

AMADOR BADILLA: Algunos problemas respecto a la aplicación...

**ALGUNOS PROBLEMAS RESPECTO A LA APLICACIÓN
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO
PENAL JUVENIL^(*)**

Dr. Gary Amador Badilla^()*

Juez Penal

(Recibido 09/01/07; aceptado 25/06/07)

Teléfono 295-3533

e-mail: gamadorb@poder-judicial.co.cr

RESUMEN

El artículo plantea algunos cuestionamientos en cuanto a la interpretación de aplicar la prisión preventiva contra el menor de edad, en aquellos delitos que no es posible imponer una medida de internamiento como sanción. Asimismo, se cuestiona el establecimiento de la acusación como un requisito previo para que la Fiscalía solicite la prisión preventiva; además, se discute la aplicación de esta medida cautelar, sin que exista una audiencia oral previa y obligatoria, para que el menor ejerza su derecho de defensa.

Palabras clave: Menores, prisión, defensa, audiencia, acusación, Fiscalía.

ABSTRACT

This article traces a few inquiries about the interpretation of the use of inmate imprisonment against a minor on those crimes where it is not possible to apply incarceration as a sanction. It also questions the need to establish the accusation as a previous requirement to solicit inmate imprisonment by the Prosecution. In addition, this article examines the application of this measurement without a previous and obligatory hearing in which the minor could use his right of defence.

Key words: Minor, imprisonment, defence, hearing, accusation, Prosecution.

SUMARIO

Introducción

1. Procedencia de la prisión preventiva en aquellos delitos que no es posible aplicar una medida de internamiento como sanción
2. La acusación como requisito procesal de la prisión preventiva
3. Audiencia oral previa

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil, ya de por sí, un tema de difícil manejo, demanda un respeto riguroso y reforzado de los derechos y garantías del menor detenido. Es decir, el menor no sólo debe gozar de aquellos derechos que le son propios dada la especialidad de la materia tratada, sino de aquellos que, siendo aplicados a los mayores, le sean beneficiosos frente al proceso que enfrenta.

Dicho esto, pareciera que sería difícil pensar que el menor pueda ser sometido a un proceso penal, soportando una posición de desventaja, frente a la posición que tendría un mayor de edad cuando comete una infracción de la misma envergadura, en el proceso penal de adultos.

De tal forma, el presente estudio pretende demostrar ciertas incongruencias contenidas por la Ley de Justicia Penal Juvenil, en ciertos aspectos operativos a la hora de aplicar la prisión preventiva sobre el menor, que pueden volver desproporcional la medida y que pueden representar en sí mismos, violatorios de derecho de defensa.

Asimismo, plantaremos nuestra oposición a que la acusación se constituya un requisito previo para la solicitud de prisión preventiva, pues obstruiría la investigación de un delito por parte del Ministerio Público.

Finalmente, plantaremos las conclusiones y recomendaciones que consideramos de importancia para solventar estos problemas.

1. PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AQUELLOS DELITOS QUE NO ES POSIBLE APLICAR UNA MEDIDA DE INTERNAMIENTO COMO SANCIÓN

Conforme al artículo 58 de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ), la prisión preventiva procederá, únicamente, cuando se demuestre el peligro de fuga o el peligro de obstaculización, siempre que existan motivos razonables para establecer que el menor es el posible responsable del delito que se investiga, y que dicho delito le sea aplicable como sanción una medida de internamiento.⁽¹⁾

(1) En España, el artículo 9.2. de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores (LORPM), establece: "La medida de internamiento en

El tema plantea una singular importancia, si tomamos en cuenta que la prisión preventiva se ha aplicado, aun en aquellos casos en que el menor de edad comete un delito que no prevé una medida de internamiento como sanción.⁽²⁾

El tema no es de pacífica solución,⁽³⁾ pues al imperar, exclusivamente, la finalidad procesal de la medida cautelar, antes que la importancia de la causa y la sanción del delito (proporcionalidad en sentido estricto), presenciaríamos casos en que el menor de edad se

régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su comisión se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.”

- (2) En ese sentido, nuestra Sala Constitucional, analizando la prisión preventiva de un menor, en un delito de robo simple, cuya pena establecida en el Código Penal artículo 212 inciso a), es de seis meses a tres años, estableció: “Como se puede apreciar, no condicionó el legislador la imposición de esa medida cautelar en el caso de menores, a que por el delito que se le impute pueda resultar condenado en juicio a cumplir pena de prisión, sino que se circunscribe a causales de naturaleza eminentemente procesal, puesto que por su propia naturaleza jurídica, los fines de la prisión preventiva, como medida cautela que es, son distintos a los asignados a la pena de prisión”. Ver voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia n° 10132-2001, de las quince horas, once minutos del nueve de octubre del año 2001.
- (3) En cuanto a este tema vid. HUETE PÉREZ, Luis, *La Responsabilidad Penal de los Menores, El procedimiento Penal con Menores*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001, pág. 52, quien es del criterio en cuanto a la medida de internamiento como medida cautelar que esta “(...) sólo podrá adoptarse respecto de los menores que estén precisados de custodia, siempre que el hecho sea grave (La regla segunda del artículo 9, señala que el internamiento solo se puede imponer cuando el hecho haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o integridad física de la misma), y lo exijan las condiciones personales y sociales del menor”; en ese mismo sentido MONREAL BUENO, Ignacio, *Consideraciones Prácticas sobre la aplicación de la L.O. 5/2000, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I 2001, Lanzarote, 2001, p. 617, quien se cuestiona la aplicación de la medida cautelar de internamiento cuando no proceda como sanción, indicando: “Sin embargo, resulta contrario a principios constitucionales imponer una medida cautelar...”

halle privado, brevemente, de su libertad –por la corta duración de la prisión preventiva–, y al momento de ser juzgado obtenga su inmediata libertad dado que –aún probada su culpabilidad– no se le podría imponer una sanción de internamiento; o bien, en el peor de los casos, sin llegar a ser juzgado, y habiendo sobrepasado el plazo de la medida, éste recobre su libertad.⁽⁴⁾

Surgen dos cuestionamientos: el primero de orden práctico, referido a si ese tiempo cortísimo de detención planteado en la LJPJ

cuando no se puede imponer como definitiva...”; con criterio distinto María Encarnación Bullón Martín, citada por GIBERT JORDÁ, Teresa, *Las Medidas Cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p.108, quien en cuanto al tema señala: “(...) desde un punto de vista doctrinal cabe plantearse si solamente puede instarse la medida de internamiento, con carácter cautelar, en aquellos delitos en los que en su comisión se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se hubiere actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, a que es en estos delitos para los que el artículo 8 (sic) de la Ley prevé que pueda imponerse, en sentencia tal medida. Sin embargo, habrán que analizarse las circunstancias del caso concreto, y sin olvidar que ha de ser instada con carácter excepcional, habida cuenta de su gravedad, podrá solicitarse también, aunque no concurren aquellos requisitos, en los casos en los que exista peligro de fuga, conducta infractora reiterada del menor, etc., y siempre que el interés del menor así lo aconseje”.

- (4) En ese sentido, vid. MARTÍN LÓPEZ, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores, Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001, pp. 94 y 95, quien indica: “En el Reino Unido se produjo un aumento considerable del número de adolescentes de 15 años en prisión preventiva (126 en 1993 a 224 en 1996), lo que levantó críticas: es costoso, perjudicial para el menor, generalmente innecesario, ya que en la mayoría de casos no solía dictarse sentencia de privación de libertad en el proceso. Más preocupante es que en muchas ocasiones se produce la detención, y no sólo superan el tiempo máximo establecido, sino que además son soltados sin que lleguen a ser presentados o comparezcan ante el juez encargado de decidir qué hacer hasta el momento del juicio (...) En prisión preventiva es cuando el joven corre más riesgos y tiene menos garantías (comparado con la situación de condena): tener contacto con adultos en celdas de comisarías, estar en lugares de reclusión insalubres, carecer de atenciones por parte de personal especializado, contar con un programa de actividades o de quedar encerrado sin poder salir durante 23 o 24 hora al día (...)”.

garantizará, efectivamente, que las causales por las que se dictó la prisión preventiva no se produzcan o desaparezcan. El segundo, lo consideramos fundamental, en el sentido que, al justificarse la prisión preventiva en el aseguramiento del proceso, independientemente, de la importancia de la causa o su sanción –por tratarse de delitos con penas inferiores a seis años que no ameritarán una sanción de internamiento– podría existir una violación al principio de proporcionalidad.

Mismo cuestionamiento habría que hacerse en relación con el estado de inocencia que goza el menor de edad durante todo el proceso, y su relación con el principio de proporcionalidad. Esta cuestión podría implicar una inversión del principio de proporcionalidad, en cuanto a que la situación procesal del menor sería más grave amparado al principio de inocencia –cuando se dicta la medida cautelar–, que cuando se destruye el mismo –en la etapa de juicio– comprobando la culpabilidad del menor; pues en el primer caso estará detenido, y en el último caso recobrará nuevamente su libertad, pues al no contar el delito con una sanción de internamiento no podría restringirse su libertad. Lo anterior denota el sentido contradictorio de la postura que permite la prisión preventiva del menor, en delitos cuya pena no permite la sanción de internamiento.⁽⁵⁾

(5) Un sector ha entendido que la situación descrita no afecta el estado de inocencia, en ese sentido, vid. ARMIJO SANCHO, Gilbert, *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Escuela Judicial, Primera edición, p.99, quien comentando la postura del Tribunal Superior Penal Juvenil indica: “(...) el Tribunal ha interpretado que bajo supuestos excepcionales, cuando la víctima esté en peligro o no sea factible asegurar los fines del proceso por otro medio, es razonable ordenar la detención provisional del menor de edad aunque la pena sea diversa a la de prisión”. En ese mismo sentido, indica JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, citado por ARMIJO SANCHO, Gilbert, l.u.c.: “En doctrina se acepta que la detención provisional *que persiga el aseguramiento procesal no quebranta la presunción de inocencia aún cuando su duración sea mayor que la pena esperada en concreto*”. Asimismo, la jurisprudencia constitucional, propiamente en el voto 10132-2001 de la Sala Constitucional citado que consideró proporcional la detención de un menor de edad en un delito de robo simple con pena de seis meses a tres años, indicando: “(...) debido a que el joven no quiso informar de su domicilio donde localizarlo y además tiene otras causas acumuladas con el mismo modus operandi, lo que hace razonablemente presumir que estando en libertad continuaría con la actividad delictiva. Ante ese marco fáctico, concluimos que la detención provisional decretada en

Ante esta situación, los jueces penales juveniles deberán garantizar que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional, en razón de tratarse de menores de edad; aún más, si se trata de delitos en los cuales no procedería la sanción de internamiento. En estos casos, se deberá asegurar el proceso aplicando al menor una medida cautelar menos gravosa, previa a la de prisión preventiva,⁽⁶⁾ procediendo ésta, únicamente, ante el incumplimiento de aquélla. Sólo de esta manera prevalecerá el principio de inocencia, el principio de proporcionalidad, y el interés superior del menor, como rectores en la aplicación de la prisión preventiva en la LJPJ.

2. LA ACUSACIÓN COMO REQUISITO PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 58 LJPJ establece otra exigencia en cuanto a la solicitud de prisión preventiva que haga el Ministerio Público, pues exige la presentación de la acusación⁽⁷⁾ en contra del menor de edad; de lo

contra del amparado resultaba absolutamente necesaria, idónea y proporcional (...) no existía otra medida idónea para garantizar efectivamente la presencia del acusado en el proceso (...)".

(6) El Tribunal Constitucional Español, STC 233/193 [RTC 1993, 233], de 12 de julio, en cuanto a la procedencia de la detención de menores indicó: "Las leyes españolas, y los acuerdos internacionales que han de servir para su interpretación o mejor comprensión, contemplan, pues, la posibilidad de la privación de la libertad personal de los menores a quienes se impute la comisión de hechos tipificados como delitos en los respectivos códigos penales (...) las reglas antedichas exigen que la prisión preventiva guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad o interés general, elementos a tener en cuenta(...) Aquí esta quid de la cuestión, pues en esa ponderación de circunstancias así como en la individualización del internamiento, que ha de hacerse a la medida del destinatario (...) la prisión cautelar por un mes aparece, pues, con talante subsidiario, una vez fracasadas las medidas sustitutorias, y entre ellas la loable asistencia del educador siendo además de corta duración, como se recomienda en el convenio (...) la limitación que implicaba fue obra de una decisión judicial adoptada en atención a las circunstancias concurrentes en íntima relación con la función tuitiva y reformadora atribuida por el ordenamiento jurídico a los Jueces de Menores".

(7) El artículo 75 Ley de Justicia Penal Juvenil las formalidades que deberá reunir la acusación en el proceso penal juvenil.

contrario, no le estaría permitido al Juez Penal Juvenil analizar la solicitud de prisión preventiva.

Esta exigencia trastorna en buena medida el plazo razonable que debería otorgarse al órgano investigador para que pueda finalizar diligentemente su investigación; asimismo, con esto se confunde la finalización de la etapa de investigación⁽⁸⁾ con la necesidad procesal de que el menor permanezca detenido, constituyendo un verdadero obstáculo procesal para el Ministerio Fiscal.

Dicho obstáculo procesal no se puede entender, salvo, que el legislador haya pensado que con él, se remarcaría la excepcionalidad de imponer la medida cautelar más drástica, como lo es la prisión preventiva; o bien, que dicho requisito se hubiera pensado para el caso de los delitos flagrantes.

Lo cierto es que habrán casos en la prisión preventiva será imprescindible para asegurar los fines del proceso, y no siempre serán sencillos (en flagrancia);⁽⁹⁾ aún en éste último caso, es difícil pensar, que no requieran un mínimo de investigación por parte del Ministerio Fiscal. Por ejemplo, piénsese en un homicidio donde la recopilación de pruebas, análisis técnicos, incluso las entrevistas a testigos de los hechos no se pueden abarcar en 24 horas –plazo constitucional máximo de detención–; o en cualquier otro ilícito, un robo agravado, donde se requiera el reconocimiento personal del imputado de varios testigos, o bien los testigos a entrevistar no estén a la mano en esas primeras veinticuatro horas.

(8) Con respecto al fin de la etapa de investigación, el artículo 74 de la LJPJ, establece: “Artículo 74. Finalizada la etapa de investigación, el Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar: a) La apertura del proceso, formulando la acusación se estima que la investigación proporciona fundamento suficiente (...)”.

(9) El artículo 79 de la LJPJ, inclusive plantea la finalización de la investigación en cinco días para aquellos casos cometidos en flagrancia. Aún, ese plazo establecido es de dudoso cumplimiento, mismo al cual se podrían realizar críticas por condicionar los plazos de investigación a tan cortísimo tiempo; sin embargo, aún así, contemplaría un plazo al menos más desahogante, para que el fiscal en estos casos tenga la capacidad y tiempo para plantear una “buena” acusación, o sea que contemple de manera debida y fundada las exigencias legales de ésta.

Lo anterior influirá, notablemente, en la pieza acusatoria a confeccionar por parte del fiscal, pues esta contará con el fundamento de una investigación incipiente, que se materializará con posibles yerros y falta de fundamento, en que se podría incurrir al confeccionar esa acusación precipitada.

Veamos, la norma cuestionada exigiría al ente fiscal que culmine la etapa de investigación en menos de 24 horas, con la presentación de su acusación; asimismo, que realice una solicitud de prisión preventiva en ese cortísimo lapso. Debe notarse que este plazo –de 24 horas– afectará a su vez al Juez Penal Juvenil, quien dadas las circunstancias estaría resolviendo la solicitud de prisión preventiva, ya pasadas las 24 horas; pues deberá, previamente, recibirle la declaración al menor de edad, y, posteriormente, entrar a resolver la acusación y la solicitud de prisión preventiva, todo en el “infranqueable” plazo constitucional.

Consideramos, que lo que se debe de diferenciar es: por un lado, la etapa de investigación, como una potestad necesaria, ágil –en términos de celeridad–, y diligente que deberá realizar el Ministerio Público para la investigación de cualquier ilícito; por otro lado, la necesidad procesal de someter a un menor de edad a una medida cautelar de prisión preventiva. De tal forma, no existe razón para que aquélla se sume como un requisito procesal de ésta.

Así las cosas, será necesario efectuar una reforma urgente al artículo 58 de la LJPJ, para eliminar la frase “a partir del momento en que se reciba la acusación”, ya que atenta contra la facultad del Ministerio Público de realizar la investigación de manera diligente y en un plazo razonable.

3. AUDIENCIA ORAL PREVIA

Nuestra Ley de Justicia Penal Juvenil no concede una audiencia previa⁽¹⁰⁾ a las partes, para discutir sobre la procedencia de la solicitud de prisión preventiva formulada por le Ministerio Público.

(10) Por su parte, la ley española (LORPM) sí contiene esta audiencia: “Artículo 28. 2. (...) El Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuáles informarán

De acuerdo con el procedimiento planteado por nuestra LJPJ, la solicitud de prisión preventiva en contra del menor será resuelta por el Juez Penal Juvenil posteriormente a tomarle su declaración (art. 84 LJPJ), en la misma resolución donde se acepta la acusación, o bien en otra posterior a ésta (art. 87 LJPJ).

En ese sentido, dicho procedimiento acarrea varios problemas, primero, el Juez –a nuestro juicio– resolvería la causa sin permitir un verdadero contradictorio⁽¹¹⁾ (art.24 LJPJ), por lo que no contaría con los elementos probatorios necesarios para dictar la medida que se solicitó.⁽¹²⁾ Así, salvo las objeciones que pueda realizar el defensor del menor en la propia declaración del menor –teniendo aquél presente la existencia de la solicitud del Ministerio Público, pero sin conocer debidamente su fundamento y pruebas–, no habría otros elementos, más que los de cargo, aportados por el Ministerio Público.

Segundo, derivado del anterior, debe tenerse en cuenta que, en el momento que se acuerde la prisión preventiva, el Juez no tendrá el estudio psicosocial –pues no se exige en esa etapa– que informe sobre las condiciones personales y sociales del menor, con relación a la conveniencia de la medida solicitada. De tal forma, el interés y conveniencia de la medida adoptada con respecto al caso concreto del menor quedaría sin fundamento.

al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes”. De esta forma, esta normativa sigue la tendencia establecida en la LECrim, de permitir el contradictorio a través de una comparecencia, previo a la adopción de la medida de prisión preventiva. En ese sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 2001, pp. 307 y 308. Dicha modalidad fue introducida en su momento por la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado 5/1995, de 22 de mayo, en donde se planteó para todo tipo de proceso –no sólo para el de jurado– una comparecencia previa en la que el Fiscal, las partes acusadoras, y el imputado, puedan alegar y probar. Vid. SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 586 a 587. Esa innovación la sigue conteniendo el artículo 505 LECrim (reformado pro LO 12/2003, de 27 de octubre).

(11) Con respecto al contradictorio que debe imperar previo a la adopción de la prisión preventiva, SANGUINÉ, Odone, *Prisión...*, op. cit., p. 546,

Tercero, el procedimiento exige la resolución conjunta sobre la procedencia de la acusación y la solicitud de prisión preventiva; esto, conjugado con la premura con que debe resolverse –antes del vencimiento de las veinticuatro horas– compromete la resolución del Juez. Así, el procedimiento confunde la aprobación de la conclusión del procedimiento por parte del juez –al tener que aceptar o no la acusación– con la necesidad procesal de que proceda una medida cautelar.

Lo anterior plantea un problema adicional, pues no se establece qué pasa con la solicitud de prisión preventiva, cuando el Juez considere que la acusación no procede por contener algún vicio formal⁽¹³⁾ –lo cual es lógico pensar si se toma en cuenta que el

indica: “El derecho al debido proceso implica, al contrario de lo hasta hace poco tiempo era una arraigada praxis legislativa y jurisdiccional en muchos países, que el imputado pueda ejercitar, previamente a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional, el derecho fundamental al debate contradictorio y a la defensa”. En ese mismo sentido, vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, La reforma de la prisión provisional, en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I-2004, p. 1560, quien, refiriéndose a la comparencia previa, indica: “(...) se garantiza el derecho del imputado a ser oído antes de la adopción de una medida que afecta su libertad, con asistencia letrada y un debate contradictorio”. En ese mismo sentido, vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en Régimen jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004, p. 34.

- (12) En ese sentido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) ha indicado: “En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio del contradictorio en las actuaciones que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante de sus representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros. En este sentido la Corte Europea ha señalado que: El derecho a contradecir en un proceso (...) «significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente (...) con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte». Ver OC 17/2002, párrs. 132 y 133.
- (13) Pues en caso de que sea de fondo, la propia normativa establece que lo que procede es el dictado del sobreseimiento a favor del menor, de acuerdo con el artículo 84 LJPJ, y por ende debe de dejarse en libertad del menor inmediatamente. En cuanto a los vicios de forma, establece el mismo que el Juez deberá devolverla al Ministerio Público para que ésta sea corregida.

Ministerio Público tuvo que investigar el caso en menos de veinticuatro horas-. A nuestro entender, este aspecto impediría al Juez, de acuerdo con el procedimiento planteado, conocer sobre la solicitud de la prisión preventiva, pues ésta se resuelve con posterioridad al decreto de la procedencia de la acusación, o concomitantemente con su aceptación (art. 87 LJPJ). En ese sentido, al no cumplirse con el requisito de una acusación válidamente presentada, y dado que ésta se ha constituido como un requisito para ordenar la prisión preventiva –art. 58 LJPJ–, no quedaría más que ordenar la libertad del menor, y prevenir al Ministerio Público que proceda a la corrección de aquélla (art. 85 LJPJ).⁽¹⁴⁾

De acuerdo con lo expuesto, tendremos a un Juez más preocupado en que no se venza el plazo de detención de veinticuatro horas –si es que no está vencido–, tratando de resolver ambas solicitudes –acusación y prisión preventiva–, sin que aquél esté verdaderamente concentrado en valorar la verdadera necesidad de admitir o no la medida cautelar solicitada, o bien, sustituirla por la más conveniente –para lo cual tampoco contara con los elementos necesarios–.

Así las cosas, este procedimiento lineal, ajeno de contradicción, en nada beneficiará el derecho de defensa del menor; más bien el menor se encontrará muchas veces, con que se ordenó la prisión preventiva en su contra, sin habersele dado la oportunidad de rebatir la prueba de cargo contenida por la solicitud del Ministerio Público, y sin que haya existido una discusión concienzuda sobre su procedencia.

Visto lo anterior, debemos admitir que las solicitudes de acusación y prisión preventiva no debieron haberse confundido, y que fue un error incluir aquélla como requisito de la prisión preventiva; de tal forma, con la confusión planteada por el procedimiento actual, las soluciones que se prestan son de difícil consecución.

Una opción la encontramos en el procedimiento establecido en el artículo 242 CPP; en éste se permite, facultativamente,⁽¹⁵⁾ que el Juez

(14) El artículo 85 LJPJ establece que los vicios de forma de la acusación deben ser corregidos en un plazo no mayor de 24 horas.

(15) Debe tomarse en cuenta que en el proceso de adultos tampoco se prevé como obligatoria la realización de esta audiencia previa, por lo que en la mayoría de los casos la prisión preventiva habrá sido adoptada sin una verdadera contradicción. En ese sentido, sobre el carácter no obligatorio de la audiencia, ver el voto de la Sala Constitucional n° 529-1998, de tres de febrero.

o el Fiscal⁽¹⁶⁾ reciba prueba para sustentar la aplicación de una medida cautelar. Asimismo, dicha normativa plantea la posibilidad de que el Juez realice una audiencia oral ya sea para recibir dicha prueba o bien, para oír a las partes.

En ese sentido, sería muy interesante y provechoso para el proceso penal juvenil, en ausencia de su regulación en la LJPJ, que utilizando dicha norma se pueda realizar una audiencia previa, pues favorecerá los derechos del menor detenido, y de las partes en general. A esa audiencia podrán comparecer el menor, su defensor, el Ministerio Público, un representante del equipo psicosocial, y el representante del PANI, a efectos de que el Juez pueda oírlos y poder analizar la conveniencia de la medida de prisión preventiva solicitada.⁽¹⁷⁾ Asimismo,

(16) Con respecto al fiscal, consideramos que es sumamente difícil que, en las primeras 24 horas de estar detenido el menor, reciba algún tipo de prueba –salvo la de cargo– que se relacione sobre la medida cautelar, pues en esa instancia el menor y su representante no sabría que existiría una acusación en su contra, hecho que se daría cuenta al momento en que se le reciba la declaración.

(17) Rescatando el efecto positivo que tiene la comparecencia previa en el proceso penal juvenil español, AGUILERA MORALES, Marien, *Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, en Tribunales de Justicia, N.º. 3, Marzo 2003, p. 16, indica: “Esta regla viene a significar la generalización del enjuiciamiento de menores (...) de la necesidad, de dar pábulo al principio de contradicción antes de que el Juez decida sobre la procedencia de la prisión provisional. Con esta regla se pretende, además, favorecer que la decisión judicial sobre la situación personal del menor sea la más conveniente y ajustada a su personalidad. De aquí que, antes de resolver sobre la procedencia de la medida instada, el Juez de Menores haya de oír a los representantes del equipo técnico y de la entidad pública de protección y de reforma de menores”. En ese mismo sentido, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 152, quien agrega se manifiesta a favor de la oralidad del sistema: “(...) se trata de medidas cautelares y, por lo tanto, de medidas urgentes que no pueden demorarse, lo que requiere un trámite oral, pues, si fuera escrito, inevitablemente se prolongaría su adopción en el tiempo; por último, el proceso penal de menores persigue una finalidad educativa que sirva al menor con independencia de su resultado, para recapacitar sobre los hechos cometidos, de ahí que sea conveniente que participe en una comparecencia en donde el Juez oír a las partes concentradamente acerca de la petición instada por el MF”. En igual sentido,

en esa comparecencia se podrían ofrecer los medios de prueba⁽¹⁸⁾ que sustenten o desvirtúen la solicitud de prisión preventiva planteada. Así, adoptando este procedimiento, de alguna forma se podría cubrir, aunque mínimamente, el contradictorio que debería imperar para el dictado de una medida tan drástica, que merece toda la atención, tanto del juzgador como de las partes involucradas en el procedimiento.⁽¹⁹⁾

Ahora, de resultar imposible –en la audiencia sugerida– la consecución de la prueba ofrecida por alguna de las partes, y de proceder la prisión preventiva, podría dictarse ésta, y en un plazo mínimo convocar a una nueva audiencia, donde se pueda evacuar la prueba que se echa

vid. SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención...*, op. cit., p. 228; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción...*, op. cit., pp. 311 y 312; VENTURA FACI, Ramiro, y otro, *Ley Orgánica...*, op. cit., p. 134.

- (18) La prueba que se puede ofrecer en esta audiencia debe ser pertinente, de lo contrario podría ser rechazada por el Juez, o sea, se deberá dirigir a acreditar o no la existencia de los presupuestos por los que se pretende aplicar la medida cautelar. En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia de la Sala Constitucional, indicando: "(...) su finalidad es principalmente para fundamentar la decisión con respecto a la medida cautelar y no constituir un elemento de juicio para la decisión sobre la participación del imputado en la comisión del delito que se le acusa (...) No se debe confundir los presupuestos de recepción de la prueba para la aplicación de las mediadas cautelares, con el anticipo jurisdiccional de prueba (...)". Ver voto nº 529-1998, de tres de febrero. Asimismo, sobre el tema, vid. SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, p. 152.
- (19) En ese sentido, en Europa la jurisprudencia del TEDH advierte la necesidad de realizar una comparecencia previa cuando se pretenda tomar una decisión sobre la libertad de un sujeto. Al respecto, BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional: «sólo» una medida cautelar*, en *Actualidad Penal*, Nº. 42, 13 al 19 de noviembre de 2000, p. 909, indica: "La necesidad de convocar una audiencia cada vez que se tenga que alterar o tomar una decisión sobre la libertad del sujeto es una exigencia del TEDH, que venía imponiendo el respeto al principio de igualdad de las partes (igualdad de armas) y la participación del interesado en todos los procedimientos en los que se esté resolviendo acerca de la privación o restricción de la libertad (asunto Kampanis S 13 de junio de 1995)". En ese mismo sentido, la jurisprudencia del TS se ha decantado por considerar que cualquier decisión judicial que se pronuncie sobre la prisión preventiva del imputado, sin convocar a una audiencia previa, conculca el principio de contradicción en que se inspira la LECrim, y asimismo supone una negación del derecho de defensa que constituye

de menos, logrando de alguna forma, de llevar razón la defensa, que el menor recupere con mayor rapidez su libertad.⁽²⁰⁾ Debe recordarse el auto que acuerda la prisión preventiva no es definitivo; en ese entendido, la variabilidad de las medidas cautelares permite que éstas sean revisadas, e inclusive modificadas en razón de que las circunstancias que sirvieron para su dictado hayan cambiado.

De lo contrario, al seguir el procedimiento establecido del la LJPJ, una vez decretada la prisión preventiva en contra del menor, éste tendría que esperar durante varios días, para que, a través del recurso de apelación, se revise la procedencia de aquélla. Así las cosas, la audiencia que podría evitarle un mal mayor al menor detenido llega a destiempo, cuando dicha privación de libertad ya causó un efecto negativo en el desarrollo de su personalidad.

Por lo expuesto, debemos concluir que el procedimiento para la aplicación de la prisión preventiva en la LJPJ debería ser reformado, a efectos que se permita a las partes acceder a una audiencia previa donde se discuta la prisión preventiva. Asimismo, en esa audiencia debe darse participación al menor, su defensor, al miembro del equipo técnico, al Fiscal, y al representante del PANI;⁽²¹⁾ debiendo permitirse a las partes ofrecer los medios de prueba pertinentes, y el acceso al informe técnico o estudio psicosocial –al menos preliminar– que establezca cuáles son las condiciones personales del menor, y el medio social y familiar en que se desarrolla.

una garantía legal que tiene una doble proyección, en el ámbito constitucional (24.2) y en el de la legalidad ordinaria (STS de 12 de noviembre de 1998 -RA 8628). Citada por MARTÍN BRANAS, Carlos, *Configuración jurisprudencial de la prisión preventiva*, en Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, N^o. 5, Mayo 2001, p. 93.

- (20) Al respecto, SANGUINÉ, *Odone, Prisión...*, op. cit., p. 546, indica: “La situación de encontrarse el inculcado en prisión provisional implica una limitación de sus posibilidades de defensa durante la fase de instrucción de las causas penales. Resulta expresivo en este sentido el reconocimiento por parte de los tribunales federales de los Estados Unidos de que, en ciertos casos, la prisión provisional puede vulnerar el derecho de defensa del imputado, especialmente cuando de su libertad depende hallar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)”.
- (21) Como bien lo indica SANGUINÉ: “La introducción de la audiencia previa refuerza la idea de que *el derecho al contradictorio incluye, además, el derecho del preso provisional a ser oído personalmente por la autoridad judicial* antes de adoptar la prisión provisional o, en caso, mediante

Así las cosas, el Juez Penal Juvenil tendría un marco mucho más amplio, y podrá resolver con mayor pertinencia la procedencia de la solicitud de prisión preventiva; o bien, acordar una medida cautelar menos gravosa para el menor de edad, evitando de antemano la estigmatización y efectos negativos que conllevarían privar de su libertad al menor de edad.

CONCLUSIONES

Primera. Debe garantizarse que la posición de los menores de edad en el proceso penal juvenil, no sea desventajosa, respecto de la posición que tendría un mayor de edad por la comisión de una infracción del mismo tipo, en el proceso penal de adultos.

Segunda. La prisión preventiva no debería proceder como primera opción a aplicar cuando el menor cometa un delito cuya sanción no sea una medida de internamiento. Deberá imponerse una medida cautelar menos gravosa, y en caso de incumplimiento, proceder con la medida de prisión preventiva, como una segunda opción, acorde con su excepcionalidad.

Tercera. Debe eliminarse como requisito previo la presentación de la acusación para solicitar la prisión preventiva, pues no debe confundirse la necesidad procesal de que el menor esté detenido, con la necesidad de practicar una investigación seria y comprometida por parte del Fiscal, para probar la existencia de un delito. Será necesario efectuar una reforma urgente al artículo 58 de la LJPJ, para eliminar la frase “a partir del momento en que se reciba la acusación”, ya que atenta contra la facultad del Ministerio Público de realizar la investigación de manera diligente y en un plazo razonable.

Cuarta. Para garantizar el derecho de defensa del menor, cuando se piensa aplicar la prisión preventiva, la LJPJ debería ser reformada, a efectos que se permita a las partes acceder a una audiencia previa obligatoria, donde se discuta la procedencia o no de tan gravosa medida.

determinada representación, que se incluye entre las garantías fundamentales del procedimiento aplicadas en materia de privación de libertad (...) introduce el régimen *del debate contradictorio sobre la concurrencia de los presupuestos* de la prisión provisional, lo que implica un incremento en las garantías y derechos fundamentales del preso preventivo (...). SANGUINÉ, Odone, *Prisión...*, op. cit., p. 589.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien, *Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, en Tribunales de Justicia, Nº. 3, Marzo 2003.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, *Enfoque Procesal de la Ley de Justicia Penal Juvenil*, Escuela Judicial, Primera edición.
- BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional: «sólo» una medida cautelar*, en Actualidad Penal, Nº. 42, 13 al 19 de noviembre de 2000.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La instrucción en el procedimiento de la LORPM*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2001, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003.
- GISBERT JORDÁ, Teresa, *Las Medidas Cautelares, Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
- HUETE PÉREZ, Luis, *La Responsabilidad Penal de los Menores, El procedimiento Penal con Menores*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La reforma de la prisión provisional*, en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I-2004.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 2001.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*, en Régimen jurídico de la prisión provisional, Editorial Sepín, Madrid, 2004.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos, *Configuración jurisprudencial de la prisión preventiva*, en Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, Nº. 5, Mayo 2001.
- MARTÍN LÓPEZ, María Teresa, *La Responsabilidad Penal de los Menores, Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, año 2001.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos, *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Astigi, Sevilla 2004.

- MONREAL BUENO, Ignacio, *Consideraciones Prácticas sobre la aplicación de la L.O. 5/2000*, Responsabilidad Penal de los Menores, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, I 2001, Lanzarote, 2001.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan Salvador, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de la responsabilidad penal de los menores*, en Justicia Penal de Menores (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SAMANES ARA, Carmen, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003.
- SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VENTURA FACI, Ramiro, y otro, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, Comentarios y Jurisprudencia*, Editorial Colex, 1 edición, Madrid, 2000.