

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FACULTAD DE ABSTENCIÓN DEL MENOR PREVENIDO

LIC. MARIO ENRIQUE GÓMEZ SOMARRIBAS*

En nuestro sistema procesal penal, existe una figura que se ha dado en llamar "Facultad de abstención" que está regulada en el artículo 227 del Código de rito, y que consiste en un derecho procesal que la ley le otorga al acusado dentro del proceso de no declarar o como es lo mismo de abstenerse de hacerlo si así lo tiene a bien sobre los hechos que le están incriminando. Apartándonos aquí de las razones de hecho que fundamentan esta normativa legal, principalmente por razones propias de la naturaleza de este ensayo, diré que este derecho procesal con que cuenta el acusado, tiene su fuente primordial en el artículo 36 de nuestra Constitución Política, ya que en ese numeral se indica que "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo..."

Entrando en materia diremos que para analizar si en un proceso tutelar de menores, el menor prevenido goza de ese derecho, puede y debe ejercerlo necesariamente, es importante primero conocer si la ley tutelar de menores es una ley penal o no, y si las medidas tutelares que en ella existen, se pueden tener como meras medidas tutelares, de seguridad o sanciones de algún tipo.

Así pues, primeramente consideramos que de la misma redacción de la ley tutelar nuestra, se desprende que ella tiene una naturaleza penal, puesto que si bien es cierto la finalidad última de la ley lo es la readaptación moral y

social del menor que se encuentra en peligro social, como lo señala el propio artículo primero de tal cuerpo legal; también es cierto que ese mismo cuerpo legal define y considera al menor en peligro social, como aquél a quien se le atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta; o sea que necesariamente un menor para ser sujeto pasivo de esta ley y verse envuelto dentro de un proceso tutelar y ser considerado como menor en peligro social, debe primero haber realizado una conducta considerada delictiva y que sea típica de acuerdo con la normativa penal existente.

Estimamos además que con esa ley tutelar si bien es cierto se viene a crear un procedimiento especial y diferente al común ordinario, para juzgar a los menores de diecisiete años, pretendiendo con ello salvaguardar la integridad moral psicológica y social del menor delincuente o infractor, para evitar así que este menor como persona en formación se vea estigmatizado por un proceso penal ordinario que de por sí es estigmatizante; lo cierto es que siempre en ella y con la explicación de la misma se llegará a definir la culpabilidad o no, de un menor en relación con una conducta ilícita que siempre es de origen penal y que lo llevará a ser considerado como autor de un delito penal y por ende verse sujeto a la imposición de algún tipo de sanción.

* Juez Penal y Tutelar de Menores de Cartago.

Esto se confirmaría aún más si observamos que es el mismo Código Penal en su artículo tercero, que por exclusión señala que los hechos punibles cometidos en el territorio nacional, por personas menores de diecisiete años, serán sometidos o juzgados en la jurisdicción tutelar, haciendo denotar así que la jurisdicción tutelar de menores es el vehículo procesal jurídico que fue creado para juzgar a los menores delincuentes o infractores, y llegar incluso a declararlos mediante una sentencia, autores o no de un delito, falta o contravención. Así compartiendo el criterio en estos términos el licenciado Henry Issa El Khoury en su ensayo denominado "Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares" manifiesta "que la creación de la jurisdicción especial para un grupo de sujetos no es un acto de prestidigitación ni de azar; sino que responde a una determinada línea de política criminal de un Estado, máxime que no se trata —en el fondo— de la creación de una nueva materia sustantiva de fondo, sino de la aplicación de nuevas reglas procesales a la transgresión de leyes penales" (ver página 60, Revista Judicial, N° 17).

Un segundo aspecto importante de analizar aquí y que sirve de indicador para llegar a considerar esa ley tutelar como penal o no, lo es la naturaleza jurídica de las medidas tutelares que este cuerpo legal creó, y que se han dado en llamar "medidas tutelares", y que lo constituye desde una simple amonestación al menor prevenido declarado autor de una infracción o delito penal, hasta una cruda y real privación de libertad del menor a través de un internamiento de este último en un centro para menores.

Así pues consideramos que tales medidas tutelares vistas y analizadas desde la teoría de la sanción, entendiéndose esta última en su sentido más amplio como aquella forma de reacción social que es consecuencia lógica de una transgresión a diferentes normativas —incluyendo la pena— que tienen vigencia en un determinado territorio o país, ya que una de las formas de aplicación de la sanción desde el punto de vista punitivo, lo es el castigo, el cual viene a ser a su vez dentro de la lógica jurídica occidental, la sanción penal por excelencia.

Creo importante manifestar que esta posición de considerar las medidas tutelares que nuestra ley tutelar crea, como meras sanciones penales y que es compartida por algún sector de la doctrina, a fin, pues el tratadista de origen mexicano de nombre Dr. Luis Rodríguez Manzanera así lo hace ver cuando señala que "No encuentro otra razón lógica y jurídica que considerar que en el fondo las medidas tutelares vienen a constituirse o están más cerca de ser una verdadera pena". También encuentran en su propia naturaleza, al menos alguna de ellas —internación, depósito en hogar sustituto—, una explicación y justificación lógica, pues sin hacer gran esfuerzo se deja ver que el menor prevenido mediante este tipo de medidas atrás indicadas, se puede ver sujeto a un grado de privación de su libertad, situación esta que en cierta forma y vista desde un trasfondo de legitimidad viene a darse y ser igual a la pena de prisión que se le impone a un mayor de edad delincuente, dándose así una confusión entre lo tutelar y lo penal, que algunos doctrinólogos no les parece bueno arribar a afirmar con certeza absoluta, que el derecho de menores es sólo un derecho de tutela, que no puede imponer penas sino medidas y que estas no podrán ser de carácter represivo, sino, educativo y tutelar, puesto que al llevarse a la práctica las mismas se confunden y la diferencia que en un principio se quiso ver en forma diáfana entre pena y medida tutelar, no es tan clara, sino que por el contrario encierra el consiguiente peligro de que la medida funcione como una sanción real penal. (Ver tratamiento jurídico de la delincuencia de menores en España, Esther Giménez Salinas Colomer, página 264).

Así pues partiendo de la premisa general muy conocida en la doctrina y que consiste en "que ahí en donde se le imponga una sanción a un sujeto, se está entonces ante un evidente derecho penal" entonces creemos haber justificado con el razonamiento atrás expuesto, que realmente en su trasfondo la ley tutelar nuestra es parte del Derecho Penal.

Una vez así, partiendo del hecho de considerar a la ley tutelar nuestra como una ley parte del Derecho Penal y por lógica es entonces materia penal propiamente dicha, entraremos

de inmediato al meollo del problema, o sea a analizar y justificar que el menor delincuente tiene el derecho de ejercer la facultad de abstención (no declarar sobre lo que se le acusa) cuando está siendo investigado dentro de un proceso tutelar respectivo.

Dos son los aspectos que consideramos necesario comentar acá, que vienen a dar fundamento a nuestra tesis de que el menor prevenido puede hacer uso de ese derecho de abstención. Uno lo es el hecho de que tomando como hito de partida el hecho de que esa facultad de abstención que la legislación procesal penal prevé y otorga al acusado de un acto delictivo, proviene —nada más y nada menos— que de la norma fundamental base de nuestro ordenamiento jurídico, como lo es nuestra Constitución Política, porque como atrás se indicó, el artículo 36 de ese magno cuerpo legal así lo señala; dos también como de la propia remisión que la misma ley tutelar hace en lo que a aplicabilidad del Código de Procedimientos Penales se refiere, en su artículo 75, cuando dice que “a la jurisdicción tutelar de menores le serán aplicables las prescripciones del Código Procesal Penal; hecho este que nos refuerza la tesis de considerar a la ley tutelar nuestra como ley penal, puesto que si no fuera así, no tendría lógica la manifestación de que la propia ley remita y permita que se le apliquen normas penales de un Derecho Procesal Penal como lo es o más bien lo son las contenidas y recopiladas en el Código de Procedimientos Penales vigente; máxime si entendemos esa remisión y permisibilidad como, materialización del principio de “hermenéutica legal” existente en el Derecho en general. Deducimos entonces que si la Constitución Política, que es como ya se dijo la norma fundamental y partimos de la supremacía de ésta sobre cualquier otra existente en nuestro ordenamiento jurídico, así como que la norma 36 de dicha Constitución es clara en manifestar que *“en la materia penal* (el subrayado es mío), nadie está obligado a declarar contra sí mismo; y siendo la ley tutelar materia penal, entonces deviene necesario y legal pensar no sólo que el menor delincuente

tiene derecho a ejercitar tal garantía constitucional a su favor, sino que, además de que se le prevenga por parte del juzgador al momento de ser interrogado sobre los hechos denunciados en su contra, y digo interrogado, porque realmente aunque la ley tutelar llame a esa declaración que hace el menor prevenido con otro nombre, entrevista, su naturaleza viene en el fondo a ser la misma de una declaración simple tal y como lo requiere el propio numeral constitucional; de que tiene ese derecho a abstenerse de declarar sobre los hechos que en ese momento se le están acusando.

Por otro lado es importante dejar claro aquí que este planteamiento conlleva a garantizar al menor delincuente, que dentro del proceso tutelar mediante el cual se le está investigando para llegar a determinar si es culpable o no de una determinada conducta delictiva, se le respeten sus garantías procesales a que tiene derecho por ley; y lograr con ello una justa y recta aplicación y realización de la justicia penal de menores que es como realmente se debería de llamar. Planteamiento este que viene a ser compartido por la doctrina mediante algunos tratadistas (Manzanera, Barbero, etc.) y a ser objeto de reflexión en la doctrina en general, ya que de las propias reglas internacionales conocidas como “Reglas de Bei-jing” se deja ver cuando dentro del aparte de los derechos de los menores que tales reglas contienen, indica en forma imperativa que “se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, incluyendo entre ellas el derecho a no responder, que no es otra cosa que la misma facultad de abstención aquí analizada.

Con el análisis y reflexión de este tema en concreto, pretendemos no sólo hacer ver que el menor delincuente tiene el derecho de ejercitar dentro de un proceso de menores esa facultad de abstención dada por constitución y ley, sino que también hace denotar que se hace necesario justificar la existencia del respeto a los derechos del menor delincuente, para pretender así contribuir de alguna manera a un mayor mejoramiento de la justicia de menores en nuestro país.