizaba una función más bien administrativa que jurisdiccional.

⁷⁵ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p. 17. Considera que la Convención General de los Derechos del Niño en 1989, es un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores, la que al entrar en vigencia permitió que en los años 90 iniciara un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región.

también se le exige responsabilidad por sus actos, surgiendo como fin de la respuesta penal: educar en responsabilidad⁷⁶, al punto de concebirse que el niño a pesar de encontrarse en situación de vulnerabilidad, las acciones ilícitas que realiza son el resultado de su propia decisión, en la cual se supone que ha valorado las consecuencias, por lo que deberá asumirlas mediante la respuesta penal que se le imponga para corregir su comportamiento futuro⁷⁷.

Dentro de las características de este nuevo modelo de justicia penal juvenil destacan⁷⁸: a) Las garantías generales del proceso penal de adultos son transferidas al nuevo modelo de justicia de responsabilidad⁷⁹; b) El adolescente pasa a ser sujeto de derechos, en tanto se le reconocen derechos y garantías vinculados a su situación jurídica⁸⁰; c) La intervención del modelo de justicia juvenil, se condiciona a la existencia de un hecho punible, es decir, se reconoce únicamente la responsabilidad por el acto; d) Se busca la desjudicialización de los conflictos en los que intervienen los adolescentes; e) La exigencia de responsabilidad para los adolescentes se asocia con el proceso de educación al que se someten aquellos, en consecuencia las medidas como respuesta penal, tiene como fin primordial el de educar; f) Las consecuencias jurídicas del delito son por regla medidas no privativas de libertad ambulatoria de los

⁷⁶ GIMÉNEZ-SALINA, Esther, *Op. cit.*, p. 42. Se atribuye al modelo de Responsabilidad, la adopción del castigo y la sanción como respuestas privilegiadas para la prevención de la delincuencia propugnándose por un aumento de la dureza y de la represión ante la comisión de un delito, en donde el carácter educativo de las medidas se torna necesario para la reinserción del menor.

⁷⁷ CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *Op. cit.*, p. 42. En referencia al nuevo paradigma que surge con la implementación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que pasa a considerar que el niño es un sujeto de derechos, en consecuencia encontrándose dotados de capacidad para ser titular de derechos, los que pueden ser amenazados o vulnerados por medio de sanciones penales.

⁷⁸ GIMÉNEZ-SALINA, Esther, *Op. cit.*, p. 7. Como características del modelo de responsabilidad son citados: Un mayor acercamiento a la Justicia penal adulta, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, refuerzo de la posición legal de los jóvenes, mayor responsabilidad de los mismos, limitar al mínimo indispensable la intervención de la Justicia, amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos, reducción al mínimo de sanciones privativas de libertad, atención a la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima, o de la sociedad, conservar para los jóvenes los principios educativos que en teoría han presidido las legislaciones juveniles.

⁷⁹ DE LA CUESTA, José Luis e Isidoro BLANCO, *El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España*, disponible en <http://www.penal.org/IMG/MenoresJLCIB.pdf>. (sitio consultado el 23 de mayo del 2012). El nuevo sistema de justicia de responsabilidad tanto en el caso Español que fue precedido de la declaratoria de inconstitucionalidad del modelo tutelar, como en nuestro caso que obedece a un proceso legislativo, tienen un mismo origen: la violación de derechos y garantías en los procesos tutelares, siendo en ese sentido que bien señalan los autores para contraponer el modelo a sustituirse que: “*el nuevo proceso garantiza plenamente la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho de recurso y ciertas matizaciones las demás garantías procesales fundamentales reconocidas para los adultos*”.

⁸⁰ ACUÑA GONZÁLEZ, Guillermo y Quesada Andrea Milla, *Tendencias actuales en Seguridad y sus impactos en la Justicia Penal Juvenil*, S.E., San José, Costa Rica, Julio 2009, p. 20, disponible en <http://viasalternas.dnicostarica.org/v2/documentos/633899447412097500.pdf>, (sitio consultado el 23 de mayo del 2012). Se caracteriza el modelo de responsabilidad al sustituir los procedimientos inquisitivos por procedimientos que resguardan la privacidad y confidencialidad, afianzando las garantías de los adolescentes acusados.

adolescentes, por lo que previo a que se ordene un internamiento, se deben haber considerado y descartado otro tipo de medidas; g) La víctima tiene una mayor participación en el conflicto social que la involucra; h) Se separan los grupos de niños y niñas que quedan exentos de toda responsabilidad penal y los adolescentes que si entran al sistema de justicia penal juvenil; i) Exige especialidad del régimen jurídico para adolescentes⁸¹, así como la especialización de operadores del sistema que intervengan en el proceso que se sigue contra el adolescente en todas sus etapas.

Recientemente se ha dicho que la implementación de la CSDN en países Latinoamericanos durante las últimas décadas, se ha caracterizado por lo que ha llamado como “*Reduccionismo Legal*”⁸², observable en una doble dimensión, por un lado los países de la región se han limitado a la derogación de leyes tutelares clásicas, suprimiendo el soporte jurídico de ese modelo, y por otra parte, se ha asociado la vigencia de la CSDN con la creación del modelo de justicia penal juvenil, es decir que la CSDN se cumple sólo con la creación del nuevo modelo de justicia penal contra adolescentes, quedando satisfecho con alcanzar el proceso de criminalización con garantías para los adolescentes, negándose que también exige con carácter más relevante, el cumplimiento de derechos relacionados a la protección especial e integral de la niñez y adolescencia, situación a la que El Salvador no ha escapado.

Se concluye entonces, que el ofrecimiento de los expertos de la época cuando inicia la implementación del modelo de responsabilidad que pretendía instaurar un sistema de justicia penal que permitiera la desjudicialización de los conflictos sociales en los cuales se involucrara a adolescentes buscando salidas alternas de un proceso penal⁸³, desinstitucionalización de los adolescentes, apostándole a medidas que

⁸¹ LAINO PEREYRA, Silvia E., *et. al.*, *Manual para la Defensa Jurídica de los Derechos Humanos de la Infancia*. 1ª edición, Gráfica Mosca, Montevideo, Uruguay, 2012, p. 53, disponible en http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual_Defensa_derechos.pdf, (sitio consultado el 24 de mayo de 2012). Se toma como característica básica del Derecho Penal Juvenil la especialidad, que “*se manifiesta por el uso predominante de sanciones de carácter educativo y por la estructuración particular del proceso*, siendo la especialidad la que: “*confiere a menores de edad mayores atenuantes y garantías que las utilizadas para adultos*”.

⁸² BELOFF, Mary, *La Traducción Latinoamericana de la Convención Sobre Derechos del Niño*, p. 4 y ss. disponible en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/21022012/dp-beloff_homenaje_minyersky.pdf, (sitio consultado el 10 de mayo del 2012). Reduce la traducción de la CSDN en los países Latinoamericanos, al proceso de derogación de leyes de corte tutelar y a la creación del nuevo modelo de justicia penal juvenil.

⁸³ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y Javier LLOBET, *La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional*, 1ª edición, EDISA, S.A., San José, Costa Rica, 1999, disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029762.pdf>. Se propone que el núcleo de la desjudicialización se vincula con las ideas de una despenalización y un derecho penal mínimo, limitando la intervención judicial a casos necesarios y graves, aplicables a aquellos supuestos que no fue viable medidas para desjudicializar el conflicto social.

no requieran la privación de libertad del adolescente⁸⁴, descriminalización de conductas que fueren de poca relevancia penal⁸⁵, y debido proceso llevando las garantías y derechos que son reconocidas ya para los procesos penales de una persona adulta⁸⁶, siendo el cumplimiento de estas exigencias las que permitirían superar el modelo tutelar que antecedió, siguen siendo una meta no alcanzada.

4. MODELO DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN EL SALVADOR Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Se debe anticipar, que la regulación especializada de los menores en conflicto con la ley penal en El Salvador, al igual que en los países del área Centroamericana, es relativamente reciente, encontrando los primeros antecedentes en el art. 153 Cn. de 1945, que hace referencia que las conductas delictivas realizadas por los menores, se sujetaran a *un régimen jurídico especial*, disposición que permanece inmutable en las siguientes constituciones hasta la fecha. Sin embargo dicho mandato no fue cumplido por más de veinte años, pues no obstante la influencia que se expandió por el mundo con la creación del primer tribunal de menores en Chicago en el año de 1899, que fue seguido en Suramérica con la denominada Ley de Agote en Argentina de 1919, que se considera como la primer ley específica de minoridad en América latina⁸⁷, en el caso de El Salvador se concretó hasta el año de 1966 con la Ley de

⁸⁴ ROTEILI, Franco, *et al.*, *Desinstitucionalización: otra vía (la reforma psiquiátrica italiana en el contexto de la Europa Occidental y de los "países avanzados")*. Traducida por JOSÉ GARCÍA GONZÁLEZ, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol. VII. N° 2/1987, p. 166, Se relaciona que como resultado de las medidas neoliberales y reajustes del estado de bienestar, se produce la desinstitucionalización en los hospitales psiquiátricos, que buscaban ante la crisis financiera de la época, la reducción de camas en dichos centro, puntualizando que ello podría ser llevados a otras áreas del servicio de salud. Esa ideas originarias para los centros psiquiátricos también se transfiere a los centros de internamientos tutelares, que consideraban al menor en riesgo social, como un enfermo al que se debía dar un tratamiento al asemejarlo con un enfermo mental, por lo que el nuevo modelo de justicia al considerar que el menor es sujeto de derechos, propugna por no acudir a su institucionalización para dar respuesta a sus actos ilícitos.

⁸⁵ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y RED POR UN SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO, *Propuesta de Política Criminal y Seguridad Ciudadana para El Salvador*, p. 61, disponible en <http://www.comunidadessegura.org/files/active/1/PPCPES2005.pdf>, (sitio consultado el 12 de mayo del 2012). En relación a la despenalización o descriminalización en la justicia penal juvenil, en la propuesta de política criminal que se formuló por FESPAD y la Red por un Sistema Penal Democrático, se manifiesta que es necesario establecer criterios políticos criminales para suprimir tipos penales aplicados a los menores en razón que ello conlleva un mayor perjuicio en el proceso socioeducativo de los jóvenes infractores, proponiendo que no se apliquen las faltas, los delitos de posesión de droga y el caso del aborto por representar obstáculos a los jóvenes para su inserción social.

⁸⁶ C.I.D.H., Opinión Consultiva con referencia OC-17/2002 de 28 de agosto de año 2002, párrafo 95. La Corte Interamericana manifiesta que las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconocen a todas las personas por igual, por lo que deben ser aplicadas en los procesos administrativos o judiciales en los que se discute algún derecho de un niño.

⁸⁷ FERNÁNDEZ HASAN, Alma, *Reconsideraciones en torno de los derechos de la niñez y la adolescencia*, en KAIRO revista de temas sociales, año 11, N° 20, noviembre de 2007, p. 2, disponible en <http://www.revistakairo.org/k20-archivos/FHassan.pdf>, (sitio consultado el 2 de febrero del año 2013). Tras señalar que la Ley de Patronato

Jurisdicción Tutelar de Menores y luego fue sustituida por el Código de Menores de 1974, siendo legislaciones que en esencia respondían al modelo de justicia tutelar.

La sentencia Gault en el Estado de Arizona del 1967 y la adopción de la CSDN en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1989, suscrita⁸⁸ y ratificada⁸⁹ por El Salvador, impulsaron la implementación del modelo de responsabilidad en los diferentes Estados del mundo, siendo así que ante la influyente tendencia de reformas legislativas en materia de menores en conflicto con la ley penal y especialmente por la flagrante violación a derechos y garantías fundamentales en el modelo de protección tutelar, tales como la ilimitada competencia de los tribunales tutelares de menores, que concentraba tanto los casos de niños y niñas en situación de riesgo, como a aquellos a quienes se les imputaban acciones delictivas, sin que existieran mayores reparos en diferenciarlos.

Se agrega que la inexistencia de la calidad de sujeto de derecho de los adolescentes dentro de un proceso penal, fueron circunstancias que llevaron a la creación de competencias delimitadas, por un lado la situación de riesgo para el niño, niña y adolescente que se sujetaría a la competencia del Juzgado de Familia y del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, hoy a las Juntas de protección de la niñez y adolescencia respecto de las medidas administrativas y al Juez de la Niñez y la Adolescencia en cuanto a las medidas judiciales, y por otro, los casos en que se impute delito que serán competentes los Juzgados de Menores, que fueron creados mediante la LMI⁹⁰, con la cual se inició al modelo de responsabilidad vigente hasta la fecha.

Merece acotarse de forma puntual los aspectos de mayor relevancia de la justicia restaurativa, en tanto esta se percibe como el horizonte de la justicia penal juvenil⁹¹, o por lo menos debe verse como una seria

de Menores “*es la primera legislación específica de minoridad en América Latina*”, le atribuye que con ella también se consolidó “*la intervención del Estado en la vida de los niños pobres, otorgando facultades a los jueces para disponer arbitrariamente de cualquier niño que hubiera cometido o sido víctima de contravención o delito y/o se encontrara material o moralmente abandonado*”.

⁸⁸ ACUERDO EJECUTIVO N° 237, de fecha 18 de abril de 1990.

⁸⁹ DECRETO N° 487, de fecha 27 de abril de 1990, publicado en D.O. N° 307 del 9 de mayo de 1990, disponible en: http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/amc/elsalvador/el_sal_decree487.pdf, (sitio consultado el 15 de mayo del 2012).

⁹⁰ La LMI por una parte viene a constitucionalizar la configuración del proceso penal para adolescentes, iniciando con ella la llegada de los juicios penales orales, siguiéndose la exigencia que respecto del debido proceso se establecían en el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

⁹¹ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Justicia Restaurativa y La Protección de la Víctima*, p. 2, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/32llobet.pdf>, (sitio consultado el 22 de abril del 2012). Al comentarse sobre las peculiaridades de la justicia restaurativa, señala que en los últimos años se ha

aspiración de toda sociedad democrática que ha madurado para comprender que los modelos de justicia juvenil que tienen en su base la retribución como respuesta⁹² al imponer un castigo que le otorgaban el valor disuasivo y reformador⁹³, poco o nada contribuyen a reparar el daño causado a la víctima, sociedad e incluso al propio inculpado, ni a la inserción del infractor en su comunidad, ni tampoco a la prevención de la reiteración delictiva.

La justicia restaurativa, más que un mecanismo de control social o modelo de justicia, es una filosofía de vida, que se enfoca en dar respuesta a comportamientos indeseados que trastornan la armonía social, no como sanción entendida como respuesta tradicional de carácter retributiva, sino desde una perspectiva integral que exige la adopción de una nueva visión de proceder en los diferentes ámbitos de la vida, por ello, al tomarse la justicia restaurativa como filosofía de vida⁹⁴, resulta ineludible que para alcanzar niveles de violencia tolerables, se debe considerar como principales factores a cambiar, todos aquellos comportamientos del conglomerado social que son verdadera fuentes de violencia, tales como la marginación social, ausencia de empleo para los jóvenes, en otros, modificando la idea que las respuestas represivas ante los conflictos sociales deben ser expresadas mediante la pena, pues ello se transforma en el cierre de las puertas para la búsqueda de otro tipo de solución alternativa que daría una mejor probabilidad de evitar la reincidencia delictiva y lograr una verdadera solución al conflicto social.

Con acierto se ha postulado, que en el funcionamiento práctico de la justicia restaurativa, al tener una visión integral que trasciende más allá de la relación de medir el daño causado por el delito con la

ampliado el marco en que esta ópera, al lograr involucrar en sus programas, no solo a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta la comunidad a la que aquellos pertenecen.

⁹² CORREA GARCÍA, Sergio José, *Justicia Restaurativa y Menores en Conflicto con la Ley Penal*, en AA.VV. "La Situación Actual del Sistema Penal en México, XI jornada Sobre Justicia Penal", 1ª edición, México, D.F., 2011, p. 472, disponible en <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/SRPA/JR-y-men-confli-conley-penal.pdf>, (sitio consultado el 10 de agosto del 2012). Se considera que históricamente, la justicia de menores ha sido de carácter represiva, no siendo cierto que la justicia especializada para adolescentes sea la contraparte de esa represión, en tanto lo único que se garantiza es la represión, siendo la contraparte de esos tipos de modelos la justicia restaurativa que busca resolver el conflicto que subyace a la infracción penal y devolver o restituir el estado de cosas previas a momentos previos al delito.

⁹³ PLATT, Anthony, *Los "Salvadores de los Niños" o la invención de la delincuencia*, 4ª edición, 2001, México, p. 42. Al abordar el valor que se otorga al castigo por los teóricos de los siglos XVIII y XIX, se apunta que este produce un efecto disuasivo y reformador, el cual debía ajustarse al delincuente y no al delito.

⁹⁴ BRITTO RUIZ, Diana, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia*, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador, 2010, p. 14. disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/Justicia%20Restaurativa.%20Reflexiones%20sobre%20la%20experiencia%20en%20Colombia%20%20Diana%20Britto.pdf>, (sitio consultado el 9 de septiembre del 2012). Se tiene que la justicia restaurativa tiene una dimensión social, buscando restaurar el lazo que daña con la acción criminal, permitiendo reparación y reconciliación entre víctima e infractor con la mediación de la comunidad.

cantidad de retribución que debe imponerse con la pena o medida, se expresa mediante la compensación, la reintegración, el encuentro y la participación o inclusión, lo que permite que la reacción ante un comportamiento ilícito que se estructure a partir de la participación de los principales involucrados: menor, víctima y la comunidad a la que aquellos pertenecen, sea la solución al caso que se conoce.

La justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, reconociendo que los infractores dañan a las víctimas, comunidad y a ellos mismos, que no se trata de la simple infracción de la ley, como lo plantea la justicia retributiva⁹⁵, por consiguiente la justicia restaurativa mide en forma diferente los éxitos, en atención al daño reparado o prevenido, y no a la cantidad de la pena que se impuso al infractor, siendo la gran innovación al lograr trascender del acto criminal, pues por un lado se da plena relevancia tanto a la persona que directamente ha sufrido por la conducta lesiva, como a la comunidad que igualmente de forma indirecta, soporta el trastorno social que aquella ha provocado, por lo que hay un renacer en la solución del conflicto social, al pasar la búsqueda de la solución de los mismos, desde el Estado que monopoliza las reacciones ante tales hechos, a la solución que se busca por todos los afectados⁹⁶.

Así, ante un ilícito penal de hurto, no sólo se considera únicamente que el agraviado recupere el objeto que le fue sustraído o su valor, por un lado, y por el otro que el imputado reciba su sanción, tal como se esperaría en los modelos de justicia retributiva, sino que se enfoca en una reparación integral, buscando el restablecimiento de relaciones entre víctima, victimario y comunidad que se pudieron afectar con el hecho realizado⁹⁷, lo que permite señalar, que para la justicia restaurativa, la concepción de justicia no

⁹⁵ BRITTO RUIZ, Diana, *ídem.*, p. 13. Se sostiene que Justicia Retributiva tiene como presupuesto el castigo a la infracción de la ley, dejando en el olvido a la víctima.

⁹⁶ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., *La Justicia Restaurativa Versus La Justicia Retributiva en el Contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria*, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, p. 203, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>, (sitio consultado el 25 de abril del 2012). La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes.

⁹⁷ ORDÓÑEZ, Jorge, *et. al.*, *Justicia Restaurativa, Un Modelo Para Construir Comunidad*, p. 230, disponible en: http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_229_jordonez_justicia_restaurativa.pdf, (sitio consultado el 27 de abril del 2012). Se manifiesta que la justicia restaurativa como modelo de justicia comunitaria hace énfasis en la dimensión social del delito, para restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reconciliación, reparación y perdón entre la víctima y el infractor con la mediación de la comunidad, diferenciándose del modelo penal por no buscar el castigo y el encierro del infractor, sino la reparar del daño y la rehabilitar al delincuente.

se agota con el castigo que se le impone al infractor mediante la pena, afirmándose que la consecuencia penal del delito llámese pena o medida, no deberá ser ni la primer alternativa a considerar, ni la mejor, en tanto tiene mucho más interés restablecer materialmente la armonía social.

Es previsible que el tránsito de un modelo de justicia de carácter retributivo a una justicia restaurativa, implique un verdadero reto semejante al vivido cuando se abandona el modelo tutelar en la década de los noventa, pues los Salvadoreños hemos sido educados bajo la reproducción de la asociación de justicia en materia penal, con la cantidad de mal o daño que se regresa al infractor por el hecho que este realizó⁹⁸, por lo que debemos enfrentarnos a un cambio de paradigma que permita la transformación de esa visión trascendiendo a una verdadera solución de un conflicto social.

Tomando como parámetro la realidad, resulta fácil argumentar que al ser el sistema de justicia penal juvenil de corte retributivo⁹⁹, abonado por una parte por la ausencia de políticas criminales responsables que no pasan de incremento punitivo que nos han llevado a neutralizar la diferencia entre procesos penales comunes y de menores, y por otra parte, la falta de claridad del nuevo rol de los operadores dentro un Estado de Derecho Constitucional, que exige la construcción del derecho a partir de los principios y valores que establece la Cn., para concluir con ello que es inviable por ahora implementar la Justicia Restaurativa en sustitución del modelo penal, pues este tipo de justicia requiere de aplicadores de la ley primaria con visión democrática que le permita superar la interpretación literal de la norma secundaria, para alcanzar una resolución justa con la participación de víctima, comunidad e incluso el propio agresor, asegurándose un mayor nivel de la reparación del daño causado con la acción ilícita que configure la real solución al conflicto social, garantizando a su vez que éste no se repetirá.

⁹⁸ BARATTA, Alessandro, *et. al.*, *Justicia y Derechos del Niño. Democracia y Derechos del Niño*, N° 9, 1ª edición, Andros Impresores, Santiago de Chile, 2007, p. 20. A propósito de la incomprensión del nuevo modelo de justicia, BARRATA manifiesta que la concepción del menor como objeto de compasión-represión se ha mantenido afectando a todo el proceso hasta los últimos años, primero porque no se le ha dejado de considerar al niño como objeto de protección y de control, y no como sujeto de derecho, y en segundo lugar, por la superposición del concepto de menor infractor al de menor en situación irregular, lo que genera la persistencia de la teoría positivista de la peligrosidad social que se expresa en la llamada teoría de la situación irregular.

⁹⁹ La última reforma que se hace al límite máximo de la medida de internamiento que pasa de siete a quince años, vinculado con el abandono de los centros de internamientos, que se han convertido en verdaderos corrales para concentrar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, evidencia que los fines educativos son meros discursos políticos, pues la privación de libertad es la retribución que debe soportar el adolescente por el delito cometido.

Dentro de las soluciones alternas o medidas con las que se cuenta en la LPJ tenemos la remisión, conciliación¹⁰⁰ y servicios a la comunidad, que podrían ser reconvertidos si es que ya no lo son, en verdaderos instrumentos que permitan implementar la justicia restaurativa con todas sus caracterizaciones, pero que los operadores han tendido a transformarlas en normas sin positividad, influenciados por la predominante concepción del modelo retributivo, que asocia el hecho punible con la respuesta penal, en contra del espíritu del modelo de responsabilidad que surge desde la CSDN¹⁰¹.

El reconocimiento formal de los derechos de la víctima en el modelo tradicional de justicia penal¹⁰², sólo ha sido capaz de crear la sensación y expectativa que su intervención procesal permitirá alcanzar la justicia, vinculada ésta última con la cantidad de retribución que se le imponga a su agresor mediante la consecuencia penal ordenada, por lo que el sistema se reproduce así mismo cuando identifica la justicia con la retribución, dejando que la participación de la víctima por regla sea limitada al ámbito formal¹⁰³, sin que realmente tenga incidencia material su decisión, en tanto se concibe que el Estado monopoliza la resolución de los conflictos que se subsumen en delitos¹⁰⁴ y de igual forma sólo a este corresponde

¹⁰⁰ GONZÁLEZ BALLESTEROS, Alejandra Mera, *Justicia Restaurativa y Proceso Penal Garantías Procesales: Límites y Posibilidades*, en Revista Ius Et Praxis, año 15, N° 2, p. 172, disponible en <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/Documentos/PDFS/JusticiaRestaurativaLeyPenalJuvenil/Parte2/Gonz%C3%A1lez-Ballesteros,%20A%20M.pdf>, (sitio consultado el 27 de abril del 2012). Son citados como programas de justicia restaurativa la mediación víctima-ofensor y la conciliación, que son instituciones procesales que si están recogidas en nuestro derecho interno.

¹⁰¹ GUBERMAN, Flavio, *et al, Adolescentes En El Sistema Penal. Situación Actual y Propuesta para un Proceso de Transformación*, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 31, disponible en http://unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf, (sitio consultado el 27 de abril de 2012). Se cita como característica del sistema de justicia penal para adolescentes, el amplio abanico de opciones a las cuales se puede acudir dentro del proceso penal, puntualizándose como una de ellas, la conciliación.

¹⁰² LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Justicia Restaurativa y La Protección de la Víctima*, disponible en: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/Documentos/PDFS/JusticiaRestaurativaLeyPenalJuvenil/Parte2/Llobet%20Rodr%C3%ADguez,%20J.pdf>, (sitio consultado el 27 de abril del 2012). Considera como antecedente histórico de la justicia restaurativa, la admisión que el derecho penal neutraliza la participación de la víctima y se monopoliza la justicia penal por el Estado, para contraponerlo con la justicia restaurativa que pretende regresar el protagonismo de la víctima en la solución del conflicto.

¹⁰³ FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y RED POR UN SISTEMA PENAL DEMOCRÁTICO. *Op. Cit*, p. 61. Respecto de la participación de la víctima en el proceso penal en general, se relaciona que: “A pesar de su reconocimiento normativo y un catálogo de derechos, la víctima sigue siendo objeto de marginalización o instrumentalización en el marco de los procesos penales, en ausencia de instancias de atención directa a sus necesidades y demandas”.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO, *La Víctima y El Derecho de Acceso a la Justicia Penal Juvenil*, 1ª. edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2013, p. 109. Al analizarse el rol de la víctima dentro del proceso penal juvenil salvadoreño, se califica que esta tiene la calidad de un sujeto procesal *suí generes*, en tanto su participación en razón del privilegio que se confiere al intereses superior del adolescente contra quien se sigue el proceso penal, se limita “a aportar pruebas, contradecir la que ofrecen otros sujetos procesales, efectuar alegaciones relativas a la gravedad del hecho delictivo causado en sus intereses, etc”, ello es así, en razón de privilegiar la finalidad educativa de las medidas sancionatorias.

determinar la consecuencia penal¹⁰⁵, con independencia de las pretensiones de la víctima o la comunidad, es decir, la víctima tiene un rol irrelevante dentro de los procesos penales de acción pública, en tanto la persecución y resolución del conflicto social, es facultad de las instituciones estatales, que al fin de cuentas no dan relevancia a los intereses y pretensiones de la víctima¹⁰⁶.

El actual modelo de justicia o de responsabilidad al tener en cuenta únicamente al agresor contra quien debe seguirse un debido proceso, abonado con la deficiencia y miopía de los operadores que forman parte de actual sistema de justicia juvenil, no tienen la capacidad de implementar y proponer otro tipo de alternativas ante la criminalidad, por lo que no se logra por el momento, ver más allá de las respuestas penales de corte retributivo, lo que nos lleva a excluir la verdadera solución del conflicto que se sufre por víctima, inculpado y la comunidad¹⁰⁷.

Los Foros Regionales Sobre Justicia Juvenil, realizados en los años 2008, 2009 y 2011 por instituciones y organizaciones con incidencia en las políticas de los Estado de la Región, marcan paso para una transición a la llamada Justicia Restaurativa, en tanto son percibidos como los primeros intentos de instaurar la justicia restaurativa en el fenómeno de la criminalidad que involucra a adolescentes, prueba visible de ello es el primero de estos foros¹⁰⁸, de fecha 21 de noviembre del 2008, que en la redacción del documento final recomienda a nivel normativo en el numeral 5:

¹⁰⁵CARVAJAL PARDO, Alejandro, *Justicia Restaurativa: Construyendo un Marco Englobador Para la Paz*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3732993>, (sitio visitado el 4 de marzo de 2012). En lo fundamental hace mención el autor, que el Estado administra la venganza de las acciones delictivas de sus ciudadanos, monopolizando el ejercicio legítimo de la violencia, para evitar con ello que se genere un circuito de violencia privada, que no tendría ciclo de cierre.

¹⁰⁶ En la exposición de motivos que acompañaba el proyecto de la Ley del Menor Infractor, presentada por el Ministerio de Justicia, en alusión a la participación de la víctima u ofendido en los procesos penales contra adolescentes manifestó que: “*la víctima u ofendida es parte procesal, con funciones limitadas específicamente en la ley, en razón del carácter educativo y formativo de la responsabilidad del menor infractor, respecto de comportamiento antijurídicos y por ende reprochable; por ello, sólo se le faculta para conciliar, desistir o presenciar la vista de la causa. Art. 51 del proyecto*”.

¹⁰⁷ SAVENIJE, Win, *Definición y Categorización de las Pandillas*. Informe de El Salvador, Departamento de Seguridad Pública, de la Secretaria de la Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 3, disponible en <http://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/AnexoIV.El%20Salvador.pdf>, (sitio consultado el 10 de septiembre del 2012). Con la implementación del plan mano dura en El Salvador, durante el periodo comprendido entre el 23 julio 2003 a 30 agosto 2004, fueron realizadas 19,275 detenciones, de las cuales el 91% fue sobreesido, en razón que ante el desborde de la arbitrariedad en las detenciones que no soportaban un control jurisdiccional, casi en su totalidad las detenciones no se fundaban en exteriorización de un acto ilícito, sino en las apariencias de los detenidos, sin que el auge delincencial se lograra controlar.

¹⁰⁸ PRIMER FORO REGIONAL DE JUSTICIA PENAL JUVENIL, documento de Tegucigalpa, 21 de noviembre de 2008, disponible en: http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=134:primer-foro-regional-de-justicia-penal-juvenil-documento-de-tegucigalpa&catid=61:foros-internacionales&Itemid=92, sitio consultado el 4 de marzo del 2012).

“Que los Estados promuevan la incorporación de un Enfoque de Justicia Restaurativa a los actuales Modelos de Justicia Penal Juvenil presentes en la región, dirigido hacia la desjudicialización de los procesos, la determinación de la responsabilidad en la autoría, la restitución de la víctima y la reparación del daño. Se recomienda la conformación de espacios o procesos en los que se puedan dar a conocer modelos presentes en los Sistemas de Justicia Penal Juvenil en Latinoamérica y los resultados de su implementación, los cuales a su vez puedan generar propuestas concretas a nivel nacional y regional”.

El Segundo Foro Regional de Justicia Penal Juvenil nominado "*Hacia una Justicia Restaurativa en Centroamérica*", realizado los días 23 y 24 de noviembre de 2009 en San Salvador, El Salvador, en cuya declaración¹⁰⁹ hace un llamado a implementar un enfoque sistémico de restauración, reconociéndose entre otros aspectos: *“1. Que tiene como objetivo la reparación directa o indirecta e incluso simbólica a las víctimas y a la sociedad, con o sin su participación, 2. Que genera espacios, aportes y condiciones de oportunidad activa y participativa para el normal desarrollo del joven infractor, 3. Que al promover la desjudicialización, resulta menos costosa en términos humanos y también económicos para los Estados, 4. Que proporciona la diversificación de las respuestas penales y genera a su vez mayor proporcionalidad a dichas respuestas, 5. Que promueve y prioriza en lo posible la aplicación de las medidas alternativas contempladas en los respectivos Códigos y Leyes de la Niñez y Adolescencia”.*

Se concluye que la justicia penal juvenil en El Salvador, debe ser reorientada a la Justicia Restaurativa, en tanto con la percepción integral del problema¹¹⁰, de las soluciones¹¹¹ y de los fines¹¹² que se persiguen

¹⁰⁹ El II Foro Regional de Justicia Penal Juvenil "*Hacia una Justicia Restaurativa en Centroamérica*", fue inaugurado este el día 23 de noviembre, en San Salvador, El Salvador. Disponible en: <http://www.sica.int/busqueda/Noticias.aspx?IDItem=43360&IDCat=3&IdEnt=1&Idm=1&IdmStyle=1>, (sitio consultado el 4 de marzo del 2012).

¹¹⁰ PIÑEYROA SIERRA, Carlos, *Justicia Restaurativa: Una Oportunidad para el Cambio Cultural, Político y Social a través de la Administración de Justicia*, disponible en: http://www.seipaz.org/documentos/PINEYROA_FSIP2011.pdf, p. 5, (sitio visitado el 4 de marzo del 2012). Se manifiesta: *“que cada conflicto en el que intervenimos tiene un calado mucho más profundo que el puro y simple análisis de las lesiones, robo o hurto en el que en un determinado momento, por ejemplo, estamos trabajando. Cada uno de esos sucesos concretos nos conecta con el nivel del subsistema penal, del sistema social y comunitario y lo hace a su vez con todos los operadores jurídicos y con todos los operadores políticos y sociales que tengan algo que decir o posibilidades de intervenir sobre esa dimensión más amplia del conflicto que nosotros abordamos en lo concreto y particular”.*

¹¹¹ BRIGH, Christopher, *Justicia Restaurativa*, disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/JusticiaRestaurativa.pdf>, (sitio consultado el 4 de marzo del 2012). El autor manifiesta que el proceso es el mecanismo de solución de conflicto, vinculando la solución a la concepción de justicia, que para la justicia restaurativa se enfoca en la reparación integral que se hubiere causado con la acción criminal, que incluye a víctima, comunidad y victimario.

¹¹² RODRÍGUEZ ZULETA, Patricia y Vasco Ospina, Aura María, *Justicia Restaurativa: ¿Solución o Conflicto?*, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/justicia-restaurativa/justicia-restaurativa.pdf>, (sitio

con este tipo de justicia, provocará un impacto de relevancia cualitativa y cuantitativa para disminuir los niveles de violencia en el país, aunque se debe reconocer, que para ello se requiere de un cambio de paradigma generacional, en tanto deberá modificar las actuales concepciones de justicia en materia penal, vinculadas a la retribución¹¹³, lo que significará que la implementación de la justicia restaurativa será obstaculizada y rechazada por lo menos a corto plazo, por la mayoría de la población salvadoreña, y por otra parte, no olvidarse, que el sistema de protección integral que se pretendía instaurar por la CSDN, no se limita a dotar de garantías el proceso penal contra adolescentes, criminalizando las conductas con respeto al debido proceso, sino que su propósito siempre ha sido trascender de la visión simplista de un sistema de justicia penal juvenil para llegar a dar una verdadera protección integral a todo niño, niña y adolescente que por su situación de vulnerabilidad debe hacersele cumplir sus derechos económicos, sociales y culturales que le corresponden, siendo ello también aplicable con mucha más razón, a aquellos niños, niñas y adolescentes que se enfrentan a un proceso penal¹¹⁴.

consultado el 4 de marzo de 2012). Los autores señalan “*que la reparación no debe ser aparente como en el sistema de justicia penal tradicional, sino integral, buscando que se incluya la reparación del daño causado a las víctimas, a la sociedad, así organizaciones sociales y políticas nacionales e internacionales o comunidades que de forma indirecta recibieran perjuicios con los crímenes cometidos*”.

¹¹³ TAPIA PANAMEÑO, Jaime, *La Determinación de la Pena y La Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil*, 1ª edición, imprenta y offset Ricardone, San Salvador, El Salvador. 2006, p. 92. En relación al arraigo de la visión retributiva de las leyes penales, el autor sostiene “*que es difícil erradicar de una ley que se asume como penal, la finalidad de retribución y de prevención general, por mucho que se afirmen los fines especiales y rechace otro tipo de fines*”.

¹¹⁴ BELOFF, Mary, *La Traducción Latinoamericana...Op. cit.*, p. 11. Después de hacer referencia a la interpretación de los tratados de derechos humanos, en particular la CSDN que ya hacen mención a la especial protección que debe dárseles a los niños, niñas y adolescentes, considera que los Estados deben “*garantizar derechos fundamentales de niños y niñas*”, para ello incorpora una nueva concepción al rol paternalista que debe asumirse, diferenciando que en la actualidad se trata de un “*paternalismo justificado*” que se contrapone al paternalismo injustificado del modelo tutelar.

CAPITULO II

EL PROCESO PENAL JUVENIL Y LA REPRESIÓN

PENAL CONTRA ADOLESCENTES

SUMARIO 1. El Proceso Penal Juvenil en El Salvador. 2. Estructura del Proceso Penal de Adolescentes. 3. Debido Proceso en Contra de Adolescentes. 4. El Proceso Penal de Adolescentes y El Principio de Especialidad. 5. Represión Penal y la Afectación de la Libertad en el Proceso Penal Juvenil. 5.1. Represión Penal. 5.2. Represión Penal y la Afectación de la Libertad en el Proceso Penal Juvenil. 5.2.1. Detención de Adolescentes en el Término de Flagrancia. 5.2.2. Detención por Inquirir en el Proceso Penal Juvenil.

1. EL PROCESO PENAL JUVENIL EN EL SALVADOR

Con la vigencia el primero de marzo de 1995, de la llamada en aquel momento Ley del Menor Infractor¹¹⁵, surge un nuevo proceso penal aplicable a adolescentes en conflicto con la ley penal, debiéndose mencionar que ello se debió en primer lugar, a las exigencias en la configuración de los procesos penales que se imponían en la Cn¹¹⁶, que eran inobservadas en el proceso de menores que regulaba el código de menores de 1974¹¹⁷, en segundo lugar, para cumplir con el estándar del proceso penal que nace con la suscripción y ratificación de la CSDN¹¹⁸, en tercer lugar, para seguir el paso de las tendencias del derecho comparado en justicia juvenil¹¹⁹, y en cuarto lugar, de forma menos revelada, para abrir paso al

¹¹⁵ Decreto Legislativo N° 863 de 27 de abril de 1994, publicado en D.O. N° 106, Tomo N° 323, del ocho de junio del 1994.

¹¹⁶ UMAÑA LUNA, Eduardo, *El Menor de Edad*, 1ª edición, Bogotá, Colombia, 1991, p. 43. Para sentar bases en el abordaje del menor de edad en el proceso penal, sostiene que “*cualquiera que sea el tipo de relación jurídica que se quiera precisar y comentar, tiene que partir de los preceptos constitucionales importantes*”.

¹¹⁷ CASADO PÉREZ, José María, *El Proceso Penal de Menores, Análisis Jurídico-Procesal de la Ley del Menor Infractor*, S.E., El Salvador, 2001, p. 7. Se relaciona que la Ley del Menor Infractor es la consecuencia de la adaptación de la legislación salvadoreña a los principios que fueron recogidos en la Constitución, que obviamente no se observaron en la legislación que le precedían.

¹¹⁸ Sobre este punto, el Ministro de Justicia de la época, Dr. René Hernández Valiente en la exposición de motivos que acompaña el proyecto de Ley del Menor Infractor que fue posteriormente aprobada, manifiesto que el citado anteproyecto recoge los imperativos constitucionales salvadoreños, la vigente normativa internacional y las tendencias modernas del derecho de menores.

¹¹⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Legislaciones...*, *Op. cit.*, p. 20. En relación a la tendencia legislativa, el experto sostiene que con la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se dio comienzo a las llamadas leyes de segunda generación inspiradas en la doctrina de la protección integral, aunque actualmente no sea observada por todos los suscriptores de la convención.

nuevo modelo de proceso penal que se implementaría contra personas adultas, cuya vigencia tras continuas prorrogas fue tres años después, con el código procesal penal de 1998¹²⁰.

Por la influencia en el código de menores de la doctrina de la situación irregular¹²¹, las garantías procesales eran neutralizadas bajo la idea que el Juez Tutelar debía proteger a los menores, obrando como un buen padre de familia que toma decisiones para beneficiarlo, en consecuencia las facultades de éste para restringir derechos sobre los menores era amplia, tornándose irrelevante la presencia de un defensor o de las alegaciones que pudiesen realizarse incluso por el propio menor, al punto que lo esencial no era la acción con relevancia penal que se hubiere realizado, sino su situación de abandono, pobreza o vagancia que configuraban supuestos de situación irregular y que merecían la adopción de medidas de protección, todo lo cual resultaba contrario a la configuración que desde la Constitución se imponía para todo proceso penal, fundamentalmente los derivados de la presunción de inocencia a que se refiere el artículo 12 Cn¹²².

Por ello, uno de los principales argumentos para sostener la necesidad de implementación de un nuevo proceso penal que desarrolle el régimen jurídico especial que manda el artículo 35 inc. 2° Cn¹²³, pasa

¹²⁰ AMAYA CÓBAR, Edgardo A, *Informe de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en El Salvador*, en Revista Centroamericana “Justicia Penal y Sociedad” N° 19, Junio-Diciembre 2003, p. 335. Se señala que el código procesal penal transitó por un prolongado proceso de reforma judicial, habiendo ingresado el anteproyecto a la Asamblea Legislativa el 25 de mayo de 1994, aprobado el 13 de diciembre de 1996, y finalmente su vigencia que fue hasta el 20 de abril de 1998.

¹²¹ BELOF, Mary, *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro para Desarmar*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño”, 1ª edición, Nuevamerica Impresores, Santiago, Chile, 1999, p. 13. Al generalizar las características del sistema de situación irregular, refiere que dicho sistema es reflejo de criterios criminológicos del positivismo que se derivó en justicia de menores que justificaba las reacciones estatales coactivas disfrazadas como medidas de tratamiento, a las que les otorgaban fines de resocialización y de defensa de la sociedad ante los peligrosos, agregando como segundo rasgo característico, que éste sistema tiene como argumento la tutela con la cual se omite reconocer a los niños y jóvenes los derechos fundamentales que son reconocidos a los adultos, fomentando la producción de violencia y marginación para aquellos a quienes se supone protegían, siendo esa caracterización transferibles al proceso que establecía el derogado código de menores.

¹²² MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, 2ª edición, editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 256 y ss. Señala que las repercusiones de la presunción de inocencia: son el In dubio pro reo, la carga de demostrar la culpabilidad corresponde a quien acusa, y la reglas de trato de inocente mientras no se encuentre firme la sentencia que diga lo contrario.

¹²³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst., con referencia 52-2003 acum. de fecha 1/04/2004, p. 99, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/04/>

por la realización de un proceso penal en contra de adolescentes, en el cual sean recocidos y aplicados los mismos derechos y garantías que son exigibles en el proceso penal en contra de una persona adulta¹²⁴, los que conformarían el piso o base mínima a la que se le añadirá aquellos derechos y garantías que de forma especial atiendan las condiciones biológicas, psicológicas y sociales de un adolescente, lo cual venía siendo inobservado de forma sistemática en los tribunales tutelares de la época, no obstante ya desde la citada constitución vigente en el año 1983 se establecía una configuración para todo proceso penal¹²⁵.

Es así que LMI¹²⁶, no sólo abandonado el modelo de justicia penal fundado en doctrina de la situación irregular, para transitar al modelo de responsabilidad, sino que también allanó el camino para la constitucionalización del proceso penal común, desarrollando derechos y garantías que ya establecía la Cn¹²⁷ al incorporar en particular, tanto el principio acusatorio como la oralidad, que eran inobservados dentro del proceso penal al concentrar en el Juez tanto la función oficiosa de la persecución penal e investigación del hecho, como la función juzgadora, dándose un predominio de escritura aún en la fase contradictoria, siendo ello características propias de un modelo procesal penal de corte inquisitivo, que fueron superadas con la vigencia de la mencionada LMI. En ese momento de transición, fueron realizados importantes esfuerzos de capacitación para los operadores del sistema¹²⁸ orientados a favorecer el

202E.PDF, (sitio consultado el 12 de agosto del 2012). Se fundamenta en desarrollo al régimen jurídico especial que establece el artículo 35 Cn. que la regulación del régimen penal de adolescentes es distinto al de adultos, en razón que para los primeros se establecen “*mayores garantías*” de cara al ejercicio de *jus puniendi* del Estado.

¹²⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *et. al, La Responsabilidad Penal de los Menores. El Proceso Penal con Menores*, 1ª edición, Gráficos Cuenca, S.A., España, 2001, p. 17. Con razón sostiene PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, que el proceso penal se caracteriza por sus trámites ágiles, desburocratizados y transparentes, sustentados en los mismos valores del proceso penal en general, sin que se conviertan en “*un marco experimental de modalidades de intervención que por razón de garantías no son admisibles*” en el proceso penal común.

¹²⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 15-96 acum., de fecha 14/02/1997. Se sostuvo por la SCn. que: “*(...) la garantía consagrada en el art. 11 Cn. (que en un intento de englobarla bajo una expresión omnicomprendensiva se ha recurrido, aún por la jurisprudencia, a nociones propias de otros ordenamientos, como debido proceso o garantía de audiencia), no se limita al “simple oír” al gobernado que ha de ser afectado por la resolución sancionatoria, sino que supone también una serie de garantías procesales o procedimentales, según sea el caso*”.

¹²⁶ D.L. N°. 863 de fecha 27/04/1994, D.O. 106, Tomo 323 de fecha 08/06/1994.

¹²⁷ BELOFF, Mary, *Los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1989-2006)*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño N° 8, 1^{er}”, edición, Impresión: Andros, Santiago, Chile, 2006, p. 40, disponible en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>, (sitio consultado el 2 de septiembre del 2012). Manifiesta respecto de la Ley del Menor Infractor en El Salvador, que por primera vez se establecía un proceso de tendencia acusatoria, que otorgaba garantías procesales para los infractores de la ley penal.

¹²⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NACIONES UNIDAS, segundo informe periódico que los Estados partes correspondiente al año 1997, presentado por El Salvador, p. 99, disponible en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/abfae10a1d32e0c4c1256df0003bc8fd/\\$FILE/G0344560.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/abfae10a1d32e0c4c1256df0003bc8fd/$FILE/G0344560.pdf), (sitio consulta-

cambio de paradigma que requería el nuevo modelo de justicia, aunado a las inversiones en infraestructura, tanto de los florecientes Juzgados de Menores, como de los principales centros de internamiento, pudiéndose afirmar que durante los siguientes tres años la recién fundada jurisdicción de menores, vivió sus mejores momentos ilusionando a los operadores del sistema en una segura eficiencia del modelo de justicia juvenil.

Por otra parte, con la vigencia de la CSDN, en sus artículos 37 y 40 se configura el debido proceso que debe ser observado en un proceso penal en contra de adolescentes, que en esencia son derechos y garantías que ya eran reconocidas en los procesos penales contra una persona adulta y que con la orientación e influencia que se recibía de organismos internacionales relacionados con el respeto a los derechos humanos de niños y niñas, ya había iniciado su implementación en otros países, lo que implicó que a nivel de normativa internacional vigente para nuestro país, aún antes de la llegada de la Ley del Menor Infractor, ya existían normas legales que eran de vinculante aplicación en el proceso penal en contra de adolescentes.

Así mismo, en la segunda edición del informe general de la infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos¹²⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, al conceptualizar el *corpus juris*, como el conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos que comprende: “*tratados, convenios, resoluciones y declaraciones*”, que aportan las herramientas que permiten la interpretación de las normas para resolver los asuntos que involucren a adolescentes en sus diferentes ámbitos¹³⁰, agregando que “*el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se*

do el 4 de Septiembre del 2012). Se informa por El Salvador, que entre las medidas adoptadas en cumplimiento al párrafo 3 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, están la “*Capacitaciones de especialización a operadores del sistema, auspiciados por el PNUD, en las instalaciones de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura*”.

¹²⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe General de la Infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanados*, disponible en: <http://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2cap1.sp.htm>. (sitio consultado el diez de septiembre de 2012).

¹³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ...Op. cit.*, p. 5. En éste informe, la relatoría hace mención al concepto de un “*corpus juris*”, que en materia de niñez se refiere al reconocimiento de la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes.

limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, las Reglas para la protección de menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general”, con lo que se sentencia la indiscutible existencia de un marco normativo que tornaba inaplicable el código de menores.

La LMI al armonizarse con la Cn. y el corpus juris de los derechos humanos, estructura un nuevo proceso penal contra adolescentes que se caracterizó entre otras cosas: por el acercamiento respecto a los derechos y garantías que se dan en el proceso penal contra adolescentes, con relación al proceso penal contra adultos, en el cual ya eran observados tales derechos y garantías¹³¹, bajo la premisa que ante una misma situación, un niño sujeto a un proceso penal, no quedaría en desventaja respecto de un adulto; porque siendo un proceso penal el que se seguía contra un adolescente, se asume que este es responsable de sus actos, generándole respuestas penales con fines especiales¹³², es decir, el presupuesto de la imposición de una medida como respuesta penal, ya no es la situación de riesgo, sino la realización de un ilícito penal que se comprueba dentro un proceso legal.

Por ello, las instituciones procesales se regirán por el derecho procesal común, en donde la adecuación a particularidades del procesado exigen que se cree un sistema de justicia especializado¹³³ para que los

¹³¹ La Ley del Menor Infractor, en su artículo 5 postuló que la base mínima de los derechos y garantías del menor serían los mismos que la constitución, tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, y en las demás leyes aplicables a los mayores de dieciocho años edad.

¹³² CAMARA ARROYO, Sergio, *Derecho Penal de Menores y Centros de Internamiento*, Tesis Doctoral, Universidad Alcalá, 2011, p. 641, disponible en <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9821/04-%20Tesis%20-%20Sergio%20C%C3%A1mara%20Arroyo.pdf?sequence=1>, (sitio consultado el 10 de septiembre del 2012). Considera que las medidas en el proceso de menores, se orienta a eliminar la retribución que caracteriza la pena en adultos, buscando ejercer sobre el adolescente una vigilancia y asistencia que permita la reparación del delito, infracción o daño causado, así como la reorientación y sobre todo la reeducación del menor implicado.

¹³³ BARBIROTTO, Pablo A., *El Principio de Especialidad en la Justicia Penal Para Niños y Adolescentes. Necesidad de Respetar el Derecho a un Juzgamiento Especializado en los Procesos de Reforma y Modernización de la Justicia Penal Juvenil*, disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/ninez05.pdf> (sitio consultado el 11 de septiembre del 2012). Se sostiene por el autor, que la

operadores del sistema que conocen de los procesos penales que se siguen en contra de adolescentes, tengan en cuenta sus peculiaridades¹³⁴, al observarse un proceso legal que respete los derechos y las garantías del acusado, permitiendo la contradictorio frente a un tercero independiente e imparcial, por un hecho ilícito que se le atribuya; porque potencia los principios de intervención mínima de la justicia penal¹³⁵.

Para ello se crean instituciones procesales que permitirían la desjudicialización del conflicto social que se generaba por las acciones de adolescentes¹³⁶; por ser las respuestas penales ante la declaratoria de responsabilidad, después de haberse seguido un debido proceso, con fines de carácter educativos confiándose al Juez de Menores, facultades amplias para ponderar el grado de afectación de la libertad del adolescente, en las que la privación de libertad sería excepcional y por el menor tiempo posible¹³⁷, destacándose que el Juez de menores cuenta con facultad discrecional en la selección de la medida a imponer¹³⁸, además de no sujetarse a marcos penales mínimos que si se fijan para adultos, (salvo el

especialización de la justicia penal juvenil es una exigencia supra nacional, que implica ver al adolescente como sujeto de derechos que debe ser tratado con respeto a las garantías constitucionales, más un plus que se genera en razón del peculiar proceso de formación, especialmente cuando el déficit cultural y educativo lo han colocado en contacto con el sistema penal.

¹³⁴ El artículo 40.3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se establece que los Estados deberán: “*promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes*”.

¹³⁵ VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La Justicia Para Adolescentes en México. Análisis de las Leyes Estatales*. 1ª edición, talleres de Offset Universal, México D.F., México, 2009, p. 246, disponible en http://www.unicef.org/mexico/spanish/Libro_justicia.pdf, (sitio consultado el 12 de septiembre del 2012). Al sistematizar el mandato del régimen jurídico especial que establece el artículo 35 inciso segundo de la Constitución, con la Ley Penal Juvenil y el artículo 40 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se configura un proceso penal contra adolescentes, que privilegia la desjudicialización de los conflictos sociales que siendo ilícitos penal sean inculcados a adolescentes, en ese sentido el autor manifiesta: “*Así, ha elegido la desjudicialización como opción político-criminal en la forma de reaccionar ante la delincuencia de jóvenes tomando como base los principios de última ratio e intervención mínima y la necesidad de racionalizar la persecución penal y, en general, el sistema penal, en torno al interés superior del niño*”, siendo dicha reflexión aplicable al caso de nuestra legislación en materia de adolescentes.

¹³⁶ El artículo 36 de la Ley Penal Juvenil, dentro de las instituciones para la terminación anticipada del proceso, recogió la conciliación, la renuncia de la acción penal y la remisión, las cuales favorecen la desjudicialización de los procesos penales en contra de adolescentes.

¹³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NACIONES UNIDAS. Observación General N° 10, 2007. Respecto de la excepcionalidad de la privación de libertad dice: “*Los principios fundamentales relativos a la privación de libertad son los siguientes: a) 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*”.

¹³⁸ FERNÁNDEZ OLMO, Isabel, *La Instrucción en el Procedimiento de Menores por el Ministerio Fiscal*, p. 26, disponible en: <http://www.icamalaga.es/portaMalaga/archivos/ficheros/1254394349963.pdf>, (sitio consultado el ocho de enero del 2013). En referencia a la imposición de medidas a los adolescentes y con el propósito de

supuesto de la libertad asistida, que se fija en seis meses); y porque con la entrada en vigencia de la LMI, se establece como edad mínima de doce años de edad¹³⁹, siguiendo como criterio la edad cronológica, quedando la inimputabilidad legal para todo niño o niña que realice un hecho que configure delito¹⁴⁰, que no hubiere alcanzado dicha edad.

Es de reconocer que los procesos penales en contra de adolescentes sometidos a control jurisdiccional sí han cumplido con sus plazos formales predeterminados, sin encontrarse mora, no logrando ello subsanar el lamentable abandono que se observa en la fase de ejecución de las medidas impuestas de forma definitiva, particularmente la medida extrema de internamiento, donde los centros de reclusión de los adolescentes dejaron de ser centros de inserción para convertirse en simples centros de detención¹⁴¹, sin programas de inclusión para los adolescentes, lo que ha incidido en la eficacia que se esperaba del modelo punitivo-garantista respecto de la disminución de la criminalidad y la reincidencia de los adolescentes que ingresan al sistema penal.

diferenciarlas de la imposición de penas en adultos, se relaciona que las primeras *no son manifestación del “ius puniendi” sino ejercicio de una facultad sancionadora encaminada a educar y socializar al menor*, en tal sentido al Juez de Menores no se limita que tipo de medida deberá ordenar en un caso concreto, esto en razón a la influencia que ejerce el interés superior del propio adolescente, que conjuntado con la gravedad del hecho, son las directrices que reglamentan la discrecionalidad al momento de seleccionar la medida.

¹³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Relatoría Sobre los Derechos de la Niñez. Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 2011, p. 13 y ss, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>, (sitio visitado el primero de septiembre de 2012). En el informe, el comité de los derechos del niño recomienda a los Estados partes, fijar edad a partir de la cual se tiene responsabilidad penal, determinándose entre los catorce a dieciséis años y no los doce como ha sido recogido en los países de la región.

¹⁴⁰ En desarrollo de la exigencia que la edad mínima que refería la Convención Sobre los Derechos del Niño, el art. 2 de la Ley Penal Juvenil, fija como edad a partir de la cual se tiene responsabilidad penal por los adolescentes, serán los doce años.

¹⁴¹ PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, informe especial sobre las condiciones de los centros de internamiento para menores infractores de fecha 14 de octubre del año dos mil dos, disponible en: http://www.google.com.gt/search?q=informe+de+los+centros+de+internamiento+en+el+Salvador&rlz=1C1GGGE_esSV453SV453&sugexp=chrome,mod=8&sourceid=chrome&ie=UTF-8, (sitio consultado el 25 de octubre del 2012). Se concluye que a los internos de los centros de menores, se les violan los derechos a la vida, por falta de atención médica oportuna, a la integridad personal, por la práctica de la tortura y por malos tratos físicos y psicológicos, a la reeducación y reinserción social y familiar, por la ausencia o ineficacia de programas educativos y ocupacionales de calidad, y por falta de personal técnico y especializado en el área de educación y orientación.

Pasados más de dieciséis años de la entrada en vigencia de la L.P.J., con la que en nuestro país se abrió paso el nuevo sistema procesal penal con marcada tendencia acusatoria¹⁴², que recogió la oralidad como su forma de desarrollo del juicio, abandonó la escritura y potenciando la adversidad entre las partes procesales que someten un conflicto social al conocimiento de un tercero que lo deberá resolver con independencia e imparcialidad, siendo retomada no sólo su marco normativo, sino también sus experiencias acumuladas, que luego son transferidas al modelo del derecho procesal común interno del resto de áreas del derecho aplicables a personas adultas.

Con la entrada en vigencia del C.P.Pn. de 1998, seguido por C.P.Pn. vigente desde el primero de enero del año 2011, se vuelve evidente que algunas instituciones procesales, particularmente en lo referente a la implementación de los derechos y garantías que se debían observar en el proceso, son optimizados en su aplicación para las personas adultas, por lo que la L.P.J. se ha quedado rezagada en esas actualizaciones, en tanto los avances jurisprudenciales y legislativos son llevados al régimen jurídico especial por vía de la aplicación supletoria¹⁴³, lo que sienta la necesidad para una revisión integral y sistemática de todo el ordenamiento legal aplicable a los adolescentes en conflicto con la ley penal, lo que permitiría incluso, forzar una revisión de las escasas reformas en materia penal Juvenil en lo referente al incremento del tiempo máximo de la medida extrema, que configurando un debilitamiento de los fines educativos que se supone son los privilegiados en los procesos contra adolescentes, ya que al

¹⁴² BERMÚDEZ BENÍTEZ, María José, *Justicia de Menores Española y Nuevas Tendencias Penales. La Regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 6, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>, (sitio consultado el 20 de septiembre del 2012). Afirma que la justicia de menores es un laboratorio de prácticas de inserción que luego se implementan en la justicia de adultos, tal como ocurrió con la Ley Penal Juvenil en nuestro país, que pasó a ser el punto de partida de la legislación procesal para adultos que le siguió tres años después de su entrada en vigencia.

¹⁴³ *POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL EN MATERIA PENAL JUVENIL*. Acuerdo No. 24 de fecha dos de mayo del 2012, publicado en D.O No. 128, Tomo 396, de fecha 11 de julio de 2012, disponible en: <http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2013/01/POLITICA-PENAL-JUVENIL-DEFINITIVA.pdf>, (sitio consultado el 5 de enero del 2013). En el inciso final del artículo 5 de la Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil, se postula como principios rectores de la actuación por parte de la Fiscalía General de Republica, la búsqueda de la armonización en la persecución penal con la tendencia acusatoria que estructura la constitución, citando literalmente que “*los adolescentes tienen derecho a las mismas garantías procesales de los adultos*”, a los que se agregan las garantías que corresponde a la condición de adolescente, lo que representa una fiel imagen de las constantes actualizaciones que son generadas en el proceso penal común y que desde allí pasan por supletoriedad al proceso penal especializado de adolescentes, sin que la Ley Penal Juvenil reciba de forma directa, las reformas legislativas que recojan la actualización.

imponerse quince años de internamiento se está equiparándose a los fines de prevención general que son propios de las penas en los procesos penales de adultos¹⁴⁴.

2. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL DE ADOLESCENTES

Atendiéndose la estructura del proceso penal moderno que propone ALBERTO BINDER¹⁴⁵, se distinguen las fases de investigación, intermedia, del juicio, de impugnación y de ejecución, fases que son identificables en la estructura del proceso penal con tendencia acusatoria que recoge la LPJ, sin que su naturaleza especial se vea afectada por tal circunstancia. Es por ello que la ley penal juvenil regula situaciones particulares que atienden en especial la condición del adolescente, encargándose a la legislación común, de todas aquellas generalidades que son propias de un proceso penal estructurado desde la constitución.

La descripción que la LPJ refiere de la estructura del proceso penal contra adolescentes, recoge la etapa preparatoria que a su vez la fracciona en una primera sección dedicada a la investigación y una segunda referida al trámite judicial, las que integran la fase de investigación que postula BINDER, culminado con la audiencia preparatoria que a su vez es compatible con la fase intermedia, para luego pasar a la etapa del juicio, la cual comprende en su primera sección el desarrollo de la vista de causa y en su segunda parte a la resolución definitiva, para continuarse con una etapa de impugnación y cerrar con la etapa de

¹⁴⁴ MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, *Temas Fundamentales de la Niñez y Adolescencia en la Justicia Penal Juvenil*, 1ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2013, pp. 40-41. Al comentar la reforma al artículo 15 de la LPJ, referente a las reglas de dosimetría penal que establece el legislador fijando un techo de quince años para el internamiento, dice que “*Es advertible en el cuerpo de reforma legales, la consecuencia de finalidades preventivo-generales mediante el uso del internamiento para estos casos*”, haciendo referencia con ello, que con el internamiento por quince años se busca como finalidad, generar la imagen de un tratamiento *áspero* ante los hechos que produzcan clamor social y que en consecuencia, deben ser castigados de forma ejemplarizante, considerando que dicha finalidad podrá implicar su inconstitucionalidad por instrumentalizar a la persona como ejemplo para que otros no reiteren en ese tipo acciones.

¹⁴⁵ BINDER, Alberto M, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1999. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/63669229/Introduccion-Al-Derecho-Penal-Alberto-Binder>. (Sitio visitado el 21 de septiembre del 2012). p. 229 y ss.

ejecución, haciéndose referencia en este trabajo, únicamente a las tres primeras etapas, que son las que presentan utilidad para fines de comparación entre de los procesos penales de adolescentes y de adultos.

2.1. ETAPA PREPARATORIA

La fase de investigación que se integra dentro de la LPJ junto con el trámite judicial de los procesos penales contra adolescentes, dentro de la etapa preparatoria, está contenida en los artículos 66 al 69 del cuerpo de ley antes citado, siendo las diligencias de investigación¹⁴⁶ como resultado de esta fase, las que se regirán de conformidad a la legislación procesal común, presentando como notas distintivas:

En primer lugar, que el plazo para la investigación no excederá de sesenta días corridos, salvo el supuesto de autorización de prórroga, por lo que se califica dicho término como breve, respecto del proceso de adultos¹⁴⁷, sin omitirse la referencia a la reforma del artículo 68 LPJ¹⁴⁸ que amplió el plazo de la investigación a sesenta días, con la que se produce ruptura a la sistematización de los plazos procesales de dicho cuerpo normativo, en atención que el plazo original de treinta días guardaba armonía con el plazo máximo de noventa días de una medida provisional, que necesariamente se contabilizan en días continuos cuando implique la privación de libertad, tal como lo dispone el artículo 169 C.Pr.Pn. siendo este el tiempo que originalmente se había previsto para que el proceso penal en contra de un

¹⁴⁶ *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal 2002-2003-2004*, 1ª edición, Publicaciones de la CSJ, San Salvador, El Salvador, 2006, p.48. Hace referencia que dentro de la actividad que se realizan en el proceso, en atención a su índole, finalidades y objetivos se distinguen la actividad de la investigación y las de prueba, caracterizando a la primera de estas, en razón a que persigue obtener, asegurar o identificar fuentes de información que permitan la elaboración de teorías coherentes sobre la realización de un hecho así como de los autores o partícipes.

¹⁴⁷ DUCE, Mauricio, *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil*, en Revista Ius et Praxis, 2009, versión on-line, apartado 3.2, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122009000100004&script=sci_arttext, (sitio consultado el 24 de septiembre del 2012). Se plantea una *Exigencias más Estrictas Respecto a la Extensión Temporal del Proceso*, mencionándose que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es una garantía general del debido proceso, siendo exigible también en el proceso penal contra niños y jóvenes imputados sin que se requiera norma específica que así lo establezca, en razón de disponerlo así la legislación internacional, citando los artículos 40.2 de la CSDN, 20.1 de la Regla de Beijing, acuñando que la expresión sin demora para los procesos de adolescentes, es más fuerte que la exigencia de “plazo razonable” del proceso común.

¹⁴⁸ D.L. N° 395, de fecha 28 de julio de 2004; D.O. N° 143, T. 364, del 30 de julio de 2004.

adolescente tuviere resolución definitiva, lo que ha motivado que Jueces de Menores se atrevieren con razón, a fijar a los titulares de la investigación un plazo concreto a efecto que concluyeran la fase de la investigación, con el propósito de evitarse la cesación del internamiento provisional¹⁴⁹, sin que se hubiere pronunciado sentencia.

En segundo lugar, que por la influencia de los principios rectores de la Ley Penal Juvenil, en particular la reinserción del adolescente dentro del grupo familiar, tanto los agentes de autoridad como los fiscales auxiliares a quienes se les remita el adolescente, deben tomar las medidas para permitir la comunicación entre éste y sus padres, tutores o responsables, ello en cumplimiento al principio rector del interés superior e inserción social a que se refieren los artículos 3 de la LPJ y 9 de la CSDN.

En tercer lugar, destaca como imperativo para el fiscal auxiliar de menores, acreditar en legal forma la edad del presunto menor, esto como una de las primeras actividades dentro de la investigación, pues la presunción de minoridad no libera de la obligación de probar la edad del inculpado, ya sea con la correspondiente certificación de partida de nacimiento, y sólo en su defecto con el peritaje médico legal que correspondiere, ello como consecuencia de la presunción de minoridad a que se refiere el artículo 7 de la LPJ, pues la comprobación de edad del presunto adolescente¹⁵⁰, mientras no se establezca lo contrario, obliga a que se le trate como tal, situación que en la práctica se ha inobservado debido a los planes de persecución penal orientados por las políticas de seguridad cero tolerancia o mano dura,

¹⁴⁹ CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DE OCCIDENTE, SONSONATE, Sentencia pronunciada en el recurso de exhibición personal con referencia EXH-P-40-10, de fecha 21/03/2011. En relación a la provisionalidad de la medida de internamiento, siguiendo a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se fundamenta que mientras no esté firme una sentencia que restrinja el derecho de libertad ambulatoria de un adolescente, su restricción debe ser considerada provisional, en consecuencia se deberá sujetar al plazo máximo de noventa días corridos que ha establecido el artículo 17 de la Ley Penal Juvenil.

¹⁵⁰ LEY PENAL JUVENIL, D.L. N° 863, del fecha 27 de abril de 1994, publicado en el D.O. N° 106, Tomo 323, de fecha 8 de junio de 1994. El artículo 69 de la Ley Penal Juvenil, al referirse a la actividad inicial que debe observar el fiscal de menores, manda que éste *“dispondrá en forma inmediata la comprobación de la edad del presunto menor”*, interpretándose que la presunción de minoridad sólo le servirá para considerarlo como tal mientras lo corrobora o se descarta con la investigación que realice para tal efecto, pues al integrar los artículos 7 y 69 de la Ley Penal Juvenil, todos los operadores del sistema penal, están obligados a tener como adolescente a todo sujeto que alegue no haber cumplido dieciocho años al momento que ha ocurrido el hecho que se le imputa, por lo que para desvirtuar esa presunción legal se deberá contar con la certificación de partida de nacimiento o en su defecto, con un dictamen médico legal, que establezca lo contrario, siendo esto una carga de prueba que corresponde al fiscal de menores.

motivando la resistencia por los operadores para aceptar la presunción de minoridad de los adolescentes, con el propósito de no dar el trato diferente que le correspondería por esa condición¹⁵¹.

El estudio sicosocial que la ley penal estableció que realizaría la Fiscalía General de República en el caso de adolescentes detenidos en flagrancia, con el propósito de ser el insumo, junto con las primeras diligencias de investigación para determinar la procedencia de una medida en forma provisional, sigue siendo a la fecha una deuda pendiente, pues dicha institución no contó con el personal especializado para conformar los equipos multidisciplinarios, por lo que ante la ausencia de un estudio sicosocial preliminar en sede fiscal¹⁵², fueron los equipos de los Juzgados de Menores los que realizaban y presentaban un estudio sicosocial preliminar, que tiene importancia para la determinación de los fines de las medidas cautelares, aportándole al Juez de Menores indicadores que le permitan valorar la procedencia de una medida provisional en contra del adolescente.

Como parte de la fase de investigación LPJ también ha encomendado al fiscal de menores procurar la conciliación, siendo ello un imperativo vinculado a la desjudicialización que refiere la CSDN¹⁵³, no obstante dicho mandato normativo, su cumplimiento se ha visto afectado por las limitaciones legales que se incorporan al reformarse el artículo 59 de la Ley Penal Juvenil en el año 2004, al haberse detallado el

¹⁵¹ COMITÉ PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS ADOLESCENTES Y JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, *Diagnóstico y Plan de Acción Para Mejorar las Condiciones de los Centros de Resguardo*, octubre del 2009, disponible en: <http://viasalternas.dnicostarica.org/v2/documentos/633925159378277500.pdf>, (sitio consultado el 18 de septiembre del 2012). Manifiesta que en los casos de delitos incluidos en la Ley Contra el Crimen Organizado o la Ley de Terrorismo, a petición de la policía se dictan órdenes de detención administrativas sin determinar la edad y se procede a la detención de un adolescente, sin importar que estos o sus familiares expresen ser menores de edad, incluso llegando a actitudes que obstaculizan la presentación de documentos de identidad que acrediten la minoridad a efecto de prolongar un trato ilegal para un adolescente.

¹⁵² BONILLA DE AVELAR, Emma Dinora y Oscar Alirio CAMPOS VENTURA, *Ley del Menor Infractor y Ley de Vigilancia y Control de Medidas al Menor Infractor Concordadas, Comentadas y Anotadas*, AA.VV., "Justicia Penal de Menores", 1ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999, p. 453. Se relaciona por los autores, que en cumplimiento al mandato dirigido a la Fiscalía General de República, al entrar en vigencia la Ley Penal Juvenil, se integraron equipos multidisciplinarios compuesto por un psicólogo y dos trabajadores sociales, lo que ocurrió sólo en la sede central, no así en las regionales ni subregionales de dicha institución, aclarándose que a ésta fecha, no fue cumplido el mandato legal.

¹⁵³ BELOFF, Mary, *Los Adolescentes y El Sistema Penal. Elementos Para una Discusión Necesaria en Argentina Actual*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, S.F., p. 111, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf, (sitio consultado el 23 de septiembre del 2012). En referencia a las nuevas leyes sobre el proceso de menores, sostiene que las mismas prevén soluciones alternas a la reacción punitiva que se genera por un conflicto jurídico penal, siendo la conciliación una de las instituciones que se crean con tal propósito.

catálogo de delitos en los que no se autoriza conciliación, excluyéndose así mismo de conciliar, aquellos supuestos en que el adolescente ya se le hubiere autorizado conciliar delitos dolosos, prohibiciones que junto con la tendencia de apatía que se ha mostrado en sede fiscal, al no cumplir el deber que establece la LPJ en el artículo 69 inciso final, cuando manda que dentro de la investigación se deba citar a conciliación, ha venido a convertir dicha salida alterna del proceso en una solución poco frecuente en el sistema de justicia penal juvenil.

La fase de investigación de proceso penal de adolescentes, por ser la que primero acogió la tendencia acusatoria dentro de los procesos penales, establecía una marcada delimitación de los roles de investigación y de juzgamiento¹⁵⁴, así a la Fiscalía General de la Republica, por medio del fiscal de menores, de forma exclusiva le correspondía la investigación y la titularidad del ejercicio de la acción penal, actividades de las cuales debía apartarse el Juez de Menores, quien en esa etapa del proceso intervenía sólo para la autorización de limitaciones de los derechos de inculpado, de la víctima o de terceros, ya sea ordenando medidas provisionales, secuestro de objetos, allanamientos o inspecciones e intervenciones corporales entre otros.

El artículo 71 de la Ley Penal Juvenil, establece que: “*Agotada la investigación o concluido el plazo para la misma, la Fiscalía General de la Republica resolverá en forma breve y motivada*”, que no hay mérito para promover acción penal, originado el archivo definitivo o provisional del caso, o bien resolviendo que existe mérito para promover la acción penal, caso en el cual, se da la apertura al trámite judicial mediante el ejercicio de la acción penal, que también forma parte de la fase preparatoria o de investigación, en tanto durante el trámite judicial se debe realizar por el equipo multidisciplinario del Juzgado de menores, el estudio sicosocial que se espera incorporar en audiencia de juicio, solicitar y recolectar los informes de todos los Juzgados de Menores del país, sobre procesos penales en contra del adolescente inculpado.

¹⁵⁴ ROBIGLIO, CAROLINA L, *El Rol Del Fiscal en el Proceso Penal Acusatorio*, disponible en [http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/265a97b73b9fce7503256d59000565f6/5201388e99969e1203256ff400376cd0/\\$FILE/Doctrina0305.pdf](http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/265a97b73b9fce7503256d59000565f6/5201388e99969e1203256ff400376cd0/$FILE/Doctrina0305.pdf), (sitio visitado el 24 de septiembre del 2012). En referencia a los sistemas de corte acusatorio, señala que éstos con el propósito de mantener la objetividad e imparcialidad del Juez, dividen los roles de persecución y el de decisión.

Verificado lo antes señalado, se da paso a la fase intermedia¹⁵⁵ la que consiste en el análisis o crítica fundada, objetiva y técnica de toda la información que se hubiere recolectado en la fase de investigación, tanto por las partes procesales y materiales, como por el propio Juez, desarrollándose con tal propósito la llamada audiencia preparatoria, que culmina con el pronunciamiento judicial sobre la ratificación, modificación o retiro de cargos por parte de la representación fiscal, admisión o rechazo de los medios de prueba ofrecidos por las partes, y el pronunciamiento de la existencia o no de mérito para elevar el proceso a la fase del juicio.

Destaca en la etapa intermedia, que si bien su regulación en la LPJ se limita a los artículos 80, 81 y 82, es aplicable por la vía de la supletoriedad que refiere el artículo 41 del citado cuerpo de normas, las disposiciones del código procesal penal que tienden a maximizar el ejercicio del derecho de contradicción en la fase del juicio, citándose para el caso, la exigencia del descubrimiento de todas las diligencias de investigación que se hubieren realizado por parte de la Fiscalía General de la República¹⁵⁶ y que se desarrolla en el artículo 356 inciso segundo C.P.Pn., cuando manda al fiscal a que remita al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder, con independencia que pretenda ofrecerlas o no en su teoría del caso, esto con el propósito que sean conocidas por la defensa y por el propio inculpado, para efecto que valoren si les resulta útil en el juicio, sucediendo lo mismo con lo dispuesto en el artículo 359 inciso final C.P.Pn., que bajo pena de inadmisibilidad exige que el ofrecimiento de la prueba se haga con indicación del hecho o circunstancia que se pretende probar¹⁵⁷, esto para crear las bases que favorezcan la preparación del derecho de adversar la prueba que se ha ofrecido por la contraparte.

¹⁵⁵ BINDER, Alberto, *Fase Intermedia, Control de la Investigación*, disponible en: www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=262, (sitio visitado el 24 de septiembre del 2012). Sostiene que la conclusión de la investigación queda sujeta a un control formal y sustancial por parte del juez, señalando que los actos que ponen fin a la investigación, sean requerimientos fiscales o decisiones judiciales, implican un determinado grado de acumulación de información que aporta un conocimiento sobre el hecho y su autor.

¹⁵⁶ MONTES CALDERÓN, ANA, *et. al.*, *Tratado del Derecho Probatorio Salvadoreño*, p. 57, disponible en http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2012/06/Tratado_Derecho_Probatorio.pdf, (sitio consultado el 23 de septiembre del 2012). Se establece que el descubrimiento de lo que se hubiere recolectado en la investigación es obligatorio para la Fiscalía a partir del principio acusatorio, por lo que junto con el dictamen de acusación, se presentan las actuaciones y evidencias que tengan en su poder, esto es la totalidad de actos investigados, le favorezcan o no a la teoría de la Fiscalía.

¹⁵⁷ MONTES CALDERÓN, ANA, *Op. cit.*, p. 68. Al momento de ofrecer los medios de prueba que se pretenda hacer valer en juicio, se debe indicar los datos de identificación, su localización y el tema de la prueba.

Con la audiencia preparatoria culmina formalmente la segunda fase del proceso penal que regula la LPJ¹⁵⁸, siendo el auto de mérito la decisión judicial de cerrar las etapas precedentes y habilitar o bien negar la apertura de la fase contradictoria o del juicio, debiéndose cuestionar entonces: Qué tipo de valoración o criterios son los que se deben ponderar por el Juez de Menores para resolver sobre la procedencia del auto de mérito. Más allá que el correspondiente juicio de admisibilidad de la prueba implique un control formal respecto de las exigencias de utilidad, pertinencia, idoneidad, legalidad o licitud y fijar el objeto que será conocido en juicio¹⁵⁹, con la resolución de mérito, el juez deberá hacer una valoración, fundado en los indicios o evidencias presentados en ese momento y que acreditan objetiva y razonablemente, la probabilidad de la existencia de un delito y la autoría o participación del inculpado en el mismo, es decir, el auto de mérito también exige, que por el juzgador se expongan las razones o motivos, que sustentan la sospecha fundada sobre la existencia de un delito y de su probable autor.

Siendo que el mismo artículo 81 de la L.P.J., establece por un lado en su inciso primero, que la emisión del auto de mérito, será en los supuestos en que *fuere procedente*, y por otro lado en el inciso segundo, dice que: “*Si no hubiere mérito se procederá de conformidad a lo dispuesto para la cesación del proceso*”, lo cual permite argumentar, que la decisión de pasar o no a la fase del juicio no es automática con sólo la petición del titular de la acusación, sino que dependería de la fundamentación que resulte de la valoración de las diligencias de investigación o evidencia que se tuviere en ese momento, así, de resultar inviable el mantenerse una acusación ante la ausencia de indicios que acrediten el delito y la individualización del autor o participe, el proceso no debería pasar a la fase del juicio, debiéndose resolver su cesación en virtud de tenerse una investigación concluida, excluyéndose la continuación de un proceso a su fase de juicio por carecer de fundamento que sustente la existencia de ilícito penal que se le inculpe a un adolescente¹⁶⁰.

¹⁵⁸ RIVAS GALINDO, Doris Luz y María Consuelo MANZANO MELGAR, *La Estructura del Proceso Penal de Menores*, en AA.VV., “Justicia Penal de Menores”, 1ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1999, p. 34. Se sostiene que la culminación de la fase intermedia se da con la audiencia preparatoria.

¹⁵⁹ CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*, 3ª Edición, CyC impresore, Santiago Chile, 2005, p. 216. En referencia al auto de apertura a juicio, señala que este tiene como principales cuestiones: fijar el objeto del proceso penal y las pruebas que deberán recibirse en el juicio oral.

¹⁶⁰ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., *Sobre el Ejercicio de la Defensa de Menores Infractores*, AA.VV., en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, 1ª Edición, Buenos Aires Argentina, 2001, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf. p. 167, (sitio consultado el 26 de septiembre del 2012). Al citarse las características del proceso de menores son mencionados los objetivos especiales de asegurar el interés superior del niño, condicionándose la intervención penal, a que se hubiere realizado una conducta

El vigente código procesal penal, contempla en el artículo 364 el denominado auto de apertura a juicio, que dentro del proceso penal común, pasaría a ser la resolución con la cual se cierra la fase intermedia y abre la fase del juicio, lo cual llevado a la estructura del proceso penal juvenil, sería el equivalente al auto de mérito, en ese orden de ideas ya se ha dicho¹⁶¹, al comentar el artículo 322 del código procesal penal recientemente derogado, que pasa a ser literalmente la disposición legal primeramente citada, afirma que para obtenerse un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del asunto, se deben cumplir además de los requisitos procesales que la condicionan, con la existencia de encontrarnos ante un hecho con apariencias delictiva e indicios suficientes para atribuir su comisión a la persona contra la que se dirige el procedimiento, sosteniendo que el control judicial que se ejerce por el Juez de instrucción sobre la pertinencia de la acusación al pronunciar la apertura del juicio oral, comprende la determinación dentro de las diligencias que se hubieren practicado de la existencia de hecho punible atribuible al acusado.

En similares términos se ha comentado el artículo 80 LPJ¹⁶² al sostener que “*agotada la posibilidad de conciliación, presentado el estudio psicosocial y recabadas las diligencias de investigación que no se hubieren realizado en la fase de investigación, el juez verifica si con las diligencias de investigación aún mantiene un estado mental de probabilidad positiva*” que sería la que habilita para pasar a la audiencia donde formalmente se valore la prueba y resuelva el asunto, implicando con ello, que sí se hace una valoración de los indicios que aporten los actos de investigación que se hubieren realizado, que tienen la suficiencia para que razonablemente se adquiera por el juzgador, el estado mental de probabilidad o de duda sobre la existencia del ilícito penal y de sus autores o partícipes, justificándose la necesidad de inmediación del material probatorio que se hubiere admitido.

infractora, agregándose que la responsabilidad es por el acto que genera la reprochabilidad de la conductas, en tal sentido, el presupuesto para la continuación de las fases del proceso, es la acreditación de la existencia de un ilícito penal y así como la individualización de su autor o partícipe.

¹⁶¹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, José María CASADO, *et. al.*, *Código Procesal Penal Comentado*, 1ª edición, 2001, San Salvador, El Salvador, Tomo II, pp. 353 y 354. Se relaciona que para obtenerse un pronunciamiento de fondo, no sólo basta con el cumplimiento de requisitos procesales, sino que también se requiere que de las diligencias de investigación practicadas, se deduzca la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, por lo que las condicionantes del juicio son el resultado de la investigación y la acusación ejercida por la fiscalía.

¹⁶² BONILLA DE AVELAR, Emma Dinora y Oscar Alirio CAMPOS VENTURA, *Op. cit.*, p. 510. Se tiene que la decisión judicial de pasar a juicio implica la verificación de la objetividad de las diligencias de investigación, las cuales deben mantener una probabilidad positiva, a efecto que se realice la contradicción y valoración de la prueba identificada.

Otra interpretación que podría dársele a la exigencia de *procedencia del auto de mérito*, es valorarse que ante las alternativas que tiene el fiscal de menores, según lo prevé el artículo 80 de la L.P.J., es retirando los cargos, supuesto en el cual, si consideramos el reparto de roles en el proceso penal y las exigencias del principio de legalidad de la acción penal¹⁶³, resulta entendible que el juez resuelva que no hay mérito para realizar vista de causa, quedando la resolución de mérito, sólo para aquellos casos en que el titular del ejercicio de la acción penal ratifique o modifique cargos.

El inconveniente de esta última interpretación sería en primer lugar, la neutralización del control judicial, pues el caso ya abierto judicialmente, habilita que el mismo sea conocido y resuelto por el órgano jurisdiccional, por lo que ya no solo se trata del ejercicio de acción penal que corresponde a la Fiscalía General de la República, sino también se hace depender la continuación de las etapas judiciales del proceso exclusivamente de la voluntad del ente acusador, en segundo lugar, lo dicho por la SCn¹⁶⁴ cuando al cuestionar el monopolio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la República, señala que el proceso penal se debe iniciar de forma inevitable ante la sospecha de un hecho punible, quedando vedada la posibilidad de cesar la persecución penal mientras subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se tenga ya descubierto a su autor, y en tercer lugar, se dejaría en desventaja al adolescente respecto de la misma situación que el adulto¹⁶⁵, ya que en este último caso se facultaría al juez para valorar la objetividad del investigación, existiendo la posibilidad que en ese momento sobresea provisional o definitivamente, mientras que el adolescente deberá seguir soportando

¹⁶³ MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo II, 2ª edición, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 548. Se comenta que frente a oficialidad de la persecución penal, se impone al órgano del ministerio público, el deber de promover la persecución penal, la cual no se puede suspender, interrumpir o hacer cesar, sino sólo del modo y la forma previsto en la ley procesal, haciéndose referencia a la irrevocabilidad de la acción penal.

¹⁶⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 5-2001 acum., de fecha 23/12/2010. Al hacer referencia al principio de oficialidad relacionando los principios de obligatoriedad, oficiosidad y principio de inevitabilidad e irretroactividad de la acción penal, fundamenta que el procedimiento penal ha de iniciarse inevitablemente ante la sospecha de la comisión de cualquier hecho punible con la correspondiente intervención de la Policía y de la Fiscalía General de la República, sin que tales órganos persecutores estén facultados para hacer cesar la persecución penal, en tanto subsistan los presupuestos materiales que la han provocado y se haya descubierto al presunto autor.

¹⁶⁵ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, *Derecho Procesal Penal Costarricense*, tomo II, 1ª edición, Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 2007, p. 3, disponible en <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/ucs/exámenes%20fiscal/Junio2011/DERECHO%20PROCESAL%20P1%20.pdf>, p. 365. (sitio visitado el 25 de septiembre del 2012). Se comenta que las actuaciones de la investigación al cierre de dicha fase, se inicia la denominada fase intermedia dedicada a comprobar la procedencia de las solicitudes del Ministerio Público y de las víctimas, haciendo referencia con ello, a que la investigación sea objetiva para sustentar la acusación en la fase del juicio.

la inseguridad que se genera por seguir sometido a un proceso penal que deberá ser resuelto exclusivamente en la vista de causa.

2.2. ETAPA DEL JUICIO

La fase del juicio que dentro de todo proceso penal es la más importantes de todas la etapas, en razón a estar destinada a la práctica del material oral probatorio que fue admitido, el cual se supone debe ser adversado en ese momento, donde se produce la intermediación y valoración de cada medio de prueba, tanto por las partes procesales y materiales como por el Juez, a quien corresponde pronunciar sentencia, siendo así en la LPJ, en la que se encuentra la etapa del juicio que desarrollan los artículos 83 al 94, en la que aún se mantienen la inconsistencia de la vista de causa, que ya se tiene por superada en el proceso penal común, en tanto se estipula que una vez sea declarada abierta la vista de causa, se procede a explicarle sobre la importancia y significado de la audiencia, dándole lectura a los cargos que se atribuyen, luego se pasaría a la producción del material probatorio, que de forma inadecuada inicia con la propia declaración del adolescente, sin que se hubiere producido prueba de cargo en su contra¹⁶⁶, luego se tendría que seguir con incorporación de los dictámenes y seguido de la prueba testimonial para finalizar con la incorporación de la prueba documental, clausurándose la vista de causa, con los alegatos finales de las partes procesales y con la intervención de la víctima e inculpado si estos quisieren manifestarse al cierre de la audiencia.

Dado que el código procesal penal, potencia de mejor forma la adversidad en el desarrollo de la fase del juicio, al permitir que después de conocido y resueltos los incidentes que fueren planteados, se da la oportunidad a las partes procesales para que expongan la teorías del caso, aunado a ello que se debe tomar como superado, que la declaración del inculpado en los procesos penales incluyéndose el proceso

¹⁶⁶ SALA DE LO PENAL, sentencia pronunciada en el recurso de Casación con referencia 11-CAS-2005 de fecha 13/07/2007. La Sala de lo Penal argumenta que la declaración del inculpado, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de requerir la práctica de medios probatorios de descargo que considera convenientes para su defensa material, son aplicables en cualquier momento que el imputado rinda su declaración indagatoria, en tal sentido se debe entender que éste puede acomodar su estrategia de defensa, con posterioridad a haber escuchado la prueba de cargo, que sería lo más coherente.

penal contra adolescentes, es un derecho que puede ser ejercido en cualquier etapa del proceso¹⁶⁷ según convenga a la estrategia de defensa, que por regla se entendería que sería hasta después de haberse escuchado la prueba de cargo¹⁶⁸, aunado a que el orden de la producción de la prueba es una decisión propia de la estrategia que se siga por la parte procesal para el planteamiento de su teoría probatoria, por consiguiente es preferible seguir en el desarrollo de la vista de causa, los pasos que están previstos para la vista pública por mostrar mayor consistencia con el ideal de un juicio de tendencia acusatoria.

2.3. ETAPA DE IMPUGNACIÓN

En cuanto a la fase de impugnación en el proceso penal de adolescentes, también se comprende de forma especial, ya que según lo ha previsto la L.P.J., ante la sentencia definitiva pronunciada por el Juez de Menores, cabe la posibilidad de interponerse el llamado recurso de apelación especial¹⁶⁹, que en razón del ámbito de competencia que se abre para la Cámara de Menores, se entiende que es una especie de casación considerándose que los motivos de ésta, se orienta a establecer la correcta aplicación de ley¹⁷⁰, siendo en tal sentido que al referirse a los motivos de procedencia de la apelación, la LPJ literalmente dispone en el artículo 104, que se deberá fundamentar: “*en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal*”, norma que se asimila a lo dispuesto en el artículo 478 C.P.Pn. que

¹⁶⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de inconst., 5-2001 acum, de fecha 23/12/2010. Al hacer referencia a la declaración del inculcado se sostiene por la Sala, que la presunción de inocencia no es contraria a la facultad de hacerse oír en cuanta audiencia participe el inculcado, pudiendo suministrar prueba de descargo para desvirtuar la acusación, siendo esto posible en cualquier etapa del proceso penal en que ejerza el derecho de defensa material.

¹⁶⁸ MONTES CALDERON, Ana, *et. al.*, *Op. cit.*, p. 64. Al referirse a las excepciones del ofrecimiento de la prueba, menciona que la declaración del acusado como parte de la estrategia de defensa, puede guardar silencio, hacer uso del derecho a ser oído y a ofrecer su declaración como medio de prueba que puede hacerlo durante la práctica de la prueba de defensa, resaltándose con ello, que la declaración del inculcado es una herramienta propia de la defensa, que se dispone frente a la acusación y la prueba de cargo que ya se conoce.

¹⁶⁹ C.I.D.H., O.C. 17/2002, Párrafo 121, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, (sitio consultado el 26 de septiembre del 2012). Respecto al derecho a la Doble Instancia y Recurso Efectivo en los procesos penales contra adolescentes, la Corte manifiesta que “*La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño*”.

¹⁷⁰ BONILLA DE AVELAR, Emma Dinora y Oscar Alirio CAMPOS VENTURA, *Op. cit.*, p. 584. Se menciona que la apelación especial de la resolución definitiva opera como “*una suerte de casación*”, en tanto se oriente a establecer la correcta aplicación de la ley.

respecto del recurso de casación éste procederá en proceso penal común, al reproducir literalmente que dicho recurso procede *por inobservancia o errónea aplicación de preceptos de orden legal*.

Al agotarse el derecho de impugnación de la sentencia en el proceso penal contra adolescentes, con la resolución que se emita en apelación especial, queda suprimida la posibilidad que la revisión de la sentencia como ejercicio del derecho fundamental de impugnación, trascienda del control de la correcta interpretación y aplicación de la ley, es decir, que sea de carácter integral¹⁷¹, tal como ya ocurre en el proceso penal común, por lo que es de considerarse como urgente equiparar la plenitud del conocimiento por el tribunal de apelación que se ha recogido en el vigente código procesal penal, al abandonarse la ideas de los procesos penales bajo una única instancia¹⁷², abriéndose la competencia para que el control en apelación de la valoración sobre el material probatorio inmediateado en juicio a efecto de ser un control *integral* de la sentencia recurrida¹⁷³, con el propósito de ajustarse a la exigencia que respecto del derecho de impugnación, se incorpora por la CIDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica¹⁷⁴.

¹⁷¹ FIGUEROA, Ana María, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Juvenil*, en: AA.VV., “Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Conceptos, Debates y Experiencias en Justicia Penal Juvenil”, S.E., Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 29. Respecto del derecho de revisión o impugnación de la sentencia lo sintetiza como un derecho a la “*doble instancia*”, lo que significa que “*si en todo procedimiento de tipo penal se tiene el derecho, a la revisión o segunda instancia, también el niño y niña poseen ese mismo derecho, porque son decisorios que le incumben a su vida*”.

¹⁷² FAIRÉN GUILLEN, Víctor, *Notas Sobre el Proyecto Código de Proceso Penal Modelo Para Iberoamérica*, p. 100, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/70/art/art4.pdf>, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Los códigos procesales Latinoamericanos de las últimas décadas del siglo pasado, se inspiraron en el código modelo para Iberoamérica, tal como ocurre en el caso de El Salvador, siendo estas ideas igualmente transmitidas a las leyes que desarrollaron el proceso penal contra adolescentes, por ello al referirse al proyecto del código modelo el autor manifiesta que se trazó un sistema procesal ordinario para delitos de una sola instancia que se dividió en dos fase, una de investigación y otra de juicio, seguida de un recurso de casación, lo cual fue criticado desde su surgimiento en razón de suprimir la segunda instancia.

¹⁷³ VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 3ª edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, Argentina, 1986, p. 239. Desde hace ya varias décadas se ha fundamentado que la principal dificultad para implementar una segunda instancia ha sido la irreproducibilidad de las condiciones con que se ha practicado la prueba en la fase del juicio, en tal sentido VELEZ MARICONDE afirma que “*el tribunal de primer grado recibe la prueba que da fundamento a su fallo, mientras el segundo se basa en un acta del debate...solo el primero aprovecha de las ventajas que derivan de la inmediación*”.

¹⁷⁴ C.I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de fecha 2 de julio de 2004, párrafo 167, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf, (sitio consultado el 27 de septiembre del 2012). La corte dice: “*En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*”.

Y es que, al quedarse la impugnación de la sentencia en el proceso penal de adolescentes, sólo con el recurso de apelación especial, que se limita a conocer sobre la observancia y correcta aplicación de la ley, serán reproducibles en el proceso penal contra adolescentes, los argumentos que fueron expuesto por la CIDH, que de forma reciente en el caso Mendoza y otros vs Argentina, ya fueron concretamente abordados en el supuesto de personas que aún son menores al momento de cometer los hechos punibles, fallando que el derecho de impugnación debe ser *integral*¹⁷⁵, aunado a ello, a que en materia de impugnación, a una persona adulta se le habilitaría el derecho de apelar la sentencia ante las Cámaras de Segunda Instancia, y ante la eventualidad de una resolución desfavorable, aún tiene la posibilidad de interponer recurso de casación, siendo esto una clara situación de ventaja de una persona sujeta al proceso común, respecto de un adolescente sujeto a proceso penal, que viola el principio de igualdad¹⁷⁶.

Una vez queda firme la sentencia, concluye la competencia del Juez Penal de Menores, quedando el caso sujeto a la competencia del Juez de Ejecución de Medidas, a quien la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor sometido a la L.P.J., con el propósito de alcanzar el fin propuesto con las medidas impuestas¹⁷⁷, correspondiéndole la vigilancia y control de la ejecución de las medidas que pueden ser impuestas por los Tribunales de Menores, en la forma que mejor se garanticen los derechos

¹⁷⁵ C.I.D.H., caso Mendoza y Otros vs Argentina, sentencia de fecha 14 de mayo de 2013, párrafo 247. Se resuelve por la C.I.D.H., que la legislación que Código Procesal Penal de la Nación y en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, no posibilitan la revisión por un tribunal superior de aspectos fácticas y/o probatorias en las decisiones judiciales condenatorias, por lo que se violó el artículo 8.2.h) en relación con el 19, 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, al no permitirse que la impugnación de sentencia condenatoria comprenda cuestiones de hecho y prueba, reconociéndose que el derecho a recurrir del fallo también se comprende en el artículo 40.2.b de la CSDN, detallando que “el derecho a recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos.

¹⁷⁶ C.I.D.H., O.C. 17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, párrafo 45, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, (sitio consultado el 27 de septiembre del 2012). En referencia al principio de igualdad de los niños, relaciona que: “*la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*”.

¹⁷⁷ HERNÁNDEZ ALARCÓN, Cristian, *El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*, Tesis para optar al grado de magister en Derecho, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2005, p. 60, disponible en <http://es.scribd.com/doc/58057020/El-Debido-Proceso-y-La-Justicia-Penal-Juvenil>, (sitio consultado el 24 de septiembre del 2012). Se hace ver que La Justicia Penal Juvenil más que generar una sanción, la medida como respuesta penal crea un beneficio para el adolescente, en tanto se espera que este aprenda un oficio o internalice valores éticos, siendo esto un agregado al juicio de culpabilidad.

de éstos; con la aplicación de las normas que regulan la ejecución de las medidas; facultándosele para sancionar con multa a los funcionarios que en la ejecución de las medidas vulneren o amenacen, por acción u omisión, los derechos de los menores, entre otras facultades.

Así observadas las diferentes etapas dentro del proceso penal de adolescentes, se concluye que éste fue diseñado para que un solo juez conociera las fases de investigación, en la que limita su intervención para determinar la procedencia de una medida en forma provisional y autorizar actos urgentes de comprobación que requieran autorización judicial, para resolver el auto de mérito, en donde debe valorarse la objetividad de la investigación y el juicio de admisibilidad de la prueba ofrecida, así como la fase del juicio, en la que inmediata y valora la prueba, quedando la fase de impugnación de la sentencia, bajo competencia exclusiva de la Cámara de Menores, en donde se tiene por agotado el control por un tribunal superior, mientras la fase de ejecución es competencia del Juez de Ejecución de Medidas.

3. DEBIDO PROCESO EN CONTRA DE ADOLESCENTES

El debido proceso como resultado de las convenciones internacionales de derechos humanos y de las constituciones de los países¹⁷⁸, en primer lugar es un principio que informa a todo el ordenamiento jurídico, siendo de directa aplicación, en segundo lugar, se le reconoce como un derecho fundamental, lo que origina consecuencias relevantes en materia penal¹⁷⁹, dada la potencial restricción de derechos del procesado y en tercer lugar, el debido proceso es una suerte de garantía de garantías¹⁸⁰, pues se

¹⁷⁸ HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian Arturo, *Op. cit.*, p 69. Se Menciona que el debido proceso está recogido como garantía en La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 10 y 11, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 18 y 26, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 4, 14 y 15, 8, 9,10 y 27 y en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en los artículos 37 y 40, lo que relacionado con la consagración constitucional del debido proceso generan que este sea un principio, un derecho fundamental y una garantía.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, *Garantías del Debido Proceso*, en AA.VV, “Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal”, 1ª edición, 1998, San Salvador, El Salvador, p. 96. Manifiesta que todo proceso en general, recibe información de la Constitución, por lo que debe hablarse de un proceso informado por la Constitución, en referencia que la configuración o estructura de los procesos deben de cumplir con las exigencias que surgen de la misma.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ, Gema Varona, *Tutela Judicial Efectiva: Derecho a un Proceso con Todas las Garantías*, p. 224, disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivckeilibroonline/es_libro/adjuntos/Cap_8_Varona.pdf, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Se menciona que el derecho a un

transforma en la base para que tengan vida la garantía de audiencia, de defensa y demás garantías procesales relacionadas con el debido proceso, siendo así, el proceso penal pasa a ser la herramienta a través de la cual se resuelven los conflictos sociales generando consecuencias penales, por lo que se requiere que en su trámite se le aseguren a quien se le impute un hecho punible, el poderse defender frente al Juez que deberá pronunciar sentencia, previo a haberse seguido un procedimiento legalmente predeterminado.

Se distinguen dos acepciones del debido proceso¹⁸¹, una es de tipo adjetivo, formal o procesal que está formada por el conjunto de reglas y procedimientos que deben ser observadas por el legislador y el ejecutivo en la creación de leyes o reglamentos que dentro de un ordenamiento jurídico regulan las conductas y restringen derechos, vistas como el conjunto de normas que recogen las formalidades que deben verificarse previo a pronunciar resolución de fondo, requiriéndose la presencia de un juicio previo, frente a un órgano competente, ante quien se ha tenido la oportunidad de ser oído, en un plazo razonable en el que también se le confiere la posibilidad de impugnar una decisión adversa¹⁸².

La otra acepción que es de carácter sustantiva del debido proceso, exige un estándar de justicia que limita la incidencia de los órganos del Estado en la afectación de las libertades individuales, fijándose dichos límites desde el marco constitucional, protegiéndose al ciudadano frente a leyes contrarias a los derechos fundamentales, cuyas violaciones generan la invalidez o inaplicabilidad de la decisión

proceso equitativo, proceso debido o con todas las garantías, es denominado por autores como *derecho de derechos*.

¹⁸¹ MARADIAGA, Cecilia Gilardi, *Acerca del Principio de Razonabilidad y el Debido Proceso*, en revista jurídica uces, p. 184, disponible en http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/426/1/Acerca_del_principio.pdf, (sitio visitado el 26 de septiembre del 2012). La acepción adjetivo del debido proceso es entendida como el conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el Poder Ejecutivo deben cumplir al dictar leyes y reglamentos, y la acepción sustantiva es entendida como el standard de justicia que determina a los órganos hasta dónde pueden incidir en la libertad individual, en el ejercicio del arbitrio que la Constitución les atribuye.

¹⁸² HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian Arturo, *Op. cit.*, p. 80. Relaciona el debido proceso formal, con el conjunto de requisitos formales que surgen de la misma Constitución, incluyéndose el derecho a juicio limpio, llevado ante un órgano competente, con prueba válidamente obtenida e incorporada, en el que se ha otorgado la oportunidad de ser escuchado y poderse adversar la prueba contraria, a fin de obtener una decisión justa en un plazo razonable.

administrativa o judicial¹⁸³, siendo en este último sentido, que también se ha dicho¹⁸⁴ que la unitariedad del sistema depende de los distintos principios garantistas que lo configuran como un esquema epistemológico de identificación de las desviaciones penales, encaminadas a asegurar el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio, que limita la potestad punitiva tutelando a las personas en contra de las decisiones arbitrarias.

En la jurisprudencia de la C.I.D.H., al debido proceso también se le denomina como *derecho de defensa procesal*¹⁸⁵, identificando su contenido con lo estipulado en los artículo 8 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹⁸⁶, señalando que:

“Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno (...).”

Se precisa por la C.I.D.H., que el debido proceso consiste en el derecho que le asiste a las personas, para hacerse escuchar con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un funcionario o autoridad competente, independiente e imparcial, que ha sido preestablecido por la ley en cualquier materia jurisdiccional o administrativa¹⁸⁷, comprendiéndose dentro de éste derecho-garantía: “las

¹⁸³FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley de Más Débil.*, S.E., editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1999, p. 59. Al diferenciar los derechos fundamentales de las garantías, manifiesta que con los correspondientes derechos subjetivos que generan expectativa positivas o negativas, se constituyen las garantías primarias que generan obligaciones o prohibiciones, mientras las garantías secundarias están referidas a la obligación de aplicar la sanción o nulidad por la violación de la garantía primaria.

¹⁸⁴FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 2ª edición, editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1999, p. 34.

¹⁸⁵ C.I.D.H., Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, sentencia de 29 de enero de 1997, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/45-esp.html>, párrafo 74. Al debido proceso legal también le llama por Corte Interamericana como *derecho de defensa procesal*.

¹⁸⁶ C.I.D.H., Caso Blake Vs. Guatemala, sentencia de fecha 24 de enero de 1998, párrafo 96, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf, (sitio consultado el 27 de septiembre del 2012). La Corte Interamericana aborda el análisis del artículo 8.1 de la Convención Americana, pronunciándose respecto de las exigencias que surgen para el Estado de Guatemala, en investigar con forme a las reglas del debido proceso, vistos como derecho de las víctimas en caso de desapariciones forzadas.

¹⁸⁷ C.I.D.H., Caso Ricardo Baena y Otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 125, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Se fundamenta por la Corte, que la garantía del numeral 2 del artículo 8 de la Convención es aplicable partiendo de lo estipulado en el numeral 1 de la disposición legal citada, que comprende los ámbitos

condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹⁸⁸, permitiéndose la existencia de condiciones que favorezcan una adecuada defensa de los derechos de las personas frente a los actos del Estado que podría afectarlos¹⁸⁹, configurando una barrera de protección de toda persona frente a la arbitrariedad de los actos del poder público.

Es así, que la C.I.D.H., ha opinado¹⁹⁰, que bajo la denominación de Garantía Judicial el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, comprende “.....*el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención, se ha reconocido el llamado debido proceso legal.....*”, concretizando en el caso de procesos en los que se pudiese afectar derechos de niños, que las garantías comprendidas en el artículo 8 y 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es aplicable a todas las personas por igual, cualquiera que sean los procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño¹⁹¹.

Señala que el debido proceso en un Estado de Derecho Constitucional¹⁹², se configura por el conjunto de principios, disposiciones y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en procesos judiciales, garantizando un juicio justo para las partes, los que son reconocidos en pactos o convenios internacionales, así como declaraciones y resoluciones

civiles, laboral, fiscal u otros caracteres, lo que permite afirmar que el debido proceso que se entiende en los términos de la norma legal citada, es también aplicable a la materia penal.

¹⁸⁸ C.I.D.H., O.C. 9- 87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, de fecha 6 de octubre de 1987, párrafo 28, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc, (sitio Consultado el 26 de septiembre del 2012).

¹⁸⁹ C.I.D.H., Caso Ricardo Baena y Otros Vr. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Se argumenta que *el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu*, ello con el propósito que las garantías y derechos que son recogidos en dicha norma, tenga una mayor cobertura.

¹⁹⁰ C.I.D.H., O.C. 9-87, Resolución de fecha 6 de octubre de 1987, párrafos 27 y 28, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf, (sitio consultado el 23 de septiembre del 2012).

¹⁹¹ C.I.D.H., Caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, sentencia de fecha 2 de septiembre de 2004, párrafo 209, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf, (sitio consulado el 24 de septiembre del 2012).

¹⁹² MELENDEZ, Florentín, *El Debido Proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 209, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/15.pdf>, (sitio consultado el 27 de septiembre del 2012).

internacionales sobre derechos humanos, siendo estos derechos y garantías comunes para las partes de un proceso penal, citando entre tales principios, derechos y garantías que conforman el debido proceso: el principio de publicidad procesal, acceso a jurisdicción, a juez competente, independiente e imparcial predeterminado por la ley, derecho a la tutela efectiva, a juicio justo, celeridad y recurso efectivo, agrega el autor¹⁹³, que en el derecho internacional se comprende un catálogo de garantías inderogables del debido proceso, que contiene disposiciones y prohibiciones para los Estados orientadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Al conceptualizar el debido proceso¹⁹⁴ se ha dicho que “*éste configura un límite que se fija a la actividad estatal en la potencial afectación de derechos de las personas, en tanto deberá observarse en los procedimientos todos los requisitos procesales que permitan a las personas, ejercer una defensa de los derechos que se le pretendan afectar*”, siendo exigibles como mínimo en materia penal, lo que establece el artículo 8 de la Convención Americana, a la que adiciona la igualdad procesal y el derecho a ser oído con las debidas garantías, siendo esto último, una guía para la interpretación de que se debe tener presente en todo momento.

En la misma línea también se ha considerado que el debido proceso engloba no las garantías que reconoce la ley interna de un Estado, sino que también comprende las que son recogidas en los convenios internacionales que conforman un bloque de constitucionalidad, que tienen como titular a toda persona dentro de un Estado de Derecho, sosteniendo además, que el debido proceso es un derecho fundamental que forma parte del núcleo duro de los derechos humanos, en consecuencia no pueden ser restringidos ni limitados¹⁹⁵.

¹⁹³ MELÉNDEZ, Florentín, *Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*, 6ª edición, San Salvador, El Salvador, 2008, p. 52.

¹⁹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA. DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>, p. 19, (Sitio consultado el 26 de septiembre del 2012). El expresidente de la CIDH, fundado en los precedentes que fueron sustentados en la jurisprudencia de la CIDH, hace referencia a las caracterizaciones de la versión sustantiva y adjetiva del debido proceso y lo conceptualiza como: *conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*”, aclarando que en materia penal también deben integrarse otros derechos recogidos en el artículo 8 de la Convención Americana.

¹⁹⁵ HERNANDEZ ALARCÓN, Christian Arturo, *Op. cit.*, p. 78 y ss.

La C.I.D.H., ya se ha referido en concreto al debido proceso para los adolescentes en la O.C. 17-2002¹⁹⁶, cuando a propósito se le solicitó por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a fin de determinarse la compatibilidad de dichas disposiciones en los procesos relacionados a niños, habiéndose pronunciado que: *“Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño, y Las garantías Judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en que la libertad personal de un individuo este en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de los avances de los derechos humanos”*.

Por ello, en el caso de procesos que pudiesen afectar derechos de niños, las garantías comprendidas en los artículos 8 y 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos son aplicables a todas las personas por igual, en procesos administrativo o judicial que se refiera a la afectación de derechos de un niño, siendo ello también señalado por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, respecto a las garantías que configuran el debido proceso en materia de adolescentes en conflicto con la Ley Penal, cuando manifiesta citando el artículo 40.2 de la CSDN¹⁹⁷, que: *“todas las garantías reconocidas en el párrafo 2 del artículo 40, constituyen normas mínimas, es decir, que los Estados Partes pueden y deben tratar de establecer y observar normas más exigentes, por ejemplo en materia de asistencia jurídica y con respecto a la participación del niño y sus padres en el proceso judicial”*.

La jurisprudencia de la SCn. respecto del debido proceso, hace referencia al proceso constitucionalmente configurado, en relación al debido proceso a que se refiere el artículo 14 de la Cn.¹⁹⁸, en virtud del cual el derecho de audiencia abre la posibilidad para que cualquier persona, previo a que se le afecten sus derechos, tenga la oportunidad real y eficaz de ser oída, haciendo énfasis en que la garantía de audiencia

¹⁹⁶ C.I.D.H., O.C. 17/2002, párrafo 95 y 115 respectivamente.

¹⁹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Observación General N° 10, 2007*, p 14, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf, (sitio consultado 27 de septiembre del 2012).

¹⁹⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo con referencia 35-2004 de fecha 12/04/2005, p. 10. Se exige que el derecho de defensa integrado al derecho de audiencia, deben permitir de forma real y efectiva la oportunidad a toda persona, a ser oída, estableciéndose que todo proceso o procedimiento se tiene que posibilitar de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución, una oportunidad razonable para oír sus alegaciones, esto como parte del principio contradictorio.

que consagra el artículo 11 Cn¹⁹⁹ no se satisface con la oportunidad formal de ser escuchado, sino que requiere además, de formalidades esenciales que por un lado establezca un proceso previo que permite al afectado y los participantes de un proceso, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos, y por otro lado, que la autoridad que decide sobre la afectación de un derecho, tome su decisión fundado en el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso y que fueron propuesta por los intervinientes, sometidos a contradicción.

Sostiene la SCn.²⁰⁰ que el derecho de audiencia implica la exigencia para limitar o privar de un derecho a las persona, que previo a la resolución se deberá dar trámite a un proceso o procedimiento que permita razonablemente “asegurar al ciudadano la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyas finalidades son por una parte, el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin justificadas razones, y por otra, la obtención de una sentencia ajustada a derecho”, agregando de forma reciente²⁰¹, que el derecho a la protección jurisdiccional²⁰² conlleva la posibilidad que el titular o interesado de un derecho, al tener acceso a los órganos jurisdiccionales, tanto para plantear su pretensión u oponerse a la de otro, como para la obtención de respuesta fundada en derecho, como resultado de un proceso justo y equitativo, amparado en la Cn. y el derecho vigente, siendo una de sus manifestaciones, el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso²⁰³, que es

¹⁹⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 15-96 acum. de fecha 14/02/19997, considerando XVI. Establece que la finalidad de un procedimiento con todas las garantías, funciona como condición a la imposición de una pena en un doble sentido, por una parte, el proceso previo da al acusado o infractor, según sea el rubro jurídico sobre el que se está conociendo, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos, y por otra parte, la finalidad que la autoridad decisora disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución.

²⁰⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia en proceso de habeas corpus con referencia 334-99, de fecha 25/04/2000. Se acude por la Sala Constitucional a dar al derecho de audiencia o debido proceso, una connotación de garantía, al manifestar que el debido proceso: “asegura al ciudadano la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyas finalidades son por una parte, el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin justificadas razones”.

²⁰¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Incont. con referencia 5-2001 acum. de fecha 23/12/2010, p. 161, disponible en: http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/Boletin_informativo/2010/Diciembre%202010/Sentencia%2052001.pdf, sitio consultado 27 de septiembre del 2012). Se concretiza la conexión existente entre el debido proceso con otros derechos, citándose la vinculación con el derecho a la protección jurisdiccional y el derecho de audiencia.

²⁰² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Amparo con referencia 469-2009 de fecha 1/02/2012, p. 6. En relación a las manifestaciones del derecho a la protección jurisdiccional menciona cinco grandes aspectos: el derecho de acceso a la jurisdicción; el derecho a un juez previamente establecido por ley, independiente e imparcial; el derecho a que se siga un proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y el derecho a la ejecución de las resoluciones, vinculados tales aspectos a lo que conocemos como debido proceso legal.

²⁰³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo con referencia 825-2006 de fecha 3/02/2009, p. 20, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/web/lj/Constitucional/Amparos2009.pdf>, (sitio consultado el 27 de

concebido como garantía procesal fundamental y como un principio de orden constitucional, vinculante para todos los órganos del Estado.

La singularidad con que El Salvador ha seguido la tendencia de América Latina en la implementación de la adecuación de los procesos penales en contra de adolescentes que surgieron con la vigencia de la CSDN., se caracterizó por un lado, por permitir mayor participación de los diferentes actores involucrados en el sistema de justicia penal juvenil²⁰⁴ lo que favorece una visión holística del fenómeno social de la delincuencia juvenil y por otro lado, un cambio de paradigma al construirse un nuevo marco teórico y legal que sustenta la estructura del proceso penal al codificación el debido proceso, generando un abandono de la doctrina de la situación irregular para abrir paso a la doctrina de la protección integral²⁰⁵, dejando en el pasado a los procesos penales sin garantías²⁰⁶ y desarrollando en la LPJ el debido proceso que es un derecho fundamental, una garantía, un principio y principalmente como un derecho humano de obligatoria observancia en todo proceso penal²⁰⁷.

septiembre del 2012). Para la Sala de lo Constitucional, el contenido de audiencia exige el derecho a ser oído y vencido en juicio, tramitado en proceso o procedimiento que cumpla con todas aquellas garantías que posibiliten a la persona la exposición de cada uno de sus razonamientos y la defensa de sus derechos de una manera eficaz.

²⁰⁴ En la exposición de motivos de la LPJ del proyecto de la llamada en esa fecha Ley del Menor Infractor, se manifestó en su tercer párrafo que: “(...) *ha sido sometido a amplias consultas y debate por lo que la comisión redactora tuvo la oportunidad de enriquecerlo con valiosas observaciones y sugerencias*”, con lo que se parte de una difundida discusión entre diferentes actores que ya tenían participación dentro del sistema de justicia penal juvenil de ese tiempo.

²⁰⁵ BELOFF, Mary, *Modelo de la Protección Integral...Op. cit.*, p. 16 y ss. La configuración del sistema de la protección integral como derecho de los niños surge no sólo del reconocimiento de los derechos y garantías que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también de instrumentos regionales y universales de protección de derechos humanos, que estipulan para el Estado partes, obligaciones en la medida en que se conviertan en costumbre internacional, encontrando dentro de estas a las reglas de Beijing, Directrices de Riadh, y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

²⁰⁶ JUÁREZ GONZÁLEZ, Ciro, *Op. cit.*, p. 24. Después de explicar lo que debemos entender por garantismo, siguiendo a Luigi Ferrajoli el autor concluye que la Ley de Menores Infractores es clasificada como garantista, que surgió por la necesidad de adecuar la normativa de menores, a los instrumentos internacionales obligatorios, siendo dicha afirmación también aplicable en lo que respecta a la Ley del Menor Infractor en El Salvador.

²⁰⁷ CHAN MORA, Gustavo, Rosaura CHINCHILLA y Rosaura GARCÍA, *Violación de Derechos Fundamentales y Criminalización Secundaria en el Sistema de Justicia Penal Juvenil*, 1ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 203, p.69. Manifiesta en referencia al debido proceso: “a la ley procesal corresponde receptor y desarrollar todas las garantías esenciales del ser humano que será objeto de juzgamiento, asegurándole la presunción de su inocencia, el respeto del principio de culpabilidad, de la inviolabilidad de su defensa, del principio “pro libertate”, de proporcionalidad, su derecho general a la justicia, a la legalidad, a una sentencia justa, al juez regular, a la deber instancia, la cosa juzgada, etc.”, dando relevancia con ello, por un lado, que el debido proceso es exigible a todos los procesos, y por otro lado, la amplitud de garantías que se encuentran conexas con la exigencia del debido proceso.

4. EL PROCESO PENAL DE ADOLESCENTES Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El principio de especialidad dentro del proceso penal de adolescentes que vincula la edad y la condición del éste²⁰⁸, presenta una doble dimensión²⁰⁹, por un lado hace referencia a la exigencia de las idoneidades que se requieren a los distintos operadores que intervienen durante las fases del proceso, desde el momento en que se inicia hasta su conclusión con el cumplimiento de una medida definitiva, y por otra parte, este principio también hace referencia al tratamiento especial diferenciado que se les hace a los adolescentes²¹⁰, ya que frente a la ley penal es una persona que no está en igualdad de condiciones que un ser humano adulto²¹¹, esto en razón de sus peculiares características biológicas y psicológicas que lo distinguen.

La especialización de operadores del sistema de justicia penal de adolescentes que la CSDN²¹² y que desarrolla las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores artículo 12.1 y 22.1, Directrices de las Naciones Unidas Para la Prevención de la Delincuencia Juvenil en el artículo 9.i.), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Protección de los Menores Privados de Libertad en los artículos 81, 82, 85, 86 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Medidas No Privativas de Libertad en el artículo 15.2, se sintetizan al requerirse para los Estados partes de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que deben seleccionar el personal

²⁰⁸ BERMÚDEZ BENÍTEZ, María José, *Op cit.*, p. 4. Se relaciona que los planteamientos propios del proceso penal de adulto no pueden ni deben imponerse en la justicia de menores, pues “*la edad de los sujetos y su condición de niños son los que determinan la especialidad de la jurisdicción de menores*”.

²⁰⁹ C.I.D.H., caso Mendoza y otros vs Argentina, sentencia de fecha 14 de mayo del año 2013, párrafos 146, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf, (sitio consultado el 22 de julio del 2013). Al referirse a la justicia especializada aplicable a menores de edad, manifiesta que se trata de un sistema de justicia que comprende la especialización de todas sus fases, que requiere “*tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil*”, agregando que la especialización también comprende “*la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo*”.

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Op. cit.*, p. 382. Se atribuye el problema de la criminalidad juvenil, no a la simple atenuación de la pena, sino la adecuación de un tratamiento diferenciado para delincuentes menores de 18 años.

²¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derechos Humanos Para los Menores de Edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, 1ª edición, México D.F, México, 2010, p. 59. Para precisar el principio de especialidad GARCÍA RAMÍREZ condiciona su existencia a la presencia del principio de igualdad y de no discriminación, afirmando que la jurisprudencia interamericana ha evolucionado en el examen de la igualdad y no discriminación, como en la especialidad, y que no todo trato desigual implica inobservancia al principio de igualdad, sino más bien por el contrario, es decir, que sólo mediante el trato desigual se cumple con la exigencia de igualdad.

²¹² El artículo 40.3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño establece: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes(...)*”.

interviniente en el procedimiento o proceso contra adolescentes, teniendo en cuenta la aptitud, idoneidad y formación profesional para tratar a los adolescentes que sean sometidos al sistema penal.

La C.I.D.H. ha hecho alusión a la exigencia del principio de especialidad referido al particular conocimiento que se debe poseer por los órganos e instituciones que deben intervenir en el proceso contra adolescentes, habiendo sostenido en el caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*²¹³, que como consecuencia de la atención que de forma diferenciada y especial debe dársele a los niños a quienes se les relacione con conductas ilícitas, es necesario que se establezcan órganos jurisdiccionales especializados para conocer conductas con relevancia penal que se les impute a aquellos, lo que disipa cualquier duda respecto de la exigencia de personal especializado que dentro de estándar del derecho internacional resultando de obligatorio observancia para el sistema de justicia penal juvenil de El Salvador.

En desarrollo de la exigencia del principio de justicia especializada, la LPJ contiene un conjunto de normas con las que se busca conformar un cuerpo especializado de abogados que dentro de la estructura del proceso penal, asuman sus roles como jueces, fiscales o defensores, sin dejarse de lado la exigencia para las demás autoridades que participan en la persecución, investigación del delito, así como la ejecución de una medida que se hubiere ordenado como resultado de un proceso penal en contra de adolescentes, siendo así que los artículos 42, 43 y 125 establecen la competencia de los Jueces y Magistrados de Menores a quienes les otorga de forma exclusiva, la competencia para conocer los hechos punibles imputables a adolescentes así como de la ejecución de las medidas, el artículo 49 en su parte final²¹⁴, otorga al Procurador de Menores, el deber de asumir la defensa técnica de adolescentes sometidos a un proceso penal, el artículo 50 en su parte final²¹⁵ relaciona las atribuciones que de forma

²¹³ C.I.D.H., Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay, sentencia de fecha 2 de septiembre de 2004, párrafo 210, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf, (sitio consultado el 29 de septiembre del 2012). Dijo que: *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 aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal*”.

²¹⁴ La especialización que se exige para el abogado defensor que se debía nombrar por la Procuraduría General de la República, pasó a ser incumplida por directrices internas de dicha institución, durante la administración del Dr. Miguel Ángel Cardoza Ayala (1996-2003), que continuó por los siguientes procuradores, quienes suprimieron en mayoría de subregionales, la figura del procurador de menores, en tanto se tomó la decisión que la defensa de los adolescentes se prestaría por medio de cualquiera de los defensores públicos que se encontrara disponible.

²¹⁵ *Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil*, acuerdo N° 24 de fecha dos de mayo del 2012, publicado en D. O N°. 128, Tomo 396, de 11 de julio de 2012, disponible en: <http://escuela.fgr.gob.sv/wp->

especial le confieren al Fiscal de Menores, a quien corresponderá vigilar por la legalidad del proceso, procurar la conciliación, la titularidad de la acción penal, y dirigir la investigación entre otras, y el artículo 120 que hace referencia a capacitación del personal de los centros de internamientos en las áreas sociales, pedagógicas y legales²¹⁶.

La otra vertiente de la especialidad dirigida a considerar las características propias del adolescente sometido al proceso penal²¹⁷, es decir, aquellas circunstancias que teniendo su origen en la condición de adolescente como tal, generan que el principio de especialidad se entrelaza en la ley penal juvenil con la aplicación de los principios rectores de la protección integral, interés superior y la inserción del adolescente en su familia y en la sociedad a que se refiere el artículo 3 LPJ., conlleva la creación y aplicación diferenciada de las leyes que conformándose un *plus de derechos y garantías*²¹⁸ que están enfocados a cubrir de forma particular esas exigencias de su proceso de desarrollo.

content/uploads/2013/01/POLITICA-PENAL-JUVENIL-DEFINITIVA. pdf, (sitio consultado 28 de septiembre del 2012). La especialidad de los operadores de la justicia penal juvenil ha sido ignorada por parte de la Fiscalía General de la Republica, pues si bien estos nunca han desarticulado la unidad que como institución fiscal investiga y ejerce acción penal en los procesos en contra de adolescentes, si se ha llegado a desconocer la facultad preferente que los fiscales de menores deberían tener, habiendo relegado a estos ante la participación de fiscales especializados de unidad de crimen organizado y de la unidad Anti-Extorsiones, que le otorgan prioridad a la naturaleza del delito antes que a la calidad de procesado, situación que se agrava con la creación y publicación de la política de persecución penal en materia penal juvenil, pues si bien el artículo 12 del acuerdo que crea la mencionada política hace referencia a la especialidad, luego en la parte final del artículo 14 asume que tratándose de delitos de crimen organizado o complejos: “*podrán ser asumidos por las unidades especiales de adultos*”, lo que significa que la flagrante violación a la especialidad continuara por parte de la institución fiscal.

²¹⁶ BURGOS MATA, Álvaro, *Manual de Derecho Penal Juvenil Costarricense*, Tomo I, 1ª edición, artes gráficos, poder judicial, 2009, Heredia, Costa Rica, p. 58. En referencia al principio de especialidad que desarrolla la Ley Penal de Costa Rica, que sigue una misma tendencia que la Ley Penal Juvenil de El Salvador, se manifiesta que ello constituye uno de los aspectos fundamentales que desarrolla la ley, al proponerse una jurisdicción penal juvenil que se integra por juzgados penales juveniles y un Tribunal Superior Penal Juvenil, creándose un cuerpo especializado de fiscales y abogados defensores especializados en la materia penal juvenil, lo mismo que una policía especial para menores de edad para la etapa de investigación, creándose para la fase de ejecución un Juzgado de Ejecución de las Sanciones.

²¹⁷ DUCE, Mauricio, *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil*, Op. cit., pp. 103-104. Después de relacionar las diferencias de proceso especial de adolescentes respecto de proceso de adultos, señala como primer eje el reforzamiento del Debido Proceso y agrega que el principio de especialidad tiene un impacto relevante en el área procesal que son propios de la justicia juvenil, citando como ejemplos los principios educativos o el resguardo de la privacidad de los niños, que son valores que generan consecuencias procesales trascendentales, identificándose tres elementos que estructuran el proceso contra adolescentes: La flexibilidad del proceso, la protección a la privacidad y el énfasis en el joven.

²¹⁸ BARBIROTTA, Pablo, *El Principio de Especialidad en la Justicia Penal para Niños y Adolescente. Necesidad De Respetar el Derecho a un Juzgamiento Especializado en los Procesos De Reforma y Modernización de la Justicia Penal Juvenil*, en revista pensamiento penal, disponible en <http://free.interlap.com.ar/articulos/principio-especialidad-justicia-penal-para-ninos-adolescentes-necesidad-respetar-derecho>, (sitio consultado el 1 de octubre del 2012). Hace relación que la justicia penal juvenil es especializada por así establecerlo el orden supranacional,

Con lo dicho se debe interpretar que el principio de especialidad configura todas aquellas garantías y derechos que favorecen la aplicación de los principios de protección integral, interés superior e inserción, dando esto sentido a que toda norma que busca favorecer el proyecto de vida del niño²¹⁹, en atención a la fase de desarrollo en que aquel se encuentra, difiera del trato que se observa de una persona adulta en similar situación, pues el proceso penal de adolescentes implicará un reforzamiento doble de los derechos y garantías – pues se trata de una doble situación de vulnerabilidad, por un lado la de ser adolescente que se encuentra en situación vio-Sico-social que difiere a la de un adulto, y la de ser adolescente sujeto a un proceso penal que podría estar en privación de libertad provisional- por lo que la LPJ para desarrollar ese trato diferenciado que se manifiesta mediante la finalidad primordialmente educativa y de inserción de las medidas a que se refiere el artículo 9, así como en la diversidad de alternativas con las que dota al Juez de Menores para dar respuesta a ilícitos penales cometidos por adolescentes a que se refiere el artículo 8, quedando como excepción de la privación de libertad para todo delito de los artículos 5 literal e) en relación con el artículo 15, la garantía de discreción del artículo 25, etc.

Dentro de las características de modelo de justicia penal para adolescentes comparado con el derecho penal aplicable a adultos, destaca la especialidad del derecho penal juvenil²²⁰, en el que las consecuencias por haber realizado un ilícito penal por el que ha sido declarado dentro responsable, son de carácter educativo, desterrándose los fines retributivos o de prevención general propios de las penas del proceso penal común²²¹, agregándose que la especialidad transfiere a la estructuración del proceso,

ya que el adolescente como sujeto de derecho le asisten todas las garantías constitucionales, a las que se le agregan un plus que atienden su peculiar proceso de formación.

²¹⁹ C.I.D.H., Caso “Los Niños de la Calle”, sentencia pronunciada el 19 de noviembre de 1999, párrafo 196, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf, (sitio visitado el 6 de octubre del 2012). La corte señala que las medidas de protección a que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana, hace referencia a la no discriminación y asistencia especial de los niños privados de su medio familiar, a quienes deben garantizárseles su supervivencia y su desarrollo como un derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación, brindándoles un proyecto de vida.

²²⁰ TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Décimo Tercer Aniversario de la Ley Penal de El Salvador y Diez Años de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño N° 10”, S. Ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2008, p. 139, disponible en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf, (sitio consultado 29 de septiembre del 2012). Puntualiza que dentro de las características esenciales del modelo de justicia o responsabilidad se ubica en primer lugar la especialidad, que representa tanto atenuación del derecho penal en sus respuestas, como mayores garantías para los menores de edad sujetos a un proceso penal.

²²¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, TECFOTO, S.L., Barcelona, España, 1998, p. 610. En esa línea afirma el autor, que *la concepción clásica de corte retributivo* no concibe que se realice un hecho punible y que éste quede sin castigo, en contraposición a ello, las actuales concepciones político-criminales

sus propias peculiaridades al establecerse a favor de los adolescentes mayores atenuantes respecto de las respuestas penales, así como mayores garantías que las reconocidas para una persona adulta sometida a un proceso penal, de tal suerte, que el derecho penal juvenil tiene como mínimo, los mismo principios del derecho penal común, recogiendo así la ley penal juvenil de El Salvador al establecer en su artículo 5 inciso primero, que: “*El menor sujeto a esta Ley gozará de los mismos derechos y garantías reconocidos en la Constitución, tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, y en las demás leyes aplicables a los mayores de dieciocho años*”, lo que configura un piso de derechos y garantías aplicables en los procesos penales en contra de adolescentes a los que se suman los derechos y garantías que desarrollan los principios que atienden la condición de adolescente²²².

Por ello, al conjuntarse las condiciones que son inherentes a la minoría de edad de una persona, con las exigencias políticas-jurídicas que deben ser observadas para este grupo de nuestra población, es ineludible que el interés superior configura un eje transversal del proceso penal contra adolescentes²²³ que le otorga sus propias características, cuya efecto de diferenciarlas proyección son más visibles en la naturaleza de las respuestas penales²²⁴ llamadas a propósito medidas, a de las penas del proceso penal común, sin que ello implique ignorarse por mucho que se les llame de esa forma, siguen siendo respuestas penales en los procesos en contra de adolescentes en conflicto con la ley penal, que también conllevan restricción de derechos de los adolescentes a quienes se les declara responsables por un ilícito penal²²⁵.

aceptan que no siempre que concorra culpabilidad deberá imponerse castigo, siendo en el ámbito de menores donde se deja de acudir al derecho penal y se habilitan otros tipos de medidas de tutela específicas.

²²² ACUÑA GONZÁLEZ, Guillermo y Andrea MILLA QUESADA, *Op. cit.*, p. 26. Al entender que la justicia penal juvenil es un área especializada aplicable a menores que hubieren infringido la ley penal, generan sanciones que en atención a las particularidades del sujeto, son de contenido socioeducativo.

²²³ SALA DONATO, Cristina, *Proceso Penal de Menores. Especialidades Derivadas Del Interés Superior de los Menores y Opciones Políticas Criminales*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, octubre 2002, pp. 33 – 38, disponible en <http://tdx.cat/bitstream/handle/10803/7683/tcsd.pdf?sequence=1>, (sitio visitado el 2 de octubre del 2012). Al abordarse el interés superior de los menores, relaciona la influencia que éste ejerce en el proceso penal de adolescentes, tratando de darle contenido a dicho concepto para luego afirmar, que en el derecho penal de menores el interés superior configura la premisa para el resto de los derechos de aquellos.

²²⁴ SALA DONATO, Cristina, *idem.*, p. 46 y ss. Relaciona que las medidas en materia de menores configuran una nota distintiva de la especialidad del proceso penal en contra de adolescentes, aunque comparten algunos fines de las penas del proceso penal común, puntualizando que las primeras también son “sanciones penales”, por mucho que se pretenda configurar un fraude de etiqueta al llamarles medidas de corrección o medidas de tratamiento.

²²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia de Amparo núm. 8031-2006, de fecha 16/05/2011, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/06/11/pdfs/BOE-A-2011-10187.pdf>, (sitio consultado el 3 de octubre del 2012). En referencia a la especialidad de las sanciones penales en los procesos en contra de adolescentes, dice que *se observa una peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos, que*

Se ha reiterado por la SCn., tanto en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y Crimen Organizado²²⁶ como en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley Antimara²²⁷, la relevancia del tratamiento diferenciado de los adolescentes, fundamentando en la primera de las sentencias citadas, desde la interpretación y alcance que le confiere al principio de igualdad en el artículo 35 inciso 2º de la Cn, el constituyente configuró un supuesto de diferenciación natural, para distinguir a los menores de edad de aquellas personas que han alcanzado su plenitud existencial, siendo ello lo que otorga racionalidad al establecimiento de un régimen especial para sancionarse las conductas antisociales que se hubieren realizado por adolescentes²²⁸, puntualizando que: *"constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad"*.

Agrega en similares términos la segunda de las sentencias, que desde el art. 35 inc. 2º Cn., se instaura un supuesto especial de igualdad por diferenciación, acreditando que la desigualdad natural en razón de la edad fue acogida por el constituyente para que se diese un trato distinto a las conductas con relevancia penal que se exteriorizaren por adolescentes, quedando estos sometidos a un régimen jurídico especial, que implica la prohibición constitucional de prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que el aplicado a los mayores de edad, por lo se concluye, respaldado en la jurisprudencia constitucional citada, que la igualdad por diferenciación del art. 35 inc. 2º Cn., establece un régimen jurídico especial que se traduce en mayores garantías para el adolescente frente al poder punitivo del Estado, esto como resultado de la influencia del interés superior del adolescente, sin que *"...en ningún*

responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño

²²⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 15-96 acum. de fecha 14/02/1997, declarándose la inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y Crimen Organizado, p. 89 y ss., Se inicia el análisis de la inconstitucionalidad, con la precisión del principio de igualdad, concluyendo que la diferenciación frente a la ley es válida desde la perspectiva constitucional, cuando la misma se sustenta en un motivo razonable surgido de naturaleza de la realidad, llevando esa misma interpretación cuando la ley omite diferenciar aquellos casos que no deben ser tratados como iguales, tal como el constituyente estableció respecto del trato diferenciado entre menores de edad y personas ya adultas que se encuentren sometidos a un proceso penal.

²²⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 52/2003 acum. de fecha 1/04/2004, pp. 94 y ss. Después de justificar el trato diferenciado por las condiciones de minoridad, sostiene que las exigencias del control de la constitucionalidad también se extienden a la normativa internacional de derechos humanos, en ese caso, lo que refiere la CSDN., que al ser integrado con el mandato de diferenciación que estableció el artículo 35 Cn., vinculan dar a los adolescentes en conflicto con la ley penal un trato diferenciado respecto de una persona adulta en esa misma situación.

²²⁸ ALEXIS Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, imprenta fareso, S.A., Madrid, España, 1993, p. 396 y ss. En relación al tratamiento desigual para lo desigual se concluye: *"que el principio de igualdad, prima facie, exige un tratamiento igual, y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas"*.

caso el menor quedará en desventaja frente al proceso penal de adultos”, so pretexto de la especialidad del proceso penal en contra de ellos²²⁹ al realizar una interpretación perversa del interés superior que debe ser observado a favor del adolescente²³⁰.

5. REPRESIÓN PENAL Y LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

Con el propósito de contraponer a la generalizada percepción de la criminalidad como un simple incumplimiento de normas legales que producen como reacción la aplicación privilegiada al control social formal²³¹, en particular al derecho penal²³², se deben hacer dos acotaciones, la primera de ella orientada a un breve recorrido y análisis de las políticas criminales de corte represivas que durante las últimas décadas se ha observado en El Salvador, negándole la importancia que dentro del fenómeno social de la delincuencia, se merece la prevención, para luego cerrar con el análisis de los supuestos que permiten la privación de la libertad de los adolescentes en el proceso penal salvadoreño, centrando la atención en

²²⁹ CHAN MORA, Gustavo, *El Principio de “Interés Superior”, Concepto Vacío o “Cajón de Sastre” del Derecho Penal Juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil*, en AA.VV., “Cuadernos de Justicia Juvenil”, Edición Especial, San Salvador, El Salvador, 2009, p. 48, disponible en http://www.csj.gob.sv/JUJU/BOLETINES/PDF/Cuadernos_JuJu_Ed_Especial.pdf, (sitio consultado 4 de octubre del 2012). A propósito de la perversión del concepto de interés superior en el proceso penal de adolescentes, CHAN MORA con razón señala que se suele utilizarse el “interés superior” como insumo para la legitimación del poder punitivo en contra de adolescentes, justificando cualquier acto de represión, pues se asume una concepción que es acomodada a conveniencia del interprete u operador del sistema, lo cual genera que bajo ese discurso, un adolescente sea tratado en peores condiciones que una persona adulta que se encuentre en la misma situación.

²³⁰ BELOFF, Mary, *Quince años de Vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Argentina*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño N° 10”, S. Ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2008, pp. 13 y 14, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf, (sitio consultado el 4 de octubre del 2012). BELOFF utilizando la expresión *pour la galerie* para ilustrar la indeterminación del contenido de la CSDN, en la que encontramos el concepto de interés superior que ha sido mal interpretado al ser instrumentalizado para desmejorar la situación del adolescente.

²³¹ Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, otorga relevante connotación a las políticas sociales estatales para la prevención de la delincuencia juvenil, estipulando en su artículo 45 que “*Los organismos gubernamentales deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces, proporcionar las instalaciones y el personal para brindar servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol, y cerciorarse de que esos recursos lleguen a los jóvenes y redunden realmente en beneficio de ellos*”.

²³² CORREA GARCÍA, Sergio José, *Op. cit.*, p. 471. Destaca que el tránsito al modelo de responsabilidad para adolescentes, que opera en México en el año 2005, se inclina por el endurecimiento de las respuestas penales, calificándolo de eufemística y simuladora, en tanto otorga garantías procesales a los adolescentes, pero no deja de ser justicia penal represiva que agudiza la construcción de la selectividad entre infractores y no infractores, señalamientos que igualmente tienen vigencia para nuestra realidad nacional.

las dificultades que en la práctica se observan por una inadecuada interpretación del marco normativo del sistema penal juvenil por los diferentes operadores que intervienen en éste.

5.1. REPRESIÓN PENAL

Tomando como punto de partida que el fenómeno social de la delincuencia es multifactorial²³³, es decir, existe pluralidad de circunstancias que favorecen la realización de hechos que son calificados como delictivos, que en el supuesto de la delincuencia juvenil es asociado entre otros factores a la desintegración familiar²³⁴, escasa oportunidad de mantenerse dentro del proceso de educación formal, marginación, pobreza, ausencia de programas para tratar las adicciones a drogas y la dificultad para integrarse a un mercado laboral digno, en ese sentido se esperaría como respuesta estatal responsable, no sólo ante las necesidades de seguridad de la sociedad en general, sino ante las propias obligaciones que se tiene frente a los adolescentes, que la política criminal se oriente a la erradicación o neutralización de esos factores, lo que requiere una importante inversión social que a mediano plazo se transformaría en un eficaz mecanismo de prevención de la delincuencia²³⁵.

²³³ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Predicciones y Prevención de la Delincuencia Juvenil según las Teorías Del Desarrollo Social*, en Revista de Derecho, Vol. XIV, Julio-2003, 141, disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art08.pdf>, (sitio consultado el 22 de septiembre del 2013). Sostiene que en la literatura de la criminología reciente, citando a los autores Seydlitz y Jenkins, Hawkins; Kazdin y Buela-Casal y Wasserman, consideran como factores de riesgo que ejercen mayor influencia en los comportamientos antisociales y delincuencia de los jóvenes, son la familia, la escuela, el grupo de amigos, el consumo de drogas y la comunidad.

²³⁴ En el Juzgado de Menores de La Unión se contabilizan durante el año dos mil doce, once casos de adolescentes contra quienes fueron ordenadas de forma definitiva la medida extrema de internamiento, encontrándose siete casos en los que se impone la misma medida en el transcurso del primer semestre del corriente año, destacándose que en dichos adolescentes se presenta la peculiaridad de tener hogares desintegrados, pues únicamente dos de los casos citados cuentan con ambos progenitores, agregándose que todos ellos abandonaron o fueron excluidos del proceso de educación formal sin que ninguno sobrepasara noveno grado.

²³⁵ Informe Anual sobre la Justicia Penal Juvenil El Salvador 2005, presentado por FESPAD., p. 49, disponible en http://historia.ihnca.edu.ni/ccss/dmdocuments/Bibliografia/CCSS2007/tema4/adicional/FESPAD_Informe_Justicia_Penal_Juvenil_2005_1_.pdf, (sitio consultado el 26 de septiembre del 2013). La inversión social focalizada en factores con incidencia criminal, no son atendidos con la inversión que se merece, siendo en ese sentido que en el informe presentado por FESPAD en el año 2005, respecto de la atención de niños, niñas y adolescentes en riesgo, asimilando las condiciones que se observan en el ya derogado modelo tutelar, manifestando que “...en la práctica la situación en la que se encuentran los menores es muy parecida al viejo sistema de la situación irregular, en donde existía un trato cruel, inhumano y degradante para todo menor que fuera considerado por el sistema como indeseable, ya sea por resultar un infractor de ley o bien por encontrarse deambulando en las calles”.

En sentido inverso, los gobernantes con poder de incidencia, lejos de optar por decisiones responsables, siguen la tendencia dominante en la región, al instaurar políticas de “*mano dura o cero tolerancia*” enfocadas con la visión represiva y no de carácter preventiva²³⁶, pues la inversión durante las últimas décadas, es más visible en medios de represión al aumentar el número y recursos para la Policía Nacional Civil, así como las reformas legislativas de endurecimiento de las penas en el derecho penal sustantivo y las limitaciones a las garantías del debido proceso, que ha rendido los frutos esperados dentro del llamado *populismo punitivista*²³⁷, creando la sensación en el conglomerado social, que se realiza un trabajo adecuado frente el fenómeno social de la delincuencia.

Es de traer a cuenta, que al sistematizar las disposiciones de la Cn., el *corpus juris* de derechos humanos aplicables a los adolescentes del que habla la jurisprudencia de la CIDH²³⁸ y la LMI, nuestro país ha contado desde la instauración del modelo de responsabilidad, con un marco legal pionero, adecuado y suficiente para haber logrado que el mismo fuera implementado de forma eficiente, respetándose las garantías de un debido proceso, que se ha visto obstaculizado con las políticas públicas sociales y de seguridad, pues de forma incoherente se reiterada en los últimos quince años, al no asignarse el

²³⁶ FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y Pilar TARACÓN GÓMEZ, *Populismo Punitivo y Delincuencia Juvenil: Mito o Realidad*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010, núm.12-08, p. 20, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-08.pdf>, (sitio consultado el 17 de septiembre del 2013). En la investigación criminológica realizada, califican de evidenciada la asociación de la opinión pública y del propio legislador, entre los hechos de naturaleza violenta y la adopción de medidas severas en contra de los adolescentes, privilegiando el carácter sancionatorio y no las circunstancias psicosociales de inculpaado, siendo esa valoración perceptible también en El Salvador.

²³⁷BLASCO, Bernardo del Rosal, *¿HACIA EL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD?*, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, 11-08, p. 11, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>, (sitio consultado el 17 de septiembre de 2013). Se señala que desde la década de los ochenta se ha observado en las políticas penales de los países desarrollados, un *giro al punitivismo* con el que se pretende generar la impresión que la tolerancia frente a conductas antisociales ha finalizado, iniciando la era de imposición de represión mediante la cárcel por tiempos prolongados, que son presentadas como las respuestas para el control de criminalidad, que deja de lado un enfoque criminológico integral del fenómeno social de la delincuencia, justificándose ese cambio de estrategia en que: “...por una parte, en un mensaje alarmista acerca de la situación de “inseguridad” en la que la delincuencia ha puesto a los pacíficos y honrados ciudadanos, víctimas reales o potenciales de los comportamientos criminales, y, por otra, en la ineficacia que los planteamientos indulgentes del pasado han demostrado para contener una delincuencia creciente, lo que ha provocado un crecimiento y una glorificación del estado penal que, aparte de ser impensable en los momentos inmediatamente anteriores, ha generado unas cifras de encarcelamiento de las poblaciones inéditas en la Historia”, esas políticas son retomadas en nuestro país, en tanto se da prioridad a la reacción penal y no a una respuesta racional al factor criminológico.

²³⁸ C.I.D.H., O.C. 16-1999, de fecha 1º de octubre de 1999, párrafo 115, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, (sitio consultado el 14 de septiembre del 2012). Manifestó la Corte Interamericana que *El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)*.

porcentaje adecuado dentro del presupuesto general de la nación, que posibilite la implementación de la ley que entra en vigencia, agregándose que hasta en el ámbito legislativo se ha reflejado la resistencia para instaurar el nuevo modelo de justicia penal juvenil, lo que ha dificultado la evaluación del impacto que éste pudiese haber tenido en la disminución del fenómeno de la delincuencia juvenil²³⁹, basta recordar para corroborar lo antes dicho, que en contraposición a los principios de la Ley del Menor Infractor, a tan solo un año de su vigencia, se aprobó la Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y Crimen Organizado²⁴⁰, que dentro de las normas aplicables para los adolescentes establecía en su artículo 22:

“Los Tribunales de Menores aplicarán las disposiciones penales de esta ley a aquellos que individualmente o en grupo cometieren los delitos contenidos en la presente Ley, y cuyas edades estuvieren comprendidas entre los catorce y los dieciocho años de edad sujetos a la Ley del Menor Infractor, de acuerdo con las siguientes reglas: a) No procederá ningún tipo de conciliación en los delitos a que se refiere esta ley, excepto el hurto calificado; b) La medida aplicable en los delitos contemplados en esta ley; excepto el hurto calificado, será preferentemente la de internamiento, que se cumplirá en centros especiales diferentes de los de adultos, y, c) En el caso de los incisos segundo y tercero del Art. 53 de la Ley del Menor Infractor, el plazo de conducción del menor al juez de menores competente, no excederá de setenta y dos horas. La Policía Nacional Civil, bajo la dirección del Fiscal General de la República, efectuará las diligencias de investigación. Transcurrido dicho plazo la Fiscalía remitirá al menor al juez de menores respectivo, con certificación de las diligencias instruidas y continuará la investigación”.

Seguidamente en el año 2003 la Ley Antimaras²⁴¹, con la que se inician los hoy declarados fallidos planes de cero tolerancia o mano dura²⁴², que de forma similar a su precedente antes citado, pretendió modificar

²³⁹ CHAN MORA, Gustavo, *El Principio de... Op.cit.* p. 48. Se cuestiona por el autor, que en la práctica se utilizan los mismos conceptos o instituciones recogidos en el ordenamiento legal, en este caso “el interés superior” para configurar trampas que son utilizados para justificar procedimientos arbitrarios que se apartan de la tendencia garantista y especializada del proceso contra adolescentes.

²⁴⁰ Decreto Legislativo N° 668, de fecha diecinueve de marzo del año dos mil doce, publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330.

²⁴¹ D.L. N° 158, publicado en D.O. N° 188, tomo 361, de fecha nueve de octubre del dos mil tres.

²⁴² AGUILAR VILLAMARIONA, Jeannette, *Los efectos contraproducentes de los Planes Mano Dura*, disponible en: http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017//7848/efectos_aguilar_QUORUM_2006.pdf

el proceso penal que se regulaba en la Ley del Menor Infractor, comprendiendo en su capítulo IV, bajo el título “DE LAS MODIFICACIONES AL PROCESO DE MENORES CUANDO SEAN MIEMBROS DE MARAS O PANDILLAS”, que se conforma por los artículos 23 al 28, que significaban un retroceso para la vigencia del régimen jurídico especial para adolescentes, en tanto con dichas leyes se buscaba equiparar el trato que correspondería a éstos, con el que se daba a una persona adulta a quien se le imputare un delito. Dichas leyes originaron sendas resoluciones de inconstitucionalidades, que más allá de la inconveniencia de haber sido pronunciadas cuando las leyes cuestionadas ya no se encontraban vigentes, sientan rescatables precedentes tanto en lo que respecta a la configuración constitucional del proceso penal como respecto del régimen jurídico especial.

Durante los años 2004 a 2009, la atención que se dio a la criminalidad juvenil no paso de ser más represión, continuándose con la nueva versión de los planes cero tolerancia denominado *Plan Súper Mano Dura*²⁴³, acompañadas de reformas legales²⁴⁴, que en el caso de la LMI, con propiedad se afirma su carácter meramente cosmético, pues la esencia del proceso penal contra adolescentes no presenta mayores transformaciones, en tanto se establece entre otras, las modificaciones en el cambio de nombre de la ley, que paso a llamarse Ley Penal Juvenil, regular la excepción a la garantía de discreción²⁴⁵, autorizar registros de adolescentes en sedes policiales, regulación expresa de la audiencia para

sequence= 1. (sitio consultado el 20 de septiembre del 2012). Se sostiene que al medir el impacto de los planes de mano dura y sus versiones, tanto para lograr un efectivo combate contra la criminalidad como el control sobre el fenómeno de las pandillas, generaron efectos adversos al haber transformado la organización pandilleril, quienes reaccionan ante las políticas represivas y de persecución penal, mediante un recrudeciéndose la violencia.

²⁴³ GUTIÉRREZ, Raúl, *Impacto de las Políticas Públicas Sobre el Tratamiento y Prevención de la Violencia en El Salvador*, p. 15, disponible en: <http://www.fundacionquetzalcoatl.org/DOCUMENTO%20SISTEMATIZACION%20OK%20mf%20COMPLETO.pdf>, (sitio consultado el 20 de septiembre del 2012). Se señala que al llegar el gobierno del presidente Antonio Saca en junio de 2004, se continua con el enfoque heredado de su antecesor, habiéndose promocionado mayor represión en el mismo, lo cual agudizó la persecución policial contra miembros de pandillas, siendo este uno de los principales componentes del plan de seguridad del gobierno, realizándose capturas masiva y fichaje de miles de miembros de pandillas, que conforman medidas represivas, que lejos de resolver la problemática, agudizaron los niveles de violencia y dispararon las tasas de homicidios.

²⁴⁴ D.L. N° 395, de fecha 28 de julio de 2004; D.O. N° 143, T. 364, de fecha 30 de julio de 2004, que reforman los 25, 27, 30, 39, 51, 53, 55, 58, 59, 68, 72, 73, 74, 80, 81, 90, 93, 103, 114, 117, 119 y 132-A de la LPJ.

²⁴⁵ SALA DE LO PENAL, Sentencia pronunciada en el recurso de casación con referencia 74-CAS-2006, de fecha 24 de septiembre del 2008, Considerando IV, p. 5 y ss. La Sala de lo Penal ha manifestado que la garantía de discrecionalidad que se recoge en los artículos 5 literal b) y 25 de la Ley Penal Juvenil, configura un límite al poder penal del Estado, que restringe la vigencia del Principio de Publicidad que por regla rige en los procesos judiciales, ya que el legislador estableció en favor del menor de edad, a quien se le ubica en un plano diferente de desarrollo psíquico y emocional de una persona adulta, con el propósito de evitar estigmatización del proceso al prohibir extenderse certificaciones, cumpliéndose con la regla de la reserva de las actuaciones.

imposición de medida provisional, ampliar el término de la investigación, sistematizar el pronunciamiento del auto de mérito y el señalamiento de la vista de causa, entre otras.

El incremento de los índices de criminalidad en general y la mayor participación de los adolescentes en los mismos, favorecida por la implementación de políticas de seguridad pública inadecuadas que se focalizan en la utilización del derecho penal como principal recurso ante el problema social de la delincuencia²⁴⁶, ha inducido en el clamor ciudadano por una pronta solución que se traduce en la exigencia del incremento de penas, que han traspasado límites constitucionales²⁴⁷, lo cual es la manifestación más clara del influyente *Derecho Penal del Enemigo*²⁴⁸, que se transfiere al proceso penal contra adolescentes mediante la eliminación de la especialidad, que ha venido desconfigurándose al equiparar el trato del adolescente al trato que se impondría a una persona adulta en condiciones similares, pasando el límite máximo de la medida extrema de privación de libertad para adolescentes sin que precediera estudios o debates sobre su conveniencia, desde los siete años a los quince años²⁴⁹.

La atracción que se ejerce por el derecho procesal y penal común respecto del derecho penal juvenil, que busca equiparar a los adolescentes con los adultos, se ha orientado en la aplicación de un trato desfavorable asociado a la restricción de derechos²⁵⁰, más no respecto de la aplicación favorable de

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo En El Derecho Penal*, 1ª edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 80. Se sostiene que en América Latina, la prisión encuentra su fundamento en la peligrosidad presunta, que se aplica a los *enemigos* que son individualizados en el proceso de criminalización secundaria, siendo ello la utilización indiscriminada del poder punitivo.

²⁴⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Incont. con referencia 05-2001, acum., de fecha 23/12/10. Se argumenta por la SCn, que las penas perpetuas chocan frontalmente con la función de la pena privativa de libertad propia de una concepción personalista o humanista del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en la medida que no permiten la reeducación y reinserción del condenado, habiéndose declarado inconstitucional el artículo 45 del código penal, que permitía la pena de prisión hasta por setenta y cinco años, con lo que se deja en evidencia que el incremento desproporcionado de la pena de prisión riñe con el marco constitucional.

²⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De Nuevo Sobre el "Derecho Penal del Enemigo"*, 1ª edición, editorial hamurabi s.r.l., Buenos Aires Argentina, 2005, p. 17. El autor manifiesta que para el derecho penal del enemigo que plantea JAKOBS, el Estado para tener eficacia en la lucha contra el enemigo, procede a imponer penas desproporcionadas y draconianas, criminalizando conducta alejada de la puesta en peligro de bienes jurídicos, eliminado y restringiendo garantías y derechos de los imputados.

²⁴⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad en Riesgo*, 1ª edición, Cívitas, Madrid, España, 2001, p. 33. Se perciben como uno de los problemas comunes dentro de la políticas estatales en materia de intervención para conseguir la seguridad, el caerse de forma irreflexiva en el *aumento de la incriminación tanto cualitativo como cuantitativo*, considerándose que no es adecuado responderse ante la criminalidad con *penas cada vez más graves*, lo que se pone de manifiesto con el incremento de más del doble del término de internamiento que opero en el caso de El Salvador, que paso de siete a quince años de internamiento.

²⁵⁰ Dentro de las últimas reformas que se le hacen a la ley penal juvenil, mediante Decreto Legislativo 309, publicado en diario oficial N° 64, Tomo N° 387, de fecha 9 de abril de 2010, disponible en <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/reformase-la->

derechos y garantías que como parte del debido proceso si son reconocidos cuando el hecho punible se imputa a un adulto²⁵¹, tal como se ha observado en nuestra legislación juvenil como ejemplo en materia de impugnación, donde permanecen inmutables los medios con que cuenta un adolescente para recurrir de una resolución con la amplitud del recurso que ya se ha modificado en el proceso penal de adulto cuando se trata de una sentencia condenatoria²⁵², por lo que la velocidad con se transfieren las restricciones o relajamiento de los derechos y garantías del proceso penal común hacia el proceso penal de adolescentes, así como el endurecimiento de las condiciones e incremento del tiempo de duración de las sanciones penales, difiere con la lentitud con que se produce la optimización de los derechos y garantías incorporados al proceso penal común.

Lo mismo ha ocurrido en la actual gestión de gobierno, ya que si bien es cierto genero la expectativa de definir una línea de política criminal, poco tiempo hizo falta para que se retornara a las prácticas y discursos que antes ya habían sido utilizadas en las administraciones anteriores, mereciendo en igual forma reconocer que sí se ha designado un leve incremento en inversión social, en los rubros salud y educación, ello no basta para erradicar la crítica por la ausencia de una política criminal planificada, transparente y fundamentada, en tanto el fenómeno pandilleril, no sólo ha incrementado el nivel de violencia, sino también se ha fortalecido, siendo considerado como organización criminal transnacional,

ley-penal-juvenil/archivo_documento_legislativo, (sitio consultado 10 de noviembre 2012). Destaca el incremento del techo límite de la medida extrema de internamiento, que paso de siete a quince años, todo ello asociado a la percepción de la falta de retribución con las respuestas penales aplicadas a los adolescentes, vistas respecto de la penas para adultos.

²⁵¹ AGUIRRE, Eduardo Luis, *La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal del enemigo en el sistema de justicia juvenil*, Op. cit. Explica el autor como el modelo económico capitalista es capaz de crear sus propias estructuras e instituciones, generando temor respecto de un grupo social excluido a quienes se les presenta como enemigos, justificándose que sobre estos se impongan penas más graves, mayor dureza policial y severidad jurisdiccional, con cárceles deshumanizadas, encontrándose dentro de estos grupos que representan un peligro, a hombres jóvenes, provenientes de sectores sociales pauperizados, con escaso nivel de instrucción formal, que son los clientes del sistema penal juvenil, destinatarios de un retribucionismo extremo, a los que se debe aplicar el sistema penal relajando la exigencia de la observación de derechos y garantías fundamentales generales, manifestando que “*los grandes pilares de las concepciones punitivas clásicas no se han alterado: una justicia penal para adultos varones, un sistema tutelar para infractores juveniles y un plexo de baterías asistenciales para casos de crisis familiar o para mujeres y niñas*”.

²⁵² C.I.D.H., Caso BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, sentencia del 17 de noviembre del 2009, párrafo 89, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, (sitio consultado el 12 de agosto del 2012). Se fundamenta que la doble conformidad judicial, se expresa mediante la revisión integral del fallo condenatorio, lo que le da más credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y le brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Este precedente junto con lo resuelto en el caso Herrera Ulloa Vrs Costa Rica, motivó que la legislación en materia procesal penal de nuestro país se adecue la exigencia de la revisión integral en segunda instancia, tal como se cumplió en el código procesal penal vigente, al regularse la apelación en segunda instancia, como un requisito previo del recurso de casación.

lo que ha motivado que a la fecha sean ya cinco ministros de seguridad los que fungieron como tales, sin que el periodo de la actual administración hubiere finalizado.

Es de añadir, que la utilización de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pública²⁵³, sólo se deberían realizar de forma excepcional, siendo ese el espíritu del artículo 168 ordinal 12º) Cn., cuando confiere esa facultad al Presidente de la República, por lo que la participación de éstos debería quedar enmarcada temporalmente, al desarrollo de un plan de política criminal que en un plazo razonable, retorne los índices de criminalidad a niveles socialmente tolerables. En el caso de El Salvador, la utilización del ejército en funciones de seguridad pública dejó de ser de carácter excepcional, pues son ya dos administraciones presidenciales que la han mantenido, que inicia con decretos ejecutivos²⁵⁴ en el que se asigna el rol de colaboración en los llamados *patrullajes conjuntos*, asumiéndose la función de seguridad pública²⁵⁵, quedando como protagonistas principales de los procedimientos policiales a cargo del agente de autoridad de la PNC responsable del patrullaje, advirtiéndose que a la fecha, ya se observan en el interior del país, que las actividades de patrullaje, retenes de control vehicular e incluso requisas personales de carácter preventivas, son realizadas por miembros de las fuerzas armadas, sin que les acompañen agentes de autoridad de la PNC, siendo dicha actividad constitucionalmente cuestionable, tanto por el exceso temporal de la utilización de las Fuerzas Armadas, como por la extralimitación al marco legal que se fija en el decreto ejecutivo que autoriza la intervención de éstos²⁵⁶.

²⁵³ El art. 112 de la Constitución literalmente establece: “*La Fuerza Armada tiene por misión la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio. El Presidente de la República podrá disponer excepcionalmente de la Fuerza Armada para el mantenimiento de la paz interna, de acuerdo con lo dispuesto por esta Constitución*”, en consecuencia se delimita las funciones que corresponden a la Fuerza Armada y las que corresponde a Seguridad Pública.

²⁵⁴ Decreto Ejecutivo No. 138, de fecha 22 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo No. 381, disponible en <http://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2008/12-diciembre/22-12-2008.pdf>. Este decreto aparece como la primer prórroga a la utilización de la fuerza armada en apoyo a la PNC, prorrogándose esa decisión hasta el vigente año.

²⁵⁵ Los artículos 159 inciso 2 y 168 17) de la Cn. no solo diferencia expresamente los ministerios de defensa y seguridad pública, sino que también limita las funciones que corresponde a cada uno de estos.

²⁵⁶ CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE ORIENTE. Sentencia pronunciada en apelación especial en el proceso con referencia 30-ApE-2012, de fecha veintiuno de junio del dos mil doce. La delimitación de las funciones seguridad pública y defensa nacional, así como los alcances de la autorización del presidente de la República para utilizar la fuerza armada, son abordadas en el pronunciamiento que se emite por la cámara de menores de la sección de oriente, afirmando en lo medular que: “*Le parece a esta Cámara, que el criterio emanado del Juez de Menores de La Unión, debe ser compartido, pues al darle lectura al decreto ejecutivo, en ninguno de sus apartados o párrafos, se establecen que los miembros de la Fuerza Armada, pueden actuar de manera autónoma e independiente, como para implementar un retén a efecto de revisar la documentación de tránsito, tal fueran agentes de tránsito terrestre, y mucho menos requisar a las personas que se transportan en dichos vehículo, pues*

Se concluye entonces, que con el modelo de responsabilidad que fue incorporado por la LMI, la práctica ha privilegiado no la prevención que se origina en la visión democrática de una política criminal integral²⁵⁷, sino en la represión que consiste en la desnaturalización los fines educativos de las respuestas penales que en los procesos penales por fines de carácter retributivo, tal como se asociado tanto por el conglomerado social y los mismos operadores del sistema de justicia juvenil, generando como efecto concomitante, que la medida de internamiento, diseñada originalmente con carácter excepcional y por el menor tiempo posible, se convierta en la regla general destinada para aquellos que por factores sociales como pobreza, desintegración familiar, falta oportunidad para educación y de empleo, son los clientes del sistema²⁵⁸, cuando ello pudo haberse evitado cumpliendo con el deber que como Estado se tiene frente a la niñez cuando su grupo familiar no tiene la capacidad de satisfacer sus necesidades básica.

5.2. LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

Se debe diferenciar que la afectación de la libertad de los adolescentes puede limitarse por un lado como consecuencia de la coerción procesal, es decir, como medida de carácter provisional que persigue los

no es su función, ya que claramente lo establece el decreto en mención, que su función es únicamente apoyar o actuar conjuntamente con la Policía Nacional Civil, es decir que la coordinación de las actividades de seguridad ciudadana, deben estar bajo la responsabilidad de la Policía Nacional Civil... ”.

²⁵⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Proceso de Inconstitucional con referencia 4-2012, sentencia de fecha diecisiete de mayo de dos mil trece, considerando IV.I, disponible en <http://www.observatoriojudicial.org.sv/attachments/article/6905/Sentencia%204-2012%20Munguia.pdf>, (sitio consultado el 20 de septiembre del 2013). Se señala la importancia que dentro de la prevención de la criminalidad tiene la adopción de las medidas sociales, manifestando que “*Un enfoque integral de política criminal comprende la formulación de medidas de carácter preventivo, represivo y de rehabilitación y reinserción delincuencia, pues no se puede desconocer que las primeras tienden a generar un mejor resultado para la reducción de los crímenes, en la medida que se asuma que el control de la criminalidad es posible también mediante medidas sociales, sin tener que recurrir exclusivamente a medidas penales excepcionales que se aplican como ultima ratio*”.

²⁵⁸ C.I.D.H., caso “Niños de la Calle” vrs Guatemala, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, párrafo 191, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf, (sitio consultado el 29 de septiembre de 2013). 191. A propósito de los niños en situación de riesgo, la C.I.D.H. ha interpretado que el art. 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se viola cuando “*los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida*”.

finés del proceso, garantizando que éste no se vea afectado en su normal desarrollo²⁵⁹, o bien puede ser el resultado de la resolución definitiva, con la que se afecta la libertad del inculpado como respuesta penal por el hecho en el que se le ha encontrado responsable, asociado a los fines de carácter educativo y de prevención especial, no obstante compartir las características de excepcionalidad, subsidiariedad, temporalidad, brevedad y celeridad²⁶⁰.

En cuanto a la privación de libertad como manifestación de la coerción procesal, por la exigencia del debido proceso que también es vinculante en el proceso penal contra adolescentes, debe cumplir con los presupuestos de las medidas cautelares de provisionalidad, instrumentalidad²⁶¹, excepcionalidad y la jurisdiccionalidad²⁶², pues de no ser así, concurre la misma crítica que se formula en el caso de la

²⁵⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 256-2012, sentencia de fecha cinco de abril del 2013, considerando IV. Al referirse a los límites de temporalidad legal de la medida de internamiento provisional, relaciona que la afectación de la libertad es de naturaleza cautelar, manifestando que *“De acuerdo a la jurisprudencia constitucional construida en torno al tema de decisión, la superación del término máximo señalado en la ley para la duración de la medida cautelar de detención provisional o, en este caso, del internamiento provisional implica una lesión al derecho a la presunción de inocencia, pues al señalar el legislador un límite que no puede superarse, impide que la libertad personal sea restringida más allá de lo estrictamente necesario para lograr los fines que se propone y evitar desnaturalizar la medida, que cautelar y no punitiva”*.

²⁶⁰ CANO LÓPEZ, Francisca, *et al*, *Situación de los Centros de Internamiento para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, 2009, p. 15, disponible en http://www.csj.gob.sv/juju/boletines/pdf/situacion_cto_internamiento_joven.pdf. Se caracteriza a toda forma de privación de libertad por: *“Excepcionalidad: debe ser de carácter excepcional, nunca la regla general, Subsidiariedad: debe aplicarse como último recurso luego de valorar otras opciones, Temporalidad: debe adoptarse por tiempo determinado, Brevedad: debe aplicarse por el menor tiempo posible, Celeridad: las decisiones sobre su aplicación o inaplicación deben ser adoptadas con rapidez y con respeto a las garantías del debido proceso”*.

²⁶¹ MARÍN GONZÁLEZ, Carlos, *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*, en revista de Estudios Jurídicos, N° 1, año 2002, p. 13, disponible en [http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/MedidasCautelares_personales%20\(5\).pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej1/archivos/MedidasCautelares_personales%20(5).pdf), (sitio consultado el 21 de septiembre del 2013). Se considera que por la característica de instrumentalidad de las medidas cautelares, éstas no constituyen un fin en sí misma, sino más bien son el medio para asegurar otros fines, que serán la aplicación del derecho sustantivo, al que resguardan de forma provisional.

²⁶² SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 259-2009, sentencia de fecha diecisiete de septiembre del dos mil diez, considerando VI.1, disponible en http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2011/03/Sentencia_Sala_CN_HC_Art_6_CPP.pdf. Son citadas por la SCn como características de las medidas básicas de la detención provisional, en primer lugar la Jurisdiccional, en referencia a la competencia que determina la ley para que la autoridad judicial la decreta, en segundo lugar la Excepcionalidad, con la *“se alude a la necesidad de su aplicación solamente en aquellos casos donde no existe otro mecanismo menos gravoso para lograr los mismos fines que se persiguen con la detención provisional”*, en tercer lugar, Provisionalidad, en virtud de lo cual, las medidas cautelares tienen límite en su duración, sin que aspiren *“jamás a convertirse en definitiva”*, por ello están sujetas a la variabilidad y revocación, ello como consecuencia de la regla *“rebus sic stantibus”*; y en cuarto lugar, la Instrumentalidad, que se traduce en que no son un fin en sí mismas, sino el *“mecanismo del que se sirve el proceso penal para garantizar la vinculación del imputado al mismo y asegurar la eficacia de la decisión definitiva que ponga fin a este”*.

detención de adultos, al calificarlas como penas anticipadas²⁶³, aunado a que las condiciones sociales o situación de riesgo, no deben ser fundamento para la afectación de la libertad, ya que ello significaría el retorno a la ya superada situación irregular que motiva la institucionalización de los niños en el modelo tutelar.

En el caso de la privación de libertad como consecuencia de una declaratoria de responsabilidad por un delito realizado, la medida de internamiento que igualmente afecta la libertad de los adolescentes, es radicalmente diferente, en tanto los fines eminentemente educativas y no sancionatorias, lo mismo que la dosificación de la medida, conforman la columna vertebral que diferencia el trato que frente al realización de delitos recibe el adolescente respecto de una persona adulta, siendo más restrictivo el régimen jurídico especial en contra de adolescentes, en autorizar la afectación de su libertad, pues la gravedad del delito es únicamente uno de los criterios que se deben tomar en consideración para adoptar la medida de privación de libertad, que en todo caso sigue siendo una medida excepcional que sólo se impondrá en aquellos casos que se hubiere descartado otras medidas menos gravosas.

Dentro de la configuración de las distintas fases que conforman el proceso penal en contra de adolescentes, que preceden a la resolución definitiva, encontramos que la libertad de éstos puede verse afectada: por producirse en flagrancia; mediante resolución judicial que decreta la medida provisional de internamiento; dándose cumplimiento a la orden de localización de los adolescentes ausentes y cuando

²⁶³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 256-2012, sentencia de fecha cinco de abril del 2013, considerando IV.2, disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EOh3B0QxMPzEQW6CqxfjkMZslU7cY1xWBRgzyEGkxQXZ7/J/hcebVj7SM37HbzLr2/McqSMPnvaAOKy1xCCTMI+vSAg4nQwfTJV6rV0RFLdfQiEgCEtVfTIOKtpjiEBWL9fR2J9T8w5EzBWvTjTuwwuTAfVEK+Gku6l8X+7jBmXsOednkGsInbAVRezHokRgAA==>, (sitio consultado el 24 de septiembre del 2013). Auxiliándose de su propia jurisprudencia asimila la medida provisional de internamiento con la detención provisional, manifestando que: "...tanto la detención provisional, como el internamiento dispuesto para el proceso juvenil son medidas homogéneas al consistir en privaciones de libertad que deben ejecutarse en centros de reclusión, con el objeto de asegurar las resultas de un enjuiciamiento por la comisión de un hecho tipificado por la ley penal; de manera que el cumplimiento de una y otra no puede verse, en cuanto a su duración, de forma diferenciada, toda vez que se hayan ordenado para garantizar el procesamiento por un mismo o unos mismos hechos delictivos".

sea ordena la detención por el término de inquirir²⁶⁴, por lo que corresponde abordar ahora el análisis de los caso problemáticos.

5.2.1. DETENCIÓN DE ADOLESCENTE EN EL TÉRMINO DE LA FLAGRANCIA.

Se toma como punto de partida, que en cumplimiento a la excepcionalidad de la afectación de la libertad de los adolescentes a quienes se les priva su libertad²⁶⁵, la LPJ desde su vigencia se ha mantenido inmutable al establecer en su artículo 52, que la libertad de los menores “*solo podrá*” afectarse: “*cuando sea sorprendido en flagrancia o por orden escrita del Juez*”, agregando luego en su siguiente inciso, los supuestos que el legislador consideró existe la misma, comprendiéndose en primer lugar, cuando la detención es realizada en el acto de cometerse el delito, en segundo lugar, cuando la misma se produce inmediatamente después de haberse cometido, en tercer lugar, cuando fuere perseguido por la autoridad, el ofendido o grupo de personas y finalmente, cuando se le encuentren objetos o rastros que permitan presumir que *acaba* de participar en un hecho delictivo.

²⁶⁴ En sentido más amplio se considera en el monitoreo que se realizó por FESPAD (“*Monitoreo de la Situación de los Menores de Edad en los Centros de Resguardo e Internamiento en El Salvador*”, 1ª. edición, FESPAD ediciones, San Salvador, El Salvador, 2009, p. 16, disponible en http://centroamericajoven.org/sites/default/files/Diagnostico_Justicia_Juvenil-FESPAD.pdf, (sitio consultado el 24 de septiembre del 2013). que la Ley Penal Juvenil de El Salvador permite la afectación de la privación de la libertad en supuestos de: “*La detención administrativa, que no debe exceder de setenta y dos horas; internamiento provisional, mientras el menor de edad es procesado y; medida de internamiento definitivo, cuando se ha determinado responsabilidad penal*”, siendo esta forma de detención adaptables a la clasificación que se postulan, pues la administrativa comprende la detención en flagrancia, mientras que la judicial comprende los supuestos de internamiento y localización.

²⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ, Informe sobre JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS, párrafo 277, disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/JusticiaJuvenil.pdf>, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2013). Se recomienda por parte de la Comisión Interamericana, que los Estados partes garanticen un sistemas de justicia juvenil que permita la vigencia de la excepcionalidad de la privación de libertad, determinado los límites de duración de detención provisional, haciendo un llamado para la adopción medidas cautelares alternativos al internamiento, en cumplimiento a los estándares mínimos para toda persona privada cautelarmente de su libertad, garantizando el ejercicio de derechos que además le corresponden de forma especial a los niños por su condición de tal.

Al estar delimitado con aceptable claridad los supuestos de procedencia de flagrancia²⁶⁶, se esperaría que su aplicación práctica no genere afectaciones a la libertad de los adolescentes al margen de los casos expresamente facultado por la ley, pero ello no ocurre así debido a la incidencia de dos variables que aún no han sido erradicadas ni con el control de la legalidad que se supone se ejerce por el fiscal de menores, ni por los precedente jurisprudenciales de los juzgados y cámaras de menores, ya que por una parte, en cumplimiento al principio de especialidad se supone que por parte de los agentes de autoridad se formaría un cuerpo especializado para tratar de forma exclusiva²⁶⁷ los casos de adolescentes contra quienes se imputen delitos, situación que no se ha operativizado, pues respecto de seguridad pública e investigación de los delitos, no existe distinción en sede policial, entre aquellos que tratan los asuntos de adultos y los de adolescentes, agregándose a ello, que con la reforma que fue realizada en el artículo 288 del derogado C.P.Pn. del año 1998²⁶⁸, que interpretaba la flagrancia de similar forma que el artículo 52 inc. 2º. LPJ, excluyéndose las cuestionables 24 horas que siguen al cometimiento del hecho, que luego fue incorporada en el proceso penal común.

Las dos circunstancias antes citadas –ausencia de agentes de autoridad investigadores con especialización para tratar los casos contra adolescentes y la inclusión del término de 24 horas posteriores al hecho como presupuesto para la detención- originan que la privación de libertad de los adolescentes, no se rija según el tratamiento del régimen especial que es desarrollado en la LPJ, sino que se sigan las mismas reglas en que se procede a la detención en el término de flagrancia de una persona adulta, pues

²⁶⁶ CÁCERES, Jorge Vitar, *La Detención por Flagrancia y las Modificaciones de la Ley 20.253*, p. 1, disponible en http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf, (sitio consultado el 15 de septiembre del 2013). Se atribuye a la detención flagrante, ser una atribución eficientista dentro del derecho procesal, que configura una excepción a la exigencia de jurisdiccionalidad de la afectación de la libertad individual de una persona, conceptualizándola como “*aquella detención que se produce en los momentos en que un sujeto lleva a cabo la comisión del delito*”, y que encuentra su fundamento “en el favorecimiento de la persecución e investigación de un delito con proyecciones exitosas, por lo que el ordenamiento permite a las policías y a cualquier particular sustituir a la autoridad jurisdiccional y les habilita en determinados supuestos para privar de la libertad a una persona”.

²⁶⁷ *Política de Persecución Penal en Materia Penal Juvenil*, Acuerdo N° 24 de fecha dos de mayo del 2012, publicado en D. O N°. 128, Tomo 396, de 11 de julio de 2012, disponible en: <http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2013/01/POLITICA-PENAL-JUVENIL-DEFINITIVA.pdf>, (sitio consultado el 16 de septiembre del 2013). En el art. 12 del acuerdo suscrito por el Fiscal General de la fecha, Romeo Barahona, al referirse a la especialidad de los agentes de autoridad investigadores, señala que la fiscalía actuará: “...*con la colaboración de la Policía Nacional Civil quien también deberá actuar a través de un cuerpo especializado de investigadores...*”, evidenciando que formalmente sí es reconocida la obligación de designación de operadores especializados, pero estos a la fecha no existen en la delegaciones policiales del país.

²⁶⁸ D.L. 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en D.O. N°. 334 del 20 de enero de 1997, que adquiere vigencia el 20 de abril de 1998.

el agente de autoridad ante dos normas procesales se enmarca en la que por él se conoce, violentándose con ella no sólo la aplicación de un proceso especial contra adolescentes, sino también el carácter excepcional de la afectación de la libertad de aquellos.

Es así, que la validez de la detención en flagrancia surge a partir de la autorización que en el artículo 13 Cn. estableció el propio constituyente, cuando refiere que la libertad de una persona podrá ser afectada cuando sea sorprendido *infraganti*²⁶⁹, por lo que cabe reflexionar, en primer lugar, que por exigencia del principio de jurisdiccionalidad, la afectación de derechos fundamentales, en particular el derecho a la libertad ambulatoria, requiere la autorización del funcionario judicial correspondiente, es decir, en principio la lesión al derecho de la libertad de una persona será válida cuando fuere ordenada por el juez competente, y en segundo lugar, se debe interpretar que con carácter excepcional también podría adoptarse la privación de libertad por otros funcionarios o autoridades, supeditada su validez al marco legal que desarrolle la autorización que confiera la Cn. en esa materia, quedando el control judicial para un segundo momento, tal como ocurre en los casos de la detención en el término de la flagrancia o en los casos de las detenciones administrativas.

El fundamento de habilitarse la validez de la detención que es realizada por agentes de autoridad tiene un doble fundamento, por un lado para garantizar eficacia de una persecución penal que se entiende da inicio con el cometimiento del ilícito penal, en tanto se garantiza que el autor del hecho no se evada del proceso que deberá enfrentar en su contra, y por otra parte, que ante el caso de encontrarse en ejecución el hecho punible, sus efectos sean evitados. Es por ello, que no existe ningún tipo de cuestionamiento para la detención que se realiza sin control judicial previo, cuando el agente de autoridad o en los casos de la llamada detención ciudadana²⁷⁰, se detiene a una persona, pues se entiende que en tal supuesto,

²⁶⁹ SANCHO, Montserrat de Hoyos, *Análisis Comparado de la Situación de Flagrancia*, en revista de Derecho, Vol. XII, diciembre 2001, p. 139 y ss., disponible en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n2/art09.pdf>, (sitio consultado el 27 de septiembre del 2013). Se asocia con la necesaria intervención de un tercero en la captura del autor de un hecho, en que éste ha tenido un contacto sensorial de la comisión del delito, siendo en ese sentido que se dice por el autor que: “*Percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo Las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho delictivo deben ocupar y han ocupado siempre un primer plano en la noción de delito flagrante*”.

²⁷⁰ CHANG KCOMT, Romy Alexandra, *Análisis Comparado del Tratamiento que se da a la Detención Ciudad en Perú y España*, 1ª. edición, talleres de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2010, p. 13, disponible en <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/CTN18.pdf>, (sitio consultado el 16 de

por la intermediación temporal, espacial y por la urgencia de la intervención²⁷¹, se debe proceder indispensablemente a la capturar del sujeto de quien se ha adquirido razón fundada para atribuirle la calidad de autor o partícipe del delito.

Se debe resaltar, que por el contacto que se genera entre la realización del hecho punible y la posterior detención del presunto autor, el captor adquiere la convicción para asumir que procede a la detención de la persona correcta²⁷², en tanto por sus propios sentidos ha observado u obtenido la información que permite la individualización de esa persona, por ello debe ratificarse que en los supuestos comprendidos en el artículo 323 inc. 2º. C.P.Pn. vigente, que refieren a la detención que se realiza “*en el momento de intentar o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o cuando se le persiga por las autoridades o particulares*”, - en el último de los supuesto, son relevantes la exigencias de continuidad de la persecución, pues sólo con ella se acredita la individualización física del sospechoso-, no representa mayores reparos en su análisis de constitucionalidad, ya que son comprendidos dentro de la expresión infraganti que autoriza la constitución, siendo estos argumentos reproducibles en la interpretación que el legislador refiere para el caso de los adolescentes en el artículo 52 LPJ.

septiembre del 2013). Se justifica la intervención de los ciudadanos en la detención de los delincuentes que son sorprendidos en flagrante delito, manifestando que “*La detención efectuada por particulares tiene como objeto reducir la inseguridad ciudadana de un Estado y contribuir con la Administración de Justicia del mismo*”, siendo ello compatible con lo que estipula nuestra Constitución en su art. 13 inc 1º. parte final, cuando literalmente faculta a “*cualquier persona*”, para que detenga al delincuente sorprendido en flagrancia, condicionando la misma a la inmediata entrega del detenido a la autoridad competente, que obviamente será la policía nacional civil.

²⁷¹ SANCHO, Montserrat de Hoyos, *Op. cit.*, p. 141 y ss. Cita como presupuestos de la detención en flagrancia, en primer lugar la inmediatez temporal, en referencia a que “*es necesario por tanto que haya apreciado a través de los sentidos la comisión de un delito, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución del acto, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes, siempre y cuando en este caso exista conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible*”, en segundo lugar, postula el presupuesto de la inmediatez personal o especial, con la que hace alusión conexión que se infiere entre el delincuente a quien se le detiene por haberse sorprendido en el lugar donde ocurre el hecho, en situación tal que razonablemente se le debe tener como sospecho del mismo, en tercer lugar se exige la necesaria intervención, según la cual si se suprime la intervención de un tercero captor, el imputado se fugará u ocultará, frustrando la investigación para identificarlo, y en cuarto lugar, señala la proporcionalidad que debe guardarse entre el ilícito penal que se ha cometido y la afectación de la libertad, en tanto por hechos punibles que no tienen como consecuencia penal la privación de libertad, se debe excluir la detención.

²⁷² SALA DE LO PENAL, Casación con referencia 421-CAS-2004, sentencia de fecha 14/12/2004. Se vincula la definición de flagrancia con el descubrimiento del delincuente a quien se le sorprende en acto de cometer el hecho, lo cual a su vez fundamenta la sospecha que adquiere el captor, manifestando en ese sentido que “*La definición de flagrancia o infraganti es "algo que está resplandeciendo", es decir, cometido públicamente y ante testigos; siendo descubierto en el acto de la perpetración del hecho delictual, lo que es manifiesto; en síntesis lo que se ve, esta es la visión propia de la flagrancia*”.

El problema en particular se presenta con la incorporación dentro del proceso penal común, como supuestos de cuasiflagrancia²⁷³, con la detención que se produce dentro de las “veinticuatro horas siguientes al hecho”, en primer lugar, porque con ello los agente de autoridad o los particulares que carecen de una formación especializada, se enfrentan con dos normas que de forma distinta según sea un adolescente o un adulto, regulan el proceder ante en la existencia de flagrancia, que obviamente les lleva a valorar que no existe impedimento legal cuando se procede aplicando la norma procesal común y no la especial como debería interpretarse adecuadamente, y en segundo lugar, por el hecho que la facultad de la afectación de la libertad de una persona, sin el previo control judicial que lo autorice, debe quedar restringido a los límites que fija la constitución, sin que el legislador secundario dentro de su facultad de configuración de la ley, pueda habilitar la afectación de libertad más allá de lo establecido por el constituyente, es por ello que cuando la ley primaria permite con carácter excepcional la detención *infraganti*, se debe únicamente comprender los supuestos en que el agente de autoridad, siguiendo las exigencias que fija la jurisprudencia, se convierte en una fuente de prueba no sólo de la detención, sino de la realización del hecho mismo y de la individualización e identificación del autor de tal hecho, siendo un exceso que escapa al límite constitucional, cuando se pretende incluir el termino de veinticuatro horas como presupuesto para interpretar que sí existe flagrancia, cuando dicho término se desvincula de la sospecha fundada que debe adquirir quien procede a la captura²⁷⁴.

²⁷³ SALA DE LO PENAL, Casación con referencia 421-CAS-2004, sentencia de fecha 14/12/2004. Se interpreta que no obstante en la ley se desarrolla lo que se debe entender por flagrancia agrega así mismo la diferenciación de los supuestos de cuasiflagrancia, manifestando: “*Propiamente, la flagrancia es cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del delito; la cuasiflagrancia es cuando el autor es detenido o perseguido después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública y otras personas; la sospecha o presunción de flagrancia cuando es sorprendido inmediatamente después de cometido el delito y lleva consigo los efectos, objetos o instrumentos del delito y en nuestra legislación se amplía en el tiempo que son las veinticuatro horas*”, por lo que no se pierde noción de la percepción sensorial entre el captor que ha identificado u obtenido información de forma directa sobre el delincuente, lo que tiende a inobservarse en los procedimientos policiales, en donde sólo se consideran el término de 24 horas.

²⁷⁴ SALA DE LO PENAL, recurso de casación con referencia 03-02, sentencia de fecha 08/11/02. No obstante se reconoce por la Sala de lo Penal, que la definición legal de flagrancia es más amplio que su sentido literal, en los supuestos que son comprendidas dentro de la misma se mantiene la exigencia de permite sospechar que el detenido es quien ha cometido el hecho punible, manifestando que “*El concepto legal de flagrancia se aparta del estricto sentido del término para llegar a un concepto amplio en el que caben no solo los casos en los que el delincuente es sorprendido en el acto de cometer el delito, sino cuando acaba de cometerlo, cuando es perseguido después de cometerlo y cuando es sorprendido con efectos o instrumentos que sugieran una intensa sospecha que se acaba de cometer un delito*”

Se debe finalizar entonces, manifestándose que al ser la privación de libertad provisional doblemente excepcional en el proceso penal contra adolescentes, primero porque así lo es en el proceso penal común, ello como consecuencia o repercusión de la presunción de inocencia que es una garantía aplicable a todo proceso penal, y en segundo lugar, porque con mucha más razón en el proceso penal contra adolescentes, la afectación a la libertad ambulatoria queda como último recurso aún en la adopción de respuestas penales por el cometimiento de un hecho punible, dado los fines de carácter educativos, siendo en ese sentido que la supletoriedad que se habilita por el artículo 41 LPJ respecto de la ley procesal común, no es aplicable, en tanto el artículo 52 del citado cuerpo de normas, comprendió expresamente la regulación de los supuestos de detención en flagrancia, por lo que es vinculante aplicar el régimen jurídico especial desarrollado en la LPJ²⁷⁵, quedando excluida la procedencia de la detención fundada exclusivamente en el supuesto que no han transcurrido veinticuatro horas desde la comisión del hecho que se investiga, pues en esos casos, no sólo significa una potencial detención ilegal con relevancia penal para el que ejecute la detención, sino también implica un desgaste para todo el sistema de justicia penal juvenil, en tanto se proyecta la imagen de ineficacia en la persecución penal, en donde el agente de autoridad cuando realiza la detención del adolescente al margen del parámetro que fija el proceso penal juvenil, genera procesos penales que no soportan un control de legalidad fiscal ni judicial, motivando la puesta en libertad del adolescente detenido²⁷⁶.

²⁷⁵ Manual Único de Investigación Interinstitucional de la Fiscalía General de la República, p. 46, disponible en <http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2011/10/ManualUnicoInvestigacion.pdf>, (sitio consultado el 21 de septiembre del 2013). Se dice sobre la detención en flagrancia, en su apartado 13.4. que *“Los menores sólo podrán ser privados de su libertad cuando fueron sorprendidos en flagrancia o por orden del juez. Se considera que hay flagrancia en los presupuestos establecidos en el artículo 52 inciso 2° de la Ley Penal Juvenil”*, demostrándose con ello, que por parte de la institución a quien corresponde realizar el primer control sobre la legalidad de una detención en flagrancia, se tiene en claro que la misma se rige por los supuestos que son recogidos de forma especial en la Ley Penal Juvenil, en consecuencia se excluye los otros supuestos del proceso penal de adultos.

²⁷⁶ Durante los años 2003 y 2004, en los inicios de los planes de seguridad “mano dura”, se registran respectivamente en el Juzgado de Menores La Unión, 194 detenciones el primero de los años citados, de las cuales menos del 16% concluyó con la aplicación de una medida provisional, mientras en el segundo de los citados años, se registran 110 detenciones en flagrancia, ordenándose medidas provisionales en el 22%. Esa tendencia en la actualidad se ha revertido, principalmente por la disminución de detenciones masivas de adolescentes, que se fundaron en apariencias, observándose en los registros de la citada sede judicial, que en el primer semestre del corriente año, se contabilizan 65 detenciones por flagrancia, de las cuales 17 son puestos en libertad en sede fiscal, en 16 casos no se encuentra merito en sede judicial para ordenar una medida provisional, mientras el resto de casos se ordenan medidas provisionales, con lo que ya se percibe una considerable mejoría en la objetividad de la detención en flagrancia, realizada por agentes de autoridad.

5.2.2. DETENCIÓN POR INQUIRIR EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

Situación similar se observa en la interpretación de la detención por el término de inquirir en el proceso penal de adolescentes, pues en la práctica no existe uniformidad en el criterio que los diferentes juzgados de menores asumen frente a las remisiones de adolescentes que son detenidos en flagrancia, moviéndose de entre algunos operadores que niegan la procedencia de la detención por inquirir hasta aquellos que consideran procedente aplicarse por un máximo de setenta y dos horas, por lo que a efecto de adoptar postura es necesario tener presente, en primer lugar, que el artículo 13 inc. 3 Cn., habilita la detención de una persona por el término de inquirir²⁷⁷, siendo éste desarrollado en el caso del proceso penal común, en el artículo 328 C.P.Pn., en segundo lugar, que dentro del proceso penal en contra de adolescentes, el procedimiento que debe ser observado cuando los adolescentes detenidos en flagrancia son puesto a la orden del juez de menores, se disciplina en el artículo 75 LPJ, que refiere una resolución inmediata ordenando o descartando la procedencia de una medida en forma provisional, en tercer lugar, que con la reforma que se incorporó en la parte final del inc. 3º. parte final del art. 53 de la LPJ, de forma tácita se instaura la realización de una audiencia que tiene como propósito único, escuchar a las partes procesales y materiales previo a que el juez de menores pronuncie resolución sobre la procedencia de una medida provisional, implantando una equivalencia a la audiencia inicial que se observa en proceso penal de adultos.

Es de agregar en ese orden de ideas, que con la implementación de proceso penal de adultos en lo referente al término de inquirir, si bien es ordenado por su término máximo de setenta y dos horas, tal como lo permite la Cn., en la práctica la mayoría de Juzgados de Paz programan y realizan las audiencias iniciales en la que pronuncian resolución sobre la situación jurídica de la detención en flagrancia, en un tiempo que no excede de las cuarenta y ocho horas, es decir, se toman en promedio dos de los tres días

²⁷⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 117-2008, sentencia de fecha dos de febrero del dos mil once, considerando VI. La Sala de lo Constitucional concibe el término de inquirir, como la restricción de la libertad de una persona a quien se le imputa un delito, por el tiempo que comprende desde el momento de la remisión, hasta el momento que se toma la decisión por el juez, sobre libertad o la imposición de una medida cautelar, manifestando que *“esta Sala ha calificado a la detención por el término de inquirir como una “detención judicial confirmatoria” de naturaleza cautelar. Lo anterior implica que la mencionada medida se reviste – al igual que cualquier otra medida cautelar – de las características que le son propias, específicamente de la provisionalidad o temporalidad”*

que autoriza el marco legal, ello aunado a que dentro del sistema procesal penal vigente, el fundamento que legitima la detención de setenta y dos para la Fiscalía General de la República, precisamente se encuentra en que estos deben realizar en dicho plazo, las primeras diligencias de investigación con la que sustentarán las solicitudes de aplicación de medidas cautelares ante el juez competente²⁷⁸, por lo que en sede judicial ya no se judicializan como sí ocurrió en el pasado, en donde las llamadas diligencias administrativas eran literalmente reproducidas en la medida de lo posible, llamándose a declarar a todos los testigos que eran entrevistados en la investigación dentro de las comentadas diligencias durante el término de inquirir que decretaba el juez de paz en los procesos penales anteriores al código procesal penal de 1998, por lo que la detención por inquirir ha perdido su necesidad aun dentro del proceso penal común.

En tercer lugar, que ante el supuesto de detenciones en flagrancias²⁷⁹ que se rige por su propia interpretación según lo dispuesto en el artículo 52 de la LPJ, vinculando a la Fiscalía General de la República, por medio del fiscal auxiliar de menores, a pronunciarse sobre la procedencia de poner en libertad al adolescente en la misma resolución donde ordena la apertura de la investigación, ya que expresamente el artículo 53 del cuerpo de normas antes citado al respecto dispone: “*La Fiscalía deberá abrir la investigación y resolverá de inmediato si procede ordenar su libertad*”, siendo esta norma inobservada en la práctica, pues se espera que ante aquellos supuestos que por el marco penal mínimo del delito imputado, tales como Resistencias, Amenazas, Daños y Tentativas de Hurto entre otros, el fiscal de menores ordene en ese momento la libertad del adolescente, sin esperar que se concluyan las primeras diligencias de investigación dentro de las sesenta y dos horas que la ley les faculta, tal como se procede en dicha sede.

²⁷⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Proceso de Habeas Corpus con referencia 182-2006, sentencia de fecha veinticinco de junio de dos mil siete. Se puntualiza la naturaleza administrativa de los actos de investigación, afirmándose que su objetivo es la confirmación de la *notitia criminis* que son realizados en una fase pre procesal, con las que se pretende evitar que el hecho criminal provoque efectos posteriores, además la obtención la información que permita a la representación fiscal “*fundar la solicitud de sobreseimiento o la acusación penal; identificar y, en su caso, aprender a los posibles responsables del delito, autores o partícipes*”.

²⁷⁹ SALA DE LO PENAL, sentencia pronunciada en recurso de casación con referencia 9-CAS-2005, de fecha 22/07/2005. Para la Sala de lo Penal la noción de flagrancia desde una perspectiva constitucional, se determina por los requisitos de inmediatez temporal, en alusión a que el delito se está cometiendo o fue cometido momentos antes; la inmediatez personal, que se refiere al vínculo que se logra establecer en el acto, entre el detenido y la realización del hecho y un tercer requisito que se refiere a la necesidad urgente. Estas nociones son las que inspiran la interpretación de flagrancia de la Ley Penal Juvenil, excluyéndose con ello la prolongación de 24 horas que sí autoriza el artículo 323 inc. 2 C.P.Pn en el caso del proceso penal para adultos.

Con mucha más razón se debe afirmar entonces, que dentro del proceso penal contra adolescentes, el legislador ha querido que a los adolescentes que les prive su libertad por una detención en flagrancia, el Juez de Menores emita de forma *INMEDIATA* la resolución que defina la situación jurídica, quedando de esa forma la autorización legal limitada por el tiempo que se requiere por un lado, para pronunciar la resolución de admisión de la solicitud de imposición de medida, en la que se deberá convocar a la audiencia, ordenar el estudio sicosocial preliminar que hasta la fecha se omite presentar por parte de la Fiscalía General de la República y ordenar el traslado del adolescente desde el resguardo en donde éste se encuentre²⁸⁰, siendo la realización de tal actividad la que vuelve razonable, que por los jueces sea ordenada una detención, que si bien tendría la misma designación de “*Termino de Inquirir*”, válidamente puede ser disminuida a un tiempo no mayor de veinticuatro horas²⁸¹, ya que de no interpretarse de esa forma, al adolescente frente a una misma situación de detención en flagrancia de una persona adulta, estaría recibiendo un tratamiento más lesivo a su libertad ambulatoria.

Carece de fundamento el argumentar que la afectación de libertad cuando se ordena por setenta y dos horas el término por inquirir, es lícita porque la misma es realizada dentro del margen máximo que permite la Cn, ya que ello implica ignorar que la ley primaria lo que recoge son los techos sobre la lesión de los derechos fundamentales, es decir, pone límites al legislador secundario, en tanto los mismo no pueden ser sobrepasados, más sin embargo cuando la ley es menos lesiva al desarrollar la afectación del derecho fundamental que autoriza la constitución, sin discusión alguna deberá entenderse que la restricción de

²⁸⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 78-2012, sentencia de fecha cuatro de mayo del dos mil doce, considerando IV. Se señala que la temporalidad de la detención por inquirir se fija por el constituyente en el 13 inciso tercero de la Constitución, confiriendo seguridad jurídica a la persona detenida, ello con el propósito de erradicar afectación de la libertad de las personas con carácter *indefinida, incierta e ilimitada*, estableciéndose el término de setenta y dos horas con carácter perentorio, dentro del cual se debe resolver sobre la libertad de la persona, la continuación de su detención o la imposición otro tipo de medida cautelar, es por ello que en el caso de los adolescentes detenidos en flagrancia y puestos a la orden del juez, el propósito del legislador secundario es el de reducir el término de inquirir a su mínima expresión, exigiéndose que la resolución sea inmediata.

²⁸¹ MELENDEZ REYES, Victor Manuel, *La Privación de Libertad Provisional en El Proceso Penal de Menores*, AA.VV., en “Ensayos Sobre Justicia Juvenil, a 10 años de su Implementación”, S.E, Sección de publicaciones de la CSJ, 2005, p. 204 y ss. Se sostiene en los fundamental, que con la interpretación literal del artículo 75 de la LPJ, queda excluido la procedencia de la detención por inquirir, pues la resolución exige sea pronunciada inmediatamente, más sin embargo se debe contraponer a esa tesis, que desde el momento de la puesta a la orden del juez de menores hasta el momento que se pronuncia la resolución con posterioridad a la audiencia, materialmente se ha mantenido restringido la libertad de un adolescente, por lo que esa solución de eliminar en forma absoluta el término por inquirir, conlleva a la creación de otra violación quizá más grave que la que se pretende salvar, en tanto se mantiene de hecho la detención de una persona sin que exista resolución que así lo diga.

ese derecho se regirá en los términos que fueron recogidos en la ley secundaria, siendo en ese sentido, que debe entenderse que cuando la Cn. permite por un máximo de setenta y dos horas la detención por inquirir, este se regirá por la ley que desarrolla ese término, pues lo que se establece es un máximo, quejándose abierta la posibilidad que el legislador configure la afectación por menor término, tal como se hizo en el proceso penal de adolescentes, en donde se legisló que la resolución que resuelve la procedencia de una medida en forma provisional se emite de forma inmediata.

A ello se debe conjuntar, que la vigente legislación procesal penal ha actualizado el sentido que deberá dársele al término de inquirir, pues el código recientemente derogado, establecía en su artículo 291, un mandato para que el juez ordenara la decretar por inquirir, cuando literalmente dispuso que al ser consignada una persona a quien se le impute un delito, “...deberá ordenar su detención por el término de inquirir”, asociando de forma automática el acto de remisión del detenido con la detención por setenta y dos horas para inquirir, situación que ahora varía no sólo por la modificación del mandato “deberá” por el “podrá”²⁸², sino porque de la interpretación sistemática de los artículos 328 y 298 inc. 1º. Número 2) C.P.Pn., el primero por dejar abierta la eventualidad que al imputado no se le detenga por inquirir y el segundo por establecer que la audiencia inicial en la que se resuelve la situación jurídica de la persona que le fue remitida al juez, será realizada dentro los cinco días hábiles siguientes, ello condicionado a que el fiscal en su requerimiento no solicite detención en contra del procesado, es decir, que al permitirse que la audiencia inicial sea realizada aún fuera del término improrrogable de setenta y dos, es porque se asume que el procesado ha sido puesto en libertad por el juez de paz²⁸³, en la resolución donde recibe las diligencias de investigación y al inculpado.

²⁸² El artículo 328 C.P.Pn. dispone que con la consignación o presentación de una persona imputada en la comisión de un delito, el juez “podrá ordenar su detención por el término de inquirir”, con lo que deja en claro que existirán supuestos debidamente motivados, en los que no será ordenada dicha detención para el imputado.

²⁸³ ALEGRÍA PATOW, Jorge Antonio, *et. al.*, *El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal*, tesis doctoral de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2011, p. 35, disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/12_El_principio_de_proporcionalidad_en_el_derecho_penal.pdf, (sitio consultado el 29 de septiembre del 2013). Se debe interpretar que uno de los supuestos en que por un lado el fiscal auxiliar del caso no pida una medida provisional restrictiva de la libertad del inculpado, o bien que el juez al momento de valorar si decreta detención por el término de inquirir, será en aquellos supuestos en que el delito no tenga una pena restrictiva de la libertad ambulatoria del inculpado, ello en obediencia a proporcionalidad en sentido estricto, a la que refieren los autores en su tesis doctoral manifestando que “...la medida cautelar no puede tener como objeto la injerencia en un derecho “más valorado” que el derecho que se restringe con la pena, ni por un tiempo superior al que pueda durar la misma. Para el análisis de la proporcionalidad *strictu sensu* ha de entenderse como límite la pena legalmente prevista para el hecho enjuiciado

En el proceso penal en contra de adolescentes en lo concerniente a restricción de la libertad ambulatoria de los adolescentes por el término de inquirir, no debería presentar mayores problemas, pues se supone que la legalidad de detención de un adolescente por parte de agentes de autoridad, es controlada por el fiscal de menores en un plazo que no deberá sobrepasar las seis horas²⁸⁴, siendo ese el propósito que se persigue cuando se vincula a la autoridad que ejecuta la detención, al exigir presentar al detenido junto con el informe sobre el hecho, lo que servirá al representante fiscal para ordenar por un lado, la apertura de la investigación y por otra parte, pronunciarse sobre la procedencia de la inmediata libertad del adolescente, observando en este punto, que en la práctica de forma uniforme se ha trasladado esa inicial valoración hasta el momento en que está por concluir el término setenta y dos horas, burlando con ello el espíritu de la inmediata revisión de la privación de libertad de los adolescentes detenidos en flagrancia.

Cuando el fiscal de menores que lleva la investigación en contra del adolescente localizado en flagrancia, valora que las diligencias de investigación aportan los indicios y evidencias para tener por acreditado los presupuestos procesales a que refiere el artículo 54 LPJ y formula la petición de privación de libertad ante el Juez de Menores, en ese momento inicia la valoración que este debe hacer en lo concerniente que se mantenga dicha afectación mediante la detención por inquirir, por lo que en primer lugar deberá considerar al igual que el supuesto de adultos, si el titular de la investigación y de la acción penal solicita una medida no privativa de la libertad ambulatoria del inculpado, por analogía debe dejarse inmediatamente en libertad al inculpado y regir la convocatoria de la audiencia para determinar la procedencia de una medida provisional, en los mismo términos que para el adulto contra quien no se decreta el término por inquirir, debiendo procederse de esta misma forma, en todos aquellos casos, en los cuales el marco penal mínimo del delito inculpado sea inferior a dos años, ya que la proporcionalidad que debe guardar la medida provisional de internamiento provisional con el delito inculpado, fue expresamente regula en el proceso penal contra adolescentes.

y, además el límite inferior de la misma. La proporcionalidad strictu sensu no busca la decisión “proporcional”, sino evitar la claramente desproporcionada...”

²⁸⁴ El espíritu del artículo 53 inc. 1º y 2º LPJ dispone que ante el supuesto cuando a un adolescente se le detenga en flagrancia por particulares, éstos *deberán entregarlo inmediatamente a la autoridad más cercana*, para que posteriormente en un término de seis horas, se le informe a la Fiscalía General de la Republica, ello con el propósito de controlar a legalidad de la detención y abrir la investigación.

Se finaliza entonces, sosteniéndose que el término de inquirir en el proceso penal en contra de adolescentes, por la sistematización del artículo 75 y 53 LPJ en relación con los artículos 328, 298 y especialmente el art. 320 inc. 1º. C.P.Pn, es aplicable bajo el supuesto que el mismo sólo tiene justificación²⁸⁵ cuando se reduce al tiempo indispensable que se requiere para pronunciar resolución convocando a la audiencia, ordenado el traslado del adolescente, citando a la víctima y realizándose el estudio sicosocial preliminar que aporte indicadores a la adecuación de la medida a adoptarse²⁸⁶, que con actitud responsable por los jueces de menores, no debería exceder de veinticuatro horas contados desde la recepción de la solicitud fiscal de privación de libertad y del inculpado en sede judicial, hasta el momento en que se realiza la mencionada audiencia.

²⁸⁵ El artículo 320 C.P.Pn. establece como regla exigible en la aplicación de todo tipo de medida cautelar, dentro de la cual encontramos la detención por inquirir, que estas sólo se ordenan “*durante el tiempo absolutamente imprescindibles para cubrir la necesidad de su aplicación*”, por consiguiente en el caso del proceso contra adolescente, dicha necesidad se centra garantizar la presencia física del inculpado ordenado su traslado, lograr notificar la convocatoria de la audiencia a las partes procesales, citar a la víctima y responsable del adolescente y que se presente un estudio sicosocial preliminar por parte de los integrantes del equipo multidisciplinario del juzgado de menores.

²⁸⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 75-2008, sentencia de fecha diecinueve de junio del 2009, considerando IV.D), disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2000-2009/2009/06/3676.PDF>. El carácter de temporalidad del término de inquirir es resaltado por la Sala de lo Cn, cuando lo denomina como “*detención judicial confirmatoria*”, argumentando que ésta “*...comprende el tiempo en que el detenido, que ya está a disposición del juez, permanece privado de libertad en tanto aquél decide sobre su situación personal; es decir, es un mero mantenimiento de la detención ordenada por la Fiscalía General de la República o practicada por la Policía. Así, la detención por el término de inquirir lleva consigo una restricción a la libertad física de las personas, cuyo objeto es una suspensión temporal en el ejercicio de tal derecho en un plazo de breve duración...*”

CAPITULO III

ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DE LA IMPARCIALIDAD. REFERENCIA AL CONFLICTO DE COMPETENCIA 27-COMP-2011

SUMARIO. 1- La Imparcialidad, 2- Antecedentes de la Resolución 27-COMP-2011, 3- Configuración de la Competencia de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 4- Análisis de los Argumentos de la Corte Plena y 5- La Imparcialidad Objetiva en el Proceso Penal de Adolescentes.

En razón que la resolución pronunciada por la Corte Plena de la C.S.J. en el caso 27-COMP-2011, que formalizó como conflicto de competencia un incidente de declaratoria de impedimento, configurando el principal defecto de dicha decisión, la omisión del pronunciamiento sobre la afectación o no de la garantía de imparcialidad cuando todas las fases del proceso se someten al conocimiento de un solo Juez de Menores, por lo que resulta necesario abordar las generalidades de esta garantía, como preámbulo del análisis de los diferentes fundamentos de la resolución objeto de estudio, para que a manera de conclusión, se cierre este capítulo con las consideraciones de la afectación a la imparcialidad objetiva en el proceso penal contra adolescentes por la estructura legal que se recoge en la LPJ y la interpretación jurisprudencial dominante que se ha impuesto a partir de la interpretación de la Corte Plena de la CSJ.

1. LA IMPARCIALIDAD

Con el propósito de sentar bases para una aproximación del alcance de la garantía de imparcialidad, por ser éste el asunto de fondo que debió conocerse en el incidente que ha generado el conflicto de competencia, se trae a cuenta que ésta surge como una manifestación paralela de la independencia²⁸⁷, en tanto la imparcialidad como independencia, vista como un derecho y como una garantía, tienen como fin el asegurar que la función jurisdiccional se ejerza con el pleno sometimiento al marco legal²⁸⁸, aunado

²⁸⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Imparcialidad Judicial e Independencia Judicial*, en AA.VV., “Ética Judicial: Reflexiones desde Jueces para la Democracia”, S.E., Imagraf Impresores, Madrid, España, p. 21, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf, p. 18-20, (sitio visitado el 23 de marzo del 2013). Al hacer referencia al Estado Liberal, citando a Montesquieu y a Rousseau, manifiesta que el Juez es una prolongación del poder político, por lo tanto parte interesada en el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que al reivindicarse la independencia, también se está pidiendo imparcialidad, que se toma por el autor, como un valor que forma parte de un todo junto con la independencia.

²⁸⁸ AGUILÓ REGLA, Josep, *Imparcialidad y Concepciones del Derecho*, disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192069.pdf, p. 30, (sitio visitado el 23 de abril del 2013). En relación al fin común entre la independencia e imparcialidad, afirma que ambas responden a la exigencia de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las

a que la independencia busca en el fondo, garantizar la imparcialidad del juzgador²⁸⁹, por ello se distingue, que la independencia configura una protección respecto de injerencias de poderes o sectores fuera del proceso, mientras la imparcialidad es enfocada a evitar la desviación de la aplicación de la ley por circunstancia que afectan a un juzgador en concreto por los interés que pudiere tener directa o indirectamente, haciendo temer que este ya tiene un prejuicio antes de valorar la prueba y emitir sentencia, es decir, la independencia aparece frente a una dimensión política de la justicia, en un plano orgánico, cuidándose de injerencias que se podrían ejercerse desde fuera del proceso, mientras que la imparcialidad está enfocada a la figura del Juez, vista como un atributo de este dentro del ámbito procesal, convirtiéndose en una especie de independencia aplicada al caso en concreto²⁹⁰.

La imparcialidad en su sentido genérico está referida al distanciamiento del Juez como responsable de resolver una controversia, respecto de los interés de las partes que la han sometido a su conocimiento²⁹¹, ubicándose como un tercero neutral²⁹² frente a aquellas, por lo que la primer aproximación a la concepción de imparcialidad se debe relacionar a la connotación de ser ajeno a las partes²⁹³, esperándose que la libre decisión del juzgador se encuentre sometida exclusivamente al derecho vigente, sin estar motivado por circunstancias vinculadas al interés de la controversia pues sólo así existirá

razones jurídicas, controlando los móviles por los cuales aquel resuelve, evitando las influencias que provengan desde fuera del proceso o bien desde el mismo proceso, al afectar la independencia del juez respecto de las partes.
²⁸⁹ MARTÍNEZ MOYA, Juan, *Independencia Judicial y Justicia Como Servicio Público. Hacia una elaboración de un Diagnóstico Eurosocietal sobre la independencia judicial en América Latina*, disponible en <http://biblioteca.programaeurosocietal.eu/PDF/Justicia/Justicia9.pdf>, p. 26, (sitio consultado el 21 de marzo del 2013). La independencia según el autor, encuentra sentido como parte de la arquitectura al servicio de la imparcialidad.

²⁹⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Imparcialidad judicial... Op. cit.*, p. 21. A propósito de la vinculación entre independencia e imparcialidad, IBÁÑEZ dice: “*En la actualidad, es patente que los valores constitucionales de independencia e imparcialidad, centrales de la jurisdicción, guardan entre sí una estrecha relación conceptual, pues la independencia mira a garantizar lo que, en realidad, es una forma de imparcialidad*”.

²⁹¹ BALBUENA, Pedro, Luz DÍAZ RODRÍGUEZ y Félix María TENA DE SOSA, *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal Vistos por las Cortes de Apelación*, República Dominicana, 2008, p. 34, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/3930784/Principios-Fundamentales-del-Proceso-Penal>, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Se hace referencia a la imparcialidad como ausencia de la calidad de parte, entendiéndose que el juez es ajeno a la calidad de parte, por lo que no le unen los mismos intereses que aquello, percibiéndosele como desinteresado en el conflicto que deberá resolver.

²⁹² VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe. Argentina, 2007, p. 37. El autor aborda el deber de imparcialidad desde una visión ética, buscando que la actividad del Juez alcance la perfección, en la que se exige la idoneidad ética, postulando que para efectos de alcanzar una prestación de servicio óptimo y eficaz, el juez debe cumplir con su deber de imparcialidad, lo que le lleva a mantener distancia de las partes y a separarse del proceso cuando esa neutralidad se vea afectada.

²⁹³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Imparcialidad Judicial... Op. cit.*, p. 13. Se hace relación al juez como extraño o ajeno al interés del conflicto que se conoce desde una ubicación externa respecto de las partes.

verdadera aplicación de derecho²⁹⁴, presentando la definición de imparcialidad como nota característica, el ser entendida negativamente²⁹⁵, es decir, su definición no se orienta a establecer lo que es en sí la imparcialidad, sino más bien, a establecer cuando se lesiona o violenta la imparcialidad, especificándose aquellos casos en los que se teme que se ha perdido o debilitado la misma dentro del proceso²⁹⁶, generando supuestos de parcialidad²⁹⁷, desde esta perspectiva, la imparcialidad se focaliza como la neutralidad del juzgador que ubicándose en una posición objetiva y desapasionada, le permite pronunciar resolución sin estar influenciado por los intereses de las partes que le confiaron el conocimiento de la controversia.

Teniendo por cierto que las exigencias del debido proceso dentro de un Estado de Derecho, es un derecho humano aplicable a todo proceso penal, en donde la imparcialidad del juez es una condición *sine qua non* de aquel²⁹⁸, configurando un eje transversal de su existencia, por lo que es de anticipar, que la imparcialidad del juez penal de adolescentes, también forma parte de las garantías que deben ser observadas en los procesos penales en contra de éstos²⁹⁹, entendiéndose que dicha garantía no es un facultad u opción del juez, sino un derecho de los justiciables, por consiguiente se transforma en un deber u obligación para el que realiza la función jurisdiccional³⁰⁰.

²⁹⁴ MARTÍNEZ MOYA, Juan, *Op. cit.*, p. 26. Concibe la imparcialidad, como la actitud del Juez respecto de la injerencia ajenas al derecho, que podría venir de las partes.

²⁹⁵ BIASCO, Emilio, *Op. cit.*, p. 2. En referencia a la visión negativa de la imparcialidad se señala que con ella se busca evitar desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, partidos políticos, etc.

²⁹⁶ MONTERO AROCA, Juan, *La Imparcialidad Judicial en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, p. 797, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/33.pdf>, (sitio visitado el 10 de febrero del 2013). Manifiesta que el mejor camino para entender lo que es la imparcialidad es entender en que consiste la parcialidad, haciendo uso de una concepción negativa de imparcialidad.

²⁹⁷ TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, 1ª edición, México, 2007, p. 9, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2510>, (sitio consultado el 24 de octubre del 2012). Para TRUJILLO la característica de la imparcialidad desde una visión semántica, tiende a resistirse a ser definida positivamente, resultando más fácil la individualización de casos de parcialidad para referirse a la imparcialidad por contraposición.

²⁹⁸ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, en AA.VV., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión”, tomo II, S. Ed., San José, Costa Rica, 2004, p. 58, (sitio consultado el 25 de septiembre del 2012). Refiriéndose a la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace de la imparcialidad del Jurado, en el Informe No. 78/02, Caso 11.335, Guy Malary, Haití, 27 de diciembre de 2002, apunta que la parcialidad configura una violación al derecho del debido proceso que asiste a la víctima del delito.

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, *Op. cit.*, p. 540. En referencia a la garantía orgánica que relaciona a la formación del juez, a su colocación institucional respecto de los demás poderes, a la independencia e imparcialidad, afirma que dicha garantía “*al definir al Juez son generalmente exigidas para todo tipo de juicio*”.

³⁰⁰ AGUILÓ REGLA, Josep, *Imparcialidad y Concepciones del Derecho*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/2/ens/ens11.pdf>, pp. 95-96, (sitio consultado el 25

El contenido de la garantía de imparcialidad se ha venido construyendo por jurisprudencia de los tribunales internos, quienes por regla han privilegiado una concepción clásica de la imparcialidad limitada a la vertiente subjetiva, vinculada a la separación de intereses entre las partes y el juzgador, pero en particular la visión progresista de la imparcialidad en su vertiente objetiva se debe a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos³⁰¹, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien ha asumido un rol protagónico al desarrollar e implementar la concepción de la imparcialidad objetiva, al sostener que el contenido del derecho a un juez imparcial tiene como propósito alcanzar la “*confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática*”³⁰², por consiguiente para generar y mantener esa confianza el Juez realiza su labor de administrar justicia siguiendo pautas y circunstancias que den la *APARIENCIA DE SU ACTUAR IMPARCIAL* surgiendo con ello, la teoría de *LAS APARIENCIAS*³⁰³ que como un criterio de interpretación del derecho a un juez imparcial, exige que en sus actuaciones los jueces se conduzcan reflejando la imagen de no encontrarse comprometido con una de las tesis de las partes, debiendo obrar con imparcialidad, pero también aparentar que lo son.

de septiembre del 2012). Manifiesta que en la independencia e imparcialidad, “*Los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces*”.

³⁰¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español*, p. 123, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr6.pdf>, (sitio visitado el 23 de octubre del 2012). Justificando las fuentes de su investigación, el autor después de haber señalado que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos occidentales, ha correspondido a los tribunales constitucionales u órganos supremos de interpretación y decisión constitucionales, así como a los tribunales internacionales creados para garantizar la aplicación de normas de derechos humanos, los que han fijado criterios de interpretación que desarrollan y optimizan las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, tal como sería el caso de imparcialidad.

³⁰² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Op. cit.*, p. 126. En referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifiesta citando los casos Piersanck contra Bélgica, párrafo 30.a, caso De Cubber Contra Bélgica, párrafo 28 y Caso Perote Pellón Contra España, párrafo 45, que cuando se trata de defender el derecho a un juez imparcial se deberá tener que lo que se encuentra en juego es la confianza que los tribunales que deben inspirar a los ciudadanos de una sociedad democrática.

³⁰³ SILVA GARCÍA, Fernando. *Jurisprudencia Interamericana Sobre Derechos Humanos, Criterios Esenciales*, S.E., México 2011, p. 114, disponible en: http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelXI_JurisprudenciaInteramericanaDHCriteriosEspeciales_FernandoSilvaGarcia.pdf, (sitio consultado el 11 de febrero del 2013). Al auxiliarse de la diferenciación que ha expresado La Corte Europea de Derechos Humanos sobre la imparcialidad subjetiva y objetiva, entiende que esta última percepción pretende determinar si hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad, afirmando que: “*hasta las apariencias podrán tener cierta importancia*”, pues lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática particularmente a las partes en la controversia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que la imparcialidad en su vertiente objetiva deberá ser considerada caso a caso, valorando que la violación al derecho a un Juez imparcial no deberá alegarse en abstracto, sino tiene que ser probada en cada caso concreto, aseverándose que este es un principio que permite presumir que el juzgador al momento del juicio se ha encontrado exento de prejuicio o de parcialidad, reflejando que su decisión ha sido tomada con la exclusiva preeminencia del derecho, por lo que será la casuística que vendrá a definir los supuestos de debilitamiento de la imagen de imparcialidad que tienen la identidad para que las partes y la sociedad, de forma razonablemente y objetiva, valoren que la garantía de imparcialidad se encuentra comprometida por el actuar precedente del juez del caso.

De igual forma la jurisprudencia de la C.I.D.H.³⁰⁴, al manifestar que la imparcialidad del Juez o Tribunal surge de la exigencia que para el debido proceso se establece en el artículo 8.1 de Convención Americana Sobre Derechos Humanos, requiriéndose del juzgador de un caso concreto que no lleve al momento del juicio, opiniones preconcebidas, siendo determinante el actuar precedente del Juez dentro del proceso, para evitar que se configure una circunstancia que de forma razonable represente un peligro real de parcialidad, acogiendo la C.I.D.H. el aspecto objetivo³⁰⁵, exigiendo que no sólo basta con que el Juez sea imparcial, sino que también debe inspirar las apariencias que lo es al momento de realizarse el juicio, pues sólo así existirá la confianza tanto del justiciable como de los ciudadanos en general, que el caso será resuelto respetándose la garantía de imparcialidad.

³⁰⁴ C.I.D.H., Informe N° 78/02 caso Guy Malary contra Haití de fecha 27/12/2002, apartados 74 al 76, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Haiti.11335.htm>, (sitio consultado el 12 de febrero del 2013). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice que: “*la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice*”. Agregando que la Comisión Interamericana ya ha diferenciado los dos aspectos de la imparcialidad: subjetiva y objetiva, estando referido este último a la exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso, cuya apreciación con independencia de la conducta personal del juez, es determinar si ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar la pérdida de su imparcialidad.

³⁰⁵ C.I.D.H., caso Mauricio Herrera Ulloa Vrs Costa Rica, sentencia de fecha 2/07/2004, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf/CasosCIDH/CIDH-Caso-HerreraUlloavCostaRica\(2004\).pdf](http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf/CasosCIDH/CIDH-Caso-HerreraUlloavCostaRica(2004).pdf), (sitio consultado 12 de febrero del 2013). Citando a la jurisprudencia de La Corte Europea de Derechos Humanos, diferencia el aspecto subjetivos y objetivos de la imparcialidad, afirmando que “*Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia*”, declarando que existe violación a la imparcialidad cuando son los mismos magistrados que al conocer un recurso de casación, no se separan cuando anteriormente ya pronunciaron resolución sobre el fondo del mismo asunto.

Por el contrario la jurisprudencia interna no ha se ha mantenido al ritmo ni de la legislación ni de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, así la SCn. de la CSJ de El Salvador ha sostenido que la configuración del Juez natural pasa por que se tenga un juez imparcial³⁰⁶, identificando el significado de la imparcialidad del Juez con la ausencia de otro interés que no sea la correcta aplicación de la ley, exigiéndose que el juzgador carezca de interés directo o indirecto que se originen en relaciones extraprocesales con las partes en controversia que ponga en duda la objetividad del fallo que se pronuncie, entendiendo que la subordinación del Juez a Ley también se manifiesta frente a las partes mediante la imparcialidad que consagra el artículo 186 inc. 5° Cn, pues deberá estar libre de vínculos con las partes del proceso en el que ejerce potestad jurisdiccional³⁰⁷, dejando con ello en evidencia la limitada percepción de la imparcialidad al reconocer únicamente la vertiente subjetiva de la imparcialidad y de forma tímida la imparcialidad objetiva sólo respecto de la prohibición que un mismo Juez conozca el asunto en instancias diferentes³⁰⁸, limitándose a la mera interpretación literal del artículo 16 de la Cn.

En similares circunstancias se ha pronunciado la Sala de lo Penal³⁰⁹ al afirmar que no se lesiona la garantía de imparcialidad cuando un mismo juez conoce en audiencia inicial en el Juzgado de Paz,

³⁰⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconst., con referencia 6-2009, de fecha 19/12/2012, considerando III.2.B., disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/visormlx/pdf/6-2009.pdf>, (sitio consultado el nueve de febrero del 2013). Se considera por la Sala de lo Constitucional, que la imparcialidad significa que el juez no se dejará llevar por ningún otro interés que no sea la aplicación correcta de la ley y la solución justa del litigio. En otros términos, quien resuelve judicialmente no debe tener interés alguno directo o indirecto en el resultado del juicio y ello se traduce en la prohibición de mantener vínculos cercanos con alguna de las posiciones contendientes, que para un observador razonable despierte sospechas de parcialidad.

³⁰⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconst., con referencia 5-99, de fecha 20/07/1999, disponible en [//www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/1990-1999/1999/07/8930F.PDF](http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/1990-1999/1999/07/8930F.PDF), (sitio visitado el 12 de febrero del 2013). En relación a la imparcialidad del Juez se manifestó por la Sala de lo Constitucional que es: “Entendida como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley, la independencia adquiere ciertas manifestaciones frente al mismo OJ, frente a los otros órganos estatales, frente a los poderes sociales y frente a las propias partes -en forma específica de imparcialidad, consagrada en el Art. 186 inc. 5° Cn.-...Finalmente, frente a las partes, la independencia se identifica con el principio de imparcialidad, que implica la ausencia de vínculos de cualquier naturaleza entre el juez y las partes, es decir, el hecho que el juez ejerza la potestad jurisdiccional "con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna", como lo prescribe el Art. 186 inc. 5° Cn”.

³⁰⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de amparo con referencia 208-2007, de fecha 20/02/2009. Al interpretar el artículo 16 de la Cn., se argumenta por la Sala de lo Constitucional que: “Esta prohibición se fundamenta en el principio de imparcialidad que debe caracterizar al juzgador; porque el que ha conocido previamente la cuestión de fondo, en sus aspectos jurídicos y fácticos, aportando su propia solución sobre tales extremos, difícilmente puede cambiar su criterio y objetividad sobre lo cual se haya pronunciado”.

³⁰⁹ SALA DE LO PENAL, recurso de casación con referencia 295-CAS-2010, sentencia de fecha 12/10/2011. Fundamenta que la intervención de un mismo Juez en la audiencia inicial y luego en la audiencia preliminar “no implicaron un pronunciamiento de fondo y tampoco afectaron en alguna medida su participación en forma personal en la decisión condenatoria” pues en las etapas anteriores al juicio están vinculadas a la progresividad

ordenando medida provisional en contra del inculpado y luego también pronunciando auto de acusación en audiencia preliminar en un Juzgado de Instrucción, fundamentando que *“no pueden considerarse como lesivas de la garantía de imparcialidad jurisdiccional, pues la competencia funcional, según nuestro ordenamiento procesal penal, está determinada a partir de las diferentes facultades concedidas a cada Juzgado en una misma instancia procesal”*, considerando que se trata de fases previas al juicio que están vinculadas al desarrollo del proceso y no a la valoración del material probatorio que son propias de la fase del contradictorio.

Agrega en esa línea la Sala de lo Penal³¹⁰, que el conocimiento de un mismo proceso en audiencia preliminar y luego en vista pública, no hay afectación a la objetiva jurisdicción, pues no hay decisión de fondo, ni producción de prueba que son propias del juicio, revelándose con ello que la interpretación y alcance que se le da por dicho tribunal a la imparcialidad, se limita al aspecto subjetivo o bien al haberse conocido por un mismo juez en diferentes instancias, excluyéndose aquellos supuestos en que se ha pronunciado resolución previas al juicio, que se encuentren relacionadas con la llamada competencia funcional del proceso³¹¹.

No obstante la imparcialidad del Juez no aparece literalmente en el capítulo I del título II de la Cn., que se refiere a los derechos individuales y su régimen de excepción, sino que aparece hasta en el artículo 186 inc. 5º, abordándola desde la perspectiva de la función del juez y no como un derecho de las personas que interviene como parte en un proceso en general, ello no excluye que se considere que la

del proceso y no respecto de la valoración de los medios de prueba que son discutidos en el plenario auxiliándose de lo que establecía el Art. 320 No.10 C.P.Pn.

³¹⁰ SALA DE LO PENAL, recurso de casación con referencia 730-CAS-2007, sentencia de fecha 22/07/2009. Se argumenta que la participación de un juez *“en las anteriores diligencias, esta sede es del criterio que tales decisiones judiciales no son lesivas a la garantía de OBJETIVIDAD JURISDICCIONAL, ya que las mismas no pueden considerarse como decisiones de fondo, puesto que no se había desarrollado aún el procedimiento probatorio, el cual necesariamente tiene lugar en el debate contradictorio entre las partes, donde en forma verbal e inmediata ha de llevarse a cabo frente al Juez o Tribunal que dictará el fallo definitivo a partir del bagaje probatorio propuesto para tal efecto”*.

³¹¹ CÁMARA TERCERA DE OCCIDENTE, Incidente de recusación con referencia APN-81-11, resolución pronunciada el veintiséis de julio del dos mil once, considerando II. Al motivarse por parte de la Cámara Tercera de Occidente, por una parte que la enumeración de las causas de impedimento que recogía el artículo 73 del Código Procesal Penal derogado, no son taxativas, y por otra parte al interpretar que: *“Para decidir sobre la posible parcialidad objetiva de un Juez, se ha de tener en cuenta la naturaleza y extensión de la intervención judicial anterior para ver si se dan signos o indicios que hagan legítimamente sospechar que podrían tener ideas preconcebidas sobre la decisión a adoptar”*, por lo que dicha fundamentación resulta coherente con lo expresado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

imparcialidad conforma un derecho fundamental³¹², valorándose en primer lugar, que la prohibición del artículo 16 de la Constitución es la genérica manifestación de la imparcialidad en su vertiente objetiva, pues cuando un mismo Juez que pronuncia sentencia sobre el asunto ya tiene formado un juicio que difícilmente abandonaría en una segunda instancia y en segundo lugar, por haberse recogido en el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 40.2.b.iii) de la Convención Sobre los Derechos del Niño en el caso del proceso penal en contra de adolescentes, además de la normativa procesal que en materia penal, comprendida en el capítulo de los principios básicos y garantías constitucionales.

Por otra parte, no se podría hablar de igualdad en la aplicación de la ley³¹³, de Juez Natural³¹⁴, del principio de legalidad, de independencia del Juez o de debido proceso³¹⁵ en general, sin asumir la presencia de un juez imparcial que se encuentre libre de influencias que puedan devenir ya sea por su relación o vínculo con las partes³¹⁶, o bien por su contacto con el objeto del proceso de forma previa al momento de pronunciar sentencia, pues la configuración del proceso penal, surge de la sistematización de todas las normas constitucionales, por lo que resulta ineludible que la imparcialidad, sin aparecer en la constitución como parte de los derechos individuales de las personas, se incluya dentro de los

³¹² *Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales. Guía para Profesionales N° 1*, Comité Internacional de Juristas, Lima, Perú, 2007, p. 29. Se asocia a la imparcialidad con el derecho a un juicio justo, que precisamente forma parte de los derechos fundamentales de toda persona.

³¹³ BIASCO, Emilio, *Op. cit.*, p. 2. Se hace derivar el principio de imparcialidad del principio de igualdad, afirmándose que el primero se concreta en la comparación y la elección ponderada de diversos valores, ya sean intereses públicos o únicamente interés privados.

³¹⁴ CAFFERATA NORES JOSÉ I, *Et. al, Manual de Derecho... Op. cit.*, pp. 149 y 150. En alusión al sentido histórico del juez natural, manifiesta que era aceptado como tal por su capacidad de comprender los valores y criterios de vida, características y costumbres de la comunidad, agregando que ello contribuye a un juzgamiento imparcial.

³¹⁵ C.I.D.H., Sentencia Mauricio Herrera Ulloa Vrs Costa Rica, sentencia de fecha 2/07/2004, apartado 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial conforma una parte de la garantía fundamental del debido proceso.

³¹⁶ MAIER, Julio, *Op. cit.*, pp., 484 y 485. Se sostiene por MAIER que la imparcialidad garantiza la objetividad de criterio frente al caso concreto que se podría ver afectada por relaciones específicas de la persona física encargada de juzgar, eliminándose los temores de pérdida de la imparcialidad por medio de la exclusión del juez de quien se sospechoso parcialidad.

derechos fundamentales que se le confieren a una persona en todo proceso³¹⁷ como una derivación de la integración de la constitución³¹⁸.

Cabe distinguir que la imparcialidad presenta una vertiente subjetiva y otra vertiente objetiva³¹⁹, entendiéndose que la primera representa la visión originaria y clásica de imparcialidad, vinculada a que la decisión del juez no estará motivada en el acercamiento o relaciones directa o indirecta que al margen de la ley se hubieren mantenido entre el Juez con las partes, generando razones para sospechar que su decisión se inclinará a favorecer en el litigio a su allegado con quien comparten intereses, mientras la segunda, es entendida como la ausencia en el Juzgador de un contacto previo con el objeto del proceso que hubiere sido capaz de formar en éste, prejuicio que razonablemente vuelve previsible el sentido de la resolución que ha de pronunciar, sintetizándose entonces, que la imparcialidad subjetiva garantizar que el Juez que conoce el asunto, no debe mantener relaciones con las partes que le lleven a pronunciar una decisión favorable, es decir, se trata de mantener una posición e imagen de neutralidad frente a las partes y por ello el concepto de imparcial, mientras la imparcialidad objetiva, pretende mantener la credibilidad de la administración de justicia, frente a toda la comunidad³²⁰.

Así definidas las líneas principales de imparcialidad, debe aclararse ahora que ya el legislador ha adoptado en el ordenamiento legal, tanto la vertiente subjetiva que literalmente en materia procesal penal

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, *Op. cit.*, p. 579 y ss. Al abordarse por el autor las características distintivas de la jurisdicción y la imparcialidad del juez, se toma como punto de partida la *sujeción exclusiva a la ley*, considerándose que el requisito de la imparcialidad tiene como justificantes ético-político los valores de la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, que son precisamente valores que coexisten en nuestro marco constitucional vigente.

³¹⁸ JUÁREZ, Juana, *La Garantía a Ser Juzgado por un Juez Imparcial en Materia Penal*, disponible en <http://www.revistaprosesopenal.com.ar/articulos-pdf/octubre-2011/garantia-juzgado.pdf>, (sitio visitado el 24 de octubre del 2012). Afirma que en su origen la garantía de imparcialidad no resulta de su incorporación literal en la constitución, sino que se entendía implícitamente incorporada en bajo el concepto de debido proceso legal y del genérico derecho de defensa.

³¹⁹ SALAMANCA, Andrés Bordalí, *El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2º Semestre de 2009, p. 272, disponible en <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/709/668>, (sitio consultado el 24 de octubre del 2012). Se afirma que el mayor aporte para el desarrollo del contenido de un derecho a un tribunal independiente e imparcial proviene de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relacionándolo al artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, atribuyendo que la imparcialidad tiene una vertiente subjetiva y otra objetiva.

³²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 25ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 41. Con razón ROXIN en referencia a la recusación como mecanismo de protección de la imparcialidad, afirma que las mismas buscan evitar que ante la duda en la objetividad del juez al pronunciarse la resolución en ese proceso: “tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia”, debe estar previstos los medios para su separación.

recoge en los supuestos descritos en los numerales 3) al 13) del artículo 66 CPPn³²¹, los impedimentos del Juzgador que se originan en circunstancias que hagan temer una resolución motivada por la relación o vínculo que comparte con una de las partes³²², ocurriendo lo mismo, en cuanto al fundamento legal de la imparcialidad objetiva, que surge del desarrollo del mandato constitucional que se establece en el artículo 16, asumiéndose por el constituyente, que por haber pronunciado sentencia ya tiene un prejuicio capaz de hacer temer que ese criterio predominaría en el ánimo del juzgador y que no cambiaría si ese mismo proceso se conoce en segunda instancia, siendo esa idea ampliada en ley secundaria, tanto en los números 1) y 2) del citado artículo 66 C.P.Pn., como en el artículo 52 CPCM, cuando hacen referencia a circunstancia que genere apariencia razonables que hacen temer que por conocimientos del Juez respecto del objeto del proceso, adquiridos de forma previa al juicio, pusiesen llevar a formarse prejuicio que representa pérdida de la neutralidad como sentenciador del caso.

Es por ello que al enumerarse los supuestos de impedimentos del juez en un proceso penal, se establece como mecanismo procesal de protección el derecho fundamental de imparcialidad la excusa y la recusación³²³, entendiéndose que la primera de estas es un mandato dirigido al propio juez como un deber³²⁴ para que este pida de forma oficiosa ser separado del conocimiento del proceso penal en concreto, quedándose la decisión bajo la competencia exclusiva del tribunal inmediato superior, llamando la atención, que nada dice el propio legislador respecto de la responsabilidad del funcionario judicial que conociendo la existencia de un impedimento omite seguir el trámite legal, ni tampoco se dice nada respecto de la sanción procesal de aquellos actos que se hubieren realizado ya en el proceso, pues el

³²¹ VENTURA, Cesáreo Duro, *Op. cit.*, p. 298. Al comentar sobre los impedimentos que son recogidos en el numeral 1) del artículo 73 del código procesal penal derogado, que ahora paso a ser desarrolladas en los numerales 1) y 2) del artículo 66 C.P.Pn. vigente, manifestó: “*que el impedimento consista en haber pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia surge de la razonable impresión de que el previo contacto con la causa puede conllevar prejuicios y prevenciones en el juzgador que haga quebrar la imparcialidad objetiva*”.

³²² LÓPEZ ORTEGA, Juan José, *Op. cit.*, p. 61. Describe la noción de imparcialidad como la función del Juez que se distingue de las partes dentro del proceso, libre de interés que pudiesen verse afectados o favorecidos con la resolución que deberá pronunciarse.

³²³ MONTERO AROCA, Juan, *Imparcialidad Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, p. 798. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/33.pdf>, (sitio consultado el 11 de febrero del 2013). Interpreta que la regulación de la imparcialidad no atiende el descubrimiento del ánimo del Juzgador en cada proceso, sino que enumera en forma taxativa los supuestos en que se deberá apartar del conocimiento del asunto mediante la abstención – institución que la legislación procesal salvadoreña es nominada como excusa- o bien ser apartado del mismo por medio de la recusación.

³²⁴ CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *La Abstención y la Recusación en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio Del Poder Judicial*, p. 86., disponible en <http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/pj21/3ABSTENCION.pdf>, (sitio consultado el 14 de febrero del 2013). En referencia a la abstención como un deber de los jueces y magistrados, con razón argumenta que el fiel cumplimiento a la abstención evitaría que se ejerza el derecho otorgados a las partes para separar al juez.

artículo 72 C.P.Pn., hace referencia únicamente a los efectos procesales con posterioridad a la declaratoria de incompetencia. En cuanto a la recusación queda a instancia de parte, para que éstas ante la existencia de circunstancias que de forma razonable y objetiva hagan temer que el Juzgador se ha apartado del deber de imparcialidad, para que igual al supuesto de la excusa, el tribunal superior valore si la misma se debe declarar o no.

Con el propósito de concluir el presente apartado, es de señalar que en todo proceso penal deberá observarse el derecho del justiciable y de la sociedad, a que el asunto sometido al conocimiento judicial, sea resuelto por un Juez o Tribunal que deberá además de ser imparcial, reflejar que también lo son, en consecuencia las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que son recogidas en el artículo 66 C.P.Pn.³²⁵, proporcionan el mecanismo procesal para la defensa y conservación de la imparcialidad³²⁶, ya sea el propio juzgador o bien sean las mismas partes materiales o formales quienes pidan la separación del conocimiento del caso³²⁷, quedando la resolución que declara la existencia o no del impedimento bajo la competencia exclusiva del tribunal inmediato superior, siendo dicho trámite aplicable dentro del proceso penal de adolescentes por la vía de la supletoriedad, en atención a que no se regula en la LPJ los impedimentos ni el trámite para la excusa y la recusación³²⁸.

³²⁵ VENTURA, Cesáreo Duro, *Op. cit.*, p. 295. Al comentar los impedimentos del Juez que enumera el artículo 73 C.P.Pn. derogado, mencionando la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Piersack, distingue el aspecto subjetivo y objetivo de la imparcialidad, considerando que los impedimentos generados por el aspecto subjetivo se refieren a las relaciones entre el Juez y las partes, mientras las objetivas estarían relacionadas a la vinculación del Juez con el objeto del proceso.

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, *Op. cit.*, p. 581. En consideración a los fines de la imparcialidad, se sostiene por el autor, que *Como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la recusabilidad del juez por cada una de las partes interesadas*, todo ello con el propósito que el juzgador sea percibido como libre para decidir con sujeción exclusiva al derecho vigente.

³²⁷ AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, *¿Por qué el juez que discrepa del dictamen no acusatorio no puede ser juez de la sentencia?*, p. 8, disponible en : http://www.mpfm.gob.pe/ncpp/files/c3db8a_articulo%20dr.%20avalos%203.pdf, (sitio consultado el 10 de enero del 2013). Menciona que *“los ordenamientos jurídico-procesales penales contemporáneos acostumbra prever instrumentos específicos para propiciar el apartamiento del juez que no garantice la imparcialidad de su proceder”*, en ello en referencia a impedimentos o abstenciones dirigidas al juzgador para evitar que este entre cuestionado a pronunciar resolución en el asunto que conoce.

³²⁸ ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, S.E., Ediciones Jurídicas Cuyo, S.F., Mendoza, Argentina, p. 5. La incapacidad del Juez, que es equiparable al impedimento en nuestro ordenamiento legal, para el autor significa que el Juez debe apartarse del conocimiento de la causa, bien porque no actúa dentro del proceso desde una posición de imparcialidad o bien porque ha incurrido en circunstancias que hacen sospechar su neutralidad, siendo la inhibición y la recusación, las vías legales para que sea apartado del proceso.

2. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN 27-COMP-2011

Con la vigencia del C.P.Pn., se cuestionó la legalidad de la estructura del proceso penal contra adolescentes que desarrolla la LPJ, argumentándose que por concentrarse el conocimiento de todas las fases procesales en un mismo Juez de Menores³²⁹ se afectaba la garantía de imparcialidad, ello en razón que la nueva normativa procesal aplicable para el proceso penal común, modificando el contenido del artículo 4 y 66 numero 1) C.P.Pn. referido al impedimento para el Juez sentenciador cuando ha intervenido en las etapas o instancias previas de ese proceso, originando que en la jurisdicción penal de adolescencia, se emitieran interpretaciones encontradas sobre la aplicación de la excusa o recusación fundada en ese impedimento, resultando que Juzgados y Cámaras de Menores dieron tratamiento diferenciado al mismo asunto.

Así en la zona oriental del país de cuatro Juzgado de Menores, únicamente el Juzgado de Menores de La Unión³³⁰ suscita el incidente de excusa por haber resuelto medida provisional y pronunciado auto de mérito, solicitando que fuere otro Juez el que conociera el juicio, que fue denegada por la Cámara de Menores de la Sección de Oriente³³¹, sin que los señores jueces de menores de San Miguel, Usulután y Morazán plantearan incidentes de excusa o recusación fundado en el citado impedimento.

³²⁹ CASADO PÉREZ, José María, *El Proceso... Op. cit.*, p. 76. Al referirse a los sujetos procesales que citados en la Ley Penal Juvenil, menciona en primer lugar a los Jueces de Menores quienes tienen como competencia *el enjuiciamiento de las infracciones tipificadas como delitos o falta que se atribuyen a adolescentes*, asumiendo que el proceso desde su inicio hasta el pronunciamiento de la resolución definitiva se conoce por un solo juez de menores.

³³⁰ En resoluciones de mérito pronunciada en el Juzgado de Menores de la Unión en los procesos con referencias 19-2011 y 41-2011, fueron planteada luego de señalar vista de causa, las excusas fundadas en el conocimiento del mismo Juez en las fases previas al juicio, en la primera de las citadas resoluciones se argumentó que la prohibición constitucional del artículo 16 Cn., al desarrollarse en el CPPn., en el art. 4 también era vinculante para el proceso penal en contra de adolescentes en razón a que los derechos de una persona adulta sujeta a un proceso penal constituyen el piso de los derechos de un adolescente a quien se le impute un delito, mientras en la segunda de las citadas resoluciones, se hace referencia a la jurisprudencia del tribunal Europeo al definir la imparcialidad objetiva, concluyéndose que ésta se afecta cuando en ese proceso se pronuncia resolución ordenando medida provisional y ordenando celebrar vista de causa, por lo que concurría el impedimento para no conocer el mismo juez, en la fase del juicio.

³³¹ CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE ORIENTE, resoluciones pronunciadas a las once horas del día veintisiete de abril y a las catorce horas con treinta minutos del día veinticuatro de mayo del año dos mil once, fundamentándose la primera de las resoluciones, que el régimen jurídico especial a que se refiere el artículo 35 inciso 2° de la Constitución de la República está determinado por la LPJ que contiene sus propias características y principios, y que este régimen jurídico *“no puede ser transgredido, so pretexto de que por el hecho de estar valorando indicios o evidencias determinados elementos probatorios, los cuales deben concretizarse en la correspondiente vista de causa, se está adelantando criterio y por ende comprometiendo la imparcialidad del juzgado”*, siendo la ley especial la que determina la competencia del juez de menores para tramitar el proceso y pronunciar sentencia. En la segunda de las citadas resoluciones, se acude a un argumento de autoridad, en tanto se

En la zona central que corresponde a la Cámara de Menores de la Sección del Centro, fueron planteados durante el primer semestre del año de 2011³³², 28 casos de excusas y recusaciones, correspondiendo 21 de ellos a excusas de jueces de menores que solicitaron su separación del caso, por haber intervenido en las fases previas al juicio, acogándose la petición por la mencionada Cámara, argumentándose como puntos centrales³³³, que la estructura del proceso penal juvenil salvadoreño se presta para afectar la garantía de imparcialidad del juez al momento del juicio oral, por haberse éste ya pronunciado en fases anteriores sobre la procedencia de una medida cautelar, sobre el auto de inicio de trámite judicial y el auto de mérito para realizar vista de causa, realizando con ellos juicios anticipados y provisionales sobre la calificación del hecho y la participación del acusado, con lo que se deja al adolescente en situación de desventaja respecto del adulto, en donde se superaba el inconveniente con el establecimiento de competencias funcional para que los jueces sólo intervengan una etapa o fase del proceso.

Finalmente en la zona occidental, fueron alegadas y aceptadas por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente una recusación y una excusa que fueron generadas en un mismo Juzgado de Menores, que luego pasaron al conocimiento de la Corte Plena de Corte Suprema de Justicia a través del incidente de conflicto de competencia³³⁴.

manifiesta que: *“los argumentos Técnico y Jurídicos, por los cuales esta Cámara consideró que no existe ningún asidero legal, sobre lo sostenido en aquella solicitud de Excusa”,* que fueron expuestos al resolver la excusa en la causa 41-2011, señalando al respecto, que no se encuentra razón para que dicho *“Tribunal tome una decisión diferente”*.

³³² Al consultarse libro de entradas y excusas del año 2011 en la Secretaria de la Cámara de Menores de la Primera Sección del Centro, se constató la existencia durante los meses de enero a junio, de un total de 28 casos de excusas y recusaciones, determinándose que 21 de ellos correspondían exclusivamente a excusas que se refieren al artículo 66 1) C.P.Pn.

³³³ CÁMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, resolución pronunciada en el incidente de excusa con referencia 3-07-2-11-EXC, de fecha 7/04/2011. Considerandos II, III y IV. Se manifiestan como argumentos centrales: En Primer lugar, que la estructura del proceso penal juvenil salvadoreño establece que el Juez de Menores intervenga no solo en fase del juicio donde dicta sentencia, sino también en la fase de instrucción y la fase intermedia en las que se pronuncia sobre una medida cautelar y sobre el inicio del trámite judicial y auto de mérito, lo que significa que el juzgador entra en contacto con fuentes de prueba, en segundo lugar, manifiesta que el modelo de responsabilidad penal diseñado por el legislador colocan al Juez en situación de contaminación que puede vulnerar las exigencias derivadas del derecho a un juez imparcial, y en tercer lugar, que al encontrarse con mayor protección la garantía de imparcialidad en el juzgamiento de una persona adulta en atención a que se establece competencia funcional para diferentes etapas del proceso, deja en desventaja a los adolescentes, por lo que *“a criterio de esta Cámara debe empezarse a modificarse”*.

³³⁴ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resoluciones pronunciadas en conflictos de competencia con referencias 27-COMP-2011 y 31-COMP-2011, de fechas 19/05/2011 y 21/06/2011, respectivamente. Ambas resoluciones son pronunciadas sobre incidentes de recusación y excusa que fueron resueltos por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente y luego llevadas por medio de incidente de conflicto de competencia ante la Corte Plena de la CSJ.

Durante los meses de mayo y junio del año 2011, uno de los medios de comunicación escrito de mayor circulación en el país, hace pública la noticia que en la jurisdicción de menores los jueces se estaban separando de conocer en la vista de causa, generándose en la opinión pública la percepción que ante la aceptación de excusa y recusación que se reconocía por la Cámara de Menores del Centro y de Occidente, se dejaban impunes los delitos por no pronunciarse resolución definitiva en los procesos en contra de adolescentes dentro del término de vigencia de las medidas provisional, lo que llevo a que se pronunciara resolución por mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con fecha diecinueve de mayo del año dos once³³⁵, quienes al conocer el conflicto de competencia que se planteó por la Jueza Segundo de Menores de Santa Ana, resolvieron que ésta no era competente para conocer el proceso que se le había remitido por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente ordenando conocer la fase del juicio, valorando que no procedía la excusa que dicha Cámara había declarado por establecida.

Con fecha quince de marzo del año dos mil once, en resolución pronunciada por la Jueza Primero de Menores de Santa Ana, sobre el incidente de recusación planteado por la defensa, al calificarlo como *apegada a derecho* en lo medular argumentó tres ideas principales³³⁶: en primer lugar, que por las características de los procesos penales acusatorios, se distinguen las actividades encomendadas a quien acusa y las que corresponderán a quien juzga, relacionado que *el Juez que conoce del juicio se desvincule del conocimiento de la investigación* en razón de considerar a la imparcialidad como una garantía que genera seguridad jurídica; en segundo lugar, interpretó en sentido literal el artículo 4 C.P.Pn.³³⁷ que refiere la garantía de imparcialidad del Juez, valorando que es “*necesario e imperioso*” que tal derecho pase a formar parte de los derechos de un menor de edad sometido al proceso penal juvenil, y en tercer lugar, que el ordenamiento jurídico *supranacional* recoge la garantía de imparcialidad como parte del estándar jurídico *que las personas adultas gozan*, por lo que también debe aplicarse a los menores en razón a que a estos les corresponden los mismos derechos que a los adultos como un mínimo.

³³⁵ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011.

³³⁶ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, resolución pronunciada con fecha 19/05/2011, párrafo 5°.

³³⁷ CÓDIGO PROCESAL PENAL. D.L. N° 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el D.O. N° 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009. En su artículo 4 inciso 2° en lo pertinente dispone: *Un mismo juez no puede administrar justicia en diversas etapas, instancias o grados en una misma causa.*

La Cámara de Menores de la Sección de Occidente, al pronunciarse sobre el asunto ordenó a la Jueza Primero de Menores de la Ciudad de Santa Ana, se abstuviera de llevar a cabo la vista de causa, en resolución pronunciada a las diez horas del día dieciocho de marzo del año dos mil once³³⁸, como motivación de su decisión dijo que del resultado del análisis del alcance del principio del interés superior del menor y de la determinación de la naturaleza del proceso penal juvenil, que está impregnado de características que atendiendo la especificidad o especialidad, la legislación procesal penal común es de aplicación supletoria.

Agregando que ante la necesidad de diferenciar la función del Juez durante la fase de la investigación y la fase del juicio, el legislador estableció en el proceso penal común, que la instrucción corresponda a un Juez distinto del que deberá conocer del plenario: *“evitando de esa forma la concentración de atribuciones en la misma persona, garantizando la imparcialidad”*, reiterándose como fundamento legal el art. 4 C.P.Pn., manifestando que la garantía de imparcialidad reconocida a favor de las personas adultas sujeta a un proceso penal *“con mayor razón deben de ser aplicadas a los menores de edad en conflicto con la ley penal”*, en virtud de no verse afectado el principio de especialidad con la aplicación de la garantía de imparcialidad judicial.

Es así, que al ser remitido el expediente por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente después de haberse resuelto el incidente de recusación de la Jueza Primero de Menores de Santa Ana por la Jueza Segundo de Menores, se pronuncia resolución con fecha veintidós de marzo del año dos mil once³³⁹, en la que suscita el conflicto de competencia argumentando en primer lugar: que al asumirse la inobservancia al deber de imparcialidad en los procesos penales en contra de adolescentes por la circunstancia de ser juzgados en todas sus etapas por un sólo Juez, implicaría aceptar que en todos los casos resueltos en la jurisdicción de menores antes de la entrada en vigencia del actual código procesal penal se ha violentado la garantía de imparcialidad; en segundo lugar, que la estructura del proceso penal juvenil está ajustado a derecho, afirmando que la LPJ fue elaborada siguiendo el procedimiento de

³³⁸ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011, párrafo 6°.

³³⁹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011, párrafo 8°.

formación de ley que establece la Constitución de la República; en tercer lugar, que de aceptarse la modificación a la estructura del proceso penal juvenil que establece la LPJ por la aplicación de la imparcialidad, se genera inobservancia de la aplicación de la jerarquía de la norma en atención a *que la ley especial debe prevalecer sobre las normas generales y estar sujeta a la Supremacía de la Constitución y luego a los Tratados Internacionales*; y en cuarto lugar, que la única vía para la *reestructuración del proceso de menores* es la reforma de la ley, no teniendo idoneidad que la estructura de los procesos sean modificados mediante la jurisprudencia.

Finalmente por la mayoría del Pleno de la CSJ³⁴⁰ al pronunciarse sobre el incidente que les llega por vía de conflicto de competencia, fija como punto central de debate la determinación sobre a quién correspondía conocer la vista de causa del proceso penal que se les había remitido, ubicando por una parte el punto de vista del Juzgado Primero de Menores y la Cámara de Menores de la Sección de Occidente, para quienes con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, se inobserva el principio de imparcialidad cuando un solo Juez conoce en distintas etapas de un proceso y por otra parte al Juzgado Segundo de Menores de la Ciudad de Santa Ana, para quien no se vulnera la imparcialidad por someter el conocimiento de todo el proceso de menores ante un solo Juez, por lo que la modificación de la estructura del proceso sólo procede mediante reforma de la legislación procesal de menores, argumentos contenidos en los considerandos IX, X, XI, XII y XIII de la resolución pronunciada a las dieciséis horas y cincuenta minutos del día diecinueve de mayo del dos mil once³⁴¹, que se sintetiza en los puntos siguientes:

Se consideró que la correcta administración de justicia no permite que se dé cumplimiento a una orden que no se adecue a los *requerimientos legales* – ello en alusión a la orden de la Cámara de Menores de la Sección de Occidente para conocer del proceso penal en el que declara favorable la recusación- a los principios de *Pronta y Cumplida Justicia, Legalidad y la Garantía del Juez Natural*; Que la competencia de los jueces en los asuntos que se someten a su conocimiento, se determina *única y exclusivamente*

³⁴⁰ Como firmantes de la resolución aparecen José Belarmino Jaime, Ivan García, Edward Sidney Blanco, María Luz Regalado, Rodolfo González, Florentín Meléndez, Mirna Perla Jiménez, Marcel Oreste Posada y Miguel Ángel Cardoza.

³⁴¹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011. Considerandos IX al XII.

por la ley, y no por mera interpretación que efectúen los propios juzgadores involucrados, siendo así que el artículo 42 de la Ley Penal Juvenil es el que establece y rige la competencia para el Juez de Menores; Que la interpretación de la Cámara de Menores al haber resuelto favorable la recusación de la Jueza del Juzgado Primero de Menores, a efecto de garantizar la imparcialidad de éste, carece de sustento porque existe norma expresa en la Ley Penal Juvenil, que ya establece la competencia, creando con ello un procedimiento *sui generis*³⁴² que desconoce lo que dispone el legislador para el trámite especial del proceso de menores, representando una colisión con el principio de legalidad en razón que el arbitrio judicial sería el determinante para asumir la competencia que ya da la ley, y que la modificación para que un Juez de Menores no sea el mismo que conoce sus diferentes fases, sólo puede *dilucidarse* mediante el correspondiente proceso de formación de ley a que se refieren los artículos 133 y siguientes de la Cn.

3. CONFIGURACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR.

A partir de la exigencia del principio de igualdad y la vinculación al principio de seguridad jurídica, un juez o tribunal debe pronunciar sus resoluciones auxiliándose de la interpretación de su propios precedentes sobre circunstancia análogas sobre las que ya se ha pronunciado³⁴³, trascendiendo de la visión del rol del juzgador como *boca de la Ley*³⁴⁴, sin que quepa duda que ante situaciones similares tanto al interpretar como aplicar el derecho sería en igual sentido que el precedente, en tanto que la arbitrariedad

³⁴² Por su etimología *sui generis* significa que es única de su género, utilizado para representar la singularidad en el caso referido, al procedimiento que fue creado, según los fundamentos de la resolución de Corte Plena, al margen del marco legal.

³⁴³ LEGARRE, Santiago, *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*, p. 1 y ss. disponible en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare_decisis_y_dcho_judicial.pdf, (sitio consultado el 16 de febrero del 2013). Identifica la traducción completa del *Stare Decisis* con la doctrina de “*stare decisis et quia non movere*”, que se traduce como “*estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto*”, diferenciando que en el sistema del anglosajón el precedente individual es de carácter obligatorio, mientras que en el continental podría llegar a conforma jurisprudencia, adquiriendo “*importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre*”.

³⁴⁴ VILLAMIZAR-PARRA, Miguel Antonio, *¿Stare Decisis o Uso Selectivo de los Antecedentes Judiciales?: Un Análisis del Rol de las Decisiones Judiciales Como Fuentes del Derecho Internacional*, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/11-STAREDECISIS.pdf, p. 319, (sitio consultado el 16 de febrero del 2013). Manifiesta que “*la posición de la tradición jurídica continental sobre el rol de un juez o tribunal que resuelve una controversia, se refleja de forma lapidaria en la famosa sentencia de Montesquieu: “el juez es la boca de la ley”, limitando la actividad del juez al caso concreto sin efecto vinculante frente a casos futuros.*”

se erradicaría con la exigencia de una motivación reforzada ante el supuesto de apartarse del auto-precedente, tal como bien lo ha dicho la SCn.³⁴⁵, así como la Corte Plena de la CSJ. en casos de conflictos de competencia³⁴⁶, siendo en ese orden de ideas que respecto de los precedentes en conflicto de competencia resultan indispensable por un lado, retomar lo que ya ha sostenido la misma Corte Plena sobre la delimitación de su propia competencia y por otro lado, citar aquellos casos en que se tengan como precedentes situaciones similar al que se generó en la jurisdicción penal juvenil, para que a partir de ello se coteje con los fundamentos que fueron expuestos por dicho tribunal en la resolución del incidente de competencia 27-COMP-2011.

Así tenemos, que como fundamento legal para acreditar la competencia de la Corte Plena en materia de conflicto se señala la atribución que le confiere el artículos 182 2° Cn. y 65 C.P.Pn., apuntando con razón, que no existe normativa procedimental para dirimir los conflictos de competencia conocidos por el Pleno de la Corte³⁴⁷, agregándose que el principio de legalidad dirigido a funcionarios o autoridades que refiere el art. 86 inciso 1° Cn., establece que las atribuciones y competencias son sólo las que otorga la Constitución y la ley, en tal sentido, al fijarse los límites de la competencia que se expresan por la misma Corte Plena en materia de conflictos de competencias, sea en su vertiente positiva o negativa, se ha sostenido que se configura cuando dos jueces de forma simultanea afirmen o nieguen tener competencia para conocer en un mismo proceso penal, escapando en ese orden de ideas, todos aquellos casos que no configuren supuestos de confrontación de dos funcionarios o tribunales judiciales que de forma simultánea rechacen o reconozcan que les corresponde el conocimiento de un proceso penal.

³⁴⁵ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo con referencia 80-2010, de fecha 22/06/2011, considerando VI párrafo final. Se deja en evidencia la relevancia que tiene el precedente para la SCn., no sólo como fundamento para que se resuelvan de la misma forma casos análogos, sino que incluso deben ser observados en casos futuros por la autoridades contra quienes se resolvió, afirmando que: *“las autoridades públicas deben atender la ratio decidendi de aquellos precedentes jurisprudenciales en los que se ha emitido un pronunciamiento sobre las circunstancias bajo las cuales la aplicación de una determinada norma secundaria es inconstitucional, con el objeto de evitar que su aplicación continúe perpetrando la vulneración de los derechos fundamentales en casos análogos al discutido en el precedente”*.

³⁴⁶ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 18-CON/IP-2012, de fecha 12/06/2012. Como fundamento de la resolución se recurre a lo que ya había dicho el pleno de corte sobre el mismo asunto, manifestando: *“Respecto al primero de los aspectos indicados, debe decirse que esta Corte ha establecido en su jurisprudencia”*, con lo que evidencia la importancia que tiene para el máximo tribunal su propio precedente.

³⁴⁷ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 24-COMP-2011 acum., de fecha 8/11/2011. En relación a la ausencia de normas procedimentales para dirimir el conflicto de competencia ha manifestado: *“(…) que no existe una norma legal específica que regule lo atinente al procedimiento a seguir en la tramitación de los conflictos de competencia planteados ante esta Corte; no obstante lo anterior, este Tribunal estima procedente aplicar la normativa procesal común, es decir, el Código Procesal Civil y Mercantil”*.

Por lo antes dicho, no configuran supuestos de conflicto de competencia, los casos que el conocimiento del proceso para uno de los jueces, sea el resultado de sanciones procesales como el supuesto de la nulidad que impliquen la inexistencia de actos procesales que deberán retornar a etapas procesales anteriores a efecto que sean repuestas, o en los supuestos que el conocimiento para uno de los jueces, sea el resultado de impugnaciones de una resolución que genera el reenvío del proceso para un tribunal diferente de aquel que se encontraba conociendo el proceso, y particularmente, como ya lo ha sostenido la Corte Plena, tampoco comprende aquellos casos que el planteamiento del conflicto de competencia conlleven un desacuerdo con la resolución que dentro de la competencia correspondiente, se emita por un juez, tribunal, cámara o salas de la CSJ en el trámite de un proceso, tal como ocurriría con el caso de ser declarada procedente una excusa o recusación que ha sido planteada ante la autoridad legalmente designada, y que el funcionario judicial a quien se comisione muestre desacuerdo con los fundamentos de dicha resolución y se niegue a cumplirla.

En ese sentido, la competencia de la Corte Plena de la CSJ en el conflicto de competencia, no conlleva entrar al análisis o revisiones del contenido de las resoluciones del proceso que les llega a su conocimiento, en tanto no se trata de *un análisis de carácter impugnativo de las resoluciones dictadas por los tribunales que declinan su competencia*³⁴⁸, ya que no se tiene competencia para resolver si existe o no un *“correcto sentido de las decisiones de fondo de los juzgadores, así como tampoco revocar o anular las resoluciones vinculadas con el incidente”*, pues el conflicto de competencia no es medio de control de las falencias que se cometen por los jueces que conocen una causa³⁴⁹, en consecuencia

³⁴⁸ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 78-COMP-2009, de fecha 4/01/2011. Para desligarse del control sobre el acierto o desacierto de resoluciones pronunciadas dentro del proceso que se suscitó el conflicto de competencia entre el Juzgado Segundo de Ejecución de Medidas al Menor de San Salvador y el Juzgado Segundo de Menores de Santa Tecla, se afirmó que la competencia de la Corte Plena en los conflictos de competencia no comprende: *“un análisis de carácter impugnativo de las resoluciones dictadas por los tribunales que declinan su competencia, es decir, no corresponde a esta Corte establecer por medio de un conflicto de competencia el correcto sentido de las decisiones de fondo de los juzgadores, así como tampoco revocar o anular las resoluciones vinculadas con el incidente; de hacerlo atentaría contra el principio de congruencia y de imparcialidad judicial”*.

³⁴⁹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia 28-COMP-2011 de fecha 31/05/2011, considerando V. Se fundamenta que: *“esta Corte no actúa como un tribunal de instancia cuando conoce de cuestiones de competencia, sino que sus facultades resolutivas se limitan a determinar el juez competente para conocer del caso que se le plantea. Dicha atribución excluye, por tanto, un análisis de carácter impugnativo de las resoluciones dictadas por los tribunales que declinan su competencia, es decir, no corresponde a esta Corte establecer por medio de un conflicto de competencia el correcto sentido de las decisiones de fondo de los juzgadores, así como tampoco revocar o anular las resoluciones vinculadas con el incidente; de hacerlo atentaría contra el principio de congruencia y de imparcialidad judicial, último que se erige como una garantía de la actividad jurisdiccional y se manifiesta como una exigencia de que el juez competente para resolver el proceso sometido a su*

al omitirse los límites de la competencia en los conflictos de competencia, se desconocería el principio de legalidad por excederse de las facultades que el derecho reconoce, configurando un atentado contra los principios de congruencia e imparcialidad judicial, al resolverse más allá de lo pedido y por entrometerse en la competencia de otro juzgado, tribunal o cámara a quien correspondería el conocimiento exclusivo sobre el fondo del asunto.

La Corte Plena al pronunciarse en el conflicto de competencia con referencia 11-COMP-2011³⁵⁰, en este caso tiene en claro el límite de su competencia en materia de conflictos de competencia, indicando al Juez Especializado de Instrucción de Santa Ana, que su alegación de falta de competencia no existía, sino que se trataba de un desacuerdo, que de ser conocido por la vía de conflicto de competencia produciría ruptura del principio de imparcialidad y la competencia funcional que confiere el juicio de admisibilidad de la prueba al Juez de Instrucción, pues en ese caso, al declarar el Juez Especializado de Sentencia la nulidad parcial del proceso, ordenando reponer una audiencia preliminar, esa decisión no era objeto de análisis en el incidente de competencia, habiéndose resuelto que *“(...)no constituye un conflicto que le corresponda dirimir a esta Corte, sino que únicamente se trata de una inconformidad con la decisión del Juzgado Especializado de Sentencia”*.

También se ha manifestado por la Corte Plena, que el C.P.Pn. ya: *“establece al juez y las partes los mecanismos legales idóneos que deben incoarse cuando se considere que la imparcialidad de un juzgador se encuentra en duda, pero tales aspectos no pueden ser resueltos por esta Corte (...) quedando expedito a dicho juzgador la posibilidad, en caso que lo estime pertinente, de hacer uso de los mecanismo que prevé el Código Procesal Penal derogado cuando advierta que su imparcialidad se vea afectada por haber emitido en el mismo procedimiento un pronunciamiento con anterioridad”*, siendo esto último una abierta invitación para que el Juez o las partes aleguen la excusa o recusación en ese caso, para resguardar la garantía de imparcialidad en sede de instrucción³⁵¹, obviamente relacionado con el

conocimiento debe hacerlo sin que su decisión se vea influida por motivos ajenos al proceso y su contradicción. Las referidas cuestiones de competencias constituyen entonces, por su naturaleza, asuntos incidentales que se intercalan en el curso del proceso”, lo cual evidencia que la competencia que se confiere a la Corte Plena no se extiende la valoración del contenido de las resoluciones que se pronuncian en el trámite del proceso.

³⁵⁰ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 11-COMP-2011, de fecha 28/02/2011.

³⁵¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst., con referencia 05-2001 acumulada, de fecha 23/12/2010, considerando VII. B.b(ii) párrafo tercero. Al referirse a mecanismo de protección de la imparcialidad manifiesta: *“En ese sentido, es obvio que, para garantizar a éstas un pronunciamiento objetivo fundamentado*

prejuicio del mismo juez de instrucción que se formó cuando realizó la audiencia preliminar que se le manda a reponer.

Se ha precisado por la Corte Plena³⁵², que: *“el criterio que de manera consistente ha sostenido respecto a la naturaleza de un conflicto de competencia, ya que éste se suscita cuando dos jueces se declaran expresa y contradictoriamente competentes o incompetentes para conocer de un determinado proceso, (...). En otras palabras, este tipo de contención está determinada por la existencia de una auto atribución o declinatoria por parte de dos autoridades judiciales para conocer de un determinado asunto, a partir de la existencia de alguna circunstancia que lo habilite o impida”*, lo cual resulta coherente si tomamos como referencia la ubicación del artículo 65 C.P.Pn, en la sección quinta del tercer título, bajo el epígrafe de *CUESTIONES DE COMPETENCIA*, que se encuentra después de las secciones de Extensión de la Competencia, Competencia Material y Funcional, Competencia por Territorio y Competencia por Conexión³⁵³, pues sólo así se entiende que los conflictos sobre los cuales tendría facultades de conocerse por la Corte Plena, serán aquellos en donde existen dos jueces o tribunales que asumen o niegan la competencia ya sea territorial, por materia o funcional³⁵⁴.

Una vez establecida la idea central de la competencia de la Corte en Pleno en conflictos de competencia, es indispensable definir a que Juez, Tribunal o Cámara, le corresponderá resolver las declaratorias de las excusas y recusaciones que sean planteadas en el trámite de los procesos penales, por lo que se

exclusivamente en el ordenamiento jurídico, se plasma en la normativa una serie de cautelas, mediante el sistema de excusas, impedimentos y recusaciones; las cuales buscan en definitiva, impedir que los jueces puedan decidir en asuntos en los que tengan algún interés mediato o inmediato; o lo que es lo mismo, evitar vínculos de cualquier naturaleza entre el juez y las partes que puedan conducir a una reducción fáctica de la libertad del juez a la hora de resolver la pretensión sometida a su conocimiento.

³⁵² CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución del incidente de conflicto de competencia con referencia 74-COMP-2009, de fecha 21/12/2010, considerando III.

³⁵³ SALAZAR GRANDE, César Ernesto, *et. al.*, *Código Procesal Penal Comentado*, 1ª edición, impresos maya, 2001. San Salvador, El Salvador, p. 283. Señala el autor que: *“Los conflictos de competencia descritos se pueden fundamentar en oposiciones por el territorio, materia y funciones. En estos conflictos se distinguen oposiciones positiva y negativa”*.

³⁵⁴ CAFFERATA NORES, José, *et. al.*, *Manual de Derecho Procesal Penal*, S. Ed., S.F., p. 55, disponible en <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf>, (sitio consultado 14 de febrero del 2013). A propósito de los criterios tradicionales de competencia que serían los susceptibles de generar un conflicto de competencia, manifiesta que: *“La tarea judicial se reparte, por obra de la ley procesal, entre diferentes órganos jurisdiccionales según varios –y clásicos– criterios, que determinan (pre-determinan) cuáles de aquellos son los que pueden y deben intervenir en un caso concreto. El lugar de presunta comisión del delito es la base de la competencia territorial; la clase o cantidad de la pena, la naturaleza del delito (culposo o doloso), o de la acción ejercitada (pública o privada) y la edad del imputado, son pautas para distribuir la competencia material; la etapa por la que transita el proceso (investigación preparatoria; juicio) o sus grados (tramitación de recursos) atribuyen competencia funcional”*.

trae a cuenta que el art. 68 C.P.Pn., al respecto dispone que: *“Corresponderá al tribunal inmediato superior resolver sobre la excusa y recusación de los jueces o magistrados”*, guardando sistematización con el artículo 58 de la Ley Orgánica Judicial, que en la tercer facultad conferida para las Cámaras de Segunda Instancia, se establece que les corresponderá *“Conocer, en su ramo, de las recusaciones, impedimentos y excusas, de los Jueces de Primera Instancia de su Sección”*.

Es de retomar lo que con acierto ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Plena³⁵⁵ manifestando que la aplicación supletoria de la legislación procesal común, ya sea el código procesal penal, procesal de familia o procesal civil y mercantil, a que se refiere artículo 41 de la Ley Penal Juvenil se limitará siempre que las mismas: *“sean concordante con la naturaleza especial del procedimiento penal juvenil, es así, que los jueces de menores se encuentran habilitados -por ley- para aplicar las normas del procedimiento común en el proceso penal juvenil que no contradigan los principios rectores de éste”*, en tal sentido, dentro del proceso penal contra adolescentes, al no existir referencia expresa sobre los impedimentos del Juez y el trámite de la excusa y recusación, agregándose que la observancia de la garantía de imparcialidad en el proceso penal contra adolescentes tiene como mínimo lo ya observado para una persona adulta a quien se le imputa un hecho punible, tratándose de una garantía que produce afectación negativa a los principios rectores de la ley penal juvenil, por lo que es incuestionable que tanto los impedimentos como el trámite de la excusa y recusación, se regirán en los procesos penales juveniles por las normas de la legislación procesal común, en consecuencia la resolución de incidentes de excusa y recusación de los jueces de menores corresponderá a las Cámaras de Menores³⁵⁶.

³⁵⁵ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 78-COMP-2009, de fecha 4/01/2011. En relación a la aplicación supletoria de la suspensión condicional del procedimiento en el proceso penal juvenil, manifestó que: *“...es preciso señalar que si bien la Ley Penal Juvenil no regula expresamente la suspensión condicional del procedimiento, si establece en su artículo 41 la aplicación supletoria del Código Procesal Penal ante las lagunas normativas de aquélla, siempre que la disposición que se pretenda aplicar supletoriamente sea concordante con la naturaleza especial del procedimiento penal juvenil, es así, que los jueces de menores se encuentran habilitados -por ley- para aplicar las normas del procedimiento común en el proceso penal juvenil que no contradigan los principios rectores de éste”*.

³⁵⁶ VENTURA, Cesareo Duro, et. al., *Código Procesal Penal Comentado*, 1ª edición, impresos maya, San Salvador, El Salvador, 2001, p. 312. Al comentar la competencia para resolver sobre la excusa y recusación a que se refiere el artículo 75 C.P.Pn derogado, ahora regulado con poca variación en el artículo 68 C.P.Pn. vigente, comenta en lo pertinente que: *“la ley otorga a la tramitación de la excusa y de la recusación un carácter netamente jurisdiccional, y no por tanto gubernativo (...) Se acepta así en principio la atribución legal de competencia a quien tuviera competencia funcional para conocer de los recursos contra decisiones jurisdicciones del órgano abstenido o recusado”*, en ese sentido, en el caso en estudio la Cámara de Menores que territorialmente le correspondía conocer sobre las excusas y recusaciones era a la sección de occidente, tal como ha ocurrido.

4. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR.

Es vital abordar la argumentación que fue expuesta por la Corte Plena para configurar la competencia que le facultare conocer el conflicto de competencia objeto de análisis, pues de los catorce considerandos que conforman los fundamentos de la resolución, los primeros cinco³⁵⁷ están referidos a lo que podríamos denominar antecedentes, los siguientes seis³⁵⁸ dedicados al esfuerzo por fundamentar que si se trata de un conflicto de competencia, en consecuencia se tiene la competencia para conocer y resolver sobre el incidente que se plantea, y los tres considerandos restantes destinados a determinar la competencia del Juzgado Primero de Menores de Santa Ana.

Lo antes expuesto es muestra de la preocupación y dificultad de la Corte Plena en configurar la competencia para conocer el fondo sobre el supuesto conflicto de competencia –pues dedicar dos terceras parte de sus considerandos con tal propósito, refleja lo cuestionable de la acreditación de la competencia- no sólo por expresarse literalmente de forma reiterada que “...*da la impresión de no constituir un verdadero conflicto de competencia (...) aun y cuando la controversia aparenta tener sustento legal según han sostenido dichos juzgadores*”, sino porque sus propios precedentes en materia de conflicto de competencia han excluido el conocimiento de casos que se trate de un desacuerdo³⁵⁹ sobre el contenido de las resoluciones pronunciadas en tramitación de un proceso, más aun cuando se ha pronunciado una resolución de un tribunal superior a quien la ley le confiere competencia para pronunciarse ante la impugnación de las resoluciones.

³⁵⁷ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011 de fecha 19/05/2011. El considerando inicial hacen referencia a la argumentación del Juzgado Primero de Menores, el segundo lo que externo por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente, el tercero a lo que se expresó por el Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana, el cuarto a fijar el punto del debate sobre el incidente de incompetencia y el quinto reafirma lo ya dicho por el Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana, en cuanto a que la estructura del proceso sólo podría modificarse a través de una reforma de la legislación procesal.

³⁵⁸ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011. Inicia advirtiendo que el caso sometido a su conocimiento genera la impresión de no configurar un verdadero conflicto de competencia, pero que ante la declaratoria de un impedimento en el incidente de recusación, y por *desacuerdo* del Juzgado Segundo de Menores que se declara incompetente, sería *incorrecto afirmar que no se ha configura un conflicto de competencia*, legitimando el incumplimiento de la resolución de la Cámara de Menores de la Sección de Occidentes, por no ser consideradas válidas las razones según lo valoró la funcionaria que fue designada como reemplazante.

³⁵⁹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, conflicto de competencia con referencia 77- COMP-2009, resolución de fecha 16/12/2010. Se fundamenta que la competencia de la Corte en los conflictos de competencia no comprende revocar o anular resoluciones vinculadas con el incidente.

En el conflicto de competencia con referencia 13-COMP-2011³⁶⁰ advierte la Corte Plena, que no configura conflicto de competencia cuando “*una decisión emitida por la Cámara Especializada de lo Penal en la cual revoca la resolución de incompetencia dictada por el Juzgado Especializado de Instrucción de San Miguel y por otra parte, un proveído de esa sede judicial en el cual manifiesta que no comparte lo resuelto por el referido tribunal de segunda instancia*”, agregando que si en ese supuesto se entrara a conocer sobre el fondo de la incompetencia que fue alegada, la Corte Plena “*actuara como un tribunal de instancia respecto de lo decidido por la Cámara Especializada de lo Penal en apelación*”, dándose a entender que no se tiene facultad para entrar a conocer el sentido de la resolución que no fue compartida en ese caso por el Juez Especializado de Instrucción.

En esa misma línea la Corte Plena en el incidente de conflicto de competencia con referencia 59-COMP-2009³⁶¹, delimita la competencia en materia de conflictos de competencia, motivando que éste surge como una cuestión de la competencia ya sea por la materia o territorio, mientras que el caso de las normas de reparto de la carga laboral o de turnos, al ser de carácter administrativas, no restan al juez la facultad para que ejerzan la función jurisdiccional, siendo ello contrario a lo que ocurre en el caso de menores objeto de análisis, pues no se trataba ni de conflicto de competencia fundado en la territorialidad, ni tampoco fue un caso de conflicto de competencia por la materia, suponiéndose que por territorio y materia, ambos juzgados eran competentes, excluyéndose de la misma forma, que se trató de conflicto en razón del turno, pues con el precedente citado se entendería que los turnos no afectan la competencia y obligación de los tribunales para conocer sobre procesos que les fueren remitidos, por lo que al fin de cuentas, nada se dice respecto de circunstancia que habilitan la existencia de conflictos de competencia.

Por mucho esfuerzo realizado al pretender configurar el conflicto de competencia en análisis, resulta innegable que se desconoce la exclusiva competencia que en ese caso concreto correspondía a la Cámara de Menores de la Sección de Occidente para resolver la recusación del Juzgado Primero de

³⁶⁰ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 13-COMP-2011, de fecha 5/04/2011. Considerando III, párrafo tercero.

³⁶¹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 59-COMP-2009, de fecha 25/01/2011. Al referirse a los casos susceptibles de ser conocidos mediante el conflicto de competencia dice: “*Al respecto es preciso señalar, que las denominadas normas de reparto tienen carácter eminentemente administrativo, de manera que su inobservancia no faculta a los jueces que ejercen jurisdicción penal, a utilizarlas como fundamento para declararse incompetentes agregando que según lo determina el Código Procesal Penal derogado, artículos 58 y 61, los únicos conflictos de competencia que se pueden suscitar son en razón de la materia o del territorio, pero nunca en razón del turno*”.

Menores de Santa Ana, en tanto se ha revocado por la Corte Plena una decisión jurisdiccional válida, sin que se tuviera facultad, en tanto no se ha alegado falta de competencia ni por la materia, ni por el territorio, que son los supuestos admitidos para suscitar conflictos de competencia³⁶², apartándose de la propia línea de precedentes, al haber obrado como un tribunal de instancia que se pronunció sobre el fondo de la resolución firme, cuando en situaciones similares expresamente se niega esa posibilidad³⁶³.

Sólo asumiendo que se ha obrado como un tribunal de instancia adquiere sentido la resolución pronunciada en el conflicto de competencia 27-COMP-2011, cuando se confrontan por un lado, los fundamentos expuestos por el Juzgado Segundo de Menores, que se negó a acatar la orden de realizar vista de causa; y por la otra parte, los fundamentos expuestos por el Juzgado Primero de Menores conjuntando con los fundamentos expuestos por la Cámara de Menores de Occidente, siendo así que literalmente la Corte Plena dice que “(...) *no puede tenerse por válido el trámite dado a la recusación invocada contra la señora Juez Primero de Menores de Santa Ana, por la Cámara de Menores de ese distrito judicial*³⁶⁴, agregando en esa misma línea en el otro caso que literalmente comprende la misma situación³⁶⁵, que el conflicto no es entre dos jueces que alegan de forma simultánea ser incompetentes, sino, por un lado la Cámara de Menores junto con la Jueza Primero de Menores que consideran la procedencia de la recusación, y por el otro lado, la fundamentación de la Jueza del Juzgado Segundo de Menores que no valida ni los argumentos ni el fallo pronunciada en el incidente de recusación.

Para consolidar el caso 27-COMP-2011, la Corte en Pleno de la CSJ. en el conflicto de competencia con referencia 31-COMP-2011, que se trata sobre el mismo impedimento de haberse conocido por un Juez

³⁶² CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 39-COMP-2010, de fecha 14/12/2010. No obstante reconocerse por la Corte Plena que no cuenta con un procedimiento que establezca a quien corresponde cumplir la orden que en ese caso pronuncio la Cámara, es enfática al afirma que la resolución pronunciada por la cámara se deberá cumplir.

³⁶³ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia 28-COMP-2011, de fecha 31/05/2011. Afirma que la competencia de la Corte Plena no es como tribunal de instancia que valore el fondo de las resoluciones pronunciadas dentro de los procesos.

³⁶⁴ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011, considerando XIII.

³⁶⁵ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 31-COMP-2011, de fecha 21/06/2011, considerando II. De forma abierta se contraponen el criterio del Juzgado Primero de Menores y la Cámara de Menores de la Sección de Occidente por un lado, y el criterio del Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana por otra parte, confrontándose no la negativa a conocer en la causa por parte de la funcionaria titular del Juzgado Primero de Menores, sino los fundamentos de la excusa que se alega, así como la argumentación para aceptarla por parte de la Cámara de Menores, que no son asumidos como válidos por la titular del Juzgado Segundo de Menores, quien concluye declarándose incompetente.

de Menores las fases anteriores que dentro del proceso penal juvenil preceden al juicio, pero que a diferencia del primer caso, el Juzgado Primero de Menores no es recusado, sino que de forma oficiosa es la propia Jueza quien solicita ante la Cámara de Menores se le excuse para seguir conociendo en el proceso, siendo dicha solicitud acogida en similares términos que el supuesto de la recusación, designándose como juez de menores reemplazante al Juzgado Segundo de Menores, que nuevamente niega tener competencia bajo los mismos argumentos que fueron expuestos en el caso primeramente citado, llamando la atención que este caso, no obstante conservar los fundamentos de fondo, se produce una ampliación en dos puntos centrales: fijando criterio sobre el cumplimiento de las decisiones emitidas por tribunal de segunda instancia en el conocimiento de los incidentes que le son de su competencia, y por otro lado, sobre el alcance de la concepción de competencia y los mecanismo para establecerla.

Respecto del primero de los puntos abordados, de forma contradictoria señala su propio precedente con referencia al caso 39-COMP-2010, reconoce la vinculación de las resoluciones que por la vía de impugnación pronuncian tribunales superiores en recursos o incidentes que la ley le otorga la competencia, mientras en el siguiente párrafo dice que “*Sin perjuicio de ello*” la Corte se encuentra habilitada para conocer del incidente, como una atribución que le confiere el artículo 182 inc. 2 Cn. referida a dirimir los conflictos de competencia, es decir, hacen referencia a que no configuran conflicto de competencia aquellos casos que implican desacuerdos o desobediencias a resoluciones de los tribunales superiores, sin embargo entraran a resolver el asunto que les ha llegado a su conocimiento.

En el segundo punto, en coherencia a la línea argumentativa que se venía expresando, se esperaba que fuera destinada para establecer en ese caso en concreto, la competencia de la Corte Plena para conocer sobre el fondo del asunto, pero luego del análisis de sus cuatro párrafos que lo conforman³⁶⁶, se mencionan las resoluciones pronunciadas por el Juzgado Primero de Menores y Cámara de Menores de la Sección de Occidente, en las que de forma motivada plantean y declaran la existencia de un impedimento, y en consecuencia la separación de la jueza del citado Juzgado que se encontraba

³⁶⁶ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 31-COMP-2011 de fecha 21/06/2011. Sobre lo que denominaron en la resolución *los alcances de concepto de competencia y su mecanismo para establecerla*, lo desarrollan en cuatro párrafos, manifestando que la competencia: “*estará determinada por las disposiciones legales reguladoras de este aspecto (...) Por tanto, la competencia es una materia cuya regulación se encuentra reservada exclusivamente a las disposiciones legales que sean aplicables al caso del que se conoce y como consecuencia, no puede ser interpretada de manera distinta a las reglas contenidas en aquellas*”.

conociendo del proceso penal de menores en cuestión, de lo que se advierte que el asunto no se trata de incidente de competencia entre dos tribunales, pues de haber sido así, no quedaría cuestionada la competencia de la Cámara de Menores al haber pronunciado resolución, lo cual se confirma cuando se expone el criterio de la Corte Plena, señalando junto a la resoluciones del Juzgado Primero de Menores, la resolución de la Cámara de Menores, afirmando que la interpretación de la Jueza y Magistrados de dichas sedes, creaban competencia que sólo procedían mediante la reforma de la LPJ.

Con lo antes apuntado se concluye que en el caso 31-COMP-2011, persisten las falencias de la fundamentación del caso 27-COMP-2011, con la variante de haberse intentado ampliar o aclarar que no se obra como tribunal de instancia respecto de las resoluciones del proceso, y que se tenía competencia para conocer como conflicto de competencia el caso que se les había planteado, lo que implicó ignorarse una vez más la resolución pronunciada por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente por parte de la titular del Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana, a quien se le había designado en ese otro caso, como juez reemplazante para que conociera la vista de causa.

De igual manera, a la argumentación contenida en la resolución del caso 27-COMP-2011 conlleva una falacia *ignoratio elenchi*³⁶⁷, pues desvía el objeto del debate que en el fondo no se aborda, en tanto lo principal era determinar si la Jueza Primero de Menores de Santa Ana, había tenido o no contacto con el objeto del debate en juicio al haber emitido medida cautelar y pronunciado resolución de mérito en las fases previas de la vista de causa, y no si la declaratoria de impedimento o recusación que a pesar de ser bien vista, implicaban la ruptura de la estructura del proceso penal de adolescentes que sólo podría hacerse por reforma de ley, tal como se termina afirmando y resolviendo en el citado caso.

De esa forma el debate fue llevado desde los fundamentos y declaratoria del impedimento que origina el incidente de recusación -que no fueron discutidos- a un conflicto de competencia inexistente referido a considerarse que la estructura del proceso de adolescentes, por establecer que su conocimiento en diferentes fases competen a un solo Juez, no podría ser modificado por vía de interpretación, habiéndose concluido por la Corte Plena, que ello sólo es posible mediante el proceso de formación de ley, lo cual

³⁶⁷ GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo. “Uso de Razón”, *Tercera Parte: Diccionario de las Falacias*, disponible en <http://www.usoderazon.com/>. p. 292, (sitio consultado el 21 de febrero del 2013). Al definir la falacia de eludir la cuestión o *ignoratio elenchi* manifiesta que la misma “*consiste en probar otra cosa diferente de la que se cuestiona. Quien la comete saca la discusión de su terreno, o se empeña en probar lo que nadie discute*”.

contrasta con la visión del rol de un Juez en un Estado de Derecho Constitucional³⁶⁸, en donde más que la vinculación de las normas secundarias, las decisiones de los administradores de justicia deben ser orientadas por los principios y valores que establece la Cn³⁶⁹, pues es a partir de ella que se configura todo proceso penal³⁷⁰, siendo en ese orden de ideas, que la tendencia acusatoria³⁷¹ y las exigencias del principio de imparcialidad, son mandatos obligatorios que conforma las garantías mínimas de un proceso penal.

El tratamiento inadecuado que se ha dado en el incidente de competencia tiene su origen real en la confusión o equiparación entre impedimento³⁷² e incompetencia³⁷³, que son situaciones que si bien generan como efecto común que un juez ya no continuará conociendo sobre en un proceso penal en

³⁶⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El Tercer Poder. Notas Sobre El Perfil Político del Poder Judicial*, 1ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 29-38. Resulta interesante como el autor caracteriza al llamado *juez legal*, para luego referirse a la *Transformación del Juez Legal en Juez Constitucional*.

³⁶⁹ BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, S.E., artes gráficos candil, Buenos Aires, Argentina, 1998. p. 50. Se concibe al derecho procesal por parte del autor, como *la reformulación o reglamentación del derecho constitucional*, que vincula al legislador al dictar la ley procesal, que se rija por los principios constitucionales, en consecuencia cuando ello no ocurriere, corresponderá a la jurisprudencia inicialmente salvar la falencia legislativa mediante una interpretación conforme a la constitución o en su defecto en el caso del derecho interno salvadoreño, acudir a la inaplicabilidad de la norma procesal que sea contraria al marco constitucional.

³⁷⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, CSJ, sentencia de Inconst., con referencia 05-2001 acum, de fecha 23/12/2010. Se argumenta por la SCn., en alusión a la configuración del jurado, que la misma constitución le otorga al legislador un amplio margen para la configuración del jurado, agregando que no obstante ello, también es la Constitución la que determina los parámetros que deben ser cumplidos en la actividad legislativa, correspondiendo al Juez que ha jurado someterse a la Constitución, que ante inobservancias por el legislador en su facultad de configuración legislativa, acuda a la integración del ordenamiento legal para salvar, en el caso que nos ocupa, la legalidad del sistema penal contra adolescentes.

³⁷¹ MONTERO AROCA, Juan, *La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio*, p. 537, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>, (sitio consultado el 23 de febrero del 2013). Sostiene que en cualquier tipo de proceso penal el Principio Acusatorio tiene como fundamento el Principio de Imparcialidad, quedando fuera de discusión que la función de investigación y la de enjuiciamiento, queden concentradas en una sola persona, siendo allí donde se requiere al tercero imparcial que dirima el asunto.

³⁷² BIASCO Emilio, *El principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación*, p. 9, disponible en <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>, (sitio consultado el 22 de febrero del 2013). Se aportan como elementos que nos permitirían diferenciar los casos de impedimentos de la incompetencia, que la "(...) *la abstención o excusación consiste en la obligación de los titulares de órganos o cargos públicos de mantenerse alejado o de no ejercer sus funciones, cuando puedan surgir desviaciones a causa de sus situaciones particulares o de una específica relación con los destinatarios de los actos (parentesco, afinidad, enemistad, etc.), o con bienes objetos de los actos*", todo ello en referencia a circunstancias que afectan la imagen del Juez como tercer dentro del conflicto.

³⁷³ CAFFERATA NORES JOSÉ I., *et. al.*, *Manual de Derecho Procesal Penal*, *Op. cit.*, p. 54. Diferencia la concepción de la competencia subjetiva que la entiende como "*el poder-deber de un juez de ejercer la jurisdicción que le es propia, con relación a un determinado asunto penal*" y la competencia objetiva que la refiere al "*ámbito legislativo predeterminado por la ley, dentro del cual el juez puede ejercer la función jurisdiccional*".

concreto, no obstante se trata de instituciones procesales que en términos generales se diferencian³⁷⁴ en que la primera se origina por la afectación concreta a la persona del Juez, sea esta de orden subjetivo u objetiva, sin que se discuta que éste tenga facultad jurisdiccional concreta para que la sede judicial de la que es responsable, pueda pronunciarse sobre el fondo del caso que se está conociendo, pues se trata de la concurrencia de un impedimento que hace temer el fiel cumplimiento del deber de imparcialidad.

Mientras que la incompetencia está referida a la ausencia de facultad jurisdiccional del Juzgado o tribunal para conocer ese caso en concreto, es decir, en este caso ya sea por razones de territorio, materia o particularmente por conexión, la facultad de juzgar le está vedada no al Juez como persona física que se encuentre fungiendo como tal, sino para cualquier otro Juez que desempeñe el cargo en ese Juzgado o Tribunal, siendo así que bien pudo ocurrir que el Juzgado Primero de Menores, si por razones circunstanciales estuviere fungiendo una persona distinta a la que venía conociendo el proceso, esta deberá conocer la vista causa por no existir dificultad alguna, por no verse afectada por el impedimento legalmente descrito, situación que no es posible ante los supuestos de incompetencia, en tanto el juzgado no tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el asunto.

Con la pretensión de frenar la interpretación que ya en ese momento un sector considerable de la jurisdicción penal juvenil venía formulando, la Corte en Plena no sólo se inmiscuye al conocer sobre un incidente de competencia sin tener facultad para ello, situación que no es nueva³⁷⁵, sino que también crea un nefasto precedente, abriendo puertas para que a partir de los casos 27-COMP-2011 y 31-COMP-2011, todo juez o tribunal que este en desacuerdo con los fundamentos que son expuestos tanto por el

³⁷⁴ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 2-2004, de fecha 29/04/2004, considerando IV. Advierte la Corte Plena, que existe conflicto de competencia solo en aquellos casos en que dos jueces se declaran expresa y contradictoriamente competentes o incompetentes para conocer de un determinado proceso, en consecuencia en el caso que se conoció, no existía un conflicto de competencia se trataba por un lado de la excusa de la Jueza de Instrucción de Quezaltepeque (no de una declaratoria de incompetencia) y por el otro lado, de la incompetencia que se alegó por el Juez de Paz reemplazante que fundamentaba no tener competencia funcional.

³⁷⁵ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia N° 70 competencias 2008, de fecha 19/03/2009, p. 28. En razón que el tribunal de sentencia no se declara incompetente pero sí remite la actuaciones a la Corte para que diera respuesta a la solicitud de declararse incompetente que le formula la representación fiscal, la Corte Plena termina resolviendo correctamente, que no existe conflicto de competencia, más sin embargo fundamenta y resuelve que ese caso fuera conocido por un juez distinto del que lo estaba tramitando, agravando la situación con la prevención que le hacen al tribunal de Sentencia de Santa Tecla, advirtiéndole que debe resolver las solicitudes que son presentadas, que por la Corte Plena ya había sido resuelta cuando correspondía al tribunal que conocía el caso.

funcionario judicial que se excuse o el interesado que recusa, y particularmente este en desacuerdo con los fundamentos y fallos que emita el juzgador, tribunal o cámara que declara el impedimento, ahora podrá negarse a cumplir con la designación que se haga en dichos incidentes, disfrazando el incumplimiento de la orden alegando no tener competencia, para que sea la Corte Plena quienes en el fondo procedan a REVISAR la validez el fallo del juzgado o tribunal que ha declarado la excusa o recusación, asumiéndose que con ello se ha creado una nueva competencia para la Corte Plena que no se les ha conferido por ley.

En contradicción a lo argumentado y resuelto por la Corte Plena en el caso con referencia 27-COMP-2011 que conlleva a negar dentro del proceso penal recogido en la LPJ la existencia de fases o etapas que tienen similitud con las desarrolladas en el proceso penal común, que genere el mismo impedimento referido a la prohibición de conocer un mismo juez de las diferentes etapas dentro del proceso que ya se estipula para el mismo, pasado poco menos de tres meses, tal como ocurrió al resolverse el conflicto de competencia con referencial 38-COMP-2011³⁷⁶, la misma Corte Plena ahora sostiene que la tramitación del proceso penal de la LPJ es *desarrollado de manera análoga a lo regulado en el Código Procesal Penal*, con ello establece el precedente, en virtud del cual, ante el supuesto de la declaratoria de incompetencia por un Juez de Menores por desvirtuarse la presunción de minoridad del procesado, correspondería continuarse conociendo eso proceso penal común en contra del inculpado adulto, al Juez a quien le corresponda la fase en que se encuentra dicho proceso previo a la declaratoria de incompetencia del Juez de Menores, ello siguiendo el criterio de competencia funcional, en consecuencia dado que en ese caso ya se había pronunciado auto de mérito y ordenado la celebración de vista de la causa, equiparándolo con el auto de apertura a juicio a que se refiere el artículo 364 C.P.Pn. según el cual designa como Juez competente al juez de sentencia.

³⁷⁶ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 38-COMP-2011 de fecha 11/08/2011, considerando III. Literalmente se equiparó las fases del proceso penal de adolescentes, con las fases del proceso penal de adultos manifestando: *“Por tanto, para el presente caso, el proceso penal en contra del imputado tramitado con base en la Ley Penal Juvenil, se ha desarrollado de manera análoga a lo regulado en el Código Procesal Penal, habiéndose agotado la fase de instrucción al dictarse auto de mérito y ordenarse la celebración de vista de la causa, por lo que únicamente queda por celebrar esta última, que en el caso de lo prescrito en el Código Procesal Penal sería semejante a la vista pública. En ese sentido, tomando en cuenta el criterio adoptado por esta Corte, en cuanto a la improcedencia de iniciar nuevamente un proceso cuando el trámite que se le haya dado presente similares condiciones a las previstas en la normativa que regirá la continuación del desarrollo de aquel, deberá ordenarse la remisión de la causa al tribunal de sentencia respectivo para que continúe conociendo de la fase plenaria del proceso penal”*.

Por ello se advierte por una parte, que dentro del proceso penal contra adolescentes sí existen fases del proceso que son similares a las existentes en el proceso penal de adultos, con la variante que el conocimiento de todas ellas se concentra en un solo juez, mientras en el proceso penal común, se establece competencia funcional que separa el conocimiento de esas mismas fases en diferentes jueces, y por otro lado, que no obstante reconocerse la existencia de la similitud de las fases del proceso contra adolescentes y del proceso penal común, es inaplicable para el juez de menores, el supuesto del impedimento literalmente recogido en la ley, consistente en haber intervenido como juez en las fases previas al juicio, lo que ya vuelve cuestionable el respeto de la garantía de igualdad ante la ley por parte de la Corte Plena.

Para mejor comprensión de la problemática planteada, presenta utilidad lo que fue documentado dentro del acta de la sesión de Corte Plena que comprendió el debate sobre el conflicto de competencia objeto de análisis³⁷⁷, ya que como parte de las consideraciones de los magistrados participantes se señaló entre otros puntos, que para salvar que no se incurra en “*desacato de la jueza segundo frente a una orden superior que no tendría por qué controvertir*”, debían configurar la competencia de la Corte Plena retomando el artículo 76 inciso segundo del C.P.Pn³⁷⁸. ya derogado en ese momento – según acta se documenta la cita del artículo 74 C.P.Pn. derogado, que no corresponde al contenido de lo que se manifiesta- asumiendo que la Jueza Segundo de Menores de Santa Ana, remite el caso que no es conflicto de competencia, sino como desacuerdo de la validez del impedimento a efecto que, como lo disponía la disposición legal citada, la Corte Plena retome el rol que según la norma legal derogada, correspondía a la Sala de lo Penal de la CSJ, para que de esa forma se conozca sobre los fundamentos del impedimento alegado, y fue en ese sentido -sin revelarlo- que terminan pronunciando la resolución acogiendo el fundamento del desacuerdo.

Se agrega en dicha acta, que dentro del proyecto de resolución comprendía en el considerando XIII un llamado o incitación a que se acudiera por los jueces de la jurisdicción de menores, a declarar la inaplicabilidad de la ley penal juvenil, siendo observado por dos de los señores magistrados participantes,

³⁷⁷ Acta de la plenaria de Corte Plena CSJ, de fecha 19 de mayo del 2011, pp. 11-15, disponible en http://www.transparencia.oj.gob.sv/Filemaster/InformacionGeneral/documentacion/c-22/2057/19_Acta.pdf, (sitio consultado 17 de febrero del 2013).

³⁷⁸ El Art. 76 inc. 2º C.P.Pn. derogado, respecto de la inconformidad de los fundamentos de una declaratoria de impedimento literalmente disponía: “*Si el reemplazante estima que el impedimento no tiene fundamento, elevará los antecedentes a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para que resuelva sobre el impedimento*”.

quienes solicitan que la sugerencia de inaplicabilidad fuera suprimida de la resolución, lo cual permite dar comprensión al mismo considerando XIII³⁷⁹, que precisamente recoge como válido y sustentable legalmente lo resuelto por la Jueza Primero de Menores y por la Cámara de la Sección del Occidente, pero sólo cita como vías para que ello sea resuelto, la reforma de la ley, siendo evidente que de ese apartado se suprimió la alternativa de inaplicabilidad³⁸⁰ que como mecanismo de control difuso de la Cn. le corresponde a todo Juez.

Respecto de lo sostenido por la Corte Plena en el considerando IX de la resolución en el caso 27-COMP-2011, afirmando en primer lugar, que será contrario a una correcta administración de justicia si se permite que se dé cumplimiento a una orden que no se adecue al marco legal, en segundo lugar, que la interpretación en la declaratoria del impedimento se realizó por un *mero formalismo exegético* y finalmente que se ha provocado la afectación de los principios de pronta y cumplida justicia, legalidad y la garantía del Juez Natural, siendo cada una de dicha ideas cuestionable.

Así en cuanto al primer señalamiento, es notable la diferencia de tratamiento de Corte Plena al pronunciarse en la resolución sobre conflictos de competencias en el proceso penal de adultos, afirmando que las resoluciones de los tribunales de segunda instancia se deben cumplir³⁸¹ ya que su legalidad no se afecta por la ausencia de un procedimiento para cumplir el fallo emitido, aduciéndose que no corresponde a una correcta administración de justicia, más sin embargo a la Cámara de Menores en sentido inverso se le dice que “*no puede tenerse por válido el trámite dado a la recusación invocada (...)*”, siempre haciendo referencia a una correcta administración de justicia, bajo el entendido que la ley

³⁷⁹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, de fecha 19/05/2011, considerando XIII. Se manifestó que *no puede tenerse por válido el trámite dado a la recusación contra la señora Juez Primero de Menores de Santa Ana, por la Cámara de Menores de ese distrito judicial; pues, aun cuando la controversia aparenta tener sustento legal según lo han sostenido dichas juzgadores, la misma debe dilucidarse a través de mecanismos regulados en la Constitución, tal como sería el proceso de formación de ley establecido en los Arts. 133 y siguiente Cn.*

³⁸⁰ MEJÍA, Henry Alexander, *La Justicia Constitucional Salvadoreña: Aspectos Generales*, p. 7, disponible en <http://www.henryamejia.site11.com/docs/JUSTICIA%20CONSTITUCIONAL%20V.pdf>, (sitio consultado el 24 de febrero del 2013). El control difuso es considerada por el autor como la primera manifestación histórica de la justicia constitucional, de lo que se conoce como *Judicial Review*, orientada a la protección de los derechos constitucionales por parte del juez o magistrado respecto de los poderes del Estado.

³⁸¹ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución pronunciada en conflicto de competencia con referencia 39-COMP-2010, resolución de fecha 14/12/2010.

procesal sólo cabe interpretarse de forma exegética, limitando el rol del Juez de Menores a la efectiva observancia de los preceptos constitucionales como se supone obra un Juez en un Estado de Derecho³⁸².

En cuanto al segundo punto, no es cierta la afirmación que los fundamentos expuestos en la resolución de la Cámara de Menores de la Sección de Occidente, se trata de “*mero formalismo exegético*”, sino más bien es lo contrario³⁸³, no solo porque la resolución pronunciada por el Pleno de la Corte implica un direccionamiento para someter a la jurisdicción penal juvenil con el fin de que se abstengan de aplicar la supletoriedad del proceso penal de adultos que permite una mayor amplitud de la garantía de imparcialidad en su vertiente objetiva al tenor literal del artículo 42 de la LPJ, sino también porque la motivación expuesta en la aceptación de la recusación por el Juzgado Primero de Menores de Santa Ana y que se avala por la Cámara competente, señalando que se acude a la interpretación que optimiza el principio de imparcialidad³⁸⁴, siendo ello perceptible con la cita que se hace en la Corte Plena cuando manifiesta que la Cámara de Menores “*so pretexto de evitar la violación al principio de imparcialidad*”, aplica de forma supletoria el código procesal penal, asumiéndose que la controversia de competencia era entre resolución de la Cámara y de la Jueza Segundo de Menores que no estaba dispuesta a acatarla, lo que resulta incongruente en tanto el conflictos de competencia se supone debería suscitarse entre dos juzgados de menores.

³⁸² NIÑO, Luis Fernando, *et. al.*, *La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio. Juez, Institución e Ideología*. Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 217. Atribuye al Juez la función de satisfacer pretensiones en espacio y tiempo, que exigen trascender de la tradicional tarea silogística, en donde la ley no se desatiende de la realidad, pues los preceptos de la constitución que se deben volver efectivos requieren de jueces que interpreten el derecho y no la ley.

³⁸³ CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE OCCIDENTE, incidente de recusación con referencia 1-2-2011, resolución de fecha 18/03/2011, considerando III. Inicia la motivación de la declaratoria de recusación, precisando en el literal a) del considerando III, el contenido del principio de Interés Superior, para luego abordar en el literal b) la exigencias del principio de igualdad jurídica del artículo 3 de la Constitución, y el c) las consideraciones del principio de imparcialidad, para cerrar dicho considerando con los literales d) y e) haciendo referencia a las distintas funciones del Juez de Menores dentro del proceso penal contra adolescentes y a la fundamentación legal de la recusación que les fue planteada.

³⁸⁴ CÁMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO. Incidente de excusa con referencia 3-07-2-11-EXC, de fecha 7/04/2011. Considerando IV. Se Advierte que la fundamentación a la que acude la cámara de menores del centro, contiene las principales ideas que también son consideradas por la cámara de menores de la sección de occidente, estableciendo que la garantía a ser Juzgado por un Juez Imparcial está más protegida en el juzgamiento de una persona adulta, en ese sentido se pronuncia por apartarse de la interpretación literal de la normativa establecida en la Ley Penal Juvenil, y resuelve favorable la solicitud de excusa que le fue presentada, con lo que se demuestra que la interpretación que se siguió en la jurisdicción penal juvenil no era precisamente de corte literal como se señaló en la resolución de la Corte Plena.

Agregándose a ello, que la resolución de la Corte Plena termina afirmando que la controversia que origina el conflicto de competencia, ello en referencia a que el impedimento que fundamenta la excusa o recusación solo podría ser declarado procedente en el proceso penal de adolescentes, si previamente operaba la reforma de ley, por lo que es válido señalar que la Corte Plena utilizó la interpretación literal y no de principios constitucionales, al sostener que el art. 42 LPJ era el que establecía la competencia para que un solo Juez conociera de todas las fases del proceso penal contra adolescentes, pues ello confiere sentido cuando en la misma resolución del conflicto de competencia se forma expresa se reconoce que sí existe sustento legal, pero se cierra puertas para que sea tratado con criterios jurisprudenciales, lo que configura una directriz para que la jurisdicción penal juvenil ignore o desconozca el principio de supremacía constitucional³⁸⁵ que debe orientar toda interpretación de las leyes.

Finalmente se sostiene que la resolución de la Cámara de Menores de Occidente afecta los principios de pronta y cumplida justicia, legalidad y Juez Natural, señalamiento que al tenor de la obligación de motivación³⁸⁶ a que se refiere de forma expresa el artículo 144 C.P.Pn., pues no basta con citar que se violenta los citados principios, sino que debe por lo menos expresarse en qué sentido los mismos se vieron afectados, para que ello no quede a la imaginación del destinatario de la resolución y no se asuma que el motivo real que no se dice, obedece a dar una respuesta a la crítica mediática que se generó previo al pronunciamiento de la resolución de la Corte Plena, creando la percepción que con las declaratorias de excusas y recusaciones, se estaba generando el vencimiento de las medidas provisionales de los adolescentes dejándolos en libertad, por agotarse el término máximo de los noventa días que se fija con plazo máximo para pronunciar sentencia.

Se tiene en cuenta que el trámite del incidente de excusa y recusación que es recogido en los artículos 71 inc. 1° y 72 C.Pr.P. refiere un procedimiento ágil y breve para que se pronuncie la resolución de

³⁸⁵ SOLANO RAMÍREZ, Mario Antonio, *¿Qué es una Constitución?*, 1ª edición, San Salvador, 2000, p. 192. Considera el autor, que la interpretación constitucional judicial que se realiza por los tribunales judiciales se enmarca a mantener las leyes dentro de las disposiciones constitucionales, en cumplimiento al principio de supremacía constitucional que dispone el artículo 246 de la Constitución.

³⁸⁶ ARRATE ARISNABARRETA, Ana María, *Sobre El Deber de Motivación de las Resoluciones Judiciales en el Ordenamiento Procesal Civil Peruano*, disponible en <http://www.icdp.co/revista/articulos/30/Ana%20Maria%20Arrarte.pdf>, sitio consultado el 24 de febrero del 2013. Asocia el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, manifestando que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es parte esencial de la tutela jurisdiccional efectiva.

incidente, aunado a lo que se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Plena³⁸⁷, sosteniendo que por la naturaleza misma del incidente de conflicto de competencia, el impulso que debe observarse en el trámite de los procesos no debe ser interrumpido por el Juez o Tribunal que suscita el conflicto de competencia³⁸⁸, sino que este debe continuar conociendo sin desprenderse del proceso penal, y para tal efecto remitirá copias certificadas que serán utilizadas para resolver el incidente de conflicto de competencia, tal como se interpreta del espíritu de la parte final del artículo 65 C.P.Pn., habiéndose realizado llamados reiterados por parte de la Corte Plena, para que el Juez que suscite el conflicto de competencia, no se abstenga de continuar conociendo, no resultando sostenible que en razón del trámite de la excusa o recusación en el proceso penal de adolescentes, se venza el plazo de la medida de internamiento provisional.

La afectación al principio de legalidad y la garantía del Juez Natural igualmente resulta ser un argumento infundado, pues si bien es cierto al tenor de lo que establece el art. 2 C.P.Pn., que exige que el proceso deberá seguirse conforme a la regulación previa que se ha establecido con tal propósito, en ese sentido cuando se separa la Jueza Primero de Menores, a quien le correspondería según lo fija la Ley Penal Juvenil, conocer en la fase del juicio, no es menos cierto, que el mecanismo de protección de la garantía de imparcialidad -sea esta excusa o recusación- ya tienen un procedimiento preestablecido en la ley, en consecuencia cuando se designa como Juez reemplazante a otro Juzgado de Menores, tal como se

³⁸⁷ CORTE PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de El Salvador, resolución de conflicto de competencia con referencia 55-COMP-2010, de fecha 25/01/2011. Considerando VII, párrafos antepenúltimo y penúltimo. En relación a la continuación del conocimiento del Juez o Tribunal que suscita la cuestión de competencia ha manifestado en lo medular que: *Con fundamento en lo expresado, cuya conclusión primordial es que el conflicto de competencia no retira el conocimiento del proceso penal del juez o tribunal que planteó dicho incidente, debe señalarse la inconveniencia que puede generar la remisión de los expedientes judiciales a esta Corte, pues estos al contener los pasajes que documentan las actuaciones efectuadas dentro del proceso deben permanecer en poder del juez o tribunal encargado de este mientras se decide el incidente de competencia suscitado. De forma que en oportunidades posteriores, en ocasión de dirimir un conflicto de competencia, únicamente deberán ser remitidas a este tribunal, copias certificadas de todos los pasajes del expediente penal que sean pertinentes para resolver el mismo.*

³⁸⁸ CAFFERATA NORES JOSÉ I, *et. al.*, *Manual...*, *Op. cit.*, p. 65. Se puntualiza que la cuestión de incompetencia no suspende la investigación, y será hasta en la declaratoria de la misma que se resolvería sobre la validez de los actos que fueron realizados con posterioridad a la alegación de la incompetencia, lo que sirve como parámetro para sostener que las etapas del proceso podrían ser realizadas sin que se interrumpa su trámite por la espera de la decisión del conflicto de competencia.

suele hacer ante los supuestos de anulación de vistas públicas y vista de causa³⁸⁹, no hay ninguna afectación para el principio de legalidad.

De interpretarse en un sentido diferente al antes expresado, implicaría que bajo ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 66 1) C.P.Pn., se separaría a los jueces que conocen los procesos contra adolescentes, es decir, sería una norma inaplicable para los jueces de menores, sin repararse que se trata de una garantía básica, que según lo dispone el art. 16 C.P.Pn., también deberá ser observado en el proceso penal contra menores, por ello si bien es cierto que el debido proceso que regula el art. 11 y 14 Cn. debe interpretarse de modo que, todo proceso deba hacerse con arreglo a las leyes, éstas no pueden contrariar a la Constitución.

Se contrapone en este apartado, que con la resolución emitida por la Corte Plena al pretender corregir una afectación a la legalidad, terminan provocando una vulneración mayor a la exigencia del debido proceso, no sólo por desconocerse la aplicación de la excusa y recusación como los medios de protección de la garantía de imparcialidad, sino por configurarse una nueva instancia de revisión de las resoluciones de Jueces, tribunales, cámaras o salas que se pronuncien declarando la existencia de un impedimento, que de forma expresa el citado art. 71 C.P.Pn. las definió como irrecurribles, creándose de hecho un nuevo recurso o medio de impugnación de resoluciones que no está comprendido en la ley.

Ocurre igual con la garantía del Juez Natural, si es entendemos en su perspectiva negativa, que se afecta con la creación de jueces *ad hoc*³⁹⁰ o jueces que no están predeterminados en la ley, no siendo el caso del asunto conocido y resuelto por la Corte Plena, ya que la figura de la jueza reemplazante interviene

³⁸⁹ Dentro de las posibles resoluciones que se pronuncian por las Cámaras de Menores, según lo ha previsto el artículo 105 inc. último LPJ., ha previsto que ante la anulación y posterior reposición de la vista de causa, le corresponderá conocer de la misma, a un juez de menores distinto, siendo ello una situación similar a lo que ocurre en el supuesto de la declaratoria de excusa y recusación, cuando el proceso es remitido ante un juez de menores reemplazante.

³⁹⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de Inconst. con referencia 6-2009, de fecha 19/12/2012. Se le atribuye al principio de Juez Natural por parte de la Sala Constitucional las exigencias de ser un órgano jurisdiccional creado mediante una norma con rango de ley; que el régimen competencial sea anterior al hecho motivador de la actuación o proceso judicial; y que ese órgano se sujete a un régimen orgánico y procesal común, siendo tales exigencias las que prohíbe la existencia de tribunales de excepción o tribunales *ad hoc*.

porque en la jueza primero de menores concurre el impedimento que debilita la exigencia de proyectar la garantía de imparcialidad, por lo que de no darse validez al juez reemplazante, habría que asumirse que tampoco procedería la alegación de ninguna de las trece causales de impedimento que son recogidas en el ya citado artículo 66 C.P.Pn., instrumentalizándose la especialidad del proceso penal de adolescentes para negar la aplicación de garantías que son reconocidas a una persona adulta frente a la misma situación.

5. LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO PENAL DE ADOLESCENTES

Siendo que la resolución pronunciada por la Corte Plena en el conflicto de competencia 27-COMP-2011, al haberse matizado como incompetencia el caso del Juzgado Segundo de Menores de Santa Ana frente a la declaratoria de un impedimento, ello en razón de la necesidad de configurar la competencia para conocer el asunto como un conflicto de competencia, lo que implicó ignorar que la declaratoria de la recusación por establecerse la existencia del impedimento a que se refiere el artículo 66 1) C.P.Pn., correspondería en este apartado, determinar si la estructura del proceso de menores significa una disminución de la garantía de imparcialidad objetiva, en los términos que ha sido desarrollada en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Se toma como punto de partida, la enumeración legal de las circunstancias de impedimento, así como su trámite que recoge el código procesal penal, en tanto las exigencias formales del artículo 41 de la LPJ³⁹¹, se cumplen en su integridad para aplicar la supletoriedad de la legislación común al proceso penal contra adolescentes, por lo que al considerarse que la garantía de imparcialidad, de la interpretación que se debe hacer del artículo 5 del cuerpo de leyes antes citados, así como lo opinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹², forma parte del derecho al debido proceso legal que debe ser

³⁹¹ BONILLA DE AVELAR, Emma Dinora y CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, *Op. Cit.*, p. 440. En relación a los requisitos que exige el artículo 41 de la Ley Penal Juvenil, se citan: “*Que la Ley del Menor Infractor no ha regulado el instituto jurídico que se trata...Que la norma supletoria a aplicar no se oponga a la naturaleza y postulados fundamentales de la Ley del Menor Infractor, y no se oponga a la naturaleza y características del proceso de menores. Que la legislación que se va aplicar en forma supletoria, no se oponga a la finalidad de la Ley del Menor Infractor...*”

³⁹² C.I.D.H., O.C. 17/2002, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, párrafo número 120, (sitio consultado 14 de febrero del 2013). En referencia al juez natural dice: “*La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste*

observado en todo proceso penal, ya que el interés superior que conforma el contenido especial del proceso en contra de adolescentes, no se ve perjudicado con que dentro de este se garantice la presencia de un Juez Imparcial, siendo un deber a cumplirse como un requisito mínimo de las garantías y derechos del adolescente sometido a un proceso penal que pudiese afectarle sus derechos.

Es así que respecto del marco normativo que establecen la garantía del Debido Proceso, indisolublemente vincula la garantía de imparcialidad que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico vigente en diferentes cuerpos normativos, entre ellos los arts. 11, 12, 14, 15, 16 y particularmente el 186 inc. 5º. de la Cn; 5 inc. 1º. Literal h) de la LPJ; 4, 16 y 66 1) C.P.Pn; 52 del CPCM, 40.2.b.iii) de la CSDN, 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, regla cuarta de las Reglas de Mayorga, que nos llevan a concluir la obligatoriedad de aplicar la garantía de imparcialidad con la extensión que se interpreta y aplica dentro del proceso penal de una persona adulta³⁹³.

La inobservancia a la garantía de imparcialidad en su vertiente objetiva, genera como consecuencia, que ante situación similar, a un adolescente se le trate por la ley de forma diferente respecto a una persona adulta, en tanto la competencia funcional que dentro del trámite de un proceso penal común permite distinguir las fases de investigación y del juicio, confiriendo al Juez de Paz la facultad para que resuelva sobre la procedencia de una medida cautelar en contra del procesado³⁹⁴, para que una vez realizada dicha valoración remita el proceso al Juez de Instrucción, quien concluye su rol con el pronunciamiento del auto de acusación³⁹⁵ y pasa el proceso al tribunal sentenciador, mientras toda esa actividad en el proceso penal de adolescentes, es encomendado a un sólo juez de menores, lo cual deja en evidencia que para una persona adulta se asegura que el Juez no ha tenga contacto alguno con el objeto del debate

escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales“.

³⁹³ CÁMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, Incidente de excusa con referencia 3-07-2-11-EXC., resolución con fecha siete de abril del dos mil once, considerando IV. Después de relacionar la exigencia de la garantía a un juez imparcial afirma que dicha garantía “*se ve más protegida para el Juzgamiento de las persona adultas, dejando en desventaja a las persona menores de edad*”.

³⁹⁴ Los artículos 56 literal b) y 300 C.P.Pn. confieren al Juez de Paz el conocimiento dentro del proceso penal ordinario, de la audiencia inicial, en la que se podrá pronunciarse decretando la detención provisional o la libertad del inculgado con o sin restricciones.

³⁹⁵ CAFFERATA NORES, José I, *La Prueba en el Proceso Penal, Con Especial Referencia a la Ley 23.984*, 3ª edición. Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 11. Al comentar sobre los estados intelectuales del Juez en las diferentes etapas del proceso, manifiesta que *La elevación a juicio requerirá probabilidad*, que se debe alcanzar como resultado de la existencia de fundamentos del procesamiento y de la consideración de suficiencia de la prueba que se conocerá en la fase del juicio.

que conocerá en juicio, garantizando con ello la imagen de neutralidad ante las teorías que sostendrán las partes, negándose esa ampliación de la imparcialidad en el proceso penal de contra adolescentes.

Es por ello, que al dar un tratamiento diferente respecto de la amplitud con que deberá aplicarse la garantía de imparcialidad, no obstante encontrarnos ante situaciones que son jurídicamente similares, se incurre en una violación al principio de igualdad, en tanto no se encuentra la justificación que valide en ese caso, que la imparcialidad en su vertiente objetiva sólo se observa en el proceso penal común y no en el proceso penal contra adolescente, retomándose lo que se sostiene respecto de este principio por la SCn.³⁹⁶ cuando manifiesta que: *“el principio de igualdad en la ley se vulnera cuando un sector destinatario de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otro que posee las mismas características y sin que existan diferencias que permitan justificar la desigualdad”*.

Se encuentran diversos supuestos en que tanto el Juez de menores como el Juez penal común entra en conocimiento con los hechos que luego serán el objeto del juicio, así en la investigación o durante el trámite judicial del proceso penal, e incluso antes de la vista pública o vista de la causa, el inculpado podría rendir su declaración sobre los hechos³⁹⁷, aportando su versión sobre la imputación que se le hace, señalando fuentes de prueba o medios de prueba que podría valorarse para corroborar su versión de descargo, unido a ello se tiene que en el desarrollo del proceso podrá también realizarse producción de prueba anticipada, siendo la competencia funcional que se reparten entre los jueces de paz, de instrucción y de sentencia, una garantía para que el Juez que conoce de la vista pública evite el contacto previo con el objeto del juicio³⁹⁸, ampliación de la garantía de imparcialidad que es negado para los adolescentes con la interpretación que se dio por la Corte Plena en el caso analizado.

³⁹⁶SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconst., con referencia 31-2008, de fecha 21/12/2011, considerando II.B.3.A Párrafo último.

³⁹⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL inconst. con referencia 05-2001-acum., sentencia de fecha 23/12/10. En cuanto a la amplitud del derecho de declaración del inculpado así como de las facultad de este de ofrecer prueba de descargo contenidas en los artículos 259 al 264 C.P.Pn. derogado, ahora en los artículos 92 y 381 C.P.Pn. vigente, la Sala dice: *“Las reglas contenidas en los arts. 259-264 Pr Pn., que rigen la declaración del inculpado, y especialmente lo que se refiere al derecho del imputado de requerir la práctica de medios probatorios de descargo que considere convenientes para su defensa material, son aplicables en cualquier momento que el imputado rinda su declaración indagatoria, ya que el legislador en el artículo 264 Pr Pn., expresamente dispone que dicha reglas no solo regirán para la declaración indagatoria durante la instrucción, sino también para toda otra declaración del imputado”*.

³⁹⁸ CAFFERATA NORES, José, et. al., *Manual de Derecho... Op. cit.*, p. 64. Al conceptualizar la competencia funcional, refiere que *“Es el poder-deber que el código acuerda a diferentes tribunales para intervenir en un proceso, según sea la fase... o el grado en que el mismo se encuentre”*.

Habría que preguntarse entonces, si en el desarrollo del proceso penal contra adolescentes, el juez de menores a diferencia del juez de adulto, se mantiene alejado de emitir resoluciones que requieran su contacto con el objeto del debate que de forma razonable y comprobable, revelen o por lo menos generan la percepción de su adhesión a la tesis de una parte. Para dar respuesta a ello debemos ratificar, que si corresponde al juez de menores, al igual que al juez de paz, pronunciarse sobre la procedencia de una medida, debiéndose formar en base a la suficiencia de indicios o evidencias recolectadas en los actos de investigación que se le presenten, un juicio de probabilidad tanto de la existencia del delito como de la autoría o participación del inculpado, que siguiendo el criterio jurisprudencial de la SCn., *“requiere que se verifique la existencia de elementos de juicio fundados en datos aportados por la investigación y que permitan concluir, de manera temporal, que el indiciado es con probabilidad autor o participe del hecho que se le atribuye; y, que dicho cuadro fáctico sea constitutivo de delito y no de falta”*³⁹⁹, luego deberá valorar en auto de mérito⁴⁰⁰, si con los indicios recolectados durante la investigación, la acusación es sustentable en el desarrollo del juicio, pues sólo así deberá señalar vista de causa que será conocida por el mismo Juez de Menores, concentrando las mismas funciones que son distribuidas en el proceso penal a efecto de garantizar la imparcialidad objetiva, entre los jueces de paz, instrucción y sentencia⁴⁰¹.

Para confirmar que a pesar de tratarse de juicios de probabilidad que se fundan en indicios, basta abocarse a los fundamentos que se suelen exponer por cualquier juzgado de menores que conforman la jurisdicción especial de adolescentes⁴⁰² para arribar a la conclusión que los mismos sí implican la

³⁹⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de habeas corpus con referencia 137-2007, sentencia de fecha 19/01/2011, Considerando VI.3., párrafo penúltimo.

⁴⁰⁰ CÁMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, resolución de fecha siete de abril del año 2011 con referencia 3-07-2-11-EXC., considerando V. Al constatar sobre la existencia del impedimento que se alegaba por el Juzgado Segundo de Menores, refiere que por aquel se ha conocido y emitido juicios provisional en etapa instructora e intermedia del proceso, verificando que además de haberse ordenado la medida provisional de internamiento, dicho juzgado declaró mérito para celebrar vista de causa, con lo que emitió criterios y valoraciones respecto de probabilidad de la existencia del ilícito penal y sus autores o partícipes que se señalan en la tesis de la Fiscalía.

⁴⁰¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLEP, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. 1ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, p. 59. Se menciona que la separación de las funciones de investigar y juzgar en diferentes actores, se refuerza con la separación de las funciones entre el denominado *Juez de garantía* que debe ser distinto del juez que realizar la fase del juicio, ello con el fin de garantizar la imparcialidad del juzgador.

⁴⁰² JUZGADO DE MENORES, SAN MIGUEL, Resolución pronunciada en la causa 260/2012 seguida por el delito de Extorsión en Grado de Tentativa contra víctima con clave 434 de fecha veinticinco de enero del dos mil trece. En su considerando I) evidencia un criterio común de los juzgados de menores, ya que al fundamentar el auto de mérito señalando literalmente que: *“(...) se ha logrado establecer la existencia del ilícito, así como la autoría o participación del adolescente en la comisión del mismo (...) se cuenta con los suficientes elementos para sustentar el caso y que éste pase a la siguiente etapa”*, con lo que se demuestra que estamos ante un juicio de valoración, no sobre medios de prueba sino indiciarios que resultan de la investigación.

exteriorización de juicios de valoración sobre la imputación que se le hace a un adolescente, haciendo temer con ello, que sí el mismo Juez de Menores quien ha ordenado en contra del inculpado una medida extrema de internamiento, luego resuelve que la acusación es sustentable en la fase contradictoria, es obvio que dicho Juez ya tiene un prejuicio antes de iniciar la vista de causa, capaz de generar dudas sobre su deber de neutralidad.

Con la negativa pronunciada por la Corte Plena a que se aplicase las instituciones que la excusa y recusación, se impidió que el diseño del proceso penal contra adolescentes fuera corregido a partir del desarrollo y optimización de la garantía de imparcialidad en su vertiente objetiva que ya recoge la legislación procesal común, revirtiendo la tendencia de actualización que vía jurisprudencial se estaba realizando, contrario al acogimiento que de esa misma forma se dio en el caso de la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica o el caso de Argentina⁴⁰³, dejándose de lado la trascendencia de la competencia funcional⁴⁰⁴, que exige que para resguardar la garantía de imparcialidad de quien debe pronunciar sentencia, es indispensable que este no sea el mismo que antes ha fijado el contenido de la acusación, debiéndose puntualizar que las fases de investigación, intermedia y del juicio que son concentradas por la ley penal juvenil en un solo Juez, incumple con la garantía de imparcialidad, en consecuencia no se ajusta a las exigencias del debido proceso que se configura desde la Cn.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al configurar la garantía de imparcialidad objetiva, ha sostenido que la limitación del conocimiento del Juez de juicio por haber participado en la

⁴⁰³ GARCÍA, Luis M., *La noción de Tribunal Imparcial en los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El caso "Zenzerovich": Una oportunidad perdida.*, disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41garcia_0.pdf, p. 23, (sitio consultado el 20 de febrero del 2013). Al analizar el caso conocido en Argentina como "Zenzerovich", relaciona que "*La tendencia a la formulación de una regla general se observa también en otra jurisprudencia. Así la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso "Galván, Sergio D.", que ha declarado que "un magistrado que intervino como juez de instrucción ya ha formado opinión, aun mínimamente, sobre la culpabilidad que en el hecho le cupo a quien es perseguido penalmente, constituyendo tal temor de parcialidad causa suficiente para el apartamiento del mismo". También de modo análogo, aunque aparentemente más acotado, se observa que se ha entendido que "el juez que ha intervenido con poder decisorio en la instrucción preparatoria no puede, con arreglo al art. 18 de la Constitución y a los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, actuar en el juicio". También la doctrina tiende a presentar fórmulas generales y abstractas al sostener que el juez que ha actuado en la instrucción no puede participar en el juicio*"

⁴⁰⁴ MONTERO AROCA, Juan, *La Garantía Procesal...*, Op. cit., p. 538. Al delimitar los roles de ejercer y concretar la acusación por un lado, y la de juzgar por otro, dice que: *con referencia ya al juicio, la exigencia de imparcialidad ha de llevar a que no sea el juzgador el que asuma el ejercicio y concreción de la acusación; o, dicho de otro modo: la existencia de la acusación y el contenido de la misma no pueden provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador. Y la razón de ello sigue siendo la misma: garantizar la imparcialidad de quien tiene que dictar la sentencia.*

etapa de instrucción deberá ser considerado caso a caso, aun y cuando ello dificulta la formulación de una regla, no obstaculiza que su jurisprudencia sienta criterios que permitirán a manera de test objetivo, determinar cuando la función del juez que interviene en la investigación afecta la imparcialidad al momento del juicio⁴⁰⁵, sintetizándose tales circunstancias en primer lugar: a aquellos casos en que la decisión adoptada como juez instructor implique valoración sobre la culpabilidad del inculpado, sin que con ello se exija estados mentales de certeza, sino análisis profundos sobre la probable culpabilidad y la existencia del delito, en segundo lugar, la naturaleza del procedimiento en el que interviene como juez instructor, ello vinculado con las facultades que se le confiere al Juez dentro del procedimiento y en tercer lugar, que dentro del ordenamiento legal interno se comprendan normas que de forma directa o análoga tiendan a evitar la afectación de la imparcialidad.

Los factores citados son observables en el proceso penal de adolescentes que ha seguido sus fases ordinarias⁴⁰⁶, es decir, se cumplen en su integridad para poderse afirmar que sí existe violación al derecho al a un juez imparcial objetivo, siendo el incidente de competencia con referencia 27-COMP-2011 solo una manifestación del incumplimiento a la garantía de imparcialidad, en tanto la Jueza Primero de Menores con el pronunciamiento de la suficiencia de indicios sobre la probable autoría del adolescente inculpado, ordenó en contra de aquel la medida provisional, luego afirmó en auto de mérito que la acusación fiscal, en base a los fundamentos que arrojó la investigación, eran sostenible en la fase contradictoria, ello debido a que la estructura del proceso penal contra adolescentes le faculta para optar por esa decisión, fijando los hechos y realizando el juicio de admisibilidad de los medios prueba y el objeto del debate que luego conocería en juicio⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ GARCÍA, Luis M, *Op. cit.*, p. 23. En relación a los factores que como test objetivo de la imparcialidad se deben considerar menciona: a) Que el pronunciamiento que se ha emitido como juez de instrucción se asemeje al que debería pronunciarse sobre la culpabilidad en la fase del juicio; b) La Naturaleza del procedimiento sobre el que se ha llamado a decidir, y c) Que existan disposiciones legales en cada país cuyo objeto y finalidad sean evitar riesgos de parcialidad.

⁴⁰⁶ BRUÑOL, Miguel Cillero, *De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes. Revista de Derechos del Niño*, N° 2, año 2003. Santiago, Chile, p. 61. En este sentido afirma el autor, que las corrientes de defensa de las garantías en el ámbito penal, material o procesal, poco se interesaron de los menores de edad y que incluso el constitucionalismo se encuentra en deuda con ese segmento de la población, lo que explica que no obstante existir las mismas razones que ya son tomadas para optimizar un derecho en el proceso penal de adulto, no son transferidas a proceso penal de adolescentes.

⁴⁰⁷ BOVINO, Alberto, *Op. cit.*, p. 56. Es en orden de ideas el autor, relaciona como impedimento el haber intervenido durante la etapa de investigación como Juez, pues ello le ha colocado en una posición que no le permite juzgar imparcialmente al imputado, al haber participado en el proceso con anterioridad al juicio y, de este modo, haber adoptado determinada posición respecto de la eventual veracidad de la hipótesis acusatoria.

Por ello resulta evidente la intromisión que se hace por la Corte Plena de la CSJ, al haberse resuelto como conflicto de competencia un incidente de recusación, inmiscuyéndose de esa forma en trámites de un proceso penal contra adolescente que son de exclusivo conocimiento de una Cámara de Menores, expresando cuestionables argumentos, que nada dicen respecto de la inobservancia a la garantía de imparcialidad objetiva, existiendo argumentos razonables para considerar, que la estructura del proceso penal al concentrar el conocimiento de las fases del proceso en un solo juez, vulnera el deber de imparcialidad en su vertiente objetiva de se debe garantizar por parte del juez sentenciador⁴⁰⁸, por consiguiente el proceso panal para adolescentes que se ha diseñado por el legislador, disminuye la amplitud con que se protege la misma garantía respecto de una proceso penal contra una persona adulta.

⁴⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Op. cit.*, pp. 48 y ss. En referencia al análisis del Juez de Menores en España, manifiesta que al intervenir en la fase de instrucción, y fase intermedia se aparta de su deber de imparcialidad objetiva, en tanto la jurisprudencia del tribunal constitucional español, con referencia STC 310/2000, se modifica el precedente de constitucionalidad que respecto de la concentración de funciones se había declarado la constitucionalidad, motivando que el diseño del proceso penal de menores al cuestionar la imparcialidad objetiva, genera su inconstitucionalidad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: En El Salvador al crearse y entrar en vigencia la Ley del Menor Infractor en 1995, se pretendió dar cumplimiento a las exigencias del debido proceso que ya establecía la Constitución de 1983, así como acatar la vinculación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, con lo que se da inicio dentro de la legislación procesal interna, a un cambio de paradigma en la justicia penal juvenil en particular y la justicia penal en general, acogiéndose las nuevas corrientes procesales y jurisprudenciales que configuraban la exigencia de un proceso penal con tendencia acusatoria, en las que tiene primacía tanto la separación de roles de investigación y juzgar, como la oralidad como forma de desarrollo del proceso.

SEGUNDA: La Ley Penal Juvenil ha permanecido inmutable durante sus diecisiete años de vigencia, habiendo quedado a la sombra de derecho penal sustantivo y procesal aplicables a adultos, al que respecto de las interpretaciones optimizadas de las garantías y derechos, escasamente ha permeado en la jurisprudencia pena juvenil, configurando la intervención de la CORTE PLENA de la Corte Suprema Justicia mediante el conocimiento de conflictos de competencia, un obstáculo para el desarrollo de la jurisdicción especializada cuando ha equiparado de forma abierta los procesos penales de adolescentes y adultos sólo en la vía de limitación de derechos, mientras en sentido contrario, la equiparación no ha operado en ampliar derechos y garantías, tal como se observa en sentencia con referencia 27-COMP-2011, en la que se niega la afectación de la imparcialidad objetiva cuando se concentra el conocimiento de todas las fases del proceso en un solo juez.

TERCERA: La falta de un desarrollo normativo procesal en las cuestiones de competencia que corresponde a la Corte Plena, y que en materia penal está restringido al art. 65 C.P.Pn., ha favorecido que la intervención de los magistrados como cuerpo colegiado, al conocerse los incidentes que le son remitidos, se presta a arbitrariedad generando la impresión de desprenderse de criterios estrictamente técnicos para resolver los asuntos, deducido ello de la falta de uniformidad en los criterios que fijan, los cuales son abandonados sin que se evidencie un mayor esfuerzo en la motivación, generando que casos que evidentemente no son conflictos de competencias terminan siendo resuelto por esa vía, o de forma más sutil como el caso 27-COMP-2011, donde se asimila un supuesto de recusación resuelto por la vía legal por el funcionario competente, cuando existe negativa de acatar una orden judicial por parte de un Juzgador, configurarse un conflicto de competencia inexistente, creándose competencia en un asunto que se tiene, obrando como un ente jurisdiccional de instancia, que revisa la resolución que declara la existencia de un impedimento.

CUARTA: El principio de especialidad en el proceso penal contra adolescentes, como repercusión de la igualdad por diferenciación que fue recogida por el constituyente, genera la prohibición dar a un adolescente un trato similar al que recibe un adulto frente al proceso penal y la imposición de las consecuencias del delito, siendo ello así, en razón a las características propias de su etapa de desarrollo físicas y psicológicas, que se traducen en un trato dentro del proceso penal, que privilegia los principios de interés superior, protección integral e inserción de aquel en su familia y en la sociedad, convirtiéndose en principios rectores que deben cumplirse a su favor del adolescente, sin que ello signifique que la especialidad sea un obstáculo para negar el acceso a todos aquellos derechos y garantías que se le reconozcan a una persona adulta, en tanto estos no sean incompatibles con los citados principios rectores, también serán exigibles en el proceso penal juvenil.

QUINTA: La garantía, principio y derecho fundamental de la imparcialidad como parte fundamental del debido proceso, comprende tanto en su aspecto subjetivo como en su aspecto objetivo, ello como un mandato de la estructura constitucional que exige ajustarse a la tendencia acusatoria de todo proceso penal, en tal sentido sí el ordenamiento jurídico interno garantiza la imparcialidad de los jueces en jurisdicción penal en general, detallando como impedimento aquellas circunstancias que obedecen a la vertiente objetiva, capaces de generar o proyectar la imagen de tenerse un prejuicio por el contacto con el objeto del debate al pronunciarse resoluciones en las fases previas al juicio, la excusa y la recusación son las instituciones procesales que protegen el derecho del inculpado a que su asunto sea resuelto por un juez imparcial, exigencia que también se debe verificar en el proceso penal contra adolescentes, por no ser contraria a los principios rectores de la LPJ.

SEXTA: La resolución pronunciada por la Corte Plena en la cuestión de competencia con referencia 27-COMP-2011 configura una intromisión en la independencia judicial de la jurisdicción penal juvenil, por atropellar la resolución firme e irrecurrible que de forma válida y motivada fue pronunciada por la Cámara de Menores de la Sección de Occidente al aceptación de la recusación que fue analizada, obrándose por la Corte Plena como un ente jurisdiccional de instancia que ha revocado el contenido de la resolución pronunciada en un proceso contra adolescente, agregándose que también influyó en la interpretación y aplicación del resto de Jueces o Cámaras de Menores, para que se abstuviesen de proceder aplicando el impedimento que el legislador estableció a partir de los artículos 4, 16 y 66 1) del CPPn., lo que se vio reflejado con un pasivo acatamiento por toda la jurisdicción penal juvenil, sometiéndose a la directriz indebidamente establecida.

SÉPTIMA: Con el precedente 27-COMP-2011 se ha suprimido la posibilidad que los jueces penales de adolescentes en lo sucesivo se separen del conocimiento de los procesos penales en los que han intervenido en fases previas al juicio, no obstante hubieren pronunciando resoluciones que exteriorizan valoraciones sobre la probable culpabilidad de los inculpados, ignorando con ello disposición expresa que con el fin de la protección a la imparcialidad se estableció por el legislador, lo que configura una violación al principio de igualdad, en tanto sin existir fundamento razonable, ante una misma situación se está dejando en desventaja al adolescentes respecto del mismo trato que recibe una persona adulta.

OCTAVA: El proceso penal contra adolescente que estructura la Ley Penal Juvenil, al observarse tanto en la fase de investigación e intermedia, que el Juez de Menores conserva las facultades de valorar la existencia de indicios suficientes que determinan la existencia de un delito y la probable autoría o participan del inculpado, la recepción de la declaración del propio acusado y prueba anticipada, así como el pronunciamiento del auto mérito para habilitar la fase del juicio, fijando los hechos que serán objeto de la vista de causa, que luego serán conocidas por el mismo juez, conforma una estructura del proceso penal de adolescentes que resulta incompatible con la configuración constitucional de un proceso penal de tendencia acusatoria respetuoso de la garantía de imparcialidad objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, S.E., ediciones Jurídicas Cuyo, S.F., Mendoza, Argentina.
- ALEGRÍA PATOW, Jorge Antonio, *et. al., El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal*, tesis doctoral de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú, 2011.
- ALEXIS Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, imprenta fareso, S.A., Madrid, España, 1993.
- AMAYA CÓBAR, Edgardo A., *Informe de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en El Salvador*, en Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad N° 19, Junio-Diciembre, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BARATTA Alessandro, *Democracia y Derechos del Niño*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño”, N° 9, 1ª edición, Andros Impresores, Santiago de Chile, 2007.
- BELOFF, Mary, *Los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1989-2006)*, en AA.VV., “Justicia y Derechos del Niño”, N° 8, 1ª edición, Impresión: Andros, Santiago, Chile, 2006.
- BELOFF MARY, *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y Otro para Desarmar*, AA.VV., *Justicia y Derechos del Niño*, 1ª edición, Santiago Chile, 1999, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf.
- BELOFF, Mary, *Quince años de Vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Argentina*, AA.VV., *Justicia y Derechos del Niño N° 10*, S. Ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2008, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf.
- BERMUDEZ BENÍTEZ, María José, *Justicia de Menores Española y Nuevas Tendencias Penales, La Regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil*, en revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina. 1999, disponible en <http://es.scribd.com/doc/63669229/Introduccion-Al-Derecho-Penal-Alberto-Binder>.
- BLASCO, Bernardo del Rosal, *¿HACIA EL DERECHO PENAL DE LA POSTMODERNIDAD?*, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, 11-08, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.
- BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, S.E., artes gráficos candil, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- BURGOS MATA, Álvaro, *Manual de Derecho Penal Juvenil Costarricense*, Tomo I, 1ª edición, artes gráficos poder judicial, Heredia Costa Rica, 2009.

CAFFERATA NORES, José I., *La Prueba en el Proceso Penal, Con Especial Referencia a la Ley 23.984*, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina. 1998.

CAFFERATA NORES, José I. et. al., *Manual de Derecho Procesal Penal*, S.E., S.F., disponible en <http://www.proprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf>.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *La Abstención y la Recusación en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio Del Poder Judicial*, disponible en <http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/pj21/3ABSTENCION.pdf>.

CÁMARA ARROYO, Sergio, *Derecho Penal de Menores y Centros de Internamiento*, tesis Doctoral de la Universidad Alcalá, 2011, disponible en <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9821/04-%20Tesis%20-%20Sergio%20C%C3%A1mara%20Arroyo.pdf?sequence=1>.

CAMPOS VENTURA, Oscar Alirio, et. al, *Justicia Penal de Menores*, 1ª Edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999.

CANO LÓPEZ, Francisca, et al, *Situación de los Centros de Internamiento para Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, 2009.

CÁRDENAS DÁVILA, Nelly Luz, *El Menor Infractor y Justicia Penal Juvenil*, tesis doctoral en Derecho, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, disponible en <http://www.eumed.net/libros/2011a/913/indice.htm>.

CAROCCA PÉREZ, ALEX. *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª edición, Santiago, Chile, 2005.

CASADO PÉREZ, José María. *El Proceso Penal de Menores, Análisis Jurídico-Procesal de la Ley del Menor Infractor*, S.E., El Salvador, 2001.

CHAN MORA, Gustavo, *El Principio de "Interés Superior", Concepto Vacío o "Cajón de Sastre" del Derecho Penal Juvenil? Precisiones conceptuales y una propuesta sobre su incidencia en el juicio de reproche penal juvenil*, en AA.VV., "Cuadernos de Justicia Juvenil", Edición Especial, San Salvador, El Salvador, 2009, p. 48, disponible en http://www.csj.gob.sv/JUJU/BOLETINES/PDF/Cuadernos_JuJu_Ed_Especial.pdf.

CHAN MORA, Gustavo, Rosaura CHINCHILLA y Rosaura GARCÍA, *Violación de Derechos Fundamentales y Criminalización Secundaria en el Sistema de Justicia Penal Juvenil*, 1ª edición, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica.

CHAN MORA, Gustavo, *Adultocentrismo y Culpabilidad Penal Juvenil*, 1ª edición, editorial investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2010.

CHANG KCOMT, Romy Alexandra, *Análisis Comparado del Tratamiento que se da a la Detención Ciudad en Perú y España*, 1ª. edición, talleres de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2010.

CORTÉS MORALES, Julio, et. al., *A 100 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE. "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO"*. N° 9, Santiago de Chile, Chile, 2007, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf.

COUTIÑO CASTRO, Matilde, *El Derecho de los Menores: Una Perspectiva Nacional e Internacional*, en revista de Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 2 número 3, 2006, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/3/cnt/cnt12.pdf>.

CRUZ Y CRUZ, Elba. *Los Menores de Edad Infractores de la Ley Penal*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2009, disponible en <http://eprints.ucm.es/11218/1/T32137.pdf>

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual Básico de Criminología*, 1ª edición, editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley de Más Débil.*, S.E., editorial Trotta, S.A., Madrid, España, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 2ª. edición, editorial trotta,S.A., Madrid, España, 1999.

FERNADEZ HASAN, Alma, *Reconsideraciones en torno de los derechos de la niñez y la adolescencia*, en KAIRO revista de temas sociales, año 11, N° 20, noviembre de 2007, disponible en <http://www.revistakairos.org/k20-archivos/FHassan.pdf>.

FERNANDEZ MARTINEZ, Ana Cristina, et. al., *Justicia Penal Juvenil Salvadoreña. La Experiencia Desde los Operadores*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, 2001.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther y Pilar Taracón Gómez, *Populismo Punitivo y Delincuencia Juvenil: Mito o Realidad*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010, núm.12-08, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-08.pdf>.

FIGUEROA, Ana María, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Juvenil*, en AA:VV. "Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Conceptos, Debates y Experiencias en Justicia Penal Juvenil", S.E., Buenos Aires, Argentina, 2007.

GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo. *USO DE RAZÓN. Tercer Parte "DICCIONARIO DE LAS FALACIAS"*, disponible en <http://www.usoderazon.com/>.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derechos Humanos Para los Menores de Edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, 1ª. edición, México D.F, México, 2010.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. 1ª edición, Santiago, Chile. 2001.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, *et al.* *Prevención y Teoría de la Pena. Justicia de Menores y Ejecución Penal*, Talleres de Editorial Jurídica conoSur Ltda., Santiago, Chile, 1995.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *et al.* *Tuición procesal penal de menores y jóvenes en Justicia Penal de Menores y Jóvenes*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, *Derecho Procesal Penal Costarricense*, Tomo II, 1ª. edición, Mundo Grafico, San José, Costa Rica, 2007.

GONZÁLEZ BALLESTEROS, Alejandra Mera, *Justicia Restaurativa y Proceso Penal, Garantías Procesales: Límites y Posibilidades*, en revista *ius et praxis* N° 2, disponible en <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/Documentos/PDFS/JusticiaRestaurativaLeyPenalJuvenil/Parte2/Gonz%C3%A1lez-Ballesteros,%20A%20M.pdf>.

GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, *Garantía del Debido Proceso*, en AA.VV. "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal", 1ª edición, 1998, San Salvador. El Salvador.

GUBERMAN, Flavio, *et al.*, *Adolescentes En El Sistema Penal. Situación actual y propuesta para un proceso de transformación*. 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2008, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf.

HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian Arturo, *El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil*, tesis para optar al grado de magister en Derecho, Universidad Mayor de San Marcos, Lima Perú, 2005, disponible en <http://es.scribd.com/doc/58057020/El-Debido-Proceso-y-La-Justicia-Penal-Juvenil>.

HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLEP, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. 1ª edición, Santiago, Chile. 2003.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *et al.*, *La Responsabilidad Penal de los Menores. El Proceso Penal con Menores*, 1ª edición, Gráficos Cuenca, S.A., España, 2001.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Imparcialidad Judicial e Independencia Judicial*, en AA.VV., "Ética Judicial: Reflexiones desde Jueces para la Democracia", S.E., Imagraf Impresores, Madrid, España, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf.

JUÁREZ GONZÁLEZ, Ciro, *La Nueva Ley de Menores Infractores y Los Delitos Graves*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Hidalgo, México. 2005, disponible en <http://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icshu/doctorado/documentos/La%20nueva%20ley.pdf>.

LAINO PEREYRA, Silvia E., *et al.*, *Manual para la Defensa Jurídica de los Derechos Humanos de la Infancia*, 1ª edición, Gráfica Mosca, Montevideo, Uruguay, 2012, disponible en http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual_Defensa_derechos.pdf.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, José María Casado, *et al.* *Código Procesal Penal Comentado*, 1ª edición, 2001. San Salvador, El Salvador.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*. 2ª. edición, editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1989.

MARÍN GONZÁLEZ, Carlos, Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, en revista de Estudios Jurídicos, N° 1, año 2002.

MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander, *Temas Fundamentales de la Niñez y Adolescencia en la Justicia Penal Juvenil*, 1ª. edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2013.

MARTÍNEZ PEÑA, Leandro, *Los Inicios de la Legislación Laboral Española: La Ley Benot*, en Revista Aequitas; Volumen 1, disponible en <http://revistaaequitas.files.wordpress.com/2011/11/25-70.pdf>.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho Penal en la Sociedad en Riesgo*. 1ª edición, Cívitas, Madrid, España. 2001

MELLENDEZ, Florentín, *Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia*, 6ª edición, San Salvador, El Salvador, 2008.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, TECFOTO, S.L., Barcelona, España, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General. 2ª edición, Valencia. España. 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De Nuevo Sobre el "Derecho Penal del Enemigo"*, 1ª. edición, editorial hamurabi s.r.l., Buenos Aires Argentina, 2005.

NIÑO, Luis Fernando, *et. al. La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio. Juez, Institución e Ideología*, Buenos Aires, Argentina. 2001.

PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., Mary Beloff, et. Al. *Justicia y Derechos del Niño. Sobre el Ejercicio de la Defensa de Menores Infractores*. N° 3. Buenos Aires Argentina. 2001, disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf.

PLATT, Anthony, *Los "Salvadores de los Niños" o la invención de la delincuencia*, 4ª edición en español. 2001. México.

QUINTANILLA MOLINA, Salvador Antonio. *Introducción al Estudio del Derecho de Menores*. 1ª. edición. Talleres Gráficos UCA. San Salvador, 1996.

RIVAS GALINDO, Doris Luz y María Consuelo Manzano Melgar, *et. al. Justicia Penal de Menores. La Estructura del Proceso Penal de Menores*. 1ª Edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999.

ROTEILI, Franco, *et. al, Desinstitucionalización: otra vía (la reforma psiquiátrica italiana en el contexto de la Europa Occidental y de los "países avanzados")* en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Vol. VII. N°. 2/ 1987.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. 2ª. edición, editorial Civitas, S.A Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25ª edición, Buenos Aires. Argentina, 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El Tercer Poder. Notas Sobre El Perfil Político del Poder Judicial*, 1ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, 2005.

SAJÓN, Rafael, *Derecho de Menores*, S.E., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995,

SALA DONATO, Cristina, *Proceso Penal de Menores. Especialidades Derivadas Del Interés Superior de los Menores y Opciones Políticas Criminales*, tesis doctoral, Universidad de Girona, Octubre 2002.

SALAMANCA, Andrés Bordalí, *El Derecho Fundamental a un Tribunal Independiente e Imparcial en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2º Semestre de 2009, disponible en <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/709/668>.

SALAZAR GRANDE, César Ernesto, *et. al., Código Procesal Penal Comentado*, 1ª edición, Impresos Maya, San Salvador, El Salvador, 2001.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, *Sobre la Responsabilidad Penal de los Menores*, en AA.VV. "Responsabilidad Sanción Y Justicia Penal Juvenil", 1ª. edición, Procesos Gráficos, San Salvador, El Salvador, 2011.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto y Martín Alexander MARTÍNEZ OSORIO, *La Víctima y El Derecho de Acceso a la Justicia Penal Juvenil*, 1ª. edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2013,

SANCHO, Montserrat de Hoyos, *Análisis Comparado de la Situación de Flagrancia*, en revista de Derecho, Vol. XII, diciembre 2001.

SOLANO RAMÍREZ, Mario Antonio, *¿Qué es una Constitución?*, 1ª edición, San Salvador, El Salvador, 2000.

TAPIA PANAMEÑO, Jaime, *La Determinación de la Pena y La Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil*. 1ª edición, imprenta y offset Ricardone, San Salvador, El Salvador. 2006.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos y Javier LLOBET, "*La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional*", 1ª. Edición, EDISA, S.A., San José, Costa Rica, 1999, disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan029762.pdf>.

TIFFER, Carlos, *Décimo Tercer Aniversario de la Ley Penal de El Salvador y Diez Años de la Justicia Penal Juvenil de Costa Rica*, en AA.VV., "Justicia y Derechos del Niño N° 10", S. Ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2008.

UMAÑA LUNA, Eduardo, *El Menor de Edad*. 1ª edición, Bogotá, Colombia. 1991.

VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La Justicia Para Adolescentes en México. Análisis de las Leyes Estatales*, 1ª. edición, talleres de Offset Universal, México D.F., México, 2009, disponible en http://www.unicef.org/mexico/spanish/Libro_justicia.pdf.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Predicciones y Prevención de la Delincuencia Juvenil según las Teorías Del Desarrollo Social*, en Revista de Derecho, Vol. XIV, Julio-2003,

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1986.

VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y Responsabilidad Judicial*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe. Argentina, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo En El Derecho Penal*, 1ª edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina. 2006.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D.L. No. 712 de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381 de fecha 27 de noviembre de 2008.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, D.L. N° 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el D.O. N° 11, Tomo 334, del 20 de enero de 1997.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, D.L. N°. 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. D. L., No.487 del 27 de abril de 1990, publicado en D. O. N° 108 publicado el 09/05/1990.

LEY PENAL JUVENIL, D.L. N° 863, del 27 de abril de 1994, publicado en el D.O. N° 106, Tomo 323, del 8 de junio de 1994.

JURISPRUDENCIAL NACIONAL

CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DE OCCIDENTE: SONSONATE, proceso de exhibición personal con referencia EXH-P-40-10, sentencia de fecha 21/03/2011.

CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE ORIENTE, tramite de incidente de excusa, resolución de fecha 24/05/2011.

CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE ORIENTE, Sentencia pronunciada en apelación especial en el proceso con referencia 30-ApE-2012, de fecha veintiuno de junio del dos mil doce.

CÁMARA DE MENORES DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, incidente de excusa con referencia 3/07/2/11/EXC, resolución de fecha 7/04/2011.

CÁMARA DE MENORES DE LA SECCIÓN DE OCCIDENTE, incidente de recusación con referencia 1-2-2011, resolución de fecha 18/03/2011.

CÁMARA TERCERA DE OCCIDENTE, Incidente de recusación con referencia APN-81-11, resolución de fecha 26/07/2011.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia 18-CON/IP-2012, resolución de fecha 12/06/2012.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia 24-COMP-2011 acum., resolución de fecha 8/11/2011.

CORTE PLENA, CSJ, conflicto de competencia con referencia 78-COMP-2009, resolución de fecha 4/01/2011.

CORTE PLENA, CSJ, conflicto de competencia con referencia 28-COMP-2011, resolución de fecha 31/05/2011.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia 11-COMP-2011, resolución de fecha 28/02/2011.

CORTE PLENA, CSJ, conflicto de competencia con referencia 74-COMP-2009, resolución de fecha 21/12/2010.

CORTE PLENA CSJ, conflicto de competencia con referencia 27-COMP-2011, resolución de fecha 19/05/2011.

CORTE PLENA CSJ., conflicto de competencia con referencia 77- COMP-2009, resolución de fecha 16/12/2010.

CORTE PLENA CSJ., conflicto de competencia con referencia 13-COMP-2011, resolución de fecha 5/04/2011.

CORTE PLENA CSJ., conflicto de competencia con referencia 59-COMP-2009, resolución de fecha 25/01/2011.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia 39- COMP-2010, resolución de fecha 14/12/2010.

CORTE PLENA CSJ, conflicto de competencia con referencia 31-COMP-2011, resolución de fecha 21/06/2011.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia 2-2004, resolución de fecha 29/04/2004.

CORTE PLENA, CSJ., conflicto de competencia con referencia N° 70, de fecha 19/03/2009

CORTE PLENA, CSJ, conflicto de competencia con referencia 38-COMP-2011, resolución de fecha 11/08/2011.

CORTE PLENA CSJ, conflicto de competencia con referencia 55-COMP-2010, resolución de fecha 25/01/2011.

JUZGADO DE MENORES, SAN MIGUEL, causa con referencia 260/2012, resolución de fecha 25/01/13.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst., con referencia 6-2009, sentencia de fecha 19/12/2012.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst., con referencia 5-99, sentencia de fecha 20/07/1999.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de amparo con referencia 208-2007, sentencia de fecha 20/02/2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, sentencia de amparo con referencia 80-2010, de fecha 22/06/2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst., con referencia 31-2008, sentencia de fecha 21/12/2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de habeas corpus con referencia 137-2007, sentencia de fecha 19/01/2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 256-2012, sentencia de fecha cinco de abril del 2013.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 259-2009, sentencia de fecha diecisiete de septiembre del dos mil diez.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst. con referencia 05-2001, acum., sentencia de fecha 23/12/2010.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst., con referencia 52-2003 acum., sentencia de fecha 1/04/2004.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de amparo con referencia 35-2004, sentencia de fecha 12/04/2005.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst. con referencia 15-96 acum., sentencia de fecha 14/02/1997.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de habeas corpus con referencia 334-99, sentencia de fecha 25/04/2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de amparo con referencia 469-2009, sentencia de fecha uno de febrero de dos mil doce.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de amparo con referencia 825-2006, sentencia de fecha de las 3/02/2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de amparo con referencia 80-2010, sentencia de fecha 22/06/2011.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Inconst., con referencia 6-2009, sentencia de fecha 19/12/2012.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Inconstitucional con referencia 4-2012, sentencia de fecha diecisiete de mayo de dos mil trece.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 117-2008, sentencia de fecha dos de febrero del dos mil once.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Proceso de Habeas Corpus con referencia 182-2006, sentencia de fecha veinticinco de junio de dos mil siete.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, proceso de Habeas Corpus con referencia 78-2012, sentencia de fecha cuatro de mayo del dos mil doce.

SALA DE LO PENAL, CSJ, recurso de casación con referencia 74-CAS-2006, de fecha 24/09/2008.

SALA DE LO PENAL, CSJ, recurso de casación con referencia 9-CAS-2005, de fecha 22/07/2005.

SALA DE LO PENAL, CSJ, recurso de casación con referencia 11-CAS-2005, sentencia de fecha 13/07/2007.

SALA DE LO PENAL, CSJ., recurso de casación con referencia 295-CAS-2010, sentencia de fecha 12/10/2011.

SALA DE LO PENAL, CSJ., recurso de casación con referencia 730-CAS-2007, de fecha 22/07/2009.

SALA DE LO PENAL, CSJ., recurso de casación con referencia 421-CAS-2004, sentencia de fecha 14/12/2004.

SALA DE LO PENAL, recurso de casación con referencia 03-02, sentencia de fecha 08/11/02.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

C.I.D.H., caso BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, sentencia de fecha 17/11/2009.

C.I.D.H., O.C. con referencia OC-17/2002, resolución de fecha 28/08/2002.

C.I.D.H., O.C. con referencia 16-1999, resolución de fecha 1/10/1999.

C.I.D.H., caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, sentencia de 29/01/1997.

C.I.D.H., caso Blake Vs Guatemala, sentencia de fecha 24/01/1998.

C.I.D.H., caso "*Niños de la Calle*" Vs Guatemala, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999.

C.I.D.H., caso Mendoza y Otros Vs Argentina, sentencia de fecha 14 de mayo de 2013.

C.I.D.H., caso Ricardo Baena y otros Vs Panamá, sentencia de fecha 2/02/2001.

C.I.D.H., O.C. con referencia 9- 1987, resolución de fecha 6/10/1987.

C.I.D.H., caso *Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, sentencia de fecha 2/09/2004.

C.I.D.H., INFORME N° 78/02 caso Guy Malary contra Haití, resolución de fecha 27/12/2002.

C.I.D.H., caso Mauricio Herrera Ulloa Vs Costa Rica, sentencia de fecha 2/07/2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, proceso de Amparo núm. 8031-2006, sentencia de fecha de fecha 16/05/2011.