

CAPÍTULO IV

LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Dr. Javier Llobet Rodríguez

1. La detención provisional en el Derecho Tutelar de Menores. 2. La detención provisional en el Derecho Penal Juvenil. 3. El principio educativo y la detención provisional. 4. Requisitos materiales de la detención provisional. 4.1 La sospecha suficiente de culpabilidad. 4.2. Causales de detención provisional. 4.3. El respeto al principio de proporcionalidad. 5. Sustitutivos de la detención provisional. 6. Duración de la detención provisional. 7. Comentarios finales. 8. Bibliografía.

1. La detención provisional en el Derecho Tutelar de Menores

Durante la vigencia de la doctrina de la situación irregular, la detención provisional adquiriría el carácter de una respuesta inmediata a la situación de peligro social en que estaría el joven, para sacarlo del medio social en que se desenvolvía cuando se estimara que este era inconveniente. Ello queda reflejado en la ley tutelar de menores costarricense de 1963, la que indicaba, en su art. 54, que “Después de la primera entrevista, el Juez decidirá si el menor puede ser entregado a sus padres o representantes en forma definitiva o provisional, o depositado en otro lugar apto para el caso, o si es necesaria su internación en el establecimiento destinado para tal efecto”. Por su parte, el art. 55 señalaba lo siguiente: “El menor será entregado a sus padres o representantes en forma definitiva cuando el hecho amerite sólo amonestación y la capacidad de la

familia para impartir disciplina y educación al menor sea satisfactoria a juicio del Juzgado”.

Importante es que, para la doctrina de la situación irregular, no tenía relevancia la presunción de inocencia¹, de modo que dicho principio no podía actuar como límite para el dictado de la detención provisional. Debe tenerse en cuenta la influencia del positivismo criminológico sobre la doctrina de la situación irregular, siendo los principales autores de dicha corriente fuertes opositores de la presunción de inocencia². Igualmente el correccionismo, vertiente del positivismo criminológico con la que presentan mayor similitud los planteamientos de la doctrina de la situación irregular, rechazó la importancia de la presunción de inocencia, puesto que en definitiva lo que se pretendía, según esta corriente, era proteger a los criminales³, lo que haría innecesario este principio.

Para la doctrina de la situación irregular tampoco tenía importancia la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad y el respeto al principio de proporcionalidad, requisitos relacionados con el hecho que se atribuye al joven. Más bien existía una desvinculación del hecho, siendo lo relevante la situación de riesgo social. La relevancia de dicho riesgo para la justicia tutelar queda clara en el art. 61 de la ley tutelar de menores; este disponía que “Si los hechos no constituyen delitos, cuasidelitos o falta, o se hubiera operado prescripción o perdón del ofendido o sus representantes en favor del menor, cualquiera que sea la calificación de la infracción, el Juez lo hará constar en auto fundamentado y *decidirá en él si ha de proseguirse la acción tutelar*” (la cursiva no es del original). Resulta así que el riesgo social era suficiente para disponer una medida definitiva, lo que lógicamente lleva a que también lo era para ordenar una medida provisional.

1 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión preventiva (en el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de justicia penal juvenil)*. San José: Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 109-113.

2 Sobre ello: Llobet Rodríguez, *op.cit.*, pp. 66-79.

3 Acerca la posición de esta escuela: Llobet Rodríguez, *op.cit.*, p. 69.

2. La detención provisional en el Derecho Penal Juvenil

Cuando se hace referencia al modelo de la responsabilidad, consecuencia de la *Convención sobre los derechos del niño* y los instrumentos internacionales que la complementan, con frecuencia se llega simplemente a enumerar las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal de adultos, con lo que se contribuye poco a determinar la especificidad del Derecho Penal Juvenil. Debe tenerse en cuenta que esa particularidad es determinada por el principio educativo y las características propias de la delincuencia juvenil.

Debido al carácter supletorio de la aplicación de las garantías procesales establecidas en el Derecho de adultos⁴, el proceso penal juvenil pierde relevancia en cuanto a las regulaciones propias, siendo más bien lo característico del Derecho Penal Juvenil el sistema de sanciones y de alternativas a estas⁵. Sin embargo, este Derecho tiene algunas normas procesales propias, basadas en el principio educativo⁶, entre las que sobresale la regulación de la detención provisional.

3. El principio educativo y la detención provisional

Al igual que lo que ocurre con el resto del Derecho Penal Juvenil, el principio educativo es el que le imprime el carácter particular a la detención provisional, que lleva a que se diferencie de la prisión preventiva del Derecho Procesal Penal de adultos. Debido a los

4 El art. 9 de la *Ley de justicia penal juvenil* dispone: "En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal".

5 Sobre ello véase la discusión que sostuve con Emilio García Méndez el 16 de junio del 2000. En: UNICEF (ed.). *Jornadas de reflexión sobre la Ley de justicia penal juvenil*. San José: UNICEF, 2001, pp. 50, 64-68. Acerca de esto véase también: Llobet Rodríguez, Javier. "La sanción penal juvenil". En: González Oviedo, Mauricio y Tiffer Sotomayor, Carlos (coordinadores). *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. San José: UNICEF, 2000, pp. 226-228.

6 Véase el capítulo III de este libro.

efectos negativos que tiene la detención provisional desde la perspectiva del principio educativo⁷, se establece que debe ser evitada al máximo, debiendo actuar como un último recurso, ello aún más que en el Derecho de adultos. Por las mismas razones, cuando es inevitable ordenar la detención provisional, esta debe durar el plazo más breve posible.

El principio educativo tiene efectos particulares con respecto a la ejecución de la detención provisional, al igual que posee una gran influencia en la ejecución de la sanción de internamiento.

Las particularidades del Derecho Penal Juvenil llevan a que la detención provisional deba ejecutarse en forma separada de la prisión preventiva de los adultos. En este sentido, se dice en la regla 13.4 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, que “Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán todos separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos”.

De gran importancia es lo establecido en el numeral 13.5 de dichas *Reglas*, en cuanto indica que “Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda asistencia social educacional, profesional, psicológica, médica y física— que requieran habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

Por su parte, las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* disponen, en su número 18 b, lo siguiente: “Cuando sea posible deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado, y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no se les obligará a hacerlo. En ningún

7 Sobre los efectos negativos de la detención provisional de los jóvenes: Albrecht, Peter-Alexis. *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona: PPU, 1990, pp. 83-84.

caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación.”

Es importante señalar que el principio educativo no puede servir para justificar el dictado de la detención provisional. Sobre ello la regla citada es enfática, al indicar que no puede disponerse la detención provisional por razones de trabajo, de estudios o de capacitación, es decir, con base en el pensamiento educativo. Al respecto en Alemania se critica la existencia de causales apócrifas, de modo que el juez fundamenta la detención provisional en la existencia de un peligro de fuga o de obstaculización, cuando en realidad no existe tal peligro, sino más bien dispone la detención provisional por razones educativas⁸, de modo que la ejecución de dicha detención influya positivamente en el joven. Igualmente se ha denunciado que con frecuencia la detención provisional se dispone para que funcione como preparación para la suspensión condicional de la pena, a través de un corto y chocante aprisionamiento, de modo que opere como una especie de advertencia al joven, que lo haga reflexionar en cuanto a su comportamiento⁹. Con todo ello se reviven argumentaciones propias de la doctrina de la situación irregular, dando lugar a que el principio educativo funcione como un “caballo troyano en el Estado de Derecho”¹⁰.

8 En forma crítica a esta práctica: Dünkel, Frieder. Deutschland. En: Dünkel, Frieder y Vagg, Jon (Editores). *Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug*. Friburgo en Brisgovia: Max Planck Institut für Strafrecht, 1994, p. 81; Dünkel, Frieder. *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher*. Bonn: Forum Verlag Godesberg, 1990, pp. 373-374; Gerken, Jutta y Schumann, Karl. Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. En: Gerken, Jutta y Schumann, Karl (Editores). *Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis*. Pfaffenweiler: Centaurus Verlagsgesellschaft, 1988, p. 2; Schaefer, Sigrid. *Die Untersuchungshaft als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1992, pp. 119-124.

9 Para una crítica a ello, véanse los textos citados en la nota anterior.

10 La crítica a que el principio educativo ha llegado a funcionar como un “caballo troyano en el Estado de Derecho” proviene del libro editado por Jutta Gerken y Karl Schumann, citado en la nota trasanterior.

Incluso Paeffgen, que ha criticado fuertemente la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración delictiva prevista en el Derecho Procesal Penal de adultos, indica que en el caso del Derecho Penal Juvenil esta se encuentra justificada debido al pensamiento educativo de dicho Derecho¹¹. Tal argumentación no parece coherente, ya que también en la justicia penal juvenil rige la presunción de inocencia¹².

4. Requisitos materiales de la detención provisional

Los requisitos materiales de la detención provisional, al igual que en el Derecho Penal de adultos, son: a) la sospecha suficiente de culpabilidad, b) la existencia de una causal de prisión preventiva y

11 Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts*. Colonia y otros: 1986, p. 144, nota al pie 599. Sobre las razones por las que debe ser rechazada la causal de peligro de reiteración delictiva tanto en el Derecho Penal de adultos como en el Derecho Penal Juvenil por violentar la presunción de inocencia: Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva...*, pp. 194-220; Llobet Rodríguez, Javier. *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*. Friburgo en Brisgovia: Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, pp. 138-150; Llobet Rodríguez, Javier. "El art. 417 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)". En: *Nuevo Foro Penal* (Colombia), núm. 58, 1992, pp. 517-527. La Sala Constitucional costarricense, sin embargo, ha admitido la constitucionalidad de la causal de peligro de reiteración delictiva prevista en la legislación procesal penal de adultos; véanse, al respecto, los votos 3255-93, 1438-92 y 1739-92. En la legislación juvenil costarricense no se admitió como causal para la detención provisional (art. 58).

12 Cf. Art. 40.2.b) i) de la *Convención sobre los derechos del niño*; numeral 17 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad* y núm. 7.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*. Véase el capítulo III, apartado 6, de este libro.

c) el respeto al principio de proporcionalidad¹³. De estos tres requisitos el que presenta particularidades propias en el Derecho Penal Juvenil, basadas en definitiva en el principio educativo, es el respeto al principio de proporcionalidad.

4.1 La sospecha suficiente de culpabilidad

La sospecha suficiente de culpabilidad es una exigencia del principio de proporcionalidad, y no de la presunción de inocencia, lo que en ocasiones no ha sido sostenido por un sector de la doctrina.

Una concepción que sostuviera que la sospecha de culpabilidad se extrae de la presunción de inocencia implicaría aceptar una posición psicológica de dicho principio, de acuerdo con la cual la inocencia se relativizaría conforme aumentara el grado de sospecha¹⁴,

13 La Sala Constitucional ha admitido que estos son los requisitos materiales de la prisión preventiva (o detención provisional). Así: Sala Constitucional, voto 346-99 del 20 de enero de 1999. Véase: Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso penal en la jurisprudencia*. San José: Editorial Jurídica Continental, T. I, 2001, pp. 474-475. Sobre los requisitos materiales de la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva...*, pp. 147-250.

14 Una posición psicológica de la presunción de inocencia es sostenida, por ejemplo, por el colombiano Hernando Londoño, el que ha dicho que pareciera que, mientras más se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le sigue, en esa misma intensidad va disminuyendo la presunción de inocencia. En otras palabras —agrega— conforme va aumentando el contenido de la imputación, va disminuyendo la presunción de inocencia, ello en la misma proporción a los grados procesales de la imputación. Cf. Londoño Jiménez, Hernando. *De la captura a la excarcelación*. Bogotá: 1983, p. 30. En sentido similar: Londoño Jiménez, Hernando. “Principios de garantía jurídico-procesal”. En: *Nuevo Foro Penal* (Colombia), núm. 11, 1981, pp. 289-295; Tocora, *Política criminal en América Latina*. Bogotá: 1990, p. 101; Velásquez Velásquez, Fernando. *Principios rectores de la nueva ley proceso penal*. Bogotá: 1987, pp. 28-29; Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*. En: Betterman, K. A. y otros (editores). *Die Grundrechte*, T. III 2. Berlín: 1959, p. 987. Gilbert Armijo, en Costa Rica, parece seguir una concepción psicológica de la presunción de inocencia. Cf. Armijo Sancho,

concepción que no sería lejana a las posiciones autoritarias sostenidas durante el fascismo y el nacionalsocialismo, o bien, a la posición del positivismo criminológico¹⁵. Lo anterior ya que se partiría de una presunción de culpabilidad dada por el grado de prueba incriminatoria en contra del imputado. En oposición a ello, debe sostenerse que la presunción de inocencia se mantiene constante durante todo el proceso, rigiendo hasta que exista sentencia condenatoria firme. La pretensión punitiva —como lo dice Krauss— surge con la sentencia condenatoria, y no propiamente con el paulatino convencimiento creciente del tribunal respecto de la responsabilidad del imputado¹⁶. Precisamente la presunción de inocencia llega a tener importancia como principio protector del imputado cuando existe un grado importante de sospecha en contra de este¹⁷, puesto que aquel contra quien no existe siquiera sospecha suficiente de culpabilidad, no tiene mayor necesidad de protección por la presunción de inocencia. A ello se agrega que la sospecha de culpabilidad no es consecuencia de la presunción de inocencia, puesto que no tiene ninguna relación con la exigencia de que se persiga el aseguramiento del proceso¹⁸. Al contrario, debe decirse que el requisito de que haya sospecha suficiente sirve como límite a una prisión preventiva que persiga el aseguramiento procesal, debido a que la afirmación del peligro de fuga o de obstaculización no es

Gilbert. “Justicia penal y derechos fundamentales”. En: Bertolini, Anarella y Fernández, Hubert (editores). *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*. San José: EUNED, 1998, pp. 89-90. Sobre esa concepción y su crítica: Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva...*, pp. 149-155.

- 15 Con respecto a las posiciones autoritarias sobre la presunción de inocencia: Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 67-97; Llobet Rodríguez, *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 48-60.
- 16 Krauss, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Müller-Dietz, H. (ed.). *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Colonia y otros: 1971, p. 158.
- 17 Cf. Veit, *Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen dargestellt am Modell des Briefverkehrsrechtes*. Fráncfort del Meno: 1971, p. 21.
- 18 Paeffgen, *op. cit.*, p. 76.

suficiente, necesitándose que además exista un determinado grado de sospecha¹⁹.

La exigencia de un grado de sospecha para disponerse la detención provisional es, más bien, una consecuencia del principio de proporcionalidad, ya que no puede exigirse a una persona que sufra de una privación de libertad de la intensidad y duración de la detención provisional, cuando no existe suficiente grado de probabilidad como para esperar que pueda dictarse posteriormente una sentencia condenatoria. Esto impide, precisamente, que pueda dictarse la detención provisional no solo en contra de la persona contra la cual no puede formularse un juicio de probabilidad respecto de su culpabilidad, como tampoco en contra de un simple testigo o una persona extraña al proceso, pero respecto de la cual puede considerarse que existe un peligro de que vaya a obstruir la investigación y, con ello, la búsqueda de la verdad²⁰.

Se trata de un requisito que no es previsto expresamente por la *Convención sobre los derechos del niño* ni por los instrumentos de Derecho Internacional que la complementan. Sin embargo, puede deducirse del art. 37, inciso b, de dicha *Convención*, en cuanto

19 Con respecto a la relación entre la sospecha de culpabilidad y la presunción de inocencia: Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 149-155.

20 Frister considera que la causal de peligro de obstaculización es contraria a la presunción de inocencia, debido a que supone un tratamiento desigual entre sospechosos y no sospechosos, puesto que estos últimos pueden obstaculizar la investigación. Por ello dice que existen dos posibilidades: o bien regularla también con respecto a los no sospechosos, o bien eliminarla para los sospechosos. Cf. Frister. *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*. Berlín: 1988, pp. 100, 118-119. La prohibición de tratamiento desigual entre sospechosos y no sospechosos, es en general rechazada. La exigencia de que exista un grado de sospecha —se indica con razón— es un punto de vista que limita el dictado de las medidas coercitivas. Cf. Krauss, *op. cit.*, p. 166; Burmann. *Die Sicherungshaft gemäss Par. 453 c) StPO*. Gelsenkirchen: 1984, p. 21; Hassemer, Winfried. *Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft*. En: *StV* (Alemania), 1984, p. 40.

establece que ningún niño puede ser privado de su libertad arbitrariamente²¹.

Debe anotarse que la sospecha suficiente de culpabilidad como exigencia material para ordenar la detención provisional, no es identificatoria del Derecho Penal Juvenil, ya que también es requerida por el Derecho de adultos²².

Debe ser criticado que el art. 58 de la *Ley de justicia penal juvenil* no haya establecido, en forma expresa, la sospecha suficiente de culpabilidad, o probabilidad de esta, como requisito material para el dictado de la detención provisional. Sin embargo, dicho requisito debe ser extraído tanto del art. 37 de la *Constitución Política*, que establece el indicio comprobado de haber cometido delito como exigencia para la privación provisional de libertad, como de la necesidad de que para ordenar la detención provisional se admita la acusación, ello conforme a lo dispuesto en el art. 87 de la *Ley de justicia penal juvenil*²³, resultando que, para admitir la acusación,

- 21 Cf. Bovino, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 158. El art. 5.1 c) de la *Convención europea de derechos humanos* exige que, para la detención de una persona, haya sospecha razonable de que ha cometido una infracción. Igualmente la Recomendación R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempló la sospecha suficiente como requisito de la prisión preventiva. Sobre la sospecha de culpabilidad como exigencia para el dictado de la prisión preventiva en el Derecho Comparado: Llobet Rodríguez, *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 79-83.
- 22 Art. 239, inciso a, del *Código Procesal Penal*. Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 147-166.
- 23 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, p. 167. El art. 58 de la *Ley de justicia penal juvenil* lleva a confusión, ya que mientras el art. 87 prevé que la detención provisional puede disponerse al admitirse la acusación o después de ello, dicho artículo contempla que se puede ordenar la detención “a partir del momento en que se reciba la acusación”. La contradicción entre los artículos debe llevar a la búsqueda de una interpretación que los armonice, debiendo sostenerse que es necesario que se admita la acusación. Ello además es conforme al art. 19 de la *Ley de justicia penal juvenil*, el cual dispone que en caso de antinomia debe acudirse a la interpretación más favorable para los derechos fundamentales del joven.

debe poderse formular un juicio de probabilidad sobre la culpabilidad del joven. Esa ha sido la interpretación que ha sostenido el Tribunal Penal Juvenil en numerosos fallos, por ejemplo, en los votos 4-01 y 5-01 del 16 de enero del 2001, en los que llegó incluso a anular la detención provisional por no haberse procedido previamente a la admisión de la acusación.

4.2 Causales de detención provisional

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

Una de las consecuencias de la adopción del paradigma de la responsabilidad, consecuencia de la *Convención sobre los derechos del niño* y los documentos internacionales que la complementan, es que se estableció que, durante el proceso penal juvenil, rige la presunción de inocencia, hasta que no exista sentencia condenatoria firme. Así la *Convención sobre los derechos del niño* dispuso, en su art. 40.2. b) i), que todo niño tiene derecho a que se le garantice “Que se presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Dicho principio fue regulado igualmente por el numeral 7.1 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*.

La influencia que la presunción de inocencia debe ejercer sobre la prisión preventiva queda claramente establecida en el numeral 17 de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, que dispone lo siguiente: “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales...”. Esta relación entre la presunción de inocencia y la detención provisional es reiterada en el numeral 18 de dichas *Reglas*, puesto que se establece que las condiciones de detención deberán ajustarse a “las exigencias de la presunción de inocencia”.