

En los instrumentos internacionales de la justicia penal juvenil no se prevén expresamente los fines que pueden ser perseguidos por la detención provisional, no indicándose por ello qué causales son admisibles. Sin embargo, en el numeral 18, inciso b, de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, se deja claro que con base en el principio educativo no puede disponerse ni mantenerse la detención provisional. Así se dice que “En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación”.

Se agrega a ello, de acuerdo con mi criterio, que aunque no se haya previsto expresamente los fines que se persiguen con la detención provisional, salvo la exclusión de que se disponga con base en el principio educativo, dichos fines se pueden deducir de la previsión de la presunción de inocencia, ya que esta exige que la detención provisional no pueda convertirse en una pena anticipada y que debe ser diferenciada de la pena privativa de libertad, en particular de la sanción de internamiento contemplada en la *Ley de justicia penal juvenil* costarricense. Esta distinción no se puede establecer desde la perspectiva de la intensidad de la restricción de la libertad personal, ya que la detención provisional y la sanción de internamiento presentan una intensidad similar, sino que debe hacerse a partir de los fines perseguidos²⁴. Así la detención provisional no puede perseguir la prevención general y especial, por ser estos fines de la pena, debiendo tener más bien fines de carácter procesal: evitar el peligro de fuga del joven imputado y el peligro de obstaculización²⁵. Estos razonamientos no son propios del Derecho Penal Juvenil, puesto que corresponden también al Derecho Penal de adultos.

24 Cf. Müller-Dietz. Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft. En: *StV* (Alemania), 1984, p. 83; Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 135-142.

Con respecto a las causales de detención provisional, la *Ley de justicia penal juvenil* establece, en su art. 58, que esta puede decretarse cuando se presenten las siguientes circunstancias:

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

No se contempla como causal el peligro de reiteración delictiva, establecida en el art. 239, inciso b, del *Código procesal penal*, pero ello no por una característica propia del Derecho Penal Juvenil, sino más bien por un rechazo a la causal de peligro de reiteración delictiva como violatoria de la presunción de inocencia²⁶.

-
- 25 Sobre ello: Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 135-142; Llobet Rodríguez, Javier. “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”. En: *Revista de Derecho Procesal* (España), núm. 2, 1995, pp. 555-564; Llobet Rodríguez, *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 97-150; Bovino, Alberto, *op. cit.*, pp. 252-289; Hassemer, Winfried, *op. cit.*, pp. 40-41.
- 26 Debe reconocerse que la causal de peligro de reiteración delictiva, contemplada en el *Código procesal penal*, ha sido reconocida por la Sala Constitucional como concordante con la *Constitución Política*. Véase por ejemplo: votos 3255-93, 1438-92 y 1792-92. Sobre ello: Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 197-200. Hay que agregar que el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva, generalmente encuentra regulación en el Derecho Comparado. Cf. Llobet Rodríguez, *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 134-138; Llobet Rodríguez, «El art. 417...», pp. 517-527. En el ámbito europeo, la doctrina en general reconoce que la *Convención europea de derechos humanos* autoriza dicha causal en su art. 5, aparte 1 c. Se agrega a ello que el principio 2, inciso 2, de la Recomendación No. R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva para hechos de gravedad. Al pronunciarse sobre la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado la existencia del peligro de reiteración. Véanse, como ejemplos, el caso Ringelsen (sentencia del 16 de julio de 1971), el caso Störmüller (sentencia del 10 de noviembre de 1969), el caso Clooth (sentencia del 12 de diciembre de 1991) y el caso

Se ha sostenido por algunos que la causal de peligro de reiteración delictiva prevista en el *Código procesal penal* es de aplicación supletoria en la justicia penal juvenil²⁷. Ese criterio fue admitido por el Tribunal Penal Juvenil en una serie de votos, como el voto 20-98 del 10 de febrero de 1998²⁸. Sin embargo, el criterio actual de dicho Tribunal es que no procede la aplicación supletoria de la legislación de adultos, ya que la *Ley de justicia penal juvenil* tiene una regulación propia de las causales de detención provisional, por lo que no es procedente la aplicación supletoria del *Código Procesal Penal*²⁹. A manera de ejemplo, se citan votos en los cuales el Tribunal Penal Juvenil sostuvo ese criterio: los votos 12-00 del 22 de febrero del 2000, 32-01 del 6 de marzo del 2001, 94-01 del 14 de junio del 2001 y 143-01 del 21 de agosto del 2001.

En lo atinente al peligro de fuga como causal de detención provisional, el art. 58 de la *Ley de justicia penal juvenil* establece que puede disponerse dicha detención cuando “Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia”. Dicha causal no difiere de la correspondiente al peligro de fuga del

Toth (sentencia del 12 de diciembre de 1991). Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, p. 215. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido posiciones divergentes con respecto al peligro de reiteración delictiva. Así, en el informe 12-96, hizo referencia solamente al peligro de fuga y al de obstaculización como causales de prisión preventiva. Véase: Bovino, *op. cit.*, pp. 140-141. Sin embargo, en el informe 2-97 autorizó la causal de peligro de reiteración delictiva. Cf. Oteiza, Eduardo. “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: *Relatorías y ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. San José: Corte Suprema de Justicia e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2000, p. 137.

27 Sobre ello véase, por ejemplo: Campos Zúñiga, Mayra y Vargas Rojas, Omar. *La justicia penal juvenil en Costa Rica*. San José: 1999, p. 154; Campos Zúñiga, Mayra y Vargas Rojas, Omar. “Análisis de la detención provisional en materia penal juvenil”. En: UNICEF (ed.). *Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*. San José: UNICEF, 2000, pp. 86-87.

28 Véase también el voto 23-98 del Tribunal Penal Juvenil.

29 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 219-220.

Código procesal penal de adultos. Con carácter supletorio, es incluso aplicable el art. 240 de dicho *Código*, que da pautas con respecto a la existencia de este peligro.

A pesar de la concordancia de la regulación con el Derecho Penal de adultos, la valoración del peligro de fuga como causal de detención provisional en el Derecho Penal Juvenil debe considerar las particularidades de la delincuencia juvenil. En primer lugar, a pesar de que por ley debe proveérseles a los mayores de 12 años y menores de 18 de una tarjeta de identidad³⁰, ello no se ha cumplido hasta la fecha por razones presupuestarias. Por tal razón, mientras que con respecto a los adultos es frecuente que se disponga la prisión preventiva cuando una persona no lleva consigo una identificación, no puede resolverse de esa manera en la justicia penal juvenil.

Se ha tratado de solucionar el problema acudiendo el Ministerio Público a la verificación de los datos dados por el joven por medio del Registro Civil. Por otro lado, con respecto a los jóvenes extranjeros, principalmente los nicaragüenses, se realizan controles en los registros de las oficinas migratorias, en particular los relativos a las solicitudes de residencia. Además el Ministerio Público, en algunos casos en que duda de los datos suministrados por el joven en su interrogatorio de identificación, procede a verificar la dirección suministrada por este, enviando, por ejemplo, a oficiales de la policía al lugar donde ha indicado que reside; al resultado de dicha constatación le ha dado el Tribunal Penal Juvenil mucha importancia (véase, por ejemplo, el voto 33-98 del 16 de abril de 1998).

Sobre la falta de documentación del joven, es importante el voto 27-98 del 13 de marzo de 1998, dictado por el Tribunal Penal Juvenil, en el que se dijo lo siguiente:

“Lleva razón la Defensa al señalar la falta de fundamentación cuando el Juzgador refiere que se trata de un menor

30 Ley 7688 del 6 de agosto de 1997.

indocumentado, pues tal circunstancia no es importante cuando se está ante un menor que ha dado una dirección donde puede ser ubicado en cualquier momento. No debe confundirse indocumentado con identificado, pues a los fines del proceso lo que interesa es que esté plenamente individualizado, como ocurre en el presente caso.”

Otro aspecto relevante en lo atinente al peligro de fuga es la ausencia de domicilio, ya que una parte importante de los jóvenes que se ven enfrentados a la justicia penal juvenil deambulan por las calles: no viven con sus familias, o bien las visitan muy ocasionalmente. Ello hace que, ante la falta de domicilio, se llegue a ordenar con frecuencia la detención provisional, ya que si se pusiera al joven en libertad no habría forma de localizarlo.

Al respecto, el voto más importante del Tribunal Penal Juvenil es el 122-98 del 14 de octubre de 1998, puesto que se llegó a negar el peligro de fuga aun cuando el joven carecía de un domicilio y vivía en la calle, ello con base en la indicación del Ministerio Público. Se señaló lo que sigue:

“El Ministerio Público en lo relativo al menor XXX indicó que no existe peligro de fuga, ya que si bien el mismo vive en la calle, es localizable fácilmente para el Ministerio Público de acuerdo con la experiencia del mismo relacionada con dicho menor, por saberse entre qué calles se ubica. De acuerdo con lo dicho por el Ministerio Público habría entonces que afirmar que no existe peligro de fuga en relación con dicho menor. Todo ello debe ser relacionado con las particularidades del Derecho Penal Juvenil en lo relativo a la detención provisional.”

La posibilidad de que con respecto a los jóvenes que deambulan por la calle no se ordene la detención provisional, fue reiterada por los votos 12-00 del 22 de febrero del 2000 y 183-00 del 1 de diciembre del 2000, dispuestos por el Tribunal Penal Juvenil. En el primero de estos votos se indicó que:

“Dada la especialidad de la justicia penal de menores, la regla de interpretación del riesgo de fuga que prevé para los adultos el artículo 240 del Código Procesal Penal, no son de aplicación automática. En este sentido ha de tenerse en cuenta que a los menores de edad no les es exigible contar con domicilio fijo ni trabajo u ocupación, como sí lo sería para un adulto, incluso la realidad nos muestra que muchos de esos jóvenes carecen de núcleo familiar, y sancionarles procesalmente por ello configuraría criminalizarles.”

Por su parte, en el segundo de los votos citados se señaló lo siguiente:

“Debe anotarse ante la referencia que hace la defensa del voto 12-2000 del Tribunal Penal Juvenil que es cierto que el peligro de fuga debe ser valorado tomando en cuenta las circunstancias particulares de los jóvenes que son sometidos a la jurisdicción penal juvenil, por ello podría ocurrir que en ciertos casos de jóvenes que viven en las calles no sea necesario ordenar la detención provisional, pero ello cuando de acuerdo con las circunstancias del caso no se afirme el peligro de fuga, por considerarse que de acuerdo con las particularidades (...) atenderá el llamado judicial, lo que no puede estimarse en este caso, ya que el joven se ausentó del domicilio fijado, no pudiendo ser localizado.”

En el voto 94-01 del 14 de junio del 2001, el Tribunal Penal Juvenil llegó a sostener: “El auto de marras afirma la existencia de un riesgo de fuga por la ausencia de domicilio del menor u oficio conocido. Evidentemente esa interpretación a secas lo que hace es criminalizarlo por carecer de domicilio u ocupación.”³¹

31 El Tribunal Penal Juvenil, por voto 135-01 del 8 de agosto del 2001, dijo lo que se transcribe a continuación: “Como acertadamente lo expone la Señora Representante del Ministerio Público en la vista oral, este joven ha ofrecido un lugar de domicilio no desacreditado. Por otra parte se constata de folio 7 del legajo de investigación que no mintió en su identificación, sino por el

Esa expresión en la forma general en que se hizo en este último voto no deja de ser problemática, ya que desgraciadamente, hay que reconocer que en muchos casos, tal y como sucedió en el caso resuelto en el voto 183-00 del Tribunal Penal Juvenil, arriba citado, es inevitable que ante la imposibilidad de localizar al joven en caso de ser liberado, se tenga que disponer la detención provisional. Sobre ello existen numerosos votos del Tribunal Penal Juvenil, siendo más bien lo normal que ante la ausencia de domicilio y la alta penalidad del delito se decrete la detención provisional. Así, en el voto 82-01 del 5 de junio del 2001, se dijo:

“El tribunal advierte que, según la jurisprudencia constitucional reiterada, el imputado no está asistido del derecho de abstención respecto a su identificación, más por el contrario está obligado a rendirla. Así las cosas, si de su propia manifestación se extrae que no cuenta con domicilio estable, sino que en casa de A. S. residía escasos dos días anteriores a que resultara aprehendido, las reglas de la sana crítica racional explican que su libertad pondría razonablemente en riesgo el curso normal del proceso. No se trata de criminalizarle por esa falta de domicilio, sino de la imposibilidad de ubicarlo si quedara en libertad [...]. Este estilo nómada de vivir denota poca o ninguna contención, lo que interpreta el tribunal como elemento que agrava ese riesgo razonable de fuga.”³²

contrario dio su nombre verdadero. Si bien es cierto las demás calidades tuyas las desconocía, o al menos recordó al identificarse, esta circunstancia es comprensible en su situación particular de procedencia de un hogar desintegrado. Así las cosas, es errónea la fundamentación del auto de referencia cuando intenta sustentar ese riesgo de fuga en la circunstancia de que el acusado no brindó un lugar de residencia concreto, habida cuenta que no podríamos sancionarle procesalmente por su condición de indigente. De tal suerte que, si el menor cuenta con domicilio conocido, no desacreditado, no existe, razonablemente riesgo de que se evada.”

32 Son muchos los votos en los cuales el Tribunal Penal Juvenil ha llegado a afirmar el peligro de fuga, producto de la relación entre la falta de domicilio del joven y la alta penalidad del hecho. Por ejemplo, en el voto 133-98 del

En muchos casos en que inicialmente no se decretó la detención provisional, se ha ordenado esta con posterioridad, basándose en que el joven se ausentó del domicilio. Así, por ejemplo, en el voto 80-01 del 29 de mayo del 2001, el Tribunal Penal Juvenil indicó lo siguiente:

“Existe peligro de fuga del imputado, lo que se corrobora con la necesidad que hubo de ordenar la rebeldía en su contra por ausentarse del domicilio que se había fijado. Además de ello se nota una disposición del joven a no someterse a la acción de la justicia, puesto que cuando se le ha logrado localizar no se ha presentado a las citas que se le han dado. Resulta de todo ello que sí existen fundamentos suficientes para estimar la existencia de un peligro de fuga, que en definitiva se basa no solamente en que no existe un lugar en que pueda ser localizado, habiéndose ausentado sin autorización del domicilio que había fijado en su indagatoria, sino además que ha estado renuente a acudir a los llamamientos judiciales.”

Importante es que, con la superación de la doctrina de la situación irregular, la detención provisional no puede decretarse por la mera circunstancia de que el joven se encuentre en situación de abandono. Acerca de ello, debe citarse el voto 69-01 del 11 de mayo del 2001, dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil. En él se señaló lo siguiente:

“Admitir ese criterio [de que debe decretarse la detención, ya que el joven se encuentra dentro de una problemática

29 de octubre de 1998. Consúltense también: Tribunal Penal Juvenil, voto 41-98 del 20 de abril de 1998. Se ha afirmado el peligro de fuga cuando, aparte de carecer de domicilio, el joven deambula por las calles en pandillas, no trabaja y es adicto a las drogas. Véase: Tribunal Penal Juvenil, voto 37-98 del 16 de abril de 1998. Se ha considerado, para afirmar el peligro de fuga, que el joven además de carecer de domicilio y no tener documentos de identidad, es extranjero, lo que supone una falta de arraigo al país. Véase: Tribunal Penal Juvenil, voto 102-98 del 11 de septiembre de 1998.

social] para decretar la prisión equivale a resucitar la ideología de la situación irregular. Debe recordarse, porque algunas veces se olvida que el nuevo proceso penal juvenil se sustrae, de la esfera simbiótica tutelar familiar. El hecho de que el menor se encuentre en estado de abandono o de simple pobreza no es suficiente para la imposición de una medida cautelar. La situación social o familiar del menor es una consideración que no compete a la Ley Penal o Procesal, porque el principio de legalidad, es un límite que no debe ser traspasado al imponer una medida restrictiva de libertad.”

Por otro lado, mientras en el Derecho Penal de adultos por lo general se tiende a aplicar en forma casi automática la prisión preventiva cuando los hechos están sancionados con penalidad elevada³³, no ocurre así en la práctica de la justicia penal juvenil. Ello queda reflejado en el voto 65-01 del Tribunal Penal Juvenil, ordenado el 10 de mayo del 2001, en el cual se indicó lo que sigue:

“Si bien los hechos son graves por cuanto el ofendido fue amenazado con un arma de fuego y presuntamente le taparon la boca y le amarraron las manos con cinta adhesiva para luego pasarlo a la parte de atrás de su vehículo, que no es sino porque una patrulla iba pasando por ahí y ve algo sospechoso se acerca y los acusados salen corriendo, siendo detenidos en ese momento y decomisándoseles un arma de tipo casero, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha sido clara y reiterada en indicar que la gravedad de los hechos debe ser analizada en cada caso concreto y debe ir unida a otros presupuestos procesales para ordenar la detención provisional de una persona, de ahí que siendo en esta materia una medida de carácter

33 Cf. Defensa Pública (ed.). “La prisión preventiva: el advenimiento de una nueva verdad en el proceso penal”. En: *Revista Judicial*, núm. 78, 2001, pp. 114-116.

excepcionalísimo, más aún se justifica el análisis de las circunstancias. En el presente asunto, se observa que efectivamente los hechos son muy graves, pero no existen elementos para establecer que los menores estén tratando de evadir la acción de la justicia.”³⁴

El art. 58, inciso b, de la *Ley de justicia penal juvenil* prevé la causal de peligro de obstaculización, al decir que puede ordenarse la detención provisional cuando “Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba”. Esta causal no encuentra diferencia con la prevista en el Derecho Procesal Penal de adultos, siendo de aplicación supletoria el art. 241 del *Código procesal penal*.

Mientras en el Derecho Penal de adultos la causal de peligro de obstaculización adquiere importancia con respecto a la delincuencia no convencional, por ejemplo la delincuencia económica³⁵, dicha delincuencia no es relevante dentro del Derecho Penal Juvenil. Mucho más importancia tienen en este Derecho los supuestos de delincuencia violenta, en la medida en que exista peligro de obstaculización, debido a que haya elementos para sospechar que el joven pueda amenazar, o bien, actuar contra la integridad física de la víctima o testigos. Esos son precisamente los supuestos en que, en la práctica, se ha decretado la detención provisional por peligro de obstaculización con base en la *Ley de justicia penal juvenil*. Así en el voto 79-01 del 31 de mayo del 2001 dispuesto por el Tribunal Penal Juvenil, se afirmó el peligro de obstaculización, indicándose que “De quedar en libertad el acusado volvería a su domicilio, ubicado cerca del de la ofendida; esa circunstancia a la luz del sentido común implica que tendría la posibilidad de intimidarla y amenazarla, ya sea de manera expresa o por el solo hecho de la

34 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 85-01 del 31 de mayo del 2001.

35 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, p. 190.

proximidad de las viviendas, habida cuenta de la violencia que se le atribuye utilizó para cometer esos delitos”³⁶.

El art. 58, inciso c, de la *Ley de justicia penal juvenil* prevé, además, como causal de detención provisional cuando “Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo”. Esta causal está relacionada básicamente con el peligro de obstaculización³⁷, debiéndose rechazar la pretensión de fundamentarla en el peligro de reiteración delictiva, supuesto de dudosa compatibilidad con la presunción de inocencia, tal y como se indicó antes. En este sentido, el Tribunal Penal Juvenil dijo, en el voto 134-01 del 8 de agosto del 2001, que “Es erróneo interpretar que el inciso c) del numeral 58 LJPJ esté dispuesto con fines de seguridad social, puesto que por el contrario tutela fines procesales”³⁸.

En numerosos votos el Tribunal Penal Juvenil ha afirmado el peligro para la víctima, el denunciante o un testigo. Por ejemplo, en el voto 115-01 del 20 de julio del 2001, se dijo: “Como lo refiere el juzgador existe peligro real y efectivo para las víctimas, el imputado en dos oportunidades agrede con arma a los ofendidos y según se desprende del informe policial [...], ese mismo día después de agredir al señor O., les indicó a los oficiales y a los familiares de la víctima, que ‘a él se lo llevan preso, pero cuando saliera se vengaría de ellos’”³⁹.

36 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 11-01 del 24 de enero del 2001, voto 158-01 del 5 de setiembre del 2001, voto 162-01 del 5 de setiembre del 2001 y voto 163-01 del 13 de setiembre del 2001.

37 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 219.

38 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 136-98 del 6 de noviembre de 1998.

39 Véase también: Tribunal Penal Juvenil, voto 63-98 del 9 de junio de 1998, voto 93-98 del 28 de agosto de 1998, voto 130-01 del 8 de agosto del 2001 y voto 160-01 del 5 de setiembre del 2001.

4.3 El respeto al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero a la cual no puede exigírsele al joven que se someta⁴⁰.

Importante es que el principio de proporcionalidad surgió en el Derecho Administrativo Policial como un límite a la actuación estatal⁴¹, o sea, con un sentido garantista para el administrado. Luego se llegó a extender su ámbito de aplicación, para comprender toda injerencia estatal en los derechos de los administrados, incluyéndose las intervenciones que se producen en el proceso penal⁴².

No debe olvidarse el carácter garantista del principio de proporcionalidad, o sea, que su sentido es limitar la intervención estatal, y no legitimarla. Por ello, no puede permitirse, mediante el principio de proporcionalidad, una injerencia que afecte el contenido esencial del derecho respectivo⁴³. Por otro lado, el principio de proporcionalidad, como principio de justicia al caso concreto,

40 Sobre el principio de proporcionalidad: Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 220-248; Denzel, U *Übermassverbot und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*. Heidelberg, tesis doctoral, 1969; Degener, W. *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*. Berlín, Tesis doctoral, 1985; Schütz *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen*. Tubinga, tesis doctoral, 1969; González-Cuellar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1990.

41 Cf. Denzel, *op. cit.*, pp. 6-10.

42 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, pp. 220-224.

43 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. "Garantías procesales y seguridad ciudadana". En: Armijo Sancho, Gilbert; Llobet Rodríguez, Javier y Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y Constitución*. San José: Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 148-155.

permite apartarse de la aplicación estricta de la ley en casos en que esta sea desproporcionada en el asunto. Sin embargo, no se autoriza apartarse en contra del administrativo, por medio del principio de proporcionalidad, de las prescripciones de la ley, debido a la importancia del asunto.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres subprincipios: a) de necesidad, b) de idoneidad y c) de proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁴

En lo concerniente al subprincipio de necesidad, relevante es que toda medida que represente una injerencia a un derecho fundamental (en el caso de la detención provisional, en la libertad personal), debe ser la *ultima ratio*, de modo que, si el fin puede lograrse por medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse estos otros medios. Ello se traduce, en lo atinente a la detención provisional, en la exigencia de sustitutivos para esta, a lo que se hará mención luego.

El subprincipio de idoneidad se refiere a que la detención provisional sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar. Como se indicará después, en lo atinente a los sustitutivos de la detención provisional, debe existir una adecuación entre el peligro que se trata de contrarrestar (peligro de fuga; de obstaculización; o peligro para la víctima, el denunciante o un testigo) y la medida que se ordena.

Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, llamado también principio de prohibición del exceso, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses, para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida, guarda relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

44 Véase el capítulo V de este libro.

En lo atinente a la detención provisional, el principio de proporcionalidad en sentido estricto influye en la exigencia de una sospecha suficiente de culpabilidad como requisito material de la detención provisional, también en lo correspondiente a la corta duración que debe tener esta y el establecimiento de plazos máximos. Además, conduce a que deba hacerse un balance, en el caso concreto, entre lo que implica la medida para el joven y la gravedad de los hechos atribuidos, lo que lleva al establecimiento del carácter aún más excepcional de la detención de los jóvenes mayores de 12 años y menores de 15 años, previsto en el art. 59 de la *Ley de justicia penal juvenil*, ello por los efectos especialmente dañinos que tiene, para dichos jóvenes, el ser sometidos a detención provisional⁴⁵. El principio de proporcionalidad hace que no pueda disponerse la detención provisional del joven cuando pueda esperarse que, en caso de sentencia condenatoria, no se va a disponer y ejecutar la sanción de internamiento.

El principio de proporcionalidad de la detención provisional se deduce del art. 37, inciso b, de la *Convención sobre los derechos del niño*, en cuanto indica que ningún niño puede ser privado de su libertad arbitrariamente. Igualmente debe considerarse implícito este principio en la previsión del inciso a) del citado artículo, que prohíbe que al niño se le den tratos crueles, lo cual es consecuencia del principio de dignidad de la persona humana⁴⁶; relevante es que

45 En Alemania, un sector de la doctrina ha reclamado que la detención provisional debe ser abolida al menos con respecto a los jóvenes de 14 y 15 años. (Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad penal conforme al Derecho Penal Juvenil alemán se inicia a los 14 años.) El legislador ha llegado a una solución de compromiso con respecto a ese grupo etario, estableciendo que, para disponer la detención con base en la causal de peligro de fuga, se requiere que ya el joven se haya fugado o haya emprendido preparativos para la fuga, o bien no tenga ningún domicilio fijo en Alemania. Sobre ello: Dünkel, Deutschland, p. 72.

46 Cf. Llobet Rodríguez, *La prisión...*, p. 225, en donde se menciona la relación entre el art. 40 de la *Constitución Política* y el principio de proporcionalidad.

el principio de proporcionalidad se basa en consideraciones de justicia al caso concreto, resultando que esta es violentada con un tratamiento desproporcionado, el que debe ser estimado como cruel.

El número 5 de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* indica lo siguiente: “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”. Por su parte, el numeral 17.1 a) de las mencionadas *Reglas* reza así: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”. Aunque ambas reglas se refieren propiamente a la sanción penal juvenil⁴⁷, en un sentido amplio pueden ser interpretadas como comprendiendo también la detención provisional, puesto que se exige que, en la respuesta del sistema penal, se actúe en forma proporcionada al delito y a las circunstancias del joven.

La *Ley de justicia penal juvenil* dispone, en su art. 25, que “Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido”. Por su parte, el art. 122, inciso d, de la mencionada *Ley* establece que, para determinar la sanción aplicable, se debe tener en cuenta: “... la proporcionalidad, la racionalidad e idoneidad de ésta”. Estas normas claramente se refieren a la proporcionalidad de la sanción penal juvenil, estando en realidad relacionadas con el principio de culpabilidad como límite a la sanción que se impondrá. La referencia explícita a la sanción lleva a que, a diferencia de lo indicado en las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de*

47 Así en el comentario oficial a la regla 5 se dice que el principio de proporcionalidad es un instrumento para restringir las sanciones punitivas. Lo mismo cabe anotar con respecto al comentario a la regla 17, que hace mención a las sanciones que se imponen en la sentencia.

justicia de menores, no pueda sostenerse que se prevé el principio de proporcionalidad de la detención provisional.

El art. 257, inciso b, del *Código procesal penal*, de aplicación supletoria en la justicia penal juvenil⁴⁸, dispone, sobre la cesación de la prisión preventiva, que “Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena a imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas procesales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada”. Igualmente, el art. 10 del *Código procesal penal* establece que la aplicación de las medidas cautelares: “...debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”. De conformidad con dichas normas, no es posible disponer la detención provisional de un joven cuando, en caso de dictarse una sentencia condenatoria, no puede disponerse el internamiento provisional.

Debe tenerse en cuenta que la *Ley de justicia penal juvenil* dispone, en su art. 131, que la sanción de de internamiento:

“Puede ser aplicada solo en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.
- b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.”

De acuerdo con ello, en principio no puede disponerse la detención provisional cuando no se esté ante un delito doloso sancionado en el Derecho Penal de adultos con pena mayor de seis años de prisión.

Ello se ha dispuesto en diversas resoluciones de la Sala Constitucional. Por ejemplo, en el voto 484-99 del 26 de enero de 1999 dijo lo siguiente:

48 *Ley de justicia penal juvenil*, art. 9.