

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
VI SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS PLAN 93.**



**“INCIDENCIA DE LA NO APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE LAS
DISPOSICIONES REFERENTES A LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCESO
PENAL DE ADULTOS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES”.**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

**LÓPEZ CAÑAS MARIO ALEXANDER
PERÉZ TURCIOS RENÉ ALFONSO
SALAMANCA DIAZ OSCAR ARNULFO**

**DIRECTOR DE SEMINARIO:
LICENCIADO REINALDO GONZÁLEZ.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, MARZO 2004

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA
LIC. MORENA ELIZABETH NOCHES DE ALDANA

VICE-DECANO
LIC. JOSE MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO INTERINO
DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTERINO
LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. REINALDO GONZALEZ

INDICE.

	Pagina
Introducción	i
I-Evolución histórica del derecho de menores	1
1.1. Generalidades	1
1.2. Origen del derecho penal de menores.....	2
1.3. Legislación de menores en Latinoamérica. Derecho comparado.....	10
1.3.1. Legislación Argentina sobre minoridad	11
1.3.2. Costa Rica	12
1.3.3. Condiciones socio económicas del menor infractor dentro de la realidad social de Latinoamérica	14
1.4. Evolución histórica del derecho de menores en el salvador	15
1.4.1. desarrollo constitucional y legislación secundaria	16
1.5. Doctrinas que han orientado el derecho de menores	21
1.5.1 Doctrina de la situación irregular	21
1.5.2 Doctrina de la Protección integral	27
1.5.2.1 Principios.....	28
1.5.2.2 protección social.....	29
1.5.2.3 Protección jurídica.....	29
II-Garantías constitucionales, Sujetos procesales, Principios que orientan el proceso penal de menores	31
2.1 Derechos y garantías constitucionales	31
2.2 Derechos y garantías fundamentales en el proceso penal de menores	33
2.2.1. Principio de igualdad jurídica	34
2.2.2. Principio de legalidad	35
2.2.3. Garantía de audiencia o audiencia bilateral	35
2.2.4. Derecho de defensa	37
2.3 Función del proceso penal de menores	38
2.4 Sujetos del proceso penal de menores	38
2.4.1. Menor infractor	39
2.4.2. Juez de menores	39
2.4.3. Representantes del menor	40
2.4.4. Fiscal de menores	40
2.4.5. Fiscal adscrito al tribunal de menores	41

2.4.6. Acusador o querellante	41
2.4.7. Abogado Defensor	42
2.4.8. Procurador de menores	42
2.4.9. víctima u ofendido	42
2.5. Principios que orientan el proceso penal de menores	43
2.5.1. Principios relativos a la finalidad del proceso	44
2.5.1.1. Principio de adecuación de la medida	44
2.5.1.2. Principio de la función educativa del proceso	45
2.5.1.3. Principio de de mínima ofensividad del proceso	46
2.5.1.4. Principio de no estigmatización	46
2.5.1.5. Principio de Especialidad	47
2.5.2 Principios rectores de la Ley del Menor Infractor.....	48
2.5.2.1. Principio de la protección integral del menor	49
2.5.2.2. Principio del interés superior del menor	49
2.5.2.3. Principio del respeto a los derechos humanos del menor	51
2.5.2.4. Principio de la formación integral del menor	52
2.5.2.5. Principio de la reinserción en su familia y en la sociedad	53
2.5.3 Principios protectores de la libertad	53
2.5.3.1. Principio de legalidad	54
2.5.3.2. Principio de jurisdiccionalidad	55
2.5.3.3. Principio de presunción de inocencia	56
2.5.3.4. principio de excepcionalidad de la detención	56
2.5.3.5. Principio de inviolabilidad de la defensa	57
2.5.3.6. Principio de legalidad y control de la medida	57
2.5.4. Principios relativos a la responsabilidad	58
2.5.4.1. Principio de responsabilidad por el hecho	58
2.5.4.2. Principio de oportunidad	59
2.5.4.3. Principio de adecuación de la medida a la personalidad del menor..	60
2.5.4.4. Principio de participación de la víctima	61
III- La celebración heterogénea de una audiencia en la fase inicial del proceso de Menores.....	63
3.1.Perspectiva jurídica de los jueces de menores.....	63
3.1.1. Diferencias procesales en los procedimientos penales aplicados a los adultos y a los menores.....	63
3.1.2. Audiencia inicial	65
3.1.2.1. Formalidades que se observan en la realización de la audiencia inicial en el proceso de menores	66
3.1.2.2. Objetivos que se buscan al celebrar una audiencia inicial en el proceso de menores	67
3.1.2.3. Fundamentos jurídicos que sustentan la implementación de una	

audiencia inicial en la etapa inicial del proceso penal de menores ..	68
3.1.2.4. Celebración heterogénea de la audiencia inicial en el proceso de menores.....	68
3.1.3. Instrumentos jurídicos que brindan una solución rápida al proceso de menores contemplados en la ley del menor infractor.....	70
3.1.4. Regulación expresa de una audiencia inicial en el proceso de menores	71
3.2. Perspectiva jurídica de los fiscales y procuradores respecto a la celebración de una audiencia en la fase inicial del proceso de menores.....	72
3.2.1. Cambios que sufrió la ley del menor infractor con la entrada en vigencia de los códigos penal y procesal penal	72
3.2.2. Audiencia inicial en el proceso penal de menores	74
3.2.2.1. Formalidades con que se realizan las audiencias iniciales en el proceso de menores	77
3.2.2.2. fundamentos de los juzgadores de menores para realizar la audiencia inicial	79
3.2.2.3. Realización y regulación de la audiencia inicial en el proceso de menores	81
3.2.3. Salidas alternas en la etapa inicial del proceso	85
3.2.4. Discusión de la aplicación de medidas cautelares a los menores en la audiencia inicial	88
3.2.5. Aplicación supletoria de la celebración de la audiencia inicial en el proceso penal de menores	90
3.2.6. Respeto a los derechos y garantías constitucionales a los menores ...	96
IV- La exigencia legal de la celebración de una audiencia en la fase inicial del proceso penal de menores	99
4.1. Iniciación del proceso penal de menores	100
4.1.1. inicio del proceso por denuncia	100
4.1.2. iniciación del proceso por conociendo oficioso	101
4.2. La investigación a cargo de la fiscalía general de la república bajo el control del juez de menores	102
4.3. El régimen de la acción en el proceso de menores.....	104
4.4. La audiencia inicial en el proceso penal de adultos.....	107
4.5. Beneficios para el imputado de la celebración de la audiencia inicial del proceso penal de adultos	109
4.6. Requisitos mínimos para la aplicación supletoria del código procesal penal en la ley del menor infractor	112
4.7. Necesidad de aplicar el procedimiento de la audiencia inicial del proceso penal de adultos al proceso penal de menores	113
4.8. Elementos imprescindibles en el desarrollo de una audiencia inicial	

en el proceso penal de menores	116
4.8.1. información de cargos al menor (intimación al menor)	116
4.8.2. Declaración indagatoria del menor	117
4.8.2.1. Información al menor infractor sobre los cargos	117
4.8.2.2. información judicial sobre su derecho de defensa	118
4.8.2.3. interrogatorio de identificación	118
4.8.2.4. Declaración sobre los hechos	119
4.8.2.5. Formalización de la declaración en un acta	119
4.8.3. La discusión sobre medidas cautelares a aplicar	120
4.8.4. Terminación anticipada del proceso	122
4.8.4.1. Conciliación	124
4.8.4.2. La Remisión y la suspensión condicional del procedimiento	125
4.8.4.3. La Cesación de proceso y el Sobreseimiento	127
4.8.4.4. Renuncia de la acción	130
4.8.4.5. La desestimación de la denuncia	131
4.8.4.6 Aplicación de criterios de oportunidad	131
4.8.4.7 Aplicación de criterios de oportunidad en el proceso penal de menores	142
V. Conclusiones y Recomendaciones	146
5.1 Conclusiones	146
5.2 Recomendaciones	149
Bibliografía	153
Anexos	156
1. Cuadro sinóptico de la garantías y principios procesales en la Constitución, leyes y tratados internacionales.....	156
2. Cuadro sinóptico de la garantías y principios procesales.....	157
3. Diagrama de la fase inicial del proceso penal de menores.....	158
4. Estructura de la fase inicial del proceso penal de adultos.....	159
5. Guía de entrevistas a jueces de menores.....	160
6. Guía de entrevistas a fiscales y procuradores de menores.....	162

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de graduación se denomina: “INCIDENCIA DE LA NO APLICACIÓN HOMOGÉNEA DE LAS DISPOSICIONES REFERENTES A LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCESO PENAL DE ADULTOS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES”, para abordar el problema de investigación es necesario partir del Art. 41 de la Ley del Menor Infractor que establece la aplicación supletoria del código procesal penal, en todo lo que no esta expresamente establecido en dicha ley, y, debido a que no se encuentra regulada la celebración de una audiencia en la etapa inicial del proceso penal de menores, con la presente investigación se pretende establecer que es jurídicamente necesario que se celebre, de lo contrario se dejaría en un plano de desigualdad a los menores respecto a los adultos, siendo que a ambos para que se les imponga una medida provisional privativa o no de libertad, debe ser discutida en una audiencia compuesta de todas las garantías mínimas, el derecho de defensa, principio de igualdad de las personas (igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley) y evitar arbitrariedades por parte de los aplicadores del sistema.

El capítulo uno se denomina Evolución histórica del derecho de menores, en este se establecen la forma en que los menores fueron tratados en la época clásica, la antigua Grecia y el imperio romano, la edad media, la edad moderna, la edad contemporánea en donde se comienza a reconocer un verdadero derecho penal de menores; posteriormente se establecen las diferentes constituciones que enuncian un régimen especial para los

menores en conflicto con la ley penal, y consecuencia de esto es que surgen en el Salvador los primeros cuerpos legales respecto a menores con conducta antisocial, dichos cuerpos son: la ley de jurisdicción tutelar de menores de 1966, el código de menores de 1974 y en la actualidad la ley del menor infractor, también se analizan la doctrina de la situación irregular y la de la protección integral con la cual se reflejara los avances que se han logrado en el derecho minoril en el devenir de la historia conociendo las situaciones y legislaciones penales aplicadas a los menores en conflicto con la ley penal a través del tiempo.

El capítulo dos se denomina garantías constitucionales, sujetos procesales, principios que orientan el proceso penal de menores, en este capítulo se analizan los conceptos, derechos y garantía; tras una breve explicación de las garantías: de audiencia, legalidad, igualdad y defensa; posteriormente se establecen los sujetos procesales del proceso penal de menores, analizados en base a su regulación legal y ciertos aportes encontrados en la doctrina; y, los principios que orientan a este, se incorporan cuatro tipos de principios: los que orientan el proceso penal de menores, los principios rectores de la ley del menor infractor, principios protectores de la libertad (son aquellos que no permiten la manipulación arbitraria del proceso), y los relativos a la responsabilidad; en cada categoría se incorporan diferentes principios que se presentan resumidos y con su correspondiente base legal.

El capítulo tres del presente trabajo, lleva por título la celebración heterogénea de una audiencia en la fase inicial del proceso penal de menores. En este capítulo se recogieron datos provenientes de los juzgados de menores del país, así como también al opinión de los operadores del sistema de justicia juvenil sobre ciertos temas de índole procesal y su

conveniencia de aplicarlos al proceso de menores: un audiencia en la fase inicial del procedimiento. Se escogió como sujetos claves para la investigación a jueces de menores, fiscales y procuradores que ejercen en el área minoril, se dividió en dos segmentos para realizar un contraste entre las respuestas obtenidas, entre ambos grupos; en el primero se situaron a los jueces, en un segundo segmento a los fiscales y procuradores.

Y siendo que con la presente investigación se ha pretendido establecer la necesidad de la celebración de la audiencia inicial en el proceso penal de menores vía supletoria del código procesal penal por medio del Art. 41 de Ley del Menor Infractor, es por ello que es necesario conocer los criterios de los operadores del sistema penal juvenil: jueces, fiscales, y procuradores, para que brinden su opinión sobre la celebración o no de dicha audiencia de forma homogénea, por lo que se ha tomado como parámetro en la investigación, la opinión de los operadores del sistema penal de menores, mediante una entrevista que pretende reflejar el conocimiento o no de la problemática en el sistema de justicia juvenil y bajo estos análisis la investigación pueda aportar opiniones, para la superación del problema.

El capítulo cuarto se denomina: la exigencia legal de la celebración de una audiencia en la fase inicial del proceso de menores; este capítulo constituye la confirmación teórica de los datos obtenidos en el capítulo tercero, de ahí viene la importancia de la elaboración de este capítulo con la mayor amplitud y abundancia en la doctrina que se utilizó, los tópicos que se abordaron fueron primero relativos al inicio del proceso: Inicio del proceso penal de menores, la función de la Fiscalía en el proceso de menores, en otras palabras la investigación a cargo de la Fiscalía, El régimen de la acción aplicada en el

proceso de menores problemática abordada respecto a la aplicación supletoria (Art. 41 LMI) de la acción pública, previa instancia particular, acción privada establecida en el Art. 19 del código procesal penal; luego los temas que se abordaron el capítulo tiene que ver con la celebración de una audiencia, su conveniencia y sus elementos: La audiencia inicial en el proceso penal de adultos, los beneficios para el imputado de celebrar una audiencia inicial en el proceso penal de adultos, requisitos mínimos que se exigen para poder aplicar supletoriamente la audiencia inicial al proceso penal de menores, la necesidad jurídica de aplicar una audiencia inicial en el proceso de menores, los elementos imprescindibles que deben tomarse en cuenta en el desarrollo de una audiencia que se desarrolle en la fase inicial del proceso de menores; este último apartado es el más extenso debido a que detalla los elementos que debe contener esta audiencia, además de analizar si resulta conveniente el ejecutar ciertas figuras jurídicas en la forma en como se hace en el proceso penal de adultos por lo que se realiza un análisis comparativo sobre dichas figuras basándonos en diferentes doctrinarios del derecho de menores.

El quinto capítulo trata acerca de las conclusiones a las que tras realizar la investigación hemos llegado como grupo: estableciendo cuatro conclusiones y partiendo de la información que hemos recabado consideramos que el presente trabajo podría servir para resolver el problema jurídico planteado al principio de la investigación, resumimos nuestra opinión en forma de recomendaciones, para que sirvan de herramienta para la solución de dicho problema jurídico del sistema de justicia juvenil.

I. Evolución histórica del Derecho de Menores.

1.1 Generalidades.

El origen del Derecho Penal de Menores no se ha determinado con exactitud, si bien es cierto que los menores desde la antigüedad han cometido actos constitutivos de infracción a las leyes o a normas morales, estos han tenido una retribución de tipo penal; la definición de esta retribución como un verdadero derecho penal responde a una situación social concreta, y, esta corresponde a la idea de los pueblos antiguos acerca de los conceptos: “menor de edad”, “niño”, “joven” (o cualesquiera otro, usado para comprender a los que según los cánones sociales, aun no habían alcanzado la edad para considerárseles miembros adultos de la misma); para dar una idea acertada de cómo abordar el problema del surgimiento del derecho penal de menores, se debe analizar la visión acerca de los menores y esto explicara, en consecuencia, si el tratamiento que se les daba representa un verdadero derecho penal tal como se conoce en la actualidad.

En Roma, en algunos casos la reparación del daño causado por un menor podía incluir hasta la entrega del niño; en la edad media era común que se llegase incluso a penar con la muerte del menor. La concepción de niño o joven, que hoy en día se tiene, es muy reciente; hasta los albores de la modernidad, a finales del siglo XVIII, se contemplaron desde una perspectiva de absoluto sometimiento a sus mayores, sin que se les atribuyese importancia alguna; a su vez afrontaban muy tempranamente responsabilidades adultas, tales como: involucrarse en actividades productivas (labores agrícolas, aprendizaje de un oficio, etc.) para aportar a su grupo familiar, escoger pareja o formar una familia, participar en las confrontaciones bélicas, etc.; tal era este desarrollo precoz, que su

incorporación al mundo adulto se verificaba muy pronto¹. Estas consideraciones de afrontar responsabilidades de forma acelerada, no deja duda, que no se tenía reparos en tratarlos penalmente como adultos, es decir: en ser sometidos al mismo proceso, que se les aplicasen las mismas sanciones, guardar prisión en los mismos centros, imponer penas que menoscabasen su dignidad, integridad física o su propia vida.

El transcurrir del tiempo ha significado el surgimiento de un Derecho Penal de menores, así como el reconocimiento de que no se puede tratar de igual manera a los niños y jóvenes con los adultos, que han cometido algún ilícito penal, esto se ha convertido en la base de un nuevo tratamiento para los niños y los jóvenes, y, para que sea efectivo debe estar cimentado en factores tales como la educación en general, y mas particularmente la educación como factor de tratamiento dentro del sistema penal, roseado de un buen entorno familiar y social para su desarrollo integral.

1.2 Origen del Derecho Penal de Menores.

Tal como ya se adelanto, el tratamiento penal en el cual se hace diferencia a los adultos de los menores de edad es reciente, pero esto no quiere decir que antes no se les aplicaba algún tratamiento penal lo que se hacia era utilizar el mismo para adultos y menores. Se puede encontrar antecedentes en todas las culturas que desarrollaron procesos o métodos de juzgamiento, pero, para el objetivo de la presente investigación solo se tomaran los rasgos mas generales, de cómo diferentes sociedades han enfrentado el problema de delincuencia juvenil.

¹ Rivera Beiras, Iñaki, Et Al, Disposiciones internacionales y jurisprudencia relevante en materia penal juvenil, *en AAVV*, pasado y presente de la justicia penal juvenil, universitat de Barcelona, CNJ, Escuela Judicial, Programa interinstitucional, UTE, UNICEF, San Salvador 2001,” Pág. 7.

En la época clásica, entre las sociedades orientales oscilo, el pensamiento entre la negación de toda personalidad al niño y su reconocimiento de índole espiritual, pero nada de garantías para asegurar su vida corporal; en el antiguo testamento encontramos innumerables pasajes, que narran la forma como los niños habían sido tratados; el pueblo judío, no obstante, hizo extensiva la instrucción para todos, aun cuando no consideraban la educación como un privilegio; no estuvo en su animo el reconocer el derecho que todos tienen para recibirla, mas bien, fue el instrumento del cual se sirvieron para defenderse como pueblo pequeño, cuando se enfrentaron a los peligros de conquista y asimilación cultural de otros pueblos.

Entre las sociedades occidentales, en la Grecia antigua, las polis (ciudades-estado griegas) consagraban los derechos individuales, pero siempre subordinados a los del estado; tanto así que en el tratado “la republica” de Platón, el filosofo consideraba que solo los guerreros y los magistrados tenían derecho a la educación, no fue sino hasta los aportes de, Aristóteles, el cual promovió un tipo de educación general. En la otra gran civilización occidental de la antigüedad, el imperio Romano la concepción del “pater familis” posee trascendental importancia en la configuración socio-jurídica de su sociedad y su alcance fue tal, que perduro a través del tiempo; en esta el hijo en la familia romana quedo sujeto completamente en la pater familis, donde el padre, investido de una soberanía familiar y de poder ilimitado, ejercía sobre el hijo, a modo de un derecho de propiedad, un derecho de vida y de muerte; inclusive se podía desprender del hijo, por la vía de enajenación o de abandono, cuando le resultaba una carga pesada; el padre respondía a las faltas del hijo entregándolo al perjudicado, si no quería indemnizarlo de otra forma; los derechos del padre respecto del hijo duraban hasta la muerte de aquel.

En la edad media, los niños eran considerados como adultos pequeños, destinados a crecer en posiciones socialmente ya determinadas, se integraba a la comunidad adulta lo antes posible, la infancia era corta y se consideraba que a partir del momento en el cual los jóvenes aportan a la sociedad es cuando comenzaban a ser tomados en cuenta; el tránsito de la minoría a la mayoría de edad se vuelve un efecto de la civilización en la cual, durante mucho tiempo subsistiría la edad precoz para los plebeyos, mientras en la nobleza, la mayoría de edad se retrasaba; tal razonamiento provenía del concepto general, que los campesinos, o siervos de la gleba, solo eran útiles mientras eran productivos y cuanto antes se incorporasen a actividades productivas, tanto mejor; los conceptos de diversión y entretenimiento para los menores, no eran reconocidos como derechos inherentes a ellos; la educación solo hizo su aparición desde la iglesia y para reducidos sectores (inclusive en estos solo se admitían hombres -“pues a las mujeres les bastaba con saber rezar”- el que aprendieran a leer o escribir era algo muy excepcional). El tratamiento penal no distinguía entre menores y mayores de edad, entre proceso y penas para los unos y los otros.

La edad moderna cambió la concepción de niño; Raúl Horacio Viñas², sostiene que la legislación del siglo XVI en adelante exhibe diversas orientaciones, acogía las enseñanzas romanas, al asimilar la minoridad y la enajenación; a la vez, se aceptaba el examen del dolor o “discernimiento”, que, comprobado por un consejo de entendidos, hacía responsable al menor. Por ejemplo, al ladrón menor de catorce años se le imponía pena de castigo corporal y renuncia eterna a vengarse, en lugar de la pena capital; pero si

² Salazar Blanca Alicia. “los menores y su problemática, diferentes tendencias evolutivas para su protección y la administración de justicia como limite al goce de sus derechos”. Tesis de graduación UES. Pág. 18.

se trataba de un ladrón muy peligroso, previa consulta a un consejo podía ser penado en bienes, cuerpo o vida, con tal que se acreditara que tenía la malicia de los mayores.

En la edad contemporánea, a finales del XVIII, se reafirma explícitamente el derecho del niño a la libertad y al respeto, debido a su naturaleza y características propias de la infancia, su máximo representante Jean Jacob Rosseau, sostenía: el valor absoluto de la personalidad del niño, en su significado de autenticidad y de autonomía y como sujeto de exigencias, de modo de vida, presentaba un ritmo de desarrollo propio y particular. Se cambió el concepto que se tenía de la familia; La visión extensa –que era la dominante hasta entonces- se dispersó, dando lugar a la familia nuclear -reduciéndose a padre, madre e hijos-. El individualismo burgués trajo aparejado la individualización del niño. La educación fue redefinida, convirtiéndose la escuela moderna en la articulación del nuevo concepto de niñez, saca la educación del hogar para configurar la educación colectiva. Se creó una ideología un tanto ideal alrededor del concepto de “niñez”, de ahí que, se asumiera que los niños eran seres puros, inocentes, asexuales, en contraste con la época anterior; la niñez fue considerada como símbolo de “debilidad” o “indefensión” y necesitaba la protección adulta para su propio bien, en otras palabras, se le comienza a considerar como objeto de protección.

Por otra parte, la edad contemporánea trajo un cambio en la mirada hacia el grupo de personas menores de edad, resumiendo, se podría enumerar a grandes rasgos:

- ♣ En primer lugar, se registra el surgimiento de un sistema educativo de tipo formal, democrático y mayoritariamente laico.
- ♣ También se define una nueva estructura social, en especial en el ámbito familiar, al definirse la llamada familia nuclear.

- ♠ El catalizador de estos cambios lo encontramos en la expansión y auge del capitalismo, como un nuevo modo de producción, que cambió no solo las relaciones económicas, sino de todo tipo: políticas, jurídicas; pero sobre todo de índole social.
- ♠ Dentro de este marco surge el sentimiento de la filantropía, primero en el seno de la iglesia, como un movimiento de compasión, que luego se traslado a las clases privilegiadas, en las cuales se registra un fenómeno de traslado de responsabilidades, pues quienes se encargan mayoritariamente de los temas de niñez son las mujeres; se considero que eran las adecuadas para lidiar con estos temas, (después de todo se encargaban de sus familias), sobresalen en estas agrupaciones de beneficencia (los benefactores) de escuelas, hospitales y orfanatos.
- ♠ Los cambios a nivel del sistema penal.

Los cambios en el sistema penal, se fueron concretando al ir eliminando gradualmente las penas capitales y corporales, se suavizaron las destinadas a los menores; en Alemania en el siglo XIX, comenzaron a mostrarse penas atenuadas, cuya prisión no excedería 20 años (código penal de 1871); en casos negativos, eran devueltos a sus padres o tutores, o destinados a una casa de corrección. Se suprime la exhibición en jaulas al condenado, aplicables a adultos; en España no se siguió un criterio unitario: la minoría penal variaba según la gravedad del delito atribuido al menor, y consecuentemente, la posibilidad de atenuar la pena.

A finales del siglo XIX se da un cambio radical en la concepción penal que se tenía para los menores; gradualmente, desaparece la idea de decidir sobre la capacidad de

discernimiento que tenían los niños y jóvenes, y se refuerza la idea que lo más beneficioso para ellos es, que debe sacárseles del derecho penal; naciendo otras opciones para los jóvenes delincuentes, que se materializaron en los centros denominados reformatorios. En este contexto se produce el conocido “movimiento de salvación del niño” caracterizado por Platt³, posteriormente un movimiento similar surgió en Europa, el “patronato de menores”.

En 1899, se creó el primer tribunal para niños la “juvenile court” de Chicago. En la segunda mitad del mismo siglo, se realizaron los primeros congresos penitenciarios internacionales, en el seno de estos debates, se asentaron las bases para una nueva forma de control formal para los jóvenes. Al positivismo y correccionalismo del siglo XIX le corresponde el mérito de haber sentado las bases de la pretensión científica, de abordar el problema de la desviación y de la criminalidad; se teorizó sobre las condiciones que permitirían la separación de los menores y los adultos en las instituciones de segregación, y se abogó, por la prohibición de la reclusión de los menores de dieciocho años. Aquí se perfilan los primeros rasgos de una justicia especializada de menores: La necesidad de separar a los niños de los adultos; la creación de tribunales de menores; la función subsidiaria de las sociedades de caridad frente a los menores y al Estado; finalmente el auge de las ciencias blandas al servicio del tratamiento. Muchas cuestiones fueron diseñadas por quienes integraron la categoría de iniciativa social representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron filantrópicamente a la asistencia y que sentaron las bases de un primer modelo pedagógico en el tratamiento de los menores.

En el primer Congreso Internacional de Tribunales de Menores, llevado a cabo en París en 1911, se afirma la ideología y práctica del menor delincuente–abandonado; los

³ Vid, Platt Anthony, “Los salvadores del niño, o los inventores de la delincuencia”, cuarta edición en español, © siglo XXI editores, s.a. de c.v, isbn 968-23-1108-x,2001.

"problemas" y "soluciones" expuestos en el Congreso de París, han permanecido prácticamente invariados hasta hoy en el discurso oficial. Los temas centrales del Congreso de París, que reflejan perfectamente, por otra parte, el debate de la época, pueden ser resumidos en los siguientes tres puntos:

- a) ¿ Debe existir una jurisdicción especial de menores? ¿Sobre cuáles principios y directivas deberán apoyarse dichos tribunales para obtener un máximo de eficacia en la lucha contra la criminalidad juvenil?
- b) ¿Cuál debe ser la función de las instituciones de caridad, frente a los tribunales y frente al Estado?
- c) ¿El problema de la libertad vigilada, es función de los tribunales después de la sentencia?.

Como se puede apreciar, se exponen por primera vez en forma sistemática todos los temas que con pequeñas variaciones constituyen, hasta hoy, la constante de una parte importante de los discursos oficiales sobre el menor "abandonado–delincuente". Así, el carácter jurídico particular que asumen los tribunales de menores ("discrecionalidad – bondad"), presupone la existencia de ese sujeto (en realidad, objeto) de derechos diferenciado, que es el menor abandonado–delincuente. Este último legitima, a su vez, el tipo de cultura jurídico – asistencial, de la cual los tribunales de menores constituyen una de las manifestaciones más importantes. Todos estos elementos históricos permiten una lectura diversa del movimiento de reformas jurídicas, que en el campo de los "menores" se origina a comienzos del siglo XX y permite plantear lo siguiente: si el siglo XVIII fija la categoría social del niño tomando como punto de referencia la escuela, al inicio del siglo XX, se fija la categoría socio – penal del niño, tomando como referencia la ciencia psicológica y una estructura diferenciada de control penal. Se trata de una cultura socio-

jurídica que, otorgó los mecanismos para protección a la infancia y adolescencia, pero la terminó condenando a alguna forma de clasificación, disminución y segregación. Por ejemplo, las medidas de seguridad por tiempo indeterminado, constituyen la contrapartida real del concepto ideal de inimputabilidad: *“La medida de la puesta en libertad vigilada debe revestir las características de una sentencia indeterminada. Un término fijo constituye una protección temporaria. Una sentencia indeterminada convierte a la protección en permanente.”* (baronesa de Carton de Wiart, Congreso internacional de tribunales de menores, Paris 1911). En síntesis, en estos congresos penitenciarios internacionales se sentaron las bases de la pretensión científica de abordar el problema de la desviación y de la criminalidad en ellos y se abogó para que a los menores internados en reformatorios se les proporcionara una enseñanza moral, religiosa e industrial, también, por la adopción de medidas alternativas al encierro, así mismo, se pensó en la creación rápida de las primeras “Colonias Educadoras de jóvenes abandonados y pervertidos”; desde el punto de vista procesal y judicial: se conocieron en tales debates las primeras iniciativas tendientes a prohibir determinadas publicidades en la celebración de los juicios y audiencias a menores, se defendió allí, la necesidad de promulgar auténticos códigos de la infancia.⁴

Como corolario, es necesario hablar de lo sucedido en nuestro continente, especialmente lo sucedido en América latina: en 1919 nace el patronato de menores en Argentina y en el período comprendido entre 1919 y 1939, todos los países de América latina adoptan leyes de patronato o tutelares.

⁴ Rivera Beiras, Iñaki. Op cit. Págs.10-13

1.3 Legislación de menores en Latinoamérica. Derecho comparado

Hoy en día, la crisis económica profunda golpea al contexto latinoamericano, en especial a sus sectores mas débiles y desprotegidos, entre los cuales la infancia y la adolescencia figuran como los primeros. Esto hace indispensable entender plenamente las condiciones reales de la vida de los niños y los jóvenes, los cuales resultan profundamente dependientes de su condición jurídica. La Convención de los derechos del niño, aprobada en noviembre de 1989, marca un hito fundamental, en el sentido que se debe transformar el derecho positivo nacional y regional, a una concepción en la que a los menores de dieciocho años se les entienda como sujetos de plenos derechos.

El tema de la legislación comparada se debe de analizar desde dos perspectivas diferentes: una que analice la legislación para menores, que comprenda su defensa es decir, que pretende protegerlos, evitar que se conviertan en victimas de delitos contra la niñez y adolescencia; la segunda perspectiva se refiere a, cuando los menores son los victimarios de la legislación penal de menores; en esta segunda perspectiva, se tratara de dar una visión global de la situación de los menores, en diferentes países de Latinoamérica y del entorno social que rodea a los jóvenes.

Con respecto a la primera perspectiva en la cual se establece que la legislación tiene a los menores como sujetos principales de protección, la autora Laura Salinas Beristáin, considera que las leyes de América Latina han fracasado en su intento de proteger a niños, niñas, mujeres y ancianos, ya que todos, de diversas formas, los discriminan; es la conclusión a la que la autora llega en su libro “Derecho, Género e Infancia. Mujeres, Niños, Niñas y Adolescentes en los Códigos Penales de América Latina”, ella analizó 40 Códigos Penales de América Latina, concluye que las leyes protegen valores masculinos como el honor y la hombría, y dejan de lado derechos como la dignidad, la no violencia,

la libertad sexual e incluso, la vida. En la segunda perspectiva, encontramos a los menores como los responsables de cometer actos constitutivos de delitos, se debe analizar la situación social de los menores en distintos países de Latinoamérica; así como, las leyes penales instituidas para aquellos que infrinjan las leyes penales; se tomaran los casos de algunos países de Latinoamérica tales como Argentina, Venezuela, Brasil, Nicaragua y Costa Rica.

1.3.1 Legislación Argentina sobre minoridad

UNICEF considera que la legislación argentina sobre minoridad, se encuentra entre las más atrasadas de Latinoamérica. Su renovación, merece objeciones mientras crece el debate sobre la penalización a la delincuencia juvenil. Además, los crecientes índices de deserción escolar, asfaltan el camino de los mayores niveles de criminalidad.

Se considera que la legislación de este país, viola la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes, que el país convirtió en ley en 1990; el país no parece capaz de consagrar un modelo que contenga y, más aún, prevenga la acción delictiva atribuida a niños y adolescentes, sin por ello violar sus derechos. Las leyes vigentes (Patronato de Menores y Régimen Penal de la Minoridad) violan la Convención. La primera es la denominada Ley Agote, sancionada en 1919. Fue siempre una herramienta legal para criminalizar la pobreza. A su vez, las penas para los adolescentes están reguladas por dos leyes de la dictadura: que otorgan al juez la facultad de resolver la internación de menores de 16 años. Lo hacen sin llevar adelante juicio alguno y no sólo cuando presuntamente el joven haya cometido un delito, sino también si fue víctima de alguno, por lo que esta legislación esta inspirada en la doctrina de la situación irregular, la cual ve al menor como un objeto de protección que estará

sometido al arbitrio del Juez, sin que se le otorguen garantías a este menor sometido a la Justicia Minoril en Argentina.

El profesor Beloff, que hizo un estudio comparativo sobre la legislación de la niñez en Latinoamérica, contó cómo funcionan los juicios a jóvenes en otros países, como Brasil, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela. Existe una Justicia especial para adolescentes infractores, que son juzgados con todas las garantías posibles (abogado defensor, posibilidad de presentar prueba). Luego, si se comprueba el delito, se aplican medidas graduales: amonestación, trabajo comunitario, libertad asistida y, sólo en última instancia, la privación de la libertad (por no más de 3 o 5 años).

1.3.2 Costa Rica.

En muchos países de la región las disposiciones relativas a menores se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legislativos, como el Código Penal, el Código de Familia, el Código de Trabajo, etc. En Costa Rica sucedía lo mismo, no fue sino hasta el año 1963 en que, como en otros países, se promulgó una ley especial de menores, con regulaciones, principalmente en el ámbito penal.

Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensista de la sociedad, fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años, en situaciones de peligro social. No se establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en una culpabilidad del autor y se violaba el principio de legalidad al ampliar la competencia del juez tutelar, a situaciones no delictivas. Solamente existía en San José un Juzgado Tutelar especializado en la materia, la ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de

inocencia, pues se basaba en un derecho penal de autor. Sin embargo, de positivo hay que mencionar: la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa. También, dentro del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención de los Derechos del Niño, Costa Rica promulgó, el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa de la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Importante de resaltar de esta nueva legislación podemos mencionar lo siguiente: Limita la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones. Establece una edad entre 12 y 18, para la aplicación de esta nueva ley. Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad, ni la imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal. El derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído y a que la sanción que se le aplique se le imponga una vez comprobada su participación en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o el delito que cometió. También, la nueva ley garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas. Lo mismo que el recurrir ante un superior en grado, de las resoluciones dictadas en su contra.

Costa Rica cuenta con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para hombres y otro para mujeres. En ambos se admiten menores entre los 12 y los 18 años de edad. El número de casos sometidos a la jurisdicción tutelar en los años 1990, 1991 y 1992 corresponde a un promedio de 1.000 expedientes de los cuales cerca del 16% fueron mujeres y el resto hombres. El internamiento sigue siendo la medida tutelar menos utilizada, correspondiendo en el año 1988 a un 10.7%, mientras que en 1992 fue sólo un 6.6%. Esto por cuanto el criterio jurisprudencial ha sido correcto y no porque el legislador haya otorgado un amplio panorama de medidas alternativas al internamiento.

1.3.3 Condiciones socioeconómicas del menor infractor dentro de la realidad social de Latinoamérica.

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, relativas a menores, mantienen una orientación protectora y defensora para la niñez y la juventud, lo cierto es, que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas, o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables. Presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para los menores, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y moral. Estas condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse el problema, lejos de solucionarlo, más bien lo agrava.

Pese al elevado número de población joven, menor de 17 años de edad, en América Latina, los Estados latinoamericanos no le dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas. Por ejemplo, según informes de CEPAL en 1970 América Latina tenía 282 millones de habitantes, había en la región aproximadamente 112 millones de personas pobres, de las cuales 27.7 millones eran menores de seis años. En un informe posterior, el mismo organismo informa que, en 1986 América Latina tenía 429 millones de habitantes de estos, 170 millones eran pobres y 81.4 millones eran indigentes: siendo los menores de 17 años casi la mitad del número poblacional. Para 1992, América Latina cuenta con aproximadamente 450 millones de habitantes, de los cuales se calcula que más de la mitad vive en condiciones de pobreza, y la población menor de 17 años se ubica dentro del 40 al 50%, con una proporción siempre en aumento.

La relación entre las condiciones socioeconómicas y los menores infractores de la ley, está sobradamente demostrada, el resultado de una investigación patrocinada por ILANUD, recogió información de los sistemas de justicia de menores en 18 países de la región latinoamericana, tal investigación confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo, que pasa por los tribunales de menores de estos países. Determinó que en el 75% de los casos, estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de 4 años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de vivienda de clase baja, trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, contribuye al sostenimiento del núcleo familiar y el padre o la madre son desempleados o subempleados. En la mayoría de los casos vive en una familia que es incompleta, o desintegrada, con ausencia de padre.

En el mismo estudio citado, se determinó que el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las categorías de menor ingreso económico, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema, según definición que da el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

1.4 Evolución histórica del Derecho de Menores en El Salvador.

En nuestro país, la protección de los menores de edad fue en primera instancia objeto del cuidado de instituciones caritativas, de tipo religioso o social, pero con el tiempo se fueron creando los primeros orfanatos: “La Casa Nacional del Niño,” en San Salvador fundada en 1859, el “Hospicio Fray Felipe de Jesús Moraga” de Santa Ana, en 1882 y el “Hospicio Dolores Souza” de San Miguel, en 1895. La acción de estas instituciones fue

subvencionada por la secretaria de salud del estado, pero, estuvieron carentes de las disposiciones normativas y técnicas que optimizaran su trabajo; fue hasta 1958 cuando se creó la dirección de asistencia social dentro de la misma secretaria de gobierno, que se dio un nuevo enfoque a la orientación y objetivos de asistencia al menor. Anteriormente en 1940 se había fundado la Asociación Nacional Pro-infancia, con el propósito de trabajar a favor de la niñez.

En materia de legislación, tanto a nivel constitucional como secundario, se heredó el modelo colonial, con figuras tales como el discernimiento; para expresar sus características básicas, retomaremos las ideas expuestas por Blanca Alicia Salazar⁵ que se podrían resumir así: Cuando los menores cometían algún tipo de infracción considerada como delito, eran sometidos a los mismos tratamientos de los adultos, internándolos en centros penitenciarios comunes, sin embargo, el problema de esta falta de diferenciación entre el estado de los menores con el de los adultos, hizo surgir calificaciones de estado de peligro o riesgo, por pobreza o irresponsabilidad paterna o abandono; a raíz de esto se dieron los primeros intentos de brindar al menor un tipo de protección diferente, y, apoyados en el naciente interés de diferentes disciplinas humanistas, la situación de los menores se comenzó a observar desde otra óptica, con un nuevo enfoque, esta vez de carácter preventivo y rehabilitador.

1.4.1 Desarrollo Constitucional y de Legislación Secundaria.

Es importante darle de una forma rápida y resumida, una revisión a las últimas cartas magnas de El Salvador, específicamente desde 1945, estas son las que le dan mayor trascendencia al derecho Minoril, las constituciones que han existido como

⁵ Salazar Blanca Alicia, Op Cit. Págs. 29-30.

Constituciones Políticas y Constituciones Federales; de manera conjunta nos han dado como resultado las evoluciones que se han verificado, respecto a las normas recientes de menores, desarrolladas en la actualidad por normas secundarias.

No es sino hasta la constitución de 1945, que encontramos en el Art. 153, la mención de un régimen especial, al que deberían ser sometidos los menores infractores a las leyes penales y es con ella que se dio la primera pauta respecto a menores infractores, la constitución de 1950 continua de igual manera que la anterior. La constitución de 1962 nos dice que: “la delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial.” Esta desarrolla en 25 artículos, desde el 150 al 174, el régimen de Derechos individuales, o garantías fundamentales de la persona humana; más conocidos en la actualidad como derechos humanos. La Constitución vigente, de 1983, hace lo mismo en 28 artículos, del 1 al 28, pero ambas se refieren al menor (entiéndase niño o adolescente), en otro capítulo más difuso trata de la familia y en último término, como apéndice de ella, de los menores; remitiendo su conducta delincencial o antisocial a un régimen jurídico especial.

Según Ramírez Amaya⁶: “Pareciera que todos los derechos y garantías fundamentales de la persona lo son de los **mayores**; y que los menores no participan de ellos, porque para eso se les ha dado un régimen jurídico especial. Así, la libertad ambulatoria, o su privación, es cosa de mayores. Los menores detenidos, por el solo hecho de caer en el engranaje, ya son protegidos por el Estado y no necesitan de ser asistidos o liberados. El Estado les tutela **todos** sus derechos; ese es el discurso oficial. Sin embargo el Código Penal es aplicado a niños y adolescentes. Son los tipos penales los que sirven de punto

⁶ Ramírez Amaya, Atilio y Noya Novais, Josefa. “Bases para la nueva legislación penal juvenil salvadoreña: un diagnóstico jurídico y sociológico del sistema”. Comisión de comunidades europeas, S.S.

de partida a todo el derecho penal de los jóvenes. Creemos que el menor, así como es objeto de protección encubierta velada por una falsa tutelaridad, es necesario romper los mitos y hablar claramente del menor como sujeto de un derecho penal especial.”

En julio de 1966, se promulgó la ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, limitando la protección legal hasta los dieciocho años de edad, y dio la pauta para la creación de los primeros centros de observación, diagnóstico y tratamiento. En 1970, se celebró el IV congreso nacional del niño, promovido por la asociación nacional pro infancia, que amplía la concepción del niño, en cuanto no solo se debe atender al huérfano o abandonado mas bien, se planteó ampliar la cobertura y que los programas de ese entonces se habían vuelto insuficientes. Se llegó el momento en que, como se expresó antes, los medios eran insuficientes, y el carecer de un organismo que velara por el cumplimiento de los preceptos constitucionales, hizo que se promulgara una nueva legislación de menores “El código de menores”, que entro en vigencia el 31 de enero de 1974, a la vez, se fundo el “Consejo Salvadoreño de Menores”, organismo que se encargaría de materializar lo preceptuado en el código de menores.

El Código de menores, cuando entró en vigencia en 1974, contemplaba la edad límite de dieciocho años, tanto para menores infractores como para los que se encontraban en estado de abandono, riesgo o peligro. Debido a la situación político-social que se presentaba en el país, el 24 de octubre de 1977, se reformó el código en cuanto a la edad de los sujetos a proteger, quedando el Art. 3 así: «Gozarán de los beneficios que concede este Código, los menores cuya edad no exceda de dieciocho años en estado de abandono material o moral, o en estado de peligro o riesgo; así como también de los dieciséis años o menos, de conducta irregular, que hubieren cometido infracciones consideradas como

delitos o faltas por la legislación penal...» Este cambio lo generó la cantidad de menores de 14, 15, 16 y 17 años, que formaban parte del FMLN. como miembros o simpatizantes, que realizaban actos de guerrillas y que no eran sujetos del Código Penal para su castigo, dando lugar a la correspondiente reforma del Art. 16 del Código Penal vigente, que estableció la edad penal en 16 años.

El Código de Menores derogado, se basó en el modelo de la responsabilidad de autor. La Ley del Menor Infractor, en contraste, toma los 18 años como edad límite para la aplicación del Derecho Penal Minoril, evitando el internamiento en un Centro Penal que no reúne las condiciones elementales para su normal desarrollo psico-social que le cause daño y lo introduzca en la delincuencia. En efecto, aunque en principio, el derogado Código enunciaba que los Tribunales de Menores tenían amplio arbitrio, para investigar las acciones u omisiones que constituyan delito y se atribuyan a menores, atendiendo a la naturaleza del acto ejecutado; inmediatamente después de eso, se establecía que el Juez observara al menor en su aspecto social, médico, psicológico, psiquiátrico y pedagógico, a fin de establecer sus condiciones físicas y mentales, su instrucción, educación y el estado de abandono físico y moral en que se encuentra, (Art. 69 Código de Menores). Luego en el Art. 78 expresaba que: el Juez Tutelar de Menores seguirá información sobre todos los hechos y circunstancias del caso e investigará la personalidad de los menores y su conducta, quedando a su prudencia la forma de investigación. Pero donde más se puede apreciar el carácter «peligrosista» de la responsabilidad de autor era el Art. 79 que ordenaba lo que el Juez deberá investigar:

1o. La personalidad integral de los menores:

2o. Los factores familiares y sociales;

3o. La naturaleza de su conducta y las circunstancias que en ella concurren.

Finalmente, se abandona cualquier responsabilidad por el acto en el Art. 81, diciendo que la investigación de la personalidad del menor, deberá realizarse dentro del plazo de noventa días, quedando la causa lista para resolución. A continuación, el Código trataba de los menores en estado de abandono, peligro o riesgo, con la idea de que son los menores quienes pueden encontrarse en esos estados deficitarios, enunciando una serie de protecciones y clasificando los estados de abandono y los estados de riesgo. Lo curioso es que, después de definir los estados de peligro o riesgo del menor, aparezca el Código usando la analogía, para proteger «la sociedad», cayendo perpendicularmente en una responsabilidad de autor, cuando decía, en el numeral 13 del Art. 99, que “se presume en estado de riesgo a los menores que denotaren cualquier otro tipo de conducta que constituye «peligro para la sociedad»”; podemos decir, que la aparente responsabilidad o culpabilidad por el acto enunciado al inicio en el derogado Código de Menores se transforma, en una responsabilidad, por las características personales de menor, por su personalidad.

Sin embargo y a pesar de el esfuerzo en tratar de resolver el problema de los menores en el país, los resultados han sido insuficientes. En 1990, El salvador ya había ratificado la convención internacional sobre los derechos del niño, y se comprometió, a que nuestra legislación se pusiera acorde con las nuevas corrientes de pensamiento en materia de menores, que a nivel internacional habían surgido, y que inspiraban dicha convención, El veintisiete de abril de mil novecientos noventa y cuatro, mediante decreto N° 863 la Asamblea Legislativa aprobó la «Ley del Menor Infractor, derogando el Código de Menores de 1974; la nueva ley entro en vigencia el primero de marzo de mil novecientos

noventa y cinco. Esta ley regula los principios rectores, anuncia el interés superior del menor, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y la reinserción a su familia y a la sociedad, son los principios rectores que informan a esta ley. (Art. 3) Categóricamente el literal c) del Art. 5 se refiere al principio de la culpabilidad, diciendo que los menores deberán tener un proceso justo, reservado, sin demora ante un tribunal de menores y fundamentados sobre las bases de la responsabilidad por el acto.

Toda la política de la nueva ley se orienta, a no dar cabida a un derecho penal de autor; por consiguiente se evita toda manipulación psicológica con su personalidad.

1.5 Doctrinas que han orientado el Derecho de Menores.

Las doctrinas que por su importancia han orientado el derecho de menores, las podemos resumir en dos: La doctrina de la situación irregular, antecesora de la que a tomado auge en la actualidad; y la doctrina de la protección integral, sin embargo, es de suma importancia conocer ambas teorías pues su aporte a sido fundamental en lo que actualmente conocemos como Derecho de menores. Por su orden cronológico la primera en ser comentada será la de situación irregular, para posteriormente abordar la doctrina de la protección integral.

1.5.1 Doctrina de la Situación Irregular

Según esta doctrina el menor es un ser humano en inferioridad de condiciones, debido a su incompleto desarrollo físico e intelectual, por ello, al cometer el menor una infracción penal se considera como un enfermo que debe ser tratado, separándolo de la sociedad para curarlo y readaptarlo; al igual sucede con los menores en “abandono, peligro o riesgo”,entiendase por esto los locos, vagabundos, callejeros y viciosos sean o no

delincuentes, ya que se les considera peligrosos, proclives a delinquir; es por esto que se legitima una acción judicial indiscriminada, ya que no se les reconocen derechos ni garantías, por lo que el juez somete a estos menores en situación de dificultad, a cualquier tipo de medidas que considere pertinentes para curarlo y readaptarlo.

En nuestro país no obstante que desde la constitución de 1945 existía un precepto constitucional (el Art. 153) que ordenaba dictar un “régimen jurídico especial” al que deberían estar sometidos los menores infractores de las leyes penales, es hasta el 14 de julio de 1966 que se dicta la “ley de jurisdicción tutelar de menores”, y el 8 de enero de 1974, fue promulgado el código de menores; ambos instrumentos jurídicos fueron inspirados por la doctrina de la situación irregular, ya que retoman ciertos postulados de dicha doctrina como son: los menores en estado de abandono, peligro y riesgo, la responsabilidad de autor, basándose en las características físicas o personales del menor para considerarlo peligroso y someterlo a un tratamiento terapéutico etc.

Dichos postulados de la doctrina de la situación irregular del menor, según el autor español Iñaki⁷ Rivera Beiras: quien retoma lo dicho por Pedro Dorado Montero en 1915 en su obra “Derecho protector de criminales” establece que: “los delincuentes, como los locos, los pródigos, los vagabundos, **los menores**, son especiales, a veces, anormales”. La edad, entonces, será una especial variable a considerar para la medición de las patologías, las desviaciones, etc. (como la prodigalidad, la enfermedad mental u otras). Fruto de lo anterior, y a partir de año citado, los menores serán también clasificados como anormales y consecuentemente, potencialmente peligrosos, necesitados de

⁷ Rivera Beiras, Iñaki. Op Cit. Pág. 15

atención y control. Por ello se les debe aplicar medidas terapéuticas y por tiempo indefinido.

Las primeras leyes Tutelares de menores de América Latina, la ley tutelar de menores de Argentina de 1919, así como también la ley tutelar de menores de Venezuela de 1939, adoptan los siguientes presupuestos:

-Una presunción “*iuris et de iure*” (sin admisión de prueba en contrario), ya que la ley faculta al juez para que este imponga el tratamiento mas adecuado el menor y en vista que la ley se considera perfecta no se admite prueba en contrario a las decisiones del juez.

-Los niños y Jóvenes serán considerados como “enfermos a curar”, más que como “culpables a Corregir”, ya que son consideradas personas anormales, que deben ser tratadas terapéuticamente.

-Los jueces que integran estos primeros Tribunales Tutelares, debían ser una suerte de psicólogos o terapeutas, antes que auténticos juristas, ya que no existía un tratamiento jurídico sino que un tratamiento terapéutico determinado por el juez.

-El presupuesto de la actuación penal, no será solo el delito cometido, sino la “conducta irregular y peligrosa”, ya que los menores en estado de abandono, peligro o riesgo, no tienen acceso a una educación, familia, salud etc. Estos son considerados peligrosos y por ello debían ser objeto de sometimiento al poder judicial.

-Las conductas a examinar por los nuevos Tribunales Tutelares no consistirían sólo en los delitos cometidos sino, por ejemplo, fugas del hogar, alcoholismo, conductas inmorales, vagabundeo, callejeó.

-Se llegó incluso a abogar por la criminalización de conductas no tipificadas, como delitos.

-En consecuencia, los tribunales tutelares debían ser competentes sobre niños y jóvenes “viciosos“, sean o no “delincuentes”.

-La reacción jurídica ya no consistía en una pena, - es decir, en un mal- sino en una medida educativa y tutelar-es decir, en un bien-, a fin de que con ella se alcance la corrección moral del menor.

- Ahora bien nada de ello obstaba la notoria dureza de las medidas, se llegó a justificar el carácter educativo de los “azotes”, siempre y cuando, eso si, se aplicaran con finalidad paternal, como “derecho de corrección“.

- La duración de la medida será indefinida, con el único limite que no sobrepase los dieciocho años de edad, ya que al cumplir dicha edad al menor ya no se le considera como menor y se considera como adulto, por lo que no tendría sentido la medida impuesta.

Los rasgos característicos que constituyen la esencia de la doctrina de la situación irregular son:

1) Tiende a construir una división dentro del universo de la infancia: niño y adolescente, son los que tienen acceso a la educación, salud, a estar en un hogar con sus familias; y los otros son los menores, entiéndase por estos como los excluidos de la educación, familia, salud etc. ya que por lo general se encuentran sin acceso a lo mas básico como donde vivir o que comer, encontrándose en las calles, es por ello que las leyes se les aplican a los menores y no a los niño- adolescentes, por que estos últimos no van a delinquir por tener educación , padres, hogar, etc. En consecuencia las leyes son exclusivamente para los “menores”, que son los que se encuentran desprotegidos y se consideran proclives a delinquir.

2) Encomendarle al juez de menores una función paternalista, sobre la situación del menor en situación de abandono, peligro o riesgo, los menores en conflicto con la ley penal, ya que el Juez tenía la potestad de decidir arbitrariamente, a lo que el menor debería ser sometido.

3) Una clara tendencia a la judicialización de problemas producto de la sociedad, al vincular a los menores en situación de “abandono y Riesgo” con el sistema judicial, ya que al menor que necesitaba comida, vestimenta, un hogar, en lugar de ayudarlo socialmente era sometido al sistema judicial, por ser considerado peligroso para la sociedad.

4) Impunidad, esta doctrina se enfoca principalmente en aquellos menores en situación de dificultad por considerarlos proclives a delinquir y por ende peligrosos no existe una igualdad con respecto a los adolescentes pertenecientes a los sectores altos de la sociedad.

5) Criminalización de la pobreza, se priva de libertad a menores solo por el hecho de no tener recursos para subsistir de forma adecuada en la vida.

6) Negación al reconocimiento de los derechos y garantías plenas a los menores. Generalmente al sistema judicial eran sometidos los menores en estado de peligro abandono o riesgo, y a estos se les daba un tratamiento terapéutico impuesto al arbitrio de el juez, ya que la ley lo facultaba para ello, por lo que no existían derechos ni garantías que reconocerles.

Más allá de esas cuestiones señaladas a propósito de mencionar algunos rasgos característicos de las nuevas legislaciones de Tribunales Tutelares de Menores, las concepciones indicadas comportarían consecuencias específicas en el orden jurisdiccional y procesal.

En primer lugar, y por cuanto atañe a **aspectos jurisdiccionales** (los Jueces) , ya se mencionó que no se requería en los jueces una especial formación jurídica, ni que fuesen jueces de carrera; en todo caso, se prefería que fueran personas de una probada vida moral intachable. En segundo lugar, en **lo relativo al procedimiento** seguido en tales Tribunales Tutelares de Menores, ha de señalarse la total inexistencia de un verdadero “proceso” propio de la legislación ordinaria:, en vista que es el juez el que realiza las investigaciones y el que decide lo mas conveniente para el menor por tener una finalidad paternal de corrección. En tercer lugar, por cuanto se refiere a **las garantías**, puede señalarse la total ausencia de las mismas, tampoco se entendió necesaria la intervención del Ministerio Público, ni del Abogado Defensor, ni la vigencia del principio de contradicción (Cuello Calón señalaba que “el Juez es el padre, el protector, el amigo y el maestro del niño, ¿para qué entonces tener un abogado?”). Así, el autor establece que el pretendido carácter paternalista y asistencialista de estos modelos protectores y tutelares, se tradujo en una total irrespeto a los derechos de los menores, ya que en tales procesos no se respetaron los siguientes derechos: a obtener tutela efectiva de jueces y tribunales, a ser informado de la acusación y cargos contra el menor, a un proceso publico, a utilizar todos los medios de prueba en su defensa, a no confesarse culpable, no declarar contra si mismo, etc. En síntesis el modelo tutelar o de la protección comporto la mas absoluta desprotección de los menores frente al Ius-puniendi del estado.

En la actualidad podemos encontrar rasgos de esta doctrina de la situación irregular en el Art. 75de la ley del menor infractor que literalmente dice “Cuando el menor hubiere sido detenido en flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, este resolverá inmediatamente sobre su libertad ; y ordenara la aplicación de una medida en forma

provisional si fuera procedente, sin perjuicio de que la Fiscalía General de la Republica continué la investigación”.

1.5.2 Doctrina de la Protección Integral

Surge con la aprobación de la “Convención sobre los Derechos del niño” la cual es el mas importante tratado internacional que reconoce y describe los derechos humanos de los niños y de las niñas, sus antecedentes son la Declaración de ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del niño de 1959, la Convención de los Derechos del niño fue aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en virtud de su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, dicha Convención fue firmada el 26 de enero de 1990 y ratificada por el gobierno de El Salvador el 27 de Abril de mil novecientos noventa, con lo cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, constituyéndose como ley de la republica al entrar en vigencia el nueve de mayo del mismo año a , la cual según el Art. 144 de nuestra constitución, se le puede atribuir un valor jerárquico superior al de la ley secundaria, las cuales no pueden modificar ni derogar lo contenido en un tratado, sino mas bien debe adecuarse a este.

Esta doctrina de la protección integral del menor, lo reconoce como sujeto de derechos, que se establecen en la Constitución, tratados, la ley del menor infractor y la ley de vigilancia y control de las medidas al menor infractor, etc. Ya que el menor tiene los mismos derechos que los adultos por el principio de igualdad, establecido en el Art. 3 de la Constitución y tiene su régimen especial que manda el articulo 35 inc. 2° de la Constitución, por lo que los derechos y garantías establecidos en estos instrumentos jurídicos le son recocidos al menor.

1.5.2.1 Principios

-La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Los estados pueden establecer un límite inferior de edad, pero solo en ventaja del niño, en ningún caso en materia penal, esto quiere decir que un menor de dieciocho años de edad, no se encuentra en capacidad del ejercicio de ciertos derechos, como por ejemplo la capacidad de contratar; para que un menor tenga esta capacidad, el estado puede establecer una edad menor a los dieciocho años de edad, en beneficio del menor para que este pueda celebrar un contrato donde adquiera obligaciones, este ejemplo lo encontramos en materia laboral, pero en materia penal, el estado no puede modificar que la mayoría de edad se alcance a los dieciocho años, por lo que ningún niño menor de dieciocho años de edad, puede ser considerado como adulto.

-Se debe entender que la finalidad de la imposición de una medida de internamiento, aunque sea reeducativa, resocializadora, es restrictiva de la libertad.

-El internamiento debe ser el último recurso, por que se le estaría restringiendo de su libertad al menor, lo que se pretende es educarlo, readaptarlo a la sociedad y no afectarlo en su desarrollo como ser humano.

-Se debe de reconocer al menor infractor todos los derechos y garantías reconocidos a los adultos y a la vez otras derivadas de su condición de menor como por ejemplo; a la no separación de sus padres, nivel de vida adecuado etc.

La doctrina de la protección integral, también llamada: doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral de la infancia, se traduce en el deber jurídico a cargo de los adultos, como son responsables de los menores, los padres, la sociedad en general, y el Estado; esta protección referida a los menores tiene dos aspectos fundamentales, los cuales son:

1.5.2.2 La Protección Social: es una actividad dirigida a ofrecer las condiciones necesarias para el desarrollo de la personalidad y la satisfacción de los derechos fundamentales de los sujetos en edad menor. Es una actividad fundamentalmente encaminada a lograr del Estado una conciencia de que los menores de edad necesitan de su protección y es el Estado el obligado a tomar las decisiones y medidas pertinentes, para garantizar el acceso a los menores a la salud, educación, etc. Ya que todo menor para su correcto desarrollo necesita tener acceso a estos derechos.

1.5.2.3 Protección Jurídica: Esta concierne eminentemente a una función de garantías. Los modernos estados de derecho, atribuyen solamente a la función jurisdiccional el poder de influir sobre los derechos subjetivos, estos se refieren, ante todo, a los fundamentales como el derecho de libertad, familia, etc. Por lo tanto la colocación institucional de un niño o de un adolescente, no puede ser dispuesta o autorizada sino por el poder judicial. Esto vale también cuando en el caso de intervenciones de protección social, se incide sobre el derecho de los padres a tener con sigio el hijo y del hijo a estar con sus propios padres; con mayor razón, es necesaria la decisión jurisdiccional sobre el estado de abandono, como antesala para la adopción porque, está implicado también el tema del derecho a la identidad familiar.

El Estado por esta protección jurídica, se ve obligado a mantener sus leyes, reformas y aplicación de estas, en armonía con todos los derechos recocidos a los menores, en los distintos instrumentos jurídicos como la constitución, ley del menor infractor , convención de los derechos del niño y otros instrumentos jurídicos internacionales.

En cuanto al origen del derecho de menores, como ya se había anticipado, no está muy claro desde qué momento histórico se le puede dar un significado propio, es decir, determinar su génesis concreta como un derecho especial de menores, pero, si es posible señalar una relación, entre cómo se concibió al menor a través de la historia y el tratamiento penal que se les daba, así, el proceso de evolución histórica ligado en un primer momento al de adultos, viene a tomar su especialidad a partir del siglo XIX, y se desarrolla desde ese entonces a la actualidad, como una sucesión de avances en el sentido de reconocer la importancia de tratar a los niños y jóvenes delincuentes de forma diferente a los adultos, considerándoseles como sujetos plenos de garantías.

El Derecho de menores en la actualidad, les ha establecido el reconocimiento de los mismos derechos y garantías otorgados a los adultos en conflicto con la ley penal, en los distintos instrumentos jurídicos como la Constitución, códigos penal y procesal penal y distintos instrumentos internacionales. Se establece que tanto el Estado como la sociedad, deben de reconocer además un “extra” de derechos específicos de los menores, que se motiva en su condición de personas en desarrollo de su personalidad, como por ejemplo: derecho a que no se les separe de los padres, reunirse con su familia, salud, educación, etc. no brindársele la protección social y jurídica necesaria por parte del Estado y la sociedad, se impone una barrera al menor para que este pueda ser un buen miembro de la sociedad.

II . Garantías constitucionales, Sujetos procesales y Principios orientadores del Proceso Penal de Menores.

2.1 Derechos y Garantías constitucionales

Estos términos tradicionalmente tienden a confundirse, el origen de la palabra garantía es una creación de los franceses y surgió en las declaraciones francesas de derechos, dándosele el significado de derechos del hombre, consagrados en un documento constitucional, por esta razón, muchas constituciones latino americanas, conservan esta imagen tradicional de las garantías constitucionales como significado de derechos fundamentales, es decir, se les emplea como sinónimos.

Según Cabanellas:⁸ “Por derechos y garantías en derecho constitucional, se entiende el conjunto solemne de declaraciones -aun atenuadas por su entrega a leyes especiales, donde a veces se desnaturalizan- que en el código fundamental tienden a concretar los beneficios de la libertad, a garantizar la seguridad y a fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad. Integran límites a la acción de ésta y defensa para los subordinados o particulares”. Continúa diciendo el mismo autor en las constituciones de corte liberal se enumeran como Derechos, los de propiedad, comercio, industria, tránsito y emigración, domicilio, manifestación de las ideas, profesión de fe, enseñanza, etc. En estos mismos cuerpos legales denominan garantías, las procesales para detenidos, presos y procesados, inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la de justicia según tramites previamente establecidos en las leyes con anterioridad al hecho atribuido etc.

⁸ Cabanellas Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo II, editorial Heliasta Pág. 623. Buenos Aires, 1989.

Si bien es cierto que los términos Derechos constitucionales y garantías son utilizados como sinónimos, y que su reconocimiento partió de un mismo hecho histórico (las declaraciones francesas de derechos), comparten su esencia en el respeto a la dignidad humana, en la defensa de la libertad en todas sus manifestaciones y le otorgan un reconocimiento jurídico a la satisfacción de las necesidades mas básicas de los seres humanos, por medio de los Estados, estableciéndose como límite para no ser menoscabadas por los mismos; en las modernas legislaciones se utiliza el término “garantías constitucionales”, para referirse al conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico⁹.

Las diferencias puntuales entre los conceptos derechos y garantías, se pueden resumir en las siguientes: Los Primeros, los derechos, son el reconocimiento que el Estado hace de una serie de facultades a la persona por el hecho de serlo, y son universalmente reconocidos por la humanidad, en cambio, las segundas, las garantías, estimadas en el sentido estricto, son los instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales. Otra diferencia, es: en los derechos fundamentales el sujeto de la obligación esta indeterminado, en el sentido que son todos los demás sujetos los obligados, pero como todos somos en virtud de la universalidad de los Derechos humanos sujetos pasivos o beneficiarios de los mismos, se da una dualidad en la que todos somos beneficiarios de los derechos fundamentales, pero a su vez estamos obligados a respetar los de los demás; en cambio, en las garantías, el único obligado es el Estado.

⁹Bertrand Galindo, Francisco. Et al. “Manual de Derecho Constitucional”, tomo I, segunda edición, centros de información jurídica Ministerio de justicia, impreso en el Salvador, Talleres Gráficos, UCA, 1996. Pág. 235

2.2 Derechos y garantías fundamentales en el proceso penal de menores

La Constitución de la República contiene en su título II; Capítulo I Artículos 2 y siguientes bajo el epígrafe “ los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona”, las garantías fundamentales que sirven de base para el proceso penal en general, y por supuesto, para el proceso penal de menores.

En este acápite se recoge íntegramente la característica exigida por la normativa internacional, de un acercamiento al derecho penal de adultos en los referente a derechos y garantías individuales; pues el Art. 5 LMI, claramente establece, que el menor sujeto a esta ley gozará de los mismos derechos y garantía, reconocidos en la Constitución, y instrumentos internacionales ratificados por El Salvador y en las demás leyes aplicables a los mayores de dieciocho años, a quienes se les atribuyere la comisión o participación en una infracción penal, y además, se le reconocen al menor todos aquellos derechos que le corresponden por su carácter de personas en desarrollo y por la protección especial que el Estado debe garantizar a los menores. Sobre la existencia de un Derecho Penal de Menores, Juan Bustos Ramírez, manifiesta, que en recientes trabajos de especialistas se advierte la necesidad de desmitificar el tratamiento y la educación coactiva sobre el menor y constatar la existencia de un Derecho Penal de menores, que ha de tener mayores garantías que el Proceso Penal de Adultos. Pero para efectos de esta investigación, se entrara a un análisis solamente de los siguientes: Legalidad procesal, Igualdad jurídica, defensa en juicio y Garantía de audiencia; tal limitación en el análisis obedece al hecho de considerar que éstos son los directamente vinculados con la investigación que se realiza, de ninguna manera se trata de hacer una jerarquización, dentro de los derechos y garantías constitucionales fundamentales.

2.2.1 Principio de Igualdad jurídica. Ante todo, cabe expresar que el principio de igualdad jurídica, tiene dos vertientes constitucionales: a) la igualdad ante la ley; y b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada. Según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas, al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente, en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad (Habeas Corpus N° 2-89).¹⁰ Con respecto al análisis anterior, si nos centramos en la primera de las perspectivas constitucionales, podemos inferir que el artículo 3 Cn. nos dice: todas las personas son iguales ante la ley, por lo que el goce de los derechos y garantías aquí concedidos no puede, ser restringidos por la edad del sujeto que los posee, los menores en conflicto con la legislación penal son sujetos de derechos y garantías procesales, establecidos en el mencionado título constitucional y no se puede hacer una diferencia en la cual se desconozcan o menoscaben los derechos y garantías procesales, que minimamente deben ser acreedores cuando son sometidos a un proceso penal.

La regulación legal de este principio lo encontramos en el artículo 5 inc. 1° de LMI, el cual es claro al señalar que los menores gozaran de los mismos derechos y garantías reconocidos a los mayores de dieciocho años; así mismo, encontramos en los tratados internacionales, otros artículos que contribuyen al reconocimiento del principio de igualdad jurídica, Art. 2 CDN; En la declaración universal de derechos humanos (DUDH), (artículo 7); el pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) lo

¹⁰ Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. “Catalogo de Jurisprudencia”. Publicaciones Corte Suprema de Justicia. Tercera edición 1993. Pág. 335

regula en un doble aspecto, los artículos 14 (igualdad ante los tribunales), y 26 (igualdad ante la ley); la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (DADDH) en su artículo II; y la convención americana sobre derechos humanos (CADH) que establece este principio en el artículo 24.

2.2.2 Principio de legalidad. (*Infra 2.5.3 Principios protectores de la libertad, Principio de legalidad*) En el Artículo 15 de la Constitución, que interpretado en concordancia con el Artículo 3 del mismo cuerpo de ley, reconoce el derecho a la igualdad procesal de los menores, sometidos a un proceso penal ya que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”, este principio se deriva del aforismo “Nullum Crimen Nullum Poena sine lege Previa”; de esto se concluye que solo a través del correspondiente juicio puede imponerse una pena, solo a través de este “debido proceso” pueden decidir legítimamente, los órganos encargados de la aplicación de justicia previamente establecidos, sobre los derechos de las personas, en especial de los menores. El principio de legalidad en la LMI se encuentra regulado en el artículo 5 lit. 1); la convención de los derechos del niño lo regula en el artículo 40 lit. a); EL artículo 11.2 DUDH; así mismo Art.15 del PIDCP; En la DADDH se encuentra en el artículo XXVI; y El pacto de San José lo regula en el artículo 9.

2.2.3 Garantía de audiencia o audiencia bilateral. El Artículo. 11 Cn. protege al gobernado de toda privación arbitraria de cualquiera de sus derechos subjetivos, sean estos reales o personales, independientemente que dichos derechos estén expresamente consagrados en la constitución. Así, Ignacio Burgoa en su obra “las garantías individuales”, establece: que la garantía de audiencia esta compuesta de las siguientes

manifestaciones: 1) que contra de la persona, a quien se le pretende privar de alguno de sus bienes jurídico tutelados, se siga un juicio; 2) dicho juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; 3) que en este se observen las formalidades esenciales del procedimiento; y 4) que el fallo se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que hubiere motivado el juicio por ello; con exactitud, se afirma existe violación a la garantía de audiencia, cuando el quejoso no ha tenido oportunidad real de defensa privándosele de un derecho sin el correspondiente juicio, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades procesales esenciales del procedimiento. (amparo N° 4-M-92)¹¹.

La finalidad perseguida con el respeto de las garantías, como condición para la imposición de una pena es doble. Por una parte, el proceso previo supone dar al acusado o infractor, según sea el rubro jurídico sobre el que se a estado conociendo, y en general a los participantes de un proceso, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos, Para el sujeto frente a quien se pretende manifieste especialmente su derecho de defensa, al hacérsele saber la infracción penal atribuida, y al facilitársele el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La segunda finalidad es, que la autoridad competente, disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución; que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la condición de la autoridad que resuelve el conflicto. Se puede resumir la garantía de audiencia, en que nadie puede ser privado de su derecho de ser oído y vencido en juicio, en otras palabras, el propósito de conferir las garantías para la defensa de los derechos a los sujetos, es que la diversidad de actos procesales sirva, para que la persona pueda disponer lo conveniente para defender su

¹¹ Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. Op Cit. Pág. 173-174.

posición respecto de la situación cuestionada en el proceso; y por ello la ausencia o insuficiencia de un acto o una etapa, podrá imposibilitar a aquel de ejercer los medios suficientes para su defensa. La garantía de audiencia la encontramos en: Artículo 5 lit. c) de la LMI; 40 lit. b) numeral III de la convención de los derechos del niño; 11.1 DUDH; 9.1 del PIDCP; XXV y XXVI de la DADDH; 7.2 y 9 del pacto de San José (DADH).

2.2.4 Derecho de Defensa. Según el Artículo 12 Cn. A toda persona han de asegurársele las garantías necesarias para su defensa material: es la que hace el menor infractor por medio de las declaraciones que realiza en el proceso, y la defensa técnica: es la ejercida por un abogado; así, el infractor tiene derecho a ser inmediatamente informado de la acusación y de manera comprensible, ilustrándose de todos los derechos que le asisten: a ser legalmente detenido, a presumirse inocente y ser tratado como tal mientras no se declare probada su culpabilidad en sentencia, también le asiste la facultad de guardar silencio y la facultad de no declarar en contra de si mismo; y se prohíbe expresamente el empleo de cualquier medio o instrumento, para obtener coactivamente tal declaración.

El Artículo 2 inciso segundo de la Constitución establece que en el proceso se garantice el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor de edad. En la ley del menor infractor lo encontramos en el artículo 5 literales “h” y “j” , en la Convención de los derechos del niño el artículo 40 lit. b) numerales III y IV; el artículo 11.1 DUDH, artículo 14.3 literales “b” y “d” del PIDCP; y el artículo 8 numeral 2 literales “c”, “d” y “e” de la CADH.

2.3 Función del proceso penal de menores

La imposición de una pena a una persona adulta, o de una medida a un menor infractor, ha de realizarse en el marco de un proceso penal, institución jurídica que deviene en una barrera infranqueable, frente a los abusos de poder. En el caso de los menores infractores, las medidas que se adoptan en relación con ellos, requieren la previa tramitación del procedimiento regulado por la ley del menor infractor.¹² La realización de este procedimiento debe comprender el desarrollo integral de la ley, ya que esta comprende los derechos del menor a quien se le atribuye, o se le declara autor o partícipe de la comisión de una infracción penal; establece los principios rectores que orientan la aplicación e interpretación de la ley; determinan las medidas que deben aplicarse al menor que cometa una infracción penal; y consagra los procedimientos que garanticen eficazmente los derechos del menor sujeto a esta ley (Art. 1).

2.4 Sujetos del proceso penal de menores.

La determinación de las personas sujetas a la ley del menor infractor, es básica para lograr establecer el régimen jurídico especial, que manda la constitución, pues delimita el sector de la población a quien va dirigida. Los jóvenes a quienes se les aplica este régimen son los mayores de doce años y menores de dieciocho, a quienes se les imputare o comprobare la comisión de una infracción penal. Igualmente, cumple con el Art. 40 inciso 3º literal (a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los menores no tienen capacidad para infringir

¹² Casado Pérez, José Maria. “proceso Penal de menores. Análisis jurídico procesal de la ley del menor infractor”, Corte Suprema de Justicia/Unión Europea, San Salvador, 2001

2.4.1 Menor infractor. Es todo niño o adolescente menor de dieciocho y mayor de doce años, a quien se le atribuye la comisión o participación en una infracción penal, el cual es sujeto de derechos y garantías plenas. Doctrinariamente a nivel internacional, el mismo termino “menor” ha sido debatido ampliamente, pues no todos consideran sea un término adecuado y prefieren la utilización de los términos niños o adolescentes, a nivel local, también se ha polemizado el hecho que el calificativo “infractor” otorgado por la Ley del Menor Infractor a los menores en conflicto con la ley penal, ha generado una visión errónea, que la ley penal en cuestión no castiga a los menores, o que se les trata de una manera muy suave cuando estos cometen delitos graves, es decir, se esconde la verdadera naturaleza y fines de la ley, el ser ley penal. La ley no da una definición de las personas que se encuentran sujetas (Art. 46 LMI), aunque si establece claramente quienes están comprendidos en esa categoría, circunscribiendo su ámbito de aplicación tal como lo establece el Art. 2 LMI.

2.4.2 Juez de Menores. Es el Funcionario Especializado establecido con anterioridad al hecho; este debe actuar de forma Imparcial e Independiente, dentro de un proceso penal de menores teniendo el poder deber de administrar justicia velando por los derechos de los menores infractores, sometidos al proceso penal minoril. La función del juez de menores en la actual legislación, esta divorciada a la idea que se tenia en el pasado de considerárseles que debían ser como “buenos padres de familia”, concepción del modelo tutelar que finalmente traía mas perjuicios que beneficios a los menores; la función del juez debe estar basada en los mismos cánones de actuación que los jueces penales de adultos, (con la salvedad de la especialidad del proceso minoril, su finalidad educativa, por ejemplo.) fundamentando sus resoluciones y valorando prueba cimentado en el

sistema de la sana crítica. Sus competencias están delimitadas en el Art. 42 LMI y dispersas también sus obligaciones en el cuerpo de la ley (Arts. 4, 5, 9, etc.)

2.4.3 Representantes del menor. Se entiende por estos a las personas responsables del menor sean o no sus representantes legales, pero que lo tengan bajo su cuidado, ya sea de forma temporal o permanente, estos están facultados para intervenir en todo el procedimiento Art. 47 LMI. Esta distinción entre representantes legales y simplemente responsables de los mismos, obedece a la situación real de desintegración de los núcleos familiares en nuestro país, pues resulta de lo más evidente que en muchos de los casos que ingresan a justicia juvenil, quienes se encargan del cuidado de los niños y jóvenes son parientes, que no poseen la calidad legal de representantes de los menores, pero esto no quiere decir que no se les deba incluir como parte del proceso, pues lo realmente importante en este punto es, determinar quien o quienes ciertamente se encarga de cuidar de los menores y se les debe de informar de la situación legal de estos.

2.4.4 Fiscal de Menores. Este actúa en el proceso penal de menores como representante de la Fiscalía General de la República, por ende del Estado, éste, está a cargo de la investigación de las infracciones penales atribuidas a un menor infractor, le corresponde la carga de la prueba, Art. 50 LMI. La función del fiscal no se puede limitar únicamente a presentar y mantener la acusación, pues los fiscales tienen la obligación constitucional de presentar pruebas de cargo y de descargo, es decir, que se le asigna una responsabilidad mayor a la que tiene un abogado acusador o querellante, pues estos solo responden a un interés de parte. Es por eso, que la ley del menor infractor le otorga a los fiscales de menores oportunidades para el ejercicio de la acción. Es importante señalar, que debido al principio de especialidad, es imprescindible que los fiscales a

cargo de los casos de menores tengan una preparación especial (o especialidad en la materia), pues una de las características que reviste este proceso es que para obtener el óptimo desempeño en el ejercicio de la acción penal, es que no se debe encargar los casos de menores a los fiscales que atienden los casos de los adultos, pues pueden desconocer la finalidad educativa del proceso de menores y como se interpretan diversas figuras jurídicas en este proceso especial.

2.4.5 Fiscal adscrito al tribunal de menores. En cada uno de los tribunales de menores que existen en el país se encuentran adscritos, las funciones son las mismas de los otros fiscales, pero tienen la obligación de velar por el respeto de los derechos humanos de los menores, en el desarrollo del proceso que se sigue contra estos; además, debido a su especialización y conocimiento del trabajo de los tribunales en los que prestan sus servicios, en muchas ocasiones sirven de asesores para aquellos que han sido específicamente asignados al caso que se ventila, su regulación la encontramos en el Art. 50 inc. 2° LMI.

2.4.6 Acusador o Querellante. En los delitos cometidos por los menores infractores no se aplica esta figura, que si regula el código procesal penal, debido a que el Art. 51 LMI dispone que la persona directamente ofendida, solo podrá participar en el procedimiento a efectos de la conciliación y del desistimiento, -aunque puede intervenir en las audiencias- esto nos quiere decir que, a pesar de las atribuciones que se les brinda en la ley a las víctimas o a los ofendidos, la responsabilidad de promover, mantener o renunciar la acción, es una atribución privativa de la Fiscalía General de la República, por lo que no se puede contemplar la participación de un abogado que funja como acusador particular o querellante.

2.4.7 Abogado defensor. Es el abogado que toma a su cargo los intereses de los menores acusados de un delito o falta, sin embargo, el que represente únicamente a una de las partes dentro de la litis penal, no significa que pueda valerse de todos los medios permitidos o no, para la defensa de sus patrocinados, pues debe funcionar como límite los dictados de la ética profesional y evitar en nombre de esa defensa excesos, que en nada contribuirían a cumplir los fines de la administración de justicia; La regulación del defensor dentro del proceso de menores la encontramos en el Art. 48 LMI.

2.4.8 Procurador de Menores. asume la defensa del menor si este no ha nombrado un defensor particular, por lo cual es conocedor del proceso especial al que es sometido el menor infractor, por lo que debe defender sus derechos de forma eficaz. La regulación de las atribuciones que poseen los procuradores dentro del proceso de menores se encuentra en el Art. 49 LMI. La función que el procurador de menores cumple dentro del proceso, debe ser igual de eficaz a la que cumpliría un abogado particular, es decir, sujetándose siempre a los límites de la ley y la ética, como la mejor defensa posible para su patrocinado menor de edad, por lo tanto, el que sea un funcionario estatal no debe ser interpretado como una defensa supletoria de menor nivel, en absoluto puede aceptarse que la defensa sea ejercida de manera deficiente; este punto debe ser complementado por una necesaria especialidad de los procuradores de menores, el no serlo representaría en sí misma una desventaja, al compararlo con la especialidad debida que se observa en los fiscales.

2.4.9 Víctima u ofendido. Es la persona directamente afectado por la infracción penal, ya sea su cónyuge, conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y adoptante o adoptado del ofendido, cuando este haya muerto

como consecuencia de esta. La inclusión como sujeto procesal obedece al rol activo que las modernas leyes penales otorgan a la víctima, esta no se limita a contemplar el fallo que emitan los tribunales de menores, o a rendir declaraciones, ya que su actuación en el proceso puede incluir desde la decisión de conciliar o no con su agresor y del desistimiento, Art. 51 LMI; aun más, aunque la ley del menor infractor no regula lo relacionado con los delitos, la acción pública previa instancia particular y de acción privada, con base al Art. 41 LMI, se puede aplicar supletoriamente con respecto a los delitos que enumeran los artículos 26 y 28 Pr. Pn; tomar como requisito de procesabilidad la denuncia de la víctima o de los ofendidos, sin la cual no se podría dar inicio al proceso, pero que no modificaría sustancialmente el proceso que se sigue contra los menores, es decir que sobre el régimen de la acción penal en el proceso penal de menores, en este trabajo de investigación ya se tomó una postura, que en ambos casos para poder iniciar, es necesario contar con la denuncia, una vez interpuesta se seguiría con el proceso; de no darse estos requisitos de procesabilidad, si ante un juez de menores se promueve acción por la fiscalía, este debe resolver dentro de las veinticuatro horas siguientes (Art. 73 LMI), que no es procedente iniciar el proceso, por la existencia de una causa legal que lo impide y se archivarán las diligencias, ya que la fiscalía no cuenta con la autorización de la víctima, no teniendo la facultad de promover acción; una vez promovida la acción el juez en base al Art. 38 letra “C” LMI, cesa el proceso por que la acción no podía iniciarse o por cualquier causa legal.

2.5 Principios que orientan el proceso penal de menores

Nuestro proceso penal de menores tiene su sentido propio y especial, por lo que no debe caerse en el error de orientarlo en el mismo sentido que un proceso penal de adultos ya que posee una finalidad diferente y un régimen jurídico especial, pero debe encaminarse

a un respeto de los derechos y garantías reconocidos a los menores infractores; con la explicación de estos principios se pretende dar una orientación sobre el sistema penal juvenil, en donde se reconoce al menor como un ser humano en desarrollo, a los cuales se les debe de respetar sus libertades, así como también estar protegidos ante el poder sancionador del Estado, al momento de ser señalados como infractores a una ley penal, debiendo de lograrse una interiorización tanto de las normas sociales como jurídicas, el menor debe de responsabilizarse de los actos cometidos, por ser un sujeto tanto de derechos como de obligaciones, por lo que se debe de comprender que la sociedad , familia y Estado le deben brindar una adecuada protección y cumplimiento a los derechos de los menores y con esta adecuada protección, el menor infractor pueda reintegrarse a la sociedad y a su familia, con lo que la sociedad pudiera ser menos violenta y mas civilizada, para lograr esa comprensión se comentaran los siguientes principios.

2.5.1 Principios relativos a la finalidad del proceso.

Con estos principios conoceremos la finalidad del proceso penal de menores para así poder analizar la calidad y eficacia de dicho proceso, por lo que se explican de la siguiente forma:

2.5.1.1 Principio de Adecuación de la Medida: establece, que la medida impuesta al menor infractor debe ser adecuada a su personalidad con una finalidad educativa, para el logro de ello, el juez cuenta con un equipo multidisciplinario que forman parte del tribunal de menores, el cual está compuesto por un psicólogo, un pedagogo y un trabajador social; esto se establece en el Art.44 de la Ley del menor infractor. Este equipo es el encargado de realizar un estudio sicosocial al menor, en todo procedimiento

se deberá ordenar dicho estudio, el cual deberá ser remitido al Juez de menores dentro de los quince días siguientes de ordenado por este, dicho estudio, es valorado por el juez, al momento de imponer una medida al menor infractor, pese a lo anterior el juez puede imponer una medida diferente a la recomendada por el equipo multidisciplinario, con la obligación de fundamentar los motivos en que sustenta su decisión; estas situaciones están reguladas en el Art.32 Ley del Menor Infractor; además de la adecuación de la medida a la personalidad del menor, se han establecido mecanismos de control y seguimiento a los resultados de la medida, que permiten la revisión y el cambio de las medidas por el no cumplimiento de la finalidad propuesta, o por ser contrario al proceso de reinserción social del menor, para el desarrollo de ello entro en vigencia el día 29 de junio de 1995 la Ley de Vigilancia y control de medidas al menor infractor, con la cual surge la figura del Juez de Ejecución de Medidas al Menor quien se encarga de vigilar y controlar las medidas impuestas por un juez de menores a un menor infractor, de la forma que mejor garantice los derechos de los mismos, por lo que deberá de revisar cada tres meses con la colaboración de un equipo multidisciplinario que forma parte del personal del juzgado de ejecución de medidas al menor, compuesto por lo menos de un psicólogo, un sociólogo, un trabajador social y un pedagogo; esta revisión es con el fin de constatar los objetivos para los que fueron impuestas las que el juez de ejecución de medidas al menor puede modificar, sustituir o hasta revocar por no cumplir con los objetivos para los que fueron impuestas por ser contrarias al proceso de reinserción del menor, pero en ningún momento esta modificación o sustitución puede ser mas gravosa, que la medida que originalmente se le había impuesto al menor infractor, por el juez de menores; esto lo encontramos regulado en los artículos 2,3,4,5,11 de la ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor, artículos: 16, 17, 14.2, 17.1, 23.2

de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia; en los artículos 5 literal d, m, n , ñ, 9,16,17,18,19 Ley del Menor Infractor.

2.5.1.2 Principio de Función Educativa del Proceso: el proceso penal de menores tiene una finalidad educativa; en tal sentido, el menor debe ser informado sobre el significado de cada frase, de cada una de las acciones judiciales, incluyendo la explicación y el sentido, las resoluciones jurídicas; en el Art. 5 lit. “g” de la ley del menor Infractor se contempla que todo menor sometido a esta ley, debe ser informado por el juez de menores de todas las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como de las razones ético sociales de sus decisiones, al menor infractor se le pretende hacer comprender el resultado de sus acciones y su situación jurídica, para no encontrarse en un estado de incertidumbre jurídica dentro del proceso penal juvenil y con ello lograr el fin educativo de dicho proceso, se trata de que las medidas sean tomadas en cooperación y consentimiento del menor, puesto que este debe ser comprendido tanto por la familia como por la sociedad por ser un ser humano en desarrollo de su personalidad, este principio lo encontramos en el Artículo 14.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, Art. 40 Convención de los Derechos Del Niño, Art.5 lit. “g”, “ i”, de la Ley del Menor Infractor.

2.5.1.3 Principio de Mínima Ofensividad del Proceso: indica que todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias. La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de vital importancia, de lo contrario, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas mayores, ya que es un ser humano en desarrollo, por lo que el control social formal, específicamente el sistema penal juvenil debe estar orientado en el sentido de que la situación jurídica del menor infractor

debe ser resuelta de la forma mas ágil en todas sus fases, tanto administrativa ante la policía, fiscalía, como la fase judicial ante los juzgados de menores y de ejecución, para así no ser sometido a ningún tipo de desgaste innecesario que pueda perjudicarlo, dicho principio lo encontramos regulado en el Art.5 lit. c de la Ley del Menor Infractor, Art. 40 b III Convención de los Derechos del Niño.

2.5.1.4 Principio de la no Estigmatización: establece la prohibición de cualquier tipo de publicidad del proceso; se respetara en todas las etapas del procedimiento el derecho de los menores de la intimidad, no seria beneficioso para el menor ser individualizado o señalado por la sociedad como delincuente, por cualquier medio que posibilite su identificación, conlleva a evitar la publicidad indebida del proceso, es por ello que el Art. 5 lit “b” de la Ley del Menor Infractor establece que, “a los menores deberá respetárseles su intimidad personal, por lo que no será objeto de publicación ningún dato que directa o indirectamente posibilite su identidad personal“; el Art. 25 de la misma ley establece “La Garantía de Discreción” la cual nos indica que todas las actuaciones tanto administrativas como judiciales deberán ser reservadas, salvo las solicitadas por las partes, por lo que tanto los jueces, partes, funcionarios, empleados y autoridades y personas que han intervenido en el proceso, deben guardar la discreción y reserva de los datos que podrían identificar al menor; en el Art. 30 de la misma ley prohíbe a la policía nacional civil, llevar antecedentes sobre las infracciones atribuidas a los menores. Este principio se encuentra regulado en los artículo 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; en los artículos: 8 y 21 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia y el Art. 373 del Código de Familia.

2.5.1.5 Principio de Especialidad: consiste en que todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de justicia de menores, deben tener siquiera una formación mínima y lo ideal sería que fuesen profesionales del derecho, especializados en el derecho de menores . La justicia para los menores debe ser ejercida por magistrados, el juez, los fiscales, la policía, procuradores y operadores judiciales especializados, para que así estén preparados para la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones referentes al derecho de menores, ya que si no se tiene un cierto grado de especialidad se puede llegar a una vulneración o violación del proceso y por ende a los derechos de los menores, el Art. 35 inc. 2° de la Constitución es la base fundamental del principio de especialidad, ya que los menores no podrán ser juzgados por el proceso penal común de adultos se establece un proceso especial, el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño constituye el principio de especialidad estableciendo los lineamientos especiales para tratar a los menores en conflicto con la ley penal, por ser el sector mas vulnerable de la sociedad, los cuales necesitan no solo sanciones, sino ayuda para poder reingresar en la sociedad y en su familia. Este principio se encuentra regulado en los Artículos: 2.3, 12 y 22 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, artículo 5.5 Convención América Sobre los Derechos Humanos; en los Artículos: 81, 82 y 85 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores Privados de Libertad; Art. 3 y 4 Ley del Menor Infractor.

2.5.2 principios rectores de la ley del menor infractor

Son aquellos que orientan la aplicación e interpretación de la ley del menor infractor, así como los principios que desarrollan la nueva normativa y las instituciones que se

creen para darle cumplimiento, estamos hablando de los principios que regularan los derechos y garantías sustantivas, procesales y de ejecución de medidas.

En el título preliminar, Art. 3, de la ley del menor infractor, se establecen los principios rectores que sustentan la normativa de menores; la protección integral del menor; su interés superior; el respeto a sus derechos humanos; su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad; son principios que vislumbran una aplicación de justicia diferente en beneficio del menor, principios completamente opuestos a la doctrina de la situación irregular que estamos abandonando, la cual parte de la filosofía de que el menor que delinque es un enfermo, a quien debe encerrarse por su peligrosidad y para tratar de curarlo.

2.5.2.1 Principio de la protección integral del menor: Supra Cáp. I (ver protección integral de los menores)

2.5.2.2 Principio del interés superior del menor (niño): Es aquella utilidad práctica jurídica integral, que como sujeto especial se le otorga al menor de edad, a fin de darle un tratamiento especial. Es aquella situación determinada de aprovechamiento o perjuicio, que debe predicarse de un sujeto especial, distinto, esto es, como un sujeto real, porque repercuten sus relaciones y actuaciones con los que los rodean, es autónomo y en desarrollo determinado.

Este interés superior del menor (niño), es un concepto que parece un tanto nebuloso, por lo que para su determinación clara se expone en cuatro campos¹³ :

¹³ Aplicano Cubero, Alejandro. CIPRODEH. “Los Derechos Fundamentales. Texto introductorio sobre derechos humanos fundamentales”. 1º edición. Editorial Guardabarranco. Tegucigalpa 1996. Pág. 211

- a) Que el interés superior del menor (niño) es un interés social de tal forma que se considera a aquel como parte de la sociedad y no puede entrar en contradicción el interés de una con la otra.
- b) El interés superior del menor (niño) no permite la violación del bien común, pues ello dañaría la integración ética y solidaria del niño en la sociedad.
- c) El interés superior del menor (niño) ha de tomar en cuenta el ejercicio del menor como sujeto de derechos y obligaciones.
- d) El interés superior del menor obliga a considerar las condiciones peculiares del mismo como persona en desarrollo, o sea, su realidad biológica, psicológica y social.

Se entiende por “superior” o “superioridad” aquella cualidad jurídica integral que hace que el interés jurídico del menor tenga supremacía, predominio o preponderancia sobre los intereses de los demás. Esta superioridad al ser integral es tanto formal como material. Es formal, en tanto predominio jurídico que se le da al interés jurídico del menor, frente a los demás intereses jurídicos, y material, porque refleja aquella preponderancia que en otros campos hay que darle al menor en su desarrollo. Por lo que existe un predominio jurídico de los intereses materiales reconocidos.

Para que pueda hablarse de “superioridad de un interés del menor”, se requiere tres elementos: interés jurídico, relación de intereses y predominio. Para hablar de ese interés superior es necesario que preexista ese **“interés jurídico”** en el menor. Todo menor como sujeto de derecho especial que es, tiene un interés jurídico actual o en desarrollo (educación, salud, entorno familiar, etc.), no solo tanto en su actual personalidad, sino también en su máxima conformación, por ello, dicho interés es siempre superior. Pero si en una determinada situación no existe dicho interés, no puede hablarse de superioridad,

pues imposible hablar de predominio frente a los demás respecto de un interés jurídico, aunque si lo pueda tener en otro aspecto. El carácter superior no puede predicarse, ni mucho menos cuando no existe el interés concreto, por cuanto la simple minoridad es insuficiente. Es decir, que la superioridad no se otorga al menor por el simple hecho de serlo, sino también porque, además, tiene un interés jurídico concreto. En otros términos, lo “superior” no es el menor simple y llanamente, sino que lo superior es el “interés perteneciente a ese menor”. Además, debe existir una **relación del interés del menor** con otros interés, en tanto que el menor de edad es un sujeto jurídico en desarrollo, de cuya construcción alguien debe responder para el beneficio de él y de la sociedad entera, resulta explicable que respecto de los menores de edad, siempre exista una relación entre el interés jurídicos de estos y el o los intereses jurídicos de otros, evento en el cual, aquel, será superior. Es decir, este interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otro interés, se impone el predominio de aquel. El interés del menor es superior si es predominante o dominante frente a los demás, esto es, que giran alrededor de aquel. **Predominio o dominio** no es más que una consideración especial de cualquier tipo establecida a favor del desarrollo de la personalidad del menor, frente a la correspondiente de los demás, este principio lo encontramos contemplado en los Art.3 de la Convención de los Derechos del Niño, Art. 2 Declaración de los Derechos del Niño; y 3y 18 de la Ley del Menor Infractor.

2.5.2.3 Principio del respeto a los derechos humanos del menor: En la doctrina se a sostenido que, al menor de edad se le debe de aplicar todas las garantías que concede el derecho penal a los mayores, ya que estas son consustanciales al equilibrio entre el Estado y las personas, no habiendo diferencia alguna entre mayores y menores. El menor es persona y con todos los derechos, garantías y libertades inherentes a ello. En tal

sentido, el menor nunca puede quedar en peores condiciones frente al poder coactivo del Estado que un mayor en relación a la infracción de una disposición de índole penal, por razones de edad. Los instrumentos internacionales reconocen la dignidad intrínseca de las personas, y la existencia de derechos iguales e inalienables pertenecientes a todos los miembros de la familia humana, y que en la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales, por lo que un sistema jurídico nacional debe reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para lograr su formación integral y reinserción en su familia y en la sociedad, así como también, regular los conflictos jurídicos derivados de una infracción penal cometida por este, respetándole todos sus derechos y garantías, o de la posible colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades y las políticas públicas en relación a la infancia, que mediante el interés superior del niño prevalezcan los derechos de los niños, en relación a los demás intereses que podrían colisionar con este; el principio lo encontramos en el Art. 3, 4, 5 de la Ley del Menor Infractor.

2.5.2.4 Principio de formación integral del menor: significa, que debe buscarse el pleno desarrollo físico, la educación y la socialización del menor de edad. En esta perspectiva, los Estados reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. También, reconoce el derecho del niño a la educación, que debe ser encaminada a desarrollar la personalidad, las actitudes y la capacidad mental y física del menor, hasta el máximo de sus posibilidades, inculcar al niño el respeto de los

derechos humanos y libertades fundamentales, y preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad.

El Art. 34 y 35 inc. 1 de la constitución establece que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado., este creara las instituciones para proteger a la infancia estas instituciones son el Instituto salvadoreño de la niñez y la adolescencia y los Juzgados de Familia deben otorgar una protección a los menores, esto se establece en el Código de Familia, en los artículos 344 al 388.

2.5.2.5 Principio de la reinserción en su familia y en la sociedad: consiste en que todo niño a quien se le alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración, y que este asuma una función constructiva en la sociedad; es decir, que se busca que el menor interiorice las normas básicas, en las cuales se fundamenta la sociedad y a través de esta inducción de normas, se logre no solo una comprensión de las mismas, sino su cumplimiento en el futuro, convirtiendo al joven de “problema social” a un miembro coherente con su sociedad.

En la Constitución de la Republica (Art. 32) se establece la obligación del Estado a fomentar la integración de la familia y ya que el menor es un ser humano en desarrollo, forma parte tanto de la familia como de la sociedad, que es de interés de toda la sociedad

el correcto desarrollo de los menores de dieciocho años y por ello el estado mediante el control formal, específicamente el sistema penal juvenil, debe de guiar a este menor infractor a reintegrarse tanto en su familia, por ser esta la base fundamental de la sociedad, como a la misma sociedad, como un miembro útil de esta. Este principio lo encontramos en: Art.39, 40 Convención de los Derechos del Niño; Art.3 LMI.

2.5.3 Principios protectores de la libertad

Están dirigidos a garantizar el derecho de la libertad que posee el menor dentro de un proceso penal, para evitar cualquier tipo de manipulación y restricción ilegítima a un menor infractor.

2.5.3.1 Principio de legalidad: Este va encaminado a los mecanismos de control social bajo el control de la ley, que un menor no puede ser detenido o limitado en su libertad por conductas que no se encuentren previamente establecidas en la ley, como una infracción penal, así como la imposición de las medidas; ya que deben estar previamente establecidas en la ley. No hay delito, ni medida sin ley, este principio comprende las siguientes garantías:

- a) Garantía Criminal (Nullum Crimen sine Lege): esta garantía nos indica que para que la acción u omisión de una persona (el menor) sea considerada constitutiva de delito debe estar previamente establecida en la ley como delito; Art.5 literal, 1, de la Ley del Menor Infractor.
- b) Garantía de la Pena (Nulla Poena sine Lege): esto implica que no hay pena sino ha sido previamente establecida al hecho en la ley como tal, esto conlleva a que ningún menor puede ser sometido a ninguna medida que no este contemplada con anterioridad al hecho.

- c) Garantía Jurisdiccional: indica que para que un menor infractor pueda ser sancionado con una medida debe de existir un juez de menores previamente establecido. para que éste, mediante un procedimiento legalmente regulado imponga una medida previamente establecida.
- d) Garantía de la Ejecución de la Medida: con esta garantía se establece que la ejecución de las medidas deben ser conforme a la normativa previamente establecida, la cual es la Ley de Vigilancia y control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor, donde se establece la normativa pertinente.

Para tener una mejor comprensión del principio de legalidad es conveniente hacer las siguientes consideraciones:

- 1) Lex Praevia: lo que significa la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan los nuevos delitos o agravan su punición, ya que si al momento del hecho no se encontraba en vigencia la ley que crea el tipo o agrava la pena ya existente, no podrá el juez aplicarla al infractor; en el Art.21 inc.1 de la Constitución establece que la ley no tendrá efectos retroactivos y se menciona que, salvo en materia penal, cuando la nueva ley sea mas favorable al imputado.
- 2) Lex Scripta: establece que se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, reconociendo la ley como única fuente de los delitos y las penas.
- 3) La Lex Stricta: excluye la analogía como fuente del derecho penal y se le exige a este un grado de precisión al momento de describir el tipo penal.

El principio de legalidad sirve como limite al poder punitivo del Estado, por lo cual, es un instrumento jurídico con que cuenta el menor frente a éste.

2.5.3.2 Principio de jurisdiccionalidad: La jurisdicción es una sola; no pueden existir jurisdicciones especiales autónomas la jurisdicción de menores debe estar adscrita al poder judicial. En consecuencia, el órgano judicial de menores debe estar recogido por los principios de juez natural, independencia e imparcialidad.

A) Juez Natural: esto indica que el juez debe estar previamente establecido al hecho a juzgar.

B) Imparcialidad : el juez no debe de favorecer a ninguna de las partes, sino que debe valorar los hechos y aplicar el derecho.

C) Independencia Judicial: de acuerdo con este principio, los jueces son, en cuanto el ejercicio de sus funciones y para la aplicación del derecho al caso concreto, independientes de todos los demás Órganos del Estado.

La doctrina distingue dos ámbitos de independencia judicial, en primer lugar lo que se denomina la “independencia externa”, que exige que el juez no dependa de ninguno de los otros poderes del Estado. En segundo lugar, lo que se ha llamado la independencia interna, es decir, la independencia respecto a todo organismo superior dentro del propio Órgano Judicial.

La independencia no significa el total arbitrio del juez . Tiene dos limites : primero es el Derecho, previsto en el ordenamiento jurídico, y que él debe limitarse a interpretar y aplicar a cada caso concreto que se presente; el segundo son los hechos dado que es el juez quien debe valorar los hechos para aplicar el derecho.

2.5.3.3 Principio de presunción de inocencia: Todo menor acusado de una infracción a la ley penal se presume inocente hasta que se compruebe su responsabilidad (Art. 12 de la Constitución; Art. 5 lit. h, de la ley del Menor Infractor), como consecuencia de este principio la ley del menor infractor limita la imposición de la medida de internamiento provisional, ya que las medidas contenidas en el Art.8 de la misma, pueden ser ordenadas por el juez de menores de forma definitiva o provisional (artículo 9 inc. 2).

Los menores por presumirse inocentes deben ser tratados como tal, por lo que no se le debe de restringir sus derechos de forma antojadiza, pero si debe de asegurarse la justicia; es por ello que la medida de internamiento es la excepción; la presunción de inocencia lo encontramos en el Art. 40 Literal b, romano I Convención de los Derechos del Niño.

2.5.3.4 Principio de excepcionalidad de la detención: La detención provisional o definitiva ha sido consagrada como ultimo recurso. El juez debe justificar la imposición de la medida, señalando además en cada caso en particular, que no es posible imponer otra de las medidas alternativas de que dispone en el Art. 8 de la Ley del Menor Infractor. Igualmente, el juez, debe definir con precisión la duración de esta medida; este principio lo encontramos en el artículo 5 lit. e, h, que establece que el menor no deberá ser ingresado institucionalmente, sino mediante orden escrita del juez competente, como medida excepcional y por el tiempo mas breve posible.

2.5.3.5 Principio de la inviolabilidad del derecho a la defensa: La ley del menor infractor reconoce que el menor tiene derecho a la asistencia de un abogado, durante todo el proceso, que garantice el respeto a sus derechos a la presencia de sus padres,

quienes deben estar informados desde el momento de la detención y durante todo el proceso; a aportar pruebas, a ser escuchados, a apelar las decisiones de los jueces y a solicitar la revisión de las medidas; Art. 5 lit. h, j, n, de la Ley del Menor Infractor; Art.40 Convención de los Derechos del Niño.

2.5.3.6 Principio de legalidad y control judicial de la ejecución de las medidas: este principio conlleva al desarrollo de mecanismos de control judicial de las medidas privativas y no privativas de libertad, impuestas a los menores por los jueces de menores, garantizar el respeto a los derechos de los menores privados de libertad, garantizar el debido proceso para la aplicación de sanciones disciplinarias al interior de los regimenes de internamiento; para cumplimiento de este principio esta vigente desde 1995, la ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor.

2.5.4 Principios relativos a la responsabilidad

Estos principios están orientados a lograr la responsabilidad del menor, y de su ambiente de vida y relación con éste, se reconoce que el sistema de justicia penal es solo una parte de un sistema mas amplio de protección de los menores, y como tal, la administración de justicia de menores debe colocarse al interior de una amplia política social. Por lo que debe tener un estrecho enlace con el sistema de protección social, así mismo, asumir el principio de responsabilidad del menor no significa someter a los menores a la jurisdicción penal de adultos, todo lo contrario, se trata de reconocer que la reinserción social esta siempre ligada a la conquista de una identidad personal y social positiva, a través de la recuperación de la autoestima. Nadie esta definido solo por si mismo sino por las relaciones sociales y por la consideración que de cada uno se tiene en su medio de vida; quien quiere defender su estimación social muy difícilmente infringirá

las reglas sociales, todo lo contrario sucede con los que nada tienen que defender de su ser social.

2.5.4.1 Principio de responsabilidad por el hecho: Enunciado este principio se debe rechazar toda forma de derecho penal de autor y se mantiene solamente el derecho penal del acto. No es posible derivar responsabilidad penal alguna de las características personales, sino únicamente de las características del acto, este principio es contemplado en la Convención de los Derechos del Niño en su Art. 40 literal “a” , ya que no se debe alegar que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni acusarse o declararse culpable de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estén prohibidos por la leyes nacionales o internacionales al momento del hecho, este principio es retomado en el Art. 5 literal “c” de la Ley del Menor Infractor, en donde nos establece que el menor sometido al régimen de esta ley, será con fundamento sobre las bases de la responsabilidad por el acto, El menor solo puede ser sometido a las medidas previstas en esta ley, por hechos constitutivos de delito o falta, previamente definidos como tal en las leyes penales; en concordancia con el Art. 1 de la Ley del Menor Infractor nos dice en el literal “a”: que la presente ley tiene por objeto regular los derechos del menor a quien se le atribuyere o declarare ser autor o participe de la comisión de una infracción penal, que puede ser o un delito o una falta y el literal “c”: determinar las medidas que deben aplicarse al menor que hubiere cometido una infracción penal; ya que el menor debe de haber realizado una acción u omisión que constituya una infracción penal preexistente en las leyes penales, para así poder ser sometido al sistema penal juvenil.

2.5.4.2 Principio de oportunidad: este lo define Gimeno Sendra como “ La facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer de determinadas condiciones, de su

ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.”¹⁴ Por lo que se deben de utilizar otras medidas que contribuyan a la solución de los conflictos penales, para descongestionar el sistema penal juvenil y así contribuir a su finalidad educativa; mediante la aplicación supletoria, establecida en el artículo 41 de la Ley del Menor Infractor, se pueden aplicar vía supletoriedad los criterios de oportunidad establecidos en el Art.20 del Código Procesal Penal, por lo que los fiscales de menores encargados de promover la acción en el proceso penal de menores, pueden aplicar dichos criterios de oportunidad; en la Ley del menor Infractor se consagra una manifestación del principio de oportunidad, en el artículo 70, al establecerse como salida anticipada del proceso penal de menores que, el fiscal de menores podrá renunciar de la acción por hechos tipificados en la legislación penal como faltas o delitos, sancionados con pena cuyo mínimo no exceda de tres años, valorando las circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño y si esta fuera total la fiscalía debe renunciar a la acción, con lo que se da por terminado anticipadamente el proceso penal juvenil; El principio de oportunidad se considera como la excepción, siempre y cuando su aplicación se considere útil y esté regulada en la ley; en nuestro proceso penal de menores, este principio es útil, porque los menores deben de ser educados ayudándoles a su correcto desarrollo como personas, por lo que se hace necesario no someterlo a ningún tipo de desgaste innecesario, brindándoseles la oportunidad de no ser sometidos al trámite judicial, que podría ser perjudicial en su desarrollo.

2.5.4.3 Principio de Adecuación de la respuesta a la personalidad del menor: la adecuación de la respuesta penal a la fase evolutiva de los jóvenes, ha implicado la

¹⁴ Armenta Deu, Teresa. Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, ppu, Barcelona, 1991, Pág.23.

introducción de criterios y medidas en la ley, además de tener en cuenta la gravedad del hecho cometido, considerando las condiciones familiares, personales y sociales del menor. La ley consagra amplias y flexibles medidas, dotadas de contenido educativo (Art. 8 Ley del Menor Infractor), es por ello que en los juzgados de menores se encuentran equipos multidisciplinarios, que se encargan de dar un dictamen sicosocial del menor infractor, donde se consideran tanto las circunstancias familiares, personales y sociales (Art. 32 de la misma ley), y es el juez de menores quien debe de valorarlo al momento de imponer una medida; en el Art. 9 de la misma ley nos establece que las medidas deben tener una finalidad educativa; al juez de menores en el Art. 37 de la ley del Menor Infractor, se le faculta para que en base al grado de responsabilidad del daño causado y la reparación del mismo y que la sanción que tiene el delito o falta en la legislación penal sea inferior a tres años, podrá citar a las partes a una audiencia común y con el acuerdo entre las partes, remitir al menor a programas comunitarios, pero se podrá remitir solo con el acuerdo entre las partes, sino existiere acuerdo, se continúa con el proceso.

2.5.4.4 Principio de la participación de la víctima: la ley permite el establecimiento de relaciones entre el menor con la víctima y con el daño causado. Esta relación es un elemento para afianzar una actitud de responsabilidad, que permita restituir o compensar en concreto el daño social o individual. La Conciliación, el desistimiento del ofendido, son mecanismos para lograr esta finalidad; esto se contempla en el Art. 51 de la Ley del menor Infractor; tiene su razón de ser, ya que el derecho penal debe ser utilizado como Ultima Ratio para la solución de los conflictos de la sociedad. Cuando la víctima y el menor Infractor solucionan sus diferencias por acuerdo entre ellas, es beneficioso al

menor, para que éste se responsabilice de sus actos frente a la víctima y con ello no ser sometido a desgastes innecesarios para el sistema y para el menor.

Con todos los principios estudiados en este capítulo se debe de comprender que, el derecho penal de menores tiende a ser un mecanismo para lograr el correcto desarrollo integral del menor, en conflicto con la ley penal y no afectarlo en su formación como persona, ya que se les reconoce los mismos derechos y garantías que a los adultos sometidos a un proceso penal, pero a la vez, se les reconocen ciertos derechos que les son propios por su condición de ser humano en desarrollo de su personalidad, por lo que se les tutelan, por ejemplo: el derecho a un entorno familiar, a la no separación de sus padres, juego y recreo, adopción etc. El menor sometido al sistema penal juvenil siempre responde ante la sociedad por la comisión de una infracción penal (delito o falta), pero el Estado tiene la obligación de velar por los derechos y garantías reconocidos a los menores infractores; los jueces de menores son funcionarios del Estado y lo representan a este en la administración de justicia juvenil, por lo que ellos son llamados a velar por el respeto a los derechos y garantías reconocidos a los menores en conflicto con la ley penal.

III. La celebración Heterogénea de una Audiencia en la fase Inicial del proceso de menores.

3.1 Perspectiva jurídica de los Jueces de menores.

Este es el primer segmento del universo al cual se realizaron entrevistas, para responder a los planteamientos de la investigación; se entrevistaron los jueces de menores primero y cuarto de San Salvador, además los jueces de menores de Soyapango, Cojutepeque, San Vicente, y Chalatenango; quienes como aplicadores de la ley y principales actores del sistema de justicia juvenil, pueden aportar respuestas que sean lo más explícitas posibles; y por la importancia de sus opiniones, analizando y comparando sus respuestas.

Las respuestas obtenidas, con referencia al tiempo de experiencia que tienen en la conducción de los tribunales de menores; la experiencia con que cuentan oscila entre los tres y los siete años, lo que refleja un apto conocimiento acerca del proceso penal de menores, experiencia obtenida en el desempeño de su labor. Sin embargo, esta experiencia no es garantía de la exactitud de sus respuestas, lo cual se comprobó al analizar estas frente a las interrogantes que se les plantearon.

3.1.1 Diferencias procesales en los procedimientos penales aplicados, a los adultos y a los menores.

La mayoría de los entrevistados coincidió, en que las principales diferencias del proceso penal de menores con el de adultos son:

El término para el agotamiento del plazo de investigación. El plazo de la investigación en el proceso penal de menores puede tener como duración treinta días,

prorrogables hasta treinta días más y excepcionalmente treinta días más; promovida la acción inicia el trámite judicial (denominado así en la ley del menor infractor, Título II, Capítulo VI, sección segunda), esta no excederá de treinta días, por lo que el proceso penal de menores dura como máximo noventa días, y excepcionalmente ciento veinte días; y, en el proceso de adultos que se constituye de cinco fases separadas, el término de la Instrucción es mucho más amplio: la instrucción puede durar seis meses, prorrogables.

El régimen de garantías: La aplicación del sistema de garantías no acaba con solo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones anteriores de menores, con respecto a este punto, la autora Mary Beloff dice: “La comunidad internacional aprendió una dolorosa lección con el caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño en los estados unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960; en el pacto de ampliación de ciudadanía a los americanos excluidos, los últimos en llegar a esta conclusión fueron los niños. El precio que pago la infancia en los estados unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente el ser tratados igual que los adultos; este es el motivo real por el que los estados unidos no ratifican la CDN. Así, por ejemplo el sistema norteamericano permite la ejecución de personas menores de 18 años. Pero la CDN no quiere decir esto, no pretende que los estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto... La pregunta es entonces que significa ser sujeto de derecho en el marco de la CDN. Significa que niños y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los adultos que gozan todas las personas mas un **extra** de derechos específicos que se motiva en su condición de personas que están creciendo. Ni media persona , ni persona incompleta, ni incapaz, simplemente se trata de una persona en las

circunstancias de estar creciendo”¹⁵. La constitución establece la igualdad en los derechos de adultos con niños, igual lo hace el código procesal penal en su Artículo 18 y la ley del menor infractor en su artículo 5.

Los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal de menores, poniéndose de manifiesto como ejemplo: no se admite la figura de la querrela en los procesos de menores (Art. 51 LMI); es decir, la totalidad de la muestra respondió: que efectivamente existen marcadas diferencias, aunque sus respuestas no fueron idénticas y cada uno señalaba otras diferencias que no habían sido señaladas por los otros jueces, la coincidencia en estos aspectos antes señalados fue notoria en la mayoría de las respuestas.

3.1.2 Audiencia inicial.

De las respuestas obtenidas se puede resumir en una definición de lo que los entrevistados conciben como Audiencia Inicial, es vista como un acto de carácter procesal, cuyo objeto es definir la situación jurídica de las personas a las que se les atribuye el cometimiento de una infracción penal, señalan la importante valoración de las diligencias iniciales de investigación realizadas por la Fiscalía General de la Republica y la cual debe ser realizada obligatoriamente por un agente fiscal, especializado en el área de menores infractores; otros aspectos mencionados son: la discusión de una medida cautelar a aplicar, especialmente cuando se considera la aplicación de una medida privativa de libertad, como lo es el internamiento, esto justifica la realización de una audiencia en la etapa inicial del proceso de menores.

¹⁵ Beloff, Mary. “Revista Justicia y Derechos del niño”. *En AAVV* “Responsabilidad penal juvenil y Derechos Humanos”. Pág. 81

3.1.2.1 Formalidades que se observan en la realización de la audiencia inicial en los procesos de menores.

En las respuestas obtenidas se observa que los Juzgados de menores si realizan una audiencia, pero, sobre si esta merece el nombre de inicial (entendida como equivalente a la que se realiza en el proceso penal de adultos), dista mucho de la realidad, que en verdad pudiera llevar ese calificativo, por que muchas de la fases que conforman las audiencias de adultos son obviadas, teniendo preponderancia otras, así: en algunos tribunales, la denominación “audiencia de información de cargos”, refleja cómo entienden la audiencia que realizan; otros tribunales sí realizan una audiencia como la establece el código procesal penal, pero emplean denominaciones diferentes, según los resultados obtenidos, los juzgados de San Salvador han abandonado la denominación, que parece fue común al inicio por los juzgados de menores del país, ellos respondieron: la audiencia que celebraban es en realidad una audiencia inicial y como tal es llamada. La realización de la audiencia se basa en el respeto del principio de igualdad, el derecho de defensa y la garantía de audiencia , aunque no todos coincidieron en el mismo fundamento; los aspectos fundamentales señalados para permitirse celebrar una audiencia inicial en el proceso de menores, son básicamente los mismos y los tres apuntados al principio, salieron a relucir en cada una de las respuestas.

Con respecto a las diferencias en el proceso de menores, un ochenta por ciento manifestó que existen diferencias, tales como: los sujetos procesales y las posibles salidas alternas; por otro lado, el veinte por ciento manifestó que en el proceso penal de menores no se celebra una audiencia inicial , sino una audiencia de información de cargos, que es donde radica la principal diferencia, de lo cual no dieron mayores explicaciones. Esto confirmó lo que se había señalado anteriormente, que existe una discrepancia en la

concepción de la audiencia celebrada en la fase inicial del proceso de menores, Los tribunales de menores de San Salvador y algunos otros de las ciudades principales tienen claro que la audiencia que realizan debe ser en forma y contenido similar a la que se realiza en la fase inicial del proceso de adultos; sin embargo en los tribunales de menores de otras cabeceras departamentales del interior del país (Chalatenango, San Vicente), no se coincide en esto, por que para algunos de ellos la audiencia de revestir la forma de una audiencia de “información de cargos”.

3.1.2.2 Objetivos que buscan los tribunales de menores al celebrar una audiencia en la fase inicial del proceso de menores.

Los principales objetivos que se persiguen al celebrar una audiencia inicial, según los tribunales de menores son: la Garantía de audiencia, el Derecho de defensa y el principio del contradictorio, la legalidad de las diligencias de investigación, la discusión de la imposición de una medida cautelar y el principio de legalidad del proceso. De las respuestas obtenidas, noventa por ciento dice realizar la audiencia inicial, y un mínimo diez por ciento que no contestó, por que considera que no es audiencia inicial, sino mas bien una audiencia de información de cargos. Las respuestas que más resaltaron, mencionadas como objetivos de la audiencia están: el informar a los menores inculcados cual es su situación jurídica, y la que se mencionó mas incesantemente fue la discusión de la aplicación de una medida cautelar, la cual aparece identificada como el principal objetivo, para la celebración de una audiencia en el inicio del proceso que se les sigue a los menores. Por otro lado aquellos que no celebran la audiencia inicial como tal, pero realizan una audiencia de información de cargos, la limitan a informar a los menores inculcados cual es la imputación instruida en su contra y este es el objetivo perseguir con la celebración de una audiencia al inicio del proceso de menores.

3.1.2.3 Fundamentos Jurídicos que sustentan la implementación de una audiencia en la etapa inicial del proceso de menores.

Las respuestas obtenidas, coinciden en manifestar que las garantías y derechos fundamentales a respetar con la realización de la audiencia inicial son: la garantía de audiencia, como núcleo primario de la realización de una audiencia, haciendo hincapié en el hecho que, cualquier menoscabo a los derechos, o la libertad de los menores deben ser obligatoriamente discutidos en una audiencia; muy relacionado con la discusión de medidas cautelares propias de esta etapa del proceso se hace evidente la necesidad de velar por el derecho de defensa material, es la que ejerce la propia persona a quien se le imputa la comisión de un delito, y la defensa técnica, es la que ejerce un profesional del derecho; un abogado a favor de la persona inculpada; otro punto tomado en cuenta por los jueces es el interés superior del menor, un principio que rige todas las acciones judiciales en materia de menores; además, no menos importante resulta el principio de igualdad, regulado en la Constitución de la República y que es la base para la aplicación supletoria de la audiencia; es decir, el cómo se hace para trasladar la figura de esta audiencia del proceso de adultos, al contemplado en la LMI.

3.1.2.4 Celebración heterogénea de la audiencia inicial en el proceso de menores.

Para saber cómo se celebra la audiencia inicial en el proceso de menores, se debe conocer si existe una base establecida en la ley de la materia, y luego, cómo se cumple, para responder a lo primero, se tiene que, todos son concordantes en manifestar que no existen disposiciones expresas en la Ley del Menor Infractor, que regulen una audiencia en la fase inicial anterior a la audiencia preparatoria; pese a lo anterior, manifiestan que, el artículo 5 LMI establece los Derechos y Garantías Fundamentales del menor sujeto a la ley del menor infractor; el Art.4 habla de la interpretación y aplicación de las normas

en materia de menores, ambos permiten que usando la aplicación supletoria que regula la ley del menor infractor en el Art. 41 (LMI) se puedan emplear las disposiciones referentes a la audiencia inicial, establecidas en el Código Procesal Penal, con lo cual se faculta a los jueces de menores para celebrar dicha audiencia inicial. Esta similitud de las respuestas obtenidas de los jueces, hace que, determinar una respuesta a esta pregunta sea fácil por que el nivel de coincidencia en la respuesta no es por casualidad; la existencia de un problema en la aplicación de la ley es evidente y los aplicadores de justicia responden de forma similar al problema.

El segundo aspecto de la celebración de la audiencia inicial, parte del punto si esta se celebra tal y como lo regula el código procesal penal; en primer lugar, todos los operadores del sistema aducen, que para la solución al problema generado de la discusión para la aplicación de las medidas cautelares al inicio del proceso, se emplea supletoriamente la audiencia inicial del proceso de adultos, utilizando el Art. 41 LMI. todos coincidieron en manifestar que: el desarrollo de la audiencia inicial puede variar de acuerdo al tribunal que la realice, aunque el objetivo sea, el mismo, la discusión de una solución anticipada, aplicación de un criterio de oportunidad a la acción penal, y la discusión de una medida a aplicar, no obstante aceptan que se celebre o deba celebrarse una audiencia inicial, algunos requisitos de forma pueden depender de cada Juzgado, la principal causa que se identifica es, la inexistencia de una regulación específica para la celebración de la misma, si bien el Art. 41 LMI permite la celebración de una audiencia no es taxativa sobre el procedimiento a realizar, ni de las formalidades que de la inicial deben obligatoriamente observarse; la diferencia parte de la concepción misma de lo pretendido como objetivo: el por qué se celebra una audiencia en esa etapa del proceso. Consideramos...

La celebración heterogénea de la audiencia en la fase inicial del proceso de menores, tiene consecuencias y el determinarlas por si mismas, tiene un efecto positivo, no sólo para la investigación, sino también para la concientización de los administradores de justicia, de la necesidad de equiparar la realización de las audiencias en los procesos de menores, es importante dilucidar cuáles son las consecuencias generadas por no realizar las audiencias de una forma igual de juzgado a juzgado; de las respuestas obtenidas, el veinte por ciento, manifestó que efectivamente, la celebración heterogénea de la audiencia inicial atenta contra la seguridad jurídica de las personas y el ochenta por ciento manifestó que no se vulnera la seguridad jurídica de las personas , cuando varían únicamente meros requisitos de forma y no de fondo.

3.1.3 Instrumentos jurídicos que brindan una solución rápida al proceso de menores contemplados en la ley del menor infractor.

Un punto importante de la investigación se encuentra en la posibilidad de concebir a la audiencia inicial, como el momento procesal en el cual se le ofrezcan al menor las diferentes salidas alternas que establece la ley del menor infractor: La conciliación, la remisión; es factible y necesario el ofrecer a los menores salidas alternas en esta etapa procesal, los entrevistados coinciden en que en la referida audiencia, (ya la conciban como audiencia inicial o audiencia de información de cargos), existe la posibilidad de aplicar las salidas alternas reguladas en la Ley del Menor Infractor en su artículo treinta y seis; algunos también afirman que es posible la utilizar las salidas alternas del proceso penal de adultos, además de la aplicación de un criterios de oportunidad o sobreseimientos.

Sin embargo, esta última afirmación no es uniforme, las consideraciones que se hacen en el sentido de considerar que el sobreseimiento, los criterios de oportunidad y la desestimación, pueden ser aplicados supletoriamente; no son aceptadas por la totalidad de juzgadores de menores y en el caso de los criterios de oportunidad, ni siquiera son considerados como verdaderas salidas alternas del proceso penal, (los criterios de oportunidad que son considerados por algunos autores, como mecanismos de represión delictiva y no como verdaderas salidas alternas); se detecta entonces un problema en que se necesita unificar criterios de parte de los Jueces de Menores.

3.1.4 Regulación expresa de una audiencia inicial en el proceso de menores.

El noventa por ciento de los entrevistados manifestó: la regulación expresa de la audiencia inicial en la Ley del Menor Infractor, sería la mejor forma para solucionar el problema de la celebración heterogénea de dicha audiencia; las consideraciones del por qué, son muy diversas, pero la coincidencia es indiscutible, cuando responden que ven realmente necesario que se regule la audiencia, por el problema que se genera, de no encontrar una celebración homogénea de esta audiencia. Por otro lado el veinte por ciento manifestó: no debería regularse puesto esta es en contra de los principios rectores del proceso, ya que en el proceso penal de menores se realiza una audiencia de información de cargos, no una audiencia inicial, por ejemplo el juzgado de Chalatenango, en el cual se considera innecesaria una regulación de forma similar a la audiencia inicial de adultos, pero no objetan la necesidad de celebrar una audiencia en la fase inicial del proceso de menores.

Efectivamente, es necesario regular expresamente en la Ley del Menor Infractor el desarrollo de la audiencia inicial propia del proceso penal de menores; sin embargo la

diferencia en esta tendencia en los criterios parece depender de la ubicación espacial; los juzgados del área metropolitana de San Salvador si coinciden en la necesidad de una reforma a la ley del menor infractor, para unificar la forma de desarrollo de esta audiencia; a pesar de esas opiniones a favor de una regulación expresa, algunos juzgados del interior del país, especialmente del área paracentral (ejemplo el juzgado de menores de chalatenango), no ven conveniente la regulación de dicha audiencia, porque seria contraria a los principios rectores de la LMI contenidos en su Art. 3. LMI.

3.2 Perspectiva jurídica de los fiscales y procuradores respecto ala celebración de una audiencia en la fase inicial del proceso de menores.

Como segundo componente del universo a investigar, se entrevisto una muestra aleatoria de fiscales de menores, y de procuradores que ejercen la defensoría penal juvenil, se ha tratado de hacer un resumen de las respuestas obtenidas, agrupándolas en categorías, que demuestren de forma gráfica cómo los operadores del sistema penal juvenil ven el problema de investigación que se les formuló; se trata a la vez, de analizar e interpretar los datos obtenidos para un mejor resultado en los objetivos de la investigación.

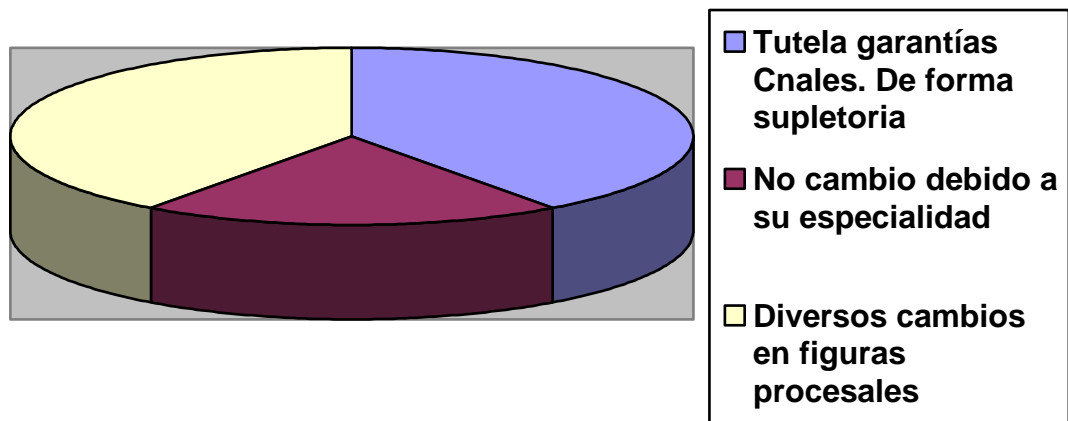
3.2.1 Cambios que sufrió la ley del menor infractor con la entrada en vigencia de los nuevos códigos penal procesal penal.

El cuarenta por ciento opina que: vía supletoriedad se reconocen los mismos derechos y garantías a los menores y a los adultos, reconocidos en los nuevos cuerpos legales, pero a pesar de ello, en la ley del menor infractor no se encuentran planteados de forma expresa garantías que si contempla el código procesal penal: la garantía del juicio previo ó garantía de audiencia (Art. 1), legalidad del proceso (Art. 2), presunción de inocencia (Art. 4), In dubio pro reo (Art. 5), etc. El veinte por ciento opina: no se ha sufrido ningún

cambio, puesto, que la especialidad de la ley del menor infractor, se manifiesta como una limitante para la entrada en vigencia la modifique de forma alguna; el cuarenta por ciento opina: se sufrió un cambio en cuanto a la inclusión de figuras jurídicas y procedimientos en los nuevos códigos penal y procesal penal, las cuales por supuesto son aplicadas vía aplicación supletoria.

Cambios en la ley del menor infractor con la entrada en vigencia de los nuevos códigos penal y procesal penal.

informantes claves	Tutela garantías Cnales. de forma supletoria que no están en el texto de LMI.	No cambio debido a su especialidad	Diversos cambios en figuras procesales
Fiscales y procuradores	4	2	4



La vigencia de los nuevos códigos en materia penal y procesal penal, es una prueba al conocimiento de los operadores del sistema de justicia juvenil, y es la misma ley del menor infractor la que nos manda utilizar de forma supletoria, otras disposiciones contenidas en otras legislaciones, así mismo el Art. 18 Pr Pn., también es explícito en cuanto a la incorporación obligatoria de su texto, respecto a derechos y garantías fundamentales de la persona: “aun cuando se trate de menores de edad”; La ley del menor infractor en su artículo 4, y la convención de los derechos del niño en su artículo 41, hacen hincapié en que, si otra legislación protege más a los menores en el respeto de sus derechos y garantías, esta debe ser aplicada con preferencia a la legislación de la materia, es decir, la ley del menor infractor, aplicando supletoriamente las disposiciones pertinentes (Art. 41 LMI).

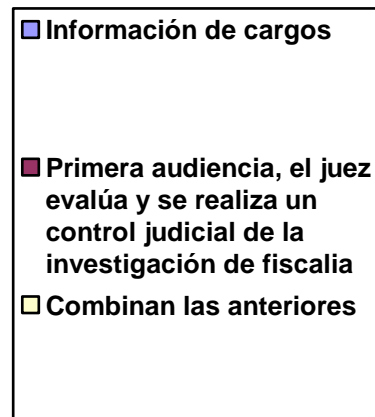
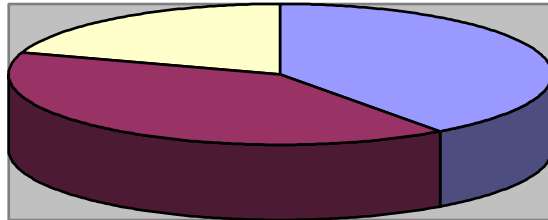
3.2.2 Audiencia inicial en el proceso de menores

Es necesario determinar la finalidad que se persigue al celebrar una audiencia en la etapa inicial del proceso penal de menores; es un punto de partida para la investigación que se realiza, pues un conocimiento mayor del contenido de la audiencia inicial, incide en una mayor aceptación de su importancia; por ello se pregunto por una definición de audiencia inicial, para que según sus propias palabras expresaran sus ideas.

Como grupo de investigación pretendíamos que al consultar a los informantes claves sobre ciertos tópicos específicos en materia procesal se podría medir el conocimiento de ellos en esas áreas específicas, y así servir como insumo para determinar en que área es conveniente hacer esfuerzos de capacitación de los operadores del sistema de justicia juvenil, además de evaluar la labor que los sujetos de investigación también se puede tomar sus opiniones de cómo funcionaria mejor el proceso de menores.

Finalidad de la audiencia inicial

Informantes claves	Información de cargos	Primera audiencia, el juez evalúa y se realiza un control judicial de la investigación de fiscalía	Combinan las anteriores
Fiscales y procuradores	4	4	2



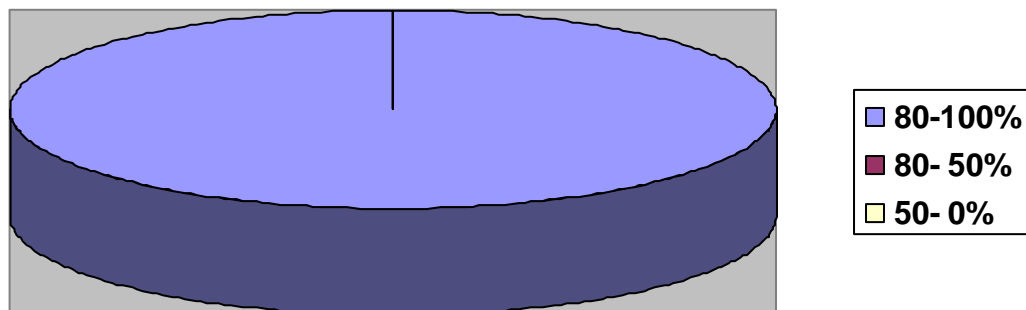
El cuarenta por ciento opina: es un acto jurídico encaminado a informar al menor sobre su situación jurídica, resumiendo en la frase “información de cargos”; otro cuarenta por ciento opina, que es la primera audiencia donde el juez evalúa la investigación hecha por la fiscalía, estableciendo un control judicial sobre los actos de investigación realizados por parte de la fiscalía y policía, y el veinte por ciento restante opina, acerca de esta primera audiencia ante el juez, tiene la finalidad de informar de los cargos al inculpado y

además, se evalúa la investigación hecha por la fiscalía, es decir, retoma los dos elementos de los segmentos anteriores y consideran que ambos son importantes para determinar, por qué es necesaria la celebración de una audiencia en al etapa inicial del proceso.

En la definición de audiencia inicial brindada por los entrevistados, se cuantifico de primera mano, el porcentaje de casos en los cuales se desarrollo una audiencia inicial; con esto se pretende contrastar el grado de utilización de audiencias en la primera etapa del proceso seguido contra los menores, por los distintos tribunales de diversas zonas del país, es importante señalar en cantidades, cuál es el porcentaje de implementación de estas audiencias, por parte de los tribunales de menores, en las diferentes zonas de la republica. Se obtiene incluso con la misma información herramientas que como grupo de investigación podemos determinar en que tribunales con exactitud se tiene problemas con la aplicación de la ley en este punto, si se encuentran retrasados en cuanto a celebrar una audiencia de información de cargos, o si ya han dado un paso adelante en materia del respeto de los derechos de los menores celebrando audiencias con as formalidades de una inicial.

Utilización de audiencia inicial en los procesos de menores

Informantes clave	80-100%	80- 50%	50- 0%
Fiscales y procuradores	10	0	0



Todos los entrevistados optaron por la primera opción, es decir, situar el porcentaje entre el ochenta al cien por ciento; tal opinión debe ser matizada por el hecho que, más de la mitad optaron por tal categoría pero argumentaron: necesariamente se debe señalar en todos los procesos iniciados por una detención en “flagrancia”, con lo cual no modifica la intención de la pregunta, ni la respuesta obtenida, ellos opinan se realiza en todos los procesos porque conciben la realización de dicha audiencia como consecuencia de una detención en flagrancia; el margen tan amplio nos permite inferir, la realización de una audiencia en la etapa inicial del proceso, vista como una necesidad más que una opción, aunque no quiere decir que se realice de forma homogénea de tribunal a tribunal.

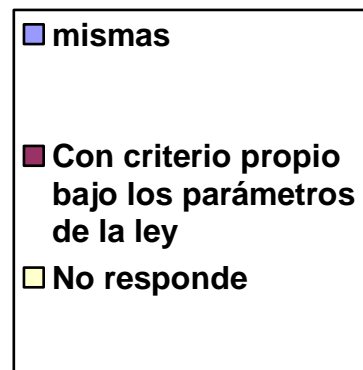
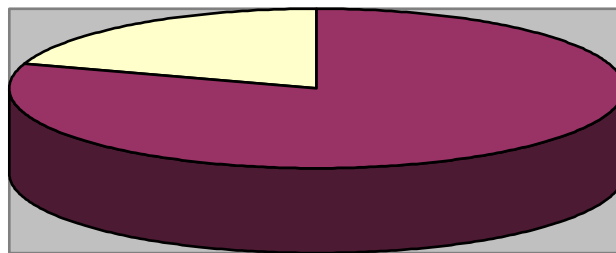
3.2.2.1 Formalidades con las que se realizan las audiencias en la fase inicial de los procesos de menores.

Este apartado resulta ser complemento del anterior, pues si se cuestiona sobre la frecuencia de realizar audiencias en la etapa inicial del proceso, es lógico, preguntar sí se realizan estas audiencias de forma homogénea, persiguiendo los mismos objetivos y observando las mismas formalidades, o si estos varían de un tribunal a otro. con las

respuestas obtenidas se puedan identificar con facilidad: en cuales cosas son iguales los procedimientos y además los operadores del sistema identifiquen por si mismos, como difieren de la forma de celebración por cada tribunal de menores del país; se trata de obtener adicionalmente a las respuestas un marco de reflexión sobre un problema puntual del mundo jurídico de los menores en conflicto con la ley penal.

Formalidades de la audiencia inicial.

Informantes claves	Mismas	Con criterio propio bajo los parámetros de la ley	No responde
Fiscales y procuradores	0	8	2



El ochenta por ciento opina: la audiencia inicial se desarrolla bajo el criterio de cada juez y bajo el parámetro de la ley, el veinte por ciento no contesto a la pregunta; en otras palabras, es de hacer notar que definitivamente la realización de una audiencia inicial, ha pesar de ser de amplia difusión, no se realiza de forma homogénea entre los diferentes juzgados de menores del país; aunque esta pregunta va mas encaminada a tocar el aspecto de forma de la celebración de la audiencia, no deja de ser importante que no existan las mismas formalidades; esto nos lleva a determinar la necesidad de la existencia de un lineamiento básico para la realización de esta audiencia, el cual debe responder a la misma línea de actuación en todos los juzgados del país, si bien es cierto esto solo comprende el aspecto externo de la audiencia, debe manejarse una línea similar de actuación en el desarrollo de la audiencia, por razones de igualdad, y para el beneficio de los operadores del sistema.

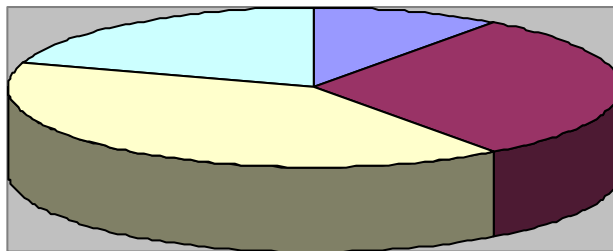
3.2.2.2 Fundamentos de los juzgadores de menores para realizar la audiencia.

A partir de acá, se comienzan a tratar los puntos relativos al fondo del asunto, es decir ya no solo la estructura de la audiencia, sino los objetivos que se persiguen con su celebración, tales como: la Garantía de audiencia, el Derecho de defensa y el principio del contradictorio, la legalidad de las diligencias de investigación, la discusión de la imposición de una medida cautelar y el principio de legalidad del proceso. Además de los fundamentos jurídicos por medio de los cuales se desarrolla, los aspectos sustanciales a verificar, es por eso que esta pregunta resulta de capital importancia para determinar si los operadores del sistema saben cuáles son los fundamentos bajo los cuales se realizan las audiencias; para ser específicos, las iniciales en los procesos de menores, por lo que se les pidió sintetizar con sus palabras cuales son los fundamentos o los argumentos jurídicos que escuchan de los jueces para celebrar esta audiencia.

El fundamento legal utilizado por los jueces de menores para la celebración de audiencias, que no está contemplada de forma expresa en la ley del menor infractor, puede llevarnos a fundamentar los objetivos de la investigación, es decir, pueden servirnos para corroborar los planteamientos realizados a lo largo del desarrollo de la investigación.

Fundamento para la aplicación de audiencia inicial.

Informantes clave	Principio igualdad y garantía de audiencia	vía supletoriedad y basado en Articulado Cn., LMI y Pr. Pn.	1y 2	Vía aplicación supletoria
Fiscales y procuradores	1	3	4	2



- Principio igualdad y garantía de audiencia
- vía supletoriedad y basado en Articulado Cn., LMI y Pr. Pn.
- 1y 2
- Vía aplicación supletoria

De las respuestas obtenidas un diez por ciento opina: el fundamento se encuentra en el principio de igualdad y la garantía de audiencia, un treinta por ciento señala que aplicando supletoriamente los artículos del procesal penal, basándose en diversos artículos de la constitución, ley del menor infractor y código procesal penal; un veinte por ciento señala la aplicación supletoria establecida en el artículo cuarenta y uno de la ley del menor infractor, como el único fundamento; finalmente un cuarenta por ciento recoge cada uno de los aspectos señalados anteriormente, conjugando en una sola respuesta la igualdad jurídica, y la garantía de audiencia; esta sería la base en cuanto a los principios que se utilizan para justificar la realización de la audiencia; como fundamento legal para la actuación de los jueces, los fiscales y procuradores, señalan los artículos 3 y 11 de la constitución, el Art. 5 y 41 LMI, 18 Pr. Pn; pero no se puede dejar de lado la aplicación supletoria de los artículos específicos del código procesal penal al respecto.

3.2.2.3 Realización y regulación de la audiencia inicial en el proceso de menores.

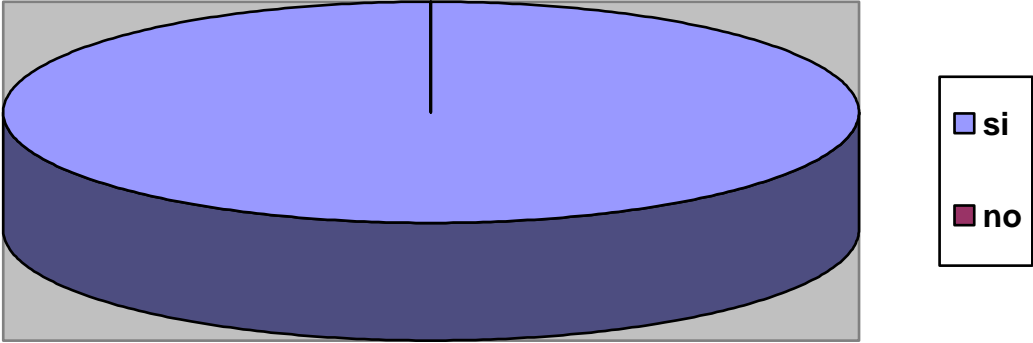
Se ha visto la audiencia inicial desde sus dos perspectivas: la externa, en la que se examina las formalidades de la misma, si tales formalidades se cumplen en todos los juzgados de menores del país, luego se analizó la perspectiva interna, esta es el fondo que comprende el fundamento de realización de la audiencia.

Este análisis de la audiencia inicial. nos lleva a preguntar, si es acertado realizar una audiencia inicial en el proceso de menores, no desde el punto de vista jurídico, tal como se ha estado viendo, sino más bien, desde la opinión personal de los entrevistados. Esta interrogante va dirigida al sentir de los operadores del sistema, es decir, es una pregunta de tipo personal, para que según su propio criterio y experiencia, respondan sobre si consideran acertada la medida de realizar una audiencia inicial en los procesos de

menores. Ya que aunque se encuentre un fundamento jurídico para realizar esta audiencia y de hecho, así lo hicieron en las preguntas anteriores, no es lo mismo que la apreciación personal en el tema; se esperaba medir el grado de aceptación de la medida, pudiendo señalar diversos factores que explicaran un eventual rechazo de esta medida.

Considera acertado realizar una audiencia inicial.

Informantes claves	Si	no
Fiscales y procuradores	10	0

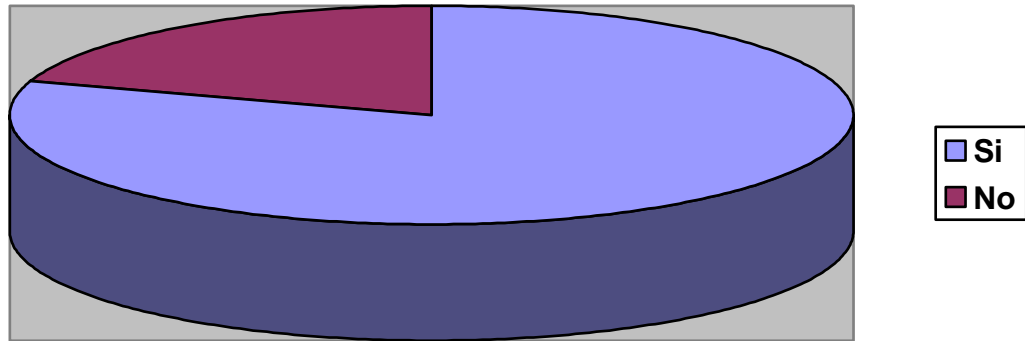


El ciento por ciento de los entrevistados consideran acertada la realización de la audiencia inicial en el proceso penal de menores; la respuesta totalmente positiva de la medida nos lleva a interpretar que, a pesar de no realizarse de igual forma en los tribunales de menores, y que no se tenga igualdad, en el fundamento jurídico encontrado en su realización si se considera un acierto el celebrar una audiencia, en la etapa inicial del procedimiento seguido contra los menores.

Habiendo preguntado si a nivel personal consideraban acertado el que se realice una audiencia en la etapa inicial, la secuencia lógica es preguntar si a su criterio es acertado que se regule expresamente dicha audiencia, reformando la ley del menor infractor para tal efecto, y esto resume toda la intención de las entrevistas realizadas, y por la cual se desarrollo ítem por ítem cada aspecto de los planteamientos, que se hicieron con la finalidad de recabar la opinión de los operadores del sistema, sobre los aspectos mas importantes de la celebración de la audiencia inicial en los adultos; esto para determinar si es beneficioso para los menores la celebración de una audiencia similar, si a su criterio es apropiado celebrarla y su posterior regulación en el texto de la ley del menor infractor.

¿Es necesario regular la audiencia?

Informantes claves	Si	No
Fiscales y procuradores	8	2



De las entrevistas realizadas un ochenta por ciento opina: es necesario regular la audiencia inicial en la ley del menor infractor, el veinte por ciento opina que no es necesario regular la audiencia inicial en la ley del menor infractor; la mayoría expresa su opinión favorable a la regulación de la audiencia y las desfavorables estaban repartidas equitativamente entre ambos grupos.

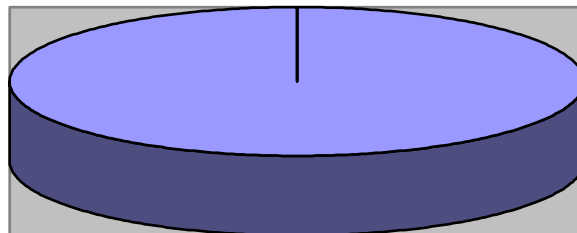
Las razones expresadas para estar a favor o en contra de la regulación expresa de una audiencia inicial en la ley del menor infractor, son variadas, pero todas coinciden, aunque no se regule esta audiencia su celebración es necesaria y los que no consideran necesario regularla, basan sus afirmaciones en que su aplicación esta asegurada por el Art. 41, por lo cual se inclinan por una aplicación supletoria; entre las razones mas expresadas a favor de la regulación en la ley están: la no contradicción en las formulas judiciales (si es inicial o una de información de cargos), posibles errores en la aplicación por la amplitud de criterio, cuando se utilizan o no determinadas partes de la audiencia.

3.2.3. Salidas alternas en la etapa inicial del proceso de menores.

Una vez pasado el tema de sí se realiza una audiencia en la etapa inicial, cómo se fundamenta, y si es correcta la realización; a partir de acá se trata de determinar exactamente los puntos de coincidencia con el proceso que se sigue contra los adultos, en aspectos procesales de la celebración de la audiencia, así mismo se tratara de confirmar las afirmaciones teóricas expuesta en la investigación: el considerar negativo la no celebración de una audiencia inicial con las mismas formalidades, y en la cual se respeten las garantías procesales mínimas, estableciendo igual oportunidad que a los adultos.

Se ofrecen salidas alternas en la etapa inicial del proceso

Informantes clave	Si	No
Fiscales y procuradores	10	0

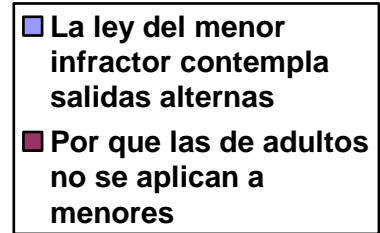
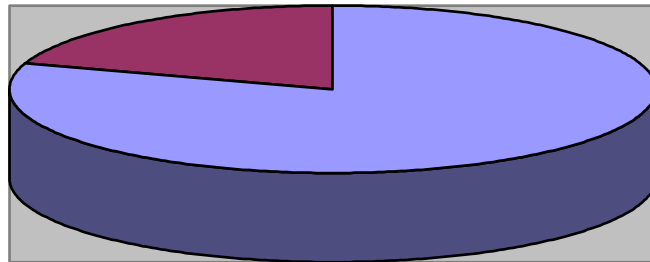


Un ciento por ciento de los entrevistados opinan: que sí se ofrecen salidas alternas en el proceso penal de menores. Este fue considerado como el punto de partida de dos elementos básicos en la elaboración de la investigación: en primer lugar la posibilidad de existir salidas alternas en el proceso de menores en esta etapa procesal específica, la cual queda plenamente confirmada; la primera incógnita quedo despejada de forma rotunda, cuando se expresa un ciento por ciento de los entrevistados considera que si se ofrecen salidas alternas (o modos anormales de terminación del proceso), criterios de oportunidad a la acción penal, aunque no significa mas que, si se considera importante su existencia en consideración al principio de economía procesal. En segundo lugar, saber si las salidas alternas proporcionadas en la audiencia inicial son las mismas que se en ofrecen el proceso penal de adultos, esta comparación se realizara en el apartado subsiguiente.

Sobre el tema si las salidas alternas son las mismas en menores y adultos, como ya se dijo, en primer lugar, se determinó la utilización de salidas alternas en la etapa inicial del proceso de menores, luego es necesario saber si se aplican únicamente las que establece la ley del menor infractor, o si se aplican supletoriamente las establecidas en el código procesal penal; además, se esperaba obtener un doble beneficio, en cuanto esta es una forma de medir el conocimiento poseído por los fiscales y procuradores en el tema de las salidas alternas en el procedimiento de menores, se esperaba que manejaran información de tipo doctrinal, en la que se plantea la utilización supletoria de las de adultos en el proceso de menores, debido a la existencia de una equivalencia entre unas y otras, además de plantear que para los adultos se ofrecen mas beneficios.

Las salidas alternas son las mismas de adultos.

Informantes claves	La ley del menor infractor contempla salidas alternas	Por que las de adultos no se aplican a menores
Fiscales y procuradores	8	2



De las entrevistas realizadas un ciento por ciento opina que las salidas alternas del proceso penal de adultos, no son las mismas que las del proceso penal de menores; un ochenta por ciento, porque la ley del menor infractor contempla formas anormales de terminación del proceso expresamente; un veinte por ciento son de la opinión: que las de adultos no se aplican en menores. Acerca de la existencia de salidas alternas en el proceso de menores, los entrevistados respondieron todos de forma acertada, al afirmar que no son las mismas; sin embargo, al determinar las razones de esta diferencia, tal como se apunto antes, definieron sus respuestas en base a dos posibilidades, resulta

obvio que ambas son básicamente la misma respuesta, y que no entran a un análisis de las figuras jurídicas contempladas en ambos cuerpos normativos.

Probablemente, de haberse configurado una pregunta mas especifica, se hubiese obtenido un respuesta mas concisa, pero no era ese el objetivo de la pregunta, puesto que lo verdaderamente importante es la consideración de la utilización de salidas alternas en esta etapa del proceso de menores, cuestión que se considera salvada por las respuestas obtenidas, ya que nadie cuestiono si se utilizan o no, salidas alternas; todos los sujetos de la investigación dieron por sentado este hecho, resultando fundamental para la presente investigación.

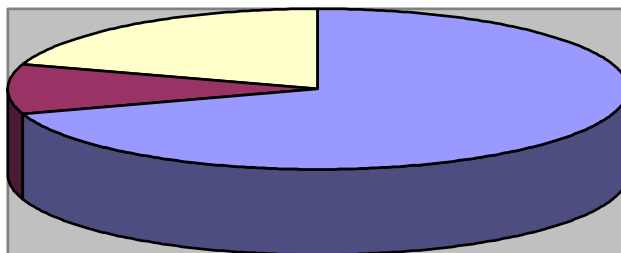
3.2.4 Discusión sobre la aplicación de medidas cautelares a los menores en una audiencia celebrada en la fase inicial del proceso de menores.

Este apartado trata de determinar si la etapa inicial del proceso de menores es la oportunidad procesal para que se discuta la aplicación de una medida cautelar; las medidas cautelares deben discutirse en una audiencia en la etapa inicial del proceso de menores, mas conocida como audiencia inicial; existe una posible respuesta que no fue tomada en cuenta por los entrevistados, actualmente la ley del menor infractor establece: que “el juez decidirá inmediatamente sobre la libertad” (Art. 75 LMI); la intención de no redactar la pregunta sobre si era conveniente la forma en como esta el texto de este articulo, no pareció lo mas adecuado, para no sugerir las posibles respuestas, por lo que se optó por dejar en libertad a los entrevistados, a la hora de analizar la forma mas conveniente para realizar la discusión sobre las medidas cautelares. En la redacción de la pregunta se hace una afirmación, que desde un primer momento se considera la celebración de una audiencia inicial, la intención era obvia y es no tomar una decisión

que restrinja los derechos constitucionales de las personas, sin una audiencia en la cual se respeten un mínimo de garantías, de lo contrario se vulnera flagrantemente la garantía de audiencia, y otras como la inviolabilidad de la defensa, el principio de igualdad, y el interés superior del menor..

De no celebrarse audiencia inicial, ¿Cómo se determina si debe internarse provisionalmente al menor?.

Informantes claves	No se puede por que violentaría derechos constitucionales	En base a la infracción penal	Valoración de las evidencias por el juez
Fiscales y procuradores	7	1	2



- No se puede por que violentaría derechos constitucionales
- En base a la infracción penal
- Valoración de las evidencias por el juez

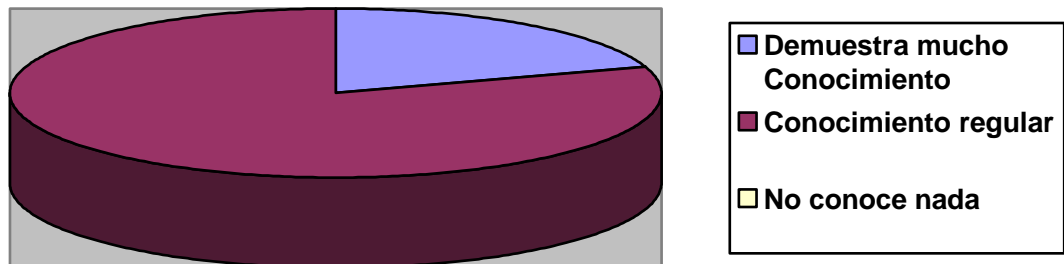
De las entrevistas obtenidas un setenta por ciento opina: de no celebrarse audiencia inicial no se podría imponer una medida, porque se violentarían derechos constitucionales establecidos para toda persona acusada de un delito; un diez por ciento opinan; se podrían imponer en base a la infracción, obviando el hecho de ¿ qué momento procesal seria el más oportuno? y ¿cómo se llegaría a tal conclusión si esta seria una decisión del juez solo considerando la infracción cometida?, un veinte por ciento es de la opinión: se podría imponer en base a la valoración de las evidencias proporcionadas por la fiscalía al juez de menores.

3.2.5. Aplicación Supletoria base de la celebración de una audiencia inicial en el proceso de menores.

Para entender como se debe aplicar supletoriamente las disposiciones de una legislación a otra, primero se debe definir lo que se entiende por este concepto, por lo tanto y al igual que como se hizo con el concepto de audiencia inicial, se les pregunto directamente a los operadores del sistema, como entendían ellos este concepto, Esta interrogante tiene el único propósito de verificar el manejo del tema de aplicar supletoriamente las disposiciones procesales y penales de los nuevos códigos, a una ley especial como lo es la ley del menor infractor; también se esperaba que se hiciera objeciones específicas, debido al principio de especialidad, pero como ya se ha hecho referencia antes, la ley del menor infractor no puede ser interpretada restrictivamente ni aplicada aisladamente y ya que al encontrarse establecido en la misma ley (Arts. 4 y 41 LMI.), se vuelve imperativo conocer sobre la armonización con otros cuerpos normativos, que la misma ley del menor infractor ordena.

¿Que entienden por aplicación supletoria?

Informantes claves	Demuestra mucho Conocimiento	Conocimiento regular	No conoce nada
Fiscales y procuradores	2	8	0

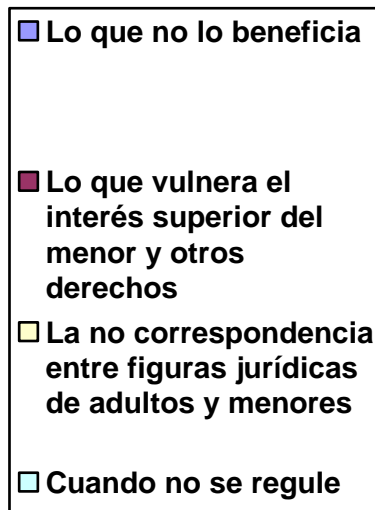
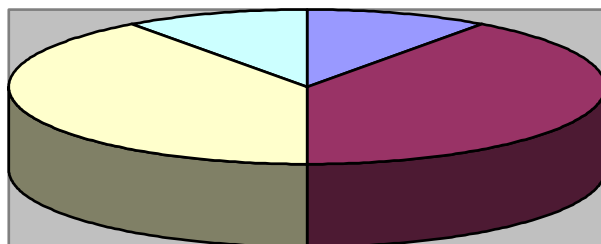


De las entrevistas realizadas un veinte por ciento explico muy bien lo relativo a lo que se debe entender por aplicación supletoria, puesto abundaron en información del tema y de los presupuestos necesarios para su aplicación, esta en el proceso de menores; un ochenta por ciento brindo una explicación no del todo satisfactoria, sin embargo no puede decirse que no conozcan nada del tema, pero sus explicaciones no fueron tan exhaustivas y se limitaron a dar una explicación sencilla, de todas maneras, lo importante es: no se encontró a nadie que no supiese algo del tema, lo cual hubiese sido catastrófico para la administración de justicia en general y la de menores en particular.

La definición teórica de un concepto no basta para saber si se conoce verdaderamente de él, y poder aplicarlo, sobre esta base es necesario hacer una pregunta más directa y específica, centrada en el problema generado cuando se trata de la aplicación supletoria en materia de menores; el establecimiento de un límite de cuáles cosas se pueden aplicar y cuáles no, es realmente importante cuando se trata de la realización práctica de este procedimiento, puesto no puede aplicarse todo lo contenido en los códigos penal y procesal penal, porque no todas las figuras jurídicas incluidas en estos códigos, son compatibles con la orientación educativa que debe poseer el procedimiento de menores, o por resultar mas perjudiciales con respecto a sus derechos y garantías, en vista de ello, es importante que los fiscales y procuradores conozcan cual es ese límite.

Limite para aplicar supletoriamente las disposiciones del Pr. Pn. en LMI

Informantes claves	Lo que no beneficia	Lo que vulnera el interés superior del menor y otros derechos	La no correspondencia entre figuras jurídicas de adultos y menores	Cuando no se regule
Fiscales y procuradores	1	4	4	1



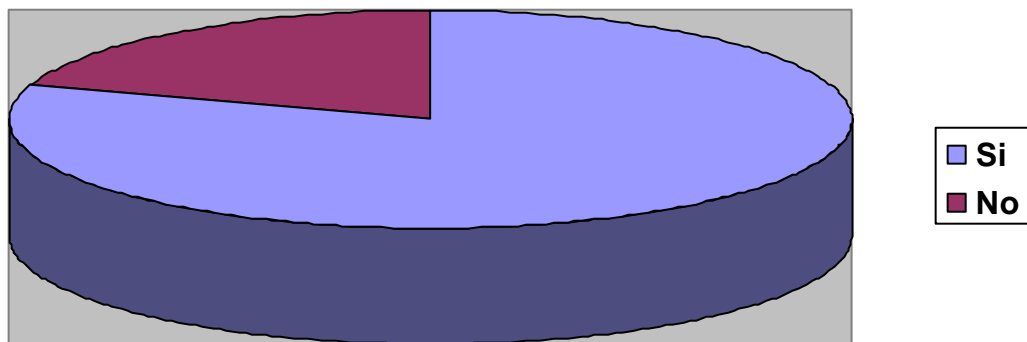
Todos los entrevistados opinan, existen límites a la aplicación supletoria, un diez por ciento opina: es límite para la aplicación supletoria lo que no beneficia al menor, un cuarenta por ciento sirve como límite el interés superior u otros derechos constitucionales, un cuarenta por ciento opina, sirve como límite la no correspondencia de las figuras jurídicas del proceso penal de adultos en menores, un diez por ciento opina que sirve como límite la aplicación supletoria de todo aquello no regulado expresamente en la ley del menor infractor.

Al cuestionar sobre los límites para la aplicación supletoria, no se pueden obviar dos cosas; la primera: es el principio rector consagrado en la misma ley del menor infractor (Art. 5), el interés superior del menor; la segunda, es la obligatoria observancia de garantías y derechos constitucionales, que en materia procesal se deben desarrollar mínimamente en un proceso. Por esa razón se ha perfilado una posible repuesta de parte de los informantes claves, al cuestionar primero su conocimiento de la aplicación supletoria, luego pedir una explicación acerca de los límites para la aplicación práctica

de las disposiciones del código procesal penal, para terminar con una pregunta en la cual se les sugiere una respuesta, para ser analizada; la intención no es sugerir una respuesta sino obtener un análisis específico de un principio, reconocido por la misma ley como guía para su interpretación y aplicación.

Interés superior de los menores ¿limite para aplicación del Art. 41 LMI?

Informantes claves	Si	No
Fiscales y procuradores	8	2



De las entrevistas realizadas un ochenta por ciento considera el interés superior del menor como limite para la aplicación supletoria, y un veinte por ciento opina que no es limite para la aplicación supletoria, contemplada en el artículo 41 de la ley del menor infractor.

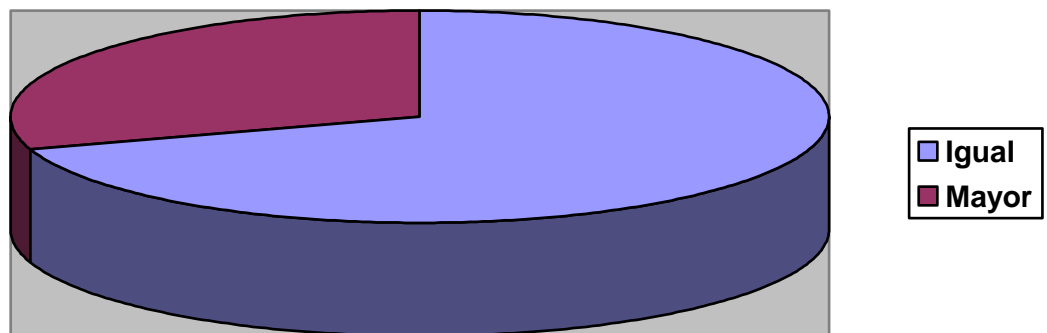
3.2.6. Respeto de los Derechos y garantías constitucionales de los menores.

Se ha analizado hasta el momento respecto a la aplicación supletoria y al interés superior del menor, pero no se ha hablado mas que superficialmente, de otro aspecto fundamental para justificar la implementación de esta audiencia, como lo es: La igualdad jurídica consagrada en el artículo 3 Cn.

según los entrevistados, se deben respetar las mismas garantías procesales para adultos y para niños, por lo cual no existía la posibilidad de encontrar un respuesta desfavorable, con esto claro la disyuntiva se centra en que si se les debe respetar iguales derechos o si se les debe dar mayor protección; la explicación del principio de igualdad procesal se esperaba fuese consistente y se extendieran lo mas posible, aun más se esperaba una respuesta afirmativa desde el primer momento y no se dejase duda alguna en que el principio de igualdad obliga como mínimo a reconocerles a los adultos, niños y jóvenes el goce de iguales derechos y garantías de carácter procesal, cuando se vean enfrentados a la administración de justicia.

Se deben respetar iguales derechos y garantías a los menores.

Informantes claves	Igual	Mayor
Fiscales y procuradores	7	3



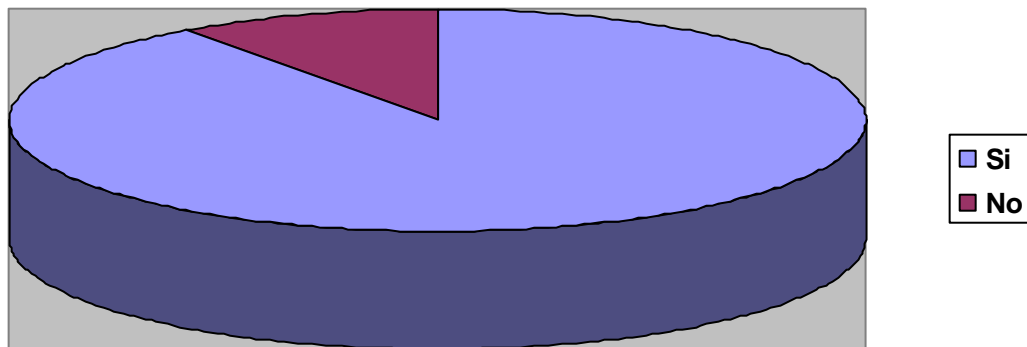
El ciento por ciento de entrevistados consideró que por lo menos se deben respetar las mismas garantías a los menores y a los adultos, sin embargo, un setenta por ciento de los entrevistados opinó, “a los menores en conflicto con la ley penal se les deben respetar iguales derechos y garantías que a los adultos”, y solo un treinta por ciento opinó, “se les debe respetar de forma mayor los derechos y garantías a los menores por ser seres humanos en desarrollo”, aunque los resultados no son lo que se esperaba, si demuestra la existencia de una incipiente proporción, que si tiene una verdadera formación en el derecho minoril y con esta base de operadores del sistema de justicia juvenil, con mayor formación, se puede colaborar para equiparar al resto.

Tres son los ejes fundamentales, en los cuales teóricamente descansa la implementación de una audiencia inicial en el proceso de menores, estos son: El interés superior del menor, la igualdad jurídica, y principalmente la garantía de audiencia; por esa razón, se les cuestiono sobre la relación de la garantía de audiencia de los menores y la aplicación de medidas cautelares, por eso, nuevamente aborda el tema de: que repercusiones tiene aplicar medidas cautelares, especialmente las privativas de libertad, sin celebrar una

audiencia inicial; la diferencia con respecto a la pregunta nueve es, que en esta ocasión se les pregunta directamente si no se violenta la garantía de audiencia.

Se vulnera la garantía de audiencia al no aplicar las medidas cautelares en la audiencia inicial

Informantes claves	Si	No
Fiscales y procuradores	9	1



Noventa por ciento contestó: “se vulnera la garantía de audiencia de los menores al no discutirse en la audiencia inicial la imposición de una medida, bien sea privativa o no de libertad”; sin embargo, el diez por ciento consideró que no se vulneraría;

Con el análisis de las respuestas otorgadas por los operadores del sistema de justicia juvenil, se puede establecer que efectivamente no existe un criterio uniforme respecto a la celebración de la audiencia inicial, y los aspectos imprescindibles que debe contener dicha audiencia, porque los juzgados de fuera de San Salvador no conciben la audiencia inicial celebrada supletoriamente de la de adultos; también existe controversia respecto a la aplicación de los criterios de oportunidad y la desestimación de la denuncia, esto es debido a que al no tenerse claridad por parte de los juzgados de menores respecto a la audiencia inicial esta tiende a no celebrarse homogéneamente, es por ello que no se aplican o discuten las mismas figuras jurídicas, al no visualizarse como audiencia inicial, sino como audiencia de información de cargos, y a la vez, se debe concientizar a los fiscales, y procuradores de menores sobre la influencia que tienen los nuevos códigos penal y procesal penal sobre el procedimiento que establece la ley del menor infractor. Al establecer los juzgadores de menores marcadas diferencias respecto a los criterios a utilizar sobre la celebración de una audiencia en la etapa inicial del proceso penal de menores es que se vuelve necesaria la presente investigación para realizar un aporte para la superación del problema.

IV. La exigencia legal de la celebración de una Audiencia en la fase Inicial del Proceso Penal de Menores.

Los jueces de menores se encuentran obligados a interpretar y aplicar las disposiciones de la ley del menor infractor, en armonía con sus principios rectores, los principios generales de derecho, con la doctrina y con toda normativa jurídica minoril internacional, de la forma que mejor garanticen los derechos establecidos en la constitución, los diferentes instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por El Salvador; esta obligación se establece en el Art.4 de la Ley del menor infractor.

El Art. 5 de la Ley del menor infractor reconoce que el menor infractor goza de los mismos derechos y garantías reconocidos en la constitución, la normativa internacional suscrita y ratificada por el gobierno de El Salvador, y en las leyes aplicables a los mayores de dieciocho años, a quienes se les atribuyere la comisión o participación en una infracción penal.

La conducta antisocial de un menor esta sujeta a un régimen jurídico especial, de conformidad a lo establecido en el Art. 35 inc. 2° de la Constitución; por lo cual, todo menor en conflicto con la ley penal es sometido al proceso que regula la Ley del menor infractor, (vigente desde el primero de marzo de mil novecientos noventa y cinco); en ese sentido los menores sujetos a esta ley según el Art. 2 de la misma, son aquellos cuyas edades se encuentran comprendidas entre los doce y dieciocho años; por ello los menores que no han cumplido los doce años de edad y presenten una conducta antisocial, no estarán sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común, si no que deberá dársele aviso al Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia.

4.1 Iniciación del proceso penal de menores.

El proceso de menores puede iniciarse por dos vertientes: denuncia, y conocimiento oficioso, esto determina un cambio importante en el procedimiento a seguir, cuando el proceso se ha iniciado por una detención en flagrancia, o cuando el fiscal ha iniciado la investigación por una denuncia, a continuación se analizarán ambos casos.

4.1.1 Inicio del proceso por Denuncia: ese es un canal por donde ingresa la primera información al proceso penal, la noticia criminis ingresa al conocimiento de un órgano estatal encargado de la persecución de los delitos, es decir, de la Fiscalía General de la República, ya que este es el órgano encargado del inicio y mantenimiento de la acción penal; la denuncia consiste en el acto mediante el cual una persona tiene la noticia de un hecho delictivo, y lo pone en conocimiento de la Fiscalía General de la República (Art.67 LMI), o de la Policía Nacional Civil, quien deberá de informar de su recibo tanto a la Fiscalía como al juez de menores, dentro de un plazo máximo de ocho horas (234 Pr. Pn.), la denuncia también puede ser interpuesta ante el Juzgado de Menores, siendo remitida a la fiscalía, (73 inc 3° LMI.).

La fiscalía cuenta con un plazo de investigación de 30 días, dentro de los cuales debe de comprobar la edad del menor, dar aviso de la existencia de la investigación e informar al menor, a sus padres, tutores o responsables y al Procurador General de la República sobre los cargos que pesan sobre el menor infractor; dentro de este plazo la fiscalía debe de citar a conciliación a la víctima del delito, al menor y sus representantes, quienes de llegar a un acuerdo firmando un acta de conciliación. El fiscal, dentro de estos 30 días, debe realizar las diligencias de investigación que sean necesarias, para establecer la existencia del hecho delictivo, las circunstancias del mismo y recabar información sobre

los posibles elementos de prueba, que sirvan para fundamentar una acusación. Terminada la investigación, el fiscal presenta un escrito en el cual fundamenta la promoción o no de la acción penal; en el caso de no promoverla se procede según lo establece el Art. 80 inc. 2° LMI, que establece: “al no existir merito se procederá conforme a lo dispuesto para la cesación del proceso”; sin embargo, cuando el fiscal en su escrito decide la promoción de la acción penal, el juez debe ordenar la celebración de una audiencia.

4.1.2 Inicio del proceso por conocimiento oficioso.

La ley del menor infractor, en el artículo 66 establece dos formas por las cuales se puede iniciar el proceso contra los menores, uno es por denuncia, el otro es de oficio, es decir, el conocimiento oficioso inicia cuando los órganos de persecución delictiva o los mismos juzgados de menores, son enterados por cualquier medio, de la comisión de un hecho delictivo, cometido por menores de edad. La forma más común que presenta esta forma de iniciar el proceso es cuando se detiene en flagrancia al menor tras la comisión del hecho, sea la policía o particulares; hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la autoridad, por el ofendido o un grupo de personas; o mientras tenga objetos, o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar en un hecho delictivo”, (Art. 52 inc. 2° LMI.) Esta detención en flagrancia puede ser realizada por el ofendido o un grupo de personas, las cuales deben entregar inmediatamente al menor detenido a la autoridad competente más cercana (Juez, Fiscalía, Policía Nacional Civil), Art.53 LMI. Cuando la Policía Nacional Civil, privare de su libertad a un menor infractor en flagrancia o le fuese entregado por el mismo motivo, deberá, dentro de las seis horas siguientes, conducirlo a los lugares establecidos para su resguardo, debiendo

notificar de dicha circunstancia a la Fiscalía General de la Republica, poniéndolo así a su disposición dentro del mismo plazo y proporcionar un informe con los datos obtenidos.

La fiscalia, deberá abrir la investigación y resolverá de inmediato si procede ordenar su libertad. Si concurrieren algunas de las circunstancias establecidas para la privación de libertad por orden judicial (Art. 54 LMI), ordenará el resguardo del menor para que se le realice un diagnóstico preliminar por especialistas, y dentro de las setenta y dos horas siguientes lo remitirá al juez, con la certificación de las diligencias instruidas. El plazo de setenta y dos horas se ha de contabilizar a partir del momento de la detención por la policía, o desde el momento de la entrega del detenido a aquella por el particular que lo detuvo en flagrancia.

4.2 La investigación a cargo de la Fiscalía General de la Republica bajo el control del juez de menores.

El ejercicio de la acción penal como se establece en los Art. 193 N° 3 y 4 de la Cn. Nos dice, “corresponde a la Fiscalía General de la Republica la promoción de la acción penal de oficio, o a petición de parte, y la investigación del delito con colaboración de la Policía Nacional Civil”. En el proceso penal de menores, corresponde el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía General de la República; este es un órgano publico independiente del órgano judicial, responsable de la dirección funcional de la Policía Nacional Civil en la investigación del delito, con la responsabilidad de llevar a buen término la investigación; tanto la fiscalia como la policía actúan sometidas al control judicial, que se expresan en las motivadas resoluciones judiciales que autorizan, por ejemplo: un registro (Art. 173 Pr. Pn) Terminado el plazo de la investigación el juez de

menores puede ordenar otras diligencias de investigación, para lograr el esclarecimiento de los hechos (Art. 78 y 79 LMI).

La investigación tiene como duración un plazo de treinta días, a diferencia del proceso penal de adultos, el fiscal de adultos primero debe de solicitar que se ordene instrucción y se le otorgue un plazo; el fiscal de menores ya tiene desde el inicio del proceso un plazo de investigación de treinta días, pero ambos, fiscal de menores y de adultos, una vez iniciada la investigación, investigara lo favorable tanto como lo desfavorable para el inculpado sobre los hechos atribuidos; el fiscal de menores puede pedir que dicho plazo de investigación sea prorrogado hasta 30 días, cumpliendo los requisitos establecidos en el Art. 68 LMI; los cuales son: la complejidad del hecho o el número de autores o partícipes en el mismo.

Cuando la fiscalía no promueve acción tras el termino de la investigación, o cuando resuelve no promoverla, el ofendido o su representante puede solicitar al juez, que requiera las diligencias de investigación al fiscal del caso, vistas las diligencias y si el juez considera que este no ha actuado conforme a derecho, requerirá al fiscal que promueva la acción, de no hacerlo el Juez iniciará el trámite judicial y si considera procedente ampliará el término de la investigación, (no excediendo de treinta días) remitiendo nuevamente las actuaciones a Fiscalía, para que sean ventiladas por un fiscal distinto al que inicialmente las conoció. (Art. 72 LMI.). Sobre la investigación se hace necesario aclarar o distinguir entre los actos de investigación y los actos o medios de prueba; siguiendo la línea de pensamiento del autor José Maria Casado Pérez¹⁶, quien hace la diferencia en estos tres aspectos:

¹⁶ Casado Pérez, José María. Op Cit. 224,225.

a) La función procesal: en el proceso penal de menores, los actos de investigación sirven para la adopción de alguna forma de terminación anticipada del proceso (conciliación, remisión etc.), o para la promoción de la acción penal ante el juez de menores, para dar inicio al tramite judicial y en su caso para la celebración de la vista de la causa.

Los únicos actos de prueba son los que se discuten en el juicio oral.

b) Los sujetos procesales: los actos de prueba los realizan las partes en presencia del juez, mientras que los actos de investigación se llevan a cabo por la fiscalia y la policía quien actúa bajo la dirección funcional de la fiscalia (Art. 238 y siguientes Pr. Pn.)

c) los actos de prueba son los únicos que sirven para destruir la presunción de inocencia. Los actos de investigación carecen por si mismos de valor para poder destruir la presunción de inocencia.

4.3 El régimen de la acción penal en el proceso de menores.

“El régimen de la acción en la ley del menor infractor no se encuentra regulada expresamente como tal. El Art. 50 letra “c”, establece como atribución de la Fiscalía General de la Republica el promover la acción penal o abstenerse de ello. En ese sentido, le otorga a esta institución con base en el principio de oficialidad ejercer la acción penal, razón por la cual algunos sostienen que la acción penal es ejercida únicamente por la fiscalia, sin hacer ninguna distinción de las acciones penales. Este planteamiento carece de fundamento, pues si bien es cierto que la acción penal es ejercida por la Fiscalía General de la República, hay que tomar en cuenta la clasificación y las características de la acción penal, para lo cual debemos aplicar el Art. 41 de la ley del menor infractor y de forma supletoria el Art. 19 del código procesal penal. Por lo anterior lo procedente es

analizar el régimen de la acción; entendiendo que la acción penal es aquella actividad encaminada a requerir la decisión justa del órgano jurisdiccional sobre una noticia de delito, para que se declare, en un caso concreto, la existencia o inexistencia del poder punitivo del estado.”¹⁷

La forma de clasificación de la acción penal responde a los intereses que se ventilan en el proceso penal:

Acción penal pública: El interés público predomina, y la persecución de oficio por la Fiscalía General de la República es una obligación legal en la cual no es determinante la voluntad de la víctima o del ofendido.

Acción penal pública dependiente de instancia particular: La naturaleza jurídica, se ha discutido si la instancia particular constituye un elemento del propio delito, una condición objetiva de punibilidad o requisito de procedibilidad, siendo esta la posición más sólida, en cuanto la apertura del proceso criminal se encuentra bajo la condición que medie la instancia o solicitud en tal sentido del particular ofendido por el delito, en virtud de las facultades dispositivas que le confiere la ley.

La forma en que se puede promover la instancia particular tanto que puede ser por querrela como por denuncia, mientras tanto no se persiguieran penalmente tales hechos, el Art. 239 Pr. Pn. indica que en los supuestos de delitos de instancia particular solo actuara la policía “cuando existan expresa solicitud de la persona facultada para instar la acción, o de oficio, en los límites necesarios para interrumpir la comisión del delito, prestar auxilio a la víctima o realizar actos urgentes de investigación”. En el mismo

¹⁷ Josa, María Antonieta. Et Al. “Justicia Penal de Menores” En AAVV “Implicaciones del nuevo código Procesal Penal en la aplicación supletoria de la Ley del Menor Infractor.” Pág. 313-314

sentido se expresa el Art. 229 Pr. Pn. al normar que “si se trata de un delito que depende de instancia particular, no se puede proceder sin ella, salvo los actos urgentes de investigación”.¹⁸

Acción penal privada: En estos casos el bien jurídico que se tutela tiene un carácter particular, que si el titular no se muestra ofendido se considera que no existe la lesión. La potestad represiva del estado esta condicionada por la voluntad del sujeto ofendido, por lo tanto se le encarga a este la promoción y desarrollo del mismo.

Las características de la acción privada son: “**potestativa**, En lo que respecta a su ejercicio por el particular afectado, que es enteramente libre de promoverla o no; **Dispositiva**, En cuanto entra dentro de las facultades del ofendido no solo la promoción de la misma sino también su extinción; y **taxativa**, o numerus clausus puesto que la ley señala la concreta clase de ilícitos con respecto a los cuales la posibilidad de ser perseguidos se condiciona únicamente la acción privada.”¹⁹ Como excepción, el Art. 29 Pr. Pn. establece la conversión de acciones publicas en privadas.

Se puede concluir que el régimen de la acción debe ser aplicado supletoriamente al procedimiento de menores, por que de no hacerse se le daría un trato mas rígido que a los adultos, debido a que si un adulto comete un delito dependiente de instancia particular y la victima no da su consentimiento, la fiscalia esta impedida para promover la acción penal, si un menor cometiese el mismo delito y la fiscalia a pesar que la victima no diera su consentimiento estaría obligada a iniciar el proceso, por lo cual se da un trato desigual, mas perjudicial para los intereses de los menores.

¹⁸ Casado Pérez, José Maria. Et Al. “Código Procesal Penal comentado” Tomo I, Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San salvador 2001. Pág. 134

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 138

Si al juez de menores se le promueve acción por parte de la fiscalía ya sea por un delito de instancia privada o particular, sin mediar el consentimiento de la víctima este debe resolver en base al Art. 73 LMI, en el sentido que no es procedente iniciar el proceso porque existe una causa legal que lo impide y se archivarán las diligencias, si este ya se ha iniciado, se puede resolver en base al Art. 38 lit. “c”, que cesa el proceso por que la acción no debía iniciarse.²⁰

4.4 La Audiencia Inicial en el proceso penal de adultos.

Mediante los actos iniciales de investigación ingresa la primera información sobre un hecho delictivo en el proceso penal, dichos actos son la denuncia, querrela, la presentación personal y la detención en flagrancia; a diferencia con el proceso de menores, donde sólo se regulan dos formas de iniciar el proceso, la denuncia y la detención en flagrancia, el proceso no se puede iniciar por querrela, Art. 51 LMI.

En el proceso penal de adultos, si el imputado no se encuentra detenido, el fiscal debe realizar las diligencias iniciales de investigación, necesarias para formular el requerimiento fiscal en el menor tiempo posible, eso quiere decir, que no hay plazo definido para presentar el requerimiento fiscal. Si el imputado se encuentra detenido la Fiscalía General de República debe formular Requerimiento Fiscal ante el juez de paz, en el plazo de setenta y dos horas, teniendo la obligación de poner al imputado a disposición del juez dentro de estas setenta y dos horas.

Recibido el requerimiento fiscal, el juez de paz convocará a las partes a una audiencia, dentro de las setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido. Una vez

²⁰ Josa, María Antonieta. Op Cit. Pág. 315

presentado el requerimiento fiscal y si el imputado no se encuentra detenido, el plazo para la celebración de la audiencia se extiende hasta cinco días. La audiencia inicial en el proceso penal de adultos, es la primera audiencia del filtro con el cual se pretende resolver el conflicto jurídico, en una etapa anterior al desarrollo de la vista pública, esta se lleva a cabo ante el juez de paz, en la que las partes y el juez discuten sobre lo contenido en el requerimiento fiscal.

El requerimiento debe de contener: (Art. 247 Pr. Pn.)

- 1) las generales del imputado o las señas para identificarlo
- 2) la relación circunstanciada de los hechos con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución, las normas aplicables y la calificación jurídica de los hechos.
- 3) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad.
- 4) La estimación del plazo necesario para la instrucción.
- 5) La petición de que se considere pertinente para el ejercicio efectivo de la acción civil.

En el requerimiento el fiscal puede solicitar:

- 1) La instrucción con o sin detención provisional
- 2) La desestimación de la denuncia querrela o informe policial.
- 3) El sobreseimiento definitivo o provisional.
- 4) Aplicación de criterios de oportunidad.
- 5) La suspensión condicional del procedimiento a prueba.
- 6) El procedimiento abreviado.
- 7) La conciliación

El fiscal de adultos puede pedir que se ordene la instrucción con o sin detención, pedir al juez que otorgue una solución anticipada al proceso, o aplicación de un criterio de oportunidad. La audiencia cumple una función garantista ya que sirve para concretar el alcance de la imputación, estableciendo si existen indicios sobre la autoría y participación del imputado, en el cometimiento del hecho; además se le informa al imputado los cargos que pesan sobre él, rinde su declaración indagatoria, posibilidad de aplicar una salida alterna, a la vez debe discutirse sobre la aplicación de una medida cautelar privativa o no privativa de libertad, que mantenga atado al imputado al proceso, si es que el juez ordena pasar a la siguiente etapa del mismo.

4.5 Beneficios para el imputado de la celebración de la audiencia inicial en el proceso penal de adultos.

Existe la necesidad jurídica de la celebración de esta audiencia por que la imposición de una medida cautelar privativa o no privativa de libertad, restringe al imputado un sistema de libertades, contemplado en la Constitución de la República, y cualquier reducción o limitación a este sistema de libertades, debe estar contemplado en una ley que tenga vigencia con anterioridad al hecho, debe ser ordenada por autoridad competente, en una audiencia en la que se respeten las garantías mínimas del debido proceso legal. A continuación se enunciará brevemente aquellos beneficios que trae la celebración de la audiencia inicial en el proceso penal de adultos.

a) Discusión de la aplicación de una medida cautelar. El Art 11 Cn. nos dice: “nadie puede ser privado de ninguno de sus derechos sin antes ser oído y vencido en juicio”, (garantía de audiencia), por ello la decisión judicial de imponer cualquier medida cautelar, como consecuencia de esta garantía ser discutida en una audiencia donde se

privilegie el principio de igualdad, contradicción, la inmediación, y el derecho de defensa material y técnica del imputado; el cual le asiste desde el momento de ser señalado como presunto autor de un hecho punible; además, el juez debe de intimar sobre la imputación y deberá ser escuchado el imputado en sus alegaciones, ejerciendo su defensa a la que tiene derecho desde el inicio del proceso. (Art. 12 Cn)

b) Instrumentos jurídicos que la ley otorga para dar una solución rápida al proceso penal: como se a dicho el fiscal en su requerimiento puede pedir que se brinde una salida anticipada, como: conciliación o la suspensión condicional del procedimiento. El objetivo es dar una solución de forma rápida a la situación jurídica del imputado, resultando menos gravosa para él, que la consecución del proceso en su totalidad; aunque un imputado se declare inocente de los cargos atribuidos en la sentencia definitiva, es absolutamente menos perjudicial, finalizar el proceso en una etapa temprana del mismo, que esperar hasta la etapa del juicio.

c) Sobreseimiento provisional o definitivo: El sobreseimiento se configura como una forma anormal de terminación del proceso penal antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva en la vista pública, algunos autores señalan que²¹: “el sobreseimiento definitivo, puede ser asimilado a la sentencia absolutoria, produciendo los efectos de la cosa juzgada, situación que hace posible al actor invocar en un futuro, de ser necesario la garantía del *ne bis in ídem* que haría imposible el entablar nuevamente la acción penal, por los mismos motivos”. El sobreseimiento definitivo tiene efectos equivalentes a los de una sentencia absolutoria, en los cuatro casos siguientes:

²¹ Casado Pérez, José Maria. Et Al. “Código Procesal Penal comentado”. Tomo II. 1º edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. 2001. Págs. 95-96

1. Cuando el hecho no ha existido, no constituye delito o el imputado no ha participado en el.
2. Cuando no resulte racionalmente posible fundamentar la acusación e incorporar proceso nuevos elementos de prueba.
3. Cuando el imputado se encuentre exento de responsabilidad penal.
4. Cuando se haya la responsabilidad penal o exista cosa juzgada.

d) Aplicación de un criterio de oportunidad: El fiscal en su requerimiento puede pedir le aplique un criterio de oportunidad al imputado, dando por finalizado el proceso; en este caso estamos ante una situación similar a los beneficios que plantea la utilización de una salida alterna al proceso.

El juez de paz luego de escuchar a las partes puede resolver si otorga la instrucción con o sin aplicación de una medida cautelar o si declara alguna salida anticipada de las solicitadas por el fiscal, si admite o rechaza la querrela. Si el juez de paz resuelve ordenar instrucción debe remitir las actuaciones al juez de instrucción, dentro de las veinticuatro horas siguientes, y el juez de instrucción dentro de tres días dicta un auto donde se ratifica o modifican las medidas cautelares impuestas por el juez de paz, fija el plazo de la instrucción, señala el día y hora para la celebración de la audiencia preliminar; en esta audiencia se controla el resultado de la investigación y se determina si existe posibilidad positiva o negativa sobre la responsabilidad del imputado, y así, decidir si es necesario celebrar la vista publica ante el juzgado de sentencia competente (conformado por tres jueces), donde se determinara la culpabilidad o inocencia del imputado.

4.6 Requisitos mínimos para la aplicación supletoria del código procesal penal en la ley del menor infractor²²

Existe entre el código procesal penal y la ley del menor infractor una relación de complementariedad; el Art. 41 de la ley del menor infractor establece, que se aplicara supletoriamente todas aquellas disposiciones del código procesal penal, que regulan situaciones que la ley del menor infractor no haya regulado expresamente, siempre y cuando no desnaturalicen el proceso específico de los menores; por consiguiente, es necesario tomar en consideración para realizar esa aplicación supletoria los siguientes aspectos:

- 1) *Que la ley del menor infractor no haya regulado expresamente la situación jurídica por aplicar.* sin embargo existen casos en los cuales, a pesar que la ley del menor infractor lo haya regulado expresamente, puede no ser utilizado prefiriéndose lo que preceptúa otro cuerpo normativo, tal situación se fundamenta en el principio del interés superior del menor que como directriz orientadora, y principio jurídico garantista del derecho de menores²³, permite sustituir o complementar lo que establece la ley del menor infractor, por lo que establezca otra ley con tal que esta proteja de mejor manera los derechos y garantías de los menores. La CDN previendo esta situación estableció en su artículo 41 que : “nada de lo dispuesto en esta convención afectara las disposiciones que sean mas conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogida en: el derecho de un estado parte; o el derecho internacional vigente con respecto a ese estado.
- 2) *Que la norma a aplicar de forma supletoria no se oponga a los principios rectores de la ley del menor infractor.* Antes de aplicar supletoriamente una disposición de

²² Josa Gutiérrez, Maria Antonieta. *Ibíd.* Pág. 313

²³ Vid. “Convención sobre los derechos del niño y protocolos facultativos explicados”. FESPAD ediciones. San Salvador. 2002. Explicación Art. 3, Pág. 9

otra ley, los jueces están en obligación de analizar si esta en contra de los principios rectores que informan a dicha ley, tal y como lo establece el artículo 4 LMI.

- 3) *Que la aplicación supletoria del Código Procesal Penal no se oponga a la finalidad del proceso minoril.* hay situaciones e instituciones que regula el código procesal penal, y otras leyes que no pueden ser aplicadas al proceso de menores, al contradecir la función educativa del proceso; al someter a un joven a un proceso penal se pretende educarlo en responsabilidad que asuma sus actos, y se enfrente a las consecuencias por los mismos.

4.7 Necesidad de aplicar el procedimiento de la audiencia inicial del proceso penal de adultos al proceso penal de menores.

Como se ha establecido, un menor al ser detenido en flagrancia y puesto a disposición del fiscal; este tiene un plazo no mayor a setenta y dos horas, para poner a disposición del juez de menores al menor infractor, con la certificación de las diligencias instruidas hasta ese momento, el juez de menores según el artículo 75 LMI dispone: que cuando un menor hubiere sido detenido en flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, este resolverá **inmediatamente** sobre su libertad, y ordenará la aplicación de una medida en forma provisional si fuere procedente. La inmediatez no puede ser entendida como excluyente de la garantía de audiencia, a la que tiene derecho los adultos y menores; además el juez para imponer una medida en forma provisional en base al artículo 76 LMI, debe valorar las diligencias que le ha entregado la fiscalía, y tomarle declaración al menor; después de esto, el juez resolverá aplicarle una medida en forma provisional, es en este momento procesal en el que se le puede equiparar a la audiencia inicial de adultos, ya que estas diligencias de investigación que le entrega la fiscalía al juez de menores deben tener las formalidades del requerimiento fiscal del proceso penal de

adultos, tanto el imputado en el proceso de adultos como el menor infractor deben, luego de su detención en flagrancia, ser puestos a disposición del juez (en adultos ante juez de paz y en menores ante el juez de menores).

La audiencia inicial del proceso penal de adultos, se torna en una exigencia legal para el proceso penal de menores, ya que como se a establecido, esta sirve en el proceso penal de adultos como un primer filtro, para darle cumplimiento al principio de igualdad, brindándole a los menores la misma posibilidad que tienen los adultos de resolver su situación jurídica, dicha audiencia, sirve para darle cumplimiento a la garantía de audiencia, donde se discute la aplicación de una medida cautelar, se ejercita el derecho de defensa, donde se discuta una posible solución anticipada o la aplicación de un criterio de oportunidad, y la misma necesidad existe en el proceso penal de menores de la aplicación supletoria de la audiencia inicial de adultos; hay una necesidad evidente de aplicar el procedimiento de la audiencia inicial de adultos al de menores, por el respeto al principio de igualdad jurídica con que cuenta el menor respecto al adulto, el menor sometido a un proceso penal cuenta con las mismos derechos y garantías que los adultos y no puede quedar en desventaja respecto a estos.

En adultos el fiscal cuenta con setenta y dos horas para presentar requerimiento al juez de paz, el juez cuenta con setenta y dos horas, para celebrar la audiencia inicial y decidir sobre la libertad o no del imputado. Diferente aunque de forma similar sucede en menores, ya que el fiscal cuenta con setenta y dos horas para presentar al menor y la certificación de las diligencias iniciales de investigación ante el juez de menores es en este momento donde el juez debe señalar la celebración de una audiencia dentro de las setenta y dos horas siguientes, en dicha audiencia debe valorar las diligencias iniciales

de investigación para la aplicación de la medida cautelar, tomar la declaración al menor tal como lo establece el 5 lit. g LMI, el menor debe recibir información clara y precisa del tribunal sobre las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, eso quiere decir, que se le intime sobre la imputación que pesa sobre él y así, este ejerza su derecho de defensa, tanto material como técnica así como se les brinda la oportunidad a los adultos sometidos a un proceso penal.

Cuando el proceso de menores se haya iniciado por denuncia, existe una diferencia con el proceso iniciado por una detención en flagrancia; la diferencia radica en el momento procesal en que se debe realizar la audiencia, en los procesos que se inician por denuncia, el menor no se encuentra detenido, y es hasta que se presentan las diligencias de investigación, cuando se realiza la audiencia; habiéndose agotado la investigación dentro del plazo de la investigación (Art. 71 inc. 1º), o cuando se ha terminado dicho plazo (el plazo para presentar las diligencias es normalmente de treinta días, aunque puede ser ampliado, Art. 68 LMI); una vez presentado el escrito de promoción de acción al juez de menores este fijara audiencia en un lapso mínimo de setenta y dos horas en base al Art.153 Pr.Pn. aplicado supletoriamente por el Art.41 de la LMI. la audiencia se realiza con las mismas formalidades de la audiencia inicial por detención en flagrancia ya que uno de los objetos que persigue es vincular al menor al proceso; informar al menor y a sus responsables la situación jurídica del mismo, así como la oportunidad de que el menor rinda su declaración indagatoria sobre los hechos acaecidos y la oportunidad de que el proceso pueda finalizar con una salida anticipada, o se aplique un sobreseimiento, ó un criterio de oportunidad.

Las conveniencias de haberse iniciado el proceso penal de menores por una detención en flagrancia es: que al momento de la presentación de la certificación de las diligencias instruidas hasta ese momento por la fiscalía, el juez de menores tiene un plazo de las setenta y dos horas siguientes dentro de las cuales debe celebrar la audiencia inicial, en el caso de haberse iniciado el proceso por denuncia se establece como inconveniente el hecho que para celebrarse una audiencia equiparable a la audiencia inicial se debe dar por terminado el plazo de investigación o agotada la misma, dicho plazo es generalmente de treinta días en los cuales el fiscal recaba información para promover o no la acción, fundamentar la solicitud para aplicar una medida cautelar, una salida anticipada, la aplicación de la cesación o del sobreseimiento o de un criterio de oportunidad, el momento procesal para la celebración de la audiencia se torna mas largo en el caso de haberse iniciado por denuncia que por una detención en flagrancia.

4.8 Elementos imprescindibles en el desarrollo de una audiencia en la fase inicial del proceso penal de menores.

Los elementos que componen la audiencia inicial y que son imprescindibles en el momento de su desarrollo, son: información de los cargos que pesan en contra del menor, que rinda su declaración indagatoria sobre los hechos que se le imputan, la discusión sobre las medidas cautelares a aplicar, y una posible terminación anticipada del proceso, o la aplicación de un criterio de oportunidad.

4.8.1 Información de los cargos al menor (Intimación al menor): Este es un derecho reconocido a un menor en conflicto con la ley penal, (Convención de los Derechos del Niño artículo 40 literal b romano II; Art.5 lit. "i" y "g" LMI.), por tanto el menor debe ser informado del motivo de su detención, de los cargos que pesan sobre él, el Tribunal

de Menores debe informar de forma clara y precisa, del significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, para que así, el menor comprenda cada una de las actuaciones procesales y no se encuentre en un estado de inseguridad jurídica.

El acto procesal que tiene por finalidad facilitar información y exigir la presencia del menor se llama intimación judicial, mediante esta, se le requiere al menor infractor su conducción por la fuerza, para que comparezca al juez de menores y concurra a la correspondiente audiencia, con la comparecencia e intimación judicial, el menor infractor comprenderá la situación en que se encuentra dentro del proceso penal de menores y así podrá ejercer su defensa material mediante sus declaraciones o su abstención; en dicha audiencia debe estar presente el abogado defensor, conociendo los hechos que se le atribuyen y las diligencias que pesan en contra del menor, lo que facilitara el desarrollo de una verdadera defensa técnica en beneficio del menor.

4.8.2 Declaración indagatoria del menor

La persona señalada como autor o participe de un hecho punible comparece ante la autoridad correspondiente para dar explicaciones y defenderse de los hechos que se le atribuyen. Nos parece adecuado establecer un esquema del procedimiento a seguir para rendir la declaración indagatoria, ya que la declaración del menor dentro del proceso penal de menores debe regirse y desarrollarse de igual forma que el de adultos, dicho esquema a comentar es:

4.8.2.1 Información al menor infractor (Art.259 Pr. Pn), Sobre los cargos que pesan sobre el en las diligencias iniciales de investigación la Ley del Menor Infractor en su

Art.76 establece que: “el juez en base a las diligencias de investigación y previa declaración del menor, resolverá si procede imponerle una medida en forma provisional”; por ello que se le deberá informar al menor, sobre la pretensión penal, el hecho que se le atribuye, circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo las que sean importantes para la calificación jurídica del hecho, resumen de los elementos de prueba, disposiciones penales aplicables.

4.8.2.2 Información judicial. sobre el contenido de su derecho de defensa: derecho a no declarar, que se le presumirá inocente mientras no se le encuentre culpable mediante sentencia, prohibición de la prestación de juramento o promesa de decir la verdad (Art. 262 C. Pr. Pn.) Debiendo advertirse al menor infractor que la decisión de no declarar no será utilizada en su contra, que tiene el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor privado de su propia elección, debiendo nombrarse un defensor publico, si no se nombrare un abogado defensor particular.

El menor tiene el derecho a requerir la practica de diligencias de prueba, derecho a realizar descargos, pudiendo este durante el desarrollo del acto hacer las declaraciones e intervenciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa y lo haga previa autorización del juez, derecho a dictar su declaración; cuando el juez de menores hubiese explicado los derechos al menor deberá preguntarle si los a entendido y si desea declarar o no.

4.8.2.3 Interrogatorio de identificación (Art. 260Pr Pn.) El Juez de menores deberá indagar sobre la identidad del menor infractor, preguntándole nombre, apellido, u otro dato que permita identificarlo, la edad, (es de suma importancia, que se para así poder ser sometido al régimen especial de menores y no al proceso penal común), estado civil,

profesión u oficio, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre de sus padres, cónyuge, compañero de vida o conviviente, hijos y las personas con quienes vive, de las cuales depende o está bajo su tutela.

4.8.2.4 Declaración sobre los hechos (Art. 261 Pr Pn.). Concluido el interrogatorio de identificación el juez de menores dará la oportunidad de declarar; al menor infractor se le debe de asegurar la oportunidad de declarar ante el Juez de Menores y sin interrupción, para defenderse de los hechos que se le atribuyen; este interrogatorio se hace siguiendo las reglas establecidas en el interrogatorio en la vista de la causa, (Art.84 LMI), pudiendo el menor ser interrogado por el fiscal de menores, el defensor particular si lo hubiere y el procurador de menores , en ese orden; el juez y las partes podrán formular preguntas claras y precisas no estando permitidas las capciosas o sugestivas; para aclarar sus manifestaciones, este podrá hacer las aclaraciones que considere oportunas, teniendo derecho a la ultima palabra (Art. 353 Pr Pn. inc. Último).

4.8.2.5 Formalización de la declaración indagatoria en un acta independiente de la audiencia inicial, la decisión de declarar y el contenido de la declaración se reflejara en el acta lo mas fielmente posible. Pueden utilizarse diversos medios de grabación, pero el juez debe asegurar el resguardo conveniente para garantizar su inalterabilidad e individualización futura de la misma, también reflejara en el acta la negativa a rendir la declaración indagatoria, así como cualquier protesta sobre la forma en que se desarrolló dicha declaración.

4.8.3 La discusión de las medidas cautelares a aplicar

Según el artículo 76, la Ley del Menor Infractor establece que el Juez de menores en base a las diligencias de investigación, y previa declaración del menor, resolverá si procede aplicarle una medida en forma provisional; es por ello que, se debe de realizar una audiencia donde se explique al menor el motivo por el cual se le aplica cierta medida, y este, pueda declarar ante el juez, quien valorará su declaración al momento de imponerle una medida privativa o no privativa de libertad.

Debe existir una discusión sobre las medidas cautelares a aplicar, entendiendo por medidas cautelares: “aquellas medidas procesales, ordenadas por el juez competente, con carácter provisional, que, incidiendo en la libertad o no del menor infractor, van destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio, de los presuntos responsables y asegurar la efectiva resolución del juez de menores”. Del anterior concepto se desprenden dos características esenciales :

- 1- Provisionalidad: las medidas tienen una duración limitada, se extinguirán con la resolución definitiva que dicte el juez de menores.

- 2- Instrumentalidad: Son un instrumento jurídico que funcionan para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, manteniendo atado al proceso al menor infractor, hasta el juicio o la ejecución de la sentencia, sin incidir en su posible pronunciamiento.

La Ley del Menor Infractor obliga al Juez de menores , con base a las diligencias de investigación y previa declaración del menor (Art. 75 y 76 Ley del Menor Infractor), a resolver sobre la aplicación de una medida provisional; la adopción de una medida

cautelar a un menor infractor obedece a los principios de legalidad por que la medida se adopta con arreglo a la ley: Idoneidad, adecuación de la medida al fin perseguido. En menores la finalidad que se persigue es una finalidad educativa, por esto, si la infracción atribuida al menor no lleva aparejada pena de prisión de privación, no puede imponérsele una medida de privación de libertad; Intervención mínima; la medida debe durar el menor tiempo posible, no siendo legitima una sanción anticipada; Proporcionalidad: es la suma de los tres criterios anteriores, obteniendo un balance entre la función de la medida adoptada y los derechos fundamentales del menor.

La aplicación de la medida provisional de internamiento está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos materiales y formales (Art.54 LMI):

- 1- Apariencia de buen derecho (Fomus Boni Iuris): está indica que, el juez de menores debe efectuar una evaluación de los indicios incriminatorios contra el menor infractor. Si se adoptara una medida en forma provisional, será solamente cuando exista posibilidad razonable que el menor sea responsable del hecho en la resolución definitiva.
- 2- Periculum in mora: Consiste en la fuerte sospecha, basada en probabilidades, de que el menor se fugue, oculte o haga desaparecer elementos de prueba, obstaculice la acción de la justicia o seguirá cometiendo hechos delictivos.

Por lo anterior, se hace necesario que estos criterios sean discutidos o explicados al menor infractor, cuando un juez de menores considere, según su criterio, que se cumplen y por ello ordenar una medida de internamiento provisional, establecida en el Art. 8 de la ley del Menor Infractor; se debe de explicar el contenido de cada una de las

actuaciones procesales al menor y si se le priva de su libertad, con mucha mas razón, el juez de menores debe explicarle el motivo de su detención, el Art. 5 lit. “i” LMI, establece: “el menor tiene el derecho de ser informado del motivo de su detención y, de la autoridad responsable de la misma”, el literal “g” de la misma ley establece: “el menor tiene el derecho a recibir información clara y precisa del Tribunal de Menores, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia”; porque el proceso penal de menores tiene una finalidad educativa; por ello, el menor debe, comprender cada una de las actuaciones. El tiempo de duración de una medida en forma provisional, no deberá ser superior a los noventa días (Art. 17 inc ultimo LMI), pero, en este mismo articulo, se establece que la duración de las medidas decretadas en forma provisional pueden prorrogarse por el mismo plazo, que a sido el plazo de la investigación; el Juez de menores en base al Art.5 Lit. e LMI, al momento de ordenar el ingreso institucional de un menor, debe hacerlo mediante orden escrita, como medida excepcional y por el menor tiempo posible.

Al menor infractor mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, se aplican las medidas contenidas en el Art. 8 LMI; y a los menores infractores con edades entre los doce y dieciséis años, se podrá aplicar cualquiera de las establecidas en el Art. 8 LMI o las previstas en la ley del Instituto Salvadoreño de Protección a la Niñez y Adolescencia su Art. 45.

4.8.4 Terminación anticipada del proceso penal de menores.

El proceso penal que se sigue contra los menores una vez iniciado, termina de forma normal con la sentencia, en la cual se declara la culpabilidad o inocencia de los menores, con respecto a las infracciones penales imputadas; sin embargo, en la fase inicial del proceso se pueden presentar soluciones que den por terminado el proceso penal antes de

la vista de la causa. El Art.5 lit.”c” de la Ley del Menor Infractor establece: (el menor tiene derecho a tener un proceso justo, oral, reservado y **sin demoras** ante el tribunal de menores), pues con la audiencia inicial se puede lograr una solución inmediata al conflicto y no someterlo a un desgaste innecesario; en concordancia con el principio de mínima ofensividad del proceso penal de menores: A la vez, no se somete tampoco a un desgaste innecesario al sistema de administración de justicia juvenil; de lo anterior surge la necesidad de aplicar la audiencia inicial al proceso penal de menores; simplificando la solución de los conflictos que no son muy graves, beneficiando así a los sujetos procesales, especialmente al menor.

Las formas anticipadas de terminación, no son privativas del proceso penal de menores, se encuentran reguladas también en el código procesal penal de adultos –las denominadas “salidas alternas” del proceso penal- estas podrían ser aplicadas en el proceso de menores, vía supletoriedad (Art. 41 LMI); sin embargo, la aplicación supletoria como se dijo, no puede convertirse en una herramienta discrecional que transforme la ley del menor infractor en una copia exacta del código procesal penal de adultos; se debe ante todo atender a los criterios ya enunciados, para poder aplicar una disposición por la vía de la supletoriedad, (Art. 41LMI); se hace necesario, en primer lugar, analizar las salidas alternas que regula la ley del menor infractor; y, en segundo lugar, dilucidar si representaría una ventaja para los menores la aplicación de las salidas alternas del proceso penal de adultos, en el proceso que se sigue contra ellos. Las formas anticipadas de terminación del proceso penal de menores (LMI. el artículo 36) son: Acta de conciliación, remisión, renuncia de la acción y cesación del proceso.

4.8.4.1 Conciliación. La conciliación es un convenio voluntario entre la víctima de una infracción penal y el menor acusado de la misma, mediante la cual este último o sus representantes legales, dando o prometiendo hacer alguna cosa, evitan el ejercicio de la acción penal o ponen término a la ya iniciada.²⁴ La conciliación es una novedad no solo en la ley del menor infractor (Art. 59 al 65 LMI) sino también en el código procesal penal de adultos (32 y 33 Pr Pn.), su regulación parte del hecho que se estima que hay hechos en los cuales se debe atender más al interés de los particulares y lograr al mismo tiempo reducir los niveles de intervención estatal. La conciliación no opera en todos los casos, se reduce en el caso de los adultos, a algunos delitos de índole patrimonial y menos graves; en cambio, la ley del menor infractor (Art. 59) admite la conciliación para todos los delitos y faltas, “excepto para los que afecten intereses difusos de la sociedad”.

La conciliación procede de oficio o a instancia de parte, a petición del ofendido o víctima, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del menor y no concurren causales excluyentes de responsabilidad, sin que ello implique aceptación de la comisión del hecho por parte del menor; es decir, no se exige que el menor confiese. La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el juez de menores, mientras no se haya decretado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor. Con respecto a la aplicación de la conciliación, excluyendo solo a los delitos que protegen intereses difusos, no todos los aplicadores de la ley (jueces) comparten el criterio establecido en la ley y esta figura procesal no se aplica a los delitos denominados graves: Homicidio, robo, violación, etc. En particular, se siguen los criterios del código procesal penal a este respecto (Art. 32 Pr Pn.), la justificación resulta obvia, puesto que estos delitos denominados graves por la clase de bienes

²⁴ Casado Pérez, José María. “El proceso penal de menores. análisis jurídico procesal de la ley del menor infractor”. Noviembre 2001. Pág. 26

jurídicos que protegen –la vida, libertad sexual, patrimonio- son proclives a necesitar mayores niveles de protección y la salida que otorga la conciliación, ha sido utilizada por parte de aquellos procesados para evadir las penas que les supondría, si se llevase a cabo el procedimiento común que establece la LMI.

4.8.4.2 La Remisión y la suspensión condicional del procedimiento. Es una forma anticipada de terminar el proceso de menores, consiste en que: el juez de menores puede eximir del proceso al menor infractor y remitirlo a programas comunitarios, y esto procede cuando el delito estuviere sancionado en la legislación penal, con una pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, previa valoración del grado de responsabilidad, el daño causado y la reparación del mismo; el juez de menores puede acordar no continuar el proceso (Art. 37 LMI). En estos casos, el juez debe citar a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas resolverá remitir al menor a programas comunitarios, con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice.

Según Casado Pérez²⁵, al comparar el artículo 37 LMI con el Art. 22 Pr Pn., se observa que, la remisión equivale prácticamente a la suspensión condicional del procedimiento (Arts. 22- 25 Pr Pn.), sin embargo, hace notar el autor que la articulación de ambas figuras presenta ciertos problemas, dado el tenor literal del Art. 37 LMI, que no hace mención al carácter condicional, ni de la posible revocación de la misma cuando el menor se aparte de manera injustificada de las reglas impuestas por el Juez; y aunque se pueda discutir como señala el autor, ser mas gravoso para el niño o adolescente la posibilidad de revocarse la remisión; sin embargo, de no hacerse de esta manera, se

²⁵Ibíd. Pág. 32

corre el riesgo de que la institución no pueda cumplir con los objetivos pretendidos, pues un control no es tal si no conlleva la posibilidad de una sanción, la que en este caso sería la revocación de la remisión que fue ordenada.

Un control que no configure una posible sanción pierde su eficacia, por que se pierde la oportunidad de reaccionar contra el menor quien deliberadamente obvió las reglas de comportamiento por las que fue procesado. Así, según el autor citado, recomienda una oportuna reforma legal, pero mientras suceda, sugiere se aplique la remisión con características de la suspensión condicional del procedimiento, previsto en el código procesal penal (Arts. 22 a 25); en especial lo relativo a las reglas de conducta descritas en el Código Procesal Penal (artículo 23 y las del artículo 12 LMI). Valga la aclaración que no todas se refieren a reglas propias de un programa comunitario, (artículo 37 LMI), La conclusión a que llega el autor citado es a nuestro criterio acertada porque la remisión debe ser controlada por el juez de menores y debe brindar la posibilidad de revocarla, si el menor no lleva a cabo la reglas de conducta impuestas.

La forma de proceder es similar a la que se sigue en el caso de conciliación: se celebra una audiencia común a las partes, este tiene por objetivo ponerse de acuerdo con la remisión en si y definir qué reglas de conducta se deben imponer al menor; aquí es donde debe entrar en consideración el hecho que, por ser un acto dependiente en parte de la voluntad del menor o de sus representantes y que ha sido aceptado por su propia voluntad, el hecho que, él obvie estas reglas debiera acarrear una consecuencia, la revocación de la orden de remisión, tal como sucede cuando se incumple lo contenido en el acta de conciliación.

4.8.4.3 La Cesación del proceso y el sobreseimiento. La cesación del proceso como forma anormal de terminación del proceso penal es, según Casado Pérez²⁶, desde un punto de vista material, jurídicamente equivalente a la figura del sobreseimiento del proceso penal de adultos, considerándose como lo mismo porque el juez de menores puede tomar en consideración, para aplicar la cesación del proceso, los presupuestos establecidos en el código procesal penal para el sobreseimiento y este puede ser tanto definitivo como provisional. El sobreseimiento definitivo procederá de los casos señalados en el Art. 38 LMI, y son correlativos con el Art. 308 Pr Pn. En este último con mayor perfección técnica se establecen los motivos legales, que autorizan al juez de menores para decretar la cesación definitiva del proceso, es decir, el sobreseimiento definitivo.

Durante la etapa preparatoria del proceso, la declaración del sobreseimiento definitivo es una facultad discrecional, que ha de ejercerse con mucha ponderación, debiendo el juez de menores abrir el juicio oral, salvo que las siguientes circunstancias estén plenamente acreditadas:

- 1) La certeza de que el hecho no ha existido, o no constituye delito o que el menor no ha participado en él;
- 2) La imposibilidad de fundamentar la acusación, ni, razonablemente, incorporar nuevos elementos de prueba;
- 3) La concurrencia en el menor de una causa de exención de responsabilidad penal, debiendo estar suficientemente probada la misma, salvo los casos en que corresponda la aplicación de una medida de seguridad;
- 4) La extinción de la responsabilidad penal, o la excepción de cosa juzgada.

²⁶ Ibíd. Pág. 37

5) El desistimiento de la víctima en aquellos delitos perseguibles a instancia particular, supuesto que menciona el Art. 38 LMI, pero no el Art. 308 Pr Pn.

El desistimiento de la víctima es propio en el proceso penal de menores (Art. 38 LMI), cuando nos encontramos con la disyuntiva que plantea el hecho de encontrarnos con tipos penales, que necesiten para su procesamiento el expreso consentimiento de la víctima (Art. 308 Pr Pn), y en los casos que el consentimiento no se otorgue, o habiendo sido otorgado se retire posteriormente, lo que haga imposible su continuación; este problema ya se analizó en la presente investigación, al tratar el asunto de los delitos cuya acción depende de instancia particular, o los de acción privada. El análisis de las demás causas excluyentes de responsabilidad, es propia del derecho penal, bastando transcribir aquí íntegramente el contenido del Art. 27 Pr Pn., en el cual se declara exento de responsabilidad penal:

- 1) quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal, o en ejercicio legítimo de un derecho, o de una actividad lícita;
- 2) Quien actúa u omite en defensa de su persona, o de sus derechos, o en defensa de otra persona y sus derechos, siempre que concurran los requisitos siguientes:
 - a) agresión ilegítima;
 - b) Necesidad razonable de la defensa empleada, para impedir la, o retenerla; y ,
 - c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;
- 3) Quien actúa u omite por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro

bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro, y no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

4) Quien al momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión, o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

- a) enajenación mental;
- b) grave perturbación de la conciencia; y
- c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este código. No obstante, la medida de internación solo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión.

5) Quien actúa u omite la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales, que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,

6) Quien actuó u omite en colisión de deberes, es decir, cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes, que él mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir con uno de ellos (Art. 27 Pr Pn).

Distinta de la cesación o sobreseimiento definitivo es la cesación o sobreseimiento provisional, de la que no trata la ley del menor infractor, aunque se puede aplicar supletoriamente, retomándolo del código procesal penal. Esta cesación o sobreseimiento provisional, procede cuando los elementos de convicción obtenidos hasta ese momento, sean suficientes para fundar la acción contra el menor, pero existe la probabilidad de poder incorporar otros elementos de convicción. La resolución mencionará los elementos de convicción sobre la participación del menor imputado, que la Fiscalía

General de la República ofrece incorporar. El sobreseimiento provisional ejecutoriado hará cesar toda medida cautelar (Art. 309 Pr Pn).

4.8.4.4 Renuncia de la acción. La renuncia de la acción es una figura jurídica contemplada en el artículo 70 LMI, la cual procede contra los delitos que no posean pena mayor a tres años de privación de libertad y cuya decisión es privativa de la Fiscalía General de la República; los criterios objetivos que permiten se conceda una renuncia son: la circunstancias del hecho, las causas que lo motivaron o la reparación del daño.

Encontramos marcadas diferencias entre esta figura jurídica y la remisión, en cuanto a quién tiene la iniciativa; en el caso de la renuncia, es una facultad privativa de la fiscalía, y además, esta no necesita la aceptación de la víctima para que surta efectos, requisito indispensable en los casos de intentar una conciliación o la remisión. Los momentos procesales en los cuales se realizan (remisión y renuncia) también presentan una diferencia entre ambas figuras; para darse la remisión tiene que ejercitarse primero la acción por parte de la fiscalía y es en el desarrollo del proceso penal que se desarrolla la decisión sobre autorizar la remisión. como lo regula el artículo 73 LMI, la solicitud puede incluirse en el escrito que da inicio al trámite judicial; en contraste, la renuncia supone que no se ejercite la acción, se incluye así mismo en el requerimiento que presenta la representación fiscal (Art. 71), y en el siguiente artículo se establece un control jurisdiccional por parte de la víctima u ofendidos, aunque no establece el momento preciso (oportunidad procesal) en la cual debe efectivizarse, esta situación se resolvería fácilmente en una audiencia, en la cual se podría discutir, entre otras cosas, lo relativo a: si ésta renuncia ha sido aplicada conforme a derecho, siendo legítima su

procedencia. Respecto a esta figura existen autores que lo equipara como manifestación del principio de oportunidad, por ser facultad discrecional de la fiscalía su aplicación

4.8.4.5 la desestimación de la denuncia. Es otra figura jurídica que puede solicitar el fiscal en su requerimiento, tanto el de adultos como el de menores; esta figura consiste en que: cuando el hecho imputado no constituya delito, se solicita al juez la aplicación de esta figura, con lo cual se archiva y el efecto inmediato es impedir la prosecución de la causa, al igual que sucede con la aplicación de la figura del sobreseimiento, pero a diferencia de éste, el archivo no puede ser asimilado a la sentencia absolutoria, ni produce efectos de cosa juzgada, ni podrá ser invocada en el futuro por la garantía de “ne bis in ídem” (única persecución), pues no se dicta a favor de nadie, se detiene en la valoración jurídica de la imputación contenida en el requerimiento. La desestimación procede cuando no hubiere podido procederse con el juicio; no se puede proceder en los casos de haberse iniciado un proceso por razones de inmunidad, que, en el caso de menores infractores no tiene procedencia por razones de edad. La Fiscalía no puede proceder en los procesos penales, tanto de adultos como de menores, en los delitos de acción privada, sin el consentimiento de la víctima y en los delitos de acción pública previa instancia particular, cuando la denuncia a sido interpuesta por persona distinta del ofendido, por lo que al haberse iniciado un proceso donde se necesita del consentimiento de la victima este no se puede proseguir; por lo que el fiscal puede desestimar esta denuncia. Esta figura se puede aplicar tanto en adultos como en menores en conflicto con la ley penal.

4.8.4.6 Aplicación de los criterios de oportunidad. los criterios de oportunidad se otorgan por el Ministerio Fiscal cuando se consideran pertinentes, y únicamente por las

razones enumeradas en la ley, los criterios de oportunidad responden a un derecho penal de mínima intervención y sobre la base, que no se puede establecer el proceso de menores de forma mas desventajosa que el de los adultos, por lo cual se puede aplicar por la vía supletoria de conformidad a lo establecido en el artículo 41 de la Ley del Menor Infractor en relación con lo establecido en el artículo 20 del Código Procesal Penal.

“Los criterios de oportunidad pueden ser considerados como un mecanismo de represión delictiva ya que corresponde a la Fiscalía General de la Republica promover la acción penal, la aplicación de criterios de oportunidad deviene de una crisis del sistema de justicia de cualquier Estado, por el hecho que implica una desmedida saturación de la jurisdicción penal, para ello se formulan entonces medidas de carácter político-prácticas para evitar hasta donde sea posible y prudente este exceso de informativos en los tribunales así como de personas en los centros de readaptación. Bajo esta perspectiva y aludiendo a las funciones del órgano requirente, en la actualidad existen en nuestro Código Procesal Penal, normas que habilitan la posibilidad de prescindir de la persecución penal, estas normas habilitadoras derivan de lo que se ha denominado Principio de oportunidad o criterios de oportunidad, las que encontramos en el artículo 20 de dicho cuerpo legal”.²⁷

Este principio se perfila como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución y, como regla general, en el Código Procesal Penal. Es discutible la naturaleza de estos criterios desde el punto de vista jurídico-constitucional, la Constitución es enfática en la obligación que establece para la Fiscalía, de ejercer en

²⁷ Nolasco, Patricio Rodrigo. “El principio de legalidad y los criterios de oportunidad en el Proceso Penal de Menores”. Revista elaborada por el centro de doctrina judicial. [www. CSJ. Gob. sv/ doctrina. nss/](http://www.CSJ.Gob.sv/doctrina.nss/)

todo caso la acción penal, además de que tales criterios responden mas a consideraciones de utilidad social o practicidad que a formulas jurídicas.

Siguiendo la línea de pensamiento del autor antes citado²⁸, Un concepto de lo que son estos criterios de oportunidad tomando en cuenta el planteamiento que de ellos se hace en nuestra normativa, así: “Llamase criterios de oportunidad a aquellas circunstancias prácticas o de política-criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal, solicitar al juzgador, a prescindir de ella o abandonarla, en los casos establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo”. No se de decir aquí que la ausencia de persecución penal se origina en hechos que la ley establece como excluyentes de responsabilidad penal, prescripción de la acción, no comprobación del hecho o su atipicidad, que en todo caso requieren de decisión judicial y se formalizan a través de la figura del sobreseimiento, sino en circunstancias enumeradas por la ley para aquellos casos en que se ha comprobado la existencia del delito y que existe una apariencia de autoría o participación basada en elementos objetivos verificables en el proceso o en la investigación, y, por cuestiones de índole social, prácticas, de política criminal, e incluso morales, se decide no iniciar, o no llevar a término la pretensión punitiva, haciendo la petición formal ante el juez competente, resolver su otorgamiento.

Es aquí donde se encuentra el punto de colisión con el principio de legalidad, que se trató con anterioridad. Estos casos, la Fiscalía está facultada para no ejercer la acción penal que la Constitución le atribuye (Artículo 193 ordinal 4° de la Constitución). Por último, es conveniente resaltar que la Constitución reconoce como derecho

²⁸ *Ibíd.*

fundamental, el derecho a la igualdad, que implica igualdad ante la ley y en la aplicación de ésta y como garantía de este derecho, se esgrime el llamado principio de legalidad, que supone que a iguales supuestos normativos corresponden iguales consecuencias jurídicas; por tanto, con la aplicación discrecional de los criterios de oportunidad puede producirse un quebrantamiento al derecho de igualdad en la aplicación de la ley. Por lo antes expuesto, los criterios de oportunidad son considerados como un mecanismo de represión delictiva de índole de política criminal, por no saturar el sistema de justicia con causas de poca relevancia y además, no aglomerar los centros penitenciarios más de lo que ya se encuentran. Por estas razones consideramos a los criterios de oportunidad más como un mecanismo de represión delictiva que como salidas alternas al proceso penal, ya que, con la aplicación de estos criterios de oportunidad se combate de forma más efectiva a la delincuencia y se descongestiona al sistema de justicia penal, aplicando los criterios contenidos en el Código Procesal Penal, de los cuales se explicara lo siguiente:

El artículo 20 del Código Procesal Penal, establece en cuales casos procede la petición de prescindir de la acción penal pública, de esto se puede afirmar que: nuestra legislación es taxativa en cuanto a este aspecto. La norma, en principio, no nos dice de qué manera, o con qué formalidades deberá presentarse tal solicitud. Como es lógico, pero no está de más apuntar, la decisión de aplicar un criterio debe estar fundamentada y motivada, pues aunque la fundamentación de las decisiones se exige más respecto de los jueces, en este caso es importante en sobremanera, que el juez ante quien se pide prescindir de la acción penal conozca los motivos que han llevado a la parte actora a hacer tal petición, con el objetivo que pueda aceptarla, al compartir los criterios del fiscal, o rechazarla, en caso de disconformidad con los mismos; esto debe ser así porque

al Juez le está prohibido aplicar su conocimiento privado en cualquier causa, no conoce los hechos y sólo puede llegar a ellos a través de lo que le aporten las partes. En este sentido, sería conveniente además, adjuntar a la petición, las diligencias en que se fundamente, para que pueda el Juez ilustrar con mas detalle su razonamiento.

La redacción de la norma, su aplicación queda a la discrecionalidad del fiscal del caso, es decir, no regula el Código en qué debe fundamentarse la aplicación del criterio de oportunidad, por ello es conveniente que se desarrolle de alguna manera el contenido de la norma procesal penal, o se dicten normas interpretativas al interior de la Fiscalía General de la República, que contribuyan a una correcta y uniforme interpretación de los criterios de oportunidad y en que casos podrá aplicarse. Se observa que la disposición legal establece: “la aplicación de los criterios de oportunidad es una facultad potestativa de la Fiscalía,”(Art. 20 C.Pr.Pn.), esto implica que aún ante los mismos supuestos, puede generarse una aplicación desigual de la ley, y que sólo puede ser evitada en virtud de instrucciones precisas y uniformadoras hacia los fiscales; partimos así hacia, el análisis de cada caso específico:

*1) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.*²⁹

Insignificancia del hecho.

¿Qué debe entenderse por insignificancia del hecho?. En principio todo delito es significativo, puesto que si está tipificado como tal, es porque el legislador ha considerado que tal conducta es lesiva de un bien jurídico. Sin embargo, de entre el catálogo de bienes jurídicos protegidos por la ley penal, hay unos que se ubican en posición de superioridad respecto de otros, no se puede negar por ejemplo, que el bien

²⁹ Ibíd.

jurídico vida, es superior al bien jurídico propiedad intelectual; y es en función de esa ponderación de los distintos bienes jurídicos protegidos por la ley penal y sus distintas formas de afectación, que el legislador establece un quantum de pena, entre un mínimo y un máximo dentro de los cuales, el juzgador es quien concretizará la pena a imponer.

Pero no todos los delitos tienen como pena la reclusión, porque el legislador valora que en ciertos casos, la pena no debe ser la prisión, sino que establece otras alternativas para algunos delitos, así, las multas, trabajos de utilidad social, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, e inhabilitación. Podemos deducir entonces que, la pena es un índice de gravedad o levedad del delito, puesto que la pena de prisión es la mas grave en nuestro medio, entonces lógicamente los delitos penados con prisión son los mas graves y los que no, son leves. De ahí que un criterio para la aplicación del criterio de oportunidad por la insignificancia del hecho sea, el que éste tenga como sanción una pena distinta a la de prisión; y podría ser, como ha sido tradición en nuestras leyes penales, que se consideren hechos insignificantes a aquellos en los que el máximo de la pena a imponer sea de tres años.

Contribución exigua del partícipe. Este aspecto se relaciona con los conceptos de autoría y participación. De la lectura de la norma se deriva que se prescindirá de la acción penal respecto de los partícipes del delito, no así de sus autores o coautores, ya que éstos no contribuyen a la realización del tipo, sino que lo realizan. Los partícipes son en cambio aquellas personas que prestan su colaboración voluntaria a la realización del delito, por ende, para hablar de partícipes se requiere de estos que su actuación sea dolosa (conocer y querer realizar la acción), pero es necesario que no tengan el dominio

final del acto, es decir, su participación es accesoria. En este concepto se incluyen principalmente a los cómplices, instigadores.

el legislador no dice nada en cuanto a criterios objetivos para determinar lo exiguo de la contribución del partícipe. Se plantean aquí algunos problemas teóricos: la complicidad es aquella contribución necesaria a la realización del delito, de tal relevancia que sin ella no hubiera podido realizarse; entonces, bajo esta idea, ¿Qué complicidad será exigua, cuando sin ella no podría haberse cometido el hecho típico? Entonces, el criterio de oportunidad no está formulado en función de la contribución, es decir de la acción, que desde el punto de vista penal es la actividad dirigida a realizar una conducta querida, sino que atiende a la conciencia de la ilicitud del acto (dolo). Al hablar del instigador, nos referimos a aquella persona que determina dolosamente a otra a cometer un delito, y en este sentido al igual que en de la complicidad, la conducta del partícipe para ser considerada instigación, debe ser determinante y grave, lo cual significa que: en la voluntad de autor del delito, no existe en lo absoluto la determinación a delinquir, antes de la instigación de que es sujeto. De ahí que si el autor del delito ya tenía la determinación a delinquir, no se puede hablar de instigación exigua, es que simplemente no hay instigación.

La mínima culpabilidad del partícipe. Debe entenderse como la circunstancia que permite al fiscal prescindir de la acción penal en casos de culpabilidad mínima de los partícipes (cómplices, instigadores). ¿Cómo se interpreta la culpabilidad mínima?. Como se dijo anteriormente, la conducta del partícipe debe ser dolosa, pero siempre concurren circunstancias de hecho que modifican la responsabilidad penal y que son tomadas en cuenta para la adecuación de la pena. Entonces, habría que evaluar para pedir la

aplicación del criterio de oportunidad, las circunstancias atenuantes que concurren, respecto a esto, corresponde establecer un mínimo de ellas, en base a valoraciones de sentido común o practicidad, así pues, no sería atinado prescindir de la acción penal para un imputado en quien concurra una sola circunstancia atenuante que no le significaría mayor disminución de la pena, pero si para aquel en quien concurren tantas que impliquen un aminoramiento considerable de la misma. Asimismo pueden ser tomadas en cuenta aquellas situaciones que signifiquen que el imputado actuó en presencia de un error vencible, pues de ser invencibles se convierte es una causa que excluye la responsabilidad penal.

La aplicación de estos criterios está dada en función que el hecho no afecte el interés público. He aquí otro concepto indeterminado que puede interpretarse como aquellos delitos que no provoquen alarma social. En ese sentido deben tomarse en cuenta, el modo y los medios utilizados en la realización del hecho, el bien jurídico lesionado, la extensión del daño y el peligro efectivo y la calidad de los motivos que impulsan el hecho. Lo discutible de estos criterios, es la función prejuzgadora que ejerce la Fiscalía General de la República dado que en todos estos casos, para valorar circunstancias como las mencionadas es preciso que se haga por una autoridad judicial; es ésta quien está investida de la potestad para determinar la exclusión de la responsabilidad penal, así como de sus atenuantes en vista de las pruebas producidas en el juicio, quebrantándose así los principios de necesidad e inmediación de la prueba, y la potestad jurisdiccional del Órgano Judicial. Lo mismo ocurre con la insignificancia del hecho, puesto que el hecho debe ser calificado definitivamente por el juez, la calificación jurídica del delito efectuada por la Fiscalía General de la República es provisional y puede ser modificada; a manera de ejemplo, si un fiscal califica un hecho como lesiones en vista de las

diligencias efectuadas y atendiendo al resultado, pero la intención de autor no era lesionar sino matar; estamos en presencia de un homicidio en grado de tentativa; el hecho es el mismo, por el resultado, pero el ánimo significa una diferencia sustancial, pues de uno a tres años que podría ser la pena del delito de lesiones, puede llegarse a cinco años mínimo y diez máximo por el delito de homicidio imperfecto. Asimismo, la Fiscalía aparte de prejuzgar, ejerce una función de legislador penal negativo, es decir, selecciona de entre el catálogo de delitos tipificados por el legislador, aquellos que carecen de importancia y, por lo tanto, no merecen persecución penal.

Otro aspecto a considerar es el de la responsabilidad civil. Todo delito, por insignificante que sea o por lo mínimo de la culpabilidad del autor o participe genera obligaciones civiles para con las víctimas. La aplicación del principio de oportunidad extingue la responsabilidad penal, pero la extinción de la responsabilidad penal no implica per se, la de la civil por daños, entonces es conveniente que previo a la solicitud de la aplicación de un criterio de oportunidad, la Fiscalía fije un monto al imputado en concepto de indemnización por los daños ocasionados a la víctima por el delito, como condición para la aplicación del criterio de oportunidad. Se procede entonces de acuerdo con lo establecido para la acción civil regulada en la ley del menor infractor, (Art. 35)

2) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro mas grave.³⁰

- Esta norma plantea dos supuestos, el primero se refiere al arrepentimiento, es decir, cuando el autor luego de determinarse a delinquir realiza todos los actos

³⁰ *Ibíd.*

preparatorios y ejecutivos del delito y finalmente éste se consuma, no siendo posible detener la ejecución, no obstante que el autor se haya arrepentido e intentado detener la ejecución del delito. Distinto es el caso en que el autor interrumpe la ejecución del delito y no se consuma, aquí estamos en presencia de un desistimiento y que no acarrea ninguna responsabilidad penal, salvo que alguno de los actos preparatorios o ejecutivos sean punibles. El arrepentimiento en sí, no excluye la responsabilidad penal pues el delito ya está consumado, el Código Penal lo establece como una atenuante.

El segundo supuesto de la norma es la contribución del imputado al esclarecimiento de la participación de otros en el mismo hecho o en otro mas grave. Esto obedece eminentemente a criterios de política criminal, pues dada la complejidad de algunos delitos y sus altos índices de perpetración, el Estado, a través de la Fiscalía, considera que es mas ventajoso, exonerar a uno para castigar a muchos. La mayor aplicación de este criterio se da en los delitos relativos a las drogas o en general a lo que se denomina crimen organizado, ya que por regla general, es difícil la investigación de este tipo de delitos, a menos que se cuente con un informante de quien, a manera de recompensa se prescinde de su persecución penal. Es casi una especie de importación de la figura de la transacción al proceso penal, Pero es evidente que la contribución y la información aportada por el imputado debe ser efectiva, así lo establece el artículo 21 inciso 3° del Código Procesal Penal.

3) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus

*ocupaciones ordinarias o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación.*³¹

Esto es aplicación de lo que se denomina pena natural, es decir el sufrimiento de un daño físico, moral o psíquico por el autor de un delito, que hace que la pena a imponer carezca de necesidad pues es suficiente el daño que se ha causado a si mismo, se establecen como condiciones para la aplicación de este criterio que el imputado haya sufrido un daño de carácter físico, psíquico o moral grave que le incapacite para atender a sus ocupaciones ordinarias (es una concepción finalista de la integridad física o moral, ya que no basta el daño en sí, sino las consecuencias que éste produce), Debe ser consecuencia directa de la acción del autor, y que no le haya sido posible preverlo o que previéndolos pudo evitarlos.

El daño propio debe ser tal que afecte directamente al imputado aunque simultáneamente se haya ocasionado daños a terceras personas, en el caso de los delitos culposos el daño moral debe ser producto de que entre la víctima y el autor existan lazos familiares o afectivos de tal entidad que el autor jamás podría haber deseado el resultado. La aplicación de este criterio de oportunidad también incluye a los delitos dolosos.

*4) Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*³².

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

El sentido de esta disposición, en vista de su redacción, no es muy claro entonces debe acudirse una interpretación finalista, La ideología de esta disposición apunta mas bien a la finalidad de la pena. Si la pena como consecuencia del delito busca la readaptación y resocialización del delincuente, carece de todo sentido práctico el hecho de imponer una pena de poca gravedad respecto de otras ya impuestas al imputado por otros delitos, es así que se entiende que si el imputado ya se encuentra cumpliendo una pena, no por el hecho de sumarle otras se verá incrementado el efecto resocializador de la primera. No es una fórmula matemática de: a mas penas, mas readaptación. No puede concebirse que en un Estado donde el Derecho Penal a través de la pena no busca solo el castigo o reprensión del delito (la pena no es un fin en sí misma), sino tiene una finalidad social de readaptación.

4.8.4.7 Aplicación de los criterios de oportunidad en el proceso penal de menores.

Para aplicarlos se debe analizar primero si las otras formas de terminación del proceso no se podrían considerar como tales:

En primer lugar, al compararse con la conciliación, la diferencia básica es: no se exige el consentimiento de la victima ni la imposición al menor de una obligación en la aplicación de un criterio de oportunidad estos son elementos básicos de la conciliación; en segundo lugar, con respecto a la remisión, se considera a esta una figura de alcance mas limitado, por que solo en los delitos de hasta tres años de prisión son por los que un menor puede verse beneficiado; además, en la remisión, el hecho que corresponda al juzgador examinar la posibilidad de continuar con el proceso y que esta decisión no corresponda por tanto a la facultad discrecional de la fiscalia, es otro de los argumentos en contra para que se pueda considerar la remisión como expresión del principio de oportunidad; en tercer lugar, en el caso de la Cesación, los motivos comprendidos en el

artículo 38 LMI no se corresponden, con los ya expresados por los cuales se puede dictar una oportunidad en el ejercicio de la acción penal, mas bien, podemos afirmar que existe una similitud entre la cesación y la figura del sobreseimiento, cuestión que ya fue analizada con anterioridad. La cuarta y ultima de las formas anticipadas de terminación del proceso de menores que queda por analizar, la renuncia de la acción, existen argumentos que sitúan la renuncia como un verdadero criterio de oportunidad; así, en un trabajo de investigación que trata de la aplicación supletoria de los criterios de oportunidad³³ los autores afirman: la renuncia de la acción (artículo 70 LMI) “constituye una manifestación del principio de oportunidad, pues podrá observarse de forma clara que el ejercicio de la acción penal le corresponde exclusivamente al fiscal, siendo está, una característica necesaria para estar presente, ante una manifestación del anterior principio”.

No todos los autores son unánimes en considerar que la renuncia se considere como una verdadera aplicación del principio de oportunidad, se considera que posee un alcance mucho más limitado, que solo se aplica a infracciones penales cuya pena mínima sea inferior a tres años de privación de libertad, limite que no existe en la aplicación del criterio de oportunidad; inclusive, en el trabajo de investigación comentado, los autores afirman que: “Ante la ausencia de la regulación expresa de los criterios de oportunidad en la ley del menor infractor, se genero a principios de año un anteproyecto de decreto de reforma de dicha ley, elaborada por UNICEF y el proyecto de coordinación técnica de la oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en El Salvador... se encuentra la modificación del artículo setenta relativo a la renuncia de la

³³ Campos Cevallos, Silvia. Et al. “Análisis de la aplicación supletoria de los criterios de oportunidad del código procesal penal en el proceso de menores” Tesis UES, 2000. Pág.55- 56

acción por parte de la fiscalía en el proceso de menores³⁴; se puede concluir entonces que a pesar de las coincidencias que guarda la renuncia de la acción por parte de la fiscalía (Art. 70 LMI), con la aplicación de un criterio de oportunidad, esta no puede equipararse a la redacción del Art. 20 Pr Pn., para no poner en desventaja al menor sometido al tratamiento penal juvenil, con respecto al tratamiento de los adultos en materia penal, por la aplicación del principio de oportunidad, es conveniente aplicar en base al 41 LMI los criterios de oportunidad regulados para los adultos.

Los criterios de oportunidad se pueden aplicar en el proceso penal juvenil; el menor tiene derecho a un proceso justo con todas garantías reconocidas a los adultos, esto se basa en el artículos 4 y 5 lit. “c” de la Ley del Menor Infractor, en donde establece que: el menor tiene derecho a un proceso justo y oral y así lo reafirma el Art. 28 de la misma ley, en cuanto dice que las audiencias previstas en la Ley del menor Infractor, deben de desarrollarse de forma oral bajo pena de nulidad, pero aunque la audiencia inicial no se encuentre regulada en dicha ley, es menester jurídico del juez de menores realizar dicha audiencia inicial por los motivos ya abordados, vía supletoriedad (Art. 41 LMI), para no violentar el principio de igualdad jurídica al que tienen derecho los menores infractores a las leyes penales (Art. 3 Constitución, Art. 5 LMI), puesto que en dicha audiencia el juez debe informar de los cargos al menor, para que este pueda ejercer de forma efectiva su derecho defensa material, que es la que el ejerce en sus declaración o abstención de declarar y su defensa técnica, que es la encomendada a el abogado defensor en sus alegaciones al juez de menores; en esta audiencia el Juez debe explicar al menor claramente las actuaciones procesales y los derechos que lo amparan, para así cumplir con la finalidad educativa de dicho proceso; también podrá en dicha audiencia, discutirse

³⁴ *Ibíd.* Págs. 48- 49

sobre una posible medida cautelar a imponer al menor infractor, ya que nadie puede ser privado de ningún derecho sin ser previamente oído y vencido en juicio (garantía de Audiencia), en esta audiencia se puede discutir sobre la posibilidad de una salida anticipada, de la forma que ya fueron estudiadas o la aplicación de un criterio de oportunidad entendido este como mecanismos efectivos de represión delictiva aplicables tanto a menores como adultos, el brindar estas oportunidades al menor no lo somete a un desgaste innecesario que puede ser perjudicial para el desarrollo de su personalidad.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El presente apartado contiene juicios valorativos, a los que como equipo de investigación hemos llegado después de analizar la información obtenida y las opiniones emitidas por los operadores del sistema penal de menores, en ese sentido y ante el problema de la no celebración homogénea de la audiencia inicial del proceso penal de adultos, en el proceso penal de menores, y teniendo como fundamento la investigación realizada, emitimos las conclusiones y recomendaciones siguientes:

5.1 Conclusiones

- Existe la necesidad jurídica de la celebración de una audiencia inicial en el proceso penal de menores para darle cumplimiento a la garantía de audiencia; ninguna persona puede ser privada de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio, y si al menor infractor se le debe de aplicar una medida provisional privativa o no de libertad debe discutirse dicha imposición ante un juez, en esta audiencia, debe informarse de los cargos que pesan sobre él, al menor infractor, recibirle su declaración indagatoria, brindarle la oportunidad de alegar para que configure una verdadera defensa material (realizada por el menor) y técnica (realizada por el abogado defensor), la oportunidad de terminar anticipadamente el proceso, o aplicársele un criterio de oportunidad; para así no quedar en un plano de desigual con respecto a los adultos sometidos a un proceso penal.

- Se ha logrado un avance en el desarrollo histórico del derecho de menores, por el hecho que se han abandonado los postulados de la doctrina de la situación

irregular, la cual considera al menor como un enfermo que debe ser separado de la sociedad para curarlo y readaptado a través de tratamientos terapéuticos, sin reconocerles nada de garantías que tutelaran sus derechos que como seres humanos le son inherentes. En nuestro país se logra un avance notorio con la firma y ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (en 1990), la cual en su artículo 40 establece la Administración de justicia de menores y en el Salvador para que las leyes referentes a menores en conflicto con la ley penal se adecuen a la convención se le da vigencia a la ley del menor infractor, en su Art. 4 establece sus principios rectores y el Art. 5 los derechos y garantías, estableciendo que los menores gozan de los mismos derechos y garantías reconocidos a mayores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, es por ello el juez de menores debe actuar limitado por la correcta interpretación y aplicación de la ley, debe orientarse conforme a la doctrina de la protección integral, la cual manda a los jueces a reconocer todos los derechos y garantías que se establecen en la constitución, tratados internacionales y leyes a favor del menor infractor, deben proteger al menor infractor, interpretando y aplicando la ley de la forma que mejor garantice los derechos de los menores. Se considera que aunque la mayoría de los tribunales en la actualidad intentan celebrar audiencias iniciales, no lo hacen de forma homogénea; los jueces de menores no tienen criterio uniforme la celebración o no de una audiencia inicial, por lo que prima la discrecionalidad judicial respecto a la interpretación y aplicación del Art. 41 LMI, respecto a la aplicación supletoria de las disposiciones relativas a la audiencia inicial del proceso penal de adultos en el de menores.

- Consideramos que existe vulneración al principio de igualdad jurídica al que tiene derecho el menor infractor: al no celebrarse homogéneamente la audiencia inicial en los diferentes tribunales de menores, no se le están brindando las mismas oportunidades que a los adultos, al restringirles ciertas salidas anticipadas, como la desestimación o la aplicación de criterios de oportunidad y con ello, se les deja en un plano jurídico de desigualdad, que deviene de una falta de uniformidad de criterios de los jueces de menores, y ya que los menores infractores así como lo establece el Art. 5 de la LMI, gozan de los mismos derechos y garantías que los adultos sometidos a un proceso penal, esto se reafirma en el Art. 3 de la constitución en el cual se reconoce la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, las resoluciones judiciales deben de ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando que cualquier violación consistente en un mismo precepto legal, se aplique en casos iguales con evidente desigualdad, caso que sucede en los tribunales de menores; por criterio judicial ante un mismo hecho no se aplican los mismos preceptos legales, rompiendo el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

- Existe vulneración al principio del interés superior del menor: por que en el problema de investigación se presentan dos intereses jurídicos, uno que se celebre una audiencia inicial en el proceso penal de menores similar a la de adultos y el otro interés es que no se celebre una audiencia en la etapa inicial del proceso penal de menores similar a la de adultos y como sea establecido los menores tienen la misma necesidad jurídica que los adultos de la celebración de

dicha audiencia, para que se respete la garantía de audiencia, derecho de defensa, se les brinde una salida anticipada o un sobreseimiento o aplicación de un criterio de oportunidad, y por el hecho que en la actualidad no existe por parte de los jueces de menores, un criterio uniforme de dicha audiencia en el proceso de menores se deja de lado el interés superior del menor, cuando impera la discrecionalidad judicial sobre la celebración o no de dicha audiencia, con lo que se vulnera el interés superior del menor.

5.2 Recomendaciones

- Consideramos que debe existir una regulación expresa en la Ley del Menor Infractor sobre el desarrollo de una audiencia inicial en el proceso penal de menores, sería la solución ideal para el problema de la celebración heterogénea de dicha audiencia, se tendría una guía uniforme a seguir por los juzgados de menores, sin la necesidad de la aplicación supletoria de la audiencia inicial de adultos.
- Recomendamos la reforma de los siguientes artículos de la ley del menor infractor:

Iniciación

Art. 73.- Promovida la acción, el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá sobre la iniciación del proceso y si lo considera oportuno remitirá las

diligencias a la fiscalia general de la republica, para que se amplíe la investigación durante un plazo que no exceda de treinta días.

Si resuelve iniciar el proceso ordenar el estudio sicosocial si no se hubiere efectuado y podrá citar a conciliación; si no es procedente iniciarlo por cualquier causa legal, ordenara el archivo de las diligencias de investigación.

Cuando el juez recibiere una denuncia, en la que se afirma que un menor es autor o participe de una infracción a la ley penal la remitirá a la fiscalia general de la republica.

Se suprimiría el segundo inciso de dicho articulo de la siguiente manera:

Iniciación

Art. 73.- Promovida la acción, el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá sobre la iniciación del proceso y si lo considera oportuno remitirá las diligencias a la fiscalia general de la republica, para que se amplíe la investigación durante un plazo que no exceda de treinta días.

Cuando el juez recibiere una denuncia, en la que se afirma que un menor es autor o participe de una infracción a la ley penal la remitirá a la fiscalia general de la republica.

Se modificaría el articulo 75 de la siguiente manera:

Resolución inmediata

Art. 75.- Cuando el menor hubiere sido detenido en flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, este resolveré inmediateamente sobre su libertad; y ordenara la aplicación de una medida en forma provisional si fuere procedente, sin perjuicio de que la fiscalia general de la republica continúe la investigación.

Audiencia inicial

Art. 75.- El juez al resolver iniciar el proceso ordenara el estudio sicosocial si no se hubiere efectuado; Convocara a la partes a una audiencia inicial dentro de los Tres días siguientes, donde se valoraran las diligencias iniciales de investigación, Se informara de cargos al menor, y previa declaración de éste, resolverá aplicarle una medida en forma provisional. Esta medida quedara sin efecto al decretarla en forma definitiva; al cesar el procedimiento y en los demás casos previstos por la ley.

El fiscal en las diligencia iniciales de investigación podrá solicitar si fuere procedente la aplicación de una de las salidas anticipadas de la ley del menor infractor, y de los criterios de oportunidad regulados en el código procesal penal.

Se modificaría el articulo 76 de la ley del menor infractor de la siguiente manera:

Medida en forma provisional.

Art. 76.- El juez con base en las diligencias iniciales de investigación y previa declaración del menor, resolverá aplicarle una medida en forma provisional. esta medida quedara sin efecto al decretarla en forma definitiva; al cesar el procedimiento y en los demás casos previstos por la ley.

Detención en flagrancia.

Art. 76.- Cundo el menor hubiere sido detenido en flagrancia y fuere puesto a disposición del juez, este señalará dentro del termino de inquirir la celebración de la audiencia inicial.

- En ese mismo orden de ideas es necesario se unifique el criterio de los jueces a la hora de hacer uso de la aplicación supletoria, que regula el artículo 41 de la Ley

del Menor Infractor, esto se puede lograr mediante constantes capacitaciones impartidas por instituciones como: la Escuela de Capacitación Judicial, el Consejo Nacional de la Judicatura, en concordancia con la Corte Suprema de Justicia, en aras de garantizar la seguridad jurídica de los menores sujetos a una imputación penal; si los jueces tienen claridad acerca del tema de la supletoriedad, del respeto a las garantías del debido proceso, tales como la garantía de audiencia , el principio de igualdad y el derecho de defensa, las capacitaciones deben estar orientadas a superar los manejos de carácter subjetivos de la ley, evitando la aplicación antojadiza de preceptos legales.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS

- Rivera Beiras, Iñaki, “Disposiciones internacionales y jurisprudencia relevante en materia penal juvenil”, en AAVV, “pasado y el presente de la justicia juvenil”, universitat de Barcelona, CNJ, Escuela Judicial, Programa interinstitucional, UTE, UNICEF, San Salvador, 2001.
- Platt, Anthony “los salvadores del niño, o los inventores de la delincuencia”, cuarta edición, © siglo XXI editores, S. A de C. V, 2001.
- Ramírez Amaya, Atilio y Noya Novais, Josefa. Bases para la nueva legislación penal juvenil salvadoreña: un análisis jurídico y político del sistema”. Comisión de comunicaciones europeas. San Salvador, 1994.
- Cabanellas Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo II, editorial Heliasta S. R. L, Buenos Aires,1989.
- Bertrand Galindo, Francisco Et al. “Manual de Derecho Constitucional”, tomo I. 2º edición , Centro de información jurídica ministerio de justicia. Impreso en el Salvador. Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1996.
- Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. “Catalogo de jurisprudencia “.Tercera edición, publicaciones Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1993.

- Casado Pérez, José Maria. “ proceso penal de menores. Análisis jurídico procesal de la Ley del Menor Infractor”, Corte Suprema de Justicia/Unión Europea. San Salvador, 2001.
- UNICEF/ Santos Escobar, Aída Luz. Et al. “La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal”, editorial hombres de maíz, colección desarrollo humano, San Salvador, 1995.
- Armenta Deu, Teresa. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad : Alemania y España, ppu. Barcelona, 1991.
- Aplicano Cubero, Alejandro. CIPRODEH. “Los Derechos Fundamentales. Texto introductorio sobre derechos humanos fundamentales”. 1º edición. Editorial Guardabarranco. Tegucigalpa 1996.
- Josa, Maria Antonieta, “Justicia Penal de Menores”. En AAVV “implicaciones del nuevo código procesal penal en la aplicación de la ley del menor infractor”. Publicaciones Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1999.
- Casado Pérez, José Maria. Et. Al. “Código procesal penal comentado” Tomo I, Publicaciones Corte Suprema de Justicia. 1º edición, San Salvador, 2001.
- Casado Pérez, José Maria. Et Al. “Código Procesal Penal comentado” Tomo II, Publicaciones Corte Suprema de Justicia. 1º edición, San Salvador, 2001.

TESIS

- Salazar Blanca Alicia . “los menores y su problemática, diferentes tendencias evolutivas para su protección y la administración de justicia como limite al goce de sus derechos”. UES, San Salvador, 1995.
- Campos Cevallos, Silvia Et al. Análisis de la aplicación supletoria de los criterios de oportunidad del código procesal penal en el proceso de menores” Tesis, UES, San Salvador, 2000.
- Josa Gutiérrez, Maria Antonieta, “Análisis comparativo en la aplicación supletoria del Código procesal penal en la Ley del Menor Infractor” Tesis de graduación, USAM, San Salvador, 1996.

INTERNET

- www.csj.gob.sv/doctrina.nss/
Nolasco, Patricio Guillermo. “EL principio de legalidad y los criterio de oportunidad en el proceso penal de menores”. Revista elaborada por el centro de doctrina judicial.

ANEXOS.

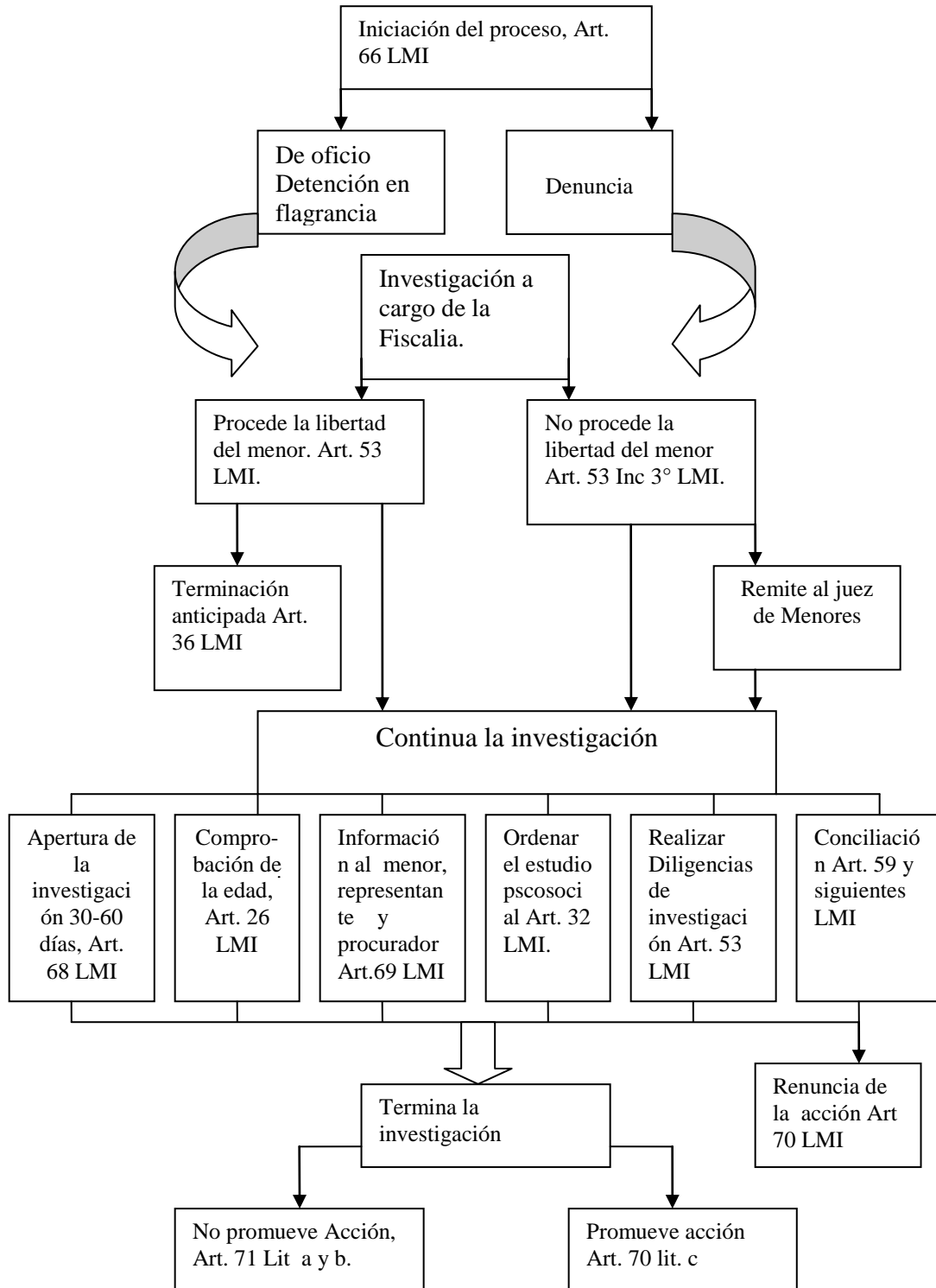
1. Cuadro sinóptico de las garantías y principios procesales en la constitución, leyes y tratados internacionales.

Tratados Garantías y Principios	Constitución de la republica de El Salvador	Declaración universal De derechos Humanos	Pacto internacional de derechos civiles y políticos	Declaración americana de los derechos y deberes del hombre	Convención americana sobre derechos humanos o “pacto de San José”	Código procesal penal
Juicio previo (G. audiencia)	Arts.11, 15	Art. 11.1	Art. 9.1	Arts. XXV, XXVI	Arts. 7.2, 9	Art. 1
Legalidad del juez y del procedimiento	Art. 15	Art.11.2	Art. 15	Art. XXVI	Art. 9	Art. 2
Oralidad y publicidad	Art. 12	Arts. 10, 11.1		Art. XXVI	Art. 8.5	Art. 1
Independencia judicial	Arts. 17, 172	Art. 10	Art. 14.1	Art. XXVI	Art. 8.1	Art. 3
Imparcialidad judicial	Arts. 172 inc 3°	Art. 10	Art. 14.1	Art. XXVI	Art. 8.1	Art. 3
Inocencia	Art. 12	Art. 11.1	Art. 14.2	Art. XXVI	Art. 8.2	Art. 4
Duda (in dubio pro reo)	Art. 21		Art. 15.1		Art. 9	Art. 5
Excepcionalidad de la prisión preventiva			Art. 9.3			Art. 6
Mínima afectación de la Libertad	Art. 19		Art. 9.1	Art. XXV	Arts. 7.3 y .5.6.	Art. 6
Ne bis in idem	Art. 11		Art. 14.7		Art. 8.4	Art. 7
Inviolabilidad de la defensa (material y técnica)	Art. 12	Art. 11.1	Art. 14.3 lit. b-d		Art. 8 num. 2 lit.. c, d, e	Art. 9
Participación de la victima						Art. 13
Igualdad	Art. 3	Art. 7	Art. 14.1	Art. II	Art. 24	Art. 14
Legalidad de la prueba	Art. 12					Art. 15
Gratuidad de la justicia penal			Art. 14.3 lit . f		Art. 8.2 lit. a	

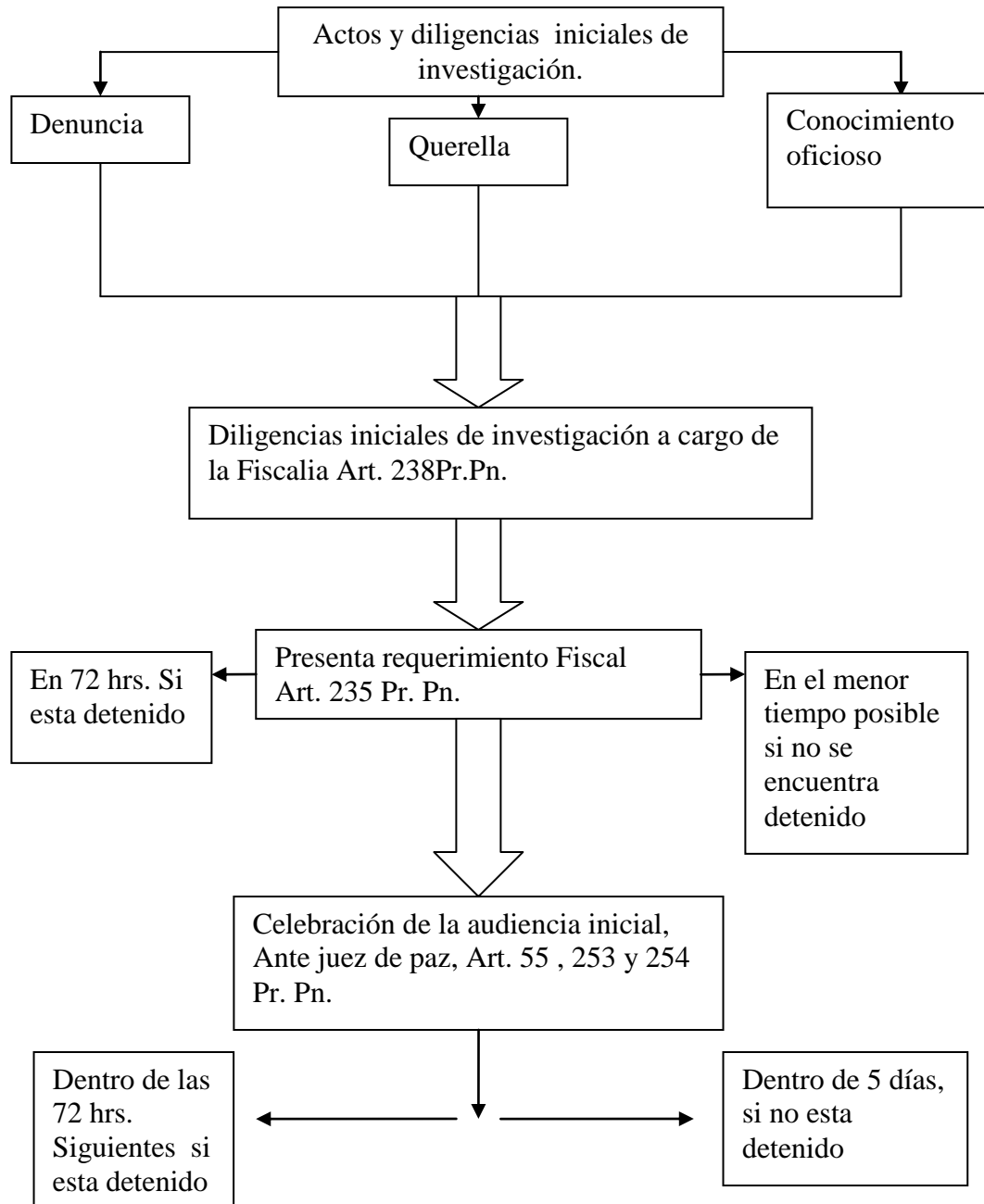
2. Cuadro sinóptico de las garantías y principios procesales.

Tratados Garantías y Principios	Constitución de la republica de El Salvador	Convención de los Derechos del niño	Ley del menor infractor	Reglas mínimas de ONU para la Admón. De justicia de menores (R. Beijing)		
Juicio previo (G. audiencia)	Arts.11, 15	Art.40 inc 2° lit. b), III	Art. 5 lit. “c”	14.1		
Oralidad y publicidad	Art. 12		Art.5 lit. “c” Y 24			
Legalidad del juez y del procedimiento	Art. 15	Art. 40 inc. 2° lit. a	Art. 5 lit. “l”	2.3,		
Independencia judicial	Arts. 17, 172	Art.40 inc. 2° lit.b III,V				
Imparcialidad judicial	Arts. 172 inc 3°	Art. 40 inc. 2° lit. b) III, V		14.1		
Inocencia	Art. 12	Art.40 inc. 2° lit. b), I	Art. 5 lit. “h”	7.1		
Duda (in dubio pro reo)	Art. 21	Art. 3, 41	Art. 4 106 lit. “e”	14.2		
Excepcionalidad de la prisión preventiva		Art. 37 lit b), y 40 inc. 4°	Art. 5 lit. “e”	9.1, 13		
Mínima afectación de la Libertad	Art. 19	Art. 37 lit b, c, d, y 40 inc. 3° lit. b	Art. 5 lit. “d” y 15 inc.1°	10.2, 11, 13.2, 17.1 lit b), c), 19		
Ne bis in ídem	Art. 11		¿106 lit. c?			
Inviolabilidad de la defensa (material y técnica)	Art. 12	Art. 40 inc.2° lit. b) II, III, IV	Art. 5 lit. “h” y “j”; y 48	7.1, 15		
Participación de la victima			Art. 51			
Igualdad	Art. 3	Art. 2 inc. 1°	Art. 5 Inc. 1°	2.1		
Legalidad de la prueba	Art. 12		Art. 33 Rel. Con 41,87			
Gratuidad de la justicia penal		Art. 40 inc. 2° lit b), II	Art. 49	15.1		

3. Diagrama de la fase inicial del proceso penal de menores



4. Estructura de la fase inicial del proceso penal de adultos



5. GUIA DE ENTREVISTA A JUECES DE MENORES.

Nosotros los Bachilleres: Mario Alexander López Cañas, Rene Alfonso Pérez Turcios y Oscar Arnulfo Salamanca, Estudiantes de la Universidad de El Salvador, actualmente realizando el trabajo de investigación denominado ***“Incidencia de la no Aplicación Homogénea de las Disposiciones Relativas a la Audiencia Inicial del Proceso Penal de Adultos al Proceso Penal de Menores”***, con el que pretendemos verificar si existe violación de derechos o garantías fundamentales de las personas menores de edad que se encuentran en conflicto con la Ley Penal, al no realizar una audiencia en la etapa inicial del proceso, por lo que requerimos su valiosa colaboración, al considerar a los aplicadores del sistema, Jueces de Menores y magistrados, informantes claves para la presente investigación, seleccionados por su preponderante función en el proceso de menores, de quienes pretendemos con todo respeto respondan las siguientes preguntas:

1- ¿Cuánto tiempo se ha desempeñado como Juez de Menores?

2- ¿Cuáles considera que son las principales diferencias del Proceso Penal de Adultos con el proceso Penal de Menores

3- ¿Que concepción jurídica tiene de la Audiencia inicial?

4- ¿Realiza una audiencia inicial, en el Proceso Penal de Menores? Si o no, ¿Por qué?

5- ¿Si realiza la Audiencia Inicial cuales considera que son los principales objetivos que se persiguen con la realización de la misma?

6- ¿Que garantías o Derechos Fundamentales considera son fundamento para la realización de la Audiencia Inicial?

7- ¿Existen disposiciones expresas en la Ley del Menor Infractor, que establezcan el desarrollo de la Audiencia Inicial en el proceso penal de menores?

8- ¿Se celebra de igual forma la audiencia inicial en el proceso penal de menores que en el de adultos o existen diferencias? ¿ Si existen menciónelas?

9- ¿Que salidas alternas considera que pueden tener lugar en esta etapa del proceso? ¿se utilizarían las mismas que contempla el proceso penal de adultos?

10- ¿Considera usted que la celebración de la Audiencia Inicial se realiza en forma homogénea en todos los Tribunales de Menores o puede variar a discrecionalidad del Juez?

11- ¿La no celebración homogénea de la Audiencia Inicial en el proceso penal de menores atenta contra la Seguridad Jurídica de los menores sometidos al proceso penal?

12- ¿De que forma considera usted que se pudiera establecer el desarrollo de la Audiencia Inicial específicamente en el proceso penal de menores?

13-¿Considera necesario que se regule expresamente esta audiencia en la ley del menor infractor? o no, ¿Por qué?

6. GUIA DE ENTREVISTA A FISCALES (PROCURADORES) DE MENORES.

Nosotros los Bachilleres: Mario Alexander López Cañas, Rene Alfonso Pérez Turcios y Oscar Arnulfo Salamanca, Estudiantes de la Universidad de El Salvador, actualmente realizando el trabajo de investigación denominado ***“Incidencia de la no Aplicación Homogénea de las Disposiciones Relativas a la Audiencia Inicial del Proceso Penal de Adultos al Proceso Penal de Menores”***, con el que pretendemos verificar si existe violación de derechos o garantías fundamentales de las personas menores de edad que se encuentran en conflicto con la Ley Penal, al no realizar una audiencia en la etapa inicial del proceso que se les instruye, por lo que requerimos su valiosa colaboración, al considerar a los aplicadores del sistema, fiscales y procuradores de Menores, informantes claves para la presente investigación, seleccionados por su preponderante función en el proceso de menores, de quienes pretendemos con todo respeto respondan las siguientes preguntas:

1-¿ Cual es su percepción del cambio sufrido en la ley del menor infractor con la entrada en vigencia de los nuevos códigos penal y procesal penal?

2-¿ Como definiría audiencia inicial?

3-¿ Que porcentaje de los procesos en los cuales usted actúa como fiscal (procurador), se realizan audiencias iniciales?

4-¿ Las audiencias Iniciales en las que usted a actuado como fiscal (procurador), se han desarrollado con las mismas formalidades?

5-¿ Cual es el fundamento en el cual se basan los jueces de Menores para la aplicación de dicha audiencia?

6-¿Considera acertado que se realice una audiencia inicial en el proceso penal de menores?

7-¿ En el proceso penal que se instruye contra los menores, se ofrecen salidas alternas en la etapa inicial del mismo?

8-Las salidas alternas o modos anormales de terminación del proceso penal ¿son los mismos que se utilizan en el proceso de adultos?, si o no ¿Por qué?

9- Si no se celebra una audiencia inicial en el proceso de menores ¿Cómo se determina si se aplica o no, la medida cautelar de la detención para que el menor continúe adscrito al proceso?

10-¿ Que entiende por aplicación supletoria?

11- Existe algún limite para la aplicación supletoria de las figuras procesales del proceso penal de adultos en el proceso que regula la ley del menor infractor?

12-¿ Considera al principio del interés superior del menor un limite para aplicar el Art. 41 de la ley del menor infractor?

13- Basándose en la igualdad jurídica que en materia procesal penal deben poseer los menores respecto de los adultos ¿deben respetárseles los mismos derechos y garantías jurídico procesales?

Si o no ¿Por qué?

14-¿ Se Vulnera la garantía de audiencia de los menores, al no aplicárseles en audiencia inicial medidas cautelares que restrinjan su libertad u otros derechos fundamentales?

15 ¿ Es a su criterio necesario regular de forma expresa esta audiencia en la ley del menor infractor?