

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**GARANTÍAS REFORZADAS EN EL PROCESO DE ENJUICIAMIENTO A MENORES
INFRACTORES DE LA LEY PENAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

JUAN CARLOS PORTUGAL SÁNCHEZ,

ASESOR

PROF. MG. HÉCTOR FIDEL ROJAS RODRÍGUEZ

OCTUBRE, 2020

RESUMEN (ABSTRACT)

Una regulación especial referida a la investigación y enjuiciamiento penal en casos de adolescentes menores infractores de la ley penal es legítima en tanto existan razones objetivas y razonables para su adopción. Esta investigación plantea que, entre otras razones, los principios del interés superior del niño y de especialidad cobran especial importancia para redefinir este tratamiento legislativo especializado. Bajo este planteamiento, el presente trabajo pone en evidencia la necesidad de construir y reforzar un marco normativo de procesamiento del menor infractor, especialmente reforzado por garantías específicas y generales, que oriente al órgano judicial en su conducción del proceso y en la toma de sus decisiones, siempre en el marco de un debido proceso. Se plantea diversas garantías reforzadas para el operador judicial frente a una solicitud fiscal de intervención del derecho a la libertad personal del menor infractor: el derecho a una defensa técnica indispensable, el juicio a puertas cerradas como excepción a la regla de publicidad, la aplicación diferenciada del internamiento preventivo, la garantía del plazo razonable en sentido inverso, el reforzamiento al derecho a no autoincriminarse, entre otros más, constituyen tópicos de especial aporte por esta investigación, así como también la incorporación de dos audiencias específicamente definidas que sirvan como el canal legítimo de concentración para la aplicación de esta tutela reforzada de garantías.



A los seres humanos víctimas de condenas mediáticas



A mis padres, Bigote y Lalita, coautores de
mi existencia y motivo de mis días

A mis paisanos ayacuchanos, con especial cariño

A mis alumnos y alumnas. Este magíster es para volver a estar con ustedes

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| RESUMEN (ABSTRACT) | 2 |
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| CAPÍTULO I: MENOR INFRACTOR Y JUSTIFICACIÓN DE INIMPUTABILIDAD. | |
| ASPECTOS GENERALES | 8 |
| 1.1. El menor infractor..... | 8 |
| 1.2 Criterios de inimputabilidad penal en el menor infractor..... | 11 |
| 1.2.1 Criterio biológico..... | 11 |
| 1.2.2. Criterio intelectual..... | 12 |
| 1.2.3 Criterio mixto..... | 14 |
| 1.3 El modelo peruano de regulación jurídica del menor infractor | 16 |
| 1.4 Fundamento constitucional del principio del interés superior del menor | 19 |
| 1.5 La teoría del delito y los estándares diferenciados de legitimación de la responsabilidad penal del menor infractor..... | 21 |
| 1.5.1 Antijuridicidad | 25 |
| 1.5.2 Culpabilidad..... | 28 |
| CAPÍTULO II: GARANTÍAS REFORZADAS EN EL PROCESO DE ENJUICIAMIENTO A MENORES INFRACTORES DE LA LEY PENAL | 32 |
| 2.1 Fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso..... | 34 |
| 2.1.1 La aplicación diferenciada del internamiento preventivo | 35 |
| 2.2 El plazo razonable a la inversa como guía de aplicación al proceso de los menores..... | 49 |
| 2.3 El derecho indispensable a una defensa técnica | 55 |
| 2.4 La declaración del menor de edad es facultativa durante la investigación y juicio: Reforzamiento al derecho a no autoincriminarse | 60 |
| 2.5 La exclusión absoluta de publicidad en el procesamiento de menores | 70 |
| CAPÍTULO III: AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO | 72 |
| 3.1 Consideraciones generales a manera de delimitación..... | 72 |
| 3.1.1 Audiencia de imputación de cargos y atribución de presunta responsabilidad penal | 73 |
| 3.1.2 Audiencia de imputación de arraigo. | 84 |
| CONCLUSIONES | 86 |
| SUGERENCIAS | 87 |
| Bibliografía | 88 |

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del adolescente infractor de la ley penal sugiere una serie de problemáticas que giran no solamente en torno a los niveles de imputación sino también a los estándares de procesamiento penal en sus tres definidas etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral. En el presente trabajo abordamos esta segunda discusión. Así, en líneas generales, planteamos diversos escenarios en donde, desde nuestra perspectiva, la normativa procesal que actualmente la regula, no posee -en clave de garantías y derechos- un nivel de tutela de máxima protección que tanto el *corpus iuris* nacional e internacional exigen como mandatos de optimización hacia ellos debido a los múltiples factores que los rodean.

En ese propósito planteamos el desarrollo de tres capítulos. En el primero, abordamos algunos tópicos referidos a la definición de menor infractor y las razones que justifican su inimputabilidad ante la ley penal -en pureza, el criterio biológico, intelectual y mixto-, para luego desarrollar algunos fundamentos constitucionales del principio del interés superior del menor. Por último, analizamos la responsabilidad penal diferenciada del menor infractor desde la perspectiva de la teoría del delito. En todos estos temas formulamos algunas definiciones propias e incorporamos nuestra posición.

Los dos siguientes capítulos constituyen los ejes centrales en nuestro trabajo. En ellos se refleja el planteamiento del problema, la hipótesis de trabajo y nuestro aporte. En el Capítulo II, hemos seleccionado cinco garantías que requieren un nivel de mayor reforzamiento normativo que contribuya a empoderar el proceso de enjuiciamiento criminal. El análisis de las dos primeras, esto es, el fortalecimiento de la libertad del adolescente infractor y mayores restricciones a su privación en el proceso, debe leer de forma conjunta con la aplicación diferenciada del internamiento preventivo. A modo de propuesta, planteamos la necesidad de reformular las razones que la justifican excluyendo del análisis al presupuesto del *fomus bonis iuris*, con la finalidad de reorientar y centrar el debate estrictamente a una evaluación de arraigos, dentro de una fórmula extensa y de cláusula abierta.

Entre tanto, dentro del análisis de la tercera garantía, proponemos un concepto inverso del plazo razonable en el proceso penal, *in toto*, asegurando un tiempo de investigación lo suficiente moderado tanto para la persecución fiscal como para el desarrollo y evolución integral del adolescente que la padece.

El análisis de la tercera garantía propone un supremo respeto a la necesidad indispensable del ejercicio de una defensa técnica, de principio a fin, durante el tiempo de procesamiento penal. Al ser exclusiva, la participación de los padres, tutores y/o curadores, queda situada únicamente a decisiones y aspectos ajenos al ámbito legal y jurídico. En esa ruta, en el trabajo de la cuarta garantía, tras definir la naturaleza epistémica de la declaración del menor tanto en investigación cuanto esencialmente en juicio, trazamos algunas reglas -a modo de prohibiciones- de tratamiento probatorio al momento de someterlo al sistema de preguntas (examen, contraexamen, reexamen y recontraexamen). Con ello, logramos que la autoinculpación se encuentre plenamente tutelada. Finalmente, establecemos algunas razones que determinan la exclusión absoluta de publicidad en el procesamiento de adolescentes infractores, bien por un tipo penal de persecución penal pública bien por uno de naturaleza privada, como última garantía de análisis.

El Tercer Capítulo constituye el mecanismo procesal para lograr tales propósitos. Así, proponemos algunas reflexiones, a título de propuesta, en la necesidad de incorporar audiencias definidas previas al juicio oral dentro de este esquema de procesamiento. De un lado, la audiencia de imputación de cargos como fórmula de *filtro* entre la investigación y su judicialización, evita la apertura de procesos penales probatoriamente insuficientes y de escaso éxito de condena; y del otro, la audiencia de imputación de arraigo representa, en definitiva, la aplicación práctica del internamiento preventivo diferenciado desarrollado líneas *supra*.

Finalmente, a nivel de nuestras conclusiones, advertimos la necesidad de asumir la importancia de este análisis como válido para lograr brindar una solución a este estado de garantías relajadas -actualmente vigentes- en nuestro país. Con ese propósito, brindamos algunas sugerencias tendientes a reforzarlas.

CAPÍTULO I: MENOR INFRACTOR Y JUSTIFICACIÓN DE INIMPUTABILIDAD. ASPECTOS GENERALES

Para dejar sentadas algunas premisas con las que se trabaja en los capítulos posteriores, es necesario iniciar la presente investigación tomando postura acerca de la posibilidad de imputar responsabilidad penal por menoría de edad, esto es, si es viable hacer tal imputación y en qué medida.

1.1. El menor infractor

La definición que nos plantea el Instituto de Interamericano del Niño se encuentra referida a la condición jurídica de la persona que no ha alcanzado cierta edad señalada por la ley para su plena capacidad y no por un aspecto de inferioridad física o biológica. En la misma línea, anota el profesor Fermín Chunga, que es *una etapa de la vida del ser humano en que mayormente rige la capacidad de goce y no, a plenitud, la capacidad de ejercicio*¹.

Para el profesor Julio Altman el fin de la minoridad es variable por la propia naturaleza del ser humano y explica que, desde la concepción hasta la muerte, el ser humano experimenta una serie incesante de cambios y transformaciones físico-psíquicas. En ese sentido, las etapas de crecimiento humano son disímiles y están separadas por linderos borrosos, pues el paso de una etapa a otra requiere paulatinamente el desarrollo y asunción de los caracteres propios de la nueva etapa *por lo que los rasgos típicos de dos o tres etapas, se presentan entremezclas durante un tiempo variable, cuya extensión depende de muchos factores importantes*. Así, distintos sujetos pueden presentar caracteres similares, pese a contar con edades cronológicas bastantes diferentes².

En la línea de este mismo autor; *“la minoría [de edad] concluye con la adolescencia, pero el individuo pasa a una etapa de transición, que no puede catalogarse dentro de la menor edad propiamente dicha o la mayor edad. Los*

¹ Chunga La Monja, Fermín, Exposición de Motivos del Código de Menores, p. 79 citado en. Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, pág. 35.

² Altman Smithe, Julio. El Menor Inimputable del Delito. Consejo Nacional de Menores. Volumen VI. Lima, pág. 5.

sujetos que se hallan en este periodo de desarrollo integran un grupo especial, aparte, que ya se ha abandonado la minoridad, pero que aún no ha alcanzado la mayoría de edad. Se les denomina “jóvenes-adultos” o “adultos-jóvenes”³.

La definición de la minoría de edad y su adopción como criterio de delimitación de responsabilidad penal es un tema que también es motivo de preocupación desde múltiples debates de la academia que no fueron siempre clarificadores; muy por el contrario, se han evidenciado posiciones totalmente encontradas, muchas de ellas psicológicas y hasta científicas, con mucha relación, pero sin una conclusión pacífica.

Como relata Julio Altman, en efecto, en el Seminario Europeo sobre Bienestar Social realizado en 1949 en París, los estudiosos encargados de la sección de análisis sobre minoría de edad y su relación con la delincuencia no arribaron a fórmulas similares. Un sector sostenía la edad de 15 años como el inicio de imputabilidad, mientras que otros señalaban la edad de 16, 18 o 20 años de edad. Sin embargo, sí se pudo concluir que el comportamiento del menor de edad resultaba altamente compatible con juicios de análisis de comprensión suficiente de todo aquello que la sociedad valora como norma. Si bien hubo un mayor esfuerzo en determinar el discernimiento o capacidad de juicio en la minoría de edad, las discusiones sobre la edad exacta en que ésta llega a su fin no llegaron a buen puerto. Algunos expertos pusieron énfasis en los brotes de hechos peligrosos en menores de 16 a 18 años para justificar la disminución de este límite a los 16 años. Sin embargo, la mayoría consideró que estos brotes sociales ocasionales no permitían reducir el límite de edad, recomendado considerarla en los 18 años⁴. Es significativo que las posiciones que en aquellos años se esbozaban son de actual vigencia en nuestro país.

Entre nosotros, si bien el Código Civil no establece una definición de minoría de edad, sus disposiciones sí regulan la capacidad de ejercicio de los derechos civiles a toda aquella persona que cumple los dieciocho años de edad,

³Altman Smithe, Julio. Ob. Cit., pág. 6.

⁴ Altman Smithe, Julio. Ob. Cit., pág. 8.

con excepción de los artículos 43 y 44 del Código Civil, con relación a la incapacidad absoluta y relativa y a determinados actos jurídicos específicos que en dicha condición tienen la atribución de celebrar. La Constitución Política del Perú señala también que la ciudadanía se adquiere a los 18 años de edad.

Finalmente, a la luz del artículo 1 del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente aprobado por la Ley N° 27337, se considera menor de edad a todo niño o niña hasta cumplir los 12 años de edad y adolescentes desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad. Lo particular es que este cuerpo legal no solo define al menor de edad, sino que encuentra una diferencia entre esta y el adolescente, así como una definición de la categoría de menor infractor de la ley penal. El artículo 183 de dicha norma señala que se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad se determina como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal y el Artículo 184 brinda una nómina de medidas a manera de sanción, en atención a la edad del menor infractor al momento de la comisión del hecho: Las medidas socio-educativas para el mayor de 14 años de edad y medidas de protección al infractor por debajo de dicha edad.

Sobre la base de estos criterios, consideramos que la acepción de menor de edad más adecuada en nuestro ordenamiento jurídico, cuanto menos por la forma en cómo se la ha regulado, está relacionada esencialmente a no determinar en estos una plena capacidad de ejercicio debido a que no cuentan - en abstracto- con la edad para desarrollarse plenamente en el ámbito de un patrón de responsabilidades de carácter penal, por razones puramente atribuibles a la edad, y no así por aspectos vinculados a su comprensión normativa y a su autorregulación a partir de ello, o a factores de evolución intelectual.

1.2 Criterios de inimputabilidad penal en el menor infractor

Pese a la importancia de este aspecto, no existe acuerdo para identificar un fundamento de la responsabilidad penal de sujetos menores de edad, esto no obstante a su constante evolución en el tratamiento jurídico-penal y a su constante restricción en la aplicación del Derecho Penal. Se puede identificar tres criterios que se manejan a nivel comparado para sustentar dicha responsabilidad del menor de edad, los cuales se describen a continuación:

1.2.1 Criterio biológico

Según explica Bascuñán Valdés este es el criterio adoptado de manera las frecuente en las legislaciones del mundo, pues permite orientar con claridad la labor del juez, determinar la medida tutelar, reeducativa o rehabilitadora más adecuada para el menor y facilita la erradicación del menor del derecho penal⁵.

El profesor Ignacio Berdugo anota que el *“criterio biológico entiende que en la minoría de edad se carece de capacidad suficiente como para distinguir entre lo justo y lo injusto (ello resulta inútil en los casos de niños con habilidades precoces*⁶. Para esta fórmula, entonces, el único hecho que debe ser probado es la edad biológica del menor.

Jaime Couso, citando a Field Barry, señala que la psicología del desarrollo parte de la base de que, antes de alcanzar la adultez, las personas pasan por una serie de fases evolutivas en sus procesos mentales operaciones, de razonamiento legal, de internalización de expectativas sociales y legales, y de toma de decisiones éticas, y si bien, desde esta misma perspectiva, resulta que los adolescentes mayores de catorce años (que llegaron a la fase del *“pensamiento operacional formal”*) ya han adquirido, siquiera en un nivel básico,

⁵ Bascuñán Valdés, Antonio y colaboradores. La Responsabilidad Menor del Menor. Volumen I. Investigaciones. Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas, 1974. Santiago de Chile, pág. 77-78.

⁶ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecabras, José Ramón, García Rivas, Nicolás. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Praxis. Barcelona, pág. 247.

valores morales y legales así como la capacidad para orientar su comportamiento⁷, lo que en principio legitima a reconocerles responsabilidad penal por sus delitos, existen, sin embargo, un conjunto de diferencias relevantes entre sus capacidades y las de un adulto maduro, afirmadas por la psicología del desarrollo, que han alcanzado una gran influencia en diversas jurisdicciones y en algunos instrumentos internacionales, como fundamento para la formulación de estándares de juzgamiento diferenciado para los adolescentes⁸.

Las críticas que se puede realizar al criterio biológico son diversas. De un lado, no es acorde con la realidad establecer un momento preciso de la edad de un sujeto donde la razón hace legítima la responsabilidad moral y, a partir de ese “dogma”, concluir de modo absoluto en la imputabilidad del sujeto. Si ya es discutible fijar el instante en que empieza la imputabilidad en una persona, en razón del cumplimiento de una determinada cantidad de años, todavía resulta más dudoso que ésta sea una regla aplicable a todos los individuos, además, de un determinado país (pues esto es una decisión que, como se ha mostrado previamente, se diferencia según los distintos ordenamientos).

1.2.2. Criterio intelectual

Conforme explica Bascuñán, este criterio consiste en fijar un límite de edad máximo bajo el cual el juez, con la asesoría de peritos, debe determinar caso a caso las condiciones personales del menor declarando si éste es maduro o ha obrado con discernimiento⁹. Se requiere entonces la demostración del concreto discernimiento del sujeto, que se establece legalmente como presunción *iuris tantum*, pero anteponiendo a ello la relevancia de una posible madurez insuficiente o la incapacidad del menor de comportarse conforme al Derecho y, por consecuencia, de motivarse en la norma penal.

⁷ Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág. 276.

⁸ Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág. 276.

⁹ Bascuñán Valdés, Antonio y colaboradores. Ob. Cit., pág. 78

Este criterio es compartido por Enrique Bacigalupo, para quien *“la exclusión de la responsabilidad de los menores es una presunción legal de que el sujeto no ha alcanzado la madurez suficiente para poder comportarse conforme a derecho, por este motivo, quizá esa circunstancia debería estudiarse fuera del ámbito del capítulo de la imputabilidad (como capacidad de motivación), y sea una excepción del principio de igualdad (aplicación personal de la ley penal)”*¹⁰.

Según esta fórmula, en consecuencia, corresponde al juez acreditar dos hechos diferentes. Por una parte, la edad del menor y según ella determinar si se encuentra en el periodo en que se le presume su irresponsabilidad, si es plenamente responsable, o si se encuentra en un periodo intermedio de su desarrollo. En este último caso, el juez debe preocuparse por acreditar la “existencia” o “falta” de discernimiento del menor. Para tal efecto, es usual en las legislaciones el establecimiento de una presunción simple por falta de discernimiento, debiendo el juez acreditar positivamente que el menor obró con discernimiento¹¹.

Como refiere la doctrina más autorizada, estudios desarrollados en Estados Unidos de Norteamérica revelan que los adolescentes cuentan con capacidad cognitiva suficiente, en un nivel básico, para tomar decisiones de cierta complejidad de manera informada, en ciertas áreas de su vida y esto justifica entregar competencia legal a los adolescentes en materias vinculadas con el consentimiento informado frente a tratamientos, lo cual tiene particular importancia en materias vinculadas con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, como el uso de anticoncepción regular y de emergencia y la decisión de someterse a un aborto¹².

¹⁰ Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró, Ara. Lima, 2004, p. 424.

¹¹ Bascuñán Valdés, Antonio y colaboradores. Ob. Cit., pág. 79

¹² Cfr.: Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág. 277. El autor cita el trabajo de Elisabeth Scotte.

Como explica el profesor Jaime Couso, en contra de la suposición de que alcanzada una determinada fase de desarrollo, los niños adquieren siempre y necesariamente las competencias previstas para dicha fase, en relación con todos los dominios de su comportamiento, los psicólogos cognitivos afirman que las habilidades se desarrollan en diversa medida para distintos dominios, de modo que la competencia de tomar decisiones de un tipo no puede generalizarse y, añade, *“la evidencia científica indica que, en general, la capacidad cognitiva de razonar y comprender de los preadolescentes y muchos adolescentes más jóvenes es sustancialmente diferente en ciertos aspectos de la que tienen los adolescentes mayores y los adultos”*¹³, al punto que la capacidad de razonar “a la manera de un adulto” (*in an adult style*) recién se adquiere en torno a los dieciséis o diecisiete años¹⁴.

1.2.3 Criterio mixto

Se trata de una tesis más flexible y atenuada sobre la responsabilidad penal de los menores infractores, en la que no tiene relevancia la edad cronológica del sujeto activo y los fines de prevención persiguen una doble consecuencia general y especial.

Así pues, los profesores Muñoz Conde y García Arán, aprecian la irresponsabilidad como relativa, de manera que, desde una determinada edad, inferior a los dieciocho años, el sujeto puede ya responder por los hechos cometidos, pero de manera atenuada¹⁵.

El profesor Villavicencio Terreros señala que, si bien la irresponsabilidad de los menores de edad se fundamenta en las razones de seguridad jurídica, reconoce también que un menor de edad puede comprender el carácter ilícito de

¹³ Citado en: Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág. 277.

¹⁴ Citado en: Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág. 277.

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, 5ta Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

su acto y adecuar su conducta de acuerdo con esa comprensión¹⁶.

El profesor José Hurtado Pozo incorpora además de estos criterios de motivo vivencial, razones de índole biológico, psicológico y geográfico como datos de la realidad o valoraciones a tomarse en consideración. Con todo ello señala que:

“El crecimiento biológico del individuo no va siempre a la par de su desarrollo intelectual y moral. El adolescente posee una gran energía corporal, pero todavía no los mecanismos de control e inhibición propios del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa se orientan con intensidad hacia la autorrealización mediante una fuerte acentuación del “yo”, marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se manifiesta por un claro sentimiento de orgullo y de rebeldía frente al sistema. Todo esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Esta situación se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de reinserción social”¹⁷.

En base a esta argumentación, podría darse por válida la conclusión propuesta por Daniel Hugo D´Antonio, quien a través de determinados supuestos de disconformidad delictiva, esto es disconformidad simple u ocasional, disconformidad ocasional de proyección eventual y disconformidad con síntomas de abandono, plantea interesantes consideraciones de roce jurídicamente permitido del menor infractor con el ordenamiento jurídico, proponiendo que en casos de menores de edad, mal podría pretenderse hacerlos responder por sus actos, en su vida interrelacional especialísima, que no pueden comprender cabalmente por su incompleta formación biopsicosocial¹⁸.

¹⁶ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2006 pág. 597.

¹⁷ Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I Cuarta Edición, IDEMSA. Lima, 2011, pág. 585-586

¹⁸ D Antonio, Daniel Hugo. El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento. 2da edición. ASTREA, 1992. Buenos Aires, pág. 48

En virtud de lo anteriormente expuesto consideramos que el criterio más adecuado para determinar la imputabilidad penal del menor es el criterio mixto. El reconocimiento a sus factores de realidad extrapenal (familiares, sociales, geográfico, ancestrales, de costumbres, entre otros) así como a factores de su evolución cognitiva e intelectual a su capacidad de desarrollarse como actor social respetuoso de las normas -obtenidas a partir de su formación intelectual y de su propia vivencia- son variables que contribuyen a un nivel de imputación más objetiva y sincera a su evolución. Si bien existe reposo para este trato diferenciado, será esencial realizar un análisis en cada caso. Los factores extrapenales y de capacidad de comprensión normativa varían ciertamente por la edad, por el contexto de realidad y progreso de cada menor.

1.3 El modelo peruano de regulación jurídica del menor infractor

En líneas generales, si bien podríamos señalar que el Código Penal de 1924 es el primero que incorpora algunas categorías e instituciones propias del derecho penal de menores, estas son todavía muy escasas. En síntesis, podemos señalar algunas: 1) Se construye ciertamente un concepto penal de minoría de edad; 2) se realiza una clasificación tripartita de las categorías de menores de edad, en atención a su edad; niños, hasta los 13 años; adolescentes, de los 13 a los 18 años; y jóvenes, de los 18 a los 21 años; y, 3) en atención a esta clasificación, el legislador adopta diferentes estándares de tratamiento individualizado en cada menor en particular, y en atención al caso específico.

En palabras del profesor Julio Altmann:

“Estos individuos, conocidos como “jóvenes-adultos” o “adultos-jóvenes”, y que forman un grupo de transición entre la minoridad propiamente dicha y la mayor edad son juzgados por los tribunales penales ordinarios, los que ciñen su procedimiento a las normas comunes y aplican sanciones al igual que a los mayores de 21 años, aunque atenuadas, contemplándose la edad del delincuente. Finalmente, los términos de la prescripción quedan reducidos a la mitad del tiempo fijado para los adultos. La legislación de aquella

época les otorga, pues, un tratamiento similar al que da a los que han cumplido los 21 años. Consiguientemente, son menores para el Código Penal solamente los menores que no han llegado a los 18 años de edad, a los que considera inimputables de delito, por carecer de la imprescindible madurez mental para actuar con plena conciencia y voluntad. Nunca son penados, sino sólo son objeto de medidas preventivas y terapéuticas, de carácter estrictamente tutelar”¹⁹.

No es sino con el Código de Menores de 1962 en donde el derecho penal de menores encuentra mayor preocupación y abundancia legislativa. Destacamos igualmente sus aspectos más relevantes:

1) Dentro de la orientación tutelar propugna un modelo procesal verbal, sin formalismos donde las normas del derecho procesal son secundarias, a cargo de un juez con amplias facultades para investigar la personalidad psíquica del menor, su medio familiar y social²⁰;

2) una investigación de esta naturaleza encubría arbitrariedad dentro de un manto de protección, donde de lo que se trataba era de buscar las causas de la conducta delictual (factores endógenos y exógenos). El juez figura central de este sistema, por un lado, no veía un hecho típico, sobre el cual tenía que establecer una responsabilidad; sino un conflicto social y personal que resolver, enfrentaba no a un acto cuya autoría tenía que acreditar; sino, un autor que corregir (doctrina de la situación irregular)²¹; y finalmente;

3) el proceso penal tenía las siguientes características: Una investigación oral (artículo 106), en un plazo de tres meses, prorrogable a seis meses (artículo 95), donde la actuación de pruebas y la presencia de abogados no eran obligatorias, salvo en segunda instancia (artículo 96, en caso de haberlos “debían ser defensores especializados en Derecho de

¹⁹ Altman, Julio. Ob. Cit., pág. 24

²⁰ Chunga La Monja, Fermín, Exposición de Motivos del Código de Menores, p.79 citado en Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, p. 26.

²¹ Chunga La Monja, Fermín, Exposición de Motivos del Código de Menores, p.79 citado en Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000, p. 26.

Familia y menores que coopera con el juez ante de que entramparlo con argumentos de defensa”²². El resultado era una decisión que podía reformarse (artículo 99), siempre y cuando el adolescente no fuera peligroso, decisión sobre la cual no podía apelar sino a través de sus padres o abogado (artículo 101)²³.

Posteriormente, el Estado peruano se adscribe a la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, instrumento internacional que guía los futuros cambios en esta materia. La nueva legislación abandona la doctrina de la situación irregular vigente hasta ese momento. En efecto, como hemos descrito precedentemente, hasta ese entonces se afirmaba que los menores no son considerados seres psicológicamente débiles, jurídicamente incapaces y socialmente inadaptados, sino que son personas titulares de derechos. Así, mientras que la situación irregular no reconoce en el menor su condición de sujeto de derecho, y con ello, la adopción pura de castigos y de represión estatal exenta de fines tutelares o programáticos; la nueva tendencia, reconoce en el menor de edad su calidad de sujeto de derecho, consagrando como consecuencia de ello el principio del interés superior del niño y adolescente²⁴.

Esta nueva doctrina, acogida en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, instrumento de protección convencional en esta materia, es integrada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Resolución Legislativa 25278 del 03 de agosto de 1990, de posterior ratificación el 04 de septiembre del mismo año a cargo del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori.

La Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, establece esencialmente que la responsabilidad penal ante la comisión de un ilícito penal a cargo de un menor infractor se aplicará únicamente a los sujetos comprendidos entre los 14 y 18 años de edad, a través de un procedimiento de investigación, juzgamiento y sanción especiales, como la medida de internamiento preventivo, hasta un máximo de seis años de privación de la libertad ambulatoria, la remisión (archivo)

²² Chunga La Monja, Fermín, *Ibíd*em, pág. 79-80

²³ Chunga La Monja. *Ob. Cit.*, pág. 79-80.

²⁴ Chunga La Monja. *Ob. Cit.*, pág. 79-80

en caso de infracciones leves, y otras naturalmente de menor lesividad, siempre y en todos los casos, a una naturaleza socioeducativa y de protección integral.

En igual sentido, la legislación vigente, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Legislativo 1348, señala en el artículo I de su Título Preliminar que el adolescente entre catorce y menos de dieciocho años, es sujeto de derechos y obligaciones, respondiendo por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales.

1.4 Fundamento constitucional del principio del interés superior del menor

Qué duda cabe que el principio del interés superior del menor constituye en tiempos modernos el criterio de mayor importancia y de carácter preferente frente a cualquier otro legítimamente válido. Su necesidad de análisis en el Derecho Penal cobra vigencia al momento de individualizar la medida más adecuada y menos represora en la educación y formación integral del niño y/o adolescente hallado culpable o sometido a una investigación.

En palabras de Ezequiel Crivelli, esto implica que el juzgamiento pero también la investigación y el tratamiento devenido de infracciones cometidas por niños, niñas y adolescentes se encuentren a cargo de órganos especializados en la materia, pues esta constituye una necesidad que no se limita a quienes intervienen en el proceso (juez, fiscal y defensor) sino también al personal auxiliar, policial, los peritos y el personal encargado de controlar las medidas impuestas, materializándose, además, mediante procedimientos cuya especialidad y diferenciación se fundamenta en la condición especial del sujeto destinatario, concebido como persona en etapa de desarrollo²⁵.

Se busca, en definitiva, contribuir al proceso de desarrollo y evolución del menor infractor en su proyecto de vida. De ahí que acertadamente el artículo tercero de la Convención de Derechos del Niño sea enfático en señalar que las autoridades administrativas y legislativas, así como las instituciones públicas y

²⁵ Crivelli, Aníbal. Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil. IB de F. Montevideo, Buenos Aires, 2014, pág. 373-374.

privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial.

A partir de este cambio de modelo, hoy en día puede apreciarse consenso, por ejemplo, en la doctrina acerca de la excepcionalidad de la medida de internamiento para los menores. Así, puede mencionarse entre nosotros la opinión de García Huayama y Alvarado Reyes, quienes manifiestan:

“Al momento de decidir la aplicación de la medida de internamiento preventivo, el juzgador debe considerar que el daño de una detención innecesaria, en la vida y en la personalidad aún en formación del adolescente, es múltiple: a) pierde la vinculación con su ámbito familiar, que es el núcleo de afectos y de transmisión de valores privilegiados; b) se lo resocializa ex profeso, apartándolo de su medio y lo incluye en un ambiente que necesariamente, sean cuales fueran las condiciones de detención, es fruto de una selección negativa. C) Se lo estigmatiza o marca como delincuente. En base a las razones expuestas resulta lógico que la privación de libertad en el caso de menores de edad resulte excepcional y solamente proceda como último recurso cuando no exista otra alternativa menos gravosa”²⁶.

En esta misma línea de excepcionalidad del internamiento por razones perjudiciales para el menor, el Tribunal Constitucional ha brindado pautas acerca de cómo actúa el interés superior del niño en los casos de privación de la libertad a menores de edad por infracción de la ley penal. Señalaremos dos de los que, a nuestra consideración, resultan los más relevantes:

1.- Expediente 2063-2005-HC/TC. - Se cuestiona, en esencia, la intervención del derecho a la libertad ambulatoria de un menor de edad mediante la adopción

²⁶ García Huayama, Juan Carlos y Alvarado Reyes, Juana. El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la ley penal. En: <http://Downloads/DialnetElInternamientoPreventivoEnElProcesoDelInfraccionAL-5493806.pdf>, pág. 56.

de una medida coercitiva más severa, como lo es la detención preventiva de una menor edad presunto infractor de un ilícito penal al momento de iniciar una investigación. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

“La Sala de Familia ha motivado la revocatoria de comparecencia sobre la base de los informes psicológicos y de las declaraciones de los menores, las cuales obran de fojas 56 a 59, de las que se desprende que el actor, con engaños, inducía a los menores a entrar en su domicilio. También ha considerado la Sala que el accionante ha negado en todo momento su comisión en el delito y ha presentado diversa documentación tratando de eludir la acción de la justicia. Por otro lado, la Sala ha resuelto conforme a ley, y aduciendo al principio del interés superior del niño y del adolescente”²⁷.

2.- Expediente 03386-2009-HC/TC. - Este *hábeas corpus*, de naturaleza instructivo, se centraba en establecer si los Centros Juveniles de Menores origina en la práctica, dada su lejanía geográfica o jurisdiccional, un desarraigo entre el menor infractor y sus familiares. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que esta situación ocasiona un rompimiento en el mantenimiento del vínculo familiar entre ambos. Agrega, *ergo*; que esto solo afecta los derechos del niño reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, sino que demuestra la inexistencia de una política específica sobre la materia que sea acorde con la doctrina del interés superior del niño²⁸.

1.5 La teoría del delito y los estándares diferenciados de legitimación de la responsabilidad penal del menor infractor

Si bien se toma postura sobre un concepto de menor infractor en el presente trabajo, se debe reconocer la enorme dificultad que acarrea dar una respuesta categórica acerca de la capacidad de comprensión o entendimiento de la conducta del menor en relación con la norma.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaído en el Expediente 2063-2005-HC-TC, de fecha 29 de abril de 2004, fundamento 5.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaído en el Expediente 03386-2009-HC-TC, de fecha 13 de agosto de 2009.

Según nuestra legislación, mientras el menor de edad no adquiriera la mayoría de edad es todavía un inimputable y, por tanto, está exento de cualquier tipo de responsabilidad penal a pesar de la comisión de un ilícito. El menor de edad, es considerado como *inimputable*, esto es, se le presume carente de capacidad para querer y entender lo negativo de su comportamiento.

La opción legislativa de determinar un mínimo de edad penal para atribuir responsabilidad a un menor de edad encuentra también eco en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En el artículo 40, numeral 3 se establece que 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.

La legislación penal peruana a través del artículo 20 numeral 2 acoge esta consideración y considera al menor de 18 años de edad como un sujeto exento de responsabilidad penal, afirmando como consecuencia su exclusión de cualquier grado de sanción penal.

Esto no supone, sin embargo, que el menor sea efectivamente incapaz o que carezca de un nivel de comprensión y razonamiento (vista esta desde la animosidad o intencionalidad de hacer o dejar de hacer cosas), sino afirmar la necesidad de un tratamiento diferenciado basada en la idea de proyecto humano en formación, sin llegar a ser plenamente sujeto de derecho, en un estado de imperfección, como si se tratara, pues, de un ser humano con características impropias de un sujeto de derecho y que, en tal condición, recibe desde la norma un tratamiento diferenciado y garantías constitucionales.

En segundo lugar, esta inimputabilidad desde la teoría psicológica involucra, asimismo, a modo de tutela, la ausencia total o irresponsabilidad penal ante cualquier infracción de la norma, deslegitimando al Estado de intervenir sobre este menor de edad mediante los instrumentos penales aplicables a los adultos.

En uno y otro caso, el resultado deviene en lo mismo, esto es, ausencia de responsabilidad por puras razones, incontrastables y poco objetivas, de índole

político. Nuestra posición, como veremos con detalle más adelante, está circunscrita a estructurar este ámbito de discusión desde la *teoría normativa de la culpabilidad* del menor, que permite afrontarla de un modo específico y con variables de argumentación asociadas a los motivos que rodean a la conducta delictuosa del menor con relación a su grado de comprensión de la norma.

Corresponde, entonces, a manera de delimitación, realizar algunos breves comentarios a los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad. Así, debemos partir por señalar que, desde la posición que se defiende en el presente trabajo, un sujeto imputable es aquel quien reúne aquellas características biológicas y psíquicas que, según el Derecho vigente, le hacen capaz de ser responsable de sus actos, y que además requiere de dos elementos: la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión²⁹. A *sensu contrario*, en la interpretación que podríamos concluir a partir de ella, la inimputabilidad es la incapacidad de comprender y la y la incapacidad para dirigir el propio comportamiento, expresado en aquellas causas capaces de anular o neutralizar esa cognoscibilidad y voluntad merecedora de una respuesta punitiva estatal.

Una consecuencia natural que deviene de la condición del menor y su carácter de inimputable es la inexistencia del concepto de delito cuando el menor es autor del mismo.

En este sentido, como afirma Solís Quiroga, *“los elementos de la definición más aceptada en la actualidad respecto del delito no se reúnen en relación con el hecho cometido por un menor de edad y que, ciertamente, es un acto humano, típico y antijurídico, pero que no es culpable, ya que sólo si es capaz en derecho puede serlo, y todas las ramas del derecho reconocen la incapacidad jurídica de los menores”*³⁰.

²⁹ Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Presentación y anotaciones de Percy García Caverro, Ara. Lima, 2004, p. 423.

³⁰ Solís Quiroga, Héctor. Óp. Cit., p.10

En palabras del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, la imputabilidad consiste en la capacidad psíquica de la culpabilidad, delimitada como una de las cuatro capacidades constitutivas de lo que se denomina capacidad psíquica del delito. Agrega este autor que la capacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto un reproche de injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza de injusto de lo que hacía y le haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad³¹. Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma³².

Nuestra posición es ciertamente escéptica respecto de estos postulados, pues afirmar a rajatabla la irresponsabilidad penal del menor infractor por el solo argumento de su minoría de edad y su supuesta incapacidad absoluta para comprender y adecuar su comportamiento a valores y principios tasados en una norma, es tan ilógica y poco razonable como sostener que toda persona mayor de edad (automáticamente conceptuada como adulto para el Derecho Penal) es responsable o imputable solo por poseer tal condición.

En todo caso, al margen de toda duda, como afirma Rodríguez Manzanera, citado al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, la exclusión de pena [en el caso del menor] obedece a inimputabilidad, la que se presumiría *iuris et de jure*.³³ En efecto, tras un análisis de valoración individual en cada caso en particular, los adolescentes menores serán inimputables siempre y cuando reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión de su conducta ilícita, y que esta además permita establecer si estuvo o no en la capacidad para adecuarla conforme a dicha comprensión. Hecho este análisis *fáctico*-valorativo, la respuesta quizá no sea lo más exacta posible, pero sí lo más cercana a un análisis sostenido en razones razonablemente más objetivas y normativas.

³¹ Citado por Solís Quiroga, Héctor. Ídem, p. 11

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Parte general. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, p. 565.

³³ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminalidad de Menores. Porrúa, México, 1997, pág. 327

1.5.1 Antijuridicidad

La antijuridicidad se define, a grandes rasgos, como la oposición presentada entre la conducta del sujeto y lo establecido por la norma. En lo que sigue abordaremos este análisis desde la problemática de la antijuridicidad relacionada con el aspecto psicológico y cronológico del menor infractor, esto principalmente por la diferencia dogmática existente entre antijuridicidad formal y material.

En nuestra concepción, si bien reconocemos que en gran parte de los casos, cuando un menor delinque lo hace en gran parte porque durante su formación y crecimiento no desarrolla la noción del carácter ilícito de su conducta, no asumiéndola o reconociéndola como una conducta contraventora con el orden jurídico, lo cierto es que en determinados casos el menor que delinque, realiza un proceso de estudio sobre su acción, reconoce el bien jurídico de infracción, y lo reconoce porque en seno familiar construyó su comportamiento en base a nociones sólidas de valores, de principios y de vínculos de afecto familiar, y no obstante ello lo enfrenta, conoce el grado de participación de su comportamiento para la realización del tipo y en esa medida acepta las consecuencias lesivas de su conducta.

Así las cosas, y sin pretender realizar un estudio exhaustivo sobre la noción dogmática de la antijuridicidad, que excedería los intereses de esta tesis; es importante delimitar algunas notas esenciales referidas particularmente a la antijuridicidad en sentido material, de cara a establecer la forma en cómo esta opera para el tratamiento de los adolescentes menores infractores.

Tradicionalmente, la antijuridicidad se concibe como la valoración de toda conducta contraria a una determinada norma, al mandato exigido por esta. A partir de este concepto, abordaremos la definición hasta ahora existente que suele realizarse al aspecto material y formal, a nuestro modo complementario una de otra.

Antijuridicidad formal. - O también denominada en sentido lato. Define a la antijuridicidad desde su sentido más conocido: “toda aquella conducta contraria a derecho”, esto es, la relación de oposición que se da entre el objeto de análisis - valoración de la conducta- y lo expresamente señalado por la ley penal.

Antijuridicidad material. - O también denominado sustancial. Se afirma que un hecho es antijurídico cuando resulta lesivo o dañoso a los bienes jurídicos socialmente protegidos a través de la norma.

Ahora bien, ¿cómo se presentan estos componentes de la antijuridicidad en el caso de las conductas típicas cometidas por menores?

Autores como English y Pearson han señalado ya las principales motivaciones encontradas en los menores infractores, entre las que señalan que la más frecuente es la falta de amor, producto de formas desviadas de agresión, sin importar el castigo posible, frente a la compensación afectiva lograda. Señalan, además, las carencias profundamente sentidas, que dan lugar a mala conducta ocasional; la deficiencia mental, que nosotros ampliamos con otros aspectos de hipoevolución física, emocional y social; el sentimiento de culpa, en búsqueda inconsciente de castigo; el padecer neurosis; el padecer psicosis y la formación antisocial por influencia normal de la familia patológica.”³⁴

Ceniceros y Garrido las agrupan del siguiente modo:

“Factor familiar (medio social, hogares regulares e irregulares, divorcio, concubinato, origen ilegal, hijos numerosos, condiciones de habitación, factor económico, profesión de los padres, alcoholismo y medio familiar, estado físico y mental de la familia); factor extrafamiliar (urbanismo, malas compañías, literatura malsana, lujo y juego), factor económico (pobreza e ignorancia, aptitud social, trabajo

³⁴ Solís Quiroga, Héctor. Óp. Cit., p. 61.

*premature) y factor personal (herencia morbosa, ascendencia neuropática y toxico infecciosa, alcoholismo, sífilis, transmisión de tendencias criminales, anormalidades de carácter, etc.)*³⁵

En nuestra propuesta, cuando un menor delinque por cuenta propia, en base a conductas antisociales ajenas a él, y dentro de un ambiente impropio de valores y principios, que alienta las conductas ilícitas y el continuo desvalor ético, con lo cual idea y edifica un modo de comportamiento frente a la sociedad, consideramos que el sentido de la antijuridicidad material no se presenta en tal situación particular, toda vez que en su entorno no se reconoce o se disimula la lesividad social de su conducta.

Ello, especialmente tratándose del ámbito familiar, el cual, al ser el primer círculo de socialización al que tiene acceso el menor, es sin duda el primer punto de acceso a los valores sociales, entre ellos, el respeto a la ley. En un ambiente de violencia, será altamente probable que el menor adopte este modo de vida y sea también una persona violenta. Un menor que se desarrolla en un ambiente de pobreza y marginación, en el cual observa que sus semejantes tienen como fuente principal de ingresos el robo o el secuestro, es probable igualmente que una vez que esté en posibilidades de hacerlo, se dedique a la realización de dichas conductas ilícitas que, si bien están tipificadas, y por tanto son antijurídicas formalmente, la desintegración social ha generado que no se identifique en ese sector su antijuridicidad material.

De tal suerte que, aunque la doctrina tienda a unificar la antijuridicidad formal con el material, en la práctica, influyen numerosos factores que provocan su separación. En el caso de un menor que ha delinquido, consideramos que es de especial importancia el que pueda determinarse si al hacerlo, tuvo conciencia de que su conducta era indebida, contraria a la ley, tanto en el aspecto estrictamente jurídico (formalmente) como en el social (materialmente). El elemento de la culpabilidad tendrá entonces un rol decisivo.

³⁵ Citado en Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general. Ed. Porrúa, México, 1995, p. 870

1.5.2 Culpabilidad

Según señalamos previamente, la imputabilidad se entiende en términos tradicionales, en el campo del Derecho Penal, como la capacidad de entender y adecuar el propio comportamiento a esta comprensión. Esta noción, acorde a la teoría del delito predominante, conceptúa a la imputabilidad como un presupuesto o un primer elemento de la culpabilidad.

En opinión de Villavicencio Terreros, el fundamento de la culpabilidad se orienta a los fines preventivos de la pena, pero no sobre la base de un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no en un sentido abstracto, sino una especial ubicación de la persona frente al cúmulo de condicionamientos, es decir, su capacidad de poder dirigir la conducta hacia objetivos de referencia y actuar conforme a la norma³⁶.

Al respecto, Octavio de Toledo y Huerta, señalan: *“al hombre se le supone ostentador de libertad para elegir entre lo jurídicamente bueno y lo jurídicamente malo, entre lo justo y lo injusto legales, lo permitido (conforme a la norma) y lo prohibido (contrario a la norma). Dicho de otra manera, capaz de formar libremente su voluntad y de ponerla en práctica. Y así, cuando, en uso de esa facultad de opción, se decide libremente por realizar la conducta típica y antijurídica, puede reprochársele este mal uso de su libertad.”*³⁷

Dichos autores sostienen que el libre albedrío como punto de partida de la culpabilidad resultaría improcedente, porque este concepto sencillamente o no existe, o cuando menos, no puede comprobarse que exista. Así, apuntan que; *“(…) el psicoanálisis, los modernos estudios de psicología profunda y de sociología de la conducta desviada han llevado a poner más que razonablemente en duda la existencia de esa libertad de la voluntad. Tal existencia -se concluye-*

³⁶ Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2006, pág. 564-565.

³⁷ Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio y Huerta Tocildo, Susana. Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito. 2da. Ed. Rafael Castellanos Editor, Madrid, España, 1986.

es, al menos, indemostrable en el nivel actual de los estudios científicos y, en consecuencia, no puede pretenderse justificar en la afirmación de la misma la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico”³⁸.

No obstante, afirmar o no la culpabilidad del sujeto, deriva de un juicio valorativo sobre su actuar. En nuestra definición, será culpable quien decide voluntariamente infringir la norma, pese a haber podido optar por respetarla y comportarse de modo contrario. De tal modo, si el sujeto es imputable, tiene la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta y la ley no lo exime de la pena, la culpabilidad queda establecida, y, por tanto, es procedente la punición. Contrario a ello, hay ausencia de culpabilidad cuando el sujeto es incapaz o inimputable, no conoce la naturaleza ilícita de su acto o cree actuar legítimamente conforme a ella (error de prohibición) o si resulta aplicable al caso alguna de los eximentes exculporios de responsabilidad penal previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Definidos estos elementos, la discusión centra su análisis en la afirmación del libre albedrío como afirmación misma de la culpabilidad en un menor infractor, en esencia, basado en la única consideración acerca de la posibilidad del autor en haber decidido su comportamiento o actuación conforme a lo esperado por el Derecho.

Hernández Basualto sostiene que: *“En la medida en que lo que se ha configurado es un derecho penal especial para una categoría completa de personas que tienen en común un menor grado de madurez, aun con un criterio generalizador, basado en la idea de facultades de un “hombre medio”, esta idea debería adaptarse a la nota característica de la categoría de sujetos a la que debe aplicarse. En otras palabras, la exigibilidad de otra conducta en este ámbito, o más precisamente, el carácter irresistible o insuperable de la fuerza o el miedo que afecta al sujeto debe establecerse al menos a partir de la idea de un “adolescente medio” que, precisamente en razón de su menor desarrollo y madurez, posee en general un potencial menor de exigibilidad. La aplicación del*

³⁸ Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit., pp. 287-288

*derecho penal de adolescentes no puede desconocer este aspecto*³⁹.

A nuestro juicio, todo sujeto goza de un mínimo estándar de razonamiento que le permite actuar o no voluntariamente. Las ideas de capacidad de actuación de un determinado modo o la negación a esta libertad, en cuanto constitutivas de la autodeterminación libre y espontánea del ser humano, en tanto decisor de sus propias actuaciones, actúan precisamente como fundamento central para aprehender un proceso de valoración, si se quiere no necesariamente normativa, sino en base a constructos de valores, ideas, nociones o modelos de comportamientos estandarizados o mínimamente consensuados. Es una clara manifestación de su modo de actuación y las diferentes formas de reaccionar o comportarse en un momento determinado, en correlación con lo esperado por sus semejantes a través de la norma. Cuando menos hasta ahora, científicamente no se ha concluido categóricamente la negación de libertad del ser humano al momento de decidir.

No obstante, estas afirmaciones acabadas de hacer, no podemos dejar de valorar el mundo situacional de los menores en comparación con los adultos, ni el modo de comprensión con la norma, su grado de adaptabilidad a ella y tanto menos al grado de disuasión que una sanción penal generaría en ellos.

En ese sentido, como afirma el profesor Santiago Mir Puig, *los menores no pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal, lo cual redundaría en una inferior capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Por ello, imponer al menor, pese a su desventaja, la pena prevista para el hombre 'normal', supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende, pero un menor no. De ahí que no se considere lícito en un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se considera responsable penalmente, pese a haber cometido un hecho penalmente*

³⁹ Hernández Basualto, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito". En: www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf, pág. 212.

*antijurídico y concretamente prohibido*⁴⁰.

Esta motivabilidad normal de la que se habla no sería otra cosa sino el parámetro de regulación de conducta con obediencia a la ley penal, que se espera por el Derecho de la generalidad normal de los gobernados; con base en la cual, se fija y gradúa la aplicación de la pena. En términos del citado autor: *“El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal”*⁴¹

Esto -como señalamos- puede ser aplicado con mayor regularidad al caso de los adultos, a quienes tanto la norma como la pena motivan de una manera mucho más directa y disuasiva, se espera una interiorización más seria y una mayor volatilidad y disposición con su cumplimiento. Esto no se cree posible tratándose de adolescentes menores, de quienes se cree que por encontrarse en una etapa previa de desarrollo psicológico y de madurez personal, los niveles de comprensión de la norma son todavía insuficientes, y en ese sentido, son incapaces de responder penalmente.

En ese sentido, nuestro criterio se inclina por apuntar que, aun cuando no es demostrable, tampoco es posible negar que las personas gocen de libre albedrío; es decir, de capacidad plena para decidir sobre sus actos. Aunque es viable aceptar la idea de que ciertos factores o circunstancias de su entorno pueden influir, y aún dar contenido y forma a esa capacidad de raciocinio y acción, se trata de factores que inciden dentro de la misma, más no la sustituyen.

⁴⁰ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8va. Ed. Ed. Reppertir, Barcelona, España, 2006, p. 542

⁴¹ Mir Puig, Santiago. Ob. Cit., p. 543.

CAPÍTULO II: GARANTÍAS REFORZADAS EN EL PROCESO DE ENJUICIAMIENTO A MENORES INFRACTORES DE LA LEY PENAL

Como sostuvimos líneas *supra*, una de los escenarios en donde el principio de especialidad cobra vigencia y espacio de legitimidad es en la propuesta de reforzamiento de garantías situadas en el ámbito de un debido proceso. Esta idea que pretendemos construir supone, en definitiva, otorgar una tutela reforzada de mayor rigurosidad a la estructura de garantías básicas que asesorar a un proceso de enjuiciamiento ordinario, *de adultos*, siempre adaptadas al proceso de formación en el que todo menor y adolescente interactúan.

De ahí que, con acierto, Ezequiel Crivelli señale que: *“La adopción de un sistema procesal acusatorio o adversarial constituye la ruptura definitiva con el esquema inquisitivo, propio del modelo de la situación irregular, por lo que es importante preservarlo evitando la introducción de mecanismos que disminuyan o restrinjan las garantías procesales. El proceso debe estar encaminado a lograr una respuesta rápida, con el objeto de que el niño relacione la infracción cometida con las medidas aplicadas. Por ello, se impone fortalecer el principio de celeridad en esta materia, sin desmedro del respeto de otras garantías fundamentales como el derecho de defensa”*⁴².

En nuestro planteamiento, esta tutela de reforzamiento se traduce en garantías de esencial reconocimiento a nivel del procesamiento de menores infractores de la ley penal, como desarrollaremos más adelante.

Si bien a la fecha de inicio de la presente tesis no se encontraba vigente, y tanto menos se anunciaba la creación del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Decreto Legislativo 957), vigente desde el 08 de enero de 2017⁴³⁴⁴, su regulación no es incompatible con la propuesta que sostenemos en

⁴² Crivelli, Aníbal. Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil. IB de F. Montevideo, Buenos Aires, 2014, pág. 377

⁴³ De conformidad con la Segunda Disposición Complementario Final que a la letra dice: SEGUNDA. - Vigencia y Aplicación progresiva
La presente norma entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial.
(...)

⁴⁴ Cabe señalar que el Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Supremo 004-2018-JUS, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de marzo de 2018, con lo cual, dada la condición de vigencia de su Reglamento, la entrada en

el presente trabajo; todo lo contrario, podemos afirmar que constituye una normativa que refuerza el sostenimiento de la propuesta debido a que sigue existiendo la misma problemática que hemos identificado y que desarrollaremos más adelante.

En esencia, si bien existe un importante y serio esfuerzo en dotar de mayor orden, organización y estructura de corte garantista optimizando los niveles de protección al adolescente a nivel del contexto de una investigación, etapa intermedia, juicio y ejecución de la pena, y de una especial preocupación en dotar de operadores de justicia especializado en adolescentes, lo cierto es que apreciamos un claro defecto: la regulación de sus fases (investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral), sus categorías e instituciones procesales (medidas de coerción de carácter personal), entre otras, son exactamente igual que aquellas reguladas en el Código Procesal Penal de adultos, no existiendo una diferencia en el tratamiento procesal que requiere una justicia especializada que juzgue adolescentes infractores de la ley penal.

Así, tanto el contenido de la tesis, como de las problemáticas que abordaremos en ella, aun con la vigencia del referido Código, se encuentran plenamente vigente para ser desarrolladas.

A modo de precisión, cabe señalar que, desde el 20 de marzo del año 2018, únicamente se encuentran vigentes en todo el territorio nacional los Títulos I (Disposiciones Generales) y II (Remisión) de la Sección VII (Medidas socioeducativas), así como los Títulos I (Disposiciones Generales) y II (Condiciones de la privación de libertad durante la internación) de la Sección VIII (Ejecución de las medidas socioeducativas)⁴⁵ del referido Código. El resto de

vigencia del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, entró en vigencia desde el 20 de marzo de 2018.

⁴⁵ De conformidad con la Segunda Disposición Complementario Final que a la letra dice: SEGUNDA. - Vigencia y Aplicación progresiva

La presente norma entra en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial.

Su aplicación se dará de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales mediante calendario oficial que es aprobado por Decreto Supremo, a excepción de los artículos comprendidos en los Títulos I y II de la Sección VII, así como los Títulos I y II de la Sección VIII del presente Código, los que son de aplicación inmediata, con la publicación de su reglamento en el diario oficial.

disposiciones, en particular, aquellas correspondientes a los artículos que regulan la investigación y el juicio, esto es, la parte procesal de la referida norma, serán aplicados de forma progresiva a nivel de todos los distritos judiciales del país. Al tiempo de culminación de la presente tesis, no existe un calendario que ejecute tal aplicación.

2.1 Fortalecimiento de la libertad y mayores restricciones a su privación en el proceso⁴⁶

La privación de libertad recaída sobre un menor convierte a estos en víctimas de una doble agresión, *en primer lugar*, en un sentido positivo entendido en el aseguramiento de deberes de prestación; los priva de condiciones mínimas de vida y les impide el “*pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*”⁴⁷, *en segundo lugar*, en sentido negativo, se atenta contra su integridad física, psíquica y moral⁴⁸, inhibiéndolos de llevar una vida digna, entendida esta, en palabras del presidente de la Corte Internacional de Justicia Antonio Cançado Trindade, a propósito del caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, como:

*“El derecho que tiene todo ser humano a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.*⁴⁹

La pérdida del derecho a la libertad ambulatoria constituye la afectación más sustancial para el afectado con esta medida, pero, además, es el máximo repudio

⁴⁶ Referencia y estructura tomada de DUCE, Mauricio; COUSO, Jaime. “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”. En: Polít. crim. Vol. 7, Nº 13 (Julio 2012), Art. 1, pp. 1 – 73 disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art01.pdf>.

⁴⁷ Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Convención sobre Derechos del Niño, Preámbulo.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala., Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126 párr. 121

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador Sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 32

que el Estado puede expresar a través del ejercicio legítimo de persecución penal. De ahí que resulte un interés preponderante para toda sociedad civilizada garantizar reforzadamente el juzgamiento de adolescentes menores infractores de la ley penal, quienes, por su formación y proceso evolutivo de desarrollo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos, con efectos negativos de mayor nocividad a nivel de sus consecuencias.

Esto justifica que se brinden mayores posibilidades de revocación, cesación o variación de las medidas de privación de libertad y se brinden alcances más flexibles al concepto de arraigo, así como un redireccionamiento de su entendimiento, orientado a optimizar este criterio, como único y definitivo, eliminando la causa probable y la prognosis de la pena como presupuestos de valoración, así como una política judicial verdaderamente excepcional. En definitiva, lo que se propone es el fortalecimiento del derecho a la libertad personal del menor o adolescente infractor de la ley penal.

2.1.1 La aplicación diferenciada del internamiento preventivo

Los derechos del niño, reconocido por diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos⁵⁰, son considerados como un elemento esencial que exige la protección adecuada por su condición de menor, por parte

⁵⁰ O.E.A. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia 1948, art. XX; O.N.U. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución No. 217 A (III). 10 de diciembre de 1948, art. 21; UE. Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 20 de marzo de 1952 y entró en vigor en 1954, art. 3; O.N.U. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución No. 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966 entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 25; O.E.A. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 22 de noviembre de 1969, entró en vigor 18 julio de 1978, art. 23; OUA. Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul". Nairobi, Kenia 27 de julio de 1981, art. 13, y Carta Democrática Interamericana. Lima, Perú 11 de septiembre de 2001, art. 2, 3 y 6. Declaración Universal de Derechos Humanos Convención Sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art 24 Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65, Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 60, Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 61, declaración de los derechos del niño, declaración de ginebra sobre los derechos del niño, comité de los derechos del niño, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10, en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

de la familia, la sociedad y del Estado⁵¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establece que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tutela el goce de los derechos del niño lo cual implica que la regulación del ejercicio del derecho del niño debe ser acorde con el principio del interés superior del niño⁵². Dicho principio (de Interés Superior del Niño) debe entenderse como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, lo que obliga al Estado a irradiar sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención, especialmente al crear normas que limiten la libertad personal de menores de edad⁵³.

La Corte IDH señala como arbitrarias las decisiones internas que afecten derechos humanos, tales como el derecho a la libertad personal, que no se encuentre debidamente fundamentada,⁵⁴ *toda vez que la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida*⁵⁵.

El carácter excepcional de la privación de la libertad en el caso de personas menores de edad se encuentra reconocido en múltiples normas internacionales, entre las que destacan la Convención sobre los Derechos del Niño -artículo 37 literal b)-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, o también conocida como “Reglas de Beijing” -regla 13 y regla 19-, las Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de Libertad o “Reglas de Tokio” -regla 6-, y las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad a través de su disposición 17.

⁵¹ Art. 19 de la CADH Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65, y Caso Forneron e hija Vs. Argentina, párr. 48

⁵² OEA Convención Americana de Derechos del Niño art. 3, ONU, Convención internacional sobre los derechos del niño art 3, comité de los derechos del niño, principios de París

⁵³ Caso Corte IDH. Caso de la Niñas Bosico vs República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 08 de setiembre de 2005. Serie C No 130, párr. 134

⁵⁴ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafo 216, Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 120.

⁵⁵ Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009, párrafo 139.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, señala que en consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida. Antes deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo como: orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, la obligación de reparar el daño y libertad asistida.

El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes acoge esta posición y así la reconoce tanto en el artículo 6 como en el artículo 51. Mientras que la primera reconoce la excepcionalidad de la privación de libertad del adolescente y la necesidad de que esta se desarrolle en breve término, la segunda le otorga la condición de característica, del mismo modo que con la variabilidad.

En el caso de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes, los estándares internacionales exigen dos requisitos importantes que deben ser justificadas para tomar tal decisión, estas son: a) que las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible, b) solo se impondrán cuando el menor sea condenado por un delito grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves⁵⁶. Además, la Corte IDH exige que se acredite que la privación de libertad era necesaria por el riesgo de obstaculizar la investigación⁵⁷.

Nuestro planteamiento entonces es el de un modelo garantista, definido por los siguientes postulados⁵⁸:

⁵⁶ Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia De Menores (“Reglas de Beijing”) Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, principio 17.1.b y 17.1.c

⁵⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafos 205 a 207.

⁵⁸ Portugal Sánchez, Juan Carlos. La exclusión del arraigo como criterio de valoración judicial en la determinación del cese de prisión preventiva: Análisis de la Casación 391-2011-Piura. Gaceta Jurídica. Análisis Penal y Procesal Penal, tomo 68, pág. 14.

- La incorporación de principios y garantías constitucionales como guías de orientación en su aplicación, siempre vinculados a criterios de interpretación con un mayor grado de optimización a favor del derecho a la libertad personal.
- Una presunción *iuris tantum* al derecho a la presunción de inocencia en relación al sujeto infractor del injusto típico.
- Aplicación proporcional y de *última ratio* en el uso de la medida coercitiva personal de mayor intensidad.
- Afirmar que esta tiene únicamente fines procesales, que solo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume.

La incorporación de principios expresamente regulados y definidos como pautas de orientación a jueces y fiscales debe, a juicio nuestro, siempre estar contenida en las disposiciones procesales, a través de un bloque autónomo de regulación. Esto no se aprecia ni en la Constitución Política, como norma *in supra ordine maximum*, ni el Código de los Niños y Adolescentes ni en el vigente Código de Responsabilidad Penal de Adolescente

Respecto al Código del Niño y Adolescente, dentro de la Sección III dedicada a las garantías del proceso, se regula el principio de legalidad y de confidencialidad y reserva del proceso, como pautas dentro del proceso, más no como parámetros de orientación sobre la aplicación de las medidas coercitivas personal sobre menores de edad. Lo mismo se aprecia cuando la norma alude a la detención (art. 200) y el internamiento preventivo (art. 209): únicamente se limitan a establecer las causas que la motivan, pero no detallan los principios que informan su aplicación. Luego, lo que queda, es acudir al artículo 192, norma remisiva a las de carácter ordinario, para llenar este vacío muy nefasto para el menor imputado, como si la imposición de una medida de carácter personal para un menor de edad se rigiera bajo los mismos principios y garantías que las referidas a un adulto.

Esto ciertamente varía de forma positiva en el actual Código de Responsabilidad Penal de Adolescente. En efecto, los artículos 34 (Disposiciones Generales) y artículo 35 (Legitimación y variabilidad) reconoce dentro de sus contenidos algunos principios vinculados a toda imposición de internación preventiva, como el de proporcionalidad, el de necesidad, el de instrumentalidad y el de legalidad. Existe, en ese sentido, un reconocimiento de mayor preocupación hacia la aplicación de estos principios como guías rectoras en su aplicación.

En base a nuestra propuesta, vemos la necesidad de plantear dentro del modelo garantista que hemos anunciado en las líneas precedentes, a manera de síntesis, dos aspectos importantes que deben guiar la aplicación de la internación preventiva ante casos de menores infractores⁵⁹: 1) La aplicación del internamiento preventivo bajo el criterio de *última ratio* y, 2) la disminución en los presupuestos materiales que justifican su aplicación.

En relación con la aplicación del internamiento preventivo bajo el criterio de *última ratio*, es de señalar que uno de los principales problemas que envuelve la aplicación del internamiento preventivo a nivel judicial, tiene que ver con el criterio que se adopta para aplicar una medida coercitiva personal, esto es, las razones que la motivan, la ponderación motivada de las graves consecuencias que pueden generar en su destinatario (el adolescente infractor), la finalidad que justifica el sacrificio de la libertad en beneficio de valores superpuestos a este. El principio de excepcionalidad aconseja la viabilidad de esta medida solo en situaciones de necesidad extrema e impostergable.

Sobre esto último, a propósito de su naturaleza "*excepcional*" y su relación con el derecho a la presunción de inocencia, la Comisión IDH señala en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas:

"En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el

⁵⁹ Portugal Sánchez, Juan Carlos. Estándares constitucionales en la aplicación de la prisión preventiva. Hacia un adecuado análisis del test de proporcionalidad en la resolución de casos. Gaceta Jurídica. Análisis Penal y Procesal Penal, Tomo 62.

imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva”⁶⁰.

En similar interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador deba apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general”⁶¹.

En igual sentido, a nivel comparado, la Corte Constitucional de Colombia señala:

“(…) la detención preventiva dentro de un Estado Social de Derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar

⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, fundamento 134

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N. ° 1091-2002-HC/TC de fecha 12 de agosto del año 2002, fundamento séptimo.

la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana. Bajo esta consideración para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumpla los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”⁶².

A pesar de los estándares que venimos exponiendo, en nuestra realidad se aprecia que los jueces a cargo de un caso obvian realizar un análisis constitucional para optimizar la libertad de los menores y, pese a la existencia o idoneidad de otras medidas coercitivas, útiles y proporcionales a la finalidad constitucional que se invoca, utilizan la medida más grave (privación de libertad), desnaturalizando no solo su carácter de “*excepcional*”, sino también, el carácter de *última ratio* que soporta al Derecho Penal. Esta línea de argumentación se ampara en el Artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad. A propósito de ello, la Corte IDH pone especial énfasis en optimizar el uso de otras alternativas menos lesivas tanto al derecho a la presunción de inocencia como a los efectos generados con su aplicación en la salud e integridad en quien la sufre⁶³⁶⁴.

En relación con la disminución de razones que justifican la imposición judicial del internamiento, se tiene que la causa probable o vinculación suficiente del

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-774 de 2001

⁶³ Así pues, en los casos Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay (Sentencia del 02 de septiembre del año 2004, párrafo 228) y Suárez Rosero Vs. Ecuador (Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77) dicho tribunal señala que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar a quien se acusa de infringir una ley penal, por lo que su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

⁶⁴ Estas líneas también fueron expuestas en: Portugal Sánchez, Juan Carlos. Estándares constitucionales en la aplicación de la prisión preventiva. Hacia un adecuado análisis del test de proporcionalidad en la resolución de casos. Gaceta Jurídica. Análisis Penal y Procesal Penal, tomo 62.

autor con el hecho, el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria, la prognosis de la pena y el riesgo de comisión de nuevos delitos son, con algunas diferencias a nivel comparado, los requisitos que se manejan para decretar el internamiento preventivo contra un menor infractor, de la misma manera que la regulación prevista para la determinación de los presupuestos que justifican una prisión preventiva.

A continuación, analizamos el alcance de algunos de ellos para asumir nuestra posición sobre el particular.

El *fumus bonus iuris* o apariencia de buen derecho constituye el primer presupuesto material en la aplicación de la prisión preventiva. Se define, en palabras de Gutiérrez de Cabiedes⁶⁵, como la adopción de un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia definitiva. En esa línea, anota Del Río Labarthe, en el proceso penal, ese derecho es el *ius puniendi* del Estado respecto del imputado, lo que significa que debe valorarse cuál es la probabilidad de que el fallo que ponga fin al proceso sea uno de carácter condenatorio⁶⁶.

Desde nuestra posición, consideramos que si bien este requisito debe ser leído de manera conjunta con las razones que dotan de contenido al criterio de peligro procesal, esencia misma de las medidas de coerción personal, y con los principios que lo legitiman, con atención a los de provisionalidad, proporcionalidad y motivación, en el caso de menores infractores este requisito debe sustraerse del análisis, en tanto constituye una fórmula invasiva al contenido esencial de la presunción de inocencia del infractor medible con esta decisión.

Exigirle al juzgador valorar “*fundados y graves elementos de convicción de la comisión de una infracción que vincule al adolescente como autor o partícipe de la misma*” en el asunto que conoce, significa, en la práctica, exigirle al juez un

⁶⁵ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. La prisión provisional. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 151

⁶⁶ Del Río Labarthe, Gonzalo. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores. Lima, 2007 pág. 41

conocimiento prematuro de certeza sobre la responsabilidad penal del menor, análisis que corresponde exclusivamente a un estadio procesal posterior. Significa -además- que el estándar de prueba creado para las diversas fases en la reforma procesal queda desnaturalizado.

Si la fórmula de la apariencia jurídica causa un análisis defectuoso en el juez penal en relación con la libertad de los adultos afectados con esta medida, en el caso de los menores de edad, las consecuencias perjudiciales se magnifican dada su situación de especial protección. Este error, como veremos, trasciende también a nivel de los procesos seguidos contra menores de edad.

Tras el uso judicial excesivo de la medida cautelar privativa de libertad en procesos seguidos contra adolescentes, es que a través de una Resolución Administrativa 081-2011-P-PJ publicada en el Diario Oficial el 09 de febrero de 2011, el Poder Judicial dispuso que:

“Que de la revisión de numerosos asuntos referidos al tratamiento jurisdiccional a los adolescentes infractores mayores de 14 años de edad (artículo 184 primer párrafo del Código de los Niños y Adolescentes - en adelante CNA) ha detectado que, aún en supuestos de evidente falta de gravedad del injusto atribuido, no se está recurriendo a la imposición de medidas cautelares menos gravosas - insistiéndose masivamente en la medida de internamiento preventivo (artículo 209 del CNA). Tales decisiones, que no están precedidas en muchos casos de una suficiente justificación desde las exigencias establecidas en el artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes y lesionan los principios de necesidad, adecuación y estricta proporcionalidad, vulneran además las notas características de toda medida limitativa de derechos con fines procesales, en especial la de excepcionalidad, y las que con especial énfasis informa el Código de los Niños y Adolescentes y los Tratados sobre la materia, a la vez que infringe la función preventivo especial que caracteriza la justicia del adolescente infractor

(artículo 191 CNA) y las medidas socio-educativas (artículo 229 CNA)⁶⁷.

Este riesgo latente debe ser eliminado. Y es que, en la actualidad, aunque no se quiera reconocer, bajo el argumento de la llamada “*esfera de la discreción facultativa de los operadores de justicia*”, expresado en optar por otorgarle un mayor peso a este primer presupuesto, se rechaza de manera automática el análisis de los elementos del peligro procesal, aspecto que, en definitiva, constituye el único criterio que constitucionalmente legitima su validez y aplicación como medida de naturaleza cautelar. Esto ha llevado, desde nuestra posición, no solamente a desnaturalizar la finalidad preventiva de la medida, sino a invertir el principio de presunción de inocencia por el principio de presunción de criminalidad, que en casos de menores de edad resulta ser una regla de mayor importancia.

La importancia de la motivación en las decisiones no solo es de vital necesidad para el desarrollo democrático del proceso penal, sino también para garantizar en el imputado y la sociedad un control de transparencia y legitimidad en ella.

Una prueba de ello es la cita jurisprudencial que a continuación señalaremos, en donde la negación de los hechos (garantía de no autoincriminación que tiene todo menor de edad) constituye, a criterio del juez, un grave elemento de riesgo procesal y de obstaculización de la actividad probatoria. Citamos:

“En consecuencia, hay suficientes elementos probatorios, que vinculan al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor. Además, dado que el actor ha negado rotundamente la comisión de los hechos, no obstante, las

⁶⁷ García Huayama, Juan Carlos y Alvarado Reyes, Juana. El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la ley penal. En: Derecho y cambio social. Publicado: 31-03-2012. file:/// Downloads/DialnetElInternamientoPreventivoEnElProcesoDeInfraccionAL-5493806.pdf, pág.

declaraciones de los niños y los informes psicológicos, existe un riesgo razonable de que eludirá la acción de la justicia. Por otra parte, siendo el actor vecino de los menores, podría intentar intimidar a sus familiares, en consecuencia, concurren todos los presupuestos contemplados en el artículo 209 del Código del Niño y Adolescente, razón por la cual el internamiento preventivo es legal (...)⁶⁸”.

Queda en el marco de este estudio únicamente el análisis al peligro procesal representando por el *peligro de fuga* y el *peligro de obstaculización del proceso* por parte del investigado. El primer supuesto del peligro procesal (el de fuga) se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, en el caso de los menores de edad, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar, excepcionalmente laboral dada la situación de formación, y mayor grado de dependencia respecto a sus padres, arraigo escolar o académico, uso del arraigo afectivo, análisis sobre el nivel de asociación o disociación, propio (familiares directos) o impropio (familiares indirectos), y esencialmente aspectos de valoración educativa que el niño ha logrado aportar como prueba de refutación en la audiencia de requerimiento de internación preventiva.

El segundo supuesto del peligro procesal (el de la obstaculización del proceso) se encuentra vinculado a la injerencia del menor de edad en situación de libertad en el resultado del proceso, *pudiendo* ello manifestarse con la influencia directa de este, o de personas cercanas a él -tutores, padres y familiares en general- y que tienen un interés directo en el resultado del mismo, alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, a efectos de un equívoco resultado del proceso, y que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2063-2005-PHC/TC, de fecha 29 de abril de 2004, fundamento 6.

Aquí encontramos dos escenarios de respuesta judicial, luego del proceso de valoración. O bien la existencia de suficiente arraigo procesal del menor al proceso o investigación, sin ninguna posibilidad de riesgo, o bien existencia parcial, esto es, un cumplimiento efectivo tan solo de algunos de los elementos descritos, o inexistencia de los mismos.

En el primer caso, en tanto nula posibilidad de daño al proceso penal, no se aplicará ninguna medida de aseguramiento más que la sola invocación a él, a su abogado, como a sus padres, de asumir una conducta activa de participación necesaria (las veces que se requiera su participación) y de custodia durante el trámite del mismo, hasta su resolución definitiva.

En el segundo caso, con daño latente o potencial en su desarrollo, planteamos, a manera de propuesta, dos tipos de medidas; una primera, de aseguramiento procesal, con deberes específicos del menor de edad a su vinculación procesal; y una segunda, de aseguramiento familiar o correctivo-educativo, dirigidos a los padres del menor afecto a ella. A continuación, los señalamos⁶⁹.

- La custodia permanente
- Acompañamiento educativo a cargo de los padres a cargo del menor.
- Ingreso y acogimiento en un hogar comunitario estatal u hogar institucional, así como la posibilidad de determinarse en actividades de capacitación profesional
- Alejamiento del adolescente de la persona o grupo de personas, que van desde los propios integrantes del seno familiar con cierto grado de influencia en el menor capaces de inducirlo a comportamiento evasivos o desleales con la actividad y desarrollo procesal.
- Compromiso de palabra asumido por el joven ante el juez

⁶⁹ Duce, Mauricio; Couso, Jaime. "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado". En: Scielo: Política Criminal, versión On-line ISSN 0718-3399: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art01.pdf>

(respecto de su conducta) a través de entrevistas personales en donde el juez que le decretó la medida, bajo los estándares de intermediación, esto es, en vivo y en directo, con presencia de su abogado defensor y el representante de la pretensión punitiva, pueda advertir el nivel de cumplimiento o de mejora en el menor. Desde luego, esto puede ser derivado hacia las instituciones públicas encargadas por el juez.

- La imposición de determinados deberes de presentarse ante, o de reunirse con, personas de confianza del joven o del tribunal.
- Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.
- Eliminar la visita a bares, discotecas o centros de diversión determinados, y abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito
- Ante la insuficiencia de la regla anterior, ordenar internamiento o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.
- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.
- Adquirir trabajo
- La libertad vigilada o de comparecencia con restricciones
- La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez
- Y en el extremo, y solo en defecto o probada posibilidad de incumplimiento de ellos, recaerá legítimamente la medida judicial de internación preventiva.

Si bien esta propuesta es una idea dirigida a optimizar los diferentes niveles de arraigo en el marco de una audiencia de arraigo procesal, neutralizando a la internación preventiva, es una idea compartida por la profesora Díaz Cortés, aunque con grandes diferencias, pues esta trata de privilegiar diferentes

sancionar, por encima del internamiento definitivo, en el ámbito estrictamente punitivo, y no cautelar. Así, pues, dentro de la figura de la desinstitucionalización de la pena, propone ampliar el catálogo de penas o medidas con el fin de que se dé una reducción en la intensidad de la intervención. Propone, en tal sentido, la libertad vigilada, la prestación de servicios a favor de la sociedad o la reparación del daño. En suma, en su idea, por medio de estas figuras se busca una respuesta no represiva, desinstitucionalizada, informal, al margen del sistema, y que evite los efectos estigmatizantes que el propio proceso implica⁷⁰.

Como puede apreciarse, se trata de un catálogo bastante amplio de alternativas o un diseño de valoración más abierto al uso de la privación de libertad que, por lo mismo, ofrece opciones para dejar a ésta como último recurso.

Son medidas binarias que permiten asegurar su verdadero y real carácter excepcional, y que permite garantizar tanto su naturaleza cautelar, pero bajo una fórmula que vincula e integra la necesidad de carácter educadora y orientadora que persigue corregir. Se trata, en definitiva, de establecer una fórmula que, de un lado, permita el aseguramiento procesal buscando con ello garantizar la seguridad y estabilidad del procesamiento; y del otro, una perspectiva moderna y distinta de su proyección en el destinatario que recae esta medida.

Así pues, dentro de este último punto, en lo que respecta al principio de proporcionalidad, esta reformulación de la medida involucra que el juez a cargo de la decisión considere como una variable especial los costos de la ejecución que la medida puede surgir en el presunto adolescente infractor, especialmente al tratarse de un internamiento preventivo como medida más extrema, luego del proceso de descarte del catálogo de alternativas previstas para una reacción menos lesiva a su derecho fundamental.

Al respecto Robert Alexy, postula que *“los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos”*⁷¹ y *“cuanto más*

⁷⁰ Díaz Cortés, Lina. Derecho Penal de Menores. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Colombia y en España. TEMIS S.A. Bogotá-Colombia, 2009, pág. 224-225.

⁷¹ Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España,

intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención".⁷² Precisa que en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tienen una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular, por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada.

En efecto, como señala el profesor Jaime Couso; *"la exigencia de que se tomen en cuenta, al realizar el juicio de proporcionalidad, los "especiales costos" de la prisión preventiva para el adolescente, se entiende en el sentido de poner en la balanza los perjuicios psíquicos causados por la medida", así como sus efectos negativos en los ámbitos social, educacional y laboral*"⁷³.

1.2 El plazo razonable a la inversa como guía de aplicación al proceso de los menores

O también denominado como el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Resulta obvio que si existe un derecho a ser juzgado en el marco de un proceso penal en donde un adulto se encuentre en dicha condición, *mutatis mutandi* se aplica este derecho y con un grado mayor de intensidad cuando se trata de menores infractores de la ley penal, cuya duración excesiva del mismo puede significar una pérdida de la legitimidad punitiva a cargo del Estado, a causa de las severas consecuencias que esta dilación puede generar en él.

Madrid, 2004, p. 81.

⁷² Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 55

⁷³ Duce, Mauricio; Couso, Jaime. "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado". En: En: Scielo: Política Criminal, versión On-line ISSN 0718-3399: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art01.pdf>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos siguiendo al Tribunal Europeo en el *Caso Guincho Vs. Portugal*, ha establecido que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento - incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse-, hasta que se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción.⁷⁴

Particularmente en materia penal, “este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”⁷⁵, por ejemplo, en la fecha de la aprehensión del individuo o, en caso de que ello no proceda, a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.⁷⁶ Así, el principio de “plazo razonable” tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.⁷⁷

Dicho esto, la Corte Interamericana ha establecido que la determinación de la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso debe considerar cuatro elementos, en la misma línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el *Caso Motta y Ruiz Mateos vs. Spain*: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales,⁷⁸ y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.⁷⁹ Cabe destacar que, en la valoración de dicho plazo razonable, la Corte observa también la legislación nacional sobre la materia.⁸⁰

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo) párr. 71

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, óp. cit., párr. 70.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 168.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, óp. cit., párr. 70.

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 77

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, óp. cit., párr. 164.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 130, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, óp. cit., párr. 160.

De ahí que como sostenga Mauricio Duce, las ideas que fundamentan a esta garantía tienen que ver tanto con el impacto negativo que la extensión temporal del proceso produce en los derechos de las personas imputadas (extendiendo en demasía el estado de incertidumbre generado por el proceso, dificultando la posibilidad de ejercer derecho de defensa, entre otros) como en la legitimidad del sistema frente a la comunidad (la clásica idea expresada en el aforismo inglés "*justice delayed, justice denied*")⁸¹.

Nuestra posición sobre el particular establece diferencias con las visiones que principalmente tanto la jurisprudencia constitucional y la dogmática procesal han recurrido en búsqueda de una solución.

Si bien mantenemos el análisis de los sus tres primeros elementos; léase, complejidad del asunto, conducta de los interesados y conducta de las autoridades judiciales, sostengo la idea de optimizar un cuarto criterio que aunque no obstante de haberse introducido en tiempos actuales por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su importancia resultaría especialmente mayor cuando se trata de establecer las consecuencias violatorias producto de la violación a ser juzgado dentro de un plazo razonable en agravio de un menor de edad.

Me refiero, en particular, al criterio denominado *consecuencias múltiples de dicha violación* incorporada por vez primera en el caso *Kawas Fernández Vs. Honduras y Valle Jaramillo Vs. Colombia* a nivel de la Corte IDH y en el caso *Augusto Salazar Monroe* a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que supone todas aquellas consecuencias, *inter alia*, de naturaleza familiar, social, laboral y médico que podría sufrir el menor como resultado de un proceso largo y complejo. La importancia en el bienestar general e integral del menor infractor, y que precisamente tutela en mayor amplitud cada uno de estos aspectos que rodean al menor, legitiman una mayor optimización de este criterio

⁸¹ 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*, año 2015, N.º 1, pág. 93

con respecto a los tres primeros antes mencionados.

Coincidimos con Mauricio Duce cuando señala que:

“La celeridad se asocia a una característica indispensable que debe tener el sistema para satisfacer adecuadamente la lógica que impone el principio educativo, es decir, para asegurar que la eventual sanción que se imponga al joven cumpla con su efecto pedagógico. La celeridad asociada al principio educativo tiene diversas consecuencias en el diseño de un proceso cuyo análisis dejo pendiente para un capítulo posterior. En esta sección me ha interesado remarcar la diferencia con el proceso de adultos sólo desde la perspectiva de la dimensión garantística de la idea de mayor celeridad”⁸².

Del mismo modo que buscamos una aplicación especial al cuarto criterio en este derecho, planteamos una propuesta rigurosa como fórmula de reparación o compensación a la violación demostrada del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable a un menor infractor.

De los planteamientos conocidos, esto es, tesis italiana -adopción de un plazo perentorio para definir la situación jurídica del procesado-, norteamericana -anulación de la acusación fiscal- y española -denuncia a las autoridades judiciales a cargo del juicio ante instancias disciplinarias-, me adhiero a la sostenida por la tesis alemana, que plantea la extinción de la acción penal y el consecuente archivamiento del proceso penal, originando con ello la exclusión del menor de edad en tanto probado se encuentre una dilación indebida e injustificada en su proceso, o cuando el plazo legal, ordinario y extraordinario, para la investigación o juzgamiento haya vencido sin ninguna justificación.

Affín a lo argumentando en el párrafo anterior, la lógica que persigue el derecho a una protección integral -deber asumido tanto por los padres como por

⁸² 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, año 2015, N.º 1, pág. 94.

el propio Estado y sociedad frente a los niños- y la garantía constitucional y convencional de salvaguarda del interés del menor validan legítimamente esta posición. El menor de edad sometido a un proceso penal no puede soportar las ligerezas en la dilación de su propio proceso, ni tanto menos invertir la inacción o inoperancia estatal en agravio suyo. Si sumamos al estigma en sí mismo de afrontar un proceso penal a corta edad el efecto de asumir un largo proceso penal que ya constituye desde mi posición un castigo estatal anticipado, esta opción adopta una relevancia mucho más equitativa.

En ese sentido, constituye también como propuesta en la presente tesis la regulación de un establecimiento de plazos máximos de duración, no únicamente reduciendo este esfuerzo a establecer plazos máximos de duración a nivel de una fase investigativa, como ocurre a través del artículo 89 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Legislativo 1348, que regula los plazos de investigación de carácter simple -artículo 89 numeral 1- y de carácter complejo -artículo 89 numeral 2- y su consecuente control de plazo ante situaciones de exceso de estos plazos legalmente definidos -artículo 90- sino principal y esencialmente en sus dos siguientes fases: etapa intermedia y juicio oral, escenarios en donde existen mayores espacios de tiempo y relajamiento a esta garantía. Es precisamente debido a este escenario de falta de regulación normativa en donde la definición de un plazo irreflexivo y discrecional -impropio por la naturaleza especial del sujeto activo que se juzga, queda a decisión de toda autoridad judicial. Como puede observarse, ni en la Etapa Intermedia -que va desde el artículo 92 al artículo 103 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, ni a nivel del Juicio Oral, desde el artículo 104 hasta el artículo 115, se encuentra definido algún tipo de plazo para ambas fases.

Si bien novedosa para nuestra regulación y realidad nacional, esta garantía, a la que denominamos como *plazo razonable a la inversa*, ha sido materia de una mínima aproximación a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.476, Oscar Elías Biscet y otros Vs. Cuba⁸³, en donde si

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 12.476, fundamento jurídico 182

bien se reconoce que los juicios e investigaciones sumarias no sean contrarias al concepto de proceso justo en el marco de lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, deberán estar necesariamente garantizadas por una estructura legal de garantías suficientes y efectivas que eviten un resultado negativo en favorecimiento a la búsqueda de justicia pronta.

En términos de dicho órgano de protección:

“Al respecto, la Comisión considera oportuno recordar que, aunque la existencia de procedimientos sumarios per se no es contraria al derecho de justicia, la exigencia de brevedad y sencillez consagrada en el artículo XVIII de la Declaración Americana no puede ampararse en un proceso que no otorgue a los acusados todas las garantías del debido proceso, más aún en los casos donde la posible pena a aplicar es de carácter irreversible, esto es, la muerte. En particular, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable no puede afectar protecciones procesales fundamentales del debido proceso, especialmente el derecho a un tiempo y medios adecuados para preparar la defensa”.

Es decir, hay un diseño procesal orientado tanto a asegurar el cumplimiento del plazo razonable pero situado exclusivamente a nivel de la investigación pero no de todo el proceso penal, en general, debiendo existir con tanto mayor razón un marco de control de acusación como del juzgamiento oral que permita un procesamiento penal célere pero al mismo tiempo estricto, sin debilitar o relajar las garantías propias de un juicio justo que concluya con resultado de calidad, tanto para este como para el órgano de pretensión persecutora como reparatoria, actor civil. Esto, como ha señalado la Comisión Interamericana, de recibo nuestro, se logrará respetando a las partes el tiempo adecuado para preparar la defensa, la necesidad de tiempo para revisar el expediente, para conocer anticipadamente los cargos que se le formulan, la posibilidad de identificar, citar, hacer comparecer a testigos, y de entrevistarse personal y privadamente con el defensor de su elección por un tiempo adecuado. De ahí que respetando ambas ideas la tensión aparente queda superada.

1.3 El derecho indispensable a una defensa técnica

El Código de los Niños y Adolescentes regula a través del Capítulo III algunos aspectos relacionados a la presencia del abogado en el desarrollo de la defensa de un menor de edad, bastante confusa y contraria, una de otra.

Como avizoramos en líneas precedentes, no existe un discurso coherente y uniforme que permita garantizar ampliamente el derecho a una defensa, como derecho indispensable y ejercicio eficaz. Pues, mientras que de un lado el artículo 185 reconoce como obligatoria el patrocinio legal a cargo de un abogado, elegido de modo particular o en ausencia de este, de manera contraria el artículo 40 numeral 2 prescinde de su participación e incorpora a los padres como sujetos legitimados para comunicar los cargos de imputación que reposan sobre él.

Lo mismo ocurre cuando en el numeral 3 el legislador establece que o bien el asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (al ser una cláusula abierta, podrían serlo, los padres, un curador, tutor, figuras de representación válidas en el Código Civil, que no necesariamente poseen conocimientos jurídicos, o hasta un familiar cercano o incluso docente; y es que la palabra adecuada permite ampliar este catálogo) podrían asumir su defensa ante un escenario judicial.

Sea uno o lo otro, consideramos inadecuado que el legislador contribuya *de iure* a crear alarmas previsibles en la defensa de los intereses del menor, riesgos originados en la falta de comprensión de la norma de asesores ajenos al estudio y ejercicio del derecho o decisiones motivadas en aspectos esencialmente afectivos, emocionales o de solución rápida, conforme a continuación lo desarrollaremos.

El derecho indispensable a una defensa técnica supone, en estricto, la prohibición en la renuncia de un abogado defensor en sustitución de cualquier otro apoyo que, aunque pueda generar algún grado de confianza y certidumbre del menor y/o adolescente infractor, no permite un total conocimiento legal de la situación jurídica del menor.

Así, si bien un tutor, padre o madre o familiar que este designe puede reemplazar a un menor de edad durante un proceso penal o investigación por razones estrictamente de confianza y de comodidad, una defensa de conocimiento sobre todo aquellos que rodea una atribución de responsabilidad penal, será siempre insustituible en procesos cuyas consecuencias pueden resultar ser sustancialmente severas frente al menor.

A modo de ejemplo, una madre, padre o familiar que acompañe a su hijo durante una declaración, podría sugerir un acogimiento a un beneficio procesal de carácter premiar ante una imputación a cargo de un policía o fiscal, y aunque esta persona no tuviese ningún tipo de responsabilidad, admite haber cometido el delito por haber sido previamente inducido o convencido en que dicho acogimiento le traería mayores beneficios legales. Luego, esta persona, es internada en un centro de rehabilitación. Esta figura naturalmente no ocurriría si al lado del menor de edad se encontrase un abogado conocedor de estas fórmulas usadas muchas veces en declaraciones iniciales, y tanto más, conocedor de las consecuencias que esto podría generar.

Y es que si bien la presencia de los padres es importante para otorgar tranquilidad emocional a un menor durante una actuación como esta, los consejos o apreciaciones que este podría recibir estarían más propiamente motivados por razones afectivas, emocionales o de pretendidas salidas rápidas con apariencia de triunfo; pero que insisto, traen severas consecuencias en la situación jurídica del menor; mientras que el patrocinio a cargo de un abogado no estará vinculado a estos motivos, sino únicamente a una estrategia de fondo que legalmente genere una mejor condición a esta situación jurídica.

Se evita asimismo con esta también denominada defensa apropiada, una renuncia implícita a determinados derechos que comúnmente son siempre leídos al menor y/o adolescente por la autoridad a cargo de realizar dicha declaración.

La actual legislación, léase, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, conserva la esencia de ello a través del artículo 22, en donde si

bien expresamente no reconoce la posibilidad de que el padre, madre, tutor o responsable del adolescente infractor pueda participar activamente en el ejercicio de la defensa de todo adolescente sometido a una investigación, no obstante, si le brinda el derecho a estar presente en todo aquel acto de investigación que directa o indirectamente vincule a los intereses del adolescente, en compañía efectiva de estos.

En ese sentido, dentro del contexto de esta regulación, el legislador sí le brinda la posibilidad y el derecho a todo padre, tutor o responsable de asesorar y acompañar permanentemente a todo adolescente en toda diligencia que requiera su participación; existiendo, por tanto, desde nuestra perspectiva, el mismo reconocimiento implícito que el regulado en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337.

En una lectura íntegra y afín al principio de interés superior del niño y adolescente así como al principio de máxima protección en el desarrollo de sus intereses, nos resulta totalmente adecuado que todo adolescente siempre cuente con la compañía de sus seres queridos, y en ese ámbito de confianza, con tanto mayor razón en la compañía de sus padres; lo que no significa que éstos, entiéndase: padre, madre, tutor o curador, en la propuesta que esbozamos en este punto, que tengan labores de patrocinio o defensa jurídica de estos en el desarrollo de la investigación y del procesamiento penal, en sentido estricto, con las mismas facultades y prerrogativas exclusivas y excluyentes que los abogados. La labor de estos siempre será subordinada y secundaria a la labor del abogado.

La justicia especializada de responsabilidad penal del adolescente no se reduce únicamente a los operadores de justicia -jueces-, de persecución, Ministerio Público, o de auxilio administrativo con efectos legales -policía especializada o equipo multidisciplinario que contribuye al desarrollo de la investigación- sino del mismo modo a todo aquel circuito de asesoría legal que contribuye y participa en la decisión de todo adolescente sometido a una investigación. En esa línea de ideas, esta asesoría será realmente efectiva cuando el circuito de profesionales que rodea al adolescente cumpla con este conocimiento especializado.

Por tales razones, creemos que una asesoría del ámbito familiar del adolescente (padres o tutores) responde básicamente a factores afectivos y emocionales, y no necesariamente con un nivel de rigurosidad legal especializada como el que sí otorga el profesional del Derecho (abogado del adolescente), y el que finalmente exige, en clave de principio, el referido Código. Así pues, cualquier acto de defensa que no sea jurídico, por más vínculo existente con el adolescente, no debería tener ninguna consecuencia legal.

Una de las expresiones máximas del derecho a la defensa derivadas de esta construcción de defensa indispensable frente a investigaciones o procesos contra menores infractores, se encuentra en el derecho a la información clara, directa, y en tiempo oportuno de los cargos de imputación contra ellos, que permita asegurar acciones legales adecuadas para una correcta defensa eficaz. De ahí que esta información no solo sea comunicada previamente, en tiempo al primer acto procesal en donde se requiera la presencia del menor, sino que esta tenga la suficiente calidad, claridad y suficiencia que sea comprensible en relación al nivel de desarrollo y madurez del joven imputado.

Otra garantía que se integra a la defensa procesal es el derecho del menor imputado a conocer las razones de la aprehensión⁸⁴, que supone:

“El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial deba ser informado irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido”.

Una garantía adicional, distinta a la información de las razones de la detención, es el derecho al conocimiento previo y detallado de la acusación, el cual se halla reconocido en el artículo 8 numeral 2 literal b) de la Convención Americana y asegura que la persona involucrada conoce la situación materia del procedimiento y, en consecuencia, puede tomar acciones dirigidas a asegurar

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00010-2002-AI-TC. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003, fundamento jurídico 22.

sus derechos en la consecución de éste. En esta disposición podemos identificar dos componentes esenciales para su cumplimiento; esta exige que la comunicación se dé de modo previo, elemento que se relaciona con la oportunidad, y detallado, lo cual se refiere a su calidad⁸⁵.

Asimismo mediante su jurisprudencia, la Corte IDH ha señalado respecto a los defensores de oficio que se otorga en defensa del menor, que el Estado no cumple la obligación contenida en el artículo 8 numeral 2 literal e) de la Convención simplemente con proporcionar un defensor jurídico, sino que esta defensa debe ser efectiva, es decir, el abogado asignado debe llevar a cabo las acciones debidas para defender los intereses de la persona inculpada, y no solo por cumplir con una formalidad procesal ya que ésta equivaldría a no contar con defensa técnica, en especial, la Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas.⁸⁶

Adicionalmente, otro medio adecuado para contar con una defensa procesal eficaz es garantizar que el abogado y el imputado tengan una comunicación que revista dos condiciones: comunicación en libertad, y b) comunicación en privacidad.

Siendo ello así, la libre y privada comunicación entre abogado e imputado es un medio adecuado para la preparación de una defensa eficaz, la misma que no solo se garantiza a través del contacto directo entre el letrado y el investigado, sino también a través del vidrio de un locutorio, ya que lo que se busca, más allá del medio o el lugar donde se realiza la comunicación se realiza de modo confidencial y sin presiones⁸⁷. De ahí que la regulación planteada en el artículo

⁸⁵ Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina (2012). El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, p. 266

⁸⁶ Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrafo 194, Corte IDH. Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia De 26 De noviembre De 2010, párrafo 155, Cfr. ECHR, Case of Artico v. Italy, Judgment of 13 May 1980, App. N°. 6694/74, paras. 31-37, Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 159.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0774-2005-HC/TC, caso

203 del Código de los Niños y Adolescentes⁸⁸ nos resulte contraria a la libre y espontánea comunicación entre abogado y patrocinado.

Vemos, pues, y así lo planteamos, las mismas exigencias a la garantía de imputación necesaria o también denominada de calidad suficiente que alcanza a los estándares máximos de acusación para un adulto acusado de un delito.

1.4 La declaración del menor de edad es facultativa durante la investigación y juicio: Reforzamiento al derecho a no autoincriminarse

El derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declarar suponen, en palabras de Bacigalupo- el derecho del imputado a “negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivada del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho”⁸⁹.

Como vemos, este derecho es una expresión del derecho a la defensa en juicio. Es lógico, si el ciudadano tiene derecho a defenderse en el proceso penal, su defensa puede consistir en no proporcionar colaboración alguna con la justicia, guardando silencio (total o parcial) o incluso mintiendo⁹⁰.

En efecto, como sostiene Reyna Alfaro, posición con la cual nos adherimos, *in toto*, este derecho a mantenerse silente tiene carácter absoluto, de modo tal que comprende no sólo el derecho a guardar silencio en relación a la propia intervención del imputado, sino también respecto a la posible intervención de terceros. Es lógico por dos razones:

Víctor Polay Campos, fundamento jurídico 21.

⁸⁸ Cito: Artículo 203.- Declaración. -

El Fiscal, en presencia de los padres o responsables, si son habidos, y del Defensor, procederá a tomar su declaración al adolescente infractor, así como al agraviado y a los testigos, si fuere el caso.

⁸⁹ Bacigalupo, Enrique. Justicia penal y derechos fundamentales. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 181

⁹⁰ Eguiguren Praeli, Francisco. El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del congreso. En: El mismo. Estudios Constitucionales, Ara Editores, Lima, 2002, pág. 239

- 1) Si se trata de un supuesto de codelinuencia, la declaración del imputado respecto a terceros podría servir para la comprobación del hecho punible con lo que, al menos, de modo indirecto, se estaría llevando al imputado a aceptar ciertos elementos determinantes de la responsabilidad penal; y
- 2) Surge el riesgo de autoincriminación indirecta pues una vez que el imputado haya proporcionado información que involucre a terceros, nada impide que estos hagan lo propio⁹¹.

Sumado al derecho reforzado de no autoincriminación que recae en un adulto, y con tanta mayor razón es extensible a los menores de edad, se encuentra el derecho a que su declaración, en tanto lo decida, a que su declaración constituya un mecanismo o medio de defensa y no un medio de prueba. De ahí que asumamos un trato diferenciado en la declaración del menor de edad tanto a nivel de una investigación como del propio procesal penal.

De acuerdo con el sistema procesal penal anglosajón, el imputado, de clara irradiación en el enjuiciamiento de menores, si decide no ejercer el right to remain silence (derecho a mantenerse silente), aquello que este declare “can be used against him in a court of law” (puede ser utilizado en su contra en un tribunal). Ello es precisamente porque el imputado, al declarar, adquiere la condición de testigo, y su declaración, la de medio de prueba⁹².

En pocas palabras, conforme a la visión que se tiene del derecho a la no autoincriminación en el marco anglosajón, “la atención no recae sobre un sujeto con el estatus de imputado que podría ser injustamente incriminado, sino sobre un sujeto con el estatus de testigo que podría ser obligado a servir como instrumento de su propia incriminación. EL objeto principal del privilegio (de no autoincriminación) está orientado más hacia el testigo que orientado al imputado⁹³.

⁹¹ Reyna Alfaro, Luis. La Defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores. Lima, Perú, 2018, pág. 73

⁹² Tomado de: Reyna Alfaro, Luis. La Defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores. Lima, Perú, 2018, pág. 73 y 74.

⁹³ Reyna Alfaro, Luis. La Defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores.

De ahí que nos sorprenda la posición adopta por el Tribunal Constitucional en una sentencia anteriormente aludida, que decide otorgar una medida de internamiento preventivo a un menor de edad por negar los hechos frente a la imputación de sus co-investigados o testigos con reflexión contraria, como si la declaración del menor constituyese un medio de investigación para fines de confesión⁹⁴.

Nuestra legislación nacional, increíblemente, en nuestra interpretación de la norma y experiencia práctica, adopta también esta consecuencia.

En primer lugar, si observamos la estructura sistémica del Código Procesal Penal de 2004 a través del artículo 375 y 376, aunque con un tratamiento de interrogatorio diferenciado y de mayor cobertura a garantizar una información libre y espontánea, concluimos que la declaración del acusado se encuentra expresamente dentro de las actuaciones probatorias que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de su decisión. Cito:

Lo mismo ocurre con la Convención sobre Derechos del Niño al momento de regular esta institución a través de su artículo 40, aunque ciertamente proyecta un ámbito de mayor protección hacia la obligación de hacer declarar a un menor de edad, no obstante, no dice nada más acerca del escenario en el que este declara, el trato legislativo a esta situación y las consecuencias derivadas de ellas, que es, en esencia, el defecto que difundiremos en las siguientes líneas, seguida de un mecanismo de solución.

Vemos, entonces que, en la actualidad, nuestra legislación adjetiva, a través del Código Procesal Penal, de adultos, no obstante, de reputarse como acusatoria y garantista, asume rasgos inquisitivos con cierto disfraz normativo

Lima, Perú, 2018, pág. 75-76.

⁹⁴ Citamos nuevamente el argumento esgrimido en la sentencia recaída en el expediente 2063- 2005-HC-TC: “En consecuencia, hay suficientes elementos probatorios que vinculan al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor. Además, dado que el actor ha negado rotundamente la comisión de los hechos, no obstante, las declaraciones de los niños y los informes psicológicos, existe un riesgo razonable de que eludirá la acción de la justicia. Por otra parte, siendo el actor vecino de los menores, podría intentar intimidar a sus familiares, en consecuencia, concurren todos los presupuestos contemplados en el artículo 209 del Código del Niño y Adolescente, razón por la cual el internamiento preventivo es legal (...)”.

en agravio del acusado o imputado declarante. Que en la práctica se discuta su uso a nivel de los jueces, en el hipotético caso que así sea, resulta un análisis en el terreno de lo hipotético que no es de recibo en la tesis; lo cierto es que la norma al día de hoy de modo expreso permite esta interpretación de peligro para la defensa del acusado.

Afirmamos ello porque al incorporar la declaración del acusado dentro del orden de actuación probatoria a través de la fase del interrogatorio, significa implícitamente que el legislador otorga calidad de prueba a su examen.

Así, a través del examen del acusado a cargo del Ministerio Público la información que brinde este se incorpora e ingresa válidamente a juicio, se constituye, luego, en información pasible de valoración judicial al momento de la síntesis de la decisión judicial expresada en la sentencia.

Esto permite que los jueces permitan utilizar esta información como válida o inválida, sometiéndolo a un análisis de confrontación con otros coacusados o testigos, en la decisión.

Así, como quiera que la legislación que regula la investigación y procesamiento judicial no cuenta con ningún tipo de orientación sobre el mismo, como tampoco a nivel de las garantías que hasta el momento venimos desarrollando, de la misma manera que ocurre con la parte sustantiva del Código Penal, en su parte dogmática como especial, el Código de los Niños Adolescentes, y los operadores que la interpretan, jueces y fiscales, acuden a las normas de regulación del Código Procesal Penal para llevar a cabo determinados actos procesales, de manera supletoria y como guía de referencia, como lo es la declaración del acusado -en este caso, del menor infractor- y aplicarlo en su desarrollo, como si el trato fue similar. La necesidad de incorporar una propuesta diferente de uso normativo a esta institución de la declaración del menor imputado o acusado, según sea el estadio legal en el que se encuentre la formulación de cargos, se hace necesario.

Ahora bien, dentro de este nuevo escenario -recurrir al Código Procesal Penal de forma supletoria por defecto de regulación en el Código de los Niños y Adolescentes- la situación es igual de crítica.

Si acudimos al artículo 376 del Código Procesal Penal que regula la declaración del acusado en juicio, notaremos que, si bien este tiene derecho a ser examinado, y en principio, en la perspectiva del artículo 375 es prueba para el juicio, su tratamiento probatorio con respecto a los órganos de prueba es totalmente diferenciado. La conclusión a la que llegaremos es una regulación incompatible entre el artículo 375 que regula la declaración del acusado como prueba con los artículos 376 y 378 del mismo cuerpo normativo. Veamos las siguientes diferencias.

Bajo la lectura del artículo 376, el acusado aportará libre y voluntariamente aclaraciones y explicaciones sobre su caso. Esto significa que, durante su interrogatorio, y antes de someterlo al sistema de preguntas, el acusado desarrollará algunas ideas propias respecto a los hechos materia de la acusación, siempre en la perspectiva del lado fáctico, pues, se entiende que el desarrollo jurídico de las preguntas, y su defensa legal, está a cargo de su abogado defensor.

Nace la primera diferencia. El acusado no se somete directamente al interrogatorio cruzado (aunque formalmente no exista contraexamen como veremos más adelante) sino previo a ello brinda explicaciones sobre los hechos materia de acusación; mientras que los órganos de prueba (testigo y perito) son interrogados y contraexaminados por las partes en juicio. La segunda diferencia radica esencialmente en que mientras el órgano de prueba juramenta previo al sistema de preguntas (examen, contraexamen, reexamen y recontraexamen), en la regulación del artículo 378 numeral 1 del Código Procesal Penal; el acusado no lo hace, no juramenta.

La tercera diferencia es consecuencia de esta segunda: mientras que el testigo y perito (órganos de prueba para juicio) pueden cometer el delito de falsedad en juicio o falso testimonio en virtud del artículo 409 (conjuntamente con los intérpretes y traductores), el acusado no se encuentra dentro de los sujetos activos del referido delito. Y esto, en puridad, porque los órganos de prueba al jurar decir la verdad, se someten a no entregar información falsa o inexacta a juicio oral, escenario que no ocurre con el acusado. No juramenta precisamente porque la naturaleza de su declaración constituye un medio de defensa, y no de

prueba para juicio, es pues, sujeto de derecho y no de prueba.

Como correlato de ello, cuarta y quinta diferencia, si el testigo perito olvida sus respuestas a nivel de juicio oral, a través del artículo 378 numeral 6 del Código Procesal Penal el examinador puede utilizar su declaración previa (entiéndase, declaración a nivel fiscal) con propósitos de refrescar memoria, o en caso entregue una información falsa al plenario oral, igualmente podrá utilizarse su declaración previa con propósitos de impugnación de credibilidad. El legislador a través del referido artículo permite utilizarlo únicamente frente al testigo o perito, y no así ante el acusado, cuando este olvide o mienta en juicio. Se protege, como puede verse, la garantía de no autoincriminación y el derecho a la espontaneidad y libertad en la declaración, reglas contenidas en el artículo 376 del Código Procesal Penal, al reglar el examen del acusado en juicio. En síntesis, cuando se le pretende forzar al acusado a recordar un hecho que este intencionalmente o no desea recordar, se rompa estas dos características que reposan en todo examen de acusado en juicio: espontaneidad y libertad. Lo mismo ocurre cuando se le fuerza al acusado a rectificarse o relevar una mentira que acaba de señalar en juicio con respecto a su declaración previa.

Otra diferencia, sexta, es la prohibición expresa en realizar preguntas sugestivas al acusado (artículo 376) y no así ante el testigo o perito durante el contraexamen, en virtud del artículo 170 numeral 6 del Código Procesal Penal. Como vemos, el trato probatorio de carácter diferente que el legislador ha establecido para el acusado es totalmente distinto con respecto a los órganos de prueba, a quienes sí se les permite realizar preguntas sugestivas, como regla general durante el contraexamen, y por excepción ante situaciones de hostilidad, durante el examen directo, por cultura y academia comparada en los estudios del litigio.

Y sostener lo contrario resultaría impropio con la naturaleza propia del examen de un acusado, pues, en las reglas o prácticas que se suelen desarrollar, a quien le correspondería, en primer lugar, someter a preguntas al acusado sería a Fiscalía, y a quien le correspondería realizar el contraexamen sería a la defensa, a su propio abogado; esto es, sería su propio el encargado de realizarle las preguntas sugestivas, tratarlo en condición de persona hostil, y en ese

sentido tratar de deslegitimarlo y descalificarlo. Esto naturalmente no tiene ningún sentido ni base argumentativa.

Y es que un modelo de enjuiciamiento de menores de edad en el marco de un Estado Constitucional, Convencional y Democrático de Derecho, el Estado a través del legislador asume un rol de la protección del derecho a no autoincriminarse, evitando que el ciudadano imputado se auto inculpe sin haber sido debidamente instruido de los derechos procesales que la asisten.

Luego, si a esto le sumamos que las preguntas son esencialmente sugestivas sin oposición de la defensa por falta de una cultura de las objeciones a nivel de las primeras declaraciones, y que se crea que estas pueden ser únicamente realizadas a nivel de un juicio oral, la declaración del menor de edad merece ser reforzada. Esta condición de vulnerabilidad en el menor de edad expresada a nivel de su situación como sujeto de imputación en el proceso penal merece una tutela reforzada a nivel de sus garantías.

En ese sentido, como acertadamente afirma San Martín Castro, a propósito del derecho a la no autoincriminación:

“(...) a su vez, el derecho a no declarar contra sí mismo y a confesarse culpable implica dos notas esenciales: 1) libertad para declarar, tanto en la decisión de hacerlo cuanto en su contenido; y 2) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta -la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal-, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa”⁹⁵.

En ese sentido, si se entiende que el proceso penal está dirigido esencialmente a menores de edad con esta particularidad, con nulo conocimiento en derecho, la única forma de combatir estas desventajas y

⁹⁵ San Martín Castro, César. Persecución del delito tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación. En: Estudios de Derecho Procesal Penal, Lima, Grijley, 2012, pág. 589

equilibrarlas, es garantizando que el ciudadano sea informado, antes de rendir cualquier declaración, en instancia fiscal, policial o judicial, que su declaración no le generará ninguna clase de consecuencia negativa; que a nivel de su declaración a nivel fiscal su aporte constituye exclusivamente un mecanismo de defensa y no de pruebas, que este es sujeto de defensa y no de prueba, y que esta no será oralizada posteriormente a nivel de un juicio oral, si se rehusara a declarar ni tanto menor que será sujeta a veracidad y/o confrontación.

Resulta particularmente preocupante que el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Legislativo 1348, no exista una regulación al examen de los órganos de prueba en juicio oral, entendiéndose como tales a los testigos legos u ordinarios, testigos técnicos y peritos, cuando son precisamente estos, por ser prueba reina en toda actividad probatoria en juicio oral, la principal fuente de información en toda decisión judicial, bien absolutoria o bien condenatoria del adolescente.

Del mismo modo, no existe ninguna disposición que regula la fase de oralización de prueba documental, segundo momento de toda actividad probatorio de juicio oral, no existiendo tampoco la posibilidad de acudir supletoriamente al Código Procesal Penal, debido a que en ninguna de sus disposiciones complementarias-transitorias o complementarias-finales se regula esta remisión.

Así, luego de regular el orden y modalidad del debate probatorio a través del artículo 108 y; asimismo, las reglas que rigen el examen del todo adolescente acusado en juicio oral en el artículo 109, y de la declaración en caso de pluralidad de acusados en el artículo 110, automáticamente y de forma sorpresiva el legislador regula la estructura de los alegatos finales o de clausura a través de los artículos 111 -desarrollo de la discusión final-, 112 -alegato oral del fiscal-, 113 -alegato oral del abogado del tercero civil- y 114 -alegato oral del abogado del acusado-, no existiendo ninguna mención a las reglas probatorias del examen de los testigos y peritos, como si lo regula el Código Procesal Penal, de adultos, a través del artículo 378.

Desde esta perspectiva, la única y principal prueba que todo juez debe utilizar a nivel del desarrollo de todo juicio oral en contra de un adolescente acusado, es precisamente el examen que brinde todo adolescente en juicio oral. Esta constituirá el baremo de control probatorio para una decisión judicial, claramente de naturaleza inquisitiva, postulado totalmente contrario a lo señalado en la Exposición de Motivos del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Esta regulación definitivamente no solo trae consecuencias de orden académico sino principalmente probatorio. En suma, según la novísima legislación, a través del Decreto Legislativo 1348, que crea el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, al únicamente regular a través del artículo 109 la declaración del adolescente en juicio, y no así el examen de los órganos de prueba (testigo y perito) ni la fase de oralización de prueba documental, en una lectura sistémica con el artículo 108 (orden y modalidad del debate probatorio), el legislador está expresamente reconociendo que la declaración del adolescente constituye la única fuente de información probatoria y de valoración judicial para el contenido de su decisión judicial lo constituye precisamente la declaración del adolescente, y nada más que ello, debido a la inexistencia de regulación de prueba persona y prueba documental.

Así, del mismo modo, está reconociendo al adolescente como sujeto de prueba y no derechos, al tiempo de relajar importancia a la garantía de no autoincriminación que reposa en examen de todo acusado, mayor de edad o adolescente, en plenario oral. El Código de Responsabilidad Penal del Adolescente es abiertamente inquisitivo y retrocede en el intento de buscar optimizar una regulación garantista y de máxima protección a los derechos de los adolescentes.

Llama aún más la atención si advertimos que si bien, de un lado, la referida norma señala en el artículo 108 numeral cuarto la posibilidad excepcional que tiene la autoridad judicial para interrogar a los órganos de prueba (testigo y perito) ante situaciones de vacío; del otro, no existe una sola línea de regulación sobre los órganos de prueba, como si existe en el Código Procesal Penal. De la misma forma ocurre al identificar que, de un lado, dentro

del artículo 108 se señala como parte del debate probatorio la actuación de medios de prueba admitidos (testigos y peritos) y formulación oral de los medios probatorios (léase: oralización de prueba documental), del otro; no exista regulación no solamente de los órganos de prueba, sino además del trámite probatorio de la oralización de documentos, como sí ocurre también en la legislación ordinaria.

En puridad, reforzar esta garantía a las declaraciones de los menores de edad requiere necesariamente de una comprensión distinta de la norma a cargo de quienes deciden interpretar su contenido, *máxime* cuando los menores de edad ostentan una capacidad disminuida de los derechos y garantías que los arropan *-de ahí nuevamente la necesaria e indispensable presencia de un abogado formal y no material que lo asista desde la primera comunicación estatal de persecución penal-* y un sinceramiento a la verdad producto de la falta de control emocional y psicológico que este afronta frente a una declaración, en un escenario policial o judicial, que aunque no lo quiera el menor de edad, pueda ser entendido y reconducido como una confesión sincera que naturalmente pueda generar grandes consecuencias en su responsabilidad; en un escenario que nunca antes imaginó pasar (imaginemos a un niño declarando en una comisaría o en un juzgado, que aunque reservado a nivel de sus ingresos, inhibe y atemoriza al menor) y con presencia de autoridades que eventualmente dañarán el contenido de sus respuestas.

Estas son dificultades del acusado en un juicio oral, y respecto de un menor de edad, esto puede resultar más gravoso, habida cuenta de que su edad los hace actuar con ligereza y ausencia de control emocional. Existe, luego, en nuestra posición, un estado de cosas inconstitucionales en las disposiciones que aluden a la regulación en la declaración del acusado en juicio, tanto con el Código de Niños y Adolescentes como en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

1.5 La exclusión absoluta de publicidad en el procesamiento de menores

Se evita, en definitiva, un carácter de estigmatización y etiquetamiento social que afecte su proyecto de vida; y formación, en general. Una de las excepciones del principio de publicidad del proceso es precisamente el carácter reservado y de confidencialidad de todo tipo de información vinculada a un suceso criminal, y que involucra no solamente un mero aspecto de individualización social del menor infractor, sino que está también se extiende a todo dato por más mínimo que este sea y que se halle en una denuncia, en un acto de investigación o procesamiento propiamente dicho. La doctrina de la protección integral alcanza mayor importancia en este escenario.

La Opinión Consultiva OC-17/2002 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es afín a este argumento:

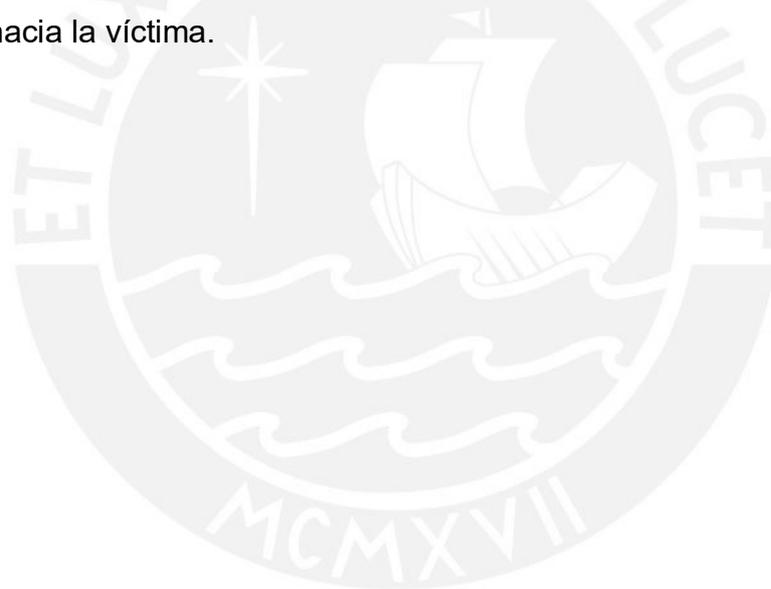
“Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que le toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida que lo preservan de apreciaciones jurídicas, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.

De manera similar, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 10 ha establecido que:

“(…) No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente

cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales. Deben adoptar medidas para que los niños no puedan ser identificados por medio de esos comunicados de prensa. Los periodistas que vulneren el derecho a la vida privada de un niño que tenga conflictos con la justicia deberán ser sancionados con medidas disciplinarias y cuando sea necesario (por ejemplo, en casos de reincidencia), con sanciones penales”.

Debe notarse también que la hipótesis en la que se autoriza la restricción a la publicidad está pensada no solo en favor del imputado, sino que también potencialmente en favor de la víctima. Es decir, las restricciones no se justifican exclusivamente en favor del joven objeto de persecución penal, sino que también se evitan los efectos dañinos que potencialmente podría tener la sobre exposición hacia la víctima.



CAPÍTULO III: AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO

3.1 Consideraciones generales a manera de delimitación

El reforzamiento de las garantías en el marco de un enjuiciamiento penal de menores de edad no se reduce únicamente a optimizar en mayor su ámbito de protección normativa y sus contornos de dirección hacia una interpretación de mayor tutela, sino que trasciende también a regular o crear mecanismos legales que permitan encontrar una respuesta frente a eventuales transgresiones de ella. Lo sustantivo y lo adjetivo deben complementarse y actualizarse de modo simultáneo. Son estas líneas las que trazaremos en el presente capítulo.

Sostenemos que una de las primeras razones que evocaron la reforma procesal es a lo que nos permitimos denominar como el carácter dual o binomial del sistema, representando; de un lado, del elemento de la eficiencia, a cargo del Ministerio Público como persecutor de la acción penal pública, como dueño y soberano legitimado para activar el *ius puniendi* estatal, y del otro; las garantías que rodean el desenvolvimiento de la actividad judicial en investigación y juicio, como obstáculo y freno a una imputación indiscriminada, ilimitada, sin límite o exenta de control. Eficiencia y garantía van como almas gemelas en nuestra propuesta de investigación.

Entonces, de manera complementaria, resulta necesario incorporar determinadas audiencias como expresión de estos mecanismos legales como vía de satisfacción ante la vulneración de alguna de estas sobre el menor de edad. Si bien existe un avance importante en el marco del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes a través del Decreto Legislativo 1348, este resulta escaso e insuficiente para lo trazado en esta tesis.

Centraremos nuestro análisis de atención en dos de ellas: la audiencia de formulación de cargos y la audiencia de requerimiento de imputación de arraigos. Ninguna de estas se encuentra regulado ni en el Código de Niños y Adolescentes, Ley 27337 ni en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Legislativo 1348.

3.1.1 Audiencia de imputación de cargos y atribución de presunta responsabilidad penal

En nuestro modo de apreciar el estado de cosas actuales en el panorama actual de la investigación seguida contra adolescentes menores de edad, esta audiencia constituye una de las más necesarias e indispensables para el curso y decurso a nivel del conocimiento que tiene un menor de edad sobre su situación legal; y, no obstante, pese a su importancia, esta no se encuentra regulada.

En efecto, la formulación de cargos, o conocida también como la formulación de la imputación, es la audiencia en donde surge la primera comunicación de imputación estatal oralmente expuesta por un fiscal a cargo de la investigación penal, explicando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que justifiquen la iniciación de un proceso penal. De la forma como está regulado esta audiencia de imputación de cargos, queda también a facultad del representante del Ministerio Público la posibilidad de solicitar medidas cautelares de carácter personal e incluso requerir el embargo de determinados bienes, extensibles en el caso de los niños a sus padres, por estar estos al cuidado de ellos.

Como toda la regulación sobre investigación en el Código de los Niños y Adolescentes, no existe un solo artículo referido a este tipo de audiencia. Desde los artículos 204 hasta el 208, a groso modo, vemos una regulación aproximada a la idea que proponemos, pero con ciertos espacios de imprecisión. En líneas generales, si bien una de las facultades del fiscal es solicitar el archivamiento de la denuncia, no se determina el plazo que este tendrá para llevar a cabo dicho análisis; así también, si bien se regula los requisitos que debe tener una denuncia, y una posterior resolución de admisión a cargo del juez, no se regula ninguna consecuencia frente a la infracción o incumplimiento de estos requisitos, por parte del juez, y como correlato de ello, una posibilidad de archivamiento o desistimiento a cargo de este.

Del mismo modo, no se regula ninguna audiencia de imputación de cargos a través de esta denuncia, sino únicamente una atribución unilateral a cargo del Ministerio Público, sin participación activa del abogado del menor de edad, de este mismo mediante una tesis de refutación de dicho contenido. Todo ello, en

consecuencia, trae consigo múltiples violaciones a las garantías y derechos que venimos desarrollando, y esta ausencia de regulación trae definitivamente consigo graves riesgos a la situación procesal del menor de edad. Vemos acá también un estado de cosas inconstitucionales aún vigentes.

En efecto, el propio Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, Decreto Legislativo 1348, como parte del debido proceso, reconoce en el artículo VII de su Título Preliminar, como mandato de optimización dada la ubicación sistémica de este artículo, la importancia de este derecho de comunicación de cargos a todo adolescente sujeto a una investigación de carácter penal, del mismo modo que el artículo 77-A del Código de Procedimientos Penales, del cual postulamos su incorporación como plenamente válida al Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Para nadie es un secreto que las sentencias condenatorias recaídas contra adolescentes menores de edad son originadas a partir de sus primeras declaraciones, o bien en virtud a una confesión aceptación de cargos penales auspiciados por los consejos del entorno familiar, aunque no siempre queridos en muchos de los casos por los propios infractores -una vez más, de ahí la necesidad de contar con un abogado defensor- o por la contundencia en los elementos de suficiencia probatoria con las que cuenta el acusador, ciertamente. No son pocas las veces en donde la ambigüedad de la acusación inicial, sumada al desconocimiento legal de los padres y las ganas de obtener beneficios punitivos, han generado conformidades en la responsabilidad penal de los infractores.

En uno y otro caso, la formulación de cargos, y su aceptación o no por parte del menor infractor, debe preceder de un conocimiento detallado, claro, en lenguaje sencillo y lo suficientemente preciso de este hacia los cargos que se formulan en su contra, que permita una real comprensión de su situación legal. Celis Mendoza define a la imputación como el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del

tipo penal⁹⁶.

A propósito de la denominada audiencia de control de acusación, con características muy similares a las de la formulación de cargos, debe quedar claro que la formulación de cargos no debe ser entendida por el juez o por el abogado (conocedores del derecho y hasta quienes, por su formación, pueden armar un rompecabezas de lo desconocido) sino para que la comprenda y reconozca el menor de edad, el acusado, el denunciado, el lego de derecho que soporta una carga y peso de responsabilidad.

Y esto implica tres exigencias esenciales; *en primer lugar*, una exigencia de especial motivación, al tratarse de imputar responsabilidades a adolescentes menores de edad, por parte del acusador; *en segundo lugar*, la existencia de un juez contralor de la legalidad, que vigile y supervise el cumplimiento efectivo el control de esa imputación; y *en tercer lugar*, porque la igualdad procesal reclama un trato paritario en audiencias, el derecho de refutación del abogado del menor de edad sobre dicha imputación, a través del ejercicio de ciertas acciones legales, como la oposición a los cargos por infracción a la garantía de imputación necesaria, deducción de una excepción de improcedencia de acción, pedido de sobreseimiento, entre otros, plenamente habilitadas para ejercerlas en esta audiencia.

Hemos dicho que una garantía esencial del derecho a la defensa lo constituye el deber de una comunicación seria y bien hecha. Y esta constituye hoy un consenso desde el sector de la academia en general.

El Tribunal Constitucional peruano establece estas exigencias en varias de sus sentencias, vinculadas precisamente a defectos sustanciales de una imputación fiscal; así, ha señalado que:

“(...) la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados; y esta forma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa

⁹⁶ Mendoza Ayma, Francisco. La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo. IDEMSA, Lima, 2015, pág. 101

*que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo*⁹⁷. *“En otras palabras, la obligación de motivación del juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de os hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa*⁹⁸.

*“En consecuencia, es menester precisar que, si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un íter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política. O, dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional, cuando imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de la función asignada*⁹⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comulga también con esta corriente garantista. Así:

“Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 8125-2005-HC-TC, de fecha 14 de noviembre de 2005, fundamento jurídico 14.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 8125-2005-HC-TC, fundamento jurídico 16.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 3390-2005-HC-TC, de fecha 06 de agosto de 2005, fundamento jurídico 11.

imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación”¹⁰⁰.

En similar sentido, en otra decisión, el máximo guardián de los derechos humanos en la región ha concluido que:

“El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no sólo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan. De esta forma su respuesta podrá ser efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculgado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia³⁷, y se asegura el derecho a la defensa”¹⁰¹.

“Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento jurídico 67.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento jurídico 31.

*que se le atribuyen*¹⁰².

Por su parte, su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Pelissier y Sassi Vs. Francia, declaró que el Estado francés era responsable internacionalmente por la infracción del derecho de los recurrentes a ser informados de manera detallada sobre la acusación, así como del derecho de aquellos a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en tanto que:

“Al hacer uso del derecho que incuestionablemente tenía para recalificar hechos sobre los cuales tenía jurisdicción propiamente, la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence debió haber provisto a los peticionarios de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa respecto de dicha cuestión de manera práctica y efectiva y, en particular, de manera oportuna. En el presente caso, la Corte no encuentra algún elemento capaz de explicar los motivos por los cuales, por ejemplo, la audiencia no fue aplazada para recibir ulterior argumentación o, alternativamente, los peticionarios no fueron requeridos para presentar observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones deliberaba. Por el contrario, del expediente del caso ante la Corte surge que los peticionarios no tuvieron oportunidades para preparar su defensa respecto de la nueva calificación, ya que fue sólo a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones que conocieron del cambio de calificación de los hechos. Ciertamente, para ese momento fue demasiado tarde”.

En ese sentido, el deber recaído en el acusador en construir una imputación concreta implica una base suficiente para que el menor pueda conocer qué pasó, cuándo pasó, qué vínculo tiene y qué evidencia recae sobre él.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas, fundamento jurídico 31.

En resumen, se requiere una *imputación clara*, para conocer con claridad el hecho histórico y las circunstancias atribuidas, con albor acerca del inicio y culminación del evento delictivo imputado. La acusación debe ser manifiesta y razonablemente entendible para permitir la defensa, sin una imputación clara y concreta resulta ilusorio el ejercicio de derecho a la defensa; *imputación precisa*, en palabras de la Corte Suprema de Justicia a través del Recurso de Nulidad 956-2011-Ucayali, además, precedente vinculante en materia de estándares de imputación, cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa, con una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan.

Esta garantía no se satisface con la mera enunciación del tipo penal o genéricamente señalar qué se hizo o cómo, sino que es necesario, en garantía a una imputación precisa, que el fiscal desarrolle una imputación detallada y de comprensión para su destinatario, qué elementos de evidencia reúne, sin necesidad de desarrollarlos a plenitud o de manera absoluta, sino que le permitan al juez crear algún grado de razonabilidad sobre la existencia de una causa probable para continuar con el procedimiento, y no perjudicar al menor de edad con imputaciones carentes de sentido.

En palabras del profesor Julio Maier:

"Si no existe imputación, o si existiendo no se le informa a la persona acerca del cargo histórico concreto que pesa en su contra, simplemente el ejercicio del derecho de defensa será estéril y su valor ridículo, pues no se sabrá nunca a ciencia cierta del contenido, núcleo o límites de lo que la persona deberá conocer para luego refutar. Es violatorio de la imputación precisa que el fiscal presente en los hechos imputados una abstracción - cometió el homicidio o usurpación-, acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona, ello significa descubrir un acontecimiento - que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos temporal y

*espacialmente y le proporcionan su materialidad concreta*¹⁰³.

Ahora bien, al ser este el primer acto de comunicación formal en donde el acusado establece de modo expreso la imputación formal y sustancial, en grado mínimo, (el grado máximo de certeza de esta imputación sustancial se llevará a cabo durante el juicio, en estricto), sobre el que recaerá el desarrollo del proceso penal sobre el menor de edad, luego de un periodo de diligencias preliminares que le permitieron construir una teoría del caso, es plenamente válido que el juez, como garante de una formulación de imputación bien realizada, someta dichos cargos, y todo lo que involucra, a un control de legalidad sobre la valoración de calidad de la información recogida por el Ministerio Público.

Y es que la perspectiva de un juez en el marco de este modelo que proponemos reviste ciertas características que lo hacen determinante en el proceso de formación de la denuncia y acusación fiscal. Las garantías reforzadas, los canales procesales respectivos son absolutamente importantes, pero lo es también, máxima regla, que el órgano decisor sea un verdadero contralor de las garantías y derechos de los infractores imputados. Esto no se parece apreciarse en la regulación actual del Código de los Niños y Adolescentes.

Planteamos que al interior de los incidentes judiciales que pueda presentarse durante la investigación preparatoria, y más propiamente al término de la fase de diligencias preliminares, la continuación y formalización de investigación preparatoria a través de una disposición fiscal, tenga necesariamente que ser autorizada por el órgano judicial -Juez de Investigación Preparatoria del Adolescente- de la misma forma en como ocurre con el Requerimiento de Prórroga de Investigación Preparatoria, que para su concesión, de conformidad con el artículo 89 numeral 1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, requiere necesariamente audiencia previa, con presencia de las partes (Ministerio Público y defensa técnica del

¹⁰³ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal argentino. Volumen I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 553

investigado o investigados).

Desde luego, a diferencia de esta última, la discusión no estará centrada en determinar la existencia o no de un plazo ampliado por razones de complejidad de la discusión, o si Fiscalía requiere necesariamente lo mismo para ejecutar actos de investigación irresueltos o pendientes, sino estará centrado en determinar la necesidad de continuar con la investigación ante el cumplimiento del estándar probatorio requerido para tal efecto. Así, ante la inconcurrencia de esta única exigencia, naturalmente el Juez estará en condiciones de declarar infundado su continuación, y con ello, emitir el respectivo sobreseimiento.

Las razones del mismo están básicamente orientadas a evitar la innecesaria continuación de una investigación que implique severas consecuencias en la formación de todo adolescente en todo lo que esto involucre: problemas de carácter afectivo, emocional, familiar, de prejuicio social por encontrarse en una condición legal de investigado, de sarcasmo y burla de su entorno amical, y en definitiva, aspectos no menores que pueden generar consecuencias nefastas en la conducta y perspectiva de vida de todo adolescente.

Así, si bien ante un escenario de formalización y continuación de investigación preparatoria, el plazo sería ciertamente razonable de sesenta y noventa días, para investigaciones de carácter simple y compleja, respectivamente, a diferencia del regulado en el Código Procesal Penal - llamémoslo, de adultos-, Decreto Legislativo 957, en donde el plazo para investigaciones simples es de 120 días y para casos complejos de 8 meses, la preocupación no debe girar en torno de esta razón, sino todo aquello que una investigación continuada involucra a nivel del concepto y proyecto de vida de un adolescente investigado.

Así pues, del mismo modo en como ocurre actualmente con las investigaciones tramitadas en el marco del Decreto Legislativo 124, Proceso Penal Sumario, y del Código de Procedimientos Penales, Proceso Penal

Ordinario, en donde previo a la apertura del proceso a través del Auto de Apertura de Instrucción, se regula de forma obligatoria la necesidad de realizar una audiencia de imputación o de formulación de cargos frente al requerimiento de formulación de denuncia penal a cargo del Ministerio Público.

Así, en nuestra propuesta, si al finalizar las diligencias preliminares el Fiscal a cargo de la investigación no ha construido suficiencia probatoria en el estándar de sospecha reveladora, requerida para continuar con una investigación de naturaleza penal, o el contexto de imputación no solamente fáctica (por manifiestamente imprecisa o vaga) sino normativa (clara inadecuación del hecho a una fórmula penal), y estos defectos sustanciales seriamente advertidos generen previsibles consecuencias en el futuro de la investigación, entonces la continuación deberá de la investigación deberá paralizarse, evitando su desarrollo, como claramente ha sido diseñado por el legislador en el artículo VI a través del denominado principio de desjudicialización o mínima intervención.

Una correcta formulación de imputación de cargos bajo el cumplimiento de la garantía de imputación necesaria resulta de especial importancia si advertimos que dentro de esta audiencia de formulación de cargos existe también la posibilidad que luego de agotada ella, el fiscal requiera alguna medida de carácter personal¹⁰⁴ (esta posibilidad si se encuentra marcada en el artículo 208

¹⁰⁴ "Artículo 209.- Internación preventiva

La internación preventiva, debidamente motivada, sólo puede decretarse, a partir de los primeros recaudos, siempre que sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo;
- b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años;
- c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. El Juez, además, tiene en cuenta la gravedad del hecho cometido, si el adolescente infractor se encuentra incurso en alguno de los supuestos de los literales b), c), d) y e) del artículo 235 o si hubiere mediado violencia o grave amenaza contra la víctima. La internación preventiva tiene carácter excepcional, especialmente para los adolescentes entre catorce y menos de dieciséis años, y sólo se aplica cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. La internación preventiva tiene una duración máxima de cuatro meses, prorrogables, a solicitud del Ministerio Público, hasta por dos meses, cuando el proceso sea complejo o concurren circunstancias que importen una especial dificultad. Vencido dicho plazo, el Juez

del Código de los Niños y Adolescentes, al posibilitar al juez decretar una medida privatoria de la libertad cuando este califique la denuncia fiscal) como lo es el internamiento preventivo en caso de menores, entonces, si el juez no advierte estos defectos, no solo convalidará el ingreso de un proceso penal con un resultado nefasto para la fiscalía (carga que la víctima, menor de edad, tiene que soportarla) sino que bajo estos vacíos purgará eventualmente un internamiento preventivo o cualquier otra medida de arraigo severo. El control judicial reclama, en trato con ello, una mayor optimización de la legalidad acusatoria a cargo del órgano judicial.

En ese contexto, a través de un debido control a la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, se permitirá con una herramienta constitucional que proteja de una forma más intensa y garantista el debido proceso penal ante los adolescentes infractores de la ley penal. Además de guardar directa relación con los principios y postulados en el reconocimiento de una justicia constitucional vinculado al proceso penal del adolescente, a través de esta propuesta otorgamos un trato procesal diferenciado, en clave de una mayor tutela a derechos y garantías, a su ámbito de actuación que no es finalmente lo que ha hecho el legislador a través del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, en transcribir las fases e institucionales de carácter procesal, salvo mínimas diferencias a nivel únicamente de plazos, exactamente de la misma forma, cuando el tratamiento adjetivo no puede ser reflejo de la misma realidad que aquella regulada en el Código Procesal Penal para adultos, como efectivamente así lo reconoce el artículo V del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Así, en definitiva, con esta propuesta brindamos una herramienta procesal - audiencia de control a la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria- a la aspiración no regulado de máxima protección a los derechos y garantías de todo adolescente sometido a una

puede imponer comparecencia con restricciones. Durante el internamiento preventivo, el adolescente es evaluado por el equipo multidisciplinario, el cual informa al juez del tratamiento que recibirá, siendo además de aplicación, en lo pertinente, el artículo 241 -D.”

investigación penal.

Es, por tales razones, válido deducir estos mecanismos que permitan evitar juicios sin consecuencia futura. Recordemos que un juicio con un proceso penal con estas características significa una pérdida imborrable y una marca eterna para la formación y recuerdo de un menor de edad infractor.

3.1.2 Audiencia de imputación de arraigo.

Una de las garantías que hemos tratado de reforzar es indudablemente la garantía de la libertad personal del menor de edad en el marco de un requerimiento fiscal de internamiento preventivo diferenciado. Sobre el mismo hemos abundantemente señalado nuestra posición con respecto a la eliminación de la prognosis de la pena y del requisito de la vinculación del autor con el hecho en base a graves y fundados elementos de convicción, por su imprecisa comprensión a cargo de los órganos judiciales y la indebida interpretación que esta situación viene causada en sus decisiones, a costa de seres humanas.

Corresponde aquí complementar algunos argumentos y, a manera de aporte, establecer el estándar de análisis que ante una situación de requerimiento de internamiento preventivo diferenciado el juez deberá necesariamente evaluar. La regulación vigente sobre la medida de internamiento preventivo; en un lado, el Código de Niños y Adolescentes, en donde el legislador olvidó regular otras medidas de aseguramiento personal lo que traduce un pensamiento inquisitivo ya en el propio legislador a través del artículo 209, y el artículo 52 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes constituyen marcos de orientación legislativa para este análisis.

La denominación de requerimiento de internación preventiva o la misma denominación de internación preventiva es equívoca y prejuiciosa; y lo es porque el internamiento preventivo constituye una de las diversas medidas de coerción personal que se puede solicitar sobre un menor de edad, múltiples, por cierto, dentro de nuestro catálogo de posibilidades que señalamos anteriormente.

Lo que corresponde, entonces, es denominar a esta como audiencia de imputación de arraigo procesal; pues, porque, en esencia, lo que se discute en esta audiencia, más que una determinada medida de coerción personal (internación preventiva) es la imputación que el Ministerio Público tiene respecto a los diferentes niveles de arraigo que el menor ofrece ante su investigación o proceso penal. Ciertamente puede el órgano fiscal proponer una medida que a su juicio le parece correcto, pero esto no impide, por mor de su deber constitucional de ser representante de la legalidad procesal, poder variarla incluso en el desarrollo de la propia audiencia.

El centro de valoración de enfoca en el arraigo: mientras más ofrezca, la posibilidad de una internación preventiva disminuye o desaparece; y mientras menos ofrezca, mayores riesgos de su aplicación. Creemos que esta denominación del mecanismo procesal de la audiencia de imputación de arraigos se adecua a un modelo reforzado de la garantía de la libertad personal y del uso proporcional y excepcional del internamiento preventivo, máxime, al tratarse de un menor de edad.

Descartamos categóricamente una posición sustantivista de las medidas coercitivas, que motivan su aplicación sobre razones de conveniencia social y justicia mediática. Esta idea desnaturaliza la naturaleza cautelar de la medida coercitiva y la convierte en una de carácter punitivo. Sí, por el contrario, nos adherimos a la posición procesalista, que correctamente alude a una idea acertada de naturaleza instrumental y provisional de esta medida, cuyo único propósito es asegurar el correcto desarrollo del proceso, sin recibir alteraciones o maniobras que lo pongan en riesgo. Acá se sitúa el *fomus bonus iuris* y *periculum in mora* como expresión de ello.

CONCLUSIONES

- 1) Aun cuando el Código de los Niños y Adolescentes, en su oportunidad, y el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, en la actualidad, constituyan la legislación más importante sobre el proceso de enjuiciamiento penal sobre adolescentes menores de edad, esta deviene en insuficiente dañando algunas líneas rectoras indispensables para el ejercicio de un juicio en igualdad de condiciones.
- 2) El sistema de investigación y enjuiciamiento penal de adolescentes menores infractores está en varios pasajes de su regulación teñidos de rasgos inquisitivos.
- 3) Reformular el concepto de garantías y derechos dotándolos de mayor ámbito de protección neutraliza el estado de indefensión del que hoy no gozan los menores adolescentes imputados
- 4) El uso de audiencias especiales posibilita un equilibrio entre la eficiencia y la garantía proclamada por un modelo constitucional y convencional de enjuiciamiento penal de adolescentes menores de edad

SUGERENCIAS

De *lege ferenda*, el Congreso de la República tiene la potestad de adaptar la legislación penal aplicable a los niños, niñas y adolescentes en base a las líneas propuestas a lo largo de la presente tesis. Podrán adelantarse las edades de imputación en determinados delitos, sin duda, pero el legislador debe alumbrar ese camino de oscuridad por el cual transitarán a lo largo de una investigación y juicio.



Bibliografía

A.- TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

A.1 UNIVERSALES

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención sobre Derechos del Niño
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad

A.2 INTERAMERICANOS

- Declaración Americana sobre Derechos del Hombre y del Ciudadano
- Carta de la Organización de los Estados Americanos
- Carta Democrática Interamericana
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

A.3 EUROPEO

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (Pacto de Roma)

A.4 AFRICANO

- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. (Carta de Banjul)

B.- JURISPRUDENCIA

B.1 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH)

- Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997
- Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997

- Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003
- Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004
- Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 02 de septiembre del año 2004
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005.
- Corte IDH. Caso de la Niñas Bosico vs República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 08 de setiembre de 2005
- Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escher y Otros Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 06 de junio de 2009.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

- Corte IDH. Caso Cabrera García Y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia De 26 De noviembre De 2010

OPINIONES CONSULTIVAS

- Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos Internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b (Convención americana sobre derechos humanos). Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

INFORMES DE LA CIDH

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el Expediente C-774 de 2001

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 1091-2002-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00010-2002 -AI-TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0774-2005-HC/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaído en el Expediente 2063-2005-HC-TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 3390-2005-HC-TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente 8125-2005-HC-TC

- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaído en el Expediente 03386-2009-HC-TC

C. DOCTRINA

- Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Traducido por Carlos Bernal, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- Altman Smithe, Julio. El Menor Inimputable del Delito. Consejo Nacional de Menores. Volumen VI. Lima, 1967.
- Bacigalupo, Enrique. Justicia penal y derechos fundamentales. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Presentación y anotaciones de Percy García Caveró, Ara. Lima, 2004.
- Bascuñán Valdés, Antonio y colaboradores. La Responsabilidad Menor del Menor. Volumen I. Investigaciones. Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas, Santiago de Chile, 1974.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Pie de Casas, José Ramón, García Rivas, Nicolás. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Editorial Praxis. Barcelona, 1999.
- Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general. Ed. Porrúa, México, 1995.
- Chunga La Monja, Fermín, Exposición de Motivos del Código de Menores, citado en. Los Adolescentes y la Justicia, CEAPAZ, Lima, 2000
- Crivelli, Aníbal. Derecho Penal Juvenil. Un estudio sobre la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil. IB de F. Montevideo, Buenos Aires, 2014.
- D Antonio, Daniel Hugo. El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento. 2da edición. ASTREA, 1992.
- Del Río Labarthe, Gonzalo. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Ara Editores. Lima-Perú, 2007.
- Díaz Cortés, Lina. Derecho Penal de Menores. Un estudio comparado del derecho penal juvenil en Colombia y en España. TEMIS S.A. Bogotá, 2009.

- Eguiguren Praeli, Francisco. El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del congreso. En: El mismo. Estudios Constitucionales, Ara Editores, Lima, 2002.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. La prisión provisiona. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I Cuarta Edición, IDEMSA. Lima, 2011.
- D Antonio, Daniel Hugo. El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento. 2da edición. ASTREA, 1992.
- Maier, Julio. Derecho Procesal Penal argentino. Volumen I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Mendoza Ayma, Francisco. La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo. IDEMSA, 2015.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8va. Ed. Ed. Reppertir, Barcelona, España, 2006.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, 5ta Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerta Tocildo, Susana. Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito. 2da. Ed. Rafael Castellanos Editor, Madrid, España, 1986.
- Portugal Sánchez, Juan Carlos. La exclusión del arraigo como criterio de valoración judicial en la determinación del cese de prisión preventiva: Análisis de la Casación 391-2011-Piura. Gaceta Jurídica. Análisis Penal y Procesal Penal, tomo 68, 2015.
- Portugal Sánchez, Juan Carlos. Estándares constitucionales en la aplicación de la prisión preventiva. Hacia un adecuado análisis del test de proporcionalidad en la resolución de casos. Gaceta Jurídica. Análisis Penal y Procesal Penal, tomo 62. 2014.
- Reyna Alfaro, Luis. La Defensa del imputado. Perspectivas garantistas. Jurista Editores. Lima, Perú, 2018.
- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminalidad de Menores. Porrúa, México, 1997.

- Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012.
- San Martín Castro, César. Persecución del delito tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación. En: Estudios de Derecho Procesal Penal, Grijley, 2012.
- Solís Quiroga, Héctor. Justicia de menores. 2da ed., Ed. Porrúa, México, 1997.
- Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho Penal. Parte General. 4ta. Ed., Grijley, Lima, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Parte general. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- Couso, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de Adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo. En: Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre)
- Duce, Mauricio; Couso, Jaime “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”. En: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art01.pdf>
- García Huayama, Juan Carlos y Alvarado Reyes, Juana. El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la ley penal. En: <http://Downloads/DialnetElInternamientoPreventivoEnElProcesoDeInfraccionAL-5493806.pdf>.
- Hernández Basualto, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. En: www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf

D. LEY Y REGLAMENTO

- Constitución Política
- Ley N.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes
- Decreto Legislativo N° 1348, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes
- Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957

